

Université Panthéon-Assas Paris II

**Ecole doctorale Georges Vedel (droit administratif, sciences
administratives et science politique)**

Thèse de doctorat en Droit public

Soutenue le 20 mai 2016

**La notion de liberté contractuelle en droit administratif
français**



Université Panthéon-Assas

Auteur : Muhannad AJJOUR

Sous la Direction de Monsieur **Gilles J. GUGLIELMI**, Professeur à l'Université Paris-II
Panthéon-Assas

Membres du jury :

Madame **Géraldine CHAVRIER**, Professeur à l'Université Paris-I Panthéon-Sorbonne (Rapporteur)

Monsieur **Jean-David DREYFUS**, Professeur à l'Université Paris-IX Dauphine (Rapporteur)

Madame **Catherine PREBISSY-SCHNALL**, Maître de conférences à l'Université Paris Ouest Nanterre

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

« Aux victimes de la liberté en Syrie »

Remerciements

« *Celui qui ne remercie par les gens, ne remercie pas Dieu* ». Cette maxime de sagesse orientale rend compte du degré d'importance de l'entraide et de la reconnaissance entre personnes de bien.

De fait, cette thèse n'aurait pu aboutir sans le soutien indéfectible et l'aide précieuse de plusieurs personnes. Tout d'abord je tiens à remercier mon directeur de thèse, M Gilles J. GUGLIELMI, pour la confiance qu'il m'a accordée, et ses conseils avisés tant pour mes recherches que pour mon suivi administratif.

Mais cette rencontre avec M. GUGLIELMI n'aurait pas pu se produire sans l'intermédiaire précieux de Mme Géraldine CHAVRIER. A tous deux, votre bienveillance intelligente à mon égard, dans un contexte difficile qui me touche personnellement, m'a permis de franchir maints obstacles pendant ces intenses années de travail.

En second lieu, je remercie chaleureusement Virginie et Mariam, pour leurs relectures assidues, mais aussi et surtout pour le soutien moral qu'elles m'ont apporté. Mes camarades de laboratoire, Julien, Afarin, Philippe, Renata, Cielo, Luca, Elena...méritent aussi d'être mentionnés, car les discussions et les échanges que j'ai eu avec eux ont grandement nourri mes réflexions.

Enfin, et alors que cela mériterait d'être mentionné en tout premier lieu, ma gratitude va également à la France, pour m'avoir accueilli et donné la chance de compléter mes études au sein d'universités de renom.

Merci à vous tous.

Principales abréviations

AAPC	Avis public d'appel à la concurrence
ACCP	Actualité de la commande et des contrats publics
AJD	Actualité juridique Dalloz
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJFP	Actualité juridique. Fonctions publiques
al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
Art.	Article
Ass.	Assemblée
BJCL	Bulletin juridique des collectivités locales
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics
BJDCP	Bulletin juridique des contrats publics
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
C.C.	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CGCT	Code général des collectivités territoriales
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CJEG	Cahiers juridiques électricité-gaz
CMP	Code des marchés publics
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
consi.	Considérant
CRC	Chambre régionale des comptes
D.	Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey
Déc.	Décision
Dr.adm.	Droit administratif
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'Etat
EPCI	Etablissement public de coopération intercommunale
fasc.	fascicule

GAJA	Grands arrêts de la Jurisprudence Administrative
Gaz. Pal.	Gazette du palais
GIE	Groupement d'intérêt économique
GIP	Groupement d'intérêt public
Ibid.	Ibidem
JCP	Semaine juridique
JOAN Q	Journal officiel de l'Assemblée nationale (Questions réponses)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
METP	Marché d'entreprise de travaux publics
Mon TP	Moniteur des travaux publics et du bâtiment
Ord.	Ordonnance
P.	page
RA	Revue administrative
RDC	Revue des contrats
RDC	Revue trimestrielle de droit civil
RDI	Revue de droit immobilier
RD imm.	Revue de droit immobilier
RDP	Revue du droit public et de la science politique
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat
Rec.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RJEP	Revue juridique de l'économie publique
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Recueil Sirey
Sect.	Section
t.	tome
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
V.	Voir

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

LA LIBERTE CONTRACTUELLE DES PERSONNES PUBLIQUES : UNE RECONNAISSANCE DIFFICILE

Titre I – La liberté contractuelle des personnes publiques, une liberté contestée

Chapitre I – L’ambiguïté de la valeur juridique de la liberté contractuelle

Chapitre II – Le désaveu du principe de l’autonomie de la volonté des personnes publiques

Titre II – La liberté contractuelle, une notion peu adaptée aux particularités des personnes publiques

Chapitre I – La difficile compatibilité entre liberté contractuelle et intérêt général

Chapitre II – La compétence des personnes publiques comme défi à la liberté contractuelle

SECONDE PARTIE

LA LIBERTE CONTRACTUELLE : UN CONTENU INCERTAIN EN RAISON DU REGIME DU CONTRAT

Titre I – L’aspect résiduel de la liberté contractuelle au cours de la formation du contrat

Chapitre I – Les contraintes de choix du cocontractant par la personne publique

Chapitre II – Les bornes de la détermination du contenu du contrat

Titre II – L’absence d’efficacité de la liberté contractuelle dans l’exécution du contrat

Chapitre I – L’exercice de la liberté contractuelle est limité au cours de l’exécution du contrat

Chapitre II – La liberté contractuelle est contrainte lors de l’inexécution du contrat et à la fin des relations contractuelles

INTRODUCTION

1. L'idée de liberté occupe depuis longtemps une place importante dans la pensée philosophique et juridique. Elle se trouve dans l'œuvre de Jean-Jacques Rousseau, notamment dans sa théorie du « *contrat social* »¹, ainsi que celle de Montesquieu dans son essai « *De l'esprit des lois* »². Le terme de liberté porte plusieurs significations, comme l'indique Montesquieu : « *Il n'y a point de mot qui ait reçu plus de différentes significations ... que celui de liberté* ». En effet, la liberté échappe à toute définition « *à la fois précise, quant à la signification, et générale, quant au contenu* »³. Malgré la difficulté de réduire la liberté à une seule acception⁴, elle peut être entendue, selon les dictionnaires juridiques, comme « *l'état d'une personne ou d'un peuple qui ne subit pas de contraintes, de soumissions, de servitudes exercées par une autre personne, par un pouvoir tyrannique ou par une puissance étrangère. C'est aussi l'état d'une personne qui n'est ni prisonnière ni sous la dépendance de quelqu'un* »⁵. Au sens pratique, la liberté « *est l'indépendance du vouloir à l'égard de toutes contraintes exercées par des impulsions à la sensibilité* »⁶.

2. Pour les individus, cette liberté est consacrée à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Elle consiste « *à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ». Ainsi, « *l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits* ». La liberté est donc le « *pouvoir d'agir, au sein d'une société organisée, selon sa propre détermination, mais dans la limite des règles définies* »⁷ et il appartient au seul législateur de déterminer ses bornes. Par conséquent, l'exercice de la liberté se fait selon la règle « *tout ce qui n'est pas interdit est permis* » car, d'après l'article 5 de la Déclaration, « *Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché* ». Ainsi entendue, la liberté peut revêtir plusieurs

¹ J.-J. ROUSSEAU, *DU CONTRAT SOCIAL ; OU PRINCIPES DU DROIT POLITIQUE*, Editeur Marc-Michel Rey, Amsterdam, 1762.

² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Editeur Chatelain, Amsterdam, 1749, 4 vols.

³ M. VERPEAUX, « La liberté », *AJDA*, 1998, n° spécial, P. 144.

⁴ J. ROBERT, *Droit de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 1993, P. 13.

⁵ <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Liberte.htm> ; voir aussi, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987, P. 476.

⁶ H. DAUDIN, *La liberté de la volonté : signification des doctrines classiques*, PUF, 1950, P. 221.

⁷ M. VERPEAUX, « La liberté », *op.cit.*, P. 144.

aspects, telle la liberté d'opinion⁸, la liberté d'expression qui est « *un des droits les plus précieux* »⁹, la liberté religieuse...etc.¹⁰

La place certaine de la liberté contractuelle en droit privé

3. Parmi ses multiples aspects, la liberté trouve une application dans le domaine conventionnel. L'article 1101 du Code civil définit le contrat comme « *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* ». En d'autres termes, le contrat « *est un accord de volontés qui sont exprimées, en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets* »¹¹. Dans ce cadre, la liberté a été consacrée comme l'un des principes fondamentaux régissant la conclusion du contrat¹² car « *le contrat par sa nature respire la liberté* »¹³. Ce principe est la « *liberté contractuelle* ». Il est dérivé du dogme de l'autonomie de la volonté qui désigne le fait pour la volonté de se donner à elle seule ses propres lois¹⁴. L'expression de l'autonomie de la volonté, qui est fondée sur la philosophie individualiste et le libéralisme économique des 18^{ème} et 19^{ème} siècles¹⁵, se traduit « *en droit des contrats par l'affirmation selon laquelle l'obligation contractuelle repose exclusivement sur la volonté des parties* »¹⁶. La volonté a le pouvoir de créer sa propre loi et elle a seule ce pouvoir. Autonome, la volonté est libre de créer des droits subjectifs, et elle ne doit pas pouvoir se laisser imposer d'obligations¹⁷ ; « *Les seules obligations légitimes que le contrat fait naître sont celles qui ont été voulues* »¹⁸.

⁸ L'article 10 D.D.H.C. de 1789.

⁹ L'article 11 D.D.H.C. de 1789.

¹⁰ Pour plus de détails voir, S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2^e éd., 2015.

¹¹ J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits*, 1990, n° 12, P. 24.

¹² C.C., Déc. n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, Rec., P 190.

¹³ P. ESMEIN, *Obligations*, T. IV, 1^e partie, in M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, éd. LGDJ, 1952, 2^e éd., P. 17.

¹⁴ D. TERRE-FORNACCIARI, « L'autonomie de la volonté », *Rev. sc. morales et politiques*, 1995, P. 256.

¹⁵ L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé », *AJDA*, 1998, P. 676.

¹⁶ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les Obligations*, t. 1 : L'acte juridique, Armand Colin, 7^e éd. 1996, n° 94.

¹⁷ L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé », *op.cit.*, P. 676.

¹⁸ Ibid.

4. Dans cet esprit libéral, la liberté contractuelle est « *l'essentiel de l'autonomie de la volonté* »¹⁹. Elle signifie : « *la liberté de conclure ou non, avec qui l'on veut, diverses sortes de contrats susceptibles d'être totalement aménagés par des stipulations particulières* »²⁰. Elle constitue l'une des plus anciennes libertés du système juridique français. La liberté contractuelle « *prend naissance avec le développement du consensualisme à partir du 17^e siècle et s'épanouit progressivement au point de devenir l'un des éléments essentiels du droit des obligations* »²¹. La liberté contractuelle est également une liberté originaire qui conditionne la reconnaissance et l'exercice de libertés dérivées, telles que le droit de propriété, la liberté d'entreprendre ou encore la liberté d'association²².

5. En droit privé, la liberté contractuelle est qualifiée de principe « *premier du droit des contrats* »²³. Toutefois, il est notable qu'elle ne soit pas caractérisée par une définition abstraite ; elle est plutôt envisagée selon une approche globale, c'est-à-dire, la liberté contractuelle s'identifie par ses éléments constitutifs. Le fait que ce principe soit issu du dogme de l'autonomie de la volonté²⁴ lui procure quatre aspects essentiels²⁵.

6. Tout d'abord, la liberté contractuelle implique « *la liberté de contracter ou de ne pas contracter* ». En effet, elle peut être une liberté positive ou une liberté négative car « *par le contrat, des obligations sont volontairement souscrites, et chacune (des parties) peut donc choisir de ne pas contracter* »²⁶. Cette faculté, consacrée par l'article 1123 du Code civil²⁷, de recourir ou non au contrat peut cependant être restreinte par la réglementation²⁸.

¹⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4 : *Les obligations*, PUF, 1996, n° 16.

²⁰ L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé », précité, P. 676

²¹ P.-Y. GAHDOUN, *LIBERTÉS. – Liberté contractuelle*, JurisClasseur Civil, 31 décembre 2008, fasc. 20.

²² M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Thèse, P.U. d'Aix-Marseille, 2001, P. 18.

²³ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2008, P. 55.

²⁴ A. BENABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, 13^e éd., 2012, P. 79.

²⁵ La nouvelle rédaction de l'article 1102 du Code civil – issue de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations –, relève ces quatre aspects : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». La disposition entre en vigueur le 1^{er} octobre 2016.

²⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2008, P. 55.

²⁷ L'article 1123 du Code civil prévoit que : « Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ».

²⁸ Par exemple, l'article 515-2 du Code civil interdit le mariage entre ascendants et descendants en ligne directe. L'article L. 225-43 du Code de Commerce interdit aux administrateurs personnes physiques d'une société anonyme de se faire cautionner ou se voir consentir de prêt par celle-ci. L'article L. 122-1 du Code de la consommation confirme que le refus de vendre à un consommateur est prohibé.

7. Le deuxième aspect de la liberté contractuelle est « *le libre choix du cocontractant* », c'est-à-dire la faculté de choisir librement son contractant²⁹. A cet égard, la Cour de cassation a précisé que la liberté contractuelle, et précisément le libre choix du cocontractant, implique la faculté de ne pas motiver le choix de tel contractant plutôt que tel autre, et même celle de ne pas communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé³⁰. Cette liberté est toutefois limitée notamment par le droit de la concurrence qui impose que le choix du cocontractant soit non-discriminatoire³¹.

8. Le troisième aspect de la liberté contractuelle est attaché à « *la libre détermination du contenu du contrat* ». Il s'agit de la faculté de déterminer d'une manière libre le contenu du contrat envisagé ou, en d'autres termes, de la possibilité « *de définir soi-même les termes de son engagement* »³². En ce sens, « *peu importe l'économie et l'équilibre objectif du contrat, car le seul fait qu'il a été accepté par les parties établit qu'il correspond à leur intérêt ; « qui dit contractuel dit juste » et l'Etat n'a pas à se substituer aux particuliers dans l'appréciation qu'ils font de la justice à leur égard* »³³. Ainsi, les parties contractantes peuvent convenir librement de toutes sortes de montages ou de clauses et le juge du contrat doit suivre les indications précisées par ces parties qui peuvent toujours inventer de nouvelles dispositions sur mesure³⁴. La seule restriction de la libre détermination du contenu du contrat résulte de l'obligation de respecter l'ordre public et les bonnes mœurs. L'article 6 du Code civil est explicite sur ce point : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Toutefois, la pratique montre que la libre détermination du contenu du contrat peut être gravement réduite par d'autres moyens reconnus juridiquement, comme c'est le cas dans les contrats d'adhésion.

9. Le quatrième et le dernier aspect de la liberté contractuelle est celui qui concerne « *la liberté des formes du contrat* ». En effet, dès lors que la volonté des parties existe, « *peu importe la forme sous laquelle elle s'exprime* »³⁵ : forme orale ou écrite, forme officielle ou non officielle³⁶.

²⁹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, op.cit*, P. 56.

³⁰ C. Cass., Ch. com., du 7 avril 1998, n° 96-13.219.

³¹ Voir sans ce sens l'Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, JORF. du 9 décembre 1986, P. 14773 ; et le Code de Commerce : Titre, de la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées.

³² M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, précité, P. 56.

³³ A. BENABENT, *Droit des obligations*, précité, P. 20.

³⁴ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, précité, P. 57.

³⁵ A. BENABENT, *Droit des obligations*, précité, P. 20.

³⁶ L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé », précité, P. 676.

10. La liberté contractuelle en droit privé constitue donc l'un des fondements du dogme de l'autonomie de la volonté. L'objectif essentiel de la consécration d'une telle liberté est de garantir un exercice libre de la volonté de chacune des parties contractantes, sans limite, sauf dans des cas limités et exceptionnels, en leur permettant d'arriver à leurs propres intérêts. Elle permet ainsi, « *d'opérer à bon escient un choix parmi les occasions et les instruments d'action* »³⁷. La liberté contractuelle s'exerce à trois stades successifs : avant la conclusion du contrat, puis au stade de la formation du contrat et enfin dans la phase de l'exécution du contrat.

11. Toutefois, la place de la liberté contractuelle dans le dogme de l'autonomie de la volonté a commencé à perdre, depuis longtemps³⁸, son importance avec le déclin progressif du rôle de l'autonomie de la volonté dans le droit privé³⁹. En effet, selon le professeur Waline, le principe de l'autonomie de la volonté apparaît, de nos jours, de moins en moins susceptible de synthétiser les solutions du droit positif et il devient de plus en plus audacieux d'affirmer que ce principe implique toujours la liberté non seulement de s'engager mais aussi de choisir son cocontractant et de fixer librement le contenu du contrat⁴⁰. La justification de ce déclin se trouve dans l'œuvre des professeurs Ghestin et Goubeaux qui résument ainsi que : « *le principe de l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle ont été très sérieusement remis en question par le développement considérable de l'ordre public économique et social. Les restrictions ont été particulièrement graves en périodes de crises, comme par exemple au cours des deux guerres mondiales. Elles ont subsisté sous l'influence conjuguée du dirigisme économique et des théories néo-libérales visant à garantir le jeu normal de la concurrence* »⁴¹.

12. Constatant un affaiblissement du rôle de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle qui en découle dans le droit privé, nous pouvons nous interroger quant à la place de cette liberté et de son rôle dans le droit public, et particulièrement dans le droit administratif. Autrement dit, comment peut-on mener une analyse renforçant le dogme de la liberté contractuelle en droit administratif si cette dernière perd progressivement sa place en droit privé ?

³⁷ N. CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, LGDJ, 1988, P. 302.

³⁸ Voir, M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Cours donnée à la Faculté du droit de Paris en 1943-1944, Paris, Domat-Montchrestien, 2^e éd. 1949, P. 182 et s.

³⁹ A. BENABENT, *Droit des obligations*, précité, P. 21.

⁴⁰ J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in. Etudes offertes à Jacques Ghestin, *Le Contrat au début du XXI siècle*, LGDJ, 2001, P. 973-974.

⁴¹ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de Droit civil – Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994, n° 164.

La liberté contractuelle fonctionne-elle en droit administratif français ?

13. Si la place du principe de liberté contractuelle est certaine dans le droit privé, se pose toutefois la question de sa place dans le droit public français et particulièrement dans le droit administratif. Précisément, la question se pose autour de la possibilité pour les personnes morales de droit public de jouir d'une liberté contractuelle, d'un côté, et de la faculté de l'exercer à la manière des individus, de l'autre côté.

14. A l'instar de la liberté contractuelle en droit privé, la liberté contractuelle en droit public n'a pas de définition abstraite. Elle s'identifie par ses aspects et précisément par ses éléments constitutifs. Selon la Professeur Christine Bréchon-Moulènes, la notion abstraite de liberté contractuelle ne correspond à rien mais la liberté contractuelle consiste « *dans le fait que la formation du contrat sera entièrement abandonnée aux deux parties ; elle sera présente à chaque moment, à chaque phase de la formation du contrat : liberté de contracter ou de ne pas contracter, liberté de choisir le type de contrat, liberté de choisir le cocontractant, liberté de déterminer le contenu du contrat, liberté de négocier avec le cocontractant pressenti et, surtout, liberté de s'engager par sa seule volonté, car c'est là l'objet du système contractuel* »⁴². Ainsi, la liberté contractuelle traduit essentiellement le « *pouvoir de choisir* ». Ce pouvoir permet à celui qui en dispose d'agir librement selon sa propre volonté et à n'importe quel moment. En ce sens, la liberté contractuelle des personnes publiques correspond de fait, comme en droit privé, à trois stades distincts : la faculté de recourir ou non au contrat, la libre formation du contrat et la libre exécution du contrat.

15. Le sujet de la liberté contractuelle en droit public a connu au cours de ces vingt dernières années un grand développement dans la doctrine publiciste⁴³. L'idée, pour la grande majorité d'entre eux, est de reconnaître aux personnes publiques une liberté similaire à celle reconnue aux individus dans le domaine contractuel. L'essor de ces réflexions peut être justifié par deux raisons essentielles. La première raison est attachée au recours croissant au procédé contractuel par les personnes publiques afin d'exercer leurs compétences, notamment

⁴² Ch. BRECHON-MOULENES, « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA*, 1998, P. 643.

⁴³ Il est constaté notamment dans les manuels du droit des contrats administratifs comme, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^e éd., 2014 et Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 3^e éd., 2011.

après les lois de décentralisation⁴⁴. La seconde raison est liée au libéralisme économique qui a inspiré et inspire beaucoup de politiciens, notamment les politiciens locaux, et des juristes qui tendent à généraliser les règles et les principes applicables aux contrats conclus par les individus à ceux conclus par les personnes publiques⁴⁵. L'objectif ici est d'étendre l'application du principe de la liberté contractuelle aux personnes publiques.

16. Plusieurs études ont été réalisées selon cette approche. C'est le cas notamment du colloque⁴⁶ organisé autour de la liberté contractuelle des personnes publiques en 1998 qui a révélé une grande influence de l'arrêt *Société Borg Warner*⁴⁷ pour reconnaître une liberté contractuelle aux personnes publiques. C'est le cas également de l'étude présentée par M. Charles Groleau en 1959 intitulée « *La mesure de la liberté des collectivités publiques quant au choix du mode de conclusion du contrat et quant au choix du cocontractant* »⁴⁸. L'objectif de l'auteur était seulement de présenter certains aspects de la liberté contractuelle en laissant sans analyse une partie importante de ces aspects, tels la liberté de contracter ou de ne pas contracter et la faculté pour les collectivités publiques de déterminer le contenu de leurs engagements contractuels.

17. De même, M. Mohamed Mahouachi a rédigé en 2001 une thèse intitulée « *La liberté contractuelle des collectivités territoriales* »⁴⁹. L'objectif de l'auteur était de reconnaître la liberté contractuelle en faveur d'une catégorie de personnes morales de droit public, « les collectivités territoriales », et de garantir à ces dernières la faculté d'exercer cette liberté d'une manière plus étendue⁵⁰. Selon lui, la liberté contractuelle des collectivités territoriales est garantie à la fois d'une manière indirecte, via d'autres normes constitutionnelles telles la liberté d'entreprendre et le droit de propriété ainsi que la libre administration des collectivités territoriales, mais aussi d'une manière directe, via l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Pour l'auteur, la liberté contractuelle des collectivités territoriales serait la règle malgré la forte restriction de son exercice. En

⁴⁴ Voir dans ce sens, Ch. BRECHON-MOULENES, « Liberté contractuelle des personnes publiques », précité, P. 644 ; F. TIBERGHIEU, « Le Conseil d'Etat et le droit communautaire des contrats », *Gazette du Palais*, janvier-février, 2009, P. 302.

⁴⁵ Voir, L. RICHER, « Le code du silence : à propos du code des marchés publics de 2004 », *RDP*, 2004, P. 1572.

⁴⁶ Voir, *AJDA* 1998, n° 9 et 10.

⁴⁷ CE, Sect. 28 janvier 1998, *Société Borg Warner*, req. n° 138650, Lebon. P. 20; *AJDA*, 1998, P.287; *CJEG* 1998, P.269, chron. F. Moderne.

⁴⁸ Ch. GROLEAU, *Mesure de la liberté des collectivités publiques quant Au choix du mode de conclusion du contrat et quant au choix du cocontractant*, Thèse Rennes, dactyl., 1959.

⁴⁹ M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Thèse, P.U. d'Aix-Marseille, 2001.

⁵⁰ Voir notamment P. 25.

d'autres termes, le principe est que les collectivités territoriales disposent d'une liberté contractuelle et sa forte restriction constitue, en conséquence, une exception et doit, dans la grande majorité des cas, être condamnée.

Malgré la pertinence de cette thèse, de notre point de vue l'auteur a ignoré dans son analyse deux points essentiels. Le premier est attaché aux particularités des personnes publiques, le second vient du fait que son étude ne couvre pas toutes les catégories de personnes publiques. En effet, la présentation des particularités des personnes publiques, telles la compétence et l'intérêt général, en tant que simples restrictions formelles de la liberté contractuelle est loin de la logique et de la réalité. Ces particularités sont l'essence de chaque activité menée par les personnes publiques. Si leur existence n'écarte pas la reconnaissance formelle et théorique de la liberté contractuelle en faveur des personnes publiques en général, et des collectivités territoriales en particulier, leur mise en œuvre prive manifestement l'exercice de la liberté contractuelle, et d'une façon permanente. De même, la limitation de la reconnaissance de la liberté contractuelle aux collectivités territoriales pose problème : on trouvera dans le même ordre juridique des entités qui disposent d'une liberté contractuelle et d'autres qui n'en disposent pas. Par ailleurs, bien que l'auteur reconnaisse la particularité des personnes publiques locales, son analyse a été faite selon une logique similaire à celle du droit privé. En d'autres termes, son raisonnement nous amène à considérer que les collectivités territoriales comme les personnes de droit privé peuvent disposer d'une liberté contractuelle, mais la différence est que la liberté contractuelle des collectivités territoriales reçoit plus de restrictions pour des raisons liées à leur spécificité qui vient du fait qu'elles sont des personnes morales de droit public.

18. Dans le même ordre d'idée, M. Pierre-Yves Gahdoun a rédigé en 2006 une thèse intitulée « *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* »⁵¹. D'après son titre, l'objectif de cette étude est de présenter le développement et la place de la liberté contractuelle du point de vue du Conseil constitutionnel. Ainsi, l'auteur a focalisé son analyse sur les décisions rendues par cette juridiction en accordant peu d'attention au statut de la liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Cette analyse basique n'est pas suffisante pour identifier la position véritable de la liberté contractuelle en droit administratif français car l'auteur se contente de relever, d'une manière générale, que la

⁵¹ P.Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008.

jurisprudence du Conseil d'Etat propose une approche « pessimiste et optimiste » en même temps à l'égard de la liberté contractuelle des personnes publiques.

19. Il ressort de ces études⁵² et de beaucoup d'autres, que la majorité des auteurs ont fondé leur analyse de la liberté contractuelle des personnes publiques essentiellement sur la jurisprudence rendue à l'égard de la valeur juridique de cette liberté. Dans ce cadre, l'arrêt *Société Borg Warner*⁵³ est considéré comme la décision par laquelle le Conseil d'Etat a reconnu à la liberté contractuelle des personnes publiques, notamment des collectivités territoriales, la valeur de principe général du droit. Parallèlement, la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle des personnes publiques est reconnue dans les décisions du Conseil constitutionnel qui rattachent cette liberté aux autres normes constitutionnelles comme le principe de la libre administration des collectivités territoriales consacré par l'article 72 de la Constitution⁵⁴. A partir de cette analyse, qui pose la liberté contractuelle des personnes publiques comme un postulat⁵⁵, les défenseurs de ce principe trouvent dans les fortes restrictions de la liberté contractuelle en général, et de la liberté contractuelle des personnes publiques en particulier, un paradoxe injustifié⁵⁶. Toutefois, la limitation de l'analyse de la liberté contractuelle des personnes publiques à un seul angle, celle de sa valeur juridique, n'est pas suffisante pour identifier sa position réelle dans le droit administratif. En effet, si cette analyse est intéressante parce qu'elle précise sa valeur juridique, elle est défailante pour justifier la forte restriction qui s'impose à l'exercice de cette liberté par les personnes publiques. En d'autres termes, si la liberté contractuelle des collectivités publiques est un principe et une règle certaine en droit administratif, comment peut-on justifier, en pratique, sa présence marginale ? De fait, les manifestations de la liberté contractuelle des personnes publiques sont très limitées. Cette réalité pousse certains auteurs à reconnaître la particularité de la liberté contractuelle des personnes publiques⁵⁷.

⁵² A notre connaissance il ne se trouve pas d'autres thèses importantes portant, d'une manière générale, sur la liberté contractuelle en droit administratif français.

⁵³ CE, Sect. 28 janvier 1998, *Société Borg Warner*, req. n° 138650, Lebon. P. 20; *AJDA*, 1998, P.287; *CJEG*, 1998, P.269, chron. F. Moderne.

⁵⁴ Par exemple, C.C., Déc. n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, Loi de simplification du droit, à propos de la ratification implicite de diverses dispositions d'une ordonnance du 17 juin 2004 ayant trait à la passation de contrats de partenariat public-privé, Rec., P. 211.

⁵⁵ Ch. BRECHON-MOULENES, « Liberté contractuelle des personnes publiques », précité, P. 643.

⁵⁶ Voir dans ce sens, Ph. TERNEYRE, « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », in. *Mélange en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, PUG, 1995, P. 473.

⁵⁷ Voir par exemple, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., 2014, précité, P. 5.

20. A notre avis, l'insuffisance de la justification vient du fait que la problématique de la liberté contractuelle a été présentée par les défenseurs de cette liberté dans la sphère du droit administratif d'une manière similaire à celle du droit privé, sans prendre effectivement en considération le fait que « *l'élaboration d'un droit des contrats administratifs a été construite sur la base d'un postulat d'autonomie par rapport à la théorie générale des obligations* »⁵⁸. Ainsi, la liberté contractuelle des personnes publiques a été conçue selon un prisme qui permet de reconnaître à cette liberté une valeur juridique⁵⁹ et une application étendue, et non pas sous un angle permettant d'identifier si le droit administratif français autorise la réception d'une telle liberté en faveur des personnes publiques. La difficulté réelle de la liberté contractuelle des personnes publiques n'est pas seulement la reconnaissance de sa valeur juridique mais plutôt la faculté de l'exercer à l'instar des individus.

21. Constatant ces lacunes, il nous semble que la notion de liberté contractuelle en droit administratif français requiert une nouvelle approche. Tout d'abord, le champ d'étude doit être élargi au-delà d'une seule catégorie de personnes publiques, d'autre part, elle doit évaluer la place que la liberté contractuelle occupe en droit administratif, non seulement dans la jurisprudence rendue en la matière, mais également au regard de la particularité des personnes morales de droit public. En effet, afin d'identifier la valeur et la place réelles de la liberté contractuelle en droit administratif, il convient de réaliser une analyse qui tient compte des éléments fondamentaux en droit administratif français. Ces éléments sont à la fois attachés au droit des contrats et aux particularités des personnes publiques⁶⁰. Ils se dégagent de l'ensemble des textes législatifs et réglementaires, ainsi que de la jurisprudence constitutionnelle et administrative. Cette démarche que nous proposons présente un double intérêt : théorique et pratique.

22. En premier lieu, son intérêt théorique réside dans le fait de prendre comme point de départ une analyse des éléments qui sont considérés, pour les défenseurs de la liberté contractuelle des personnes publiques, comme de simples restrictions de l'exercice de cette liberté par ces dernières dans la sphère du droit administratif. A notre connaissance, une telle étude n'a jamais été réalisée. Ces éléments traduisent la nature particulière des personnes publiques. Ce sont les règles et les principes dominants dans tout acte administratif et ils ont

⁵⁸ F.-X. FORT, « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », in *Mélange Guibal*, CREAM 2006, t.1, P. 30.

⁵⁹ C'est-à-dire, la valeur d'une norme constitutionnelle et la qualité d'un principe général du droit.

⁶⁰ Pour F.-X. FORT, « L'intérêt général et le service public qui en est la traduction principale, constituent le fondement du contrat administratif ; ce dernier doit permettre la conciliation de deux logiques : la logique contractuelle et la logique du service public ».

pour effet de limiter considérablement l'exercice effectif de la liberté contractuelle et même, dans certains cas, de bloquer cet exercice non seulement pour les personnes publiques mais aussi pour les personnes privées contractantes avec ces dernières. Ces éléments sont qualifiés par le juge administratif de « *règles générales applicables aux contrats administratifs* »⁶¹.

23. Dans ce cadre, l'intérêt général⁶², finalité des actes unilatéraux ou contractuels des personnes publiques⁶³, constitue l'élément le plus important face à la liberté contractuelle en général et à la liberté contractuelle des personnes publiques en particulier. Cela est explicite dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, malgré le rattachement de la liberté contractuelle à l'article 4 de la D.D.H.C de 1789, a confirmé à plusieurs reprises qu'il est loisible au législateur d'apporter à ce principe « *des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général* »⁶⁴. C'est le cas aussi pour le Conseil d'Etat qui trouve dans l'intérêt général une raison suffisante pour apporter des limitations à la liberté contractuelle⁶⁵. Ainsi, l'exercice de la liberté contractuelle rencontre un très grand nombre d'obstacles, car la notion d'intérêt général, qui peut justifier qu'il lui soient apportées des atteintes légitimes et légales, n'est pas seulement vaste,⁶⁶ mais elle est aussi supposée sous-tendre toute activité menée tant par le législateur que par l'administration. Cela aboutit, en pratique, à faire de la restriction de la liberté contractuelle « la règle », et de son exercice par la personne publique « l'exception ».

⁶¹ CE, ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Lebon P. 246 ; *AJDA* 1958, P. 282, concl. Kahn ; *D.* 1958, P. 730, note de Laubadère ; CE, 27 octobre 2010, *Syndicat Intercommunal Des Transports Publics De Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule*, req. n° 318617.

⁶² Dans notre étude nous allons analyser l'intérêt général selon un angle qui nous permet d'identifier son impact sur la liberté contractuelle sans entrer dans un débat doctrinal inutile pour notre recherche, tel est le cas pour la distinction entre l'intérêt local et l'intérêt national et la distinction entre l'intérêt général et l'intérêt commun ou collectif, ainsi que, la distinction entre l'intérêt général et l'utilité publique.

⁶³ Voir, M.-Ch. ROUAULT, *Droit administratif*, Gualino éditeur, Paris, 2005, P. 14 ; l'auteur précise que l'administration « cherche la satisfaction de l'intérêt général, (...) Le contenu de l'intérêt général varie selon les époques, les formes sociales, les données psychologiques, les techniques, mais l'action administrative tend toujours à la satisfaction de l'intérêt général ».

⁶⁴ Voir par exemple, C.C., Déc. n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, *Association Temps de Vie (Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise)*, JORF du 15 mai 2012, P. 9096, texte n°2, considérant n° 6 ; C.C., Déc. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. P. 120. Considérant n° 29.

⁶⁵ Voir par exemple, CE, 20 mai 2011, *Conseil National de l'Ordre des Médecins*, req. n° 347098, Cahier du Conseil constitutionnel 2012, P.173 ; *Constitutions* 2011, P. 405.

⁶⁶ Le dictionnaire *Cornu* définit l'intérêt général comme : « *ce qui est pour le public, à l'avantage de tous* ». A propos de notre étude, la difficulté matérielle est l'absence de définition déterminant le concept de l'intérêt général. En effet, dans toutes les décisions rendues par les deux ordres de juridiction, le juge se contente de se référer à l'intérêt général comme un fondement de l'autorisation de l'atteinte portée à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration sans donner à ce concept une définition concrète. Il exige seulement que l'intérêt général soit « suffisant » et qu'il n'apporte à la liberté contractuelle une atteinte ni « grave » ni « excessive ».

24. Par ailleurs, la compétence des personnes publiques constitue un autre obstacle fondamental à l'exercice de leur part de la liberté contractuelle. En effet, chaque personne publique est dotée d'une compétence⁶⁷, c'est-à-dire, d'une « *aptitude d'agir dans un certain domaine* »⁶⁸. Cela signifie que les personnes publiques sont titulaires des compétences, non propriétaires de ces compétences⁶⁹. En vertu de cette compétence chaque personne publique est tenue de réaliser certaines missions afin de satisfaire l'intérêt général. La mise en œuvre de cette compétence apporte beaucoup de restrictions à l'exercice de la liberté contractuelle par la personne publique. D'un côté, elle restreint sa faculté « de contracter ou de ne pas contracter », principalement par la limitation de la faculté de choisir entre l'acte unilatéral et l'acte contractuel, et d'un autre côté, elle restreint sa capacité à déterminer le contenu de son contrat notamment si l'objet du contrat n'entre pas dans le domaine de la compétence de la collectivité publique⁷⁰. Ainsi, l'obligation imposée à la personne publique d'agir seulement dans le domaine de sa compétence rend la règle selon laquelle « *tout ce qui n'est pas interdit est permis* » inapplicable car la pratique juridique, résultant des règles applicables à la compétence, montre que la règle pour la personne publique est que « *tout ce qui n'est pas autorisé est interdit* ». Alors, en pratique, la personne publique exerce une compétence et non pas une liberté⁷¹.

25. Mais, si la nature particulière des personnes publiques empêche, au moins en pratique, la reconnaissance de la liberté contractuelle en leur faveur, comment peut-on qualifier le pouvoir d'appréciation dont la personne publique dispose ? Il est certain en effet que les personnes publiques disposent d'une volonté d'agir par le contrat, qu'elles disposent d'une « *volonté contractuelle* ». Toutefois, cette volonté n'est pas similaire à celle des particuliers⁷². La volonté contractuelle pour les individus est « *une volonté passée, immuable, subjective* » ; en revanche, « *l'administration ne doit se décider que pour des raisons de fait ou de droit objectivement établies* »⁷³. Pour cela, « *le contrat une fois conclu se détache dans*

⁶⁷ Selon F.-P. BENOIT, les compétences sont « des aptitudes conférées à une autorité ou à un corps délibérant à l'effet de prendre, en ce qui concerne un objet déterminé, des décisions ayant valeur d'actes juridiques créant par eux-mêmes des effets de droit », *Les attributions générales*, Encyclopédie des collectivités territoriales, Dalloz, P. 4012-2.

⁶⁸ Dictionnaire Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987, P. 165.

⁶⁹ J. MOREAU, « Les matières contractuelles », *AJDA*, 1998, P. 748.

⁷⁰ CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, req. n° 275531, JCP A 2006, n° 1133, note F. Linditch ; *Dr. adm.* 2006, comm. 129, note M. Bazex.

⁷¹ G. ECKERT, « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats et Marchés publ.* Octobre 2010, étude n° 9, P. 8.

⁷² G. PEQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Pédone 1945, Paris, P. 603 et s.

⁷³ G. VEDEL, *Cours de droit administratif*, 1953-1954, P.672, cité par Pierre PY, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, Bibl. Dr. Publ., T. 124, LGDJ, 1976, P.22.

une certaine mesure de la volonté de ses auteurs pour suivre le service public dans ses fluctuations propres »⁷⁴. Ainsi, les aspects marginaux de l'exercice de la liberté contractuelle par les personnes publiques ne sont, en réalité, que le reflet de l'exercice du pouvoir discrétionnaire⁷⁵ dont seule la personne publique dispose.

26. Quant à l'intérêt pratique de notre étude, il se résume par l'identification de la place réelle de la liberté contractuelle en droit administratif à la lumière d'une analyse présentant l'orientation déduite de l'ensemble des textes et de la jurisprudence rendue en la matière. La mise en œuvre de la liberté contractuelle en droit administratif rencontre beaucoup de difficultés résultant tant des textes, législatifs et réglementaires, que de la jurisprudence administrative. En effet, la mise en œuvre de certains principes dominants en droit administratif, comme les principes fondamentaux de la commande publique, est par nature contradictoire avec l'exercice de la liberté contractuelle. En pratique, les effets restrictifs résultant de l'obligation de respecter ces principes ne s'arrêtent pas au choix du cocontractant et à la détermination du contenu du contrat, mais ils s'étendent également à la possibilité d'une modification conventionnelle du contrat.

27. Une analyse approfondie de l'ensemble des textes applicables à la passation des contrats par les personnes publiques ne permet pas de constater une orientation vers la libéralisation de la procédure de passation⁷⁶. Dans ce cadre, le mouvement mené par le législateur afin de simplifier le droit ne doit pas être interprété comme reconnaissant un champ plus étendu pour l'exercice de la liberté contractuelle par les personnes publiques car la simplification rend la procédure de passation des contrats par ces personnes plus souple mais pas nécessairement plus libre. En effet, la réglementation en vigueur a pour finalité d'assurer une protection plus efficace de la libre concurrence, l'efficacité de la commande publique et une bonne utilisation des deniers publics. L'application desdits principes a pour effet de restreindre excessivement l'exercice de la liberté contractuelle en raison de leur contradiction avec cet exercice. Ainsi, l'application libérale de certaines dispositions par les personnes publiques, ayant pour effet de porter atteinte auxdits principes a incité l'adoption d'autres dispositions limitant une telle pratique. C'est le cas par exemple de l'avenant. Dans sa rédaction initiale, le Code des marchés publics 2001 et 2004 permettait aux personnes publiques de recourir à l'avenant afin d'éviter certaines règles de passation notamment dans le

⁷⁴ G. PEQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, précité, P. 603 et s.

⁷⁵ Voir, L. RICHER, « Le code du silence : à propos du code des marchés publics de 2004 », *RDP* 2004, P. 1573.

⁷⁶ Voir dans le contre sens L. RICHER, « Le code du silence : à propos du code des marchés publics de 2004 », *op.cit.*, P. 1571.

cas de l'accord-cadre⁷⁷. Toutefois, la version de 2006 a étendu le champ des obligations imposées en la matière par la réglementation aux accords-cadres, ainsi qu'à la décision de poursuivre, afin de priver les acheteurs publics d'une telle possibilité⁷⁸. Le contrat de partenariat constitue un autre exemple intéressant. Dans sa version initiale, issue de l'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, ce type de contrat a été reçu par les défenseurs de la liberté contractuelle des personnes publiques comme un pas fondamental exprimant la volonté législative d'aller vers la libéralisation des procédures de passation des contrats des personnes publiques⁷⁹, en raison de dispenser ce type de contrats de certaines obligations imposées par la procédure de passation des marchés publics. Néanmoins, une telle interprétation ne peut être juste : la limitation du recours au contrat de partenariat et les modifications apportées à sa mise en œuvre montrent une intention de ne pas permettre aux personnes publiques d'utiliser ce contrat afin d'écarter les obligations résultant des principes de la commande publique. C'est le cas notamment de l'Ordonnance du 23 juillet 2015 qui soumet la passation des « marchés de partenariat » aux mêmes obligations générales s'appliquant aux marchés publics⁸⁰. Le législateur va dans le même sens à propos de l'application du principe de *l'intuitu personae* dans les délégations de service public. Alors que ce principe a permis pendant longtemps à la personne publique de mener une négociation directe afin de choisir son délégataire, une telle possibilité est devenue très limitée en raison de l'intervention du législateur à plusieurs reprises pour borner une telle pratique⁸¹.

28. Par ailleurs, l'orientation de la réglementation montre également une volonté de réaliser certains objectifs ayant un caractère social, économique et environnemental. Ce qui a aussi pour effet de limiter l'exercice de la liberté contractuelle par les personnes publiques⁸².

⁷⁷ L'article 19 du Code des marchés publics, 2001 et 2004, prévoyait que : « Sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet ».

⁷⁸ L'article 20 du Code des marchés publics 2006 prévoyait que : « Sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché ou de l'accord-cadre, ni en changer l'objet ». La rédaction actuelle de cet article est la suivante : « En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant.

Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet ».

⁷⁹ Voir dans ce sens, S. BRACONNIER, « Arbitrage et contrats publics d'affaires : Vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité », in. *Mélange Guibal*, CREAM 2006, t.2, P. 319.

⁸⁰ L'article 66 de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n°0169 du 24 juillet 2015 P. 12602, texte n° 38

⁸¹ Voir par exemple l'article L. 1411-8 du Code général des collectivités territoriales.

⁸² Voir par exemple, les articles 10, 14 et 15 du Code des marchés publics et l'article 85 de la Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JORF n°0160 du 13 juillet 2010, P. 12905 texte n° 1.

29. D'autre part, la jurisprudence, tant constitutionnelle qu'administrative, montre une tendance à restreindre l'exercice de la liberté contractuelle par les personnes publiques en faveur des principes de la commande publique. Ainsi, pour le juge constitutionnel, les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789. Leur objectif est d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse⁸³. La dérogation à ces principes ne peut être légitime que si l'intérêt général la justifie⁸⁴. De même, le juge administratif adopte une posture similaire à celle du juge constitutionnel. D'une part, il sanctionne tout exercice de la liberté contractuelle si cet exercice aboutit à porter atteinte aux principes de la commande publique⁸⁵. De plus, dans le cas où la personne publique dispose, afin de satisfaire ses besoins, de la faculté de choisir entre deux procédures, le juge administratif recommande d'appliquer la procédure la plus rigoureuse⁸⁶. Le juge administratif procède aussi à une généralisation des obligations résultant des principes de la commande publique à tous les contrats destinés à satisfaire la commande publique. Ceci aboutit à restreindre excessivement l'exercice de l'*intuitu personae* dans les conventions de délégation de service public, un principe qui constitue pourtant l'un des aspects fondamentaux de l'exercice de la liberté contractuelle par les personnes publiques⁸⁷. Enfin, dans son rapport annuel de 2008, « *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes* », le Conseil d'Etat a pu préciser sa position sur le recours au contrat par les personnes publiques. De son point de vue, pour les personnes publiques, « *si le contrat permet de « faire faire», il ne saurait en aucun cas être assimilable au « laissez-faire ». Sa vocation est de contribuer à l'efficacité de l'action publique ainsi qu'à la stabilité et à la sécurité de la norme* »⁸⁸. Dans ce cadre, le rapport considère que : « *Les personnes publiques ne peuvent pas disposer de leurs compétences, ni contracter dans des domaines où elles sont tenues d'agir par décision unilatérale* ». Ainsi, il confirme que : « *Le contrat doit être choisi au vu de ses mérites*

⁸³ C.C. Déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, Rec. P. 382.

⁸⁴ C.C. Déc. n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat, Rec. P. 341.

⁸⁵ Voir par exemple, CE, 29 déc. 1997, *Dpt de Paris*, req. n° 159693, Lebon. P. 503 ; CE, 30 janvier 2009, ANPE, Lebon P. 4 ; BJDCP 2009, n° 64, P. 201, concl. Dacosta ; *AJDA*, 2009, P. 602, obs. Dreyfus.

⁸⁶ CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, req. n° 317671, Lebon T. 840; *AJDA*, 2009, P. 1174; BJCP, 2009. P. 424.

⁸⁷ Voir par exemple, CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, req. n° 328827.

⁸⁸ Rapport public du Conseil d'Etat, *Le contrat, mode d'action publique et de production de norme*, La documentation française, 2008, P. 10.

propres, dûment établis, et non pas au nom de positions de principe. De même, chaque type de contrat ne doit être utilisé que pour les fins pour lesquelles il a été conçu »⁸⁹.

30. De l'ensemble de ces éléments, nous pouvons considérer que la reconnaissance « pratique » de la liberté contractuelle en faveur des personnes publiques à l'instar des personnes privées est très difficile, voire inutile. Cette difficulté ne s'explique pas seulement par la différenciation radicale entre les personnes publiques et les personnes privées⁹⁰, mais aussi par la restriction excessive des aspects fondamentaux de l'exercice de la liberté contractuelle ce qui rend l'exercice de cette dernière par la personne publique marginal.

31. Partant de ce constat, l'objectif essentiel de notre étude sera d'une part de présenter l'inadaptation de l'idée de liberté contractuelle à la nature particulière des personnes publiques, et d'autre part, de révéler le cadre limité et marginal dans lequel cette liberté peut être exercée.

Méthodologie et plan de l'étude

32. La réalisation d'une étude relative à la liberté contractuelle en droit administratif est une tâche très compliquée. Tout d'abord, les éléments qui peuvent entrer dans le champ de recherche sont nombreux et exigent une analyse très large. En outre, la mise en œuvre d'une telle analyse rencontre plusieurs difficultés méthodologiques et linguistiques : difficultés méthodologiques en raison de l'enchevêtrement des aspects théoriques et pratiques de la liberté contractuelle et de la difficulté de les séparer pratiquement ; difficultés linguistiques du fait de la complexité de distinguer entre la liberté et la volonté. Car, si l'exercice de la liberté contractuelle aboutit nécessairement à exprimer une volonté, le rôle attribué à la volonté peut ne pas être suffisant pour exercer une telle liberté.

Malgré ces difficultés, nous envisageons une étude qui offre une vision extérieure « conceptuelle » de la liberté contractuelle à partir de certains éléments constitutifs du droit administratif français, mais aussi une vision intérieure « pratique » de l'exercice de cette

⁸⁹ Ibid. P. 9.

⁹⁰ S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », in *Mélange Guibal*, CREAM 2006, t.1, P. 49.

liberté à partir des règles et des principes applicables à l'opération contractuelle des personnes publiques.

33. Dans la partie « conceptuelle », nous étudierons les obstacles à la reconnaissance de la liberté contractuelle en faveur des personnes publiques. Ces obstacles résultent de la nature particulière des personnes publiques et de l'originalité des contrats administratifs⁹¹. Ils mettent en cause l'exercice de la liberté contractuelle par ces personnes, mais auparavant, il nous semble indispensable d'identifier la valeur juridique de la liberté contractuelle en tant que telle. A ce stade de notre étude, plusieurs éléments exigent une analyse approfondie.

34. En premier lieu, il convient d'étudier la valeur juridique de la liberté contractuelle en droit administratif français. A cet égard, on a pu constater qu'aucun texte de rang constitutionnel, ni législatif, ni réglementaire⁹², n'attribue explicitement à la liberté contractuelle une valeur juridique. La reconnaissance d'une valeur juridique à la liberté contractuelle doit, en réalité, être déduite de la jurisprudence constitutionnelle et administrative. La démarche suivie par les deux ordres de juridiction met cependant en question cette reconnaissance. En effet, dans la jurisprudence constitutionnelle rendue en la matière, le juge constitutionnel a refusé à plusieurs reprises de reconnaître à la liberté contractuelle la valeur constitutionnelle⁹³. Toutefois, sous la pression politique, le juge constitutionnel a rattaché cette liberté à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁹⁴. En pratique, ce rattachement n'a pas provoqué un changement fondamental car le juge constitutionnel a trouvé dans l'intérêt général le moyen de justifier, dans la majorité des cas, les atteintes portées à la liberté contractuelle par le législateur⁹⁵. Pour les personnes publiques, le rattachement de la liberté contractuelle à l'article 4 de la Déclaration de 1789 rend la possibilité de bénéficier d'une liberté protégée

⁹¹ Pour l'originalité des contrats administratifs, voir, Andr. de LAUBADERE, Fr. MODERNE et P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ 1983 et 1984, t.1 808 p., t.2, 1124 p.

⁹² Il faut signaler que les modifications apportées au Code civil par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, précitée, prévoit pour la première fois l'expression de « liberté contractuelle » ; selon la nouvelle rédaction de l'article 1102 du Code civil « La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

⁹³ Voir, C.C., Déc. n° 94-348 DC du 3 août 1994, Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et transposition des directives communautaires, Rec., P. 117 ; *RFDC*, 1994, P. 832, obs. P. Gaïa ; C.C., Déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Loi créant les plans d'épargne retraite, Rec., P. 31 ; *RFDC*, 1997, P. 328, note L. FAVOREU ; *LPA.*, 1997, n° 52, P. 5, note A. SAURET ; *LPA.*, 1997 n° 125, P. 10, note B. MATHIEU et M. VERPEAUX.

⁹⁴ C.C., Déc. n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, Rec., P 190.

⁹⁵ Voir par exemple, C.C., Déc. n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, *Association Temps de Vie* (Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise), JORF du 15 mai 2012, P. 9096, texte n°2, considérant n° 6.

constitutionnellement et indépendamment d'une autre norme constitutionnelle, une hypothèse faible. Dans le même sens, le Conseil d'Etat a reconnu, à plusieurs reprises, à la liberté contractuelle la valeur de principe général du droit mais en faveur des particuliers⁹⁶. Toutefois, l'attitude du Conseil d'Etat à l'égard de la reconnaissance de la liberté contractuelle au profit des personnes publiques n'est pas la même. En effet, les arrêts rendus en la matière sont assez complexes, la majorité ne montrant pas clairement s'il s'agit la liberté de la collectivité concernée ou la liberté de son cocontractant qui est protégée par le juge administratif⁹⁷.

35. En deuxième lieu, et en raison de l'indissociabilité de la liberté contractuelle et de la notion de l'autonomie de la volonté, nous étudierons la place que le principe de l'autonomie de la volonté peut occuper en droit administratif français. Le dogme de l'autonomie de la volonté est fondé à la fois sur la philosophie individualiste et sur le libéralisme économique en vogue aux 18^{ème} et 19^{ème} siècles. Il « *se traduit en droit des contrats par l'affirmation selon laquelle l'obligation contractuelle repose exclusivement sur la volonté des parties. La volonté a le pouvoir de créer sa propre loi et elle a seule ce pouvoir* »⁹⁸. Ce principe, qui n'a pas valeur constitutionnelle⁹⁹ et qui rencontre une dégradation de son importance en droit privé, n'est pas compatible avec la particularité du droit administratif français. Dans les contrats administratifs, la domination du régime exorbitant du droit commun, la multiplication de règles normatives et la mutabilité de l'intérêt général, constituent des obstacles réduisant considérablement les effets mêmes de ce principe en droit administratif.

36. En troisième lieu, nous examinerons l'impact de l'intérêt général sur la reconnaissance de la liberté contractuelle au profit des personnes publiques. A ce stade de notre étude, nous constaterons que l'intérêt général représente un obstacle à la reconnaissance de la liberté contractuelle en faveur des personnes publiques. En pratique l'intérêt général, qui constitue la finalité de chaque acte administratif, n'a jamais été utilisé pour renforcer l'hypothèse d'une reconnaissance aux personnes publiques de cette liberté. Au contraire, l'intérêt général est, et a été, employé pour justifier la grande majorité des atteintes portées à

⁹⁶ Voir par exemple, CE, 20 janvier 1989, *SA GBA Berry-Loire*, Lebon P.26 ; CE, 27 avril 1998, *Cornette de Saint Cyr*, req. n° 184473 ; *AJDA*, 1998, P. 831, concl. Maugué.

⁹⁷ Voir dans le même sens, Ch. BRECHON-MOULENES, « Liberté contractuelle des personnes publiques », précité, P. 646.

⁹⁸ L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé », précité, P. 676.

⁹⁹ C.C., Déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Loi créant les plans d'épargne retraite, considérant n° 48 : « il ne résulte ni de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ni d'aucune autre norme de valeur constitutionnelle un principe constitutionnel dit de l' " autonomie de la volonté " ». Rec. P.31.

l'exercice de cette liberté, non seulement par les personnes publiques mais aussi par les individus. L'analyse approfondie de ces faits nous amène à constater que, malgré la similitude entre les deux principes sur cet aspect, le respect de la stabilité des engagements contractuels en droit administratif est le résultat de la sécurité juridique, et non pas de la liberté contractuelle, car les prérogatives de la puissance publique sont un obstacle à la force obligatoire du contrat. De même, l'analyse approfondie du droit administratif nous conduit à constater que l'intérêt du service public est prépondérant sur la liberté contractuelle. C'est le cas dans le choix du mode de gestion du service public : au nom de l'intérêt général, ce choix peut être limité¹⁰⁰. C'est le cas également à propos des principes régissant le fonctionnement du service public tels la continuité et la mutabilité du service public : leur mise en œuvre, dans un but d'intérêt général, met en question l'intérêt de reconnaître la liberté contractuelle aux personnes publiques.

37. En quatrième et dernier lieu, nous étudierons l'impact des règles applicables à la compétence sur la reconnaissance matérielle de la liberté contractuelle des personnes publiques. En effet, la compétence constitue le plus grand défi face à l'exercice de la liberté contractuelle par les collectivités publiques. La complexité de l'exercice de la compétence, la nécessité d'avoir une habilitation à agir par la voie contractuelle, la spécialisation fonctionnelle et territoriale et l'imposition de la manière d'exercer cette compétence, sont autant d'obstacles fondamentaux à une telle reconnaissance. En pratique, la mise en œuvre de la compétence met en cause la faculté de la collectivité publique de choisir entre l'acte unilatéral et contractuel, c'est-à-dire la faculté de déterminer les matières qui peuvent faire l'objet d'un contrat et, par conséquent, la possibilité pour cette collectivité de déterminer librement le contenu de son contrat. Tout acte contractuel pris par la collectivité publique au-delà de sa compétence est entaché d'illégalité¹⁰¹.

38. Dans la partie « pratique », nous étudierons le domaine dans lequel une liberté contractuelle peut effectivement être exercée à la lumière du régime juridique applicable à l'opération contractuelle propre aux contrats administratifs conclus par les personnes publiques. A cet égard, il est indispensable d'éclaircir certains points. D'abord, nous entendons l'opération contractuelle comme s'étendant de la décision de la personne publique de recourir au contrat jusqu'à la fin de la relation contractuelle avec son cocontractant. Cela

¹⁰⁰ Voir par exemple, CE, 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français*, req. n° 50176, *AJDA*, 1989, P. 407, obs. X. Prétot.

¹⁰¹ Une solution déduite implicitement de l'arrêt, CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, req. n° 275531, *JCP A* 2006, n° 1133, note F. Linditch ; *Dr. adm.* 2006, comm. 129, note M. Bazex.

signifie que l'opération contractuelle couvre, dans notre étude, l'exercice de la liberté contractuelle dans la formation et l'exécution du contrat.

39. Ensuite, d'un point de vue méthodologique, nous sommes contraints dans cette partie de choisir une position à l'égard de la liberté contractuelle en droit administratif. Trois hypothèses peuvent être envisagées : une négation totale, une reconnaissance partielle, et une reconnaissance totale de cette liberté. Dans cette étude, nous allons opter pour la troisième hypothèse en supposant théoriquement que les personnes publiques disposent d'une liberté contractuelle. L'adoption théorique de cette position nous aide à prouver que, malgré cette reconnaissance, la réglementation en vigueur ne permet en pratique que d'une manière marginale l'exercice de cette liberté par les personnes publiques, ce qui met en question l'intérêt d'une telle reconnaissance en raison de son inutilité.

40. Enfin, compte tenu de l'ampleur et de la diversité des contrats que les personnes publiques peuvent conclure, il est indispensable d'imposer à notre étude une double limitation. D'une part, notre étude est envisagée en droit administratif, ce qui exclut les contrats du droit privé : lorsque la personne publique contracte dans les mêmes conditions qu'un particulier, elle se met, en principe, « *au civil* »¹⁰². Ainsi, principalement, les règles applicables dans ce domaine sont les mêmes règles qu'en droit privé¹⁰³. D'autre part, la limitation s'impose également aux contrats administratifs. En effet, en dépit du fait que le cadre de notre étude s'étende en principe à l'ensemble des contrats conclus dans la sphère du droit administratif français, il est inévitable de limiter le champ d'analyse à certaines catégories de contrats administratifs. Cette limitation est exigée non seulement en raison de la diversité et de l'ampleur des contrats administratifs, mais aussi afin d'assurer l'efficacité de notre étude. Pour cela, nous allons principalement nous concentrer sur deux catégories de contrats administratifs : les marchés publics et les conventions de délégation de service public.

41. Au cours de cette partie, nous étudierons les règles et les principes imposés à la personne publique aux stades de la formation et de l'exécution du contrat qui ont pour effet, à l'instar de ceux résultant de la nature particulière des personnes publiques, de limiter excessivement l'exercice de la liberté contractuelle par celles-ci.

¹⁰² Conclusions du commissaire du gouvernement Romieu sous, CE, 6 février 1903, *Terrier*, Lebon P. 94 ; *D.*, 1904, 3, P. 65.

¹⁰³ F. LLORENS, « Le recours des personnes publiques à la vente d'immeubles en l'état futur d'achèvement », *CJEG*, 1991, P. 253.

42. Au stade de la formation du contrat, nous examinerons si la réglementation en vigueur permet à la personne publique d'exercer une liberté contractuelle lors du choix de son cocontractant et au moment de déterminer le contenu du contrat. S'agissant du choix du cocontractant, nous allons constater que plusieurs restrictions fondamentales empêchent l'exercice de la liberté contractuelle. Le rôle attribué à la personne publique dans ce domaine ne peut pas, en pratique, dépasser une simple participation à la détermination du cocontractant. Autrement dit, à l'égard du choix du cocontractant, la personne publique « ne choisit pas » son cocontractant, mais elle « participe » à l'identification de ce dernier. En effet, les principes et les règles régissant la procédure de passation des contrats administratifs, - tels la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures -, ont d'abord pour finalité d'assurer l'efficacité de la commande publique, la bonne utilisation des deniers publics, ainsi que certains objectifs à caractère social, économique et environnemental. Ainsi, le mécanisme applicable au choix du cocontractant est en pratique un mécanisme concentré essentiellement sur l'offre et non le cocontractant. De même, la forte réglementation du mécanisme de la détermination du contenu du contrat met en question le rôle que la liberté contractuelle peut jouer en la matière. La réglementation, « excessive », des clauses contractuelles, de la faculté de recourir à la négociation et de qualifier le contrat¹⁰⁴, constituent également d'autres éléments rendant la place de la liberté contractuelle dans le cadre de la formation du contrat marginal.

43. Cette place subsidiaire de la liberté contractuelle ne s'arrête pas à la formation du contrat ; elle s'étend aussi à l'exécution du contrat. Traditionnellement, l'analyse du rôle de la volonté des parties contractantes au cours de l'exécution du contrat est attachée au dogme de l'autonomie de la volonté, et précisément à la théorie privatiste de la force obligatoire du contrat qui découle de l'article 1134 du Code civil selon lequel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Toutefois, un tel fait n'est pas suffisant pour exclure ce stade de l'opération contractuelle de notre étude en raison de l'indissociabilité, pratiquement, de l'exécution du contrat de l'idée de liberté contractuelle. En effet, plusieurs éléments montrent que le lien entre la liberté contractuelle et l'exécution du contrat est un lien indissociable car, si la formation du contrat est le champ de l'exercice de la liberté contractuelle, l'exécution du contrat est le domaine dans lequel cet exercice produit ses effets.

¹⁰⁴ Voir dans ce sens, J-C. BRUERE, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RDP*, 1996, P 1716.

44. L'indissociabilité est d'abord confirmée par les recours formulés devant le Conseil constitutionnel contre les atteintes portées par le législateur aux conventions en cours d'exécution. Les parlementaires requérants fondent ces recours sur le fait que les dispositions contestées portent atteinte à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁰⁵. En outre, il est évident que la détermination du contenu du contrat ne s'arrête pas au stade de sa formation car la modification du contrat est envisageable au cours de l'exécution, pour un motif d'intérêt général, ce qui donne un domaine potentiel d'exercice de la liberté contractuelle au cours de l'exécution. De même, il nous semble indispensable d'identifier les résultats de l'exercice des divers moyens de contrôle au cours de l'exécution du contrat sur les effets produits de l'exercice de la liberté contractuelle au stade de la formation. L'exercice d'un tel contrôle inclut effectivement une menace considérable sur ces effets et pourrait, dans certains cas, aboutir à l'annulation du contrat en cause, notamment pour des raisons liées au manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Enfin, l'étude de l'exécution du contrat nous permet de clarifier le rôle de la liberté contractuelle à l'égard de l'inexécution des obligations contractuelles et de la fin de la relation contractuelle. Précisément, elle nous permet de connaître le rôle que la liberté contractuelle peut jouer, d'un côté, au regard de la détermination des conséquences de l'inexécution des obligations pour toutes les parties contractantes, et d'un autre côté, quant au recours à des modes alternatifs de règlement des litiges contractuels.

¹⁰⁵ Voir par exemple, C.C., Déc. n° 98-401 DC, 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, Rec., P. 258 ; C.C., Déc. n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JORF du 23 mars 2012, P. 5253, texte n°2, considérant n° 13.

Partant de l'ensemble de ces éléments, l'étude envisagée est menée autour de deux principaux axes de réflexion :

- La difficulté de reconnaître la liberté contractuelle aux personnes publiques (première partie).
- La restriction excessive de l'exercice de cette liberté par les personnes publiques (seconde partie).

PREMIERE PARTIE

**LA LIBERTE CONTRACTUELLE DES
PERSONNES PUBLIQUES :**

UNE RECONNAISSANCE DIFFICILE

45. La reconnaissance de l'existence du principe de liberté contractuelle au profit des personnes publiques en général, et des collectivités territoriales en particulier, n'est pas chose aisée.

En effet, la difficulté d'une telle reconnaissance provient d'une part de l'ambiguïté et du flou entourant la valeur juridique de la liberté contractuelle, venant tant du juge constitutionnel que du juge administratif, et d'autre part de la complexité à reconnaître l'autonomie de la volonté pour les personnes publiques. Par ailleurs, cette reconnaissance devient plus compliquée en raison de la non-adaptation en général des effets, exigences et mêmes (parfois) des conséquences de la liberté contractuelle avec les principes régissant le fonctionnement et la réalisation des missions des personnes publiques. C'est le cas par exemple pour l'intérêt général, la continuité du service public et la compétence de la personne publique. Ces derniers principes ont, comme on le verra, priorité sur la liberté contractuelle en cas de contradiction pendant l'exécution des missions qui incombent à l'institution publique. La mise en œuvre de ces principes aboutit dans certains cas à prohiber tout rôle de l'exercice de la liberté contractuelle dans les matières concernées.

46. Ainsi, la difficulté à appréhender la liberté contractuelle, en droit public en général et en droit administratif en particulier, nous conduit à étudier dans cette première partie le véritable positionnement de la liberté contractuelle. Car même si un nombre considérable de juristes se sont investis dans des études et des recherches afin de consacrer ce principe, la liberté contractuelle des personnes publiques demeure aujourd'hui une liberté contestée (Titre I).

Cette incertitude planant sur la véritable place de la liberté contractuelle ne résulte pas seulement de la contestation de son existence juridique. Elle provient également des doutes entourant la possibilité d'adapter et de rattacher l'exercice de la liberté contractuelle aux particularités des personnes publiques (Titre II).

Titre I

La liberté contractuelle des personnes publiques, une liberté contestée

47. Diverses barrières entravent la reconnaissance de la liberté contractuelle pour les personnes publiques. Ces difficultés proviennent de plusieurs éléments accompagnant sa vie juridique. En effet, en ce qui concerne les personnes publiques, ni le juge constitutionnel, ni le juge administratif, ne donne à la liberté contractuelle une valeur certaine. Car même si la liberté contractuelle a été reconnue pour les personnes privées, la situation pour les personnes publiques reste toujours ambivalente¹⁰⁶.

48. Il s'avère en effet que ni le législateur, ni le pouvoir réglementaire n'apportent la preuve que ce principe ait été pris en considération au moment où ils ont mis en place les règles juridiques régissant les contrats conclus par les personnes publiques et ayant pour but de satisfaire leurs besoins publics.

49. Par ailleurs, les obstacles à la reconnaissance du principe de liberté contractuelle en faveur des personnes publiques ne s'arrêtent pas à la question de la valeur juridique de la liberté contractuelle. Ceux-ci viennent également du fait que la liberté contractuelle présume un principe d'autonomie de la volonté au profit des personnes publiques. Or, ce principe de l'autonomie de la volonté ne trouve pas sa place en droit administratif français en raison d'une double incompatibilité : d'une part l'incompatibilité de ce principe avec le droit administratif lui-même, et d'autre part l'incompatibilité des conséquences résultant généralement du principe d'autonomie de la volonté avec les spécificités des personnes publiques.

50. En conséquence, ce titre sera consacré à l'étude de la confusion entourant la valeur juridique de liberté contractuelle pour les personnes publiques suite aux jurisprudences rendues par les juridictions constitutionnelle et administrative (Chapitre I). L'étude sera également consacrée à la place du principe d'autonomie de la volonté en droit administratif français (Chapitre II).

¹⁰⁶ Nous nous intéressons ici à la situation des personnes publiques.

Chapitre I

L'ambiguïté de la valeur juridique de la liberté contractuelle

51. L'étude de la valeur juridique de la liberté contractuelle révèle un paradoxe dans les réflexions des juristes. Ce paradoxe est le produit de l'oscillation de la jurisprudence à propos de la valeur juridique de la liberté contractuelle des personnes publiques.

52. Les recherches réalisées sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel dévoilent, en réalité, de profondes divergences d'approche de la liberté contractuelle. Car, si les premières décisions rendues ont porté un refus absolu de la reconnaissance du « principe de la liberté contractuelle », les dernières décisions du Conseil constitutionnel ont cependant atténué son orientation initiale. La flexibilité du Conseil constitutionnel reste néanmoins limitée. Cette limitation vient du fait que si le Conseil constitutionnel reconnaît l'existence d'un principe de liberté contractuelle au profit des personnes privées, l'analyse de ses décisions ne montre toutefois pas que les personnes publiques profitent de cette même liberté.

53. La position du juge administratif au sujet de la liberté contractuelle n'est pas plus différente que celle du juge constitutionnel. Car si le juge administratif a classé la liberté contractuelle au rang des principes généraux du droit, sa pratique témoigne néanmoins d'un exercice de la liberté contractuelle par les personnes publiques très conditionné, et la dérogation constante à la liberté contractuelle par le juge administratif met en question le sérieux de sa protection de la liberté contractuelle en tant que principe général du droit.

54. Ainsi, force est de constater que la qualité de norme constitutionnelle de la « liberté contractuelle » reste toujours contestée en faveur des personnes publiques (Section I), et son statut de principe général du droit ne lui a pas assuré une protection réelle (Section II).

Section I

La contestation de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle des personnes publiques

55. Le débat autour de la place de la liberté contractuelle dans la hiérarchie des normes a été accentué au cours des années quatre-vingt-dix en raison de séries de décisions rendues par le Conseil constitutionnel à ce sujet.

Le Conseil constitutionnel a en effet eu plusieurs occasions de se prononcer sur la question de la constitutionnalité de la liberté contractuelle mais sa réponse n'a pas toujours été la même. Le juge constitutionnel a, en premier lieu, refusé de donner une valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle¹⁰⁷ en confirmant cette orientation par une autre décision¹⁰⁸. Cette rigidité a cependant été tempérée d'une façon progressive pour aboutir finalement à une prise en compte de la valeur constitutionnelle du principe de liberté contractuelle. Toutefois, à défaut de reconnaissance explicite, cette valeur constitutionnelle n'est certaine que pour les personnes privées, la position des personnes publiques au regard de la liberté contractuelle reste toujours incertaine. C'est la raison pour laquelle le professeur F. Moderne, dans son article célèbre sur la liberté contractuelle, a indiqué que « *sur l'existence même de la liberté contractuelle comme liberté constitutionnelle authentique, pleinement reconnue et garantie, un certain doute persiste et il est récurrent* »¹⁰⁹.

56. De ce fait, l'étude menée ici aura pour finalité de vérifier la nature de la négation de la valeur constitutionnelle par le juge constitutionnel du principe de liberté contractuelle (Sous-section I), puis nous examinerons les doutes entourant la reconnaissance de ce principe au profit des personnes publiques (Sous-section II).

¹⁰⁷ C.C., Déc. n° 94-348 DC du 3 août 1994, La loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et transposition des directives communautaires, *RFDC*, 1994, P. 832, obs. P. Gaïa.

¹⁰⁸ C.C., Déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, la loi relative aux fonds de pension, *RFDC*, 1997, P. 333, obs. L. Favoreu.

¹⁰⁹ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », *RFDA*, 2006, P. 2.

Sous-section I

Une réfutation certaine de sa valeur constitutionnelle par le juge constitutionnel

57. Dans ses décisions à propos de la liberté contractuelle, le Conseil constitutionnel a suivi une politique très rigide. Cette rigidité se manifeste par la négation parfois directe parfois indirecte d'attribuer à la liberté contractuelle une protection ou une valeur constitutionnelle. Selon lui, le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle et aucune norme constitutionnelle ne garantit ce principe. La valeur juridique du principe de liberté contractuelle a fait l'objet d'un refus absolu par le juge constitutionnel dans les années quatre-vingt-dix (B), et sa présence antérieure à ces années, dans sa forme indirecte, n'était pas garantie (A).

A) La présence non garantie de la liberté contractuelle avant la décision du 3 août 1994

58. La présence de la liberté contractuelle dans les décisions du Conseil constitutionnel n'est pas récente. Le constat de cette présence a pris deux aspects : le premier est direct en raison de l'utilisation directe de l'expression de liberté contractuelle ; le second est indirect lorsque la liberté contractuelle se conçoit à travers la constatation d'autres principes liés directement à elle, comme c'est le cas du principe de l'autonomie de la volonté. Cela nous conduit à étudier la position de la liberté contractuelle avant la Décision n° 94- 348 DC du 3 août 1994¹¹⁰.

a) L'absence de protection de la liberté contractuelle par des expressions similaires

59. L'apparition de la liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel remonte en réalité à l'année 1959 dans le cadre des contentieux de la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et réglementaire. A cette époque l'expression de liberté contractuelle n'a pas été utilisée explicitement mais d'autres expressions similaires ou proches « par leurs effets » ont été employées comme l'autonomie

¹¹⁰ A propos de la loi relative à la protection sociale supplémentaire des salariés.

de la volonté et l'immutabilité des conventions. Sur le fondement de l'article 41¹¹¹ de la Constitution, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer indirectement sur la liberté contractuelle à travers l'autonomie de la volonté¹¹². Cette décision a été rendue à la suite d'une saisine par le Président du Sénat le 19 novembre 1959 à propos de la proposition¹¹³ de loi tendant à la stabilisation des fermages et à abroger le Décret n° 59-175 du 7 janvier 1959 relatif au prix des baux à ferme. En l'espèce, au début de 1959, le gouvernement avait décidé de modifier le mode d'établissement des prix des baux à ferme, tel qu'il était fixé par l'article 812 du Code rural dans la rédaction que lui avait donnée la loi du 23 mars 1953. Il s'agissait essentiellement, lorsque le montant du loyer stipulé payable en argent était fixé en totalité par référence à la valeur du blé, de permettre à l'une ou à l'autre des parties « de substituer partiellement à la valeur du blé la valeur d'une ou plusieurs des autres denrées mentionnées à l'alinéa 1° de l'article 812 du Code rural. Le Gouvernement, estimant qu'il pouvait lui-même opérer cette modification, avait pris un décret, sur la base de l'article 37¹¹⁴ de la Constitution, après avoir consulté le Conseil d'État puisque il y avait modification d'un texte législatif antérieur à la Constitution du 4 octobre 1958. Ce décret du 7 janvier 1959 avait provoqué de la part des fermiers de fortes critiques tenant à la forme utilisée par le Gouvernement, car cela conduisait pratiquement à « un doublement de la partie transformée du fermage ». Sensibles à l'émotion des fermiers, deux sénateurs MM. Bajoux et Boulanger, déposèrent une proposition de loi tendant à la stabilisation des fermages et visant à l'abrogation du décret du 7 janvier 1959. Un rapport favorable de la commission sénatoriale compétente avait été adopté lorsque le Premier ministre souleva l'irrecevabilité de la proposition de loi, en vertu de l'article 41 de la Constitution. Le président du Sénat, considérant que la question relevait bien du Parlement, car il y avait atteinte aux principes fondamentaux du régime de la propriété et des obligations civiles, avait refusé d'accéder à la demande du Premier ministre et saisit le 19 novembre 1959 le Conseil constitutionnel¹¹⁵.

¹¹¹ L'article 41 de la Constitution dispose que : « S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité. ».

¹¹² V.G. ROUCHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in. *Études offertes à René RODIÈRE*, éd. Dalloz, 1981, PP. 248-254.

¹¹³ Proposition de loi déposée par MM. BAJEUX et BOULANGER, sénateurs. C.C., Déc. n° 59-1 F.N.R., 27 novembre 1959, Rec., P. 71.

¹¹⁴ L'article 37 al. 2 de la constitution dispose que : « Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil Constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent ».

¹¹⁵ L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 14^e éd., 2007, P. 77.

60. En répondant à ce recours, le Conseil constitutionnel avait rappelé que la Constitution dans son article 34 alinéa 4, réserve à la loi la détermination des principes fondamentaux « *du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales* » en considérant que « *ceux de ces principes qui sont ici en cause, à savoir la libre disposition de son bien par tout propriétaire, l'autonomie de la volonté des contractants et l'immutabilité des conventions, doivent être appréciés dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites par la législation antérieure pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations contractuelles entre particuliers* ». Cette présence indirecte de la liberté contractuelle sera reproduite par l'utilisation de la même considération à plusieurs reprises comme c'est le cas dans les décisions du 8 septembre 1961¹¹⁶, du 18 octobre 1961¹¹⁷ et du 28 novembre 1973¹¹⁸.

61. Par ailleurs, l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle de cette époque, ne montre pas une protection sérieuse de la liberté contractuelle. Celle-ci découle de la classification de certains principes au niveau des principes fondamentaux malgré leur contradiction avec les principes de l'autonomie de la volonté et de l'immutabilité des conventions qui gouvernent les relations contractuelles.

62. C'est dans ce contexte qu'intervient la décision du 4 décembre 1962 consacrant un droit fondamental contradictoire avec la liberté contractuelle : le « droit de maintien dans les lieux »¹¹⁹. Le Conseil constitutionnel, en rappelant qu'« *en vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales* », il considère que « *le droit au maintien dans les lieux, consacré au profit des locataires et de certains occupants (...) est au nombre de ces principes* »¹²⁰. De même, la faible protection de la liberté contractuelle se voit

¹¹⁶ C.C., Déc. n° 61-3 F.N.R., 8 septembre 1961, Prix agricoles, Rec., P. 48 ; *AJDA*, 1961, P. 543, note A. de Laubadère.

¹¹⁷ C.C., Déc. n° 61-4 F.N.R., 18 octobre 1961, Amendement « prix d'agricole », Rec., P. 50 ; *AJDA*, 1961, P. 626, note A. de Laubadère.

¹¹⁸ C.C., Déc. n° 73-80 L, 28 novembre 1973, Baux ruraux, Rec., P. 45 ; *AJDA*, 1974, P. 229, note J. Rivero.

¹¹⁹ C.C., Déc. n° 62-21 L., 4 décembre 1962, Loi sur les loyers, Rec., P. 34.

¹²⁰ En l'espèce, le Conseil constitutionnel a été saisi le 27 novembre 1962 par le Premier Ministre, dans les conditions prévues à l'article 37 (alinéa 2) de la Constitution, d'une demande tendant à voir déclarer le caractère réglementaire des dispositions de l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1343 du 27 décembre 1958 modifiant la loi du 1er septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement, aux termes desquelles le premier alinéa de l'article 11 de la loi précitée du 1er septembre 1948 est remplacé par les dispositions suivantes : « Le droit au maintien dans les lieux ne peut être opposé au propriétaire qui aura obtenu du Ministre de la Construction ou de son délégué l'autorisation de démolir un immeuble pour construire un autre immeuble d'une surface habitable supérieure et contenant plus de logements que l'immeuble démolé ».

également à travers les dispositions de la décision du 8 juillet 1966¹²¹ en considérant, après avoir rappelé qu'« *aux termes de l'article 34 de la Constitution la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales du droit du travail* », que « *l'association des employeurs et des salariés à une procédure obligeant des employeurs à respecter les dispositions d'une convention qu'ils n'ont pas signée, constitue un principe fondamental du régime des obligations civiles et commerciales* ». Enfin, le Conseil constitutionnel confirme la possibilité constante de la dérogation des principes issus de l'article 34 alinéa 4 de la Constitution, de l'autonomie de la volonté et de l'immutabilité des conventions, en jugeant que « *les pouvoirs publics ont pu ainsi, sans mettre en cause l'existence des principes susrappelés, limiter le champ de la libre expression des volontés des bailleurs et des preneurs en imposant certaines conditions d'exécution de leurs conventions, notamment en ce qui concerne les modalités de calcul et de révision du montant des fermages* »¹²². La justification de cette dérogation selon lui est attachée à la manière de mettre en œuvre ces principes. Il précise que les principes de « *l'autonomie de la volonté des contractants et l'immutabilité des conventions, doivent être appréciés dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites par la législation antérieure pour permettre certaines interventions jugées nécessaires par la puissance publique dans les relations contractuelles entre particuliers* »¹²³.

63. Pour une partie des juristes, l'interprétation de ces décisions conduit à reconnaître à l'autonomie de la volonté et à l'immutabilité des conventions une valeur constitutionnellement protégée. C'est le cas de Marc Frangi qui considère que « *le Conseil constitutionnel, dès le commencement de son fonctionnement a érigé le principe de l'autonomie de la volonté au rang de norme à valeur constitutionnellement protégée* »¹²⁴. Cet auteur justifie le paradoxe entre les décisions qui reconnaissent des principes fondamentaux en contradiction avec l'autonomie de la volonté et cette dernière par le fait que cet antagonisme n'est pas un obstacle à reconnaître leur caractère constitutionnel. La preuve selon lui de ce raisonnement est la décision du 25 juillet 1979¹²⁵ dans laquelle le Conseil constitutionnel a concilié deux principes constitutionnels à priori bien peu compatibles entre eux : le droit de grève et la continuité du service public.

¹²¹ C.C., Déc. n° 66-39 L., 8 juillet 1966, Action des travailleurs sans emploi, Rec., P. 28.

¹²² C.C., Déc. n° 73-80 L., 28 novembre 1973, Baux ruraux, Rec., P. 45 ; *AJDA*, 1974, P. 229, note J. Rivero.

¹²³ Considérant n° 7.

¹²⁴ M. FRANGI, *Constitution et droit privé : les droits individuels et économique*, PUAM, Economica, Coll. 1992, P. 159.

¹²⁵ C.C., Déc. n° 79-105 DC, 25 juillet 1979, Droit de grève à la radio et à la télévision, Rec., P. 33 ; *AJDA*, 1980, P. 91, note A. Legrand.

64. Une telle analyse peut cependant sembler contestable selon le professeur Nicolas Molfessis qui considère que « *n'était-ce pas précisément une conclusion inverse à laquelle invitaient les décisions puisque le Conseil constitutionnel avait placé l'autonomie de la volonté au rang législatif ? Ce qu'il admettait, c'était bien la possibilité pour la loi de porter atteinte à l'autonomie de la volonté comme à l'immutabilité des conventions* »¹²⁶. De même, le professeur Rouhette a confirmé cette protection fragile en soulignant que « *la notion de principes fondamentaux au sens de l'article 34 alinéa 4 de la Constitution ne désigne pas les dispositions de caractère essentiel d'une matière, caractérisées par leur importance et leur autorité : les principes fondamentaux ne se différencient pas des règles visées par l'alinéa 2 de l'article 34, ils n'ont aucune dignité supérieure* »¹²⁷.

65. Le constat d'une faible protection de la liberté contractuelle ne découle pas uniquement d'expressions similaires, comme c'est le cas pour l'autonomie de la volonté. Ce constat résulte également de l'existence d'atteintes portées à l'encontre des effets et même des éléments constitutifs de la liberté contractuelle.

b) Les atteintes constantes aux éléments constitutifs de la liberté contractuelle

66. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion à plusieurs reprises de se prononcer en la matière. L'un de ces exemples est celui de la décision du 4 juillet 1989¹²⁸ dans lequel le Conseil constitutionnel, pour motif d'intérêt général, a autorisé à porter atteinte au principe de la non-rétroactivité des lois, en considérant que « *la prohibition de toute rétroactivité de la loi en matière contractuelle ne saurait être regardée comme constituant un principe fondamental reconnu par les lois de la République* ». De même, le législateur a pu sous la surveillance de la Haute Juridiction limiter les différentes manifestations de la liberté contractuelle. En conséquence, le législateur peut imposer aux parties d'agir par voie contractuelle¹²⁹ tout comme il peut limiter le recours à la voie contractuelle¹³⁰. Le recours à celle-ci peut également être subordonné à une autorisation préalable¹³¹, ou encore interdit¹³². Le choix du

¹²⁶ N. MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, t.1, Lille, 1996, Journées nationales association H. CAPITANT, éd. LGDJ, 1997, P. 71.

¹²⁷ G. ROUHETTE, « Liberté contractuelle et droit constitutionnel en France », in *Freedom of contract and constitutional law*, édité par Alfredo MORDECHAI RABELLO et Petar SARCEVIC, international association of legal science, éd. Hamaccabi Press (Jack), Jérusalem, 1998, P. 27. Cité par Mohamed MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Thèse, PUAM, 2002, P. 92.

¹²⁸ C.C., Déc. n° 89-254 DC, 4 juillet 1989, Modalités d'application des privatisations, Rec., P. 41.

¹²⁹ C.C., Déc. n° 89-267 DC, 22 janvier 1990, L'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social, Rec., P. 27.

¹³⁰ C.C., Déc. n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, La lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, Rec., P. 11.

¹³¹ C.C., Déc. n° 84-172 DC, 26 juillet 1984, Contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage, Rec., P. 58.

cocontractant peut être imposé¹³³, voire restreint¹³⁴. Par la voie législative, il est possible pareillement de rendre obligatoire le recours à un type de contrat déterminé¹³⁵, ou en fixer le contenu¹³⁶. Il peut même porter atteinte à la force obligatoire des contrats¹³⁷, en prorogeant la validité de la convention fixée par les parties¹³⁸. Enfin, le libre accès à une activité contractuelle déterminée n'est pas un aspect constitutionnellement protégé de la liberté contractuelle¹³⁹.

67. L'analyse de l'ensemble de ces décisions ne permet pas en effet de déduire que le Conseil constitutionnel s'est appliqué à assurer une protection sérieuse à la liberté contractuelle indirectement abordée. La dérogation constante des principes de l'autonomie de la volonté et l'immutabilité des conventions en faveur du législateur peuvent remettre en question la possibilité de reconnaître le caractère constitutionnel de ces principes. La limitation des éléments constitutifs de la liberté contractuelle est une preuve supplémentaire qu'à cette époque celle-ci n'a pas reçu une valeur constitutionnelle de manière indirecte.

68. La question qui se pose ici est de savoir si la liberté contractuelle n'a pas eu de manière indirecte une protection constitutionnellement reconnue, aura-t-elle une valeur constitutionnelle dans sa forme directe ? La réponse, malheureusement, n'est pas facile en raison de l'ambiguïté de l'orientation du Conseil constitutionnel en la matière.

B) L'absence incontestable de la garantie et de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle

69. La première mention de l'expression de « liberté contractuelle » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel est apparue dans la décision du 4 juin 1984¹⁴⁰. Cette décision a été prise dans le cadre des contentieux de la compétence entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire. Le juge constitutionnel après avoir rappelé, comme toujours, que

¹³² C.C., Déc. n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, La liberté de communication, Rec., P. 141.

¹³³ C.C., Déc. n° 84-172 DC, 26 juillet 1984, Contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage, Rec., P. 58.

¹³⁴ C.C., Déc. n° 92-316 DC, 20 janvier 1993, La prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Rec., P. 14.

¹³⁵ C.C., Déc. n° 92-316 DC, 20 janvier 1993, La prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Rec., P. 14.

¹³⁶ C.C., Déc. n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, La lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, Rec., P. 11.

¹³⁷ C.C., 92-316 DC, 20 janvier 1993, La prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Rec., P. 14.

¹³⁸ C.C., Déc. n° 61-21 L., 4 décembre 1962, Loi sur les loyers, Rec., P. 34.

¹³⁹ C.C., Déc. n° 89-254 DC, 4 juillet 1989, Modalités d'application des privatisations, Rec., P. 41.

¹⁴⁰ C.C., Déc. n° 84-137 L., 4 juin 1984, Les rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel, Rec., P. 34.

« l'article 34 de la Constitution réserve à la loi la détermination des principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales », a jugé que parmi ces principes « il convient de ranger la liberté contractuelle »¹⁴¹.

70. La première lecture de la décision donne en réalité l'impression que la Haute Juridiction a eu l'intention de ranger la liberté contractuelle parmi les principes fondamentaux découlant de l'article 34 alinéa 4 de la Constitution. Toutefois, cette lecture se concilie mal avec sa reconnaissance de la dérogation à ce principe en raison du large espace laissé au législateur dans lequel il peut porter atteinte à la liberté contractuelle. Dans cette décision le législateur a pu limiter la liberté des parties à un bail par « des » règles impératives relatives, notamment, au regard du prix du loyer et des conditions dans lesquelles le bailleur peut mettre fin au contrat¹⁴².

71. Le paradoxe précité nous conduit à poser deux questions. La première est de savoir si le principe de la liberté contractuelle dispose en lui-même d'une valeur constitutionnelle ? La seconde est de savoir si la liberté contractuelle profite d'une garantie des autres normes constitutionnelles ? Car, si la liberté contractuelle a été classée parmi les principes fondamentaux découlant de l'article 34 alinéa 4 de la Constitution, cette classification ne lui donne cependant ni une garantie, ni une valeur constitutionnelle dès lors que le législateur peut sans limite l'abroger et la limiter.

a) Un refus initial absolu

72. La réponse à la deuxième question n'a pas tardé. Le Conseil constitutionnel a ôté toute équivoque quant au statut constitutionnel de la liberté contractuelle en considérant, dans sa décision du 3 août 1994, qu'« Aucune norme constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle »¹⁴³. Cette décision a été rendue à la suite d'une saisine à propos de la loi portant modification du Code de la sécurité sociale¹⁴⁴ ; les saisissants contestaient en

¹⁴¹ En l'espèce, le Conseil constitutionnel a été saisi le 16 mai 1984 par le Premier ministre, dans les conditions prévues à l'article 37, alinéa 2, de la Constitution, d'une demande tendant à l'appréciation de la nature juridique des dispositions de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948, modifiée et complétée, portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement, contenues à son article 3 sexies, tel qu'il résulte de la loi n° 70-598 du 9 juillet 1970, dans les mots "aux conditions fixées par le décret n° 62-1140 du 29 septembre 1962".

¹⁴² C.C., Déc. n° 84-137 L., 4 juin 1984, Les rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel, Rec., P. 34

¹⁴³ C.C., Déc. n° 94-348 DC du 3 août 1994, La loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et transposition des directives communautaires, Rec., P. 117 ; *RFDC*, 1994, P. 832, obs. P. Gaïa.

¹⁴⁴ *Ibid.*

particulier l'article 10¹⁴⁵ de la loi. Le nouveau texte contenait une interdiction pratiquement incontournable à toute entreprise ou branche professionnelle, de créer, en faveur des salariés, une nouvelle institution de retraite supplémentaire¹⁴⁶. Les sénateurs auteurs de la saisine considéraient de manière complémentaire¹⁴⁷ à cette interdiction quasi générale que le mécanisme prévu par le législateur méconnaissait les principes relatifs à la liberté contractuelle ainsi qu'à la liberté d'entreprendre.

73. Le rejet décisif du Conseil constitutionnel d'accorder à la liberté contractuelle une protection a été étonnant tant pour la doctrine publiciste que privatiste. L'étonnement résultait de la sécheresse du propos et de la sévérité de la condamnation (« *aucune norme constitutionnelle...* »). Cela laissait peu de place à l'éventualité d'un revirement de jurisprudence, ce qui a conduit à juger le propos lui-même excessif et injustifié¹⁴⁸.

74. La déception résultant du rejet absolu de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle a notamment été exprimée par M. Broussolle, qui estime que « *la liberté contractuelle mériterait de se voir reconnaître une valeur constitutionnelle* »¹⁴⁹. De même, M. Gaïa a pu regretter la brièveté du Conseil constitutionnel en la matière¹⁵⁰ en précisant que « *c'est au terme d'une motivation plus ramassée, dont on pourra regretter la trop grande concision que le Conseil constitutionnel a fait justice des moyens tirés de la violation du principe de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle* »¹⁵¹, en ajoutant ensuite que « *c'est plus radicalement encore que le Conseil dénie ensuite toute encre constitutionnelle à la liberté contractuelle...* »¹⁵².

¹⁴⁵ L'Article L. 941-1 du Code de la sécurité sociale, dispose qu'« il ne peut être créé de nouvelles institutions de retraite supplémentaire "avec l'autorisation du ministre chargé de la sécurité sociale, que dans le cas où les salariés d'une entreprise qui, ne relevant pas, pour leur retraite complémentaire, des institutions participant à une solidarité interprofessionnelle, viennent à en relever ». L'article a connu une modification ultérieure.

¹⁴⁶ P. GAÏA, obs., sur C.C., Déc. n° 94-348 DC du 3 août 1994, La loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et transposition des directives communautaires, *RFDC*, 1994, P. 834.

¹⁴⁷ Les saisissants opposaient quatre séries de moyens : la violation du principe d'égalité et du principe de participation des travailleurs, et deux moyens complémentaires tiré l'un de la méconnaissance de la liberté contractuelle et l'autre de la liberté d'entreprendre.

¹⁴⁸ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », *RFDA*, 2006, P. 3.

¹⁴⁹ Y. BROUSSOLLE, « Le paradoxe du principe de la liberté contractuelle », *JCP.*, 1995, n° 13, II 22404, p. 121.

¹⁵⁰ En effet, le Conseil constitutionnel n'a pas justifié sa décision en se contentant de considérer qu'« aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle ; que par suite ce grief ne saurait qu'être écarté ».

¹⁵¹ P. GAÏA, obs., sur C.C., Déc. n° 94-348 DC du 3 août 1994, La loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et transposition des directives communautaires, *RFDC*, 1994, P. 835-836.

¹⁵² *Ibid.*, P. 836.

75. Si le Conseil constitutionnel affirme expressément et sévèrement que le principe de la liberté contractuelle n'a pas valeur constitutionnelle, la justification de cette rigidité pourrait nous permettre de connaître la raison pour laquelle cette position a été prise. En effet, dans leur commentaire sur la décision, MM. Mathieu et Verpeaux avaient estimé que « *même dans la conception du Code civil, la liberté contractuelle est soumise à la loi, et la notion civiliste de l'ordre public justifie certaines atteintes apportées à cette liberté* »¹⁵³. Ils lient ainsi la protection constitutionnelle de cette liberté à d'autres libertés constitutionnellement garanties en précisant que « *la liberté contractuelle ne doit pas être respectée par le législateur qu'en tant qu'elle porte sur un droit ou une liberté constitutionnels (liberté d'association, droit de propriété, liberté d'entreprendre...)* »¹⁵⁴. De même, M. Gaïa avait trouvé la justification de cette dure négation de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle par la volonté de la Haute Juridiction de « *libérer les dispositions critiquées de tout grief d'inconstitutionnalité* »¹⁵⁵. La justification peut également se trouver dans la réalité économique et juridique résultant de l'intervention de l'État comme l'avait montrée M. Broussolle en indiquant que « *si le principe de la liberté contractuelle est d'une importance fondamentale sur le plan théorique, la réalité économique et juridique tend au contraire à en réduire considérablement la portée. Ce dédoublement du principe résulte d'un interventionnisme marqué de l'État, d'un "envahissement de l'ordre public" dans les contrats* »¹⁵⁶. L'auteur ajoute que la multiplication des interventions législatives et réglementaires dans le droit des contrats a incité le Conseil constitutionnel à prendre cette orientation rigide.

76. Enfin, il nous semble que le Conseil constitutionnel a pris cette position négatrice de la liberté contractuelle afin de répondre et de mettre fin aux revendications des parlementaires qui demandaient de classer la liberté contractuelle parmi les normes garanties constitutionnellement. En effet, la première tentative des parlementaires dans le but d'encourager le Conseil constitutionnel à ranger la liberté contractuelle parmi les normes constitutionnelles s'est produite en 1992¹⁵⁷, à propos de la loi relative à la prévention de la

¹⁵³ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, obs., sur C.C., Déc. n° 94-348 DC du 3 août 1994, Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et transposition des directives communautaires, les Petites affiches, 28 avril 1995, n° 51, P. 6.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ P. GAÏA, obs., sur C.C., Déc. n° 94-348 DC du 3 août 1994, Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et transposition des directives communautaires, *RFDC*, 1994, P. 836.

¹⁵⁶ Y. BROUSSOLLE, « Le paradoxe du principe de la liberté contractuelle », *JCP.*, 1995, n° 13, II 22404, p. 121.

¹⁵⁷ C.C., Déc., n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *Rec.*, P 14.

corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. Les requérants avaient indiqué que les dispositions de la nouvelle loi relatives aux rapports contractuels - entre les annonceurs, les intermédiaires et les vendeurs d'espaces publicitaires ou de prestations ayant pour objet l'édition ou la distribution d'imprimés publicitaires - restreignaient la liberté contractuelle dans des conditions qui portaient des atteintes abusives et arbitraires à la liberté d'entreprendre en la dénaturant¹⁵⁸. Selon les saisissants les nouvelles dispositions portaient également atteinte aux éléments constitutifs de la liberté contractuelle comme la liberté du commerce qui est un des éléments constitutifs de la liberté d'entreprendre¹⁵⁹, la libre négociation, la liberté dont disposent les parties de prévoir les clauses de leur choix dans les conventions qu'elles concluent entre elles, la liberté des cocontractants de choisir le mode de rémunération qui aurait leur préférence ou la liberté de contracter¹⁶⁰, et elles contiennent aussi une limitation de la durée du contrat de délégation de service public¹⁶¹, etc. L'ensemble de ces critiques n'a cependant pas eu d'effet sur la décision rendue ; le juge constitutionnel avait même ignoré de répondre à toutes ces revendications des saisissants en se contentant de déclarer la constitutionnalité de ces dispositions¹⁶². L'échec précédent des parlementaires en 1993 n'a pas privé ces derniers de reproduire des allégations similaires à propos de la loi relative à la protection sociale des salariés. En conséquence, le juge constitutionnel, à notre avis, a trouvé l'occasion de répondre à ces anciennes exigences en tranchant la question de la liberté contractuelle en niant sa valeur constitutionnelle.

b) Une confirmation postérieure

77. La réponse négative du Conseil constitutionnel à propos de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle n'a pas plu aux parlementaires qui considéraient que celle-ci devait être rangée parmi les principes constitutionnels. Ainsi, plusieurs autres saisines ont été présentées devant le juge constitutionnel demandant la classification de la liberté contractuelle au nombre des normes constitutionnelles.

78. A la suite de la décision du 3 août 1994, le Conseil constitutionnel, entre les années 1994 et 1997, a donc été invité à plusieurs occasions successives à se prononcer sur la question de la liberté contractuelle.

¹⁵⁸ Considérant n° 26.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Considérant n° 27.

¹⁶¹ Considérant n° 39.

¹⁶² Considérant n° 34.

79. La première occasion a été la décision du 26 janvier 1995¹⁶³. Le Conseil constitutionnel avait été saisi afin d'examiner la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire dont l'un des buts avoués était d'apporter une solution au litige opposant alors EDF et la Compagnie nationale du Rhône. La présence de la liberté contractuelle dans cette décision a revêtu deux aspects et l'attitude du juge constitutionnel à son égard a été négative. Par le premier les députés auteurs de la saisine avaient fait valoir que le législateur ne pouvait valider directement les stipulations d'un contrat intervenant dans un domaine régi par le principe de l'autonomie de la volonté alors que ces conditions font l'objet d'une procédure judiciaire pendante, sans méconnaître la liberté contractuelle des collectivités locales, lesquelles détiennent l'essentiel du capital de la Compagnie nationale du Rhône¹⁶⁴. Le Conseil constitutionnel avait pour sa part rappelé qu'il est loisible au législateur, dans un « *but d'intérêt général* » de modifier, d'abroger ou de compléter des dispositions qu'il a antérieurement prises, dès lors qu'il ne méconnaît pas des principes ou des droits de valeur constitutionnelle, en ajoutant que « *le fait que de telles modifications entraînent des conséquences sur des conventions en cours conclues en application de dispositions législatives antérieures n'est pas en lui-même de nature à entraîner une inconstitutionnalité* »¹⁶⁵. Concernant le deuxième aspect, les requérants avaient fait valoir que le fait de prévoir que des contrats conclus entre l'État et certaines collectivités puissent s'insérer dans les contrats de plan État-région, portait atteinte à la liberté contractuelle des régions garantie par le principe de leur libre administration¹⁶⁶. Toutefois, la Haute Juridiction n'a pas trouvé dans les dispositions concernées une violation du principe de libre administration car selon elle : « *il ne résulte de ces dispositions, ni une obligation de contracter à la charge des collectivités concernées, ni de quelque manière que ce soit, une remise en cause des engagements susceptibles d'être pris dans le cadre des contrats État-région* »¹⁶⁷. Il nous semble que, dès lors que l'atteinte éclatante à un élément constitutif de la liberté contractuelle ne constitue pas une raison d'inconstitutionnalité, cette décision ne peut être interprétée que dans le cadre d'une confirmation indirecte de la position négative prise

¹⁶³ C.C., Déc. n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, La loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, Rec. p. 183 ; Les petites affiches, 20 octobre 1995 (126), p. 8, obs., B. MATHIEU et M. VERPEAUX.

¹⁶⁴ Considérant n° 20.

¹⁶⁵ Considérant n° 21.

¹⁶⁶ L'article en cause (article n° 11 de la loi) dispose que : « l'État peut conclure avec les collectivités territoriales compétentes des contrats particuliers ayant "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 des actions à la spécificité des actions locales ».

¹⁶⁷ Considérant n° 39.

par le juge constitutionnel de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle dans sa décision du 3 août 1994.

80. Une autre occasion de se prononcer en la matière a été la décision¹⁶⁸ n° 96-385 DC du 30 décembre 1996 à propos de la loi de finances pour 1997. Les auteurs de la saisine avaient contesté la « spoliation organisée par le législateur » en considérant que la nouvelle loi constituait une violation du principe de la liberté contractuelle qui protège le droit des partenaires sociaux dans le cadre du droit constitutionnel des travailleurs à participer à la détermination de leurs conditions de travail, contre toute remise en cause de leur capacité de négociation¹⁶⁹. La Haute Juridiction avait considéré que « *dès lors que le prélèvement contesté n'a pas davantage pour effet de porter atteinte à la capacité de négociation des partenaires sociaux, il ne méconnaît pas la liberté contractuelle et que par suite le moyen manque en fait* ». La formulation utilisée par le juge constitutionnel a conduit à l'apparition de certaines interprétations selon lesquelles le Conseil constitutionnel aurait reconnu à cette liberté la valeur de principe de référence en vue d'un contrôle de constitutionnalité¹⁷⁰.

81. Si la première lecture de la décision précitée conduisait à ce genre d'interprétation, une analyse approfondie écarte cependant cette interprétation car dans la formule de la décision ce n'était pas la liberté contractuelle qui se trouvait consacrée ou rétablie dans sa dignité constitutionnelle mais, comme l'avait indiqué Franck Moderne, « *la liberté contractuelle en tant qu'elle conditionne l'exercice d'un droit déjà constitutionnalisé, le droit de participation des travailleurs* »¹⁷¹.

82. Cette incertitude dans la doctrine a incité le Conseil constitutionnel, dans sa décision¹⁷² du 20 mars 1997, à trancher la question de la constitutionnalité de la liberté contractuelle en complétant sa décision du 3 août 1994. Le Conseil constitutionnel confirme « sèchement »¹⁷³ que « *le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle* ». La formulation de juge constitutionnel ne laisse aucun doute et ne permet pas la moindre équivoque : la liberté contractuelle n'est pas un principe constitutionnel.

¹⁶⁸ C.C., Déc. n° 96-385 DC du 30 décembre 1996, Loi de finances pour 1997, Rec., P 145 ; *LPA.*, 7 mars 1997, n° 29, P. 5, note B. MATHIEU.

¹⁶⁹ Considérant n° 14.

¹⁷⁰ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », *RFDA*, 2006, P. 3.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² C.C., Déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Loi créant les plans d'épargne retraite, Rec., P. 31 ; *RFDC*, 1997, P. 328, note L. FAVOREU ; *LPA*, 1997, n° 52, P. 5, note A. SAURET ; *LPA*, 17 octobre 1997 n° 125, P. 10, note B. MATHIEU et M. VERPEAUX.

¹⁷³ Mot utilisé par F. MODERNE, *op.cit.* p. 3.

83. La Haute Juridiction ne se contente pas, dans cette décision, de nier la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle ; elle étend son attitude négatrice au principe lié essentiellement à cette liberté qui est l'autonomie de la volonté. Selon le Conseil : « *il ne résulte ni de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ni d'aucune autre norme de valeur constitutionnelle un principe constitutionnel dit de l'"autonomie de la volonté"* »¹⁷⁴.

84. En conséquence, la liberté contractuelle ne dispose d'aucune protection ni en elle-même, ni par les autres normes constitutionnelles, puisque, la décision du 3 août 1994 dispose que « *aucune norme constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle* » et celle du 20 mars 1997 confirme cette orientation par la négation de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, « *le principe de la liberté contractuelle n'a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle* ». La justification du refus constant de reconnaître la valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle du Conseil constitutionnel ne manque pas d'intérêt. Certains auteurs ont expliqué la position du juge constitutionnel par le fait que ce dernier ait été en quelque sorte prisonnier de ses propres formules et qu'après avoir, à plusieurs reprises, exclu sans appel la liberté contractuelle du champ des libertés constitutionnelles, il lui était, comme l'explique M. Moderne « *psychologiquement difficile d'aller à Canossa et de reconnaître publiquement son erreur. L'eût-il fait, il aurait été taxé d'inconséquence ou d'aveuglement initial...* »¹⁷⁵.

85. Une autre explication de la position de la Haute Juridiction peut être donnée en s'appuyant sur la construction de la décision elle-même. Le Conseil considère que « *la méconnaissance du principe de liberté contractuelle ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis* »¹⁷⁶. MM. Mathieu et Verpeaux, après avoir rappelé que cette décision se situe dans la logique des décisions antérieures du Conseil qui n'avait jamais reconnu valeur constitutionnelle au principe de la liberté contractuelle en tant que tel, ont pu considérer que : « *Une telle construction jurisprudentielle tend à affecter et à assouplir la structure des droits et libertés fondamentaux* »¹⁷⁷. Selon eux, le Conseil reconnaît un nouveau

¹⁷⁴ Considérant n° 48.

¹⁷⁵ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », *RFDA*, 2006, P. 4 ; V., N. MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, 1997, P. 65-109 (particulièrement P. 76).

¹⁷⁶ Considérant n° 48.

¹⁷⁷ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *LPA.*, chronique de jurisprudence constitutionnelle, 17 octobre 1997 n° 125, P. 10.

type des principes, ce sont « *les principes garants d'un principe constitutionnel* »¹⁷⁸. Ces principes garants, « législatifs-sentinelles », ont seulement une valeur législative, mais ils jouent « *un rôle particulier au sein du contrôle de constitutionnalité en ce que leur méconnaissance est susceptible de traduire l'atteinte à un principe constitutionnel* »¹⁷⁹.

86. De telles justifications ne sont pas, à notre avis, raisonnables. En effet, comment peut-t-on justifier la rigidité du Conseil constitutionnel dans sa décision du 1997 par le fait qu'il lui était difficile de reconnaître publiquement son erreur ? Une telle logique devrait le conduire à prendre une décision plus souple que celle de 1994, ce qui n'est pas le cas ici. De même, comment peut-t-on imaginer qu'un principe législatif puisse garantir un principe constitutionnel ? Car, également, la logique veut que les normes supérieures « constitutionnelles » garantissent les normes inférieures « législatives » et non pas le contraire.

87. L'explication de la persistance de la position du Conseil constitutionnel à ne pas reconnaître de valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle peut se résumer en deux raisons présentées par le professeur Favoreu. D'une part, il ne peut être trouvé dans les normes constitutionnelles aucune référence directe à cette liberté, l'auteur précise en effet que, « *il n'existe aucun rattachement textuel possible, sauf à considérer que le principe de la liberté affirmé aux articles 4 et 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen couvre toutes les progressions jurisprudentielles du Conseil constitutionnel* »¹⁸⁰. D'autre part, de très nombreuses lois ont porté atteinte à la liberté contractuelle antérieurement au Préambule de la Constitution de 1946, ce qui indique « *comme l'a souligné maintes fois la doctrine, que la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté n'ont jamais constitué de véritables principes* »¹⁸¹. Ce dernier raisonnement a incité le professeur Guettier à conclure qu'« *il est alors pour le moins difficile de considérer cette liberté comme un (principe fondamental reconnu par les lois de la République)* »¹⁸².

88. L'ensemble des décisions précitées montre explicitement que la liberté contractuelle, en tant que telle, ne peut avoir qu'une valeur législative, et que la juge constitutionnel n'a pas voulu attribuer à la liberté contractuelle une protection constitutionnelle, sauf dans le cas où l'atteinte à la liberté contractuelle conduirait à porter

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ L. FAVOREU, note sur C.C., Déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Fonds de pension, *RFDC*, 1997, P. 333.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2008, P. 136.

atteinte aux autres libertés et droits garantis constitutionnellement. Toutefois, cette position inflexible ne durera pas longtemps car le Conseil constitutionnel assouplira cette rigidité.

Sous-section II

Une reconnaissance douteuse de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle des personnes publiques

89. L'exigence consacrée par le Conseil constitutionnel et selon laquelle il ne serait pas utile d'invoquer la méconnaissance de la liberté contractuelle devant lui, sauf dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis, a laissé chez une partie de la doctrine l'espoir d'aboutir à l'avenir à la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle. En effet, les juristes ont construit leur espoir sur le fondement d'une protection indirecte du principe de la liberté contractuelle ; c'est-à-dire, à travers d'autres droits et libertés constitutionnels. Cela nous conduira à étudier d'une part, les fondements par lesquels une atténuation de l'interprétation rigide des décisions précitées pourrait intervenir (A), et d'autre part, la reconnaissance discutable de la liberté contractuelle parmi les normes constitutionnelles (B).

A) Une orientation jurisprudentielle tendant à atténuer la rigidité initiale

90. Si l'orientation du Conseil constitutionnel après sa décision du 20 mars 1997 montre une certaine souplesse à l'égard de la liberté contractuelle, la situation n'était pas vraiment la même avant cette décision, comme l'ont montré certains juristes qui ont essayé de fonder cette souplesse sur des droits et libertés, dont l'application est enchevêtrée avec la liberté contractuelle. En effet, la vraie protection dans ce domaine a été reconnue à ces droits et libertés, et la liberté contractuelle n'a reçu qu'une protection subsidiaire à ces droits et libertés.

a) Les fondements constitutionnels pour une liberté non constitutionnelle

91. Dans sa décision du 20 mars 1997, le Conseil constitutionnel a explicitement indiqué que la méconnaissance de la liberté contractuelle ne pouvait être invoquée devant lui que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement

garantis¹⁸³. Cette décision ne permet pas la moindre équivoque. Afin d'avoir une protection pour la liberté contractuelle des atteintes du législateur, celle-ci doit s'appuyer devant le Conseil constitutionnel sur un fondement constitutionnel. Mais, sur quel fondement peut-on assurer cette protection ?

92. Selon le professeur Terneyre, les exemples qui démontrent la valeur supra-législative du principe de la liberté contractuelle¹⁸⁴ sont nombreux, car chaque liberté ou droit constitutionnel peut la fonder si son application est interpénétrée avec l'application du droit des contrats. Selon lui, la liberté contractuelle était protégée indirectement lorsque le Conseil constitutionnel garantissait des principes de valeur constitutionnelle tels que la liberté de mariage¹⁸⁵, le droit de propriété¹⁸⁶, la liberté d'entreprendre¹⁸⁷, la liberté d'association¹⁸⁸, la liberté d'enseignement¹⁸⁹ et la libre administration des collectivités territoriales¹⁹⁰. Ces fondements ont construit une reconnaissance implicite de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle pour une partie considérable de la doctrine¹⁹¹. En raison de l'ampleur de ces droits et libertés, nous nous contenterons de traiter, en particulier, la liberté d'entreprendre, le droit de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises, ainsi que le droit de la propriété¹⁹². En réalité, ces droits et libertés sont d'une manière ou d'une autre des composantes de la liberté contractuelle dans le cadre de l'opération contractuelle.

¹⁸³ C.C., Déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Loi créant les plans d'épargne retraite, Rec., P. 31.

¹⁸⁴ Ph. TERNEYRE, « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ? », in *Mélange en l'honneur Gustave Peiser*, PUG, 1995, P. 473, notamment PP.475-478 ; « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, P. 669.

¹⁸⁵ C.C., Déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration, Rec. P. 224.

¹⁸⁶ C.C., Déc. n° 84-172 DC du 26 juillet 1984, Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage, Rec. P. 58 ; Déc. n° 85-189 DC du 17 juillet 1985, Loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement, Rec. P. 49.

¹⁸⁷ C.C., Déc. n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, Rec. P. 11 ; Déc. n° 88-244, DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie, Rec. P. 119.

¹⁸⁸ C.C., Déc. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association, Rec. P. 29.

¹⁸⁹ C.C., Déc. n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales, Rec. P. 36.

¹⁹⁰ C.C., Déc. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Rec. P. 14.

¹⁹¹ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », précité, P. 4 ; V., N. MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », précité, P. 65-109 ; M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 98 ; A. DUFFY, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », *RDP*, 2006, P. 1574.

¹⁹² Pour l'intérêt de la recherche nous traiterons ultérieurement d'autres droits et libertés comme la libre administration des collectivités territoriales et la non-rétroactivité.

I- La liberté d'entreprendre

93. La reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre, dans ses deux composantes industrielle et commerciale, est apparue pour la première fois avec la décision du 16 janvier 1982¹⁹³. Cette liberté a trouvé son fondement constitutionnel dans l'article 4 de la D.D.H.C. de 1789¹⁹⁴.

94. Les défenseurs de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle dans sa forme indirecte, ont constaté la sensibilité du Conseil constitutionnel à la corrélation étroite qui existe entre ces deux libertés¹⁹⁵, car nul ne conteste que la liberté d'entreprendre postule l'utilisation de l'instrument contractuel¹⁹⁶. Selon ce constat, « toute atteinte « excessive » à la liberté contractuelle compromettrait gravement l'exercice de la liberté d'entreprendre ou celui de la liberté du commerce et de l'industrie, et pourrait même, selon la formule consacrée, remettre ces libertés en cause. Dans une telle hypothèse, il y a bien un problème de constitutionnalité »¹⁹⁷.

95. Les indices significatifs de ce lien sont nombreux. C'est ainsi le cas de la décision du 20 juillet 1988¹⁹⁸. Dans la lettre de la saisine du Conseil constitutionnel, les requérants ont contesté la disposition en cause puisqu'elle avait méconnu tant « le principe le plus général du droit des contrats : le consentement des parties ; que l'existence d'un principe fondamental de notre droit : la liberté de contracter »¹⁹⁹. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a reconnu la violation de la liberté de contracter en se fondant sur la liberté d'entreprendre²⁰⁰. Le terrain le plus « connu » de la liberté d'entreprendre a donc été préféré à celui de la liberté contractuelle afin d'invalidier la disposition législative en cause. Le juge constitutionnel, « opérant une substitution des moyens »²⁰¹, a ainsi garanti la liberté contractuelle de façon indirecte à travers la liberté d'entreprendre²⁰². De même, dans sa

¹⁹³ C.C., Déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, Rec., P. 18.

¹⁹⁴ Considérant n° 16, l'article 4 de la D.D.H.C. de 1789 dispose que : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

¹⁹⁵ M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 98.

¹⁹⁶ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », précité, P. 4

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ C.C., Déc. n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie, Rec. P. 119.

¹⁹⁹ Lettre de saisine du Conseil constitutionnel, JORF du 21 juillet 1988, P. 9452.

²⁰⁰ D. ROUSSEAU, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle*, RDP, 1992, PP. 41-42.

²⁰¹ Considérant n° 22 « les dispositions de l'article 15 risquent de mettre en cause la liberté d'entreprendre de l'employeur qui, responsable de l'entreprise, doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs ».

²⁰² A. DUFFY, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », précité, P. 1575.

décision du 20 janvier 1993²⁰³, la Haute Juridiction a rejeté deux moyens relatifs à la violation de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre en ne répondant qu'aux griefs tirés de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre. Le fait d'éviter de se prononcer sur l'atteinte à la liberté contractuelle indique, selon M. Favoreu, que par cette décision le juge constitutionnel ne se contente pas de montrer son attitude réservée à l'égard de cette liberté, mais également qu'il la présente en tant que liberté indissociable de la liberté d'entreprendre²⁰⁴.

II- Le principe de participation des travailleurs à la détermination des conditions collectives de travail

96. Un autre fondement sur lequel la liberté contractuelle pourrait avoir une protection accessoire, est celui de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que « *tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ».

97. Les conventions collectives de travail, négociées entre les représentants des employeurs et ceux des travailleurs, construisent, selon les défenseurs de la liberté contractuelle, un instrument « privilégié »²⁰⁵ témoignant de l'atténuation de l'« hostilité »²⁰⁶ du Conseil constitutionnel à l'égard de la liberté contractuelle. Dans ce cadre se place la décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996²⁰⁷ qui définit le rôle des syndicats dans la négociation collective. Quelques semaines plus tard une autre décision a été rendue dans le même contexte, il s'agit de la décision n° 96-385 DC du 30 décembre 1996²⁰⁸ à propos de la loi de finances pour 1997. Dans cette décision le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé la valeur constitutionnelle de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, a jugé que les dispositions en cause n'ont pas « *pour effet de porter atteinte à la capacité de négociation*

²⁰³ C.C., Déc. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Rec. P. 14

²⁰⁴ L. FAVOREU, Jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RFDC*, 1993, n°14, PP. 375-378. P. 378 ; V. observations de L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13^e, éd., 2005, P. 456.

²⁰⁵ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », *RFDA*, 2006, P. 6.

²⁰⁶ M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Thèse, PUAM, 2002, P. 106.

²⁰⁷ C.C., Déc. n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, Rec. P. 128.

²⁰⁸ C.C., Déc. n° 96-385 DC du 30 décembre 1996, Loi de finances pour 1997, Rec., P. 145 ; *LPA*, 7 mars 1997, n° 29, P. 5, note B. MATHIEU.

*des partenaires sociaux, il ne méconnaît pas la liberté contractuelle, et que par suite, ce moyen manque en fait »*²⁰⁹.

98. Cette formulation a amené certains juristes à conclure que la liberté contractuelle ferait l'objet d'une vigilance particulière de la part du juge constitutionnel, dans le contexte évolutif et souvent tendu des relations sociales de travail²¹⁰. C'est le cas de M. Teyssié qui estime que « *la négociation des contrats collectifs – parce qu'il s'agit d'abord de contrats – se déplace dans le cadre général, qu'il appartient au législateur de respecter et de faire respecter, que trace le principe de liberté contractuelle* »²¹¹. De même, M. Mahouachi, a relevé une reconnaissance indirecte de la liberté contractuelle dans cette décision par le fait que le juge constitutionnel a, à propos du second moyen, accepté « *d'en vérifier la teneur, alors que celui-ci portait sur la liberté contractuelle* ». Pour lui, cela constitue un indice de cette reconnaissance puisque le Conseil constitutionnel n'a pas rejeté le moyen au motif qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantissait le principe de la liberté contractuelle, comme il l'avait fait dans la décision du 3 août 1994²¹². En conséquence, comme le souligne M. Moderne, « *la liberté contractuelle, ainsi proclamée au soutien du principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises, exclut logiquement toute mesure législative susceptible d'altérer gravement le libre jeu des négociations*²¹³ *sociales* »²¹⁴.

III- Le droit de la propriété

99. La valeur constitutionnelle du droit de la propriété est consacrée par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui dispose que « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

²⁰⁹ Considérant n° 18.

²¹⁰ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », précité, P. 6.

²¹¹ B. TEYSSIÉ, « Loi et contrat collectif de travail : variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cah. Cons. Const.*, n° 17, 2004, P. 103 s.

²¹² M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 107.

²¹³ Exemples, C.C., Déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Plans d'épargne retraite, Rec., P. 31 ; C.C., Déc. n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail, Rec., P. 33 ; C.C., Déc. n° 98-401 DC, 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, Rec., P. 258 ; C.C., Déc. n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, Rec., P. 43.

²¹⁴ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », précité, P. 7.

100. Dans le cadre de sa thèse intitulée « *la liberté contractuelle des collectivités territoriales* », M. Mahouachi a tenté de déduire la protection constitutionnelle indirecte de la liberté contractuelle en tant que composante du droit de la propriété²¹⁵ par trois décisions du Conseil constitutionnel. La première est celle du 26 juillet 1984²¹⁶, la deuxième est la décision du 4 juillet 1989²¹⁷, et la dernière est la décision du 7 décembre 2000²¹⁸.

101. Bien que les décisions précitées du Conseil constitutionnel aient rejeté tous les moyens tirés de la violation du droit de la propriété, M. Mahouachi a conclu que l'atteinte au droit de la propriété peut constituer une atteinte à la liberté contractuelle dès lors qu'en définitive, « *le droit de propriété se manifestant par l'effectivité d'une liberté contractuelle, le Conseil constitutionnel peut donc être conduit, lorsqu'il vérifie la constitutionnalité d'atteintes au droit de propriété, à contrôler si d'autres atteintes n'ont pas été commises à la liberté contractuelle des individus* »²¹⁹. Selon lui, ce constat « *permet d'affirmer que la liberté contractuelle est une composante du droit de propriété car le Conseil constitutionnel intègre cette dernière dans l'exercice du droit de propriété* »²²⁰. L'auteur ajoute que les atteintes au droit de propriété sont conditionnées, et par conséquent elles sont conditionnées à la liberté contractuelle, et elles ne se justifient que si la protection des intérêts nationaux l'exigeait²²¹.

102. À notre avis, l'analyse selon laquelle la liberté contractuelle a obtenu une protection indirecte en comptant sur un fondement constitutionnel (liberté ou droit), est une analyse illusoire. Car, en premier lieu, si la mission générale du juge constitutionnel est de contrôler la constitutionnalité des lois contestées devant lui, son contrôle reste cependant limité aux points soulevés devant lui. Ainsi, si la liberté contractuelle n'a pas été contestée devant lui, le simple enchevêtrement entre ses composantes et les composantes d'un autre droit ou liberté constitutionnellement garantis n'est pas suffisant, de ce seul fait, à reconnaître cette protection constitutionnelle indirecte à la liberté contractuelle, notamment avec l'existence des deux célèbres décisions précitées de 1994 et 1997.

²¹⁵ M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, PP. 103-106.

²¹⁶ C.C., Déc. n° 84-172 DC du 26 juillet 1984, Contrôle des structures des exploitations agricoles et du statut du fermage, Rec., P. 58 ; *RDP*, 1986, P. 395, (chron. L. Favoreu).

²¹⁷ C.C., Déc. n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, Modalités d'application des privatisations, Rec., P. 41.

²¹⁸ C.C., Déc. n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, Loi sur la solidarité et le renouvellement urbain, Rec., P. 176.

²¹⁹ M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 104.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ *Ibid.* P 105.

103. En deuxième lieu, la bonne lecture de l'ensemble des décisions, sur lesquelles les défenseurs de la valeur constitutionnelle indirecte de la liberté contractuelle ont construit leur position, montre que la protection accordée dans ces décisions est reconnue aux droits et libertés fondamentaux en cause. Car, même dans les cas où la liberté contractuelle a été évoquée dans la lettre de saisine simultanément avec un autre fondement constitutionnel, la position du Conseil constitutionnel a toujours oscillé entre deux orientations : soit il ignorait le principe de la liberté contractuelle et la décision rendue ne contenait aucune référence à ce principe ; soit il déclarait, comme il a fait en 1994 et 1997, que la liberté contractuelle ne disposait pas d'une valeur constitutionnelle et qu'aucune norme constitutionnelle ne garantissait ce principe. Cette interprétation peut être également affirmée par la logique que rien n'empêchait le juge constitutionnel de reconnaître directement la liberté contractuelle parmi les normes constitutionnelles s'il avait véritablement cette intention.

104. En troisième et dernier lieu, une analyse de la totalité des décisions précitées révèle que toutes les dispositions dérogeant clairement au principe de liberté contractuelle ont été déclarées conformes à la Constitution en raison de l'insuffisance des atteintes en cause à dénaturer l'exercice du droit et de la liberté constitutionnel concerné. Ceci est une autre raison de constater la difficulté de reconnaître par ces décisions une protection même indirecte du principe de liberté contractuelle.

b) Une atténuation illusoire vers la reconnaissance d'un principe

105. La formulation utilisée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 20 mars 1997²²², qui dispose que « *la méconnaissance de la liberté contractuelle ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis* »²²³, ne peut être interprétée que comme un rejet de toute existence autonome de la liberté contractuelle parmi les normes constitutionnelles. En d'autres termes, « *la liberté contractuelle ne peut se prévaloir d'une existence constitutionnelle autonome* »²²⁴.

106. Cette orientation jurisprudentielle n'avait pas pu, toutefois, convaincre les parlementaires défenseurs du principe de la liberté contractuelle de cesser leurs tentatives afin de lui reconnaître la valeur constitutionnelle d'une manière directe et autonome.

²²² C.C., Déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Loi créant les plans d'épargne retraite, Rec., P. 31.

²²³ Considérant n° 48.

²²⁴ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », précité, P. 7.

107. Les tentatives des parlementaires dans ce domaine avaient eu pour finalité de rattacher la liberté contractuelle à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789²²⁵. La sensibilité positive du Conseil constitutionnel à ce propos a commencé à donner, rapidement et d'une façon progressive, un effet à partir de la décision du 10 juin 1998²²⁶. Les auteurs de la requête avaient invoqué la non-conformité à la Constitution de la loi tout entière. Ils soutenaient, en premier lieu, que la loi déférée affectait la liberté d'entreprendre « *en ce qu'elle oblige l'employeur et les salariés à négocier en préjugant le résultat de cette négociation et en l'imposant* ». En deuxième lieu, ils indiquaient que la loi « *réalise une immixtion directe dans les droits et libertés des employeurs en imposant une durée de travail réduite par rapport aux besoins des entreprises, ...à seule fin de régler un problème social, l'exclusion, dont les entreprises ne sont pas responsables* », ainsi que, s'agissant des échéances fixées par l'article 1^{er} de la loi déférée, « *celle-ci contraindrait les employeurs à avoir recours, pour la même production, à un nombre supérieur de salariés, portant à la liberté d'entreprendre une atteinte injustifiée par l'objectif de réduction du chômage que s'assigne le législateur, objectif dont la réalisation n'est au demeurant nullement garantie, comme le démontrent de nombreuses expertises* ». Enfin, ils avaient souligné que le texte soumis à l'examen du Conseil constitutionnel affectait la liberté de négociation des partenaires sociaux en imposant « *une remise en cause des conventions collectives en vigueur, des contrats de travail individuels et des conditions de rémunération* ». Par conséquent, les atteintes portées aux principes de valeur constitutionnelle sus-évoqués seraient manifestement disproportionnées au regard de l'objectif de sauvegarde de l'emploi poursuivi par le Gouvernement²²⁷.

108. Si de telles allégations présentées au Conseil constitutionnel ne sont pas, par leur nature, nouvelles, la formulation de la décision rendue constitue, en elle-même, une innovation. En effet, la Haute Juridiction rattache l'un des éléments de la liberté contractuelle²²⁸ à l'article 4 de la Déclaration de 1789, en considérant que « *le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la*

²²⁵ L'article 4 de la D.D.H.C. dispose que, « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. ».

²²⁶ C.C., Déc. n° 98-401 DC, 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, Rec., P. 258

²²⁷ Considérant n° 24.

²²⁸ Il s'agit ici de la sécurité juridique dans le cadre contractuelle.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »²²⁹. Cette décision, qui est venue après le colloque de l'AJDA sur la liberté contractuelle²³⁰, a apporté selon certains auteurs un tempérament inédit²³¹ par rapport aux motivations habituelles antérieures²³². En effet, la formule précitée avait été interprétée avec l'espoir d'une consécration du rang constitutionnel reconnu à la liberté contractuelle, car elle permettait d'associer cette liberté à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789²³³.

109. La décision précitée n'a pourtant pas pour effet de constitutionnaliser la liberté contractuelle dans sa totalité ; la liberté contractuelle n'ayant pas été proclamée manifestement dans la décision. En réalité, le juge constitutionnel se réfère à la « liberté » découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789 en termes génériques²³⁴. C'est la raison pour laquelle M. Terneyre n'a pas tiré de cette décision la constitutionnalité de la liberté contractuelle mais la « *quasi-constitutionnalité* »²³⁵. Pour M. Molfessis, une telle décision permet d'affirmer davantage la reconnaissance d'« *une protection constitutionnelle du contrat* » que celle de la liberté contractuelle²³⁶.

110. En effet, une interprétation pertinente de la décision montre clairement que c'est par le biais de « *l'économie des conventions et contrats légalement conclus* » que l'atteinte éventuellement portée par le législateur à la liberté de l'article 4 de la Déclaration doit être appréciée et mesurée²³⁷. En d'autres termes, le Conseil constitutionnel semble réduire le champ d'application de son contrôle non à toute violation de la liberté contractuelle des parties contractantes, mais aux seules atteintes à l'économie des conventions et contrats légalement conclus, à l'exclusion ainsi des immixtions législatives dans les contrats nuls, dans les contrats en voie de formation ou dans le droit objectif des contrats. Cela confirme, comme l'indique M. Terneyre, que « *le principe de liberté contractuelle ne sera jamais qu'une norme*

²²⁹ Considérant n° 29.

²³⁰ Colloque organisé par l'AJDA sur la liberté contractuelle 1998, dossier spécial, 1^e partie, P 634 et 2^e partie, P. 747.

²³¹ J-E. SCHOETTL. Observations sur, C.C., Déc. n° 98-401 DC, 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, *AJDA* 1998, P. 498.

²³² F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », précité, P. 8.

²³³ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, Chronique de jurisprudence constitutionnelle, *LPA*, 1998, n° 144, PP. 18-22, P. 20.

²³⁴ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », précité, P. 8 ; D. ROUSSEAU, Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1997-1998, *RDP*, 1999, n°1, PP. 47-92, P. 54.

²³⁵ Ph. TERNEYRE, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, P. 671.

²³⁶ N. MOLFESSIS, « Le Conseil constitutionnel redécouvre le droit civil », *RTD civ.* 1998, n° 3, PP. 796-800, P. 798.

²³⁷ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », précité, P. 8.

de référence de second rang »²³⁸. Un principe qui, selon MM. Mathieu et Verpeaux, n'est pas constitutionnel mais est un « *principe sentinelle* » de valeur « *législative* » dérivant du principe de « *liberté en général* » posé par l'article 4 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen. L'atteinte à ce principe « *n'est pas en elle-même sanctionnée, elle ne l'est que si par sa gravité, elle touche au cœur même de la liberté en général telle qu'elle est reconnue par la Constitution* »²³⁹.

111. Le rattachement de la liberté contractuelle à l'article 4 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen a été renforcé quelques jours après par la décision du 23 juillet 1999²⁴⁰. Le Conseil constitutionnel a confirmé sa jurisprudence précédente en jugeant que « *s'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution, il ne saurait porter à l'économie des contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »²⁴¹. Toutefois, le juge constitutionnel ne s'est pas contenté dans cette décision de lier la liberté contractuelle à l'article 4 de la Déclaration car il lui a ajouté un autre fondement constitutionnel découlant de l'article 13 de la Déclaration : « *le principe d'égalité devant les charges publiques* ». En l'espèce, les requérants contestaient la constitutionnalité de l'article 6-2, inséré dans la même loi par l'article 23 de la loi déférée. Ils soutenaient que le législateur, dans cet article qui dispose que « *les bénéficiaires de la couverture maladie universelle antérieurement affiliés à un organisme de protection sociale complémentaire pourront obtenir de plein droit la résiliation de la garantie souscrite auprès de cet organisme, si ce dernier a fait le choix de ne pas participer au dispositif créé par la loi* », avait mis en œuvre l'exigence constitutionnelle d'égalité devant la loi entre tous les bénéficiaires de la couverture maladie universelle²⁴². La Haute Juridiction a considéré que « *n'ayant pas entendu exclure toute indemnisation, le législateur n'a pas porté aux contrats en cours d'exécution une atteinte contraire, par sa gravité, aux principes posés par les articles 4 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »²⁴³.

²³⁸ Ph. TERNEYRE, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? », précité, P. 671.

²³⁹ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, Chronique de jurisprudence constitutionnelle, *LPA*, 1998, n° 144, PP. 18-22, P. 20.

²⁴⁰ C.C., Déc. n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle, Rec., P. 100 ; *AJDA*, 1999, P. 700, note J.-E. Schoëttl.

²⁴¹ Considérant n° 19.

²⁴² Lettre de saisine, JORF du 18 juillet 1999, P. 11257.

²⁴³ Considérant n° 27.

112. Le rattachement de la liberté contractuelle – en particulier en ce qui concerne l'économie des contrats – à l'article 4 de la Déclaration, sera réitéré par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 janvier 2000²⁴⁴, et également dans la décision du 7 décembre 2000²⁴⁵. Cela a permis à certains auteurs comme M. Rousseau d'estimer que « *les doutes (...) sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, ne pouvaient que s'effacer* »²⁴⁶.

113. Concernant la classification de la liberté contractuelle parmi les normes constitutionnelles, le juge constitutionnel a fait preuve d'une flexibilité notable. Cela s'explique par l'encadrement des pouvoirs législatifs portant atteinte à l'une des composantes de la liberté contractuelle, en liant ces derniers à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Cette flexibilité reste cependant linguistique et médiatique. En effet, le Conseil constitutionnel, dans toutes les décisions précitées, avait autorisé, quasiment, toutes les dérogations apportées par le législateur à la liberté contractuelle sous le prétexte qu'elles ne constituaient pas d'atteintes d'une gravité telle qu'elles méconnaissent manifestement la liberté découlant de l'article 4, ou même de l'article 13, de la Déclaration.

114. Cependant, l'attitude illusionniste du Conseil constitutionnel n'a pas pu convaincre les parlementaires défenseurs de la liberté contractuelle, au contraire, elle a inspiré à ceux-ci d'appliquer une pression supplémentaire sur le juge constitutionnel afin de reconnaître à la liberté contractuelle la qualité de norme constitutionnelle en elle-même. La Haute Juridiction répondra finalement à cette pression en classant la liberté contractuelle parmi les libertés découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

B) Une reconnaissance imprécise

115. A partir de la décision du 19 décembre 2000²⁴⁷, la liberté contractuelle a pris une place parmi les normes constitutionnelles en tant que liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le rattachement de la liberté contractuelle à la Déclaration pose deux questions : la première est celle de savoir la portée de

²⁴⁴ C.C., Déc. n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail, Rec. P.33. Considérant n° 37.

²⁴⁵ C.C., Déc. n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain, Rec., P 176. Considérant n° 47.

²⁴⁶ D. ROUSSEAU, Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1999-2000, *RDP*, 2001, PP. 37-84, P. 61.

²⁴⁷ C.C., Déc. n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, Rec., P 190.

la protection accordée par le juge constitutionnel à cette liberté ; la seconde consiste à se demander si la reconnaissance de sa valeur constitutionnelle peut être interprétée au profit des personnes publiques comme c'est le cas pour les personnes privées. C'est la raison pour laquelle, nous étudierons ici, d'une part, le rattachement de la liberté contractuelle à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi que la portée de ce rattachement, et d'autre part, l'ambiguïté de la position des personnes publiques par rapport à cette reconnaissance.

a) La liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

116. Dans sa décision du 19 décembre 2000²⁴⁸, le Conseil constitutionnel a accordé, pour la première fois et d'une manière directe, à la liberté contractuelle la valeur constitutionnelle en la rangeant parmi les libertés découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁴⁹. Le juge constitutionnel a décidé que la disposition en cause « *n'apporte pas à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une atteinte contraire à la Constitution* »²⁵⁰. Une telle formulation a conduit certains auteurs à identifier une reconnaissance constitutionnelle de la liberté contractuelle, puisqu'elle était nettement mentionnée et que son fondement constitutionnel était spécifié²⁵¹. Cela n'a pourtant pas empêché d'autres auteurs de relever que la nouvelle formule avait été abandonnée, et par conséquent, de douter de cette reconnaissance, en raison d'un retour du Conseil constitutionnel à son ancienne formulation en contrôlant que le législateur ne porte pas atteinte « *à l'économie des conventions et contrats – où simplement aux contrats – légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ». Ils soutenaient que la liberté contractuelle n'avait toujours pas valeur constitutionnelle²⁵² ou, au mieux, que ce principe n'était constitutionnalisé

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ L'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ».

²⁵⁰ Considérant n° 37.

²⁵¹ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », précité, P. 9.

²⁵² J.-E. SCHOETTL, « La loi (Fillon I) devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 2003, n° 14, PP. 11-18, P. 14 ; B. MATHIEU ET M. VERPEAUX, Chronique de jurisprudence constitutionnelle, *LPA*, 2002, n° 186, PP. 5-10, P. 8 ; X. PRÉTOT, « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit du travail : l'articulation de la loi et de la négociation collective », *Droit social*, 2003, n° 3, P. 260-264, P. 262.

qu'en ce qui concerne le respect des conventions en cours²⁵³. La formule précitée a été reprise dans la décision du 27 novembre 2001²⁵⁴, ainsi que dans les décisions du 12 janvier 2002²⁵⁵, 27 décembre 2002²⁵⁶, 13 janvier 2003²⁵⁷, 12 février 2004²⁵⁸, 29 décembre 2005²⁵⁹, 14 décembre 2006²⁶⁰, 16 août 2007²⁶¹, 7 août 2008²⁶², 18 mars 2009²⁶³, 24 juin 2011²⁶⁴, 7 octobre 2011²⁶⁵ et 15 mars 2012²⁶⁶. Toutefois, cette absence de mention de la liberté contractuelle dans la formulation des décisions susmentionnées s'explique, selon l'un des défenseurs de la liberté contractuelle, par le fait que les affaires en cause concernaient davantage la protection des conventions en cours que la liberté contractuelle²⁶⁷.

117. En tout cas, ce doute ne peut que disparaître après avoir rappelé le rattachement de la liberté contractuelle, en tant que telle, à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans les décisions postérieures. Le Conseil constitutionnel a eu plusieurs occasions de se prononcer en la matière, la première décision rendue étant celle du 30 mars 2006 à propos de la loi pour l'égalité des chances²⁶⁸. Dans cette décision le juge constitutionnel a confirmé l'annexion de la liberté contractuelle à l'article 4 de la Déclaration, en considérant que : « *Il ne résulte ni du principe de la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 ni d'ailleurs d'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle*

²⁵³ B. MATHIEU, « L'utilisation de principes législatifs du Code civil comme norme de référence dans le cadre du contrôle de constitutionnalité », in *Code civil et constitution(s)*, Journée d'études du 25 mars 2004, à l'Assemblée nationale, sous la dir. De M. VERPEAUX, PUAM, Aix-en-Provence, Economica, Paris, 2005, P. 36.

²⁵⁴ C.C., Déc. n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, Rec. P. 145. Considérant n° 27.

²⁵⁵ C.C., Déc. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, Rec. P. 49. Considérant n° 94.

²⁵⁶ C.C., Déc. n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, Loi de finances pour 2003, Rec. P. 583. Considérant n° 54.

²⁵⁷ C.C., Déc. n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, Rec. P. 43. Considérant n° 4.

²⁵⁸ C.C., Déc. n° 2004-490 DC du 12 février 2004, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, Rec. P. 41. Considérant n° 93-94.

²⁵⁹ C.C., Déc. n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances pour 2006, Rec. P. 168. Considérant n° 44.

²⁶⁰ C.C., Déc. n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, Rec. P. 129, Considérant n° 33.

²⁶¹ C.C., Déc. n° 2007-556 DC du 16 août 2007, Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, Rec. P. 319. Considérant n° 18.

²⁶² C.C., Déc. n° 2008-568 DC du 7 août 2008, Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, Rec. P. 352. Considérant n° 18.

²⁶³ C.C., Déc. n° 2009-578 DC du 18 mars 2009, Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, Rec. P. 73. Considérant n° 13.

²⁶⁴ C.C., Déc. n° 2011-141 QPC du 24 juin 2011, Société Électricité de France (Police de l'eau : retrait ou modification d'une autorisation), JORF du 25 juin 2011, P. 10842, texte n°72. Considérant n° 10.

²⁶⁵ C.C., Déc. n° 2011-177 QPC du 7 octobre 2011, Définition du lotissement, JORF du 8 octobre 2011, P. 17020, texte n°76. Considérant n° 6.

²⁶⁶ C.C., Déc. n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JORF du 23 mars 2012, P. 5253, texte n°2. Considérant n° 13.

²⁶⁷ A. DUFFY, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », *RDP*, 2006, P. 1579.

²⁶⁸ C.C., Déc. n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, Rec. P. 50.

que la faculté pour l'employeur de mettre fin au " contrat première embauche " devrait être subordonnée à l'obligation d'en énoncer préalablement les motifs »²⁶⁹. Une telle formulation ne laisse aucun doute quant à la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle puisque ce principe découle précisément de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Quelques mois plus tard, la Haute Juridiction rappellera encore une fois ce rattachement, concernant la loi relative au secteur de l'énergie en indiquant que : « *Le législateur peut à des fins d'intérêt général déroger au principe de la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789* »²⁷⁰. Enfin, plus récemment, le Conseil constitutionnel a validé cette position dans une autre décision rendue le 14 mai 2012, en précisant que « *Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, qui découlent de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »²⁷¹.

118. Il est pertinent de noter que le Conseil constitutionnel a en outre, à plusieurs reprises, mentionné le principe de liberté contractuelle en qualité de norme constitutionnelle, en-soi, sans référence à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Les exemples ne sont pas nombreux. Le Conseil constitutionnel l'a fait à deux occasions en 2003 en se prononçant sur les atteintes à la liberté contractuelle. Son raisonnement n'éclairera pas le lien entre la liberté contractuelle et la Déclaration, et se contentera d'indiquer que les dispositions en cause ne portent pas atteinte à la Constitution. Cela se voit dans la décision du 11 décembre 2003²⁷², dans laquelle le juge constitutionnel a déclaré que le législateur « *n'a ni porté atteinte à la liberté contractuelle, ni méconnu la nécessité d'opérer une conciliation entre l'exigence constitutionnelle d'équilibre financier de la sécurité sociale* », sans mentionner donc que la liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Une semaine plus tard, une autre décision sera rendue dans le même sens puisque le Conseil constitutionnel se contentera de préciser que l'article en cause

²⁶⁹ Considérant n° 23.

²⁷⁰ C.C., Déc. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, Rec. P. 120. Considérant n° 29.

²⁷¹ C.C., Déc. n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, Association Temps de Vie (Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise), JORF du 15 mai 2012, P. 9096, texte n°2, considérant n° 6.

²⁷² C.C., Déc. n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2004, Rec. P. 467. Considérant n° 17.

ne porte atteinte ni à la liberté personnelle ni à la liberté contractuelle²⁷³. Une formulation similaire sera reprise dans la décision du 13 mai 2011²⁷⁴ : le juge constitutionnel jugera qu'« *il est loisible au législateur de reconnaître à une autorité publique le pouvoir d'introduire, pour la défense d'un intérêt général, une action en justice visant à faire cesser une pratique contractuelle contraire à l'ordre public ; que ni la liberté contractuelle ni le droit à un recours juridictionnel effectif ne s'opposent à ce que, dans l'exercice de ce pouvoir, cette autorité publique poursuive la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés, dès lors que les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action* ». De telles constructions conduiraient à penser que la Haute Juridiction a la volonté d'accorder à la liberté contractuelle une protection constitutionnelle d'une façon autonome de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

119. Par ailleurs, l'analyse approfondie des décisions du Conseil constitutionnel au cours des dix dernières années révèle qu'un autre fondement dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen se présente comme garant du principe la liberté contractuelle, ce fondement est l'article 16 de cette Déclaration²⁷⁵. En effet, si la liberté contractuelle dans ses deux composantes essentielles – la liberté de contracter ou de ne pas contracter et la liberté de choisir le cocontractant – trouve une garantie raisonnable dans l'article 4 de la Déclaration de 1789, la situation est équivoque lorsqu'il s'agit de la protection des contrats « *ou l'économie des contrats* » légalement conclus qui se rattachent plutôt au principe de sécurité juridique²⁷⁶. L'ambiguïté disparaîtra avec la décision n° 2002-465 du 13 janvier 2003²⁷⁷, en rattachant la protection des contrats et des conventions légalement conclus à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le Conseil constitutionnel jugera dans cette décision que « *Le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789* »²⁷⁸. Le rattachement de la

²⁷³ C.C., Déc. n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, Rec. P. 473. Considérant n° 28.

²⁷⁴ C.C., Déc. n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, Société Système U Centrale Nationale et autre (Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence), JORF du 13 mai 2011, P. 8400, texte n°71. Considérant n° 9.

²⁷⁵ L'article 16 de la D.D.H.C. dispose que « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

²⁷⁶ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », précité, P. 10.

²⁷⁷ C.C., Déc. n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, Rec. P. 43.

²⁷⁸ Considérant n° 4.

protection constitutionnelle des contrats en cours d'exécution aux articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789, se renouvellera dans les décisions du 12 février 2004²⁷⁹, 29 décembre 2005²⁸⁰, 16 août 2007²⁸¹, 7 août 2008²⁸², 18 mars 2009²⁸³, 19 novembre 2009²⁸⁴, 24 juin 2011²⁸⁵, 7 octobre 2011²⁸⁶ et le 15 mars 2012²⁸⁷.

120. Finalement, l'ensemble des décisions précitées ne laisse pas de doute autour de la protection constitutionnelle accordée par le Conseil constitutionnel à la liberté contractuelle en rattachant cette dernière aux articles 4 et 16 de la Déclaration. La question qui se pose ici est de savoir si la liberté contractuelle se situe sur le même plan que les grandes libertés constitutionnellement reconnues et consacrées²⁸⁸. En réalité, la Haute Juridiction ne reconnaît pas expressément, et de manière autonome, une valeur constitutionnelle au principe de la liberté contractuelle mais considère néanmoins que sa protection se rattache aux exigences des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cela a conduit MM. Mathieu et Verpeaux à déduire que ce traitement spécifique explique « que *sa protection* (de la liberté contractuelle) *soit moins étendue que s'il s'agissait d'un véritable principe constitutionnel* »²⁸⁹. L'interprétation précitée devient plus logique après avoir identifié le cadre et les conditions dans lesquels ce principe pourrait être garanti par le Conseil constitutionnel.

b) Une reconnaissance avec une faible protection

121. Si la liberté contractuelle a obtenu sa place parmi les libertés constitutionnellement garanties, les mesures prises par le juge constitutionnel afin de protéger ce principe remettent en cause cette reconnaissance. En effet, le Conseil constitutionnel a posé

²⁷⁹ C.C., Déc. n° 2004-490 DC du 12 février 2004, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, Rec. P. 41. Considérant n° 93.

²⁸⁰ C.C., Déc. n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances pour 2006, Rec. P. 168. Considérant n° 45.

²⁸¹ C.C., Déc. n° 2007-556 DC du 16 août 2007, Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, Rec. P. 319. Considérant n° 17.

²⁸² C.C., Déc. n° 2008-568 DC du 7 août 2008, Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, Rec. P. 352. Considérant n° 18.

²⁸³ C.C., Déc. n° 2009-578 DC du 18 mars 2009, Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, Rec. P. 73. Considérant n° 13.

²⁸⁴ C.C., Déc. n° 2009-592 DC du 19 novembre 2009, Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, Rec. P. 193. Considérant n° 9.

²⁸⁵ C.C., Déc. n° 2011-141 QPC du 24 juin 2011, Société Électricité de France (Police de l'eau : retrait ou modification d'une autorisation), JORF du 25 juin 2011, P. 10842, texte n°72. Considérant n° 10.

²⁸⁶ C.C., Déc. n° 2011-177 QPC du 7 octobre 2011, Définition du lotissement, JORF du 8 octobre 2011, P. 17020, texte n°76. Considérant n° 6.

²⁸⁷ C.C., Déc. n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JORF du 23 mars 2012, P. 5253, texte n°2. Considérant n° 13.

²⁸⁸ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », précité, P. 10.

²⁸⁹ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, Chronique de la jurisprudence constitutionnelle, *JCP*, 2002, P. 2016.

une condition générale pour autoriser les atteintes à la liberté contractuelle. Cette condition se résume par la présence de l'intérêt général dans les limitations apportées par le législateur à cette liberté. Selon lui, l'intérêt général doit être suffisant²⁹⁰ et l'atteinte en cause doit respecter la limite de la non-gravité²⁹¹ ou « excessivité »²⁹².

122. Les formulations des décisions constitutionnelles en la matière se différencient, mais elles ont pour but de confirmer une autorisation permanente au législateur de déroger au principe de la liberté contractuelle. Le législateur « *peut à des fins d'intérêt général déroger au principe de la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789* »²⁹³ ; ou, il est loisible au législateur d'apporter « *à la liberté contractuelle, qui découlent de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général* »²⁹⁴.

123. En revanche, l'autorisation accordée au législateur à cet égard n'est pas absolue. Car, en premier lieu, s'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution, « *il ne saurait porter à l'économie des contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789* »²⁹⁵. En second lieu, la simple existence de l'intérêt général n'est pas assez pour reconnaître la validité des atteintes portées aux contrats légalement conclus. En effet, cet intérêt doit être suffisant. Dans sa décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, le Conseil constitutionnel a confirmé cette position en jugeant que : « *Le législateur ne saurait permettre que soit portée aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne serait justifiée par un motif d'intérêt*

²⁹⁰ Voir par exemple, C.C., Déc. n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JORF du 23 mars 2012, P. 5253, texte n°2. Considérant n° 13 ; C.C., Déc. n° 2011-177 QPC du 7 octobre 2011, Définition du lotissement, JORF du 8 octobre 2011, P. 17020, texte n°76. Considérant n° 6 ; C.C., Déc. n° 2009-592 DC du 19 novembre 2009, Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, Rec. P. 193. Considérant n° 9.

²⁹¹ Voir par exemple, C.C., Déc. n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle, Rec., P. 100 ; C.C., Déc. n° 98-401 DC, 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, Rec., P. 258 ; C.C., Déc. n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, Rec. P. 145.

²⁹² Par exemple, C.C., Déc. n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, Rec. P. 129, Considérant n° 33 ; C.C., Déc. n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, Rec. P. 145. Considérant n° 27 ; C.C., Déc. n° 2009-592 DC du 19 novembre 2009, Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, Rec. P. 193. Considérant n° 11.

²⁹³ C.C., Déc. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *op. cit.*

²⁹⁴ C.C., Déc. n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, *op. cit.*

²⁹⁵ C.C., Déc. n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, *op. cit.*

général suffisant »²⁹⁶. Une autre décision rendue le 7 août 2008 confirmera la décision susmentionnée en indiquant que « *Le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789* »²⁹⁷.

124. Bien que la dérogation au principe de liberté contractuelle soit conditionnée par l'intérêt général suffisant et la non-gravité, l'analyse approfondie des décisions du Conseil constitutionnel dans ce domaine montre que la liberté contractuelle ne bénéficie que d'une protection restreinte.

125. D'un côté, la condition d'un intérêt général suffisant n'ajoute rien à la protection supposée de la liberté contractuelle car il est très difficile d'imaginer que les lois préparées par le législateur soient dépourvues de l'intérêt général. En plus, dans toutes les décisions rendues par le Conseil constitutionnel à propos de la liberté contractuelle, il n'existe aucune décision par laquelle les dispositions en cause ont été déclarées inconstitutionnelles en raison d'insuffisance d'intérêt général dans leur contenu. Au contraire, la Haute Juridiction a souvent cherché à justifier la suffisance de l'intérêt général comme c'est le cas dans sa décision du 30 novembre 2006²⁹⁸. Dans cette décision les requérants soutenaient qu'en maintenant de façon illimitée l'obligation, faite aux collectivités territoriales ayant concédé à Gaz de France la distribution publique de gaz naturel, de renouveler leur concession avec cette entreprise, tout en privant cette dernière de son caractère public, le législateur avait porté à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée que ne justifiait aucun motif d'intérêt général. Le juge constitutionnel, en autorisant la limitation apportée par le législateur à la liberté contractuelle, a précisé que « *le législateur n'a pas remis en cause l'exclusivité des concessions de distribution publique de gaz dont bénéficient Gaz de France et les distributeurs non nationalisés dans leur zone de desserte historique, et seules les communes ou leurs groupements qui, au 14 juillet 2005, ne disposaient pas d'un réseau public de distribution de gaz naturel ou dont les travaux de desserte n'étaient pas en cours de réalisation, peuvent concéder la distribution publique de gaz à une entreprise agréée de leur choix* »²⁹⁹. Sa justification se résume dans « *la nécessité d'assurer la cohérence du réseau des concessions actuellement géré par Gaz de France et de maintenir la péréquation des tarifs*

²⁹⁶ C.C., Déc. n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *op. cit.*

²⁹⁷ C.C., Déc. n° 2008-568 DC du 7 août 2008, *op. cit.*

²⁹⁸ C.C., Déc. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *op. cit.*

²⁹⁹ Ibid. Considérant n° 30.

d'utilisation des réseaux publics de distribution »³⁰⁰. De même, le Conseil constitutionnel a statué que l'atteinte portée aux conventions légalement conclues pour la soumission des salariés de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA) qui sont transférés à Pôle emploi à la convention collective applicable aux personnels de ce dernier – sous réserve, le cas échéant, des adaptations nécessaires – est motivée par un intérêt général suffisant. En effet, cette disposition est justifiée par « *la nécessité de mettre l'AFPA en conformité avec les règles de la concurrence, sans pour autant multiplier les statuts des personnels au sein de " Pôle emploi "* »³⁰¹. De plus, dans sa décision du 15 mars 2012, le Conseil constitutionnel a estimé que les dispositions contestées « *fondées sur un motif d'intérêt général suffisant et ne portent pas à la liberté contractuelle une atteinte contraire à la Constitution* »³⁰². Dans ce contexte et en l'absence d'une mesure constitutionnelle permettant d'évaluer la suffisance de l'intérêt général, afin de déclarer l'inconstitutionnalité des dispositions législatives dérogeant au principe de liberté contractuelle, l'interrogation qui reste ici est de savoir comment peut-on estimer cette suffisance ? En d'autres termes, quelle est la limite qui ne doit pas être dépassée par le législateur dans cette matière ? En effet, le défaut du moyen d'évaluation et le contre-exemple de la suffisance dans la jurisprudence constitutionnelle, nous conduit, logiquement et préalablement, à supposer la présence et la suffisance de l'intérêt général dans les dispositions législatives portant atteinte à la liberté contractuelle. Par conséquent, l'exigence d'avoir un intérêt général suffisant pour autoriser la dérogation au principe de la liberté contractuelle devient pratiquement inutile.

126. D'un autre côté, l'encadrement constitutionnel de l'autorisation aux atteintes législatives aux contrats et conventions légalement conclus, par la non-gravité ou l'excessivité, ne pourrait pas être interprété en tant que protection sérieuse du principe de liberté contractuelle. Car, en premier lieu, il résulte de l'orientation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que la gravité et l'excessivité constituent un seuil à ne pas dépasser. A *contrario*, chaque dérogation à la liberté contractuelle n'est ni grave, ni excessive et est autorisée dès lors qu'elle est justifiée par un motif d'intérêt général, ce qui signifie, par voie de conséquence, que la règle est l'autorisation de porter atteinte à la liberté contractuelle. En deuxième lieu, la gravité elle-même n'est pas une raison de l'inconstitutionnalité des dispositions contestées car elle doit arriver au niveau qu'elle méconnaisse « *manifestement* »

³⁰⁰ Ibid. Considérant n° 31.

³⁰¹ C.C., Déc. n° 2009-592 DC du 19 novembre 2009, Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, Rec. P. 193. Considérant n° 11.

³⁰² C.C., Déc. n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JORF du 23 mars 2012, P. 5253, texte n°2. Considérant n° 14.

le principe de la liberté contractuelle ; comme le précise le Conseil constitutionnel dans sa décision du 10 juin 1998, en indiquant que ces dispositions « *ne sont pas de nature à porter à l'exigence en matière de protection de l'économie des conventions et contrats légalement conclus, une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789* »³⁰³. En troisième et dernier lieu, l'absence de moyen de mesurer la gravité et l'excessivité laisse au législateur un espace plus large pour empiéter sur la liberté contractuelle ; ainsi, celle-ci devient moins protégée.

127. Par ailleurs, la revendication constitutionnelle d'avoir un intérêt général suffisant, afin de justifier la dérogation au principe de liberté contractuelle n'est pas la seule raison qui autorise cette violation. En effet, cette autorisation peut également être donnée si les limitations de la liberté contractuelle sont liées à des exigences constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer récemment sur ce point dans sa décision du 14 mai 2012 en précisant qu'« *Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, qui découlent de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général* »³⁰⁴. En l'espèce, l'association requérante contestait qu'en conférant aux salariés exerçant un mandat de membre du conseil ou d'administrateur d'une caisse de sécurité sociale une protection contre le licenciement sans que ces salariés soient tenus d'en informer leur employeur, de telles dispositions portaient aux droits des employeurs une atteinte qui méconnaissait le principe de la liberté contractuelle³⁰⁵. Le Conseil constitutionnel a limité la capacité législative dans ce domaine en ajoutant qu'une telle possibilité existait « *à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »³⁰⁶.

128. Enfin, il est à noter qu'à plusieurs reprises le juge constitutionnel s'est prononcé sur les atteintes portées à la liberté contractuelle en se contentant de déclarer la constitutionnalité des dispositions en cause sans faire aucune référence ou indication ni à l'intérêt général, ni aux autres exigences constitutionnelles. C'est le cas des décisions du 18

³⁰³ C.C., Déc. n° 98-401 DC, 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, Rec., P. 258.

³⁰⁴ C.C., Déc. n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, Association Temps de Vie (Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise), JORF du 15 mai 2012, P. 9096, texte n°2. Considérant n° 6.

³⁰⁵ Considérant n° 4.

³⁰⁶ Considérant n° 6.

décembre 2003³⁰⁷ et du 25 janvier 2007³⁰⁸ lorsque le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions contestées étaient confirmées avec la Constitution car elles ne portaient pas atteinte à la liberté contractuelle. Cela construit, à notre avis, un autre élément renforçant la preuve de la faible protection de la liberté contractuelle.

c) Une reconnaissance inapplicable aux personnes publiques

129. La reconnaissance du caractère constitutionnel du principe de liberté contractuelle, en rattachant ce dernier à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, pose la question de savoir si ce principe peut être reconnu en faveur des personnes publiques. En effet, la problématique de la liberté contractuelle des personnes publiques pose deux questions principales. La première est de savoir s'il est envisageable de reconnaître une liberté, et par voie de conséquence la liberté contractuelle, au profit des personnes publiques³⁰⁹. La deuxième est de savoir s'il est possible d'étendre la protection constitutionnelle du principe de la liberté contractuelle aux personnes publiques. Répondre positivement à cette dernière question est une tâche délicate, notamment en l'absence de normes constitutionnelles garantissant explicitement la liberté contractuelle des personnes publiques explicitement.

130. Le débat autour de la liberté contractuelle des personnes publiques a pris une place importante dans la sphère publique à la suite de la loi de la décentralisation de 2 mars 1982. En effet, l'article 72 de la Constitution a consacré un principe constitutionnel dit de « *libre administration des collectivités territoriales* » afin de libérer ces dernières de la tutelle de l'Etat central. Ce même fondement a été utilisé par certains auteurs afin de promouvoir la liberté contractuelle – des personnes privées en principe et des collectivités territoriales en particulier – indirectement à au rang constitutionnel³¹⁰. La première apparition de la relation entre la liberté contractuelle et la libre administration des collectivités locales dans la jurisprudence constitutionnelle a eu lieu dans la décision du Conseil constitutionnel du 29 mai 1990³¹¹. En l'espèce, les auteurs de la saisine avaient contesté que la loi mettait en cause le procédé contractuel des collectivités territoriales en disposant que l'État et le département

³⁰⁷ C.C., Déc. n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, Rec. P. 473. Considérant n° 28.

³⁰⁸ C.C., Déc. n° 2007-546 DC du 25 janvier 2007, Loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et modifiant le code de la santé publique, Rec. P. 55.

³⁰⁹ Cette question ne sera pas traitée ici mais dans notre deuxième chapitre.

³¹⁰ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », *RFDA*, 2006, P. 5 ; M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Thèse, PUAM, 2002, P. 203.

³¹¹ C.C., Déc. n° 90-274 DC du 29 mai 1990, Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement, Rec., P. 61.

pourront imposer aux communes des priorités différentes des leurs en matière de logement social, et que le Gouvernement pourra imposer aux collectivités locales des choix contraires aux objectifs qu'elles se sont fixés³¹². La loi cependant a été jugée constitutionnelle. Trois ans plus tard, le juge constitutionnel sera invité à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi relative à la prévention de la corruption le 20 janvier 1993³¹³. Les députés requérants ont alors demandé au Conseil constitutionnel de censurer l'article 40 de la loi précitée pour atteinte à la liberté contractuelle des collectivités territoriales. En l'espèce, les parlementaires ont évoqué que l'ensemble des conditions par lesquelles l'article 40 de la loi limitait la durée des délégations de service public. D'une part, ils ont avancé que cet article méconnaissait la libre administration des collectivités locales notamment en faisant obstacle à la continuité de leurs services publics, en d'autres termes, la limitation de la durée des délégations de service public à la durée normale d'amortissement des installations mises en service dont le délégataire a la charge méconnaissait l'article 72 de la Constitution³¹⁴. D'autre part, il portait atteinte à la liberté d'entreprendre des entreprises susceptibles d'être délégataires.

131. Pour certains auteurs, l'imposition de cette règle par le législateur porte clairement atteinte à la liberté contractuelle des collectivités territoriales³¹⁵ qui constitue l'une des composantes fondamentales du principe de la libre administration de ces dernières³¹⁶. La limitation de la durée d'une convention de délégation de service public portait atteinte à la capacité contractuelle des collectivités locales qui constitue un élément essentiel « *en tant qu'arme de discussion pour la collectivité dans la négociation qu'elle entreprend et comme moyen pour elle de déterminer sa politique d'investissement, de tarif et de prix* »³¹⁷. Cela n'a cependant pas privé le juge constitutionnel de déclarer que la disposition n'est pas contraire à la Constitution³¹⁸.

132. La bonne lecture de cette décision montre clairement que les requérants n'avaient pas cherché la consécration et la protection de la liberté contractuelle des collectivités territoriales, mais la libre administration des collectivités territoriales. Ceci se dégage en effet

³¹² Considérant n° 11.

³¹³ C.C., Déc. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Rec. P. 14.

³¹⁴ Considérant n° 39.

³¹⁵ M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 205.

³¹⁶ A. ROUX, « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », *RFDA*, 1992, P.435, (not. P. 445).

³¹⁷ D. POUYAUD, « Concurrence, transparence et libre administration », A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 sur la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *RFDA*, 1993, P. 906.

³¹⁸ Considérant n° 42.

de la lettre de la saisine des parlementaires puisque leur contestation n'a pas été adressée contre l'atteinte à la liberté contractuelle, mais en raison de l'atteinte portée à la libre administration des collectivités locales. Ils précisent ainsi que : « *la liberté de déterminer la durée de tels contrats est pour une collectivité locale, un élément essentiel de son droit à s'administrer librement* »³¹⁹. En d'autres termes, c'est par le biais du principe de la libre administration des collectivités locales que la liberté des collectivités territoriales de déterminer la durée du contrat de délégation de service public pourrait être constitutionnellement protégée, et non au regard des atteintes portées à la liberté contractuelle en tant que telle³²⁰. Cette interprétation sera renforcée avec la décision du 20 mars 1997 qui juge que « *la méconnaissance de la liberté contractuelle ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis* »³²¹.

133. Une autre présence de la liberté contractuelle des collectivités territoriales, dans la sphère constitutionnelle, est à relever à propos de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995³²². Dans leur lettre de saisine du Conseil constitutionnel, les requérants reprochaient au législateur d'avoir décidé de perpétuer les conventions conclues entre la Compagnie nationale du Rhône et E.D.F. jusqu'en 2023. Plus précisément, « *la loi déferée empêchait les collectivités actionnaires de décider librement de l'intérêt de l'entreprise qu'elles contrôlent majoritairement, (...), ce qui porte indirectement à la liberté contractuelle des collectivités territoriales une atteinte excessive* »³²³. En ignorant de se prononcer sur la constitutionnalité de la liberté contractuelle des collectivités territoriales, le Conseil constitutionnel se contente d'indiquer qu'« *il est loisible au législateur, dans un but d'intérêt général, de modifier, d'abroger ou de compléter des dispositions qu'il a antérieurement prises, dès lors qu'il ne méconnaît pas des principes ou des droits de valeur constitutionnelle* », et que : « *le fait que de telles modifications entraînent des conséquences sur des conventions en cours conclues en application de dispositions législatives antérieures n'est pas en lui-même de nature à entraîner une*

³¹⁹ Lettre de saisine du Conseil constitutionnel, JORF du 22 janvier 1993, P. 1138.

³²⁰ Pour F. Moderne, cette jurisprudence illustre que c'est bien « la libre administration des collectivités territoriales qui bénéficie en l'occurrence de la protection constitutionnelle, mais c'est par le biais des atteintes portées à la liberté contractuelle qu'elle est considérée comme dangereusement affectée ». F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », précité, P. 5.

³²¹ C.C., Déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Loi créant les plans d'épargne retraite, Rec., P. 31. Considérant n° 48.

³²² Loi n° 95-115 du 4 février 1995, d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF du 5 février 1995, P. 1973.

³²³ Lettre de la saisine, JORF du 1^{er} février 1995, P. 1713.

inconstitutionnalité »³²⁴. La formulation ne laisse aucun doute, la protection accordée par le juge constitutionnel concerne seulement les principes et les droits de valeur constitutionnelle, et la violation du principe de la liberté contractuelle des collectivités territoriales n'est pas en lui-même de nature à produire l'inconstitutionnalité. Par conséquent, le principe de la liberté contractuelle des collectivités locales ne bénéficie pas en lui-même une valeur constitutionnelle. Cette interprétation se concilie bien avec la position antérieure selon laquelle « aucune norme constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle »³²⁵, et la position postérieure selon laquelle « le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle »³²⁶. Toutefois, certains auteurs ont trouvé dans cette décision un indice de la reconnaissance indirecte de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle des collectivités territoriales³²⁷. Selon M. Rousseau, en acceptant de répondre à l'argumentation des requérants fondée sur la violation de la liberté contractuelle et « en vérifiant si les dispositions législatives contestées y portent atteinte, le Conseil fait comme si le législateur devait respecter la liberté contractuelle locale »³²⁸.

134. Pour certains, la décision du Conseil constitutionnel du 2 décembre 2004³²⁹ apporte un autre indice de la protection constitutionnelle accordée à la liberté contractuelle des collectivités territoriales, en tant que composante de la libre administration. Le juge constitutionnel avait observé que : « il ressort des termes mêmes de l'ordonnance que, si la personne publique peut confier tout ou partie de la conception des ouvrages au titulaire du contrat de partenariat, elle n'est pas tenue de le faire », et que : « lorsqu'elle ne confie à ce titulaire qu'une partie de la conception, il lui est possible de faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'elle assume »³³⁰. Selon M. Moderne, une telle formulation « se fonde de toute évidence sur la liberté contractuelle des collectivités

³²⁴ C.C., Déc. n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, Rec., P. 183.

³²⁵ C.C., Déc. n° 94-348 DC du 3 août 1994, Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et transposition des directives communautaires, Rec., P. 117.

³²⁶ C.C., Déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Loi créant les plans d'épargne retraite, Rec., P. 31. Considérant n° 48.

³²⁷ D. ROUSSEAU, « Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire », *RFDA*, 1995. P. 876 ; M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 208 et s.

³²⁸ D. ROUSSEAU, op.cit.

³²⁹ C.C., Déc. n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, Loi de simplification du droit, à propos de la ratification implicite de diverses dispositions d'une ordonnance du 17 juin 2004 ayant trait à la passation de contrats de partenariat public-privé, Rec., P. 211.

³³⁰ Considérant n° 28.

locales comme composante de la libre administration »³³¹. Sans ignorer la marge d'appréciation dont la personne publique dispose, cette lecture est très optimiste. A notre avis, c'est la logique et non la liberté contractuelle des collectivités locales qui a amené le Conseil constitutionnel à reconnaître un tel texte. En effet, si la possibilité de choisir le recours à la voie contractuelle est ouverte à la personne publique, cette dernière est tenue, selon le Conseil, de respecter la formalité qui encadre largement ce choix³³².

135. En tout état de cause, la libre administration des collectivités territoriales ne pourrait plus constituer un fondement de la liberté contractuelle de ces dernières à partir de la décision du 30 novembre 2006³³³. Le Conseil constitutionnel a mis fin à cette immixtion entre les deux principes en séparant ceux-ci et en liant nettement le principe de la liberté contractuelle à l'article 4 de la Déclaration de droit de l'homme et du citoyen. Il juge en effet que : *« si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, c'est à la condition notamment que celles-ci concourent à des fins d'intérêt général »*, en ajoutant qu' : *« il peut aux mêmes fins déroger au principe de la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »*³³⁴. Une telle rédaction montre clairement que la garantie constitutionnelle accordée au principe de la liberté contractuelle existe seulement, parce que ce dernier découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789.

136. Récemment, le Conseil constitutionnel – à propos de la loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires – a été invité à se prononcer sur un grief tiré de l'atteinte à la liberté contractuelle des établissements publics de santé³³⁵. En l'espèce, les requérants contestaient que les pouvoirs conférés à l'agence régionale de santé sur les établissements publics de santé limitaient l'autonomie de ces derniers en méconnaissance des exigences constitutionnelles en matière de liberté contractuelle. Cela s'applique, en particulier, pour la signature d'un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens avec l'agence régionale de santé et pour la conclusion de conventions de coopération entre plusieurs établissements. Ainsi, seraient contraires à la Constitution les dispositions de

³³¹ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », précité, P. 5.

³³² Considérant n° 28.

³³³ C.C., Déc. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, Rec. P. 120. Considérant n° 29.

³³⁴ Ibid.

³³⁵ C.C., Déc. n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, Rec., P 140.

l'article L. 6143-7-2 du code de la santé publique ainsi que celles de l'article 3 de la loi du 9 janvier 1986 qui prévoient que les directeurs d'établissement sont nommés, selon le cas, par le directeur général de l'agence régionale de santé ou sur sa proposition. De même, seraient contraires à la Constitution les dispositions de l'article L. 6131-2 du code de la santé publique qui permettent au directeur général de l'agence régionale de santé de demander aux établissements publics de santé de conclure une convention conduisant à la coopération ou au rapprochement entre établissements et, si cette demande n'est pas suivie d'effet, qui l'autorisent à réduire les dotations financières³³⁶.

137. Le Conseil constitutionnel, après avoir précisé qu'« aucune exigence constitutionnelle ne garantit l'autonomie de gestion des établissements publics de santé », a jugé que « les pouvoirs de l'agence régionale de santé ne portent, par eux-mêmes, aucune atteinte à la liberté de contracter de ces établissements »³³⁷. Cette formulation nous apparaît contradictoire car d'un côté, le juge constitutionnel nie la valeur constitutionnelle de l'autonomie de la gestion des établissements publics, et d'un autre côté, il donne l'impression que la liberté contractuelle de ces derniers dispose d'une protection constitutionnelle. Cependant, cette impression ne peut que s'affaiblir avec le constat que les pouvoirs de l'agence régionale de santé de déroger à la liberté de contracter de ces établissements ne sont ni limités ni encadrés.

138. En l'état actuel de la jurisprudence constitutionnelle, l'analyse de l'ensemble des décisions du Conseil constitutionnel – dans le cadre de la recherche d'un fondement constitutionnel de la liberté contractuelle des personnes publiques –, montre que la question de la constitutionnalité de la liberté contractuelle des personnes publiques n'a été posée que d'une manière simultanée avec le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales. Ainsi, la possibilité de classer la liberté contractuelle des collectivités territoriales, en particulier, et des autres personnes publiques en général, parmi les normes garanties constitutionnellement est très compliquée voire même illogique.

139. En premier lieu, la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle sur le fondement de l'article 72 de la Constitution ne peut couvrir qu'une catégorie de personnes publiques. Selon l'article 72 de la Constitution : « *Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les*

³³⁶ Considérant n° 8.

³³⁷ Considérant n° 9.

collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer... . Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa ». Ce texte exclut de son champ d'application l'État et les établissements publics. De ce fait, la protection potentielle de la liberté contractuelle des personnes publiques selon cet article serait seulement accordée aux collectivités mentionnées. Cette garantie ne pourrait cependant limiter la densité de l'encadrement légal de leur liberté contractuelle car si le Conseil en faisait un principe constitutionnel, « *il serait obligé d'admettre de manière quasi systématique la constitutionnalité des limites posées à son encontre par le législateur au nom de l'intérêt général ou du principe de la souveraineté nationale* »³³⁸. De plus, il conduit à un résultat injustifié, celui d'avoir dans le même ordre juridique des personnes publiques disposant d'une liberté contractuelle protégée constitutionnellement, et d'autres personnes publiques n'en disposant pas.

140. En deuxième lieu, il est connu que l'article 72 de la Constitution a été édicté dans le but de supprimer la tutelle de l'État central sur les collectivités territoriales pour que ces dernières puissent exercer leurs compétences en liberté et loin de la domination arbitraire du pouvoir central. Ainsi, la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle aux collectivités locales sur le fondement de l'article 72 signifie que ces dernières possèdent un pouvoir que l'Etat lui-même, qui est la collectivité territoriale supérieure³³⁹, n'a pas. En d'autres termes, une collectivité territoriale inférieure disposerait d'une liberté dont la collectivité territoriale supérieure « l'État » ne dispose pas. Un tel résultat ne nous semble pas logique.

141. En troisième et dernier lieu, l'ensemble des décisions du Conseil constitutionnel confirme le rattachement du principe de la liberté contractuelle à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789³⁴⁰. Ce rattachement constitutionnel a été répété même dans le cas de recours contre les atteintes portées à la liberté contractuelle des collectivités territoriales³⁴¹. En effet, l'article 4³⁴² de la Déclaration ne fait aucune référence

³³⁸ D. ROUSSEAU, « Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire », *RFDA*, 1995, P 878.

³³⁹ M-C. ROUAULT, *Droit administratif*, Gualino éditeur, 2005, P. 171.

³⁴⁰ C.C., Déc. n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, Association Temps de Vie (Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise), JORF du 15 mai 2012, P. 9096, texte n°2. Considérant n° 6.

³⁴¹ V. C.C., Déc. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, Rec. P. 120. Considérant n° 29.

aux personnes morales, en conséquence il est impossible d'inclure dans sa protection les personnes publiques³⁴³. Plus précisément, la disposition de cet article est très nette, elle concerne seulement les individus, c'est-à-dire, « *les êtres humains* »³⁴⁴. Ainsi, son application ne peut pas s'étendre aux personnes publiques.

Section II

La liberté contractuelle est un principe reconnu et dérogé par le juge administratif

142. Après avoir constaté la difficulté de reconnaître la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle des personnes publiques, une autre question peut se poser ; celle de savoir si la liberté contractuelle des personnes publiques pourrait avoir une autre valeur juridique infra-constitutionnelle. En d'autres termes, le principe de la liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-il une norme législative ou même un principe général du droit ?

143. La réponse n'est pas évidente. En effet, le constat de l'absence d'un texte législatif accordant à la liberté contractuelle des personnes publiques la valeur législative ne nous permet que de rechercher si ce principe pourrait être classé parmi les principes généraux du droit administratif.

144. Dans ce contexte on a pu constater que, même si elle est reconnue comme un principe au profit des particuliers, l'analyse de la jurisprudence administrative montre que l'orientation du juge administratif à propos de la liberté contractuelle n'est pas la même pour toutes les catégories de personnes publiques. En effet, son attitude à l'égard de l'Etat n'est pas identique à celle à l'égard des collectivités territoriales. De plus, cette orientation deviendra plus ambiguë, pour ne pas dire contradictoire, lorsqu'elle donnera l'autorisation de déroger à

³⁴² L'article 4 de la Déclaration dispose que : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ».

³⁴³ P. Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008, P. 201.

³⁴⁴ E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, P. 661.

la liberté contractuelle par la voie réglementaire ainsi que par l'intervention législative dans ce domaine.

145. Ainsi, si le juge administratif reconnaît que la liberté contractuelle est un principe général du droit, cette reconnaissance ne peut qu'être conditionnée (sous-section I) ; et cet aveu ne peut pas supprimer les dérogations à ce principe, ce qui affaiblit la protection accordée par le juge administratif à ce principe et la vide quasiment de son contenu (sous-section II).

Sous-section I

La reconnaissance prudente de la liberté contractuelle

146. Les décisions de la juridiction administrative, dans le cadre de la recherche d'un fondement juridique de la liberté contractuelle des personnes publiques, ne sont pas nombreuses. Celles-ci sont généralement rendues à la suite d'un recours contre une dérogation de la liberté contractuelle en tant que composante de la libre administration des collectivités territoriales ou quand elle est rattachée à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Les implications desdites décisions se différencient selon que la personne en cause est une personne de droit privé ou de droit public. Une distinction existe également si la personne publique concernée est l'État ou une collectivité locale. De ce fait, il devient nécessaire de préciser l'attitude du juge administratif au sujet de la liberté contractuelle (A), et de la liberté contractuelle des personnes publiques (B).

A) La liberté contractuelle est un principe général du droit

147. Dans sa thèse relative à la place de la liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, M. Gahdoun a constaté que « *si de nombreuses études ont été menées relativement à la liberté contractuelle des personnes publiques, aucune ne semble avoir abordé spécifiquement le problème de la liberté contractuelle – d'une manière générale – dans la jurisprudence du Conseil d'État* » ; pour l'auteur, la raison est que « *la quasi-totalité de la jurisprudence relative aux contrats peut, en dernière analyse, être rattachée à cette liberté* »³⁴⁵. En effet, l'analyse de la jurisprudence du juge administratif montre qu'il ne traite pas exclusivement de la liberté contractuelle des personnes publiques, mais plutôt de la

³⁴⁵ P.Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, précité, P. 46.

liberté contractuelle des divers contractants avec les personnes publiques³⁴⁶. Cela, nous incite à étudier le développement de la place de la liberté contractuelle dans la jurisprudence du juge administratif.

a) Une protection sans reconnaissance

148. La première mention de la liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil d'État est apparue dans son arrêt du 14 février 1969. En l'espèce, les requérants avaient contesté des clauses des contrats-types établis par le Conseil national de l'Ordre des médecins et qualifiées « *d'essentielles* ». Ces dispositions, qui ont un caractère indivisible, obligeaient les praticiens en cabinet de groupe à des modalités de rémunération qui ne sont pas les seules compatibles avec l'exercice de la profession médicale, ce qui portait une grave atteinte à leur liberté contractuelle³⁴⁷. Le Conseil d'État s'est contenté de déclarer que ces clauses portaient effectivement une atteinte grave à la liberté contractuelle et ne pouvaient pas figurer parmi les clauses essentielles des contrats – types.

149. Cette décision, qui n'a pas touché au fond la valeur juridique de la liberté contractuelle, a été suivie d'un autre arrêt similaire le 28 avril 1978³⁴⁸. En l'espèce, les requérants avaient demandé l'annulation de la décision du 26 décembre 1974 par laquelle le directeur de la concurrence et des prix avait autorisé Gaz de France, la Société nationale des pétroles d'Aquitaine, la Société nationale des gaz de sud-ouest et Compagnie française du Méthane à majorer, à compter du 1^{er} janvier 1975, les tarifs ne faisant pas référence à l'index gazier. En d'autres termes, cela revenait à mettre fin au régime de liberté contractuelle des prix du gaz prévu par l'arrêté interministériel du 28 avril 1971. Le Conseil d'État annula cette décision au motif d'un excès de pouvoir.

150. Puis, le Conseil d'État avancera vers la reconnaissance de la valeur de principe général du droit à la liberté contractuelle en estimant que cette dernière fait partie des principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales dont la détermination est réservée au législateur³⁴⁹. Ainsi, le Conseil d'État confirme sa protection d'un des éléments de la liberté contractuelle, « *le choix du contractant* », dans sa décision du 3

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ CE, Sec. 14 février 1969, *Association syndicale nationale des médecins exerçant en groupe ou en équipe*, req. n° 71978.

³⁴⁸ CE, 28 avril 1978, req. n° 98557.

³⁴⁹ C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2008, P. 141.

octobre 1980³⁵⁰ en annulant la décision du préfet interdisant aux administrateurs de biens de « *réfuser le nouveau locataire présenté par l'ancien lorsqu'il aura des garanties suffisantes* » ; une telle prescription étant de nature à apporter à la liberté contractuelle du bailleur une limitation qui n'aurait pu résulter que de la loi.

151. La prise en compte de la liberté contractuelle sera plus claire dans les formulations du Conseil d'État à partir de sa décision du 2 février 1983³⁵¹. En effet, la loi du 19 juin 1979 relative aux transports publics locaux³⁵² avait défini, dans ses articles 4 et 8, les différentes catégories de contrats susceptibles d'être conclus en matière de transport local ainsi que les clauses administratives et financières qu'ils devaient obligatoirement comporter. A la suite de cette habilitation législative, le Gouvernement, par un Décret rendu le 29 octobre 1980³⁵³, avait inséré des clauses obligatoires limitant la liberté contractuelle des parties contractantes. Ces restrictions ont incité l'Union des transports publics urbains et régionaux à déposer une requête tendant à l'annulation de ce décret. Après avoir confirmé la compétence du Gouvernement pour énumérer limitativement les différents types de contrats et pour rendre obligatoire l'insertion dans ces contrats des stipulations minimales qu'il jugerait nécessaires à la sauvegarde des objectifs poursuivis par le législateur, le Conseil d'Etat a jugé que « *ces diverses exigences n'apportent pas à la libre administration des collectivités locales et à la liberté contractuelle des limitations excédant les limites de l'habilitation conférée au gouvernement* »³⁵⁴. Malgré le rejet de la requête, cette formulation montre nettement une place considérable de la liberté contractuelle dans la jurisprudence de la Haute Juridiction administrative, puisque tout excès dans l'utilisation de l'autorisation législative par le Gouvernement est menacé d'annulation.

b) Une reconnaissance en faveur des particuliers

152. La valeur de principe général du droit sera explicitement accordée à la liberté contractuelle dans la décision du Conseil d'Etat du 7 février 1986. En l'espèce, le ministre de l'Economie avait pris le 4 mai 1981 une décision à l'appui d'une habilitation par l'ordonnance du 30 juin 1945 relative au prix. Cette dernière prévoyait que la publicité des prix était assurée à l'égard du consommateur par voie « *de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout*

³⁵⁰ CE, Section, 3 octobre 1980, Fédération française des professionnels immobiliers et commerciaux, req. n° 12955. Lebon. P. 348.

³⁵¹ CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, req. n° 34027, Lebon, P. 33.

³⁵² Loi n°79-475 du 19 juin 1979 relative aux transports publics d'intérêt local, JORF du 20 juin 1979, P. 1454.

³⁵³ Décret n° 80-151 du 29 octobre 1980, JORF du 31 octobre 1980, P. 2540.

³⁵⁴ CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, req. n° 34027, Lebon, P. 33.

autre procédé approprié », en ajoutant que les modalités d'application de ce texte « *sont fixées par arrêté du ministre d'Economie* »³⁵⁵. L'arrêté du ministre de l'Economie avait réglementé les clauses de révision de prix pouvant être insérées dans les contrats passés entre les agences de voyages et leurs clients en limitant, en particulier, la possibilité pour les agences de voyages de réviser le prix en raison d'une hausse du prix du carburant³⁵⁶. Les requérants avaient attaqué cette disposition réglementaire en invoquant qu'elle portait manifestement atteinte à la liberté contractuelle et à l'article 34 de la Constitution qui réservent à la compétence du législateur la détermination des principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales. Le Conseil d'Etat avait cependant rejeté la requête en jugeant qu'« *en se bornant à préciser dans quelles conditions et dans quelles limites les annonceurs qui auraient subi, du fait d'une hausse du coût des carburants, une augmentation imprévisible du coût des transports pourraient réviser le prix total de la prestation (...) qu'ils fournissent(...), l'arrêté attaqué n'a apporté au principe de la liberté contractuelle que les restrictions rendues nécessaires par l'application de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative au prix* »³⁵⁷. La formulation utilisée par le Conseil d'Etat ne laisse aucun doute, et même avec l'autorisation des restrictions précitées, la liberté contractuelle constitue pour le juge administratif un principe général du droit.

153. La consolidation du principe de la liberté contractuelle des personnes privées se renforcera dans la jurisprudence du Conseil d'Etat par l'annulation d'une décision du Conseil national de l'Ordre des médecins. Ce dernier a rendu obligatoire les conditions dans lesquelles le service employeur peut proposer le licenciement du médecin qui refuse un changement de résidence imposé par la modification de la liste des entreprises ou établissements dans lesquels s'exerce son activité, et également les conditions de l'indemnisation des frais de déménagement justifiés du médecin. La Haute Juridiction administrative a considéré que ces stipulations « *portent atteinte à la liberté contractuelle des médecins intéressés* »³⁵⁸, et par suite, qu'elles sont entachées d'illégalité. De même, la place de la liberté contractuelle parmi les principes généraux du droit a été précisée avec la décision du Conseil d'Etat du 20 janvier 1989. En l'espèce, le juge administratif a affirmé l'illégalité du décret contesté car il portait « *à la liberté contractuelle une limitation qui n'aurait pu résulter que de la loi* »³⁵⁹.

³⁵⁵ L'article 33 de l'Ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945, JORF du 8 juillet 1945, P. 4150.

³⁵⁶ Arrêté du 4 mai 1981, JORF du 15 mai 1981, P. 4625.

³⁵⁷ CE, 7 février 1986, *Association FO Consommateurs et autres*, Lebon, P. 31.

³⁵⁸ CE, 13 mai 1987, *Syndicat national professionnel des médecins du travail*, req. n° 13751.

³⁵⁹ CE, 20 janvier 1989, *SA GBA Berry-Loire*, Lebon, P. 26.

154. Un autre exemple, en matière de renforcement du principe de la liberté contractuelle concerne les secteurs de la consommation et de la santé publique. En effet, le ministre chargé délégué aux finances a rendu le 17 octobre 1996 un arrêté relatif à la publicité des prix des actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique. Cette décision, qui a été prise sur le fondement de l'article L.113-3 du Code de la consommation qui exige l'information à l'endroit du consommateur³⁶⁰, a imposé un délai de réflexion de 15 jours avant toute intervention médicale esthétique. A la suite de cette décision qui fait obstacle à la formation instantanée du contrat, le juge administratif a été saisi afin de l'annuler pour un motif d'excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat – sans oublier de rappeler qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales – va l'annuler en indiquant que « *l'obligation faite par ces dispositions au praticien et à la personne examinée de respecter un délai minimum de réflexion avant la décision éventuelle d'intervention, porte atteinte au principe de la liberté contractuelle et excède l'habilitation donnée par l'article L.113-3 du code de la consommation au ministre chargé de l'économie* »³⁶¹ ; en ajoutant qu'« *aucune autre disposition législative n'autorisait ce ministre à prendre de telles dispositions, qui sont, par suite, entachées d'illégalité* ». Une telle rédaction peut utilement servir comme argument pour les défenseurs d'une vision optimiste de la jurisprudence du Conseil d'Etat à l'égard de la liberté contractuelle. Car, entre le choix d'une protection renforcée du consommateur et le choix d'une plus grande liberté contractuelle, la Haute Juridiction, selon M. Gahdoun, « *opte donc pour le principe de la liberté* »³⁶². Ainsi, « *seul le législateur est compétent pour apporter des limitations à la liberté contractuelle* »³⁶³.

155. L'orientation jurisprudentielle précitée sera réutilisée à plusieurs reprises par le Conseil d'Etat. C'est le cas dans la décision du 14 avril 1999. En l'espèce, le juge administratif va annuler une disposition réglementaire du Code des postes et télécommunications prévoyant que les opérateurs influents doivent faire auditer leurs tarifs d'interconnexion à leurs frais par un organisme d'audit désigné par l'Autorité de régulation

³⁶⁰ L'article L.113-3 ; « Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation ».

³⁶¹ CE, 27 avril 1998, *Cornette de Saint Cyr*, req. n° 184473 ; *AJDA*, 1998, P. 831, concl. Maugué ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, précité, P. 141 ; *Revue de droit sanitaire et social* 1999, P. 507, concl. Dubouis.

³⁶² P.Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, précité, P. 52.

³⁶³ CE, 27 avril 1998, *Cornette de Saint Cyr*, *op. cit.*

des télécommunications. En d'autres termes, « *la disposition précitée (...) met à la charge des opérateurs (...) l'obligation de contracter à leurs frais avec une société d'audit privée désignée par l'administration et porte ainsi atteinte au principe de liberté contractuelle* ». Par une telle disposition le pouvoir réglementaire porte, selon la Haute Juridiction, atteinte au principe de la liberté contractuelle alors qu'aucun texte ne l'y habilitait³⁶⁴. Le même raisonnement sera repris dans l'arrêt du 29 septembre 2003³⁶⁵, l'arrêt du 2 février 2005³⁶⁶, l'arrêt du 6 juin 2008³⁶⁷, l'arrêt du 5 mai 2010³⁶⁸, l'arrêt du 11 février 2011³⁶⁹, l'arrêt du 20 avril 2011³⁷⁰, l'arrêt du 7 décembre 2011³⁷¹ et l'arrêt du 20 mars 2013³⁷².

156. Une nouvelle formulation sera utilisée par le Conseil d'Etat à propos de la liberté contractuelle dans son arrêt rendu le 28 juillet 2000. Celle-ci est calquée sur la formulation du Conseil constitutionnel en la matière qui rattache la liberté contractuelle à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En l'espèce, les laboratoires requérants avaient contesté un arrêté rendu par le ministre de l'emploi et de la solidarité et du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 7 septembre 1998 modifiant la liste des spécialités pharmaceutiques remboursables aux assurés sociaux, en tant qu'il diminue le prix de vente des spécialités commercialisées respectivement par ces laboratoires. Toutefois, le Conseil d'Etat va affirmer que la décision précitée a été prise sur le fondement de l'article L. 162-38³⁷³ du code de la sécurité sociale³⁷⁴ qui autorise les ministres concernés à fixer à tout moment, par arrêté conjoint, le prix des médicaments remboursables en tenant compte des seuls critères définis par cet article. Ainsi, les dispositions contestées ne portaient pas « *à la liberté contractuelle une atteinte d'une gravité telle qu'il méconnaîtrait la liberté découlant de*

³⁶⁴ CE, Sect.14 avril 1999, *France Telecom*, req. n°187570.

³⁶⁵ CE, 29 septembre 2003, *Figeac Athlétisme Club*, req. n° 240639.

³⁶⁶ CE, 2 février 2005, *Fondation Assistance aux animaux*, req. n° 262097.

³⁶⁷ CE, 6 juin 2008, *Syndicat Des Transports D'Ile-de-France*, req. n° 300935.

³⁶⁸ CE, 5 mai 2010, *Christian A et la Société ICD-VIE*, req. n° 307089.

³⁶⁹ CE, 11 février 2011, *Association des Riverains de France*, req. n° 325103, 325104, 325106 ; *Cahier du Conseil constitutionnel*, 2012, P. 173.

³⁷⁰ CE, 20 avril 2011, *Syndicat des Agences de Presse Télévisée et le Syndicat des Producteurs Indépendants*, req. n° 341051.

³⁷¹ CE, 7 décembre 2011, *Société Métropole Télévision*, req. n° 321349.

³⁷² CE, 20 mars 2013, *Syndicat des médecins d'Aix et région*, req. n° 345885.

³⁷³ L'article L.162-38 du Code de la sécurité sociale : « les ministres chargés de l'économie, de la santé et de la sécurité sociale (...) peuvent fixer par décision les prix et les marges des produits et les prix des prestations de services pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale ».

³⁷⁴ Et également à la Directive 89/105/CEE du 21 décembre 1988, concernant la transparence des mesures régissant la fixation des prix des médicaments, qui impose « la transparence des mesures régissant la fixation des prix des médicaments à usage humain ».

l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, à laquelle renvoie le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 »³⁷⁵.

157. Par ailleurs, l'attitude du juge administratif à propos du principe de la liberté contractuelle ne s'est pas souvent révélée protectrice. En effet, malgré la reconnaissance de ce principe, le Conseil d'Etat autorisera beaucoup de dérogations manifestes à la liberté contractuelle.

Les exemples dans ce domaine sont nombreux et les arrêts pris sont justifiés soit parce que les dispositions litigieuses ne font pas une vraie dérogation à la liberté contractuelle selon le point de vue du juge administratif, comme c'est le cas de la décision du 19 juin 1996 où le Conseil d'Etat rejettera la demande d'annulation de l'article 1^{er}³⁷⁶ du décret n° 86-114 du 23 janvier 1986 en justifiant son jugement au motif que « *ces dispositions ne méconnaissent pas les articles 4, 5 et 17 de la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et que ces dispositions ne portent enfin aucune atteinte à la liberté contractuelle* »³⁷⁷ ; soit, parce que ces dérogations sont justifiées par l'intérêt général, comme c'est le cas de la décision du 20 mai 2011³⁷⁸. En l'espèce, le requérant avait contesté le décret n° 2010-1731 du 30 décembre 2010 – relatif à l'intervention des professionnels de santé exerçant à titre libéral dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes – en demandant son annulation car il est fondé sur l'article L. 314-12 du Code de l'action sociale et des familles. Selon le requérant, cet article porte en effet atteinte à la liberté contractuelle en autorisant le pouvoir réglementaire à imposer des modes de rémunération particuliers autres que le paiement à l'acte et sur le paiement direct des professionnels par l'établissement. Cependant, la Haute Juridiction administrative va autoriser cette dérogation au motif de l'intérêt général, en indiquant que « *si l'obligation de contracter prévue par l'article L. 314-12 du code de l'action sociale et des familles est susceptible de porter atteinte à la liberté contractuelle, cette atteinte est limitée et justifiée par l'intérêt général qui s'attache à ce que soit assurée la qualité du suivi médical des personnes âgées dépendantes* ». De telles arrêts instituent des doutes autour de la portée et du caractère sérieux de la protection dont dispose le principe de

³⁷⁵ CE, 28 juillet 2000, *Laboratoires Paucourt et Glaxo-Wellcome*, req. n° 208103.

³⁷⁶ Article 1^{er} du décret n° 86-114 du 23 janvier 1986 portant modification de l'article R. 100 du code des pensions civiles et militaires de retraite : « La pension est payée par un virement à un compte ouvert au nom du retraité, ou de son requérant légal, ou du mandataire désigné par l'un d'entre eux... ».

³⁷⁷ CE, 19 juin 1996, req. n° 163080.

³⁷⁸ CE, 20 mai 2011, *Conseil National de l'Ordre des Médecins*, req. n° 347098, *Cahier du Conseil constitutionnel* ; 2012, P.173 ; *Constitutions*, 2011, P. 405.

la liberté contractuelle accordée par le juge administratif, notamment avec l'autorisation constante de dérogations³⁷⁹.

158. L'analyse de l'ensemble des décisions précitées montre nettement que la liberté contractuelle concernée dans ce domaine est celle des personnes privées, et précisément des individus. Cela résulte du fait que les recours formulés sont des recours de personnes privées, ou de leurs représentants, adressés contre des décisions rendues généralement par le pouvoir réglementaire et non à la suite d'un conflit contractuel entre les individus et les personnes publiques. L'objectif des requérants est ici de défendre leur liberté contractuelle qui fait partie des libertés reconnues par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Dans ce contexte, il devient impossible de parler d'un principe général du droit, dit de « liberté contractuelle », étendu aux personnes publiques. Cela nous incite à chercher s'il est possible de trouver un autre fondement juridictionnel de la liberté contractuelle des personnes publiques.

B) Une reconnaissance partielle en faveur des personnes publiques

159. La différence naturelle et fonctionnelle entre l'administration et les personnes de droit privé rend difficile la recherche d'une possibilité d'étendre la protection accordée par le juge administratif au principe de la liberté contractuelle au profit de personnes publiques. En effet, en la matière, la diversité des catégories de personnes publiques constitue une complexité pour le juge administratif. C'est la raison pour laquelle, nous allons nous concentrer dans notre recherche sur les deux catégories principales en étudiant l'attitude du juge administratif vis à vis de la liberté contractuelle pour les collectivités territoriales d'une part, et pour l'Etat d'autre part.

³⁷⁹ Par exemple ; CE, 28 mai 1997, *FEHAP*, req. n° 167403, *AJFP*, 1997, P.13 ; CE, 20 mars 2000, *M. Pierre*, req. n° 202295 ; CE, 8 novembre 2000, *Société Discount Assur*, req. n° 218212 ; CE, 15 décembre 2000, *Banque de France*, req. n° 203331 ; CE, 19 mars 2001, *Syndicat National des Industriels et Professionnels de l'aviation générale*, req. n° 202349 ; CE, 2 octobre 2002, *SARL EVEN MEDIA et SARL COPPER COMMUNICATION*, req. n° 231228 ; CE, 4 février 2004, *M. et Mme Lucien A*, req. n° 252914 ; CE, 23 juin 2004, *SCI Paris*, req. n° 253917 ; CE, 30 novembre 2005, *Syndicat des Médecins d'Aix et Région et autres*, req. n° 278291, 278969, 279320, 279345, 279438, 279515, 279536, 279537 ; CE, 28 décembre 2005, *Section Syndicale Des Collecteurs Carcassiers du Syndicat les Professionnels du Pneu*, req. n° 264778 ; CE, 19 mai 2006, *Fédération des Employés et Cadres CGT-FO*, req. n° 274395 ; CE, 19 mai 2008, *AFORST*, req. n° 305970 ; CE, 8 avril 2009, *CGE*, req. n° 271737 ; CE, 24 février 2011, *Union nationale des footballeurs professionnels et autres*, req. n° 340122 ; CE, 20 mai 2011, *Conseil National de l'Ordre des Médecins*, req. n° 347098 ; CE, 14 décembre 2011, *Syndicat des Agences de Presse Télévisée*, req. n° 342985 ; CE, 4 juillet 2012, *M. Nicolas A*, req. n° 350122 ; CE, 26 novembre 2012, *M. Daniel B*, req. n° 342485.

a) La liberté contractuelle des collectivités territoriales

160. Tout d'abord, il faut noter que les décisions du juge administratif par lesquelles la liberté contractuelle des collectivités territoriales a été soulevée sont assez complexes, car la majorité de ces décisions ne montrent pas clairement si c'est vraiment la liberté de la collectivité concernée ou la liberté de son cocontractant qui est concernée³⁸⁰. De plus, même pour le cas dans lequel la liberté contractuelle de la collectivité locale est en question, le Conseil d'Etat se contente de parler du principe de la liberté contractuelle en tant que tel sans énoncer clairement s'il pourrait construire un principe général du droit.

161. Le Conseil d'Etat va cependant faire un pas dans ce domaine dans son arrêt du 6 juillet 1977³⁸¹. En l'espèce, le syndicat national des ingénieurs et techniciens contestait la légalité d'un arrêté interministériel du 9 mars 1972 fixant les conditions générales d'intervention de l'office national des forêts pour le compte des collectivités territoriales. La disposition contestée prévoyait que l'approbation de la convention conclue entre l'office national des forêts et la collectivité locale ayant sollicité son concours « *comporte pour la collectivité la renonciation à l'exercice de la responsabilité pécuniaire et décennale établie par les articles 1792 et 2270 du Code civil* ». Le Conseil d'Etat va censurer cette disposition au motif qu'« *elle fait obstacle au libre exercice par les collectivités territoriales d'un droit garanti par la loi en matière contractuelle* ». Pour la Haute Juridiction, cet article est contraire à l'article 34 de la Constitution qui réserve au seul législateur la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources. Une telle formulation remarquable sera interprétée, selon certains, comme synonyme de liberté contractuelle, et surtout « *comme permettant de la protéger sur le fondement de l'alinéa 10 de l'article 34 de la Constitution* »³⁸². Ainsi, la liberté contractuelle est protégée parce qu'elle est une des composantes de la libre administration des collectivités territoriales.

162. Cette interprétation sera écartée par l'arrêt du Conseil d'Etat rendu le 2 février 1983³⁸³. En l'espèce, l'Union des transports publics urbains et régionaux avait déposé une

³⁸⁰ Ch. BRECHON-MOULENES, « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA*, 1998, P. 646.

³⁸¹ CE, 6 juillet 1977, *Syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés*, req. n° 87539, Lebon, P. 306 ; *AJDA*, 1978, P. 105 ; Cahier du CFPC 1978, n° 2, P. 97, obs. F. Moderne.

³⁸² M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 245 ; voir également, F. LLORENS, « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », *Contrats et Marchés publ.* n°5, mai 2007, étude n° 6.

³⁸³ CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, req. n° 34027, Lebon, P. 33 ; *RDP*, 1984, P. 212, note J.-M. Auby ; *RFDA* 1984, P. 45, note F. Llorens.

requête tendant à l'annulation du décret du 29 octobre 1980 relatif aux modalités d'exploitation des services de transports publics d'intérêt local. Ce dernier, qui avait été édicté à la suite d'une habilitation législative de la loi du 19 juin 1979, avait rendu obligatoire l'insertion de très nombreuses clauses administratives et financières nécessaires à la sauvegarde des objectifs poursuivis par le législateur et limitant, selon la requérante, la liberté contractuelle des parties contractantes. Le Conseil d'Etat va rejeter la demande en justifiant son attitude par le fait que « *ces diverses exigences n'apportent pas à la libre administration des collectivités locales et à la liberté contractuelle des limitations excédant les limites de l'habilitation conférée au gouvernement* ». Cet arrêt mérite une analyse approfondie.

163. En premier lieu, par cette décision le juge administratif a séparé la liberté contractuelle de la libre administration des collectivités locale, ce qui signifie que les deux principes ne sont pas identiques et que la liberté contractuelle, aux yeux du juge administratif, n'est pas une composante de la libre administration même si les deux principes partagent plusieurs aspects³⁸⁴. Ce qui écarte, en conséquence, l'interprétation précitée.

164. En second lieu, la disposition de l'article attaqué montre nettement qu'il porte atteinte à la liberté contractuelle des deux parties à la convention d'exploitation de service de transport public, et cela rend difficile voire complexe de savoir si la liberté contractuelle concernée dans ce domaine est celle de la personne publique ou celle de l'exploitant de ce service³⁸⁵. Si le juge voulait référer à la liberté contractuelle du cocontractant avec l'administration, la personne publique n'aurait dans ce cas que le bénéfice de l'article 72 de la Constitution, c'est-à-dire la libre administration des collectivités territoriales. Ainsi, les atteintes portées par ces dispositions pourraient, selon cette interprétation, affecter soit la liberté contractuelle des personnes privées, soit la libre administration des collectivités territoriales. Par conséquent, la collectivité territoriale ne dispose pas d'une liberté contractuelle, mais elle profite d'une protection des aspects communs à la liberté contractuelle par le biais du principe constitutionnel de la libre administration des collectivités locales.

³⁸⁴ Voir dans ce sens, F. LLORENS, « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », *Contrats et Marchés publics*, précité, : il estime que : « sans que l'on sache très bien s'il ne fait que répondre aux moyens des requérants ou s'il les considère comme indépendants l'un de l'autre, le Conseil d'Etat vise parfois distinctement la liberté contractuelle et la libre administration des collectivités territoriales » ; voir également, Ch. BRECHON-MOULENES, « Liberté contractuelle des personnes publiques », précité, P. 646.

³⁸⁵ Le Conseil d'Etat estime que « il ressort des termes mêmes de cette disposition que le législateur a donné compétence au gouvernement, agissant par décret en Conseil d'Etat, d'une part, pour énumérer limitativement les différents types de contrats qui peuvent être passés entre les autorités organisatrices de transports publics d'intérêt local et les exploitants de services de transports publics, d'autre part, pour rendre obligatoire l'insertion dans ces contrats des stipulations minimales qu'il jugerait nécessaires à la sauvegarde des objectifs poursuivis par le législateur, compte tenu du type de contrat choisi par les parties ».

165. Notre perplexité au sujet de la place de la liberté contractuelle des collectivités territoriales dans la jurisprudence du Conseil d'Etat se poursuit avec la décision du 6 mars 1989³⁸⁶. En effet, l'espèce de cette affaire est totalement identique à la précédente : l'Union des transporteurs en commun de voyageurs des Bouches-du-Rhône a déposé une requête afin d'annuler un décret rendu à la suite de l'habilitation législative de la loi du 19 juin 1979, imposant une approbation de conventions types, d'un règlement intérieur type des régies, ainsi que des cahiers des charges types pour l'exploitation des services de transport public d'intérêt local. D'une manière similaire, la Haute Juridiction administrative rejeta ce recours en utilisant la même justification que dans sa décision du 2 février 1983. Elle a jugé que « *les diverses exigences posées par ce décret n'apportent pas à la libre administration des collectivités locales et à la liberté contractuelle des limitations excédant les limites de l'habilitation conférée au gouvernement par l'article 4 de la loi du 19 juin 1979* ». Une telle formulation pose les mêmes interrogations que celles indiquées antérieurement et renforce l'idée selon laquelle la protection potentielle des activités contractuelles des collectivités locales repose sur le fondement du principe de la libre administration des collectivités territoriales et que le principe de la liberté contractuelle concerne la protection des personnes privées.

166. Dans le cadre de la reconnaissance au principe de la liberté contractuelle des collectivités territoriales de la valeur de principe général du droit, l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 janvier 1998³⁸⁷ a pu ajouter une autre complexité. En effet, les défenseurs de la liberté contractuelle des personnes publiques trouvent dans cet arrêt un fondement pour classer la liberté contractuelle des personnes publiques en général, et celles des collectivités territoriales en particulier, parmi les principes généraux du droit³⁸⁸. En l'espèce, la société Borg Warner a été chargée, par un marché conclu le 11 septembre 1984, de fournir et de mettre en place un équipement de pompage d'exhaure destiné à des installations de chauffage géothermique situées sur le territoire de la commune de Tremblay-Lès-Gonesse. Les stipulations de l'article 9-5 de l'additif au cahier des clauses administratives particulières annexé à ce marché

³⁸⁶ CE, 6 mars 1989, *Union des transporteurs en commun de voyageurs des Bouches-du-Rhône*, req. n° 34015, Lebon T. P. 956 ; Juris-Data n° 1989-641785.

³⁸⁷ CE, Sect. 28 janvier 1998, *Société Borg Warner*, req. n° 138650, Lebon. P. 20; *AJDA*, 1998, P.287; *CJEG*, 1998, P.269, chron. F. Moderne.

³⁸⁸ Voir dans ce sens, Ch. BRECHON-MOULENES, « liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA*, 1998, P. 643 ; F. LLORENS, « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », *Contrats et Marchés publics*, n°5, mai 2007, étude n° 6 ; M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 249 ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., précité, P. 142 ; B. STRIN, « La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? », *AJDA*, 1998, P. 673 ; F. ROLIN, « La liberté contractuelle des personnes publiques », *Revue des Contrats*, 2004, P 426.

prévoient un délai de garantie d'une durée de douze mois à compter de la date de la réception dudit équipement. L'article 9-7 du même document contractuel stipulait que les frais supplémentaires d'exploitation résultant d'un dommage matériel sont garantis à concurrence de 500 000 F par sinistre et 1 500 000 F par année d'assurance pour l'ensemble des opérations couvertes. Malgré l'existence de cette disposition la Cour administrative d'appel de Paris a condamné la Société précitée au paiement d'une somme supérieure à celle citée dans le marché, en raison de la contrariété de ces clauses contractuelles, limitant la responsabilité du cocontractant en la matière, avec l'article L. 316-2 du Code des communes³⁸⁹. A la suite d'un recours formulé par la société Borg Warner demandant l'annulation de cet arrêt, le Conseil d'Etat jugera que : « *ces dispositions précitées de l'article L. 316-2 du code des communes, qui dérogent au principe de la liberté contractuelle, doivent être interprétées strictement* », en ajoutant que : « *ne visant expressément que les clauses par lesquelles une collectivité locale renonce à exercer une action en responsabilité, elles ne s'appliquent pas aux clauses qui se bornent à prévoir un aménagement ou une limitation de la responsabilité du cocontractant* », ainsi qu'« *il n'en irait autrement que dans le cas de clauses qui, tout en se présentant comme prévoyant seulement un aménagement ou une limitation de la responsabilité, auraient un contenu et une portée dont le rapprochement avec les autres éléments pertinents de l'économie du contrat ferait apparaître qu'elles auraient été conçues pour produire un effet voisin de celui d'une clause de renonciation* ».

167. A priori cette formulation nous conduit, comme beaucoup de défenseurs de la liberté contractuelle, à imaginer que la liberté contractuelle concernée dans cette décision est celle de la liberté contractuelle des collectivités territoriales et plus précisément la liberté des communes, mais la question qui se pose ici est de savoir s'il est possible que le juge administratif ait voulu se référer à la liberté contractuelle du cocontractant ? Il est fort probable que la liberté contractuelle assignée dans ce domaine soit la liberté des communes toutefois l'autre hypothèse ne manque pas d'arguments.

168. Un examen approfondi montre que la disposition condamnée dans cette affaire porte atteinte à la liberté contractuelle des deux contractants, la société contractante, qui est une personne du droit privé, et la personne publique concernée. De plus, sans négliger que ce texte restreint le pouvoir contractuel des autorités locales, la Haute Juridiction administrative

³⁸⁹ L'article L. 316-2 du Code des communes dispose que : « Sont illégales les décisions et délibérations par lesquelles les communes renoncent soit directement, soit par une clause contractuelle, à exercer toute action en responsabilité à l'égard de toute personne physique ou morale qu'elles rémunèrent sous quelque forme que ce soit ». L'article L. 2131-10 du Code général des collectivités territoriales.

s'est contentée de mentionner que ledit article déroge au principe de la liberté contractuelle sans préciser expressément et nettement le destinataire de cette liberté.

169. D'un autre côté, la requête, sur laquelle cette décision a été prise, a été déposée par la Société Borg Warner – qui a vu par l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris un fort encadrement de sa liberté contractuelle –, et non pas par la personne publique concernée, c'est-à-dire, par la personne qui a estimé sa liberté contractuelle atteinte. En d'autres termes, si ce jugement a été pris c'est parce qu'une personne de droit privé a sollicité sa liberté contractuelle devant le juge administratif, ce qui renforce l'hypothèse selon laquelle le Conseil d'Etat voulait indiquer ici la liberté contractuelle des personnes privées, et se concilie bien avec l'ancienne interprétation de la position juridictionnelle.

170. Par ailleurs, et d'un point de vue totalement pragmatique, Monsieur Rolin mentionne plusieurs arguments selon lesquels ladite décision ne pourrait pas être un fondement pour reconnaître un principe général de « liberté contractuelle des personnes publiques ». Ces arguments ne manquent pas d'intérêt. « *D'abord, la décision Borg Warner elle-même n'emploie pas le terme de « principe général du droit » mais seulement de « principe de la liberté contractuelle » sans en définir le statut juridique. Ensuite, l'arrêt se borne à régler une question d'interprétation et en aucun cas ne contrôle la validité d'une dérogation à ce supposé principe général du droit. Enfin, et même si cette indication n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée, le fichage de cet arrêt aux tables du *Recueil Lebon*, n'a pas été opéré sous la rubrique « principes généraux du droit et aucun des abstracts ne fait référence à cette notion »*³⁹⁰.

171. Plus récemment, le Conseil d'Etat a été saisi afin d'annuler pour excès de pouvoir un Décret rendu le 17 octobre 2011 portant création de la métropole dénommée « Métropole Nice Côte d'Azur ». Les collectivités requérantes soutenaient que les dispositions contestées méconnaissent le principe de libre administration des collectivités territoriales énoncé à l'article 72 de la Constitution et le principe de liberté contractuelle de ces collectivités garanti par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le Conseil d'Etat va marquer une autre ambiguïté à propos de la liberté contractuelle en écartant les moyens tirés par les requérantes sans préciser expressément son attitude à l'égard de la liberté contractuelle des collectivités territoriales. Il a en effet jugé que « *le moyen tiré de ce que les dispositions contestées (...) méconnaissent le principe de libre administration des collectivités*

³⁹⁰ F. ROLIN, « La liberté contractuelle des personnes publiques », *Revue des contrats*, 2004, P. 427.

territoriales énoncé à l'article 72 de la Constitution et le principe de liberté contractuelle de ces collectivités garanti par l'article 4 de la Déclaration de 1789, doit être écarté »³⁹¹. Encore une fois, cette formulation ne permet pas de savoir si le principe de la liberté contractuelle des collectivités locales profite d'une protection particulière du Conseil d'Etat au motif qu'il constitue un principe général du droit³⁹².

172. Finalement, si l'attitude de la Haute Juridiction administrative à l'égard de la liberté contractuelle des collectivités territoriales n'est pas définitivement tranchée, la situation pour la Cour administrative d'appel n'est pas la même. En effet, plusieurs décisions rendues par les Cours administratives d'appel confirment la reconnaissance de ce principe en faveur des collectivités locales. Le premier exemple est l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux du 11 octobre 2005. Par cette décision la Cour va rejeter la requête au motif que la disposition contestée ne méconnaît pas « *la liberté contractuelle des collectivités locales* »³⁹³. La reconnaissance sera plus nette avec l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes qui a justifié le rejet de la saisine par le fait que « *les dispositions contestées n'ont pas pour effet d'interdire aux communes, titulaires de la liberté contractuelle, de conclure des conventions à objet financier lorsqu'elles présentent un intérêt communal* »³⁹⁴. Ainsi, par de telles formulations on ne peut que reconnaître le principe de la liberté contractuelle des collectivités territoriales, sans toutefois pouvoir parler d'un principe général du droit dès lors que le Conseil d'Etat ne l'a pas explicitement reconnu.

b) La liberté contractuelle et les organes de l'Etat

173. La question de savoir si la liberté contractuelle de l'Etat constitue un principe général du droit est très délicate et touché à la complexité et la diversité des organes composant l'Etat. Cette diversité rend illogique et incohérent le fait de parler d'un principe général du droit en faveur de l'Etat d'une manière générale. Ainsi, la question doit se poser pour chaque organe d'une façon indépendante des autres institutions étatiques.

174. Il est difficile de trouver un fondement probable à un principe général dit « la liberté contractuelle » des organes « de l'Etat » dès lors que le Conseil d'Etat a rendu peu d'arrêts pour le confirmer, mais avec ces arrêts la question reste toujours non résolue.

³⁹¹ CE, 30 mai 2012, *SIVOM de Ville franche-Sur-Mer et la Commune De Saint-Jean-Cap-Ferrat*, req. n° 354951.

³⁹² Pour d'autres exemples voir, CE, 2 février 2015, *Maire de la commune d'Aix-en-Provence*, req. n° 373520 ; CE, 22 mai 2015, *Syndicat départemental d'électricité et de gaz de la Charente et autres*, req. n° 370129.

³⁹³ CAA de Bordeaux, 11 octobre 2005, *Département de la Dordogne*, req. n° 00BX01892.

³⁹⁴ CAA de Nantes, 27 octobre 2009, *Préfet d'Eure-et-Loir*, req. n° 09NT00293.

175. Un exemple pour éclairer notre propos est donné par la décision du Conseil d'Etat du 20 mars 2000³⁹⁵. En l'espèce, deux professeurs des Universités avaient contesté la légalité de l'arrêté du ministre de l'Education nationale, de la Recherche et de la Technologie du 3 septembre 1998 relatif à la charte des thèses. L'article 4 de cet arrêté dispose que : « *La charte est intégrée dans le contrat signé entre le chef d'établissement et le ministre chargé de l'enseignement supérieur. Son application fait partie de l'évaluation du contrat des établissements concernés* ». L'imposition de cette intégration méconnaît, selon les requérants, les prescriptions de l'article 20 de la loi du 26 janvier 1984 relative à l'enseignement supérieur, en vertu desquelles les activités de formation, de recherche et de documentation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel peuvent faire l'objet de contrats d'établissement pluriannuels qui « *fixent certaines obligations des établissements et prévoient les moyens et emplois correspondants pouvant être mis à leur disposition par l'Etat* ». En effet, de telles dispositions signifient que si les universités sont libres de ne pas signer les contrats d'établissement, ceux-ci conditionnant généralement l'habilitation des formations doctorales, le refus d'adopter une charte des thèses qui respecte les principes contenus dans l'arrêté peut donc aboutir à ce qu'un établissement ne puisse plus délivrer de titres de docteur³⁹⁶. Ainsi, le texte précité porte atteinte à la liberté contractuelle de ces établissements. La Haute Juridiction administrative va cependant rejeter la requête en considérant que « *les dispositions de l'article 4 de l'arrêté attaqué ne portent pas davantage atteinte à la liberté contractuelle des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel* ». Cette formulation ne laisse pas de doute autour de l'existence de la liberté contractuelle des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel ; toutefois, son impact reste limité à ces établissements et il ne permet pas de savoir clairement s'il construit un principe général du droit.

176. A part cette décision, la mention de la liberté contractuelle de « l'Etat » ou, plus précisément, des organes d'Etat, a été confinée dans les conclusions de commissaires du Gouvernement. A cet égard, on peut citer deux exemples significatifs. Le premier est celui concernant l'avis rendu du Conseil d'Etat le 8 novembre 2000³⁹⁷. Mme Bergeal va défendre la liberté contractuelle des établissements publics à caractère industriel et commercial en proposant à la Haute Juridiction administrative de répondre au tribunal administratif

³⁹⁵ CE, 20 mars 2000, req. n° 202295 ; *AJDA*, P. 756, not. Yves Jégouzo.

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208, Lebon P. 493, concl. Bergeal ; *AJDA*, 2000, P.987, obs. Mattias Guyomar et Pierre Collin ; *RFDA*, 2001, P. 112, concl. Bergeal ; *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2001, P. 73, obs. Gilbert Orsoni.

qu'« aucun texte, ni aucun principe de droit n'interdit à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ». Le Conseil d'Etat suivra les conclusions de la commissaire du gouvernement en considérant que : « *Aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public. Aussi la personne qui envisage de conclure un contrat dont la passation est soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence, ne peut-elle refuser par principe d'admettre à concourir une personne publique* »³⁹⁸. Cet avis marque ainsi une souplesse non négligeable en faveur des personnes publiques.

177. Le second exemple est celui des conclusions de la même commissaire du gouvernement à propos de l'arrêt de l'Assemblée du Conseil d'Etat qui a été rendu le 5 mars 1999³⁹⁹. Dans ces conclusions Mme Bergeal parlera d'une liberté contractuelle « *relative* » en faveur de l'Assemblée Nationale concernant les règles de fond applicables aux marchés eux-mêmes. Elle estime que « *le principe de la liberté contractuelle permet aux assemblées parlementaires une relative liberté pour l'application de toutes les dispositions du code des marchés qui ne sont pas d'ordre public* ». Le Conseil d'Etat à son tour va répondre positivement aux propositions de la commissaire du gouvernement sans référer à la liberté contractuelle de l'Assemblée Nationale.

178. En conséquence, dans l'état actuel de la jurisprudence de la Haute Juridiction administrative, et en raison de la complexité de notre sujet, il nous semble que cette situation ne permette pas de parler de la reconnaissance d'un principe général dit de « la liberté contractuelle » au profit de l'Etat, ou tout du moins, un tel principe n'existerait que d'une manière partielle selon l'organe étatique concerné.

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ CE, Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, req. n° 163328 ; *RFDA*, 1999, P. 333, concl. C. Bergeal ; *AJDA*, 1999, P. 409, notes Fabien Raynaud et Pascale Fombeur.

Sous-section II

Le manque de protection sérieuse de la liberté contractuelle par le juge administratif

179. La reconnaissance du principe de la liberté contractuelle par le juge administratif n'est pas absolue. Celle-ci a été reconnue afin de protéger ledit principe de l'abus potentiel du pouvoir réglementaire en la matière. Selon le Conseil d'Etat, seul le législateur est compétent pour apporter des limitations à la liberté contractuelle⁴⁰⁰, et les restrictions à la liberté contractuelle doivent être interprétées strictement⁴⁰¹.

180. En pratique, il nous semble que cette protection juridictionnelle, à l'égard des personnes publiques, n'est pas sérieuse. D'un côté, le pouvoir réglementaire profite d'une habilitation législative quasiment constante, avec laquelle le principe de la liberté contractuelle devient moins protégé (A). D'un autre côté, le contrôle du juge administratif, dans ce cadre, devient moins efficace en raison de l'édiction de dispositions législatives dérogeant au principe de la liberté contractuelle (B).

A) La dérogation par la voie réglementaire

181. Selon la jurisprudentielle, le pouvoir réglementaire ne peut pas déroger au principe de liberté contractuelle sans habilitation législative qui lui accorde cette aptitude. Ainsi, il revient au juge administratif, en tant que contrôleur de la légalité, de vérifier si ce pouvoir a été utilisé dans les limites de cette habilitation. Pourtant, l'analyse de la jurisprudence administrative montre que l'autorité du juge administratif dans ce domaine n'est pas sans limite.

182. Or, l'analyse de l'interprétation juridictionnelle de l'habilitation législative dans notre matière révèle qu'elle n'est pas toujours de même nature. D'une part, le pouvoir réglementaire pourrait profiter d'une habilitation constante, comme c'est le cas de la réglementation des marchés publics, et d'autre part, cette autorisation pourrait être restreinte. Cela rend les pouvoirs du juge administratif variable au regard des atteintes au principe de la liberté contractuelle.

⁴⁰⁰ CE, 27 avril 1998, *Cornette de Saint Cyr*, *AJDA*, 1998, P.831, concl. Maugué.

⁴⁰¹ CE, Sect. 28 janvier 1998, *Société Borg Warner*, req. n° 138650, Lebon. P. 20 ; *AJDA* 1998, P.287 ; *CJEG*, 1998, P.269, chron. F. Moderne.

a) L'encadrement de l'aptitude du pouvoir réglementaire par le contrôle juridictionnel

183. Dans le cadre de la répartition des compétences entre les pouvoirs législatifs et réglementaires, la Constitution, par l'article 34, réserve au seul législateur le soin de déterminer les principes fondamentaux relatifs à la détermination des obligations civiles et commerciales, ainsi que les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources. L'article 37 réserve au pouvoir réglementaire la réglementation des matières autres que celles qui sont du domaine de la loi.

184. Pour le Conseil d'Etat, il est clair que seul le législateur est compétent pour apporter des limitations au principe, privatiste, de la liberté contractuelle⁴⁰². Ainsi, le pouvoir réglementaire ne peut apporter de restrictions à la liberté contractuelle que par une habilitation législative qui lui confie cette aptitude.

185. Par ailleurs, l'impact du contrôle de légalité du juge administratif n'est pas sans limite. En effet, la nature des pouvoirs de la juridiction administrative ne lui permet pas de protéger systématiquement les atteintes portées à la liberté contractuelle, notamment des personnes publiques. Elle vérifie seulement l'existence de l'habilitation et si le gouvernement a respecté les limites de l'habilitation législative lui permettant d'intervenir⁴⁰³.

186. Plusieurs exemples dans la jurisprudence du juge administratif peuvent illustrer cette pratique. A titre d'exemple, comme on l'a déjà vu, l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 octobre 1980, a annulé l'arrêté du préfet de l'Isère en date du 25 août 1976 portant atteinte à la liberté contractuelle des bailleurs, en justifiant son jugement par le fait que les prescriptions concernées sont de nature « à apporter à la liberté contractuelle du bailleur une limitation qui n'aurait pu résulter que de la loi »⁴⁰⁴. De même, le Conseil d'Etat va déclarer l'illégalité de l'article 5 du décret 72-239 du 29 décembre 1972, au motif qu'il apporte « à la liberté contractuelle une limitation qui n'aurait pu résulter que de la loi »⁴⁰⁵. La Haute Juridiction administrative annulera aussi le deuxième alinéa de l'article D 99-13 du Code des postes et

⁴⁰² CE, 27 avril 1998, *Cornette de Saint Cyr*, *AJDA*, 1998, P.831, concl. Maugué.

⁴⁰³ M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 244.

⁴⁰⁴ CE., Sect., 3 octobre 1980, *Fédération française des professionnels immobiliers et commerciaux*, req. n° 12955. Lebon. P 348.

⁴⁰⁵ CE, 20 janvier 1989, *SA GBA Berry-Loire*, Lebon, P.26.

télécommunications⁴⁰⁶ – prévoyant que les opérateurs influents doivent faire auditer leurs tarifs d’interconnexion à leurs frais par un organisme d’audit désigné par l’Autorité de régulation des télécommunications – car le pouvoir réglementaire a porté atteinte au principe de la liberté contractuelle alors qu’aucun texte ne l’y habilitait⁴⁰⁷. Un autre exemple par lequel le juge administratif confirme que les restrictions de la liberté contractuelle doivent être législatives, se trouve dans l’arrêt du 5 mai 2010⁴⁰⁸, dans lequel le Conseil d’Etat a jugé que « *la fixation du niveau de la rémunération de l’activité d’intermédiation en assurance exercée par les établissements bancaires, relève de la liberté contractuelle, à laquelle seules des dispositions législatives seraient, le cas échéant, susceptibles de porter atteinte* ».

187. Le contrôle du juge administratif, à l’égard de la liberté contractuelle, ne se limite pas à vérifier l’existence d’une habilitation législative attribuée au pouvoir réglementaire, mais consiste également à vérifier que ce dernier n’a pas excédé cette habilitation. L’exemple qui peut mettre en lumière ce point est la décision du Conseil d’Etat du 2 février 1983. Par cette décision la Haute Juridiction administrative va légaliser les textes réglementaires en cause en déclarant que les dispositions contestées n’apportent pas à la liberté contractuelle et à la libre administration des collectivités territoriales « *des limitations excédant les limites de l’habilitation conférée au gouvernement par la loi* »⁴⁰⁹. Cette formulation sera répétée dans l’arrêt du Conseil d’Etat du 6 mars 1989 qui juge aussi que les dispositions concernées n’apportent pas à la libre administration des collectivités locales et à la liberté contractuelle « *des limitations excédant les limites de l’habilitation conférée au gouvernement par la loi* »⁴¹⁰. De même, le juge administratif va prononcer l’illégalité des dispositions réglementaires car ce dernier a excédé l’habilitation dont il dispose. Le juge a ainsi considéré que « *l’obligation faite par ces dispositions porte atteinte au principe de la liberté contractuelle et excède l’habilitation donnée par l’article L 113-3 du code de la consommation au ministre chargé de l’économie ; qu’aucune autre disposition législative n’autorisait ce ministre à prendre de telles dispositions, qui sont, par suite, entachées d’illégalité* »⁴¹¹. Récemment, le Conseil d’Etat a rejeté une requête déposée par le Syndicat

⁴⁰⁶ Edicté par le décret du 3 mars 1997, relatif à l’interconnexion prévue par l’article L 34-8 du Code des postes et télécommunications.

⁴⁰⁷ CE, Sect., 14 avril 1999, *France Telecom*, req. n° 187570.

⁴⁰⁸ CE, 5 mai 2010, *M. Christian A et La Société ICD-VIE*, req. n° 307089.

⁴⁰⁹ CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, req. n° 34027, Lebon, P 33.

⁴¹⁰ CE, 6 mars 1989, *Union des transporteurs en commun de voyageurs des Bouches-du-Rhône*, req. n° 34015, Lebon T. P. 956 ; Juris-Data n° 1989-641785.

⁴¹¹ CE, 27 avril 1998, *Cornette de Saint Cyr*, req. n° 184473 ; *AJDA*, 1998, P. 831, concl. Maugüé ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2008, P. 141.

des médecins d'Aix et région – qui avait demandé d'annuler, pour excès de pouvoir, le décret n° 2010-1731 du 30 décembre 2010 relatif à l'intervention des professionnels de santé exerçant à titre libéral dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes –, au motif que ledit décret ne contenait pas de dispositions excédant la compétence attribuée par le législateur au pouvoir réglementaire en la matière. En l'espèce, en application de l'article L. 314-12⁴¹² du Code de l'action sociale et des familles, un Décret est intervenu en ajoutant l'article R. 313-30-1. Cet article dispose que le contrat obligatoirement conclu entre tout professionnel intervenant dans un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) et cet établissement est conforme à un contrat-type fixé par arrêté. Le même décret a prévu, en introduisant un 6° au V de l'article D. 311 du code de l'action sociale et des familles, que le contrat de séjour conclu entre l'établissement et chaque personne âgée qui y est hébergée comporte la mention de l'obligation faite aux professionnels de santé libéraux appelés à intervenir dans cet établissement de conclure avec ce dernier le contrat prévu à l'article L. 314-12. Ces textes portent, selon ledit syndicat, atteinte à la liberté contractuelle de ses membres. Le Conseil d'Etat considère que par l'imposition de ces conditions « *le pouvoir réglementaire n'a pas excédé sa compétence, et que le décret ne portant pas à la liberté contractuelle d'autres limites que celles déjà prévues par l'article L. 314-12, les requérants ne peuvent utilement soutenir qu'il méconnaîtrait le principe de la liberté contractuelle* »⁴¹³.

188. L'analyse de ces décisions ne doit pas laisser de doutes quant au rapport entre le pouvoir réglementaire et la liberté contractuelle. La dérogation de la liberté contractuelle par le pouvoir réglementaire ne peut se faire que par une habilitation législative, et ce pouvoir n'est pas autorisé à dépasser les limites qui lui sont assignées par le législateur.

189. La pratique de la Haute Juridiction administrative montre que l'orientation précitée n'est pas toute à fait suivie. En effet, le juge administratif, et à plusieurs reprises, a autorisé la dérogation à la liberté contractuelle par le pouvoir réglementaire sans habilitation législative. L'exemple de cette pratique n'est pas récent. Dans un arrêt du 7 février 1986, le Conseil d'Etat va en effet autoriser ce mode d'action en justifiant sa décision par le fait que l'arrêté du ministre concerné n'a apporté au principe de la liberté contractuelle que les

⁴¹² L'article L. 314-12 dispose que : « Des conditions particulières d'exercice des professionnels de santé exerçant à titre libéral destinées notamment à assurer l'organisation, la coordination et l'évaluation des soins, l'information et la formation sont mises en œuvre dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (...) Un contrat portant sur ces conditions d'exercice est conclu entre le professionnel et l'établissement ».

⁴¹³ CE, 20 mars 2013, *Syndicat des médecins d'Aix et région*, req. n° 345885.

restrictions rendues nécessaires par l'application de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix⁴¹⁴. De même, le Conseil d'Etat va justifier des dérogations apportées à la liberté contractuelles des aéro-clubs par des motifs attachés à la nécessité d'assurer la sécurité aérienne : « *les restrictions apportées par le décret attaqué au libre exercice d'une activité professionnelle ainsi qu'à la liberté contractuelle, sont justifiées par la nécessité d'assurer la sécurité des vols organisés par les aéro-clubs* »⁴¹⁵. Le pouvoir réglementaire peut également, et sans habilitation, restreindre le « *libre exercice* »⁴¹⁶ de la liberté contractuelle afin d'assurer le bon fonctionnement d'un service public. La preuve en la matière est l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 octobre 2002⁴¹⁷. En l'espèce, les requérants contestaient la décision du 6 mars 2001 par laquelle le premier ministre avait refusé d'abroger le décret instituant le Conseil supérieur de la télématique, chargé notamment de formuler des recommandations sur les contrats types souscrits entre France Telecom et diverses sociétés spécialisées dans la télématique. Sur le moyen tiré de l'atteinte portée à la liberté contractuelle, le Conseil d'Etat a décidé que « *même en l'absence d'habilitation expresse* » le Gouvernement a pu légalement maintenir une réglementation encadrant « *les contrats de services télématiques ou des moyens télématiques* », afin d'assurer « *le bon fonctionnement du service public* »⁴¹⁸ de la télécommunication et de veiller « *à la protection de l'ordre public et de la jeunesse* ». Enfin, le Conseil d'Etat a, plus récemment, élargi la possibilité de déroger au principe de liberté contractuelle par l'autorité réglementaire si la dérogation a été justifiée par l'existence d'un intérêt général suffisant liée à un impératif d'ordre public⁴¹⁹. Le juge administratif indique nettement que les « *motifs d'intérêt général suffisants liés à un impératif d'ordre public justifient qu'il soit porté atteinte à la liberté contractuelle* ».

190. De telles décisions établissent une confusion la jurisprudence de la Haute Juridiction administrative et démontrent une faiblesse considérable de la protection de la liberté contractuelle accordée par le juge administratif. Car, d'un côté, le juge administratif interdit que le pouvoir réglementaire porte atteinte à la liberté contractuelle sans habilitation législative, mais d'un autre côté, il autorise ces dérogations si elles ont un bon motif. En tout état de cause, ce bouleversement, voire cette contradiction, dans la jurisprudence du Conseil

⁴¹⁴ CE, 7 février 1986, *Association FO Consommateurs et autres*, Lebon, P. 31.

⁴¹⁵ CE, 19 mars 2001, *Syndicat National des Industriels et Professionnels de l'aviation générale*, req. n° 202349 ; *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2001, P. 870.

⁴¹⁶ P.Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, précité, P. 49.

⁴¹⁷ CE, 2 octobre 2002, *SARL EVEN MEDIA Et La SARL COPPER COMMUNICATION*, req. n° 231228 ; *AJDA*, 2002, P. 1499.

⁴¹⁸ .Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, précité, P. 49.

⁴¹⁹ CE, 30 janvier 2012, *Gilbert A*, req. n° 342355.

d'Etat peut être justifié, à notre avis, par la finalité de ce dernier à trouver une sorte d'équilibre entre le respect de la liberté contractuelle et l'assurance de la sauvegarde de l'intérêt public qui doit être placé au-dessus des autres libertés individuelles.

b) La limitation du pouvoir du juge administratif en face du pouvoir réglementaire

191. Le contrôle de légalité que le juge administratif exerce n'est pas absolu. En principe, ce contrôle se porte, à notre avis, sur la vérification que le pouvoir réglementaire a obtenu une habilitation législative l'autorisant à prendre des mesures dérogeant au principe de liberté contractuelle, et que ce pouvoir n'a pas excédé cette autorisation en respectant l'interprétation stricte de ladite habilitation.

192. La limitation de l'aptitude du juge administratif s'étend, également, à sa compétence à contrôler la conformité d'un acte réglementaire à la Constitution. En effet, le juge administratif n'est pas compétent pour accueillir une requête demandant ce contrôle si une loi s'interpose entre les deux. Cette restriction résulte de la théorie classique très connue dite de « *l'écran législatif* » dont l'application peut conduire à « *l'immunité des habilitations législatives* »⁴²⁰ même si ces dernières confèrent au Gouvernement des pouvoirs qui sont par nature inconstitutionnels, relevant de la compétence du seul législateur⁴²¹. Dans le cadre de son examen d'un texte réglementaire portant atteinte au principe de la liberté contractuelle, le Conseil d'Etat⁴²² va refuser d'exercer son contrôle au motif que la nature de ses pouvoirs ne lui permette pas de vérifier la constitutionnalité d'une disposition législative sur laquelle le pouvoir réglementaire est intervenu. Plus précisément, « *le moyen tiré de ce qu'une disposition réglementaire est contraire à la Constitution ne peut être accueilli lorsque son examen tend nécessairement à faire apprécier par le juge administratif la conformité à la Constitution d'une disposition législative, sur laquelle se fonde le pouvoir réglementaire* »⁴²³. En conséquence, ce moyen n'est pas au nombre de ceux qui peuvent être utilement invoqués devant le juge administratif. Cette décision vient ainsi marquer un autre aspect de la limite et de la faiblesse du contrôle de la juridiction administrative envers les atteintes potentielles au principe de la liberté contractuelle.

193. Pareillement, le pouvoir de contrôle du juge administratif sur les actes réglementaires est restreint dans le cas où le pouvoir réglementaire a pu avoir une habilitation

⁴²⁰ B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, LGDJ, 1998. P. 378.

⁴²¹ M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 245.

⁴²² CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, req. n° 34027, Lebon, P 33.

⁴²³ Formulation implicite.

législative constante. Une telle habilitation signifie que ledit pouvoir est autorisé à prendre toutes les mesures nécessaires afin d'édicter et de mettre en œuvre une réglementation dans un domaine donné. L'exemple que nous retenons est celui de la réglementation des contrats des marchés publics.

194. Les contrats des marchés publics constituent, pratiquement, la catégorie principale des contrats conclus pour satisfaire les besoins des personnes publiques. Ces contrats sont jusqu'à ce jour régis par le pouvoir réglementaire de l'Etat. Cette pratique est, selon les défenseurs de la liberté contractuelle des personnes publiques, contraire à l'article 34 de la Constitution qui exige que seul le législateur soit compétent pour intervenir, notamment en matière contractuelle⁴²⁴. En effet, le Gouvernement peut directement, par voie réglementaire, fixer les règles relatives aux marchés publics applicables à toutes les personnes publiques au motif que le pouvoir réglementaire dispose d'une habilitation législative ancienne mais toujours valable, sous l'empire des dispositions de la Constitution du 4 octobre 1958 relatives aux domaines respectifs de la loi et du règlement⁴²⁵. Les textes législatifs qui attribuent cette habilitation sont la loi du 5 octobre 1938 relative au redressement économique et financier du pays – sur laquelle un décret-loi du 12 novembre 1938⁴²⁶ a prévu l'extension par le Gouvernement des dispositions relatives aux marchés de l'Etat, aux marchés des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publique⁴²⁷ –, ainsi que la loi n° 57-908 du 7 août 1957⁴²⁸ relative à l'urbanisme et à la construction qui a validé cette compétence gouvernementale précisément pour les marchés publics de travaux de ces collectivités et établissements publics locaux⁴²⁹.

195. Sur le fondement de cette habilitation législative, le Conseil d'Etat a maintes fois refusé de censurer une disposition réglementaire fixant les règles en matière de marchés

⁴²⁴ M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 246 ; F. ROLIN, « La liberté contractuelle des personnes publiques », *Revue des contrats*, 2004, P. 426.

⁴²⁵ E. DELACOUR, « Les évolutions des fondements du droit des contrats des collectivités territoriales depuis la décentralisation de 1982 ». *Contrats et marchés publ.* n° 5, mai 2007, étude n° 5.

⁴²⁶ JORF, du 13 novembre 1938, P. 12881.

⁴²⁷ L'article 1^{er} du ce décret-loi dispose que : « Les dispositions des textes législatifs et réglementaires, relatives à la passation et l'exécution des marchés de l'Etat, peuvent être étendues, par règlements d'administration publique, contresignés par les ministres intéressés et le ministre des finances et, sous réserve des ajustements nécessaires, aux départements, aux communes et aux établissements publics relevant de l'Etat, des départements et des communes ».

⁴²⁸ Loi n° 57-908 du 7 août 1957 tendant à favoriser la construction de logements et les équipements collectifs, JORF du 10 août 1957, P. 7906.

⁴²⁹ L'article 21 de cette loi dispose que : « La réglementation des marchés de travaux de l'Etat, des collectivités et établissements publics relève en permanence du pouvoir réglementaire et fait l'objet de décrets en Conseil d'Etat ».

publics, comme le confirme l'arrêt *Ordre des architectes*⁴³⁰. La Haute Juridiction administrative a – après avoir rappelé la compétence attribuée, par les textes législatifs précités, au pouvoir réglementaire pour mettre les règles applicables aux marchés de l'Etat et des collectivités territoriales – jugé que : « *les prescriptions de l'article 34 de la constitution n'ont pas eu pour effet de transférer au législateur la compétence attribuée au gouvernement par les textes susvisés qui sont de nature législative* ». Ainsi, le fait que des textes législatifs antérieurs à la Constitution de 1958 aient pour effet d'étendre la compétence du pouvoir réglementaire dans un domaine que la Constitution réserve à la loi, n'est pas de nature à faire obstacle à leur maintien⁴³¹. Cette solution sera réitérée dans l'arrêt *Société SCREG Ile-de-France*⁴³². Le Conseil d'Etat a rejeté la requête formulée contre des dispositions du Code des marchés publics au motif que : « *lesdites dispositions sont prises sur le fondement d'une disposition législative, ainsi, elles ne peuvent être critiquées sur le fondement de l'article 34 de la Constitution. Il en résulte que l'exception d'illégalité soulevée par la société requérante n'est pas fondée* ». Une autre décision confirme la limitation du pouvoir du juge administratif à l'encontre des restrictions potentielles que le pouvoir réglementaire peut apporter à la liberté contractuelle des personnes publiques en matière de marchés publics. Cette orientation de la jurisprudence administrative a été répétée également à deux reprises : la première fois en 2003 concernant le Décret du 7 mars 2001⁴³³ portant première réforme du Code des marchés publics⁴³⁴ ; la seconde en 2005, à l'égard du Décret du 7 janvier 2004⁴³⁵ portant deuxième réforme du Code des marchés publics⁴³⁶.

196. Finalement, il convient de signaler qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'exige que les règles de passation des marchés passées par l'Etat soient définies par le législateur. Il s'agit de la position du juge administratif envers les recours formulés contre la compétence de l'Etat en matière de marchés publics⁴³⁷. En l'espèce, le requérant avait contesté que le Code des marchés publics aurait dû résulter d'une disposition de rang législatif et non d'un simple texte réglementaire. Le Conseil d'Etat va ainsi rejeter cette requête en

⁴³⁰ CE., Ass., 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, req. n° 12851, Lebon. P. 198 ; *AJDA*, 1981, P. 429, note Bruno Genevois.

⁴³¹ B. GENEVOIS, note sous CE, Ass., 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, *AJDA*, 1981, P. 431.

⁴³² CE., S., 16 octobre 1995, *Société SCREG Ile-de-France*, req. n° 129236.

⁴³³ Décret n° 2001-210, 7 mars 2001 portant Code des marchés publics, JORF du 8 mars 2001, P. 37003.

⁴³⁴ CE, 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux (UNSPIC)*, req. n° 233372, Lebon. P.107 ; Recueil Dalloz 2003 P. 851 ; *AJDA* 2003, p. 722, chron. F. Donnat et D. Casas.

⁴³⁵ Décret n° 2004-15, 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics, JORF du 8 janvier 2004, P. 73003.

⁴³⁶ CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP)*, req. n° 264712, 265248, 265281, 265343 ; *RFDA* 2005, P. 483, concl. Didier Casas.

⁴³⁷ CE, Ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, req. n° 238039 ; *RFDA* 2003, P. 619 ; *Revue de droit immobilier* 2003, P. 269, chron. Michel Degoffe et Jean-David Dreyfus.

justifiant son avis au motif que « *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'Etat soient définies par la loi* ». Ainsi, selon M. Stirn, la reconnaissance d'un si large domaine d'intervention du pouvoir réglementaire à l'égard des marchés publics, est « *en décalage avec l'évolution générale de la ligne de partage entre la loi et le règlement* »⁴³⁸. Toutefois, cette décision, qui s'est inspirée de la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-460 DC⁴³⁹, ne peut être interprétée que dans le cadre d'une limitation du contrôle juridictionnel aux atteintes apportées à la liberté contractuelle des personnes de droit public par le pouvoir réglementaire.

B) La dérogation par la voie législative

197. La limitation du contrôle du juge administratif des dérogations au principe de la liberté contractuelle n'est pas seulement reconnue en faveur du pouvoir réglementaire. Celle-ci peut également résulter d'un texte législatif apportant au principe de la liberté contractuelle des restrictions directes empêchant le juge administratif d'assurer à ce principe la protection attendue. En revanche, le législateur peut attribuer au juge administratif des compétences afin d'assurer le respect de la liberté contractuelle sans que ce dernier procède à la prise des mesures nécessaires pour garantir cette liberté.

Des exemples illustrant ces deux aspects sont le référé-précontractuel et contractuel, ainsi que le référé-liberté.

a) Le référé – précontractuel et contractuel

198. S'agissant du contentieux des contrats et des marchés conclus par les personnes publiques, le législateur va reconnaître deux types de recours particuliers. Le premier est le référé – précontractuel et le second est le référé – contractuel. Ces modes des recours constituent une dérogation grave à la liberté contractuelle car ils confèrent au tiers le pouvoir de contester la procédure de passation du contrat, voire des clauses dans des contrats auxquels il n'est pas partie.

199. Concernant le référé – précontractuel, l'article L. 551-1 du Code de justice administrative dispose que « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats*

⁴³⁸ B. STIRN, « La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? », *AJDA* 1998, P. 673.

⁴³⁹ C.C., Déc., n° 2002-460 DC, du 22 août 2002, Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, Rec., P. 198.

administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public ». Ce texte législatif autorise donc au tiers lésé, n'ayant pu accéder à la mise en concurrence⁴⁴⁰, de contester l'irrégularité de la procédure de passation à condition que le recours soit formulé avant la conclusion du contrat. Après la signature du contrat, chaque demande présentée au juge du référé précontractuel est en effet irrecevable⁴⁴¹.

200. Le pouvoir du juge administratif dans ce domaine pourrait également apporter des atteintes à la liberté contractuelle des pouvoirs adjudicateurs. En effet, le juge administratif peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages⁴⁴². En conséquence, le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle⁴⁴³. Mais, la dérogation à la liberté contractuelle des personnes publiques par la voie du référé peut également survenir même après la conclusion du contrat par un autre moyen, ce qui menace la relativité des relations contractuelles et montre en même temps la particularité des contrats conclus par des personnes publiques. En effet, le législateur a édicté une nouvelle voie de recours, le référé – contractuel, qui permet à un tiers au contrat d'attaquer ce dernier en urgence et de solliciter du juge administratif diverses sanctions dont celle d'imposer une pénalité financière⁴⁴⁴. L'article L.551-13 du Code de justice administratif dispose ainsi que : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section* ». Selon la législation, les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis

⁴⁴⁰ J-M. PEYRICAL, « L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions », *AJDA*, 2009, P. 972.

⁴⁴¹ CE, 17 janvier 1996, *SA Atelier Mériguët-Carrère*, req. n° 151357, Lebon. 5 ; CE, sect., 3 novembre 1995, *CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, req. n° 157304, Lebon 394, concl. Chantepy ; *RFDA*, 1995, P. 1077, concl. Chantepy ; *CJEG* 1996, P. 67, concl. Chantepy.

⁴⁴² L'article L. 551-2 CJA.

⁴⁴³ L'article L. 551-4 CJA.

⁴⁴⁴ J-M. PEYRICAL, « L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions », précité, P. 972.

ces contrats, ainsi que le représentant de l'État dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local⁴⁴⁵. De ce fait, ne sont pas recevables à agir par la voie du référé contractuel⁴⁴⁶ les candidats qui ont engagé un référé précontractuel, - sauf si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté l'obligation de suspendre la signature du contrat prévue aux arts. L. 551-4 ou L. 551-9 CJA ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé-, ainsi que les candidats qui n'ont pas engagé de référé précontractuel mais qui n'en ont pas été empêchés⁴⁴⁷.

201. Saisi d'un tel recours, le juge administratif dispose de pouvoirs discrétionnaires considérables lui permettant de restreindre la liberté contractuelle des personnes publiques concernées, voire de la supprimer. En effet, le juge administratif peut suspendre l'exécution du contrat, pour la durée de l'instance, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages⁴⁴⁸. Il peut également sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général⁴⁴⁹. Ainsi, dans ce cas, c'est l'utilisation de ces pouvoirs du juge administratif qui pourrait constituer une restriction de la liberté contractuelle des personnes publiques.

b) Le référé – liberté

202. Avec l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives⁴⁵⁰, plusieurs recours ont pu être présentés devant le juge des référés afin de déclarer l'illégalité des actes réglementaires portant atteinte à la liberté contractuelle qui constitue une des libertés fondamentales garanties par ladite loi⁴⁵¹. L'article L. 521-2 du Code de justice administrative reconnaît désormais au juge, en cas d'urgence, la possibilité de prendre toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté

⁴⁴⁵ L'article L. 551-14 CJA.

⁴⁴⁶ CE, 19 janvier 2011, *Grand Port maritime du Havre*, req. n° 343435.

⁴⁴⁷ C'est le cas lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a bien communiqué la décision d'attribution aux candidats non retenus et a observé, avant de signer le contrat, un délai de onze jours après cette communication et, s'agissant des contrats non soumis à publicité préalable et des contrats non soumis à l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a rendu publique son intention de conclure le contrat et a observé, avant de le signer, ce même délai. Voir aussi l'article 551-15 CJA.

⁴⁴⁸ L'article L. 551-17 CJA.

⁴⁴⁹ L'article L. 551-19 CJA.

⁴⁵⁰ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, relative au référé devant les juridictions administratives, JORF, n° 151 du 1 juillet 2000 P. 9948.

⁴⁵¹ Voir, CE, réf., 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, req. n° 239840.

fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale⁴⁵². Pour certains auteurs, les libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 ne pouvaient être que les droits et libertés issus de la Constitution⁴⁵³, tandis que d'autres considèrent que le juge des référés dispose d'une autonomie quant à la reconnaissance de ces libertés⁴⁵⁴. Une troisième catégorie d'auteurs pense qu'il existe un fonds commun entre les deux catégories précitées et que nombre des droits et libertés figurant dans le texte constitutionnel seraient vraisemblablement amenés à être qualifiés de libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2⁴⁵⁵.

203. En tant que juge des référés, le Conseil d'Etat va se prononcer sur des requêtes constituées sur le fondement de cet article à l'encontre des atteintes apportées à la liberté contractuelle des requérants. C'est le cas de son arrêt du 8 août 2002⁴⁵⁶. En l'espèce, le requérant avait demandé au Conseil d'Etat la suspension de la délibération du conseil municipal de Pau du 30 mai 2002 au motif que ladite délibération portait atteinte à sa liberté contractuelle qui est au nombre des libertés fondamentales visées par l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Toutefois, le juge administratif va rejeter cette demande car cette délibération « *n'a pu porter d'atteinte grave à la liberté de contracter* ». De même, dans son arrêt du 22 mai 2003⁴⁵⁷, la Haute Juridiction administrative a rejeté un recours établi sur le même moyen en justifiant son jugement par le fait que « *le dossier ne permet pas, tel qu'il se présente devant le juge des référés du Conseil d'Etat, de retenir une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale qui créerait une situation d'urgence de nature à justifier l'usage des pouvoirs que le juge des référés tient de l'article L. 521-2 du code de justice administrative* ». Cette solution jurisprudentielle se renouvèlera à plusieurs reprises pour des recours formulés sur le même fondement, comme c'est le cas des arrêts du

⁴⁵² L'article L. 521-2 CJA dispose que : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

⁴⁵³ L. FAVOREU, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.* 2001, Chron. P. 1739.

⁴⁵⁴ G. BACHELIER, « Le référé-liberté », *RFDA*, 2002, P. 261.

⁴⁵⁵ N. JACQUINOT, « La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ? », *AJDA*, 2003, P. 658.

⁴⁵⁶ CE, 8 août 2002, *M. Herminio*, req. n° 249409.

⁴⁵⁷ CE, 22 mai 2003, *LA COMMUNE DE THEOULE-SUR-MER*, req. n° 256848.

1^{er} juillet 2004⁴⁵⁸, du 13 décembre 2004⁴⁵⁹, du 16 février 2005⁴⁶⁰, du 5 août 2005⁴⁶¹, du 28 juin 2007⁴⁶², du 14 avril 2008⁴⁶³, du 5 mars 2010⁴⁶⁴, du 26 mai 2010⁴⁶⁵ et du 27 juillet 2012⁴⁶⁶.

204. Une analyse approfondie de l'ensemble de ces décisions montre nettement que la protection du juge des référés à l'égard de la liberté contractuelle ne peut pas être qualifiée de « sérieuse ». En effet, dans notre recherche concentrée sur le fondement de l'article L. 521-2 du CJA nous n'avons pas pu trouver, pour des raisons d'urgence, des arrêts par lesquels le juge administratif a accepté des recours contestant les atteintes portées à la liberté contractuelle. Au contraire, toutes les décisions susmentionnées ont rejeté les requêtes formulées au motif que les atteintes contestées n'étaient pas graves, ou que la saisine ne comportait pas la condition d'urgence exigée.

205. Finalement, signalons que la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008⁴⁶⁷ a créé une nouvelle voie de recours permettant de contrôler des textes législatifs à la lumière de la Constitution en raison de leur contrariété aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Ainsi, selon l'article 61-1 de la Constitution, « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ».

206. Sur le fondement de cet article constitutionnel plusieurs saisines ont été présentées devant le Conseil d'Etat afin de contester la légitimité des dispositions législatives portant atteinte à la liberté contractuelle qui a valeur d'une liberté garantie constitutionnellement. Ces saisines contiennent des questions prioritaires de constitutionnalité. Après avoir répondu positivement à l'une des premières demandes de

⁴⁵⁸ CE, 1^{er} juillet 2004, *Société Section Syndicale des Collecteurs Carcassiers du Syndicat les Professionnels du pneu*, req. n° 269268.

⁴⁵⁹ CE, 13 décembre 2004, *M. André F et autres*, req. n° 274622.

⁴⁶⁰ CE, 16 février 2005, *S.A.R.L MEDIATION ET ARGUMENTS*, req. n° 277584.

⁴⁶¹ CE, 5 août 2005, *CONFEDERATION GENERALE DU TRAVAIL*, req. n° 283472.

⁴⁶² CE, 28 juin 2007, *Société Découverte de la Baie du Mont Saint-Michel et autres*, req. n° 306954.

⁴⁶³ CE, 14 avril 2008, *M. Jasenko*, req. n° 314157.

⁴⁶⁴ CE, 5 mars 2010, *M. Pascal A*, req. n° 335764.

⁴⁶⁵ CE, 26 mai 2010, *Société SARL BRIC'OLERON*, req. n° 338595.

⁴⁶⁶ CE, 27 juillet 2012, *Association Union des agents sportifs du football*, req. n° 361328.

⁴⁶⁷ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF, n° 0171 du 24 juillet 2008, P. 11890.

renvoi⁴⁶⁸, le Conseil d'Etat va refuser ce renvoi pour la majorité des autres demandes. Il justifie son jugement par le fait que la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas nouvelle et ne présente pas un caractère sérieux⁴⁶⁹, ou que les dispositions contestées ne portent pas atteinte à la liberté contractuelle⁴⁷⁰ et ne la méconnaissent pas⁴⁷¹.

207. Sans ignorer l'importance qu'apporte cet instrument afin de protéger les droits et libertés constitutionnels en général, et la liberté contractuelle en particulier, dans l'état actuel de la jurisprudence administrative du Conseil d'Etat il est très difficile de reconnaître l'efficacité de ce moyen. Car, même si la Haute Juridiction administrative a permis d'envoyer au Conseil constitutionnel des textes législatifs portant atteinte à la liberté contractuelle, ce renvoi reste cependant limité aux demandes formulées sur la base de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁴⁷² ce qui écarte de cette protection la liberté contractuelle des personnes publiques⁴⁷³.

⁴⁶⁸ CE, 15 avril 2011, *Société Electricité de France*, req. n° 346459.

⁴⁶⁹ CE, 29 octobre 2010, *Société METROPOLE TELEVISION M6*, req. n° 334914 ; CE, 12 septembre 2011, *M. et Mme A*, req. n° 347444 ; CE, 29 octobre 2012, *Association Union des agents sportifs du football et autres*, req. n° 361327.

⁴⁷⁰ CE, 20 mai 2011, *Conseil National de l'Ordre des Médecins*, req. n° 347098 ; CE, 25 juin 2012, *FEDERATION NATIONALE INDEPENDANTE DES MUTUELLES*, req. n° 355844 ; CE, 19 septembre 2012, *Confédération Générale du Travail - Force Ouvrière et autres*, req. n° 357814.

⁴⁷¹ CE, 30 mai 2012, *SIVOM DE VILLEFRANCHE-SUR-MER et la COMMUNE DE SAINT-JEAN-CAP-FERRAT*, req. n° 354951.

⁴⁷² Voir, CE, 7 novembre 2014, *Association pour la recherche sur le diabète*, req. n° 383872.

⁴⁷³ Voir dans le même sens CE, 17 juillet 2013, *Commune de Tairapu-Est*, req. n° 368780 ; CE, 17 juillet 2013, *Commune d'Aubagne*, req. n° 368943.

Chapitre II

Le désaveu du principe de l'autonomie de la volonté des personnes publiques

208. Après avoir constaté l'ambiguïté de l'attitude de la juridiction, tant constitutionnelle qu'administrative, à l'égard de la liberté contractuelle des personnes publiques, une interrogation se pose autour des raisons de cette position.

La réponse à cette question n'est pas évidente, car plusieurs aspects s'enchevêtrent pour justifier cette équivoque. L'un de ces aspects est attaché au principe de l'autonomie de la volonté. En effet, la liberté contractuelle constitue la conséquence directe et fondamentale du principe de l'autonomie de la volonté. Ainsi, l'existence de la liberté contractuelle des personnes publiques est le résultat de la reconnaissance à ces dernières de la possibilité d'avoir une volonté autonome. Cela nous incite à étudier le rapport probable entre l'autonomie de la volonté et le droit administratif.

209. Les recherches sur la place potentielle de la volonté, et plus précisément de l'autonomie de la volonté, dans le cadre du droit administratif ne sont pas récentes. Celles-ci apparaissent dans les œuvres doctrinales à partir de la fin du 19^e siècle et le début du 20^e siècle notamment dans les travaux de Léon Duguit, Carré de Malberg et Maurice Hauriou. Le débat portait autour de la nature de la personnalité juridique que la personne publique peut avoir, ainsi que, les libertés et les droits dérivés de cette personnalité, et cela en raison de l'accroissement de l'intervention économique de l'Etat. En pratique, l'analyse de l'ensemble de ces attitudes montre clairement un paradoxe fort dans la vision doctrinale du rôle de l'autonomie de la volonté dans le monde du droit administratif. Toutefois, malgré les tentatives de consécration de ce principe, l'autonomie de la volonté ne peut pas être reconnue en faveur des personnes publiques : en premier lieu, la spécificité des personnes publiques ne permet pas de reconnaître un droit ou une liberté identique à celle reconnue en droit privé au profit de ces entités ; en second lieu, cette même spécificité empêche de garantir les effets directs de l'autonomie de la volonté tels que l'effet obligatoire et le consensualisme. Ainsi, le pouvoir contractuel qui donne à la personne publique une marge d'appréciation n'est pas le résultat d'une volonté autonome mais il est le produit de ce que la doctrine appelle le pouvoir discrétionnaire (Section II). Ce constat révèle la difficulté de reconnaître d'un rôle de la

volonté, et plus précisément de l'autonomie de la volonté, dans la sphère du droit administratif (Section I).

Section I

L'incompatibilité du principe de l'autonomie de la volonté avec le droit administratif

210. Selon les termes du dictionnaire de Vocabulaire juridique, l'autonomie de la volonté est la « *théorie fondamentale selon laquelle la volonté de l'homme (face à celle du législateur) est apte à se donner sa propre loi, d'où positivement pour l'individu la liberté de contracter ou de ne pas contracter (liberté contractuelle), celle de déterminer par accord le contenu du contrat dans les limites laissées par l'ordre public et les bonnes mœurs, celle d'exprimer sa volonté sous une forme quelconque (consensualisme), et d'où plus généralement l'affirmation que la volonté des parties est la source de l'obligation contractée et celle de l'interprétation du contrat* »⁴⁷⁴. Cette définition a été déduite des articles 1123 et 6 du Code civil. Aux termes de l'article 1123 : « *toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* ». L'article 6 impose quant à lui des limites au recours au contrat : « *on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

Ce principe privatiste, qui n'a pas de valeur constitutionnelle⁴⁷⁵, dirige-t-il aussi les relations contractuelles nouées dans la sphère du droit administratif ? En d'autres termes, existe-t-il en droit administratif français un principe d'autonomie de la volonté qui reçoit la valeur de principe normatif ?

211. Les recherches à ce sujet montrent que malgré les tentatives de consécration de ce principe, la majorité de la doctrine administrative considère que l'autonomie de la volonté n'est pas compatible avec le droit administratif (Sous-section I) et que, en dépit du

⁴⁷⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 1996, 5^e édition, P. 84.

⁴⁷⁵ C.C., Déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Loi créant les plans d'épargne retraite, considérant n° 48 : « il ne résulte ni de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ni d'aucune autre norme de valeur constitutionnelle un principe constitutionnel dit de l' " autonomie de la volonté " ». Rec. P.31.

développement du droit administratif ce postulat n'a pas évolué dans la doctrine la plus récente (Sous-section II).

Sous-section I

Les tentatives de consécration du principe

212. La relation liant la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté est très forte, car la reconnaissance de cette dernière implique logiquement l'existence de la première⁴⁷⁶. La force de cette corrélation entre les deux notions se révèle notamment par l'utilisation synonymique fréquente de l'une ou de l'autre⁴⁷⁷. Ainsi, dans le cadre du droit administratif, la reconnaissance de la domination de l'autonomie de la volonté sur les relations contractuelles conduit à reconnaître la liberté contractuelle au profit des personnes publiques.

213. Historiquement, si la doctrine de l'autonomie de la volonté a connu une fortune durant les 18^e et 19^e siècles comme une théorie de philosophie volontariste et juridique⁴⁷⁸, il a été estimé que le droit administratif, érigé sur la théorie du service public et de la puissance publique, avait méconnu toute référence à cette philosophie⁴⁷⁹.

En vérité, les premières références à l'autonomie de la volonté dans les œuvres du droit public sont apparues afin d'expliquer certaines réalités du droit administratif classique. Il est suffisant de lire les travaux réalisés par les trois grands auteurs, qui symbolisent cette période, pour constater à quel point elle est présente dans leurs constructions théoriques. Aussi bien L. Duguit, R. Carré de Malberg que M. Hauriou se sont référés à l'expression et s'en sont servis pour expliquer le droit public⁴⁸⁰.

A) L'autonomie de la volonté dans la pensée de Léon Duguit

214. L'analyse des œuvres de Léon Duguit montre nettement que sa réflexion sur l'autonomie de la volonté des personnes publiques porte une vision négative de cette autonomie. Pourtant, certains auteurs pensent que son analyse ne se laisse pas appréhender de

⁴⁷⁶ P. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, T.1, Les sources, éd. Sirey, Paris, 2^e éd., 1988, P. 69.

⁴⁷⁷ N. CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, LGDJ, 1988, P. 235.

^{478 478} M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 39.

⁴⁷⁹ S. SAUNIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », *RFDA*, 2007, P. 611.

⁴⁸⁰ Ibid.

façon aussi simple qu'elle a été parfois résumée⁴⁸¹. C'est le cas de Monsieur Pisier-Kouchner qui souligne qu'« *on peut se demander en effet dans quelle mesure Duguit s'écarte de la doctrine traditionnelle et quelle portée réelle il faut accorder à sa dénonciation du principe métaphysique de l'autonomie de la volonté* »⁴⁸². Malgré ces doutes, il est indiscutable que les études et les observations de Duguit soient critique, à l'égard des fondements du droit privé et du droit public de l'époque et affrontent les conceptions subjectivistes qui opposent la souveraineté de l'Etat et l'autonomie de la volonté individuelle⁴⁸³. En effet, la théorie de la souveraineté s'opposait à ce qu'il soit reconnu à l'Etat une volonté autonome, équivalente à celle des particuliers et susceptibles de le lier par la voie d'un acte contractuel. Dès lors, en droit public, la reconnaissance d'une autonomie de la volonté aux personnes publiques impliquant la faculté de se lier s'opposait à la vision d'un Etat souverain, extérieur à la société civile⁴⁸⁴. Ainsi, dans sa critique dirigée contre la théorie allemande de l'auto-limitation de l'Etat et contre la reconnaissance de droits subjectifs aux personnes publiques, Léon Duguit affirme que : « *si l'Etat, pouvait-on-dire, est par définition une personne souveraine, il conserve ce caractère, cette personnalité, dans tous les actes qu'il accomplit, aussi bien dans les actes contractuels que dans les actes unilatéraux. Par conséquent, l'Etat ne peut pas être lié par un contrat, parce que, s'il était lié, sa personnalité se trouverait subordonnée à une autre ; dès lors, elle cesserait d'être souveraine, puisque le propre de la volonté souveraine, c'est de n'être subordonnée à aucune autre volonté* »⁴⁸⁵. Il ajoute que : « *en niant la personnalité et la souveraineté de l'Etat, nous comprenons facilement et nous expliquons logiquement le caractère obligatoire des contrats de l'Etat* »⁴⁸⁶. Dans ce passage on conçoit que, plus que la souveraineté de l'Etat, c'est l'idée même d'attribution de droits subjectifs aux personnes publiques qui est remise en cause⁴⁸⁷. Selon Duguit, « *pour qu'il y ait un droit public, il faut qu'il ait des droits subjectifs publics, et, pour cela, il faut qu'il y ait des sujets de droit ; l'Etat a des droits subjectifs, donc il est un sujet de droit, une personne. Il faudrait commencer par prouver que ce que l'on appelle l'Etat a des droits subjectifs. La notion elle-même de droit subjectif est une notion à priori (...). (Les juristes contemporains) ne voient dans le droit que le rapport de deux sujets de droit, de deux personnes. Il faut donc créer ces*

⁴⁸¹ Ibid. P. 612.

⁴⁸² E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, LGDJ, 1972, P. 59.

⁴⁸³ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, A. Colin, Paris 1913, réédité par La mémoire du droit, Paris 1999, P. 27.

⁴⁸⁴ S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », in. *Mélange en l'honneur du Professeur Michel GUIBAL*, CREAM, 2006, t.1, P. 47.

⁴⁸⁵ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, op. cit., P. 161.

⁴⁸⁶ L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, réédité par Dalloz, 2003, P. 383.

⁴⁸⁷ S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », op. cit., P.48.

sujets de droit, quand dans le fait ils n'existent pas ; et on imagine la personnalité de l'Etat. Mais il eût fallu se demander au préalable ce qu'il y avait de réalité dans ces prétendus droits subjectifs, si ce monde des droits subjectifs n'était pas un monde artificiel et vain »⁴⁸⁸. En conséquence, pour que l'Etat puisse contracter, il ne doit pas être souverain mais s'il l'est, il ne peut pas contracter⁴⁸⁹.

215. Par ailleurs, et à propos de la volonté individuelle, Duguit estime que cette dernière ne peut créer que des situations juridiques subjectives conformément au droit et doit contribuer au but de solidarité sociale⁴⁹⁰, plus précisément elle n'est que la condition de l'application d'une règle objective⁴⁹¹. Selon l'auteur, le pouvoir des volontés individuelles n'est qu'un pouvoir juridique objectif, l'individu dispose bien d'un « *pouvoir de vouloir* », sans qu'il y ait de différence entre le gouvernant et le gouverné, mais « *un pouvoir de vouloir effectivement un résultat conforme à la règle de droit* »⁴⁹². Ainsi, l'autonomie de la volonté est envisagée pour exprimer que « *toutes les volontés individuelles sont autonomes ; aucune d'elles n'est supérieure aux autres, quels que soient l'individu ou les individus qui la formulent* ». Cette explication de la notion d'autonomie de la volonté permet à L. Duguit de rejeter l'idée de droit subjectif de la puissance publique, auquel il oppose un « *pouvoir juridique objectif des volontés, le même pour toutes les volontés* »⁴⁹³. Cela signifie que la volonté individuelle d'un particulier ou d'un gouvernant possède la même nature⁴⁹⁴. Duguit remplace donc une conception de la notion ordonnée autour du « *pouvoir métaphysique de la volonté individuelle* »⁴⁹⁵ par une théorie de l'autonomie de la volonté assimilée à la compétence⁴⁹⁶.

216. Finalement, cette attitude de Duguit à l'égard de l'autonomie de la volonté institutionnalise une perspective qui sera reprise par E. Gounot⁴⁹⁷, G. Jèze⁴⁹⁸, puis développée par H. Kelsen, combinée alors avec l'idée de délégation⁴⁹⁹. Elle est d'ailleurs souvent reprise

⁴⁸⁸ L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, précité, P. 383.

⁴⁸⁹ S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », précité, P.48.

⁴⁹⁰ L. DUGUIT, *Etudes de droit public*, A. Fontemoing, Paris, 1901, t.1, P. 139 et s, P. 161.

⁴⁹¹ Ibid. P. 196 et s.

⁴⁹² Ibid. P. 144.

⁴⁹³ Ibid. P. 267 et 272.

⁴⁹⁴ S. SANUIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », précité, P. 612.

⁴⁹⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1., éd. E. de Brocard, Paris, 3^e éd., 1927, P. 203.

⁴⁹⁶ Ibid. §35, P. 355-361.

⁴⁹⁷ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris, Rousseau, 1912, P. 341.

⁴⁹⁸ G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Dalloz, 2005, t. 1, P. 7.

⁴⁹⁹ H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, APD, 1940. 32 et s.

par la théorie privatiste contemporaine⁵⁰⁰. Ainsi, il faut bien admettre que « *Duguit ne dénonce comme métaphysique que le principe de liberté de la volonté, non la volonté elle-même* »⁵⁰¹. L'analyse du doyen de Bordeaux constitue donc une des premières tentatives de définition de l'autonomie de la volonté durant la période dite classique du droit administratif⁵⁰².

B) La valeur souveraine de l'autonomie de la volonté selon Carré de Malberg

217. L'analyse menée par Carré de Malberg sur l'autonomie de la volonté a été l'objet de plusieurs critiques. C'est le cas de Monsieur Waline qui estime que Carré de Malberg a adopté une position de rejet strictement conforme à celle de Duguit⁵⁰³. Cependant, Carré de Malberg a proposé une conception particulière de l'autonomie de la volonté⁵⁰⁴ en abordant la question de l'unité de l'Etat. Selon lui, l'unité de l'Etat en tant qu'unité d'hommes découle de sa structure ou de son organisation, or seulement deux structures peuvent être utilisées pour expliquer cette unité : la société contractuelle et la corporation⁵⁰⁵. Ce dernier modèle se caractérise par un trait essentiel : « *l'autonomie et la supériorité de la volonté et puissance du groupe par rapport aux volontés et pouvoirs de ses membres composants* » qui se concrétise dans le fait que « *ce statut dépend exclusivement des organes du groupe, c'est-à-dire des personnages ou collègues qui possèdent juridiquement compétence pour le modifier* »⁵⁰⁶.

218. Une deuxième perspective de l'autonomie de la volonté en droit public est ainsi envisagée par Carré de Malberg dans laquelle l'« autonomie » est synonyme de supériorité et la « volonté » homologue de la puissance⁵⁰⁷. L'autonomie de la volonté s'apprécie comme une domination ; elle est, suivant en cela les théories de Jellinek, le trait caractéristique de la

⁵⁰⁰ Voir, A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, 1961 ; J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.*, 1990, chron. P. 148.

⁵⁰¹ E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, précité, P. 59.

⁵⁰² S. SAUNIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », précité, P. 612.

⁵⁰³ J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, le Contrat au début du XXI siècle*, LGDJ, 2001, P. 976.

⁵⁰⁴ S. SAUNIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », précité, P. 612-613.

⁵⁰⁵ R. CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, Paris, 1920. réédite, CNRS, Paris, 1962, t. 1, n° 11 et s., P. 31 et s.

⁵⁰⁶ Ibid. P. 33.

⁵⁰⁷ S. SAUNIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », précité, P. 613.

puissance de l'Etat⁵⁰⁸. En conséquence, seul l'Etat ou l'Etat membre d'un Etat fédéral possède cette qualité, mais ni la décentralisation administrative ni la déconcentration ne représentent une manifestation d'autonomie de la volonté⁵⁰⁹.

219. Du point de vue de Carré de Malberg, la notion d'autonomie de la volonté ne s'identifie que partiellement à la notion juridique de compétence⁵¹⁰. En effet, elle renvoie davantage à « *la compétence de la compétence, la capacité de se choisir librement ses tâches, le droit de se déterminer en vertu de sa propre volonté, la faculté d'auto-obligation et limitation* » ; et ce de façon originaire et non dérivée. En résumé, l'autonomie de la volonté est souveraineté⁵¹¹.

C) L'autonomie de la volonté dans l'esprit de Maurice Hauriou

220. Bien que la notion d'autonomie de la volonté ne se présente pas nettement dans les œuvres de M. Hauriou, certains juristes rattachent sa pensée aux théories négatrices de l'autonomie de la volonté⁵¹².

221. La comparaison de l'analyse du doyen de Toulouse, qui a développé une approche privatiste du droit administratif⁵¹³, avec celle du doyen de Bordeaux, révèle que c'est plutôt de façon accessoire qu'apparaît l'expression « *autonomie de la volonté* »⁵¹⁴. C'est sur le contenu même de la perspective adoptée que les deux professeurs s'éloignent. La

⁵⁰⁸ Sur la théorie de Jellinek, V. Contribution à la Théorie générale de l'Etat, op. cit. t. 1, n°56 et s., p. 155 et s : « la marque distinctive et la condition de l'Etat, c'est l'existence en lui d'une puissance originaire de domination (...). Cette puissance doit être fondée sur la volonté et la force propres de la collectivité à qui elle appartient » ; p. 158 ; « L'Etat se caractérise par la faculté qu'il a de régler par lui-même, c'est-à-dire par ses propres lois, sa propre organisation (...) », p. 159 ; « la puissance propre de domination étatique se manifeste par la capacité d'auto-organisation de l'Etat (...) le pouvoir de se donner à elle-même sa Constitution, c'est-à-dire de déterminer par sa propre volonté, soit les organes qui exerceront sa puissance, soit l'étendue et les conditions d'exercice de cette puissance » ; « une organisation autonome fondée sur une volonté autonome, telle est donc, d'après Jellinek, la première marque distinctive de l'Etat », p. 164. Sur l'appréciation que porte Carré de Malberg sur cette analyse, V. n° 61, p. 172 : « La théorie proposée par Jellinek touchant les signes distinctifs de l'Etat et de sa puissance peut être considérée comme celle qui se rapproche le plus de la vérité ».

⁵⁰⁹ R. CARRE DE MALBERG, Contribution à la Théorie générale de l'Etat, op. cit. t. 1, P. 169 et s., note n°15, P. 171. Sur la discussion quant à la détention par l'Etat membre d'une fédération de la compétence constituante, V. G. Héraud, « La conception du pouvoir constituant dans l'œuvre de Carré de Malberg », in. Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg, Dalloz, Paris, 1966, P. 85 et s.

⁵¹⁰ S. SAUNIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », précité, P. 613.

⁵¹¹ R. CARRE DE MALBERG, Contribution à la Théorie générale de l'Etat, op. cit. t. 1, n° 62, p. 174 et s.

⁵¹² G. Vedel, Essai sur la notion de cause en droit administratif français, Sirey, Paris, 1934, p. 190 ; J. Rivero, Les mesures d'ordre intérieur administratives, Sirey, Paris, 1934, P. 276 ; P. Py, Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux, LGDJ, 1976, P. 24 ; J.-D. Dreyfus, Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques, L'Harmattan, Paris, 1997, P. 146 ; J. Waline, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », op. cit. P. 976.

⁵¹³ L. Sfez, Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français, LGDJ, 1966, P. 194 et s.

⁵¹⁴ S. SAUNIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », précité, P. 613.

différence s'explique particulièrement par le rôle divergent que les deux auteurs attribuent aux éléments subjectifs et objectifs⁵¹⁵.

222. Dans ses œuvres, on peut constater qu'Hauriou avait utilisé les notions de volonté et d'autonomie d'une manière constante⁵¹⁶ cependant, l'auteur n'utilise que rarement l'expression même d'« *autonomie de la volonté* »⁵¹⁷. En 1903, et en collaboration avec Guillaume de Bezin dans un article intitulé « *la déclaration de volonté en droit administratif français* », Maurice Hauriou affirme que le droit administratif « *ne connaît que des actes, il ignore, sauf en des théories accessoires, les individus, c'est-à-dire les agents qui représentent l'administration, il ne se préoccupe point de leurs intentions subjectifs ; il a pour unique objet l'acte qu'ils ont accompli et qui constitue la déclaration de volonté de l'administration* »⁵¹⁸. Par là même, il reconnaît manifestement que l'administration a une volonté ; c'est au niveau des conditions d'exercice de celle-ci qu'il adopte une position restrictive⁵¹⁹. En effet, Hauriou évoque l'idée selon laquelle l'administration a une personnalité à double face⁵²⁰ ; tantôt de droit public, tantôt de droit privé. Dans sa dimension de droit privé, la personnalité implique la jouissance de tous les droits privés dont peut bénéficier une personne morale⁵²¹.

⁵¹⁵ A. de LAUBADERE, « Le doyen Maurice Hauriou et Léon Duguit », in *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, Pédone, Paris, 1969, p. 214 et s.

⁵¹⁶ L'autonomie est une notion constante de ses travaux appliquée principalement, non à la volonté, mais à la description de l'institution : V. *Les Principes de droit public*, Sirey, Paris, 2^e éd., 1916, P. 111 et s. : « Une institution corporative est une organisation sociale objective qui a réalisé en elle l'état de droit le plus haut, c'est-à-dire qui possède à la fois la souveraineté du pouvoir, l'organisation constitutionnelle du pouvoir avec statut, et l'autonomie juridique », puis P. 128 et s. ; V. ensuite *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., 1933, p. 40-42 sur les rapports entre l'autonomie et la personnalité juridique. Dans son article « La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat », RTDC, 1923, P. 342, il explique que la nécessité du concept de personne morale découle de ce qu'il « ...fournit le contenu de la règle juridique, puisque celle-ci n'est que pour régler les relations des hommes et que la substance de ces relations est conditionnée par la conviction qu'ont les individus d'être des personnes autonomes ».

⁵¹⁷ En étudiant les différents types de personnes juridiques, M. Hauriou considère toutefois que c'est « dans une série de volitions présentant certaines qualités d'autonomie » que le droit doit fixer la personnalité juridique individuelle, « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *Revue générale du droit*, 1898. 18. 22. La « volition autonome ou présumée telle » est le fondement de la personnalité individuelle. D'ailleurs, soucieux du respect des implications de la notion d'autonomie individuelle, le doyen de Toulouse élabore une théorie de la représentation entre les personnes juridiques individuelles qui intègre la possibilité de relations de pouvoirs, de fusions des volontés, non pas imposées mais consenties : M. Hauriou, « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *op. cit.* P. 23 ; Sur l'intérêt de cette approche de la théorie de la représentation, V. I. Poirot-Mazères, *La représentation en droit administratif français*, Thèse, Toulouse, 1989, P. 53. On sait par ailleurs que l'auteur était vigilant de montrer la réalité de la personnalité morale en conservant le postulat de la Willentheorie. V. en ce sens A. Paynot-Rouvillois, « Personnalité morale et volonté », *D.* 1999, n° 28, p. 22-23.

⁵¹⁸ M. HAURIOU, G. de BEZIN, « la déclaration de volonté dans le droit administratif français », RTDC, 1903, P. 546.

⁵¹⁹ J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan, 1997, P. 146.

⁵²⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd. 1933, réédité par Dalloz, 2002, P. 51.

⁵²¹ S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », précité, P.48.

223. Par ailleurs, l'analyse des travaux de Hauriou à propos de l'autonomie de la volonté sera marquée par deux dates notables, l'année 1911 et l'année 1928. Durant la première, le doyen de Toulouse s'opposera frontalement aux conceptions de Duguit sur la notion de l'autonomie de la volonté. Hauriou considère que « *c'est en restituant à la volonté individuelle de l'être et à sa puissance créatrice la place qui lui revient que nous allons pouvoir justifier la présomption de justice dont bénéficie tout acte juridique* »⁵²². Dans le même esprit, il critique « *cette construction juridique qui ne fait aucune place au sentiment subjectif du droit* ». Ainsi, l'autonomie de la volonté n'est pas rejetée mais intégrée et modérée⁵²³. Il ajoute que « *Cette présomption de conformité avec le sentiment subjectif du juste et de l'injuste n'existera elle-même que si l'acte se présente dans de certaines conditions, s'il apparaît comme étant la manifestation d'une volonté autonome, pondérée, équilibrée, compétente* » ; de plus, « *en généralisant, on peut dire que la vertu juridique des actes repose sur l'autonomie disciplinée de la volonté* »⁵²⁴. Pour lui, l'application de l'autonomie de la volonté à l'individu se définit comme un aspect de la capacité. En d'autres termes, la capacité de l'agent de l'administration se définit par deux conditions : l'autonomie et la discipline de la volonté⁵²⁵.

224. Puis, en 1928, Hauriou essaye de développer une conception de l'autonomie de la volonté transposée en droit public⁵²⁶. En effet, pour le doyen de Toulouse, la place, la nature et le rôle de l'autonomie de la volonté individuelle ne peut se comprendre qu'à l'aune des rapports qu'entretiennent le pouvoir, l'ordre et la liberté. Plus précisément, « *l'ordre, représenté par les institutions, par les mœurs, par la réglementation positive, joue le rôle d'une limite à la fois pour le pouvoir et pour les libertés* ». Il développe cependant qu'« *il ne faut pas confondre limitation avec subordination. Le droit positif n'admet point que le pouvoir et les libertés soient subordonnées à l'ordre : à l'intérieur des limites qui leur sont imposées, ils jouissent d'une certaine autonomie* »⁵²⁷.

225. La limitation de l'autonomie n'empêche pas qu'elle soit nécessaire, Hauriou souligne que « *si ce degré d'autonomie est relatif, en revanche, il est nécessaire* », et c'est

⁵²² M.HAURIU, « Les idées de M. Duguit », *Recueil de législation de Toulouse*, 1911, P. 27.

⁵²³ S. SAUNIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », précité, P. 614.

⁵²⁴ M.HAURIU, « Les idées de M. Duguit », *op.cit.*, P. 28 et 30.

⁵²⁵ Ibid. P. 28.

⁵²⁶ M. Hauriou, « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », *Revue de Métaphysique et Morale* 1928, réédité M. Hauriou, *Aux sources du droit, Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Textes et documents, Centre de philosophie politique et juridique, URA-CNRS, Université de Caen, 1990, p. 72 et s.

⁵²⁷ Ibid. P 72.

l'erreur des systèmes objectivistes que de l'avoir méconnu. Ensuite, il affirme qu'« *une autonomie relative de la volonté individuelle dans la création du Droit est nécessaire pour la marche des entreprises économiques que l'ordre individualiste met à la charge des individus* »⁵²⁸. L'autonomie de la volonté se manifeste par la prise d'initiatives juridiques et de responsabilités. Certainement, Hauriou constate que la volonté ne possède pas en tant que telle de force exécutoire, mais il affirme qu'elle domine encore la détermination du contenu des actes juridiques pour en conclure que « *la matière du Droit, en tant que consensuelle, est donc créée par la volonté individuelle ...* »⁵²⁹.

Ainsi, loin de rejeter totalement la notion d'autonomie de la volonté, Hauriou l'adapte à l'explication de l'autonomie du pouvoir et condamne les systèmes objectivistes en ce qu'« *ils ont exagéré le rôle de l'ordre ; ils ont réduit à rien l'autonomie du pouvoir et celle des libertés individuelles...* »⁵³⁰.

226. En conclusion, l'autonomie de la volonté a occupé une place considérable mais différente dans le système conceptuel de ces trois principaux auteurs du droit administratif classique. Elle a été utilisée comme un moyen de justifier des exigences du droit administratif de l'époque⁵³¹.

Sous-section II

La négation doctrinale de l'autonomie de la volonté des personnes publiques

227. Après avoir analysé la place de l'autonomie de la volonté dans la doctrine des grands juristes au début de 20^e siècle, il nous semble nécessaire de savoir si cette place a été réévaluée aux époques suivantes.

228. Dans le cadre de son article relatif à « *La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif* », Jean Waline s'interroge sur ce qu'il reste aujourd'hui du dogme de l'autonomie de la volonté. Il souligne à cet égard que « *ce principe apparaît de*

⁵²⁸ Ibid. P 73.

⁵²⁹ Ibid. P 74.

⁵³⁰ Ibid. P 77.

⁵³¹ S. SAUNIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », précité, P. 615.

moins en moins susceptible de synthétiser les solutions du droit positif et il devient de plus en plus audacieux d'affirmer que l'autonomie de la volonté implique toujours la liberté non seulement de s'engager mais aussi de choisir son co-contractant et de fixer librement le contenu du contrat »⁵³². De même, en résumant l'évolution du droit civil des contrats, MM. Ghestin et Goubeaux constatent une disparation progressive de ce principe en indiquant que : « *Le contrat reste un pilier de notre droit. Cependant le principe d'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle ont été très sérieusement remis en question par le développement considérable de l'ordre public économique et social. Les restrictions ont été particulièrement graves en périodes de crises, comme par exemple au cours des deux guerres mondiales. Elles ont subsisté sous l'influence conjuguée du dirigisme économique et des théories néo-libérales visant à garantir le jeu normal de la concurrence* »⁵³³.

229. Devant ce constat d'un recul du principe de l'autonomie de la volonté en droit civil, est-il possible et pertinent de reconnaître l'autonomie de la volonté au profit des personnes publiques ? La période qui suit les grands doyens précités montre une analyse durablement négatrice de l'autonomie de la volonté dans le droit administratif. Cette période a commencé dans les années 1930 et a duré jusqu'au début des années 1980, durant laquelle nombre de juristes ont défendu une position qui dénie à l'autonomie de la volonté toute fonction explicative en droit administratif⁵³⁴.

A) Les fondements de la théorie négatrice de l'autonomie de la volonté en droit administratif

230. La théorie négatrice de l'autonomie de la volonté en droit administratif a été esquissée par des juristes très connus au début des années 1930. De fait, parmi les juristes qui succèdent à Duguit, Carré de Malberg et Hauriou, trois théoriciens ont occupé une place importante par leur apport au débat sur la définition de l'autonomie de la volonté en droit administratif⁵³⁵. Il s'agit d'André Hauriou⁵³⁶, Georges Vedel⁵³⁷ et Jean Rivero⁵³⁸, qui ont

⁵³² J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », précité, P. 973 et 974.

⁵³³ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit Civil – Introduction générale*, LGDJ, 1994, 4^e éd., n° 164.

⁵³⁴ S. SAUNIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », précité, P. 615.

⁵³⁵ Ibid.

⁵³⁶ A. HAURIOU, « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », in. *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, Paris 1933, P. 233.

⁵³⁷ G. VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Thèse, Sirey, Paris, 1934 ; *Cours de droits administratifs*, 1953-1954, P. 672.

⁵³⁸ J. RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics, Thèse, Sirey, Paris, 1934.

posé les fondements de la conception contemporaine de la notion en se démarquant de la pensée de leurs maîtres dans la mesure où ces trois auteurs ont adopté, indirectement ou directement, une thèse négatrice de la notion.

a) Une approche négatrice développée par André Hauriou

231. En prolongeant les analyses de Maurice Hauriou, André Hauriou a développé une conception spécifique de l'autonomie de la volonté qui lui accorde un rôle au regard de l'Administration⁵³⁹.

Si le parallélisme des réflexions de ces deux auteurs se révèle par l'analyse de leur raisonnement⁵⁴⁰, il est cependant indiscutable que la pensée d'A. Hauriou comporte certaines divergences. Ainsi, si M. Hauriou présentait une conception globalisante de l'autonomie du pouvoir politique, A. Hauriou a pu développer une conception beaucoup plus étroite. En effet, l'auteur aborde la définition de la notion de l'autonomie de la volonté au regard de la question du pouvoir discrétionnaire : la réglementation n'est qu'une limite à l'autonomie des sujets de droits. Ainsi s'opposent l'autonomie des sujets de droit et la réglementation⁵⁴¹ selon A. Hauriou qui se réfère à la notion de pouvoir discrétionnaire pour tenter de définir l'autonomie de la volonté en droit public. Il souligne ainsi que : « *Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration apparaît donc, de ce point de vue, comme cette part de l'initiative et de l'indépendance juridiques de l'Administration, qui n'a pas été limitée par la loi et les règles de droit et comme le pendant, en droit public, du principe de l'autonomie de la volonté en droit privé et de la souveraineté des Etats sur le plan du droit international* »⁵⁴². De cette analyse on peut déduire que le pouvoir discrétionnaire, dont les personnes publiques disposent en droit public, est l'équivalent de l'autonomie de la volonté en droit privé. Il justifie l'autonomie des administrations publiques par leur qualité de « *chefs d'entreprises* » et les

⁵³⁹ S. SAUNIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », précité, P. 615.

⁵⁴⁰ V. la critique commune de la conception normativiste du pouvoir discrétionnaire en raison de son identification en tant qu' « épisode de relations que les règles de droit soutiendraient entre elles, alors qu'il est un épisode des relations qui s'établissent entre les règles juridiques et les sujets de droits », op. cit. p. 235, et spécialement le renvoi, note 3, à l'article de M. Hauriou, « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », op. cit. V. aussi, l'analyse commune des rapports entre la réglementation et l'autonomie : « A notre sens, les règles de droit, et c'est vrai surtout de la loi, ne se présentent pas comme des principes d'action, car l'initiative et l'activité juridiques appartiennent aux individus ; ce sont bien plutôt des bornes, des restrictions apportées à la liberté et à l'autonomie des sujets de droits », op. cit. p. 236.

⁵⁴¹ « On comprend que, dans la mesure où elles n'ont pas posé des bornes à l'indépendance des sujets, ou même à l'intérieur des cadres tracés par elles, ceux-ci conservent leur autonomie et leur liberté », « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », op. cit. p. 237.

⁵⁴² Ibid.

nécessités qui en découlent, à savoir « *l'auto-détermination* » et « *l'appréciation de l'opportunité* »⁵⁴³.

232. Néanmoins, la reconnaissance par A. Hauriou, d'un rôle à l'autonomie de la volonté administrative n'a pas empêché ce dernier de préciser les limites de cette « autonomie de la volonté » en soulignant que si « *les sujets de droits ont la possibilité de déterminer le caractère de l'entreprise ou des entreprises auxquelles ils se dévoueront et sont, en quelque sorte, leur propre fin juridique, en droit administratif, par contre, l'Administration, dans son ensemble, et les diverses administrations publiques envisagées séparément, sont des institutions soumises à une finalité précise : celle de l'intérêt public* »⁵⁴⁴. L'auteur ajoute qu'« *il en résulte que les diverses autorités administratives, qui agissent au nom des personnes publiques, ne doivent prendre des décisions (...) que pour réaliser l'intérêt public dans ses diverses manifestations : ordre public et utilité publique* »⁵⁴⁵.

Cette analyse de A. Hauriou a incité M. Saunier, dans son article sur « *L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point* », à y relever une position négatrice de cet auteur en précisant qu'« *en définitive, l'autonomie de l'administration, bien qu'admise en tant que réalité de son fonctionnement, apparaît fortement limitée en raison de la finalité d'intérêt général qui anime ses choix. Tout en posant une définition positive de l'autonomie de la volonté, l'auteur lui adjoint une limite négative : c'est alors au travers de la notion d'intérêt public que doit se mesurer sa fonction en droit administratif français. La théorie juridique utilisera largement cette limitation pour faire subir à la notion d'autonomie de la volonté un sort funeste* »⁵⁴⁶.

b) Le refus catégorique de l'autonomie de la volonté par Georges Vedel

233. Au travers de ses cours de droit administratif, G. Vedel avait entrepris une nouvelle construction rejetant l'ensemble de la notion d'autonomie de la volonté en droit public. Il a catégoriquement refusé la reconnaissance d'une volonté autonome en faveur des personnes morales de droit public en expliquant que : « *en droit administratif contrairement à ce qui existe en droit civil, il n'existe pas de principe d'autonomie de la volonté. En droit*

⁵⁴³ A. Hauriou, « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », précité, P. 238. « On peut définir les diverses administrations comme des institutions faisant, pour le compte de l'Etat et des administrés, l'entreprise de l'ordre public et de l'utilité publique ».

⁵⁴⁴ Ibid. P. 239.

⁵⁴⁵ Ibid. P. 239.

⁵⁴⁶ S. SAUNIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », précité, P. 616.

civil, les individus sont libres de se déterminer sur la base de n'importe quelle situation et pour les raisons qui leur conviennent. Les motifs subjectifs des individus, dès lors qu'ils ne sont pas illicites, ni contraire à l'ordre public, justifient suffisamment l'acte (...) En revanche, en droit administratif, il n'existe pas de principe de l'autonomie de la volonté. L'administration ne doit se décider que pour des raisons de fait ou de droit objectivement établies »⁵⁴⁷. Cela signifie que l'action administrative n'a rien de comparable avec celle des particuliers dans la mesure où les personnes morales de droit public disposent de compétences qu'elles doivent mettre en œuvre uniquement dans le but de réaliser les missions qui leur ont été conférées⁵⁴⁸.

Ainsi, pour Vedel, les principes de droit civil ne sont pas applicables au droit administratif. Il justifie cette conviction par sa théorie de la cause en droit administratif en soulignant que : « *La cause du droit administratif a des racines communes avec celles du droit privé mais en est séparée par toute la différence existant entre le système de droit public et le système civil de l'autonomie de la volonté* »⁵⁴⁹, en effet, le droit administratif est « *un système juridique où il n'y a pas d'autonomie de la volonté* »⁵⁵⁰.

234. Pourtant, cette attitude négative à l'égard de l'autonomie de la volonté des personnes publiques n'a pas privé le doyen Vedel de reconnaître de même un certain rôle à la volonté dans la sphère de droit administratif. Il explique que « *rien ne serait plus faux que de vouloir tirer des idées ainsi dégagées la conséquence que tout, dans l'acte de droit public est objectif, que la volonté et la pensée de l'agent n'ont qu'un rôle de transmission mécanique sans importance. Ce serait méconnaître toute la réalité. Au fond, constatant la fin unique de tout le droit administratif : la réalisation de l'intérêt public, on est amené à conclure que le contrôle de la valeur juridique des actes ne peut se faire d'un point de vue purement subjectif. Mais encore faut-il admettre que ce droit ne se réalise pas mécaniquement, mais à l'aide d'hommes investis de certains pouvoirs, et ceci nécessite une certaine part de subjectivisme dans l'acte de droit public. Aussi ne croyons-nous pas que la notion subjective de but doive totalement s'effacer devant la notion objective de cause* »⁵⁵¹. Mais, « *cause objective, but subjectif sont deux points de vue différents sur une directive unique : l'orientation de l'acte*

⁵⁴⁷ G. VEDEL, *Cours de droit administratif*, 1953-1954, P.672, cité par Pierre PY, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, Bibl. Dr. Publ., T. 124, LGDJ, 1976, P. 22.

⁵⁴⁸ M. MAHOUCHE, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 53.

⁵⁴⁹ G. VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, précité, P. 192.

⁵⁵⁰ Ibid. P. 270 ; V. également P. 304 : « Le centre du problème nous paraît être constitué par la démarcation très nette qu'il faut établir entre le système de droit privé fondé sur l'autonomie de la volonté et le système du droit administratif qui est tout autre. ».

⁵⁵¹ G. Vedel, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, précité, P. 321.

administratif dans le sens de l'intérêt public »⁵⁵². L'auteur interprète le rôle de la volonté en droit administratif par l'existence du pouvoir discrétionnaire : le droit administratif « ignore le principe d'autonomie de la volonté... Ceci est dit sous réserve précisément de ce qui en droit public correspond à l'autonomie de la volonté en droit privé : le pouvoir discrétionnaire »⁵⁵³. Toutefois, Vedel considère que ce pouvoir n'est pas un principe général d'action administrative mais une « « marge irréductible », une résistance à l'hégémonie de la loi, très réelle certes, mais ayant un caractère exceptionnel : il n'est pas la règle générale d'activité »⁵⁵⁴.

c) La similitude de l'approche de Jean Rivero avec celle de Georges Vedel

235. Dans son ouvrage « *Les mesures d'ordre intérieur administratives* »⁵⁵⁵, Jean Rivero a eu l'occasion de se prononcer sur la place potentielle de l'autonomie de la volonté en droit administratif. Plus précisément, c'est en étudiant l'ordre intérieur, qui constitue « une sphère autonome » bien définie pour chaque service public, que l'auteur s'est exprimé sur le rôle d'une telle notion en droit public⁵⁵⁶.

Le point de départ de l'angle de Rivero porte sur la signification de cet ordre intérieur. En effet, l'auteur examine le problème de l'ordre intérieur mais en droit privé⁵⁵⁷, et l'interprétation de ses manifestations lui donne l'occasion de « replacer » la question dans le droit public. Selon lui, « les services publics se caractérisent par le fait qu'ils possèdent une organisation légale objectivement définie ; cet élément d'objectivité, dans les rapports de droit privé que nous étudions est absent, ne se présente pas : l'autonomie de la volonté demeure le fondement essentiel de l'ordre juridique privé, et donne aux liens qui s'y nouent un caractère étroitement subjectif »⁵⁵⁸. La formulation de J. Rivero peut ainsi être rangée parmi les théories négatrices de la notion d'autonomie de la volonté en droit administratif ; par cette position il rejoint les conclusions de Georges Vedel.

Cette théorie négatrice de l'autonomie de la volonté en droit administratif français de Jean Rivero a été renforcée par le rejet de toute idée d'accorder une place à l'article 1134 du

⁵⁵² Ibid. P. 338.

⁵⁵³ Ibid. P. 314.

⁵⁵⁴ Ibid. P. 314.

⁵⁵⁵ J. RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives, Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Thèse, Sirey, Paris, 1934.

⁵⁵⁶ S. SAUNIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », précité, P. 616.

⁵⁵⁷ J. RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, op. cit., P. 239 et s.

⁵⁵⁸ Ibid. P. 243.

Code civil en droit administratif. Pour Rivero, il n'y a en effet pas d'équivalent de l'article 1134 du Code civil en droit administratif et si le juge administratif est gardien de la légalité administrative, il ne nous semble pas qu'il soit également gardien administratif de la légalité en général⁵⁵⁹.

B) Une divergence doctrinale envers l'autonomie de la volonté des personnes publiques

236. Si les grands juristes classiques du droit public ont nié largement l'existence du principe de l'autonomie de la volonté en droit administratif, d'autres la reconnaissent. C'est le cas dans la doctrine la plus récente.

a) Une doctrine plus ou moins négatrice

237. Dans son ouvrage *« L'individualisme et le droit »*, Marcel Waline a refusé aux collectivités territoriales la possibilité d'avoir une volonté autonome. Il souligne que *« lorsque dans un Etat unitaire, une collectivité territoriale, province ou commune a reçu de l'Etat le pouvoir de se régir elle-même en telle matière, on ne peut pas dire pour autant que la puissance qu'elle a de régler ces matières est une puissance autonome, car en posant les règles attribuées à sa compétence, elle use d'un pouvoir octroyé et non de facultés de puissance innées en elle »*⁵⁶⁰. Cette conclusion vient confirmer la position du Conseil d'Etat dans l'arrêt *Lafitte*⁵⁶¹ dans lequel il a rappelé qu'il n'appartenait pas à un conseil municipal de créer un organisme non prévu par la loi, ni de modifier l'organisation municipale telle qu'elle était établie par la loi. En l'espèce, le Conseil d'Etat n'a rien fait d'autre que de rappeler que les collectivités territoriales n'ont pas de volonté autonome telle qu'elle leur permette de modifier les règles constitutives de leur organisation, sur lesquelles elles n'ont aucun pouvoir dans la mesure où elles leurs sont totalement extérieures⁵⁶².

238. Dans le même contexte négateur, l'étude de Roger-Gérard Schwartzenberg sur *« l'autorité de la chose décidée »*⁵⁶³ par l'administration constate *« l'opposition des esprits »* du droit privé et du droit public en affirmant que *« le droit public est un droit impératif, d'autorité et d'inégalité ; au contraire, le droit privé a pour essence la liberté de l'individu, la*

⁵⁵⁹ J. RIVERO, « Le juge administratif gardien de la légalité administrative, ou gardien administratif de la légalité ? », *Mélanges Waline*, LGDJ, 1974, P. 701.

⁵⁶⁰ M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, éd. Domat-Montchrestien, Paris, 1949, 2^e éd., P. 210.

⁵⁶¹ CE, 28 octobre 1932, *Lafitte*, Sirey, 1933, 3, P.65.

⁵⁶² M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 52.

⁵⁶³ R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de la chose décidée*, LGDJ, 1969.

*souveraineté de sa volonté. Subordination et soumission, d'un côté, égalité et autonomie de l'autre : beaucoup restent attachés à ce schéma »*⁵⁶⁴, et l'auteur ajoute que « *l'exercice de la volonté administratif n'est pas libre, mais étroitement conditionné. Il obéit à des règles sévères de compétence, de procédure, d'objet et de but »*⁵⁶⁵.

239. En nuanciant cette attitude de rejet du rôle de la volonté en droit administratif, Claude Ponce va reconnaître une opposition, mais modérée, entre l'autonomie de la volonté et la réglementation. Il souligne effectivement que « *l'autonomie de la volonté s'opposerait ainsi à l'idée d'hétéronomie qui exprimerait le fait d'être lié par une norme à l'édition de laquelle le sujet obligé par elle n'a pas participé... On dépasse singulièrement le domaine du contrat. Il est possible de parler d'autonomie de la volonté toutes les fois que la volonté de l'organe d'édition d'une règle de droit n'est pas entièrement liée par l'ordre juridique qui définit son pouvoir »*⁵⁶⁶. De même, André de Laubadère reconnaît indirectement une volonté au profit des personnes publiques en estimant que « *le contrat administratif comme le contrat de droit privé résulte de la rencontre de deux consentements, de deux manifestations de volontés »*⁵⁶⁷.

240. Enfin, on ne peut pas ignorer la théorie de Pierre Py sur « *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux »*, dans laquelle l'auteur essaie de proposer une nouvelle acception de la notion d'autonomie de la volonté dans le domaine du droit administratif. Il distingue ainsi deux types d'actes administratifs, « *les actes administratifs exécution d'une obligation de vouloir »*, c'est-à-dire les actes qui ne sont que « *l'exécution d'une obligation déterminée imposée par la loi »*, et « *les actes administratifs exercice d'un pouvoir de vouloir »*, c'est-à-dire « *l'expression d'une volonté autonome »*⁵⁶⁸. Pour les premiers le rôle de la volonté de l'auteur de l'acte est réduit au minimum puisque, « *d'une part, le contenu de l'acte est déterminé par la loi, d'autre part l'acte doit obligatoirement être pris. Le rôle de la volonté, s'il subsiste, est uniquement formel »*⁵⁶⁹. Pour les seconds, au contraire, le rôle de la volonté de l'auteur de l'acte est déterminant en ce que « *soit l'auteur*

⁵⁶⁴ Ibid. P. 15.

⁵⁶⁵ Ibid. P. 42.

⁵⁶⁶ C. PONCE, *Le Consensualisme dans les contrats administratifs*, Thèse, Strasbourg, 1956, P. 58.

⁵⁶⁷ A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t.1, n° 110, P. 139.

⁵⁶⁸ P. PY, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, LGDJ, Bibl. Dr. Pub., 1976, t. 124, P. 37.

⁵⁶⁹ Ibid. P. 37-38.

fixe librement le contenu de l'effet de droit, soit, le contenu de l'effet de droit étant prédéterminé, l'auteur décide librement qu'il se produise »⁵⁷⁰.

b) Une doctrine récente plus riche à propos de l'autonomie de la volonté

241. A partir des années 1980, la notion d'autonomie de la volonté a commencé à prendre une place plus importante dans la doctrine administrative. Cela est notamment le produit de la montée de la décentralisation et du développement de la procédure contractuelle des personnes de droit public. L'autonomie de la volonté a ainsi été utilisée comme un moyen d'expliquer ces deux phénomènes.

Il est bien clair que l'essor contemporain de la notion d'autonomie de la volonté se manifeste nettement dans l'analyse du droit de la décentralisation⁵⁷¹ toutefois, l'utilisation de l'expression de « *l'autonomie de la volonté* » n'a pas toujours été fréquente puisque la doctrine emploie d'autres termes comme « *une liberté de décision* »⁵⁷², « *un pouvoir normatif autonome* » ou « *une autonomie de décision* »⁵⁷³, « *une autonomie réglementaire* »⁵⁷⁴, « *un pouvoir réglementaire initial* » et « *un pouvoir normatif initial* »⁵⁷⁵. Ces emplois sont justifiés par un lien originaire entre l'autonomie de la volonté et la conception juridique et classique de la décentralisation. En effet, l'autonomie de la volonté n'était saisie que sous l'empire de la tutelle administrative⁵⁷⁶ ce qui conduisait à parler du principe « *d'autonomie des personnes morales* »⁵⁷⁷ et non du principe d'autonomie de la volonté des organes décentralisés⁵⁷⁸. C'est dans ce contexte explique Muller-Quoy, que le terme « *autonomie* » « *est souvent employé en liaison avec les expressions voisines de décentralisation et de libre administration, si bien qu'il est difficile de faire la distinction entre ces différents termes, tantôt l'autonomie est déduite de la décentralisation, tantôt elle induit celle-ci. (...) Les liens entre la*

⁵⁷⁰ Ibid. P. 38.

⁵⁷¹ S. SAUNIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », précité, P. 619.

⁵⁷² D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Paris 7^e éd. 2006, P. 243.

⁵⁷³ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 9^e éd., 2006, n° 680-681.

⁵⁷⁴ S. SAUNIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », précité, P. 619.

⁵⁷⁵ J. CHAPUISAT, « Autonomie territoriale et régionalisation politique », *AJDA*, 1983. P. 62 ; J. C., note sous TA Versailles 7 déc. 1984, *Préfet du Val d'Oise c/ Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*, *AJDA*, 1985, P. 287 ; J. Moreau, note sous CE 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*, *AJDA*, 1985, P. 272.

⁵⁷⁶ S. FLOGAÏTIS, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, LGDJ, 1979, p. 22-27.

⁵⁷⁷ R. MASPETIOL, P. LAROQUE, *La tutelle administrative*, Sirey, Paris, 1930, p. 266.

⁵⁷⁸ S. SAUNIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », précité, P. 619.

décentralisation, la libre administration et l'autonomie semblent irréductibles »⁵⁷⁹. Cette relation a été utilisée comme un moyen de reconnaître la possibilité pour les personnes publiques décentralisées d'exercer une volonté autonome dotée d'une force obligatoire. Ainsi, Marc Joyau souligne que « *la notion d'autonomie de la volonté renvoie à l'idée d'entités « ayant une individualité et une volonté propres qui se juxtaposent avec celle de l'Etat », capables de « définir librement des orientations et de les convertir en règles juridiques obligatoires* » »⁵⁸⁰.

242. Certains juristes préfèrent cependant ne pas être si optimistes vis-à-vis du rôle qui peut être attribué à l'autonomie de la volonté dans la sphère de la décentralisation. C'est le cas de C. Houteer qui constate que « *l'autonomie ne convient absolument pas pour caractériser les organes locaux ou les collectivités, encore moins quand il s'agit de donner l'idée directrice de la décentralisation dans un raccourci approximatif (...) Seule la collectivité maîtresse exclusive de son statut mérite d'être tenue pour autonome (...); il apparaît alors bien évidemment que tel n'est pas le cas des communes, départements, ou encore des régions* »⁵⁸¹. En résumé, comme le remarque M. Mahouachi, « *les collectivités territoriales ne peuvent pas se prévaloir d'une volonté autonome en raison de leur caractère secondaire et nécessairement subordonné à l'Etat* »⁵⁸². De même, J.-M. Pontier va estimer que le rôle de l'autonomie de la volonté ne peut être que limité et même étroitement conditionné, et ce n'est que dans la sphère des compétences et des attributions propres des collectivités locales qu'il peut être identifié comme, « *conception (...) moins exaltante que l'autonomie entendue comme l'action d'une volonté seule* »⁵⁸³. Il ajoute que l'autonomie de la volonté de la collectivité territoriale s'identifie à « *cette originalité irréductible qui caractérise chaque collectivité locale* »⁵⁸⁴.

243. Par ailleurs, et avec l'essor de l'utilisation du procédé contractuel par les personnes morales de droit public, la notion de l'autonomie de la volonté se fera plus dans la doctrine publiciste. Le principe de l'autonomie de la volonté permettra un rapprochement entre le contrat de droit privé et le contrat administratif. Sur ce point F. Llorens va estimer

⁵⁷⁹ I. MULLER-QUOY, *Le juge administratif et l'autonomie des collectivités locales*, Thèse, Toulouse, 1994, p. 11.

⁵⁸⁰ M. JOYAU, *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises, Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, LGDJ, 1998, P. 3.

⁵⁸¹ C. HOUTEER, *Recherches sur les bases constitutionnelles de la décentralisation territoriale*, Thèse, Toulouse, 1987, t.1, P. 26.

⁵⁸² M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 52.

⁵⁸³ J.-M. PONTIER, *L'Etat et les collectivités locales, la répartition des compétences*, LGDJ, 1978, P. 333.

⁵⁸⁴ Ibid.

qu'« *il existe une similitude fondamentale : tous deux sont le résultat d'un accord de volontés ; sans le consentement des parties, le contrat ne saurait être considéré comme formé* »⁵⁸⁵.

244. Néanmoins, pour une partie considérable de la doctrine, la place de l'autonomie de la volonté reste incertaine dans les contrats publics. En ce sens Ph. Terneyre constate que « *« l'autonomie » de la volonté des parties semblait (...) une notion presque inconnue en droit public* »⁵⁸⁶. L. Richer va également rejeter ce principe privatiste en soulignant que « *le principe d'autonomie de la volonté, « principe essentiellement civiliste » paraît cependant inadapté aux contrats de l'Etat. En droit public, en effet, prévalent les concepts de fonction et de but qui excluent que la volonté des autorités compétentes puisse être autonome* »⁵⁸⁷. Il justifie son attitude par le fait que « *la compréhension de la notion de contrat à partir des fins poursuivies et d'autres éléments extérieurs aux parties semble en harmonie avec l'esprit du droit public centré sur la notion finaliste d'intérêt général* »⁵⁸⁸.

Cette hésitation doctrinale, à propos du rôle de l'autonomie de la volonté en droit administratif va inciter C. Bréchon-Moulènes à s'interroger : « *Peut-on parler d'autonomie de la volonté des personnes publiques avec, bien sûr, toutes les précautions qu'impliquent les transformations de cette notion en droit privé ? Autonomie de la volonté dans le fondement de la force obligatoire du contrat (mais est-ce bien encore le cas dans les contrats privés) ou au travers de l'analyse du contrat (qu'il s'agisse de son interprétation ou de l'étendue de sa nullité...) ? Comment distinguer la volonté (qui existe bien), de l'autonomie de la volonté ?* »⁵⁸⁹.

Suivant la même approche analytique, J.-D. Dreyfus conclut sa réflexion à ce sujet en soulignant que « *les conceptions de la volonté des personnes publiques liées à la finalité du droit administratif nous semble, on l'aura compris, ménager une place trop limitée au « pouvoir de vouloir » de ces personnes* »⁵⁹⁰. Il termine son analyse en s'interrogeant : « *existe-t-il une alternative à ces analyses ?* »⁵⁹¹.

⁵⁸⁵ F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, LGDJ, 1981, P. 169.

⁵⁸⁶ Ph. TERNEYRE, « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, numéro spécial, P. 44.

⁵⁸⁷ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 5^e éd., 2006, P. 18.

⁵⁸⁸ Ibid.

⁵⁸⁹ C. BRECHON-MOULENES, « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA*, 1998, P. 645.

⁵⁹⁰ J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, précité, P. 148.

⁵⁹¹ Ibid.

Section II

Le non-accord des conséquences de l'autonomie de la volonté avec les spécificités des personnes publiques

245. Si la doctrine civiliste a pu justifier la liberté contractuelle par l'autonomie de la volonté⁵⁹², la situation n'est pas la même en droit administratif. En effet, la liberté contractuelle en droit privé a été présentée comme la conséquence logique et directe de l'autonomie de la volonté car la reconnaissance de celle-ci implique automatiquement l'existence de la liberté contractuelle⁵⁹³.

246. En droit administratif, à l'instar du droit privé, la reconnaissance de la présence de l'autonomie de la volonté dans l'activité contractuelle des personnes publiques doit conduire à accepter trois grands principes. Ceux-ci sont précisés par plusieurs auteurs publicistes comme des postulats de l'existence d'une volonté autonome. L'autonomie de la volonté doit ainsi être rattachée à trois principaux principes : la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat et l'effet relatif du contrat⁵⁹⁴. Pour poursuivre notre réflexion il devient nécessaire de savoir si ces effets sont applicables aux contrats conclus par les personnes publiques.

247. L'analyse de la doctrine administrativiste et de la jurisprudence montre une réfutation quasi-totale de ces effets de l'autonomie de la volonté pour les contrats administratifs. Cela s'explique par le fait que les fondements sur lesquels la théorie civile a été établie ne sont pas adaptés à la spécificité des personnes publiques (Sous-section I). La non-adaptation des effets de l'autonomie de la volonté avec le droit des contrats administratifs ne doit cependant pas empêcher de reconnaître que les personnes publiques disposent d'une marge d'appréciation qu'elles exercent au nom d'un pouvoir discrétionnaire (Sous-section II).

⁵⁹² V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980, P. 71 et s ; P. ESMEIN, « Obligations », in. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t.4, 1^{er} partie, LGDJ, 1952, P. 19 ; E. GAUDEMET, J. GAUDEMET, H. DESBOIS, *Théorie générale des obligations*, Sirey, Paris, 1965, P. 200.

⁵⁹³ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t.1, Les sources, Sirey, Paris, 2^e éd., 1988, P. 69.

⁵⁹⁴ S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », précité, P. 45 ; J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », précité, P. 969.

Sous-section I

La réfutation de la reconnaissance d'une liberté au profit des personnes publiques

248. Si l'analyse de la doctrine montre que la reconnaissance du principe de l'autonomie de la volonté conduit automatiquement à reconnaître le principe de la liberté contractuelle en droit privé, cette certitude est mise à mal lorsqu'on parle de la liberté contractuelle des personnes publiques. L'idée selon laquelle la liberté contractuelle est une des conséquences principales de l'autonomie de la volonté, n'est pas applicable aux personnes publiques.

249. En effet, la spécificité du régime du contrat public écarte l'idée de reconnaître aux personnes publiques la possibilité d'avoir des droits et libertés fondamentaux ce qui conduira par conséquent à nier que la personne publique dispose d'une liberté contractuelle. Plus précisément, cette spécificité justifie que les fondements du principe de l'autonomie de la volonté, qui sont des fondements de droit privé, ne soient pas adaptés avec le régime des contrats administratifs. Le régime des contrats administratifs va également vider l'autonomie de la volonté de son contenu en infirmant ainsi ses conséquences.

A) Des fondements inadaptés à la spécificité des personnes publiques

250. L'essor du principe d'autonomie de la volonté s'est manifesté essentiellement au sein de la théorie de l'individualisme juridique qui régna, notamment, au cours des 18^e et 19^e siècles. Cette théorie reconnaît à la volonté individuelle une position considérable en permettant à l'individu « *de n'obéir qu'aux règles qui émanent de lui-même* »⁵⁹⁵. L'individualisme juridique provient, comme le souligne Marcel Waline, « *d'un système où l'on admet que l'individu est la seule fin de toutes les règles de droit, la cause finale de toute activité juridique des institutions, notamment de l'Etat* »⁵⁹⁶. Selon cette théorie, la liberté dont l'homme est doté initialement doit prévaloir sur le groupe, c'est-à-dire sur l'Etat⁵⁹⁷. Sa justification réside dans le fait que l'individu « *possède l'antériorité par rapport à toute*

⁵⁹⁵ A. CUVILLIER, *Nouveau vocabulaire philosophique*, éd. Armand-Collin, Paris, 1976.

⁵⁹⁶ M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, précité, P. 27.

⁵⁹⁷ J. GHESTIN, *La formation du contrat*, LGDJ, 1993, P. 28.

organisation sociale qui n'est jamais que l'œuvre seconde de son initiative première »⁵⁹⁸. Ce caractère humain qui donne aux individus la possibilité d'avoir des droits et des libertés constitue un obstacle à la reconnaissance d'une telle possibilité aux personnes publiques.

a) Le caractère inhumain des personnes publiques

251. Notre étude requiert une réflexion approfondie quant à la notion même de droits et libertés fondamentaux. Pour qu'un droit soit « fondamental », selon les termes de E. Picard, « *il doit sortir victorieux d'une confrontation ou même d'une simple conciliation réciproque avec un autre terme, auquel il s'oppose et auquel il doit s'imposer, même au prix de la redéfinition de substance qu'il subit lors de cette conciliation. Or, cette confrontation ou cette conciliation s'opère toujours dans des configurations conflictuelles spécifiques aux hypothèses où les droits sont invoqués, ce qui donne à observer la plus ou moins grande relativité nécessaire des droits dits fondamentaux* »⁵⁹⁹. Avec cette définition une assimilation des droits fondamentaux aux droits constitutionnels conduira⁶⁰⁰ logiquement à reconnaître que les personnes publiques peuvent jouir de droits fondamentaux⁶⁰¹. Toutefois, les droits fondamentaux sont en principes ceux qui se trouvent au fondement même de l'ordre juridique constitutif de l'Etat de droit et dont la jouissance, l'exercice et la garantie lui sont nécessaires pour se poser en tant que tel. Ainsi, « *si l'on considère les fondements de l'Etat de droit, tels qu'ils s'expriment dans les textes de droit positif qui le consacrent en France, puis si l'on cherche à en déceler le sens, les différences essentielles entre les divers concepts en cause s'affirment sans ambiguïté* »⁶⁰².

252. Les arguments d'E. Picard⁶⁰³ qui ont fondé sa théorie niant aux personnes publiques la possibilité de jouir de droits et de libertés fondamentaux nous semblent très convaincants. Ils résident dans deux principaux éléments : les textes fondamentaux et le sens des textes.

253. S'agissant du premier, l'auteur constate que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de 1946 montrent que l'ordre juridique est institué pour

⁵⁹⁸ P. LOUIS-LUCAS, « La liberté contractuelle en droit international privé français », in *Mélanges en l'honneur de J. DABIN*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1963, P. 749.

⁵⁹⁹ E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, P. 653.

⁶⁰⁰ Ibid. P. 661.

⁶⁰¹ R. DRAGO, « Droits fondamentaux et personnes publiques », *AJDA*, 1998, numéro spécial, P. 130.

⁶⁰² E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *op. cit.*, P. 661.

⁶⁰³ E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *op. cit.*, P. 661 et s.

le bénéficiaire des personnes qu'ils désignent expressément et qui sont : « *l'homme* », « *le citoyen* », « *l'individu* », « *les membres du corps social* », « *la personne humaine* », « *l'être humain* », « *la femme* », « *l'enfant* », etc. Quelle que soit la façon de désigner les entités considérées – d'une manière générique (« *l'homme* » comme être humain indifférencié) ou plus particularisée (« *l'homme* », « *la femme* », « *la mère* », « *les électeurs*...), d'une manière individuelle ou collective (« *les membres du corps social* », « *les autres membres de la société* », « *la société* », « *le peuple français*...), ou encore d'une façon indéterminée quant à la nature de cette entité (« *nul* », « *autrui* », « *chacun* », « *tous* ») –, il s'agit toujours de personnes humaines, c'est-à-dire « *physiques* », prises isolément ou toutes ensemble, mais toujours en tant que telles⁶⁰⁴.

254. En revanche, lorsque ces textes mentionnent des entités de nature différente, « *inhumaine* », celles-ci ne sont plus des personnes humaines considérées comme telles et ces textes ne les désignent plus comme titulaires ou bénéficiaires possibles des droits évoqués. Ces entités sont des autorités, des institutions, des organes, des collectivités, etc., investis de « *fonctions* », de « *missions* », de pouvoir, d'obligations qui s'analysent comme des moyens propres à assurer des droits fondamentaux. L'auteur relève que les textes mentionnent, par exemple, « *l'Assemblée nationale* », « *le pouvoir législatif* », « *le pouvoir exécutif* », « *toute institution politique* », « *la Nation* », « *la force publique* », « *la République* », « *tout bien, toute entreprise* », « *tout agent public* », « *les collectivités territoriales de la République* », etc. Et le pouvoir, les prérogatives, les fonctions, les finalités, les obligations que ces textes mentionnent sont notamment : « *le maintien de la Constitution* », « *la conservation des droits* », « *l'autorité* », « *la souveraineté nationale* », « *la garantie des droits* », « *l'avantage de tous* », le compte rendu de son administration, « *la séparation des pouvoirs* », « *la propriété de la collectivité* », « *la garantie à tous de la protection de la santé* », « *la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif, du respect des lois* »⁶⁰⁵, etc.

255. S'agissant du sens des textes, E. Picard estime qu'il ressort d'une analyse générale de ces textes qu'ils ne bénéficient qu'aux personnes humaines, en quelque qualité qu'elles soient considérées. Les autres entités, quelles qu'elles soient et même si elles sont personnalisées, ne peuvent jouir que de droits d'une nature différente ; leur sens n'est pas

⁶⁰⁴ Ibid. P. 661.

⁶⁰⁵ Ibid. P. 661.

réductible aux droits fondamentaux : ils n'en sont, le cas échéant, que les conditions, les garanties, les contreparties, les obligations corrélatives ou intermédiaires⁶⁰⁶....

E. Picard justifie sa position par le fait que les seules vraies personnes sont les personnes physiques, tandis que les autres ne s'analysent que comme des fictions juridiques. Les personnes autres que physiques peuvent certes jouir et exercer de vrais droits mais ces droits – que la fiction de leur personnalité juridique est précisément destinée à leur reconnaître – n'existent que dans le cadre de cette fiction et pour les fins mêmes de cette dernière⁶⁰⁷.

256. Dans ce contexte analytique, les droits d'une entreprises ne sont que les instruments juridiques permettant aux personnes qui y sont liées d'une manière ou d'une autre (associés, personnel) d'exercer leurs droits fondamentaux : droit de propriété, liberté d'entreprendre, droit de travail, droit d'en recueillir les fruits et d'être associé à la gestion de l'entreprises, etc. Fondamentalement, l'entreprise est faite pour ces membres et non pour telle société ou telle personne juridique, société commerciale ou autre, qui n'est que la forme juridique de leur association. Elle n'est qu'une structure institutionnelle destinée à satisfaire les droits fondamentaux de ceux qui vivent par elle ou en elle. Toutes ces entités juridiques, personnes physiques ou personnes morales, ont des droits réellement sanctionnés en droit positif, mais ces droits n'ont ni le même sens, ni la même valeur, ni la même portée selon leurs titulaires. Et la notion de droits fondamentaux est bien de nature à opérer ces discriminations de sens, de valeur et de portée⁶⁰⁸. Ce raisonnement est partagé par B. Mathieu et M. Verpeaux qui confirment que la « *reconnaissance des droits fondamentaux à des personnes morales s'inscrit cependant difficilement dans la logique des droits fondamentaux. L'individu reste en effet l'ultima ratio de cette construction juridique opérée à partir et autour des droits fondamentaux, dès lors que le fondement de ces droits peut être trouvé dans la reconnaissance du principe de dignité de la personne humaine* »⁶⁰⁹.

Cette même vision sera appliquée logiquement aux personnes morales de droit public, car les droits des personnes publiques, même s'ils se voient désignés par leur objet et par les mêmes noms que ceux appartenant aux personnes privées en général et aux personnes physiques en particulier, ne sauraient avoir la même nature juridique que les droits de ces

⁶⁰⁶ Ibid. P. 661.

⁶⁰⁷ Ibid. P. 661.

⁶⁰⁸ Ibid. P. 662.

⁶⁰⁹ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2004, P. 457.

dernières⁶¹⁰. Ainsi il en résulte des conséquences assez claires : « *l'impossibilité pour les personnes publiques de se voir reconnaître des droits fondamentaux* »⁶¹¹.

b) La nature administrative et non-fondamentale des droits des personnes publiques

257. Si la question de la possibilité de reconnaître aux personnes publiques des droits de nature fondamentale a été posée, cette question a été souvent, pour ne pas dire toujours, dirigé vers la question de savoir si la personne publique peut ou non jouir de droits fondamentaux. Toutefois, cette question, à notre avis, doit être posée d'une façon contraire, c'est-à-dire, si la personne publique dispose de droits fondamentaux peut-elle les exercer et les recevoir de la même manière que les personnes physiques ? La réponse à notre avis est négative, et cela est le résultat de la nature particulière des personnes publiques qui se distingue nettement de celle des personnes privées en général et des personnes physiques en particulier.

258. Tout d'abord, il convient de constater qu'avant d'être instituées, les personnes publiques n'ont aucune existence propre autre que celle que le droit leur accorde. En effet, c'est le droit qui les crée de toutes pièces et pour les besoins qu'il entend satisfaire. Il peut « *les supprimer purement et simplement sans que cela soulève des questions de même nature et de même portée que la condamnation à mort d'une vraie personne* »⁶¹².

259. D'autre part, l'analyse des textes constitutionnels montre la complexité avec laquelle la reconnaissance d'un droit fondamental au profit des personnes publiques devient incertaine, et même impossible. Cette complexité vient de l'interprétation du contenu de ces textes. L'interrogation de R. Drago peut éclairer ce constat : « *doit-on considérer comme un droit fondamental l'obligation figurant dans l'article 34 de la constitution selon laquelle les « catégories » doivent résulter de la loi ainsi que, selon la jurisprudence constitutionnelle, leurs « règles constitutives » ? Assurément pas car il s'agit de la détermination des compétences. Doit-on estimer que le principe de spécialité, même tel qu'il est aujourd'hui atténué par la jurisprudence, est droit fondamental ? Surement pas. Il est aussi un élément du statut et il correspond d'ailleurs à une obligation et non à un droit* »⁶¹³.

⁶¹⁰ E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », op. cit., P. 662.

⁶¹¹ Ibid.

⁶¹² Ibid.

⁶¹³ R. DRAGO, « Droits fondamentaux et personnes publiques », *AJDA*, 1998, numéro spécial, P. 134.

260. Dans le même sens, E. Picard justifie sa position négatrice de l'existence de droits fondamentaux pour les personnes publiques en estimant qu'elles « *reçoivent des missions ou des fonctions, des attributions, des compétences, des pouvoirs et même des prérogatives, des privilèges, comme des obligations ou des devoirs, mais pas de droits fondamentaux, car l'ordre juridique de l'Etat de droit, qui repose sur ces droits fondamentaux, n'est pas posé pour le bénéfice de ces personnes publiques* »⁶¹⁴. Bien au contraire, il ajoute que « *si l'on peut généraliser à partir des termes de l'article 12 de la Déclaration, qui dit les choses simplement et définitivement à propos de la seule force publique, mais qui dit vrai et juste pour toutes les institutions publiques, quelles que soient leurs tâches et leurs pouvoirs, les personnes publiques sont « instituées pour l'avantage de tous et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elles sont confiées ». Pour ces institutions publiques, l'autofinalisation constituerait la négation même de leur statut et de leur raison d'être, car elle est juridiquement le propre de la liberté* »⁶¹⁵.

261. L'analyse d'E. Picard va le conduire à constater que les droits fondamentaux valent justement pour eux-mêmes. Ils ne sont, en droit, ni institués, ni attribués, ni constitués, mais simplement reconnus, consacrés, garantis, réglementés, restreints, voire écartés. Ils s'autoproclament, s'autofondent, s'autojustifient, s'autofinalisent. Or, rien de tout cela n'est possible pour les personnes publiques. Ainsi, il est vrai que « *les personnes publiques ont des droits, dont certains sont presque les mêmes que les droits fondamentaux, comme le droit d'avoir un patrimoine, le droit de passer des contrats, le droit d'ester en justice, etc. Mais, de cela, on ne saurait, sans confusion, abus de langage ou contresens de fond, en déduire qu'elles ont des droits fondamentaux* »⁶¹⁶. C'est ainsi qu'à l'égard des personnes publiques on parle de pouvoir discrétionnaire plus que d'autonomie, de fonctions et d'obligations plus que de droits, d'habilitation ou de compétence plus que de liberté⁶¹⁷.

262. Par ailleurs, si l'on analyse en pratique la raison pour laquelle la notion de « droit fondamental » a été inventée et utilisée, on découvrira rapidement que c'est pour protéger les personnes qui en disposent, qui sont en principe des personnes physiques, contre l'abus potentiel et excessif des pouvoirs publics. Alors, en ce sens, comment peut-on parler de protéger la personne publique d'elle-même? Il est vrai que ce propos est concevable lorsque

⁶¹⁴ E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », précité, P. 663.

⁶¹⁵ Ibid.

⁶¹⁶ Ibid.

⁶¹⁷ S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », précité, P. 49.

l'on parle des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales ou, plus généralement, des rapports entre personnes publiques supérieures avec d'autres inférieures. Mais, ne serait-il pas paradoxal de voir dans le même système juridique des personnes disposant de droits fondamentaux et d'autres, qui ont la même nature, n'en bénéficiant pas?

263. La perspective est plus claire quand on parle de l'Etat et des collectivités locales. Pour le premier, et d'un point de vue théorique, il est illogique que l'Etat soit débiteur d'un droit dont il serait simultanément le destinataire⁶¹⁸. D'ailleurs, à quoi cela sert-il de consacrer une liberté ou un droit fondamental au profit de l'Etat alors qu'il exerce la souveraineté ?⁶¹⁹ Et même dans le cas de la consécration d'un droit fondamental, comme c'est le cas pour le droit de la propriété publique, peut-il l'exercer de la même manière que les personnes privées ? Évidemment la réponse est plutôt négative car la finalité de l'Etat, et également des autres personnes publiques, est d'assurer la réalisation de l'intérêt général qui constitue la raison d'être de ces institutions. Ainsi, après avoir rappelé la valeur constitutionnelle du droit de la propriété de l'Etat et des autres personnes publiques, le Conseil constitutionnel va affirmer la finalité particulière de ces derniers en soulignant qu'elle fait « *obstacle à ce que le domaine public puisse être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté* »⁶²⁰. De la même manière, la Haute Juridiction constitutionnelle va juger que « *la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur* »⁶²¹. Par conséquent, ce qui est autorisé pour les personnes de droit privé parce que cela résulte logiquement de leur droit fondamental, peut être prohibé pour les personnes publiques en raison de leur nature et de leur finalité.

264. La relation collectivité territoriale – droit fondamental porte également une interrogation importante. Il est indiscutable que l'article 72 de la Constitution consacre le principe de la « libre administration » des collectivités territoriales cependant, peut-on considérer que ce principe établit une liberté fondamentale ? Pour le Conseil d'Etat la question est résolue : le principe de libre administration des collectivités territoriales est « *au*

⁶¹⁸ V. TCHEN, « Contentieux constitutionnels des droits fondamentaux », Juris-Classeur Administratif, fasc. 1440, n° 276.

⁶¹⁹ E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », précité, P. 663.

⁶²⁰ C.C., Déc. n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, Loi complétant le code du domaine de l'état et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, considérant n° 3, Rec. P. 96.

⁶²¹ C.C., Déc. n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, considérant n° 47, Rec. P. 141.

nombre des libertés fondamentales auxquelles le législateur a ainsi entendu accorder une protection juridictionnelle »⁶²². Toutefois, doit-on comprendre que les collectivités territoriales peuvent exercer cette liberté de la même manière que les personnes privées ? À notre avis, cette liberté est de nature particulière, en effet, elle n'est pas de nature fondamentale mais de nature « administrative ». En d'autres termes, l'utilisation même des mots « droit » et « liberté » afin d'exprimer la capacité dont les collectivités territoriales en particulier et les personnes publiques en général disposent, dans le cadre de l'exercice de leur obligation fonctionnelle et administrative d'assurer l'intérêt général, est une utilisation erronée pour décrire leurs pouvoirs et leurs compétences⁶²³. Ainsi, on peut concevoir que ce n'est pas une liberté mais une compétence, et ce n'est pas un droit mais un moyen d'exercer cette compétence. Ce sont des mots qui se ressemblent beaucoup par leurs impacts mais qui ne sont pas identiques par leur nature.

265. Avec cette interprétation de la particularité et de la finalité des personnes publiques locales, on peut bien comprendre l'autorisation quasi-constante que le Conseil constitutionnel doit attribuer aux restrictions législatives et excessives apportées au principe constitutionnel de libre administration. En effet, il peut être dérogé au principe de libre administration si les exigences liées au bon fonctionnement des services publics le nécessitent⁶²⁴.

266. A cet égard, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a confirmé explicitement cette lecture en disposant que les collectivités territoriales ne pouvaient pas se prévaloir de droits reconnus par la Constitution⁶²⁵. En l'espèce, plusieurs communes avaient contesté les compétences confiées aux maires pour la délivrance de cartes d'identité et de passeports exercées au nom de l'État. Le Conseil a considéré que le grief tiré de la violation des dispositions de l'article 72-2 de la Constitution était simplement relatif aux compétences exercées par les collectivités territoriales. Cette interprétation manifeste que le principe de la libre administration des collectivités territoriales ne peut être rangé parmi les libertés et les droits fondamentaux.

⁶²² CE, 18 janvier 2001, *Cne Venelles, Morbelli*, req. n° 229247 ; Juris-Data n° 2001-061707 ; *Dr. adm.* 2001, comm. 155.

⁶²³ E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », précité, P. 664.

⁶²⁴ C.C., Déc. n° 82-149 DC du 28 décembre 1982, Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale, considérant n° 11-12-13, Rec. P. 76.

⁶²⁵ C.C. Déc. n° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, Commune de Besançon et autre (Instruction CNI et passeports), Rec. P. 248.

B) Le pouvoir discrétionnaire est l'alternative réelle de la liberté contractuelle des personnes publiques

267. La difficulté des personnes publiques de se prévaloir d'une volonté autonome, ainsi que d'une liberté contractuelle ne doit pas signifier qu'elles ne disposent d'aucun choix dans le cadre de leurs relations contractuelles. En effet, si la liberté contractuelle, qui est un principe fondamental découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, peut justifier le pouvoir contractuel des particuliers, le pouvoir discrétionnaire peut jouer un rôle équivalent afin de justifier la marge d'appréciation dont les personnes publiques disposent en la matière.

a) Une convergence terminologique entre l'autonomie de la volonté et le pouvoir discrétionnaire

268. Selon la définition de Terré-Fornacciari, le terme « *autonomie* » désigne le pouvoir de se donner sa propre loi⁶²⁶, c'est-à-dire le droit qu'aurait un individu de se gouverner par ses propres lois. Ledit pouvoir est mis en œuvre par l'intermédiaire de la volonté de l'individu qui est considérée comme lui permettant de créer des actes juridiques⁶²⁷.

269. La « *volonté* » se définit comme la faculté de vouloir, de déterminer librement d'agir ou de s'abstenir, en pleine connaissance de cause et après réflexion⁶²⁸. En d'autres termes, comme l'indique P. Foulquié, c'est « *la faculté qu'à l'être pensant de se déterminer d'après des raisons ou d'après des motifs* »⁶²⁹. L'association des deux termes, l'autonomie de la volonté, désigne ainsi la possibilité qu'a l'être humain de se déterminer librement à travers la création des actes juridiques, faculté qu'il détient en raison du pouvoir normatif de sa volonté.

Dans ce sens, l'autonomie de la volonté a été perçue comme la source principale de la moralité suprême. Pour Ranouil, « *elle est le libre choix qu'à l'individu de se donner comme sienne la loi morale et de s'y soumettre* »⁶³⁰. Emmanuel Kant de son côté a considéré que « *le principe d'autonomie de la volonté (...) est toujours d'opter de telle sorte que la volonté puisse considérer les maximes qui déterminent son choix comme des lois universelles* »⁶³¹.

⁶²⁶ D. TERRE-FORNACCIARI, « l'autonomie de la volonté », *Rev. Sc. morale et politique*, 1995, P. 256.

⁶²⁷ M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 39.

⁶²⁸ Petit Robert, 2010, P. 2739.

⁶²⁹ P. FOULQUIE, « La volonté », *Coll. Que sais-je ?*, PUF, n° 353, 7^e éd., 1963, P. 7.

⁶³⁰ V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980, P. 9.

⁶³¹ E. KANT, *Les fondements de la métaphysique des mœurs*, (trad. BARNI), éd. Lagrange, Paris, 1848, P. 48.

270. Si la notion d'autonomie de la volonté se conçoit comme une liberté donnée aux particuliers, la notion de pouvoir discrétionnaire ne peut pas être envisagée selon la même perspective. Selon J-C Venezia, le pouvoir discrétionnaire est « *la faculté de porter librement certaines appréciations* »⁶³². Plus précisément, il désigne le pouvoir de l'administration d'agir, de s'abstenir ou de décider avec une « marge » plus ou moins grande de « liberté », en fonction d'une appréciation d'opportunité. Ce pouvoir discrétionnaire n'est pas un pouvoir arbitraire dans la mesure où l'administration, dans son exercice, demeure soumise au principe de légalité. Sa marge de manœuvre ne permet qu'un nombre plus ou moins large de choix conformément à des règles et des comportements légaux.

271. Or peut on déduire que le pouvoir discrétionnaire, dont les autorités administratives se trouvent souvent investies, constitue à n'en pas douter et quelles que soient les limitations qui puissent lui être apportées par les textes et la jurisprudence, « *une illustration caractéristique du rôle joué par la volonté en droit administratif* »⁶³³. Avec cette analyse, on comprend aisément que les aspects communs de l'autonomie de la volonté et du pouvoir discrétionnaire se traduisent par la possibilité d'avoir et d'exercer des choix par le titulaire de l'un ou de l'autre quand il veut prendre une décision. Cependant, si cette possibilité de choisir est fondamentale pour les personnes privées, elle ne peut être pour les personnes publiques que marginale en raison de leur spécificité. Ces dernières sont en effet censées agir dans le cadre de leur compétence et afin de réaliser l'intérêt général.

b) Une marge d'appréciation ne doit pas être comprise comme une liberté contractuelle

272. Un des intérêts principaux de la reconnaissance du principe de liberté contractuelle est de constater que toutes les personnes qui en disposent jouissent du même niveau de liberté. L'application d'une telle idée aux personnes publiques produirait quelques difficultés. Tout d'abord, la variation de l'ampleur de la compétence dont chaque personne publique dispose, conduirait à un exercice inégalitaire de la liberté contractuelle selon la personne publique concernée. D'autre part, l'existence de la compétence elle-même entraînerait un exercice « partiel » de la liberté contractuelle. Dans ce contexte une question se pose : si l'on reconnaît que la liberté contractuelle peut être encadrée, peut-on cependant parler d'une liberté contractuelle des personnes publiques – mais – « partielle », c'est-à-dire

⁶³² J.-C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, Thèse, LGDJ, 1958, P. 7.

⁶³³ J.-C. VENEZIA, « Réflexions sur le rôle de la volonté en droit administratif », in. *Études offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979, t.2, P. 383.

qui ne s'exerce que dans un domaine précis ? Ou, serait-il préférable de trouver un autre concept capable d'expliquer le pouvoir d'appréciation reconnu au profit de celles-ci ?

273. A notre avis le pouvoir discrétionnaire est le fondement le plus adapté pour justifier le pouvoir d'appréciation que les personnes publiques utilisent dans le cadre de leurs relations contractuelles. Il constitue une notion en même temps souple et vaste admettant, en principe, la possibilité d'encadrer ce pouvoir sans limite, car le pouvoir discrétionnaire traduit en réalité une capacité attribuée et non une liberté ; de ce fait il peut bien se concilier avec la compétence de chaque personne publique sans accorder d'importance à l'ampleur de leur aptitude contractuelle.

274. Dans son commentaire sur la réforme du Code des marchés publics de 2004, le professeur Richet considère le pouvoir discrétionnaire comme la véritable traduction du pouvoir d'appréciation attribué aux personnes publiques par ledit Code. Il souligne en effet qu'« *il apparaît tout à fait inadéquat de rattacher à l'individualisme libéral le développement de la liberté des acheteurs publics ; cela relève même du paradoxe étant donné que les acheteurs publics exercent une compétence dans l'intérêt général et non une liberté ; renforcer leur « liberté » c'est, en réalité, développer leur pouvoir discrétionnaire, qui ne peut revendiquer la qualité de « liberté ». Le développement du pouvoir discrétionnaire est même par certains côtés contraire au libéralisme pris dans son sens économique* »⁶³⁴.

275. Ainsi, c'est l'intérêt général et la compétence qui font du pouvoir discrétionnaire l'alternative réelle de la liberté contractuelle où la personne publique pourrait trouver une justification de son pouvoir d'appréciation. G. Péquignot a déjà confirmé cette orientation dans sa théorie générale du contrat administratif en indiquant que « *l'autonomie de la volonté, ainsi entendue dans le sens de liberté contractuelle, a un correspondant dans le droit administratif : c'est le pouvoir discrétionnaire* »⁶³⁵.

Une conception comparable se dégage également des œuvres d'A. Hauriou, J. Rivero et G. Vedel qui nient l'existence de l'autonomie de la volonté dans le droit administratif. En outre, P. Py précise dans sa thèse « *le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux* », et la position de ces auteurs en soulignant que « *Défini comme la part d'initiative, d'indépendance juridique de l'administration, le pouvoir discrétionnaire*

⁶³⁴ L. RICHER, « Le code du silence », à propos du Code des marchés publics de 2004, *RDP*, 2004, P. 1573.

⁶³⁵ G. PEQUIGNOT, *La théorie générale du contrat administratif*, Thèse, Pédone, Paris, 1945. Cité par S. SANUIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », *op. cit.*, P. 617.

correspondrait à l'autonomie de la volonté. Mais bien qu'ayant la même origine, autonomie de la volonté et pouvoir discrétionnaire s'opposeraient et justifieraient une différence entre le droit public et le droit privé. La satisfaction des besoins individuels et subjectifs serait du domaine propre de la volonté autonome en droit privé, alors que l'entreprise administrative serait soumise à une finalité précise, celle de l'intérêt public, déterminée par le législateur »⁶³⁶.

276. Enfin, il ne nous échappe pas de mentionner la position d'E. Picard à l'égard de la signification potentielle de la liberté contractuelle des personnes publiques. Selon lui, s'il faut trouver une définition de la liberté contractuelle, celle-ci ne pourrait être qu'une « *liberté administrative* » ; cette liberté administrative n'est que le pouvoir discrétionnaire. En d'autres termes, « *cette liberté contractuelle ne correspondrait, en réalité, qu'au pouvoir des autorités compétentes, au sein de cette personne publique, de décider de contracter, de choisir le cas échéant ses cocontractants, de fixer les clauses des contrats, de mettre en œuvre éventuellement les pouvoirs contractuels spécifiques aux contrats administratifs. Ce pouvoir ne pourrait, au mieux, s'avérer que discrétionnaire, et l'on ne voit toujours pas, même si cette marge d'autonomie était large, que cette « liberté » puisse s'analyser en une véritable liberté* »⁶³⁷.

Sous-section II

Des principes attachés à l'autonomie de la volonté avec des effets quasi-infirmés

277. Après avoir constaté la difficulté de reconnaître au principe de l'autonomie de la volonté une place dans la sphère du droit administratif ainsi que la complexité de considérer que la personne publique jouisse d'un droit ou d'une liberté fondamentale, une autre question peut se poser : si ce principe en général, et la liberté contractuelle en particulier, étaient reconnus dans le cadre des contrats administratifs, pourraient-ils produire des conséquences analogues à celles qu'ils produisent en droit privé ? La réponse n'est pas évidente car la réfutation de l'autonomie de la volonté et en conséquence de la liberté contractuelle des

⁶³⁶ P. PY, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, Thèse, LGDJ, Bibl. Dr. Pub., t. 124, 1976, P. 31.

⁶³⁷ E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », précité, P. 665.

personnes publiques ne doit pas signifier que la volonté ne joue aucun rôle dans les contrats administratifs.

Afin d'expliquer ce point, il nous semble indispensable de mettre en lumière deux principes essentiels pour lesquels la liberté contractuelle, puisque elle représente l'apparence de la volonté, sera directement concernée. Il s'agit des principes de consensualisme et de la force obligatoire des contrats légalement conclus.

A) Le principe de consensualisme se concilie mal avec les contrats administratifs

278. En termes généraux, le consensualisme est un principe qui peut être défini comme l'accord de volontés des parties, c'est-à-dire comme les volontés qui concordent, qui convergent vers un même objectif. Il s'agit, selon J.-C. Bruère, « *d'une notion dynamique et non statique. En d'autres termes, le consensualisme est plus que le simple consentement, au sens d'accord passif, qui n'en est qu'une des composante* »⁶³⁸.

279. Comme l'autonomie de la volonté, le consensualisme est né dans le cadre du droit privé. Il s'oppose à l'idée selon laquelle le contrat doit être formé selon une forme préétablie. En vertu de ce principe, le critère prédominant de l'existence du contrat est l'existence d'un consentement et d'un accord de volonté des parties. Ainsi, le contrat se forme par le seul échange des consentements, sans qu'il soit nécessaire d'en passer par des solennités⁶³⁹.

280. Cette idéologie, à notre avis, n'est pas applicable aux contrats administratifs, et ce pour deux raisons : la première est l'existence d'un régime exorbitant du droit commun qui règne sur les relations contractuelles des personnes publiques ; la seconde est extérieure à l'administration, il s'agit de la multiplicité des règles normatives venant encadrer la totalité de l'opération contractuelle des personnes publiques.

a) La domination du régime exorbitant du droit commun

281. L'article 1134 du Code civil dispose que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* ». Cette formulation nous montre nettement que le consensualisme constitue un élément essentiel de la conclusion et de

⁶³⁸ J.-C. BRUERE, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RDP*, 1996, P. 1715-1716.

⁶³⁹ L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé », *AJDA*, 1998, P. 676.

l'exécution du contrat. Dans le cadre des contrats administratifs cette interprétation ne peut être valide, car on s'aperçoit que dans ces contrats l'administration règne sans partage.

En effet, ces contrats sont soumis au régime administratif exorbitant du droit commun qui se distingue des prescriptions du droit civil en ce qu'il est notamment possible pour l'administration contractante de modifier, voire de résilier unilatéralement le contrat, sous certaines conditions et moyennant certaines contreparties. Ce régime exorbitant trouve incontestablement son fondement dans la notion d'intérêt général qui anime l'action des personnes publiques⁶⁴⁰.

Le régime exorbitant soutenu par l'intérêt général va ainsi attribuer à la personne publique des pouvoirs qui sont qualifiés de prérogatives de puissance publique. Ces prérogatives apportent restrictions plus strictes au principe du consensualisme en droit administratif qu'en droit privé. Ainsi, dans le cadre du droit privé il existe un contrat qualifié de contrat d'adhésion dont les termes sont imposés par une partie à l'autre. Les clauses sont fixées par avance et aucune discussion n'est possible. Les cocontractants sont alors seulement libres d'adhérer ou non à ce contrat, c'est-à-dire leur consentement se résume à accepter les termes du contrat tels quels ou bien ne pas les accepter du tout sans négociation ; « *à prendre ou à laisser* ». Toutefois, si la volonté de l'un des cocontractants revient à faire un choix entre « oui » ou « non », la position n'est pas la même pour l'autre contractant. Christian Larroumet estime à ce sujet que « *s'il n'est pas douteux que le contrat d'adhésion suppose l'absence de la libre négociation entre les parties (...), il n'y a aucune atteinte à la liberté de celui qui impose sa volonté à l'autre* »⁶⁴¹. En conclusion, la liberté contractuelle est affectée seulement d'un seul côté car l'autre partie peut l'exercer sans obstacles. Dans les contrats administratifs caractérisés par des prérogatives de puissance publique, la situation devient plus compliquée car celles-ci apportent une double restriction : d'une part, l'administration occupe une position supérieure à ses cocontractants car elle peut imposer les termes du contrat ; d'autre part, la personne publique se trouve elle-même sous l'obligation relative de ne pas se désister par voie contractuelle de ces pouvoirs car elle les obtient pour réaliser une mission précise, et cette mission est l'intérêt général. Luc Moreau va confirmer cette réalité en indiquant qu'« *il est une des règles les plus communément admises en droit des contrats administratifs, suivant laquelle il n'est pas permis à une personne publique d'aligner certaines de ses prérogatives,*

⁶⁴⁰ Ibid. P. 1716.

⁶⁴¹ Chr. LARROUMET, *Droit civil*, T.III, *Les obligations*, éd Economica, Paris, 1996, 3^e éd., P. 317.

parmi lesquelles ses pouvoirs de police administrative »⁶⁴². En résumé, dans les contrats administratifs le principe du consensualisme est affecté quand l'administration impose ses stipulations à son cocontractant et également quand elle ne peut pas se désister des prérogatives de puissance publique qui lui sont attribuées par le régime exorbitant du droit commun.

282. En conclusion, nous constatons qu'il est très difficile de concevoir qu'un contrat passé au nom de l'intérêt général soit contraint par des principes qui ont été conçus pour des contrats conclus entre personnes privées, en vue d'intérêts partisans. En d'autres termes, *« l'immutabilité contractuelle, sous réserve bien sûr d'avenants consensuels, semble difficilement compatible avec la mutabilité de l'intérêt général »*⁶⁴³.

b) L'atténuation du consensualisme par les règles normatives

283. Le régime exorbitant du droit commun n'est pas le seul facteur d'affectation du consensualisme dans le cadre de l'opération contractuelle des personnes publiques. En effet, les tempéraments que connaît le consensualisme en droit des contrats administratifs concernent également les deux phases essentielles du contrat.

284. En premier lieu, l'élaboration du contrat administratif est affectée principalement par la multiplicité des règles normatives, d'origine européennes et françaises qui viennent limiter les possibilités d'obtenir des accords consensuels entre les parties contractantes en leur imposant le respect d'un nombre « considérable » de règles contraignantes. La transparence, l'égalité de traitement des candidats et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse sont les exemples les plus caractéristiques de ces contraintes. Ainsi, le consensualisme ne peut s'exercer que dans un cadre préétabli selon les cas par le législateur ou le pouvoir réglementaire⁶⁴⁴. En effet, le législateur fait une distinction entre les marchés publics et les conventions de délégation de service public en attribuant pour ces dernières une marge d'appréciation plus large pour les personnes publiques qui peuvent l'exercer⁶⁴⁵. De plus, le législateur impose une limitation de la durée des contrats de délégation de service public⁶⁴⁶ ainsi que la justification dans la convention de délégation des montants et des modes

⁶⁴² L. MOREAU, « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in. *Mélange Guibal*, CREAM, t.2, 2006, P. 171.

⁶⁴³ J.-C. BRUERE, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », op. cit., P. 1716.

⁶⁴⁴ Ibid. P. 1717.

⁶⁴⁵ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF n° 25 du 30 janvier 1993, P. 1588

⁶⁴⁶ Art. 40 de la loi du 29 janvier 1993.

de calcul, « *des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante* »⁶⁴⁷. Le pouvoir réglementaire à son tour a fait preuve de d'une grande précision dans les dispositions qu'il a édictées dans le cadre du Code des marchés publics. L'article 12 de ce Code impose par exemple des mentions obligatoires. Il s'agit essentiellement de l'indication des parties contractantes, de la définition de l'objet du marché, de l'énumération par ordre de priorité des pièces du marché, du prix ou des modalités de sa détermination, du délai d'exécution du marché ou de sa date d'achèvement, ou encore des conditions de règlement et de résiliation du marché.

285. En second lieu, le consensualisme dans l'exécution du contrat voit sa portée limitée par l'encadrement de toutes les modifications conventionnelles des contrats en cours d'exécution. Si le régime exorbitant du droit commun autorise en principe la personne publique à modifier unilatéralement le contrat administratif pour un motif d'intérêt général, en réalité cette capacité connaît des limites⁶⁴⁸. Le législateur a effectivement restreint le recours à l'avenant en imposant une double condition selon laquelle l'avenant ne saurait bouleverser les conditions économiques d'un marché ou en changer l'objet⁶⁴⁹. De même, le législateur limite les cas de prolongation des contrats administratifs en réglementant dans certains cas la durée même de cette prolongation. L'article 40 de la loi du 29 janvier 1993 prévoit, à l'égard des conventions de délégation de service public, qu'en cas de prolongation pour des motifs d'intérêt général, « *la durée de la prolongation ne peut alors excéder un an* ». Le législateur impose donc au consensualisme contractuel de s'exprimer dans les limites fixées par cette loi⁶⁵⁰.

286. Cette réglementation nous conduit à penser qu'il y a plus adhésion du cocontractant privé au régime particulier des contrats administratifs qu'un véritable consensualisme issu d'une négociation bilatérale des clauses du contrat ; il y a juste consensualisme sur l'application du régime administratif⁶⁵¹. En d'autres termes, les parties contractantes voient leur choix des clauses du contrat limité par l'obligation d'insérer deux types de clauses, selon la conclusion de F. Llorens : des « *clauses obligatoires indépendantes*

⁶⁴⁷ Art. 40-b, alinéa 4.

⁶⁴⁸ Dans ce sens, J.-M. PEYRICAL, « Les avenants source d'unification du droit des contrats publics », in. *Mélange Guibal*, CREAM, 2006, t.1, P. 826.

⁶⁴⁹ Art. 20 C.M.P.

⁶⁵⁰ J.-C. BRUERE, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », précité, P. 1719.

⁶⁵¹ Ibid. P. 1719.

de toutes réglementations à caractère impératif » et des « *clauses obligatoires rappelant des dispositions législatives ou réglementaires à caractère impératif* »⁶⁵².

B) La force obligatoire du contrat est un principe infirmé dans les contrats administratifs

287. La force obligatoire du contrat constitue l'un des aspects essentiels de la doctrine de l'autonomie de la volonté ainsi que de la liberté contractuelle qui est issue de cette dernière. Il postule que si les parties au contrat se sont engagées, elles sont tenues de respecter leurs engagements contractuels⁶⁵³. Cette notion privatiste cependant ne peut produire ses effets sur les contrats administratifs en raison de la particularité de ces derniers. s

a) L'origine civile de la force obligatoire du contrat

288. L'idée même de la force obligatoire vient du postulat selon lequel l'homme est doté d'un pouvoir initial lui permettant de créer des actes juridiques et que ses intérêts l'emportent sur ceux du groupe⁶⁵⁴. En ce sens, les effets des conventions sont imputables uniquement au caractère autonome, c'est-à-dire normatif, de sa volonté⁶⁵⁵. Cette théorie affirme que la qualité souveraine de la volonté de l'individu lui permet de créer, par sa seule force, les contrats et leurs effets obligatoires. Ainsi, la théorie de la force obligatoire refuse d'admettre que l'autorité des contrats soit le résultat d'une puissance extérieure et supérieure à l'homme, y compris celle qui provient de l'Etat lui-même. « *Son rôle est certes important, mais il est strictement circonscrit à la mise en œuvre des moyens permettant le respect des obligations contractuelles. Ce qui explique que les parties au contrat, les juges ou encore les pouvoirs publics doivent avoir une attitude limitée à la mise en œuvre et au respect de la toute puissance de la volonté individuelle, et de la parole donnée* »⁶⁵⁶.

289. Dans le même ordre d'idées, les parties au contrat doivent respecter le contenu de leurs engagements contractuels, car si les contractants sont libres de contracter ou de s'abstenir de le faire, une fois que l'accord a été conclu et formalisé, il ne leur est plus possible de mettre fin, par voie unilatérale, à leur obligation contractuelle ; sauf évidemment

⁶⁵² F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, précité, P. 131 et 132.

⁶⁵³ S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », précité, P. 52.

⁶⁵⁴ G. MARTT et P. RAYNAUD, *Droit civil des obligations*, t.1, Les sources, éd. Sirey, Paris, 1988, 2^e éd., P. 28.

⁶⁵⁵ M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, précité, P. 202.

⁶⁵⁶ M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 44.

si une telle possibilité a été contractuellement prévue. Cette conséquence est énoncée par G. Morin qui indique que « *si l'homme n'est jamais obligé par la volonté des autres, il est obligé par lui-même* »⁶⁵⁷.

290. La force obligatoire doit également être respectée par le juge et le législateur. Ainsi, lorsqu'un conflit survient dans l'exécution du contrat, dès lors que la volonté des parties est sans équivoque, le juge devra le résoudre conformément à ce qui a été prévu par elles. En d'autres termes, le juge devra rechercher la commune intention des parties. Cela doit, en principe, signifier qu'il ne peut, de sa propre initiative, modifier le contenu des obligations contractuelles, quand bien même les obligations contractuelles seraient contraires à l'équité. L'arrêt de la Cour de cassation, rendu dans l'affaire *Canal de Craponne*⁶⁵⁸ confirme ce point. En l'espèce, les juges du fond s'étaient arrogé le pouvoir de réviser les redevances dues par les bénéficiaires d'un droit qu'ils détenaient contractuellement, datant de plus de trois siècles, sous prétexte que cette redevance n'était plus en rapport avec les frais d'entretien du Canal de Craponne. La Cour de cassation annula la décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, en justifiant son attitude par la force obligatoire des contrats : « *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ». Cependant, malgré cette position rigoureuse de la Cour de cassation, il ne faut pas penser que la force obligatoire est un principe intangible. En effet, cette même Cour a pu réputer non-écrites certaines clauses insérées au contrat⁶⁵⁹ telles des clauses reconnues comme étant des clauses abusives portant atteinte aux droits des consommateurs consacrés par la loi du 10 janvier 1978⁶⁶⁰.

291. Le principe de la force obligatoire des contrats exige également qu'il soit respecté par le législateur lui-même qui ne saurait donc porter atteinte à des conventions régulièrement conclues par l'adoption de lois qui auraient un effet rétroactif. Si le législateur pouvait discrétionnairement supprimer ou ajouter des clauses qui n'ont pas été voulues par les contractants, la stabilité des relations contractuelles serait affectée⁶⁶¹. Ce principe suppose

⁶⁵⁷ G. MORIN, *La désagrégation de la théorie contractuelle du Code*, Arch. Phil. du Dr., 1940, P. 8.

⁶⁵⁸ Cass., 6 mars 1876, D.P., 1876, 1, P. 193 ; Sirey, 1876, 1, P. 161 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 12^e éd. 2008, p. 183.

⁶⁵⁹ J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », précité, P. 972.

⁶⁶⁰ Cass. Civ. 1^{re} 14 mai 1991, D. 1991, P. 449, note Ghestin ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^e éd. 2008, p. 137.

⁶⁶¹ Voir la note de H. CAPITANT, D.P., 1917, 2, P. 33.

aussi qu'en cas de conflit de lois dans le temps, non seulement une loi nouvelle ne peut porter atteinte aux contrats antérieurs qui ont produit leurs effets avant son entrée en vigueur, mais encore, les effets des contrats conclus antérieurement à la loi échappent à celle-ci, même s'ils se réalisent postérieurement⁶⁶². Toutefois, cette interprétation n'est pas toujours respectée. En pratique, le législateur peut et « a pu » porter des atteintes au principe de la force obligatoire à plusieurs reprises et pour un motif dit « *d'intérêt général* ». Ainsi, la loi *Quilliot* du 22 juin 1982⁶⁶³ est venue modifier les droits et les obligations des bailleurs et des locataires et les lois sur les économies d'énergie ont imposé l'insertion de « clauses-types » dans les contrats en cours⁶⁶⁴.

292. Enfin, les atteintes juridictionnelles et législatives, qui ne sont pas exceptionnelles, à la force obligatoire du contrat vont établir un grand doute sur son caractère fondamental dans le droit des contrats. J. Ghestin écrit ainsi : « *si la force obligatoire du contrat reste ainsi affirmée comme un principe par la Cour de Cassation, il n'est plus permis cependant de considérer que son immutabilité soit aujourd'hui encore la solution la plus généralement admise par le droit positif* »⁶⁶⁵. Dans ce contexte on comprend bien la raison pour laquelle les rédacteurs du Code civil n'avaient adhéré que très partiellement à l'idée selon laquelle le contrat tire sa force obligatoire de la seule volonté des parties⁶⁶⁶. En effet, le contrat doit sa force contraignante à une norme de droit positif, extérieure et supérieure à la volonté des parties. Cette norme est l'article 1134 du Code civil qui dispose que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

b) Le principe de la force obligatoire s'applique difficilement aux contrats administratifs

293. Si le principe de la force obligatoire rencontre beaucoup d'obstacles dans le cadre du droit privé⁶⁶⁷, peut-on parler d'un rôle fondamental de ce principe en droit des contrats administratifs qui sont censés servir un but d'intérêt général ?

La réponse n'est pas évidente car le droit des contrats administratifs peut curieusement donner l'impression d'adhérer en grande partie aux conséquences du dogme de l'autonomie

⁶⁶² M. MAHOUCI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 45.

⁶⁶³ Loi n° 82-526 du 22 juin 1982, dite *QUILLIOT*, relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs, JORF du 23 juin 1982, P. 1967.

⁶⁶⁴ J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », précité, P. 972.

⁶⁶⁵ J. GHESTIN, *La formation du contrat*, Traité de Droit Civil, 3^e éd., n° 98.

⁶⁶⁶ S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », précité, P. 52.

⁶⁶⁷ C. BRECHON-MOULENES, « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA*, 1998, P. 645.

de la volonté dont la force obligatoire fait partie⁶⁶⁸. En réalité, et à propos de l'applicabilité de l'article 1134 du Code civil sur les contrats administratifs, les auteurs du *Traité des contrats administratifs* ont apporté une réponse précise : « *le contrat administratif lie les parties comme tout contrat. Il n'échappe pas au principe énoncé dans le fameux article 1134 du Code civil* »⁶⁶⁹.

294. Le fondement de la position de ces professeurs réside dans deux décisions principales. Dans la première, le Conseil d'Etat a précisé la place de l'article 1134 en droit des contrats administratifs. Dans son arrêt *Orcibal et Leclère*, le Conseil d'Etat a en effet jugé que : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel* »⁶⁷⁰, et qu'en conséquence le ministre de la guerre ne pouvait se dégager unilatéralement de ses obligations en déclarant que le contrat en cause n'avait plus d'objet.

Dans la seconde, la Haute Juridiction administrative a rappelé l'effet de la force obligatoire dans les contrats de l'administration en posant la théorie dite de l'imprévision. Il souligne qu'« *en principe le contrat règle d'une façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives de l'administration et de son cocontractant (...)* »⁶⁷¹. En d'autres termes, c'est à propos de l'exception à la règle – l'imprévision – que la règle est confirmée.

Autrement dit, ce n'est pas parce qu'en droit administratif il existerait des exceptions à la force obligatoire des conventions (modification unilatérale et imprévision, par exemple) que ce principe ne serait plus valable⁶⁷². Dans ce contexte la limitation stricte de la force obligatoire ne doit pas justifier sa non-applicabilité pour les contrats administratifs. Le professeur Llorens corrobore ce constat en soulignant que « *La doctrine de droit administratif, dans le souci évident de marquer l'originalité de sa matière, a très souvent insisté davantage sur les entorses au principe de la force obligatoire des contrats que sur leurs limites très strictes. Elle a ainsi fait passer de simples tempéraments pour de véritables atteintes. Elle en a surtout tiré argument pour affirmer la spécificité absolue du contrat administratif* »⁶⁷³. L. Richer à son tour, et à propos d'une autre composante de la force

⁶⁶⁸ S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », précité, P. 52.

⁶⁶⁹ A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, 2^e éd., t.1, n° 772, P. 724.

⁶⁷⁰ CE, 12 décembre 1902, S. 1905, III, P. 93.

⁶⁷¹ CE, S. du 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, III, P. 17, note Maurice Hauriou ; *GAJA.*, 15^e éd. n° 31 ; *D.* 1916. 3. 25, concl. Chardenet.

⁶⁷² J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, précité, P. 317.

⁶⁷³ F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, précité, P. 243.

obligatoire des contrats, a pu affirmer qu'en matière d'interprétation du contrat par le juge administratif, « *la référence fondamentale a toujours été la commune intention des parties* »⁶⁷⁴.

295. Cependant, avec très peu de décisions peut-on parler véritablement et sûrement d'un principe dit de force obligatoire des contrats « administratifs » ? La question devient plus compliquée avec l'ampleur des décisions dérogoires à ce principe qui sont rendues par la juridiction administrative et pour un motif d'intérêt général.

296. En tout état de cause, ce principe ne fait pas l'unanimité en doctrine. Les conclusions de Tabuteau sous l'arrêt de 1992, *SNCF c/ Ville de Paris*, en sont la démonstration en la matière. Il a en effet souligné que si « *le contrat administratif est, comme son homologue de droit privé, la loi des parties, il faut bien reconnaître qu'en ce qui concerne le contrat administratif, cette loi est largement une loi d'habilitation de l'administration à adapter le contrat aux nécessités tenant à la poursuite de l'intérêt général* »⁶⁷⁵.

De plus, si le Code civil continue à être visé par le juge administratif, les références expresses à son article 1134 sont tout de même rares⁶⁷⁶. Pratiquement, lorsque l'on effectue une recherche des références à cet article dans la jurisprudence administrative sur la base de données *Légifrance*, dix-neuf références sont citées⁶⁷⁷ et la plupart d'entre elles concerne des litiges dans lesquels le droit privé a une large part, comme la donation à une administration, contrats de travail, etc.... En revanche, si l'on effectue la même recherche pour les juridictions judiciaires, plus de 1000 références sont citées. Au-delà de ces chiffres, un arrêt d'Assemblée du 29 juin 2001, *M. Berton*⁶⁷⁸, donne au Conseil d'Etat l'occasion de citer l'article 1134 du Code civil et d'en extraire « *un principe général du droit dont s'inspirent ces dispositions* » impliquant que toute modification des termes d'un contrat recueille l'accord des deux parties. Mais il s'agit en l'occurrence d'un contrat de droit privé, puisqu'une telle affirmation ne saurait s'appliquer à un contrat administratif soumis au pouvoir de modification unilatérale de l'administration⁶⁷⁹.

⁶⁷⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 4^e éd. 2004, n° 281.

⁶⁷⁵ Concl. sous CE, Sect. 10 avril 1992, RFDA 1993, P. 81.

⁶⁷⁶ S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », précité, P. 53.

⁶⁷⁷ Toutes juridictions confondues et sur l'ensemble des années couvertes par la base de données.

⁶⁷⁸ CE, Ass. 29 juin 2001, *M. Berton*, Lebon P. 296 ; *AJDA*, 2001, P. 648, chron. Guyomar et Collin ; *CJEG* 2002, P. 84, concl. Boissard.

⁶⁷⁹ S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », précité, P. 53.

297. Par ailleurs, une autre question se pose, faut-il estimer que les prérogatives dont l'administration dispose dans le cadre contractuel sont des exceptions ? Ou est-ce plus juste de les qualifier comme des règles ?

Il n'est pas difficile de constater, sans entrer dans un examen détaillé des pouvoirs de l'administration dans le cadre du contrat administratif, que les prérogatives de modification unilatérale et de résiliation unilatérale représentent beaucoup plus que des exceptions à un éventuel principe de force obligatoire du contrat. En effet, comme le relève S. Nicinski, « *ces prérogatives exorbitantes sont plutôt elles-mêmes présentées comme le principe, les exceptions demeurant limitées. Il est surtout intéressant de constater que ces prérogatives préexistent au contrat en tant que règles générales applicables aux contrats administratifs* »⁶⁸⁰. Le pouvoir de modification ou de résiliation attribué à l'administration répond à un objectif précis et montre que le contrat administratif sert le service public en général et plus exactement l'intérêt général. C'est pour cette raison qu'il était dès l'origine conçu que les conséquences du dogme de l'autonomie de la volonté s'accordaient mal avec la raison d'être du contrat administratif.

298. Enfin, il reste une autre question à résoudre : si le principe de la force obligatoire n'est pas applicable aux contrats administratifs, où se trouve la source de la force contraignante de ces contrats ? Se trouve-t-elle réellement dans l'article 1134 du Code civil, si peu utilisé en droit administratif, dans un principe général du droit – ou plus exactement dans une règle générale applicable aux contrats administratifs – ou dans cette autonomie calibrée qu'est celle de l'administration, autonomie soumise à la finalité de la satisfaction de l'intérêt général ?⁶⁸¹ Quant au juge administratif, la question n'a jamais été effectivement tranchée. « *Il a pu admettre l'existence d'une force obligatoire et ses conséquences, mais sa source reste indéterminée* »⁶⁸².

⁶⁸⁰ Ibid. P. 53.

⁶⁸¹ La réponse viendra dans le prochain chapitre.

⁶⁸² S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », précité, P. 54.

Titre II

La liberté contractuelle, une notion peu adaptée aux particularités des personnes publiques

299. Si le principe de la liberté contractuelle rencontre beaucoup de difficultés pour sa reconnaissance juridictionnelle et doctrinale en faveur des personnes publiques, on a pu constater que c'est en raison de leur particularité et de leur spécificité. En effet, même si la personne publique dispose d'une personnalité juridique qui lui permet de conclure des contrats avec les autres, cette personnalité ne lui donne cependant pas la même fonctionnalité que celle reconnue aux personnes physiques et morales de droit privé. Avec de telles particularités la place de la liberté contractuelle dans ces contrats apparaît très résiduelle.

Ces particularités se résument en deux points essentiels : le premier est lié à la finalité pour laquelle la personne publique a été créée ; le second concerne le cadre dans lequel la personne publique peut nouer des relations contractuelles. De fait, la personne publique doit assumer la réalisation de l'intérêt général dans le cadre de la compétence qui lui est attribuée afin de satisfaire cette finalité. A partir de ce constat il nous semble indispensable d'étudier ces deux idées attentivement.

300. Dans le cadre des contrats administratifs et avec les prérogatives de puissance publique dont l'administration dispose, l'intérêt général justifie le respect des engagements contractuels de cette dernière à travers la sécurité juridique. L'intérêt général assiste également à une prépondérance de l'intérêt du service public sur la liberté contractuelle (Chapitre I).

Par ailleurs, la compétence, qui constitue le cadre dans lequel la personne publique peut contracter, joue à son tour un rôle très important dans la limitation de la liberté contractuelle de ladite personne. Ce rôle se perçoit dans la différenciation de l'extension de ce cadre selon la personne publique concernée et lorsque la voie d'exécution de sa compétence est imposée (Chapitre II).

Chapitre I

La difficile compatibilité entre liberté contractuelle et intérêt général

301. Afin de bien comprendre la non-adaptation de la liberté contractuelle à la nature des personnes publiques il est nécessaire d'étudier la finalité de l'action des personnes publiques. En effet, l'idée principale de la liberté contractuelle suggère que la personne qui en dispose a le choix de contracter ou de ne pas contracter, le choix de son cocontractant ainsi que la possibilité de déterminer « librement » le contenu de son contrat de la manière qu'elle considère la plus convenable selon son propre intérêt. La personne publique de son côté a depuis sa création une finalité précise, celle de réaliser l'intérêt général. Ainsi, chaque acte qu'elle rend ou qu'elle conclut doit l'être pour l'intérêt général. Dès lors, si la liberté contractuelle doit être reconnue aux personnes publiques, sa reconnaissance ne peut être que cantonnée au cadre et aux limites que l'intérêt général exige. Une question se pose donc : l'intérêt général permet-il une reconnaissance d'un tel principe ? La réponse, comme toujours dans notre sujet, n'est pas évidente. Elle nous semble négative.

302. En réalité, il est manifeste que l'intérêt général s'insère dans chaque détail de la vie administrative car il constitue le pilier essentiel et la raison d'existence des institutions administratives. Pourtant, dans les contrats administratifs son rôle devient plus compliqué car il n'est pas seulement la raison pour conclure ces contrats, il est également un moyen de justifier certains effets homologues à ceux existant en droit privé tout en conservant la nature particulière des contrats des personnes publiques.

303. Ainsi, en considérant l'intérêt général, on peut concevoir que le respect des engagements contractuels des personnes publiques se fait en application du principe de la sécurité juridique et non de la liberté contractuelle (Section I). L'intérêt général va également attribuer aux principes dirigeant le fonctionnement du service public une place dans laquelle la liberté contractuelle ne peut se présenter que de manière résiduelle (Section II).

Section I

La sécurité juridique des engagements contractuels est un principe non protégé

304. D'un point de vue logique, sans parler de principes, lorsque deux personnes décident de conclure un contrat chacune d'elles cherche toujours à s'assurer que les engagements de l'autre partie seront bien respectés. En droit privé ce respect est bien assuré par le principe de la force obligatoire selon laquelle des engagements légalement consentis tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. Cependant, en droit administratif, la force obligatoire, qui est l'un des effets essentiels de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle, ne peut pas jouer un rôle similaire à celui qu'elle joue en droit privé. En effet, avec les prérogatives de la puissance publique ce principe devient inutile dès lors que l'administration peut à n'importe quel moment modifier le contrat pour un motif d'intérêt général. Comment le cocontractant de la personne publique peut-il alors être en sécurité face à de tels pouvoirs ? Normalement, le cocontractant de l'administration cherche à exécuter le contrat sans changement.

305. En considérant l'intérêt général, la sécurité juridique peut donner une justification plus logique que la force obligatoire pour interpréter le respect des engagements contractuels par les personnes publiques. Ainsi, si le principe de la liberté contractuelle peut établir un fondement légitime au respect des engagements contractuels des personnes privées, le principe de la sécurité juridique sera son alter ego en droit administratif (Sous-section I). Toutefois, la pratique montre que l'intérêt général lui-même donne constamment des raisons pour déroger à ce principe tant du fait du législateur, qui édicte des lois applicables aux contrats en cours d'exécution, que par l'utilisation incessante de prérogatives de puissance publique par la personne publique contractante (Sous-section II).

Sous-section I

La sécurité juridique est le fondement du respect des engagements contractuels des personnes publiques

306. Dans sa théorie générale des contrats entre personnes publiques⁶⁸³, J.-D. Dreyfus pose la question suivante : la force obligatoire revêt-elle la même signification, la même portée pour les contrats administratifs et pour les contrats privés ? De même, les auteurs du *Traité des contrats administratifs* s'interrogent aussi du pouvoir de modification unilatérale du contrat dont l'administration dispose : « *un tel pouvoir est-il la négation de la force obligatoire du contrat pour celui qui en dispose ?* »⁶⁸⁴. De telles interrogations nous incitent également à poser une question. Si les juristes défenseurs de la place de la force obligatoire dans les contrats administratifs reconnaissent la difficulté que ce principe rencontre en raison de particularité des contrats administratif, pourquoi doit-on parler de l'existence d'un principe privatiste mal appliqué ou inapplicable en droit administratif ? Ne serait-il pas mieux de chercher un autre fondement pouvant justifier des effets similaires à ceux existant en droit privé en prenant en considération la particularité des contrats administratifs ? A cet égard, la sécurité juridique nous semble un principe capable de justifier ces effets semblables dans les deux types de contrats en conservant l'originalité des contrats administratifs.

A) Le lien entre la liberté contractuelle et la sécurité juridique est indissociable

307. Dans son rapport public annuel de 2006, le Conseil d'Etat définit la sécurité juridique de la façon suivante : « *le principe de la sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intangibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles* »⁶⁸⁵. Au niveau contractuel, cette formulation doit signifier que la protection des engagements résultant de la liberté contractuelle ne peut exister que par le respect de la sécurité juridique, car, celle-ci constitue

⁶⁸³ J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan, 1997, P. 316.

⁶⁸⁴ A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, 2^e éd., t.1, n° 725, P. 725.

⁶⁸⁵ Rapport annuel public 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, P. 281.

une règle générale protectrice pour toutes les relations contractuelles légalement conclues comme le confirme la jurisprudence.

a) La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle via la sécurité juridique

308. La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle par le principe de la sécurité juridique a été établie même avant de reconnaître à cette liberté une valeur constitutionnelle⁶⁸⁶. En effet, la liberté contractuelle, ou plus précisément ses effets, a pu être protégée d'une manière accessoire puis directe. Dans ce contexte, le principe de la sécurité juridique avait l'occasion à plusieurs reprises d'assumer une telle mission par l'interdiction des atteintes aux contrats légalement conclus, ainsi que de l'économie de ces conventions.

309. Ainsi, par sa décision du 10 juin 1998, le Conseil constitutionnel va considérer une protection indirecte de la liberté contractuelle via le principe de la sécurité juridique en déclarant que : *« le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »*⁶⁸⁷. Même en l'absence de mention expresse de la liberté contractuelle, cette formulation a été interprétée par certains en tant que consécration de rang constitutionnel de la liberté contractuelle⁶⁸⁸.

310. Le même raisonnement se répétera dans la décision du 23 juillet 1999 lorsque le juge constitutionnel décide, en utilisant des termes très voisins, que : *« S'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications aux contrats en cours d'exécution, il ne saurait porter à l'économie des contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »*⁶⁸⁹. Il s'agit ainsi d'une autre décision accordant à la liberté contractuelle une protection indirecte via le principe de la sécurité juridique, ou plus précisément l'économie des contrats légalement conclus. A l'occasion de son contrôle sur la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains, le

⁶⁸⁶ La première décision constitutionnelle qui reconnaît à la liberté contractuelle une valeur constitutionnelle est la décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, cons. n° 37, Rec. P. 190.

⁶⁸⁷ C.C., Déc. n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, cons. n° 29, Rec. P. 258.

⁶⁸⁸ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », *RFDA*, 2006, P. 8.

⁶⁸⁹ C.C., Déc. n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle, cons. n° 19, Rec. P. 100.

Conseil constitutionnel aura la possibilité de révéler, encore une fois, une attitude protectrice des engagements légalement conclus. En effet, la Haute Juridiction constitutionnelle signalera à nouveau que : « *s'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution, il ne saurait porter à l'économie de contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »⁶⁹⁰. Le concept d'économie des contrats et des conventions utilisé par le juge constitutionnel avait déjà été formulé par la Cour de cassation⁶⁹¹ en posant aussi quelques difficultés d'appréhension de son contenu. Pour le doyen Mestre, cette notion touche à l'impératif de sécurité contractuelle⁶⁹². Certains estiment également qu'elle protège la « *prévisibilité des contrats* »⁶⁹³ ou, pour d'autres, le « *respect par les tiers au contrat (...) des stipulations prévues par le contrat* »⁶⁹⁴.

311. En tout état de cause, la protection constitutionnelle indirecte de la liberté contractuelle via la sécurité juridique n'a pas seulement été limitée à l'économie des conventions légalement conclues, elle a aussi été étendue à n'importe quelle atteinte à ces contrats. L'exemple ici est la décision du Conseil constitutionnel du 13 janvier 2003 à propos de la loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi. Le juge constitutionnel, et à l'instar de ce qu'il a mentionné à propos de l'économie des conventions légalement conclues, va accorder son soutien à tous les engagements contractuels en indiquant que « *le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* »⁶⁹⁵.

⁶⁹⁰ C.C., Déc. n° 2000-436 DC du 07 décembre 2000, Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains, cons. n°50, Rec. P. 176.

⁶⁹¹ Cass. com., 3 janvier 1996, inédit, *RJDA*, 1996, n° 490, P.353 ; Cass. com., 16 janvier 1996, Bull. 1996. IV, n° 21, P. 15 ; Cass. com., 26 mars 1996, inédit ; Cass. civ. 3^e, 6 décembre 1995, Bull. 1995, III, n° 250, P. 168 ; Cass. civ. 1^{er}, 3 juillet 1996, inédit, cités par J. Mestre, « L'économie du contrat », *RTD civ.*, 1996, n° 4, PP. 901-904.

⁶⁹² J. MESTRE, « L'économie du contrat », *RTD civ.*, 1996, n° 4, PP. 903-904.

⁶⁹³ N. MOLFESSIS, « Le Conseil constitutionnel redécouvre le droit civil », *RTD civ.*, 1998, n° 3, P 799.

⁶⁹⁴ B. MATHIEU, « La sécurité juridique, un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Mélanges Patrice Gélard, Droit constitutionnel*, Montchrestien, LGDJ, 1999, P. 304.

⁶⁹⁵ C.C., Décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, cons. n° 4, Rec. P. 43 ; V. aussi C.C., Déc. n° 2008-568 DC du 07 août 2008, Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, cons. n° 18, Rec. P. 352 ; C.C., Déc. n° 2009-578 DC du 18 mars 2009, Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, cons. n° 13, Rec. P. 73 ; C.C., Déc. n° 2011-177 QPC du 07 octobre 2011, M. Éric A. [Définition du lotissement], cons. n° 6, Rec. P. 495 ; C.C., Déc. n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, cons. n° 13, Rec. P. 142.

De même, une décision du Conseil constitutionnel rendue le 12 février 2004 relative à la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française reprendra quasiment mot pour mot la formulation précitée : « *le législateur ne saurait permettre que soit portée aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne serait justifiée par un motif d'intérêt général suffisant ; qu'en l'absence d'un tel motif, seraient en effet méconnues les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789* »⁶⁹⁶.

312. Par ces énonciations, le juge constitutionnel montre la forte relation qui existe entre la liberté contractuelle et la sécurité juridique en soulignant que la protection des contrats légalement conclus, élément de la liberté contractuelle, découle non seulement du principe de la liberté mais également du principe de sécurité juridique⁶⁹⁷. Ainsi, la liberté contractuelle dans ce domaine ne peut se présenter que sous l'angle de la sécurité juridique⁶⁹⁸.

313. Toutefois, la relation entre la liberté contractuelle et la sécurité juridique dans la jurisprudence constitutionnelle n'a pas toujours été implicite. En effet, le juge constitutionnel a mentionné plusieurs fois les deux principes simultanément. Un an après la reconnaissance à la liberté contractuelle de la valeur de principe constitutionnel, le Conseil constitutionnel aura l'occasion de lier les deux principes d'une manière directe. Ainsi, après avoir rappelé qu'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution, il précise que le législateur « *ne saurait porter à l'économie des contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789* »⁶⁹⁹. En l'espèce, les députés requérants avaient contesté les dispositions par lesquelles le législateur avait porté atteinte à la liberté contractuelle en imposant aux entreprises concernées la résiliation des contrats d'assurance en cours d'exécution, et en fixant pour la résiliation de ces contrats afférents au régime d'assurances antérieur une date qui ne laisserait aux entreprises concernées qu'un délai d'adaptation très insuffisant.

314. Finalement, la Haute Juridiction constitutionnelle exprimera clairement le lien indissociable entre ces deux principes, à l'égard de la protection des engagements contractuels, en utilisant une formulation indéniable. Le juge considère que : « *d'une part, il*

⁶⁹⁶ C.C., Déc. n° 2004-490 DC du 12 février 2004, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, cons. n° 93. Rec. P. 41.

⁶⁹⁷ Voir dans ce sens, B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *LPA*, 2003, n° 66, PP. 18-26, P. 25.

⁶⁹⁸ A. DUFFY, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », *RDP*, 2006, P. 1582.

⁶⁹⁹ C.C., Déc. n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, cons. n° 27, Rec. P. 145.

est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ; que, d'autre part, le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 »⁷⁰⁰.

b) La protection de la liberté contractuelle via la sécurité juridique par le juge administratif

315. Le mouvement de protection des contrats légalement conclus ne sera pas seulement réservé au juge constitutionnel, celui-ci sera complété par la démarche du juge administratif, et plus précisément, du Conseil d'Etat⁷⁰¹. Ainsi, dans l'arrêt d'Assemblée *Société KPMG*⁷⁰², le Conseil d'Etat aura l'occasion de se prononcer en la matière. Tout d'abord, la Haute Juridiction administrative va rappeler que le principe de la sécurité juridique dit « *confiance légitime* », qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, ne trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire. Il juge, ensuite, qu'« *une disposition législative ou réglementaire nouvelle ne peut s'appliquer à des situations contractuelles en cours à sa date d'entrée en vigueur, sans revêtir par là même un caractère rétroactif ; qu'il suit de là que, sous réserve des règles générales applicables aux contrats administratifs, seule une disposition législative peut, pour des raisons d'ordre public, fût-ce implicitement, autoriser l'application de la norme nouvelle à de telles situations* ». Enfin, si tel est le cas, « *il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle ; qu'il en va ainsi en particulier lorsque les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours qui ont été légalement nouées* ». La formulation du juge administratif est très claire, les engagements légalement conclus ne sauraient être touchés que par la loi et pour des raisons d'ordre public. Dans ce cas et pour qu'elle soit applicable, une réglementation est exigée afin de mettre en œuvre une telle législation.

⁷⁰⁰ C.C., Déc. n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, Loi relative à la sécurisation de l'emploi, cons. n° 6, JORF du 16 juin 2013 p. 9976, texte n°2.

⁷⁰¹ Ph. TERNEYRE, « Secteur public et concurrence : la convergence des principes », *AJDA*, 2007, P. 1909.

⁷⁰² CE, Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG*, req. n° 288460, Lebon. P. 154 ; *RFDA* 2006, P. 463, concl. Y. Aguila ; *AJDA* 2006, P. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica.

316. La sécurité juridique constitue désormais un nouveau terrain avec lequel la juridiction administrative peut accorder à la liberté contractuelle une protection considérable. Celle-ci est le produit de la création d'une nouvelle voie de recours permettant aux requérants de demander au Conseil d'Etat d'envoyer les dispositions législatives soupçonnées d'inconstitutionnalité au Conseil constitutionnel : la « *question prioritaire de constitutionnalité* ».

Dans le cadre de son contrôle de ce type de demandes, le Conseil d'Etat va estimer sérieux le recours par lequel la Société Electricité de France a demandé d'envoyer au Conseil constitutionnel l'article L. 214-4 du Code de l'environnement afin de vérifier sa conformité avec la Constitution⁷⁰³. Aux termes du II de cette article « *L'autorisation⁷⁰⁴ peut être retirée ou modifiée, sans indemnité de la part de l'État exerçant ses pouvoirs de police dans les cas suivants : (...)/ 3° En cas de menace majeure pour le milieu aquatique, et notamment lorsque les milieux aquatiques sont soumis à des conditions hydrauliques critiques non compatibles avec leur préservation* ». Cette formulation, selon la société requérante, implique une atteinte manifeste à ses contrats en cours, ainsi qu'à sa liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La Haute Juridiction administrative a été dans le même sens en considérant que « *le moyen tiré de ce qu'elle « la disposition » porte atteinte, en tant qu'elle s'applique aux concessions hydroélectriques, aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment à la liberté contractuelle et au droit au maintien de l'économie des conventions légalement conclues garantis par les articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (...) soulève une question présentant un caractère sérieux* ». En conséquence, « *il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée* ».

L'analyse de l'ensemble de ces décisions nous conduit à conclure que la relation entre la liberté contractuelle et la sécurité juridique au regard de la protection des contrats légalement conclus est très forte et même indissociable. Cependant, cette vision ne doit pas être généralisée à tous les types de contrats car si l'idée est pertinente dans le cas des contrats de droit privé, elle ne peut avoir la même envergure pour les contrats administratifs.

⁷⁰³ CE, 15 avril 2011, *Société Electricité de France*, req. n° 346459.

⁷⁰⁴ De travaux, installations ou activités présentant un caractère temporaire et sans effet important et durable sur le milieu naturel.

B) Le respect des engagements contractuels en droit administratif est le résultat de la sécurité juridique

317. A ce stade de notre étude une interrogation peut se présenter. Peut-on soutenir la pensée selon laquelle la liberté contractuelle sera le fondement du respect des engagements résultant des contrats administratifs ? En d'autres termes, ne serait-il pas mieux de parler de la sécurité juridique, fondement de la protection des contrats administratifs légalement conclus, indépendamment de la liberté contractuelle ? Afin de répondre à ces interrogations, il convient d'analyser tant la jurisprudence constitutionnelle qu'administrative en la matière.

a) Une interprétation probable de la jurisprudence constitutionnelle

318. Il faut d'abord signaler que malgré la différence substantielle entre la liberté contractuelle et la sécurité juridique, les deux principes aboutissent à l'idée selon laquelle les relations contractuelles légalement conclues doivent être respectées. Toutefois, l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle dans ce domaine nous semble établir que le juge constitutionnel a l'intention de lier son contrôle au principe de la sécurité juridique essentiellement et à la liberté contractuelle d'une manière accessoire. Cette interprétation se renforce lorsque sont en cause des contrats administratifs.

319. Un premier exemple confirmant notre postulat vient de la décision du Conseil constitutionnel du 26 janvier 1995⁷⁰⁵ relative à la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire. En l'espèce, les députés requérants contestaient la constitutionnalité de l'article 36⁷⁰⁶ de la loi déferée au contrôle du juge, lequel prévoyait que les relations contractuelles liant EDF et la Compagnie Nationale du Rhône étaient maintenues jusqu'à la fin de la concession initialement prévue, c'est-à-dire jusqu'en 2023. Or, la convention avait fait l'objet d'une demande en annulation de la part de la CNR. Anticipant sans doute la probable annulation par le juge des contrats, le législateur était donc intervenu pour doter d'un statut impératif le contenu de la convention. Cela constituait l'une des raisons de la saisine du Conseil constitutionnel. Les saisissants estimaient que le législateur, par le biais d'une validation⁷⁰⁷, avait méconnu un aspect essentiel de la liberté contractuelle, celui de

⁷⁰⁵ C.C., Déc. n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, Rec. P. 183.

⁷⁰⁶ L'article 36 : « Le financement des travaux de construction prévus à l'article 1er est assuré, indépendamment des concours mentionnés ci-après, par Electricité de France au titre de la mise à disposition, dans les conditions contractuelles en vigueur, de l'énergie produite par les installations de production hydroélectrique de la Compagnie nationale du Rhône. Ces conditions continueront de régir les relations entre Electricité de France et la Compagnie nationale du Rhône jusqu'à l'expiration de la concession générale mentionnée à l'article 1er ».

⁷⁰⁷ B. MATHIEU, « Les validations législatives devant le juge constitutionnel », *RFDA*, 1995, P. 784.

sa force obligatoire⁷⁰⁸. En répondant sur ce moyen le juge constitutionnel va éviter de prononcer sa décision sur le fondement de la liberté contractuelle – qui n’avait pas à ce moment de valeur constitutionnelle – en se contentant de se référer à la sécurité juridique. Il juge ainsi qu’« *il est loisible au législateur, dans un but d’intérêt général, de modifier, d’abroger ou de compléter des dispositions qu’il a antérieurement prises, dès lors qu’il ne méconnaît pas des principes ou des droits de valeur constitutionnelle ; que le fait que de telles modifications entraînent des conséquences sur des conventions en cours conclues en application de dispositions législatives antérieures n’est pas en lui-même de nature à entraîner une inconstitutionnalité* »⁷⁰⁹.

320. Puis, la décision du 10 juin 1998⁷¹⁰ marquera un pas très important vers l’orientation constitutionnelle à l’égard de la protection des engagements contractuels légalement conclus. Dans cette décision, comme on l’avait déjà mentionné, le Conseil constitutionnel utilisera la formulation suivante : « *le législateur ne saurait porter à l’économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d’une gravité telle qu’elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l’article 4 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789* ». Il est sûr au regard de l’énonciation précitée que la Haute Juridiction constitutionnelle a voulu accorder à l’économie des conventions et contrats légalement conclus une protection constitutionnelle ; il reste cependant à savoir si l’association de cette protection, selon les termes employés, à l’article 4 de la Déclaration constitue une référence à la liberté contractuelle. En effet, l’analyse profonde des faits sur lesquels la décision a été prise montre que la liberté contractuelle ne peut pas établir un fondement du respect de ces engagements, et cela pour les principales raisons suivantes.

321. En premier lieu, le Conseil constitutionnel a accordé cette protection en se prononçant sur les atteintes portées contre la liberté d’entreprendre et « *des droits et libertés des employeurs et des salariés* ». Ainsi, la liberté contractuelle n’a même pas été mentionnée, ni dans la formulation de la décision, ni même dans la lettre de saisine⁷¹¹ ; sauf avec le terme générique de la « *liberté* » de l’article 4 de la Déclaration⁷¹². Cela doit signifier que la protection des conventions et contrats en cours résulterait directement de l’article 4 et non de

⁷⁰⁸ Voir la lettre de saisine, JORF du 1^{er} février 1995, PP. 1712-1713.

⁷⁰⁹ Considérant n° 21.

⁷¹⁰ C.C., Déc. n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d’orientation et d’incitation relative à la réduction du temps de travail », cons. n° 29, Rec. P. 258.

⁷¹¹ Voir la lettre de saisine associée à la décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d’orientation et d’incitation relative à la réduction du temps de travail, JORF du 14 juin 1998, P. 9033.

⁷¹² F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », *RFDA*, 2006, P. 8.

la liberté contractuelle. Cette interprétation se concilie bien avec la décision constitutionnelle du 20 mars 1997 qui indique que : « *le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle. Ainsi que sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis* »⁷¹³.

322. En seconde lieu, l'analyse des tables analytiques du Conseil constitutionnel pour les années 2012 et 2013 montre que la première décision dans laquelle la liberté contractuelle a pu avoir une valeur constitutionnelle est celle rendue le 19 décembre 2000 relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001⁷¹⁴. La reconnaissance ultérieure de cette valeur constitutionnelle nous conduit, selon le même raisonnement, à déduire que les engagements contractuels légalement conclus sont protégés indépendamment de la liberté contractuelle car, ceux-ci ont pu recevoir leur protection constitutionnelle avant même de reconnaître à la liberté contractuelle sa qualité constitutionnelle. Ces arguments peuvent être répétés à propos de la décision du 23 juillet 1999⁷¹⁵ dans laquelle le juge constitutionnel utilisera des termes voisins⁷¹⁶.

323. Par ailleurs, la reconnaissance de la protection constitutionnelle de l'économie ou de la « stabilité » des conventions et contrats légalement conclus indépendamment de la liberté contractuelle ne s'arrêtera pas après avoir reconnu à cette dernière la valeur constitutionnelle. En effet, malgré la forte relation entre les deux principes, plusieurs indices pragmatiques peuvent confirmer cette indépendance.

Le premier indice provient de l'étude des tables analytiques de Conseil constitutionnel qui présente la liberté contractuelle et la sécurité juridique des relations contractuelles en tant que deux principes proches mais à la fois distincts. Afin de détailler la portée de ces deux principes, les tables analytiques précitées emploient la formulation suivante : « *liberté contractuelle et droit au maintien de l'économie des conventions légalement conclues* ». Dans ces tables chaque principe bénéficie d'une analyse autonome de sa portée et de sa conciliation avec les autres principes et normes constitutionnelles, notamment avec l'intérêt général.

⁷¹³ C.C., Déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Loi créant les plans d'épargne retraite, cons. n° 48, Rec. P. 31.

⁷¹⁴ C.C., Déc. n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, cons. n° 37, Rec. p. 190.

⁷¹⁵ C.C., Déc. n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle, cons. n° 19, Rec. P. 100.

⁷¹⁶ F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », précité, P. 9.

Le deuxième indice est le constate que le Conseil constitutionnel, à plusieurs reprises, se prononce sur la question de la protection des contrats en cours d'exécution sans impliquer son énonciation dans aucune référence à la liberté contractuelle⁷¹⁷, même si cette dernière a été mentionnée dans la lettre de saisine. La décision du 18 mars 2009⁷¹⁸ relative à la loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion peut nous éclairer en la matière. En l'espèce, les requérants avaient contesté que plusieurs dispositions de la loi précitée s'appliquent immédiatement sur des contrats en cours. Ils avaient établi leur requête sur la violation des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui garantissent la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre, ainsi que la sécurité juridique⁷¹⁹. Le Conseil constitutionnel va cependant répondre seulement en se référant aux articles 4 et 16 de la Déclaration d'une manière avec laquelle on pense qu'il a eu l'intention de protéger plutôt la sécurité juridique, ou en d'autres termes « *la stabilité des relations contractuelles* »⁷²⁰. Le juge constitutionnel répétera une formulation qu'il a utilisée, comme on l'a vu, depuis 2002 soulignant que « *le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789* ». Ainsi, la liberté contractuelle n'est concernée que d'une manière « *accessoire* ».

Notre troisième et dernier indice réside dans la formulation la plus récente du Conseil constitutionnel à l'égard de la protection des conventions et contrats légalement conclus. En effet, la Haute Juridiction constitutionnelle emploiera dans sa décision du 13 juin 2013⁷²¹ un raisonnement intéressant. Dans un premier temps, il rappelle la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle et son lien direct avec l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Puis, dans un deuxième temps, il déclare d'une manière indépendante que les atteintes législatives aux contrats légalement conclus ne peuvent être reconnues que pour un

⁷¹⁷ C.C., Déc. n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, cons. n° 29, Rec. P. 258 ; C.C., Déc. n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi », cons. n° 4, Rec. P. 43 ; C.C., Déc. n° 2008-568 DC du 07 août 2008, Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, cons. n° 18, Rec. P. 352 ; C.C., Déc. n° 2011-177 QPC du 07 octobre 2011, M. Éric A. [Définition du lotissement], cons. n° 6, Rec. P. 495 ; C.C., Déc. n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives », cons. n° 13, Rec. P. 142.

⁷¹⁸ C.C., Déc. n° 2009-578 DC du 18 mars 2009, Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, cons. n° 13, Rec. P. 73.

⁷¹⁹ Voir la lettre de saisine associée à la décision précitée.

⁷²⁰ V. OGIER-BERNAUD, « La liberté contractuelle et le principe de faveur face au juge constitutionnel », *D.*, 2004, somm. comm., PP. 1280-1281.

⁷²¹ C.C., Déc. n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, Loi relative à la sécurisation de l'emploi, cons. n° 6, JORF du 16 juin 2013, P. 9976, texte n°2.

motif d'intérêt général. Précisément, « *d'une part, il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi. D'autre part, le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789* ».

324. Une telle analyse nous montre une véritable séparation constitutionnelle entre la liberté contractuelle et la sécurité juridique de telle manière que le respect des engagements contractuels ait un fondement totalement isolé de la liberté contractuelle. Ce fondement réside non seulement dans l'article 4 de la Déclaration qui protège la liberté en général et la liberté contractuelle en particulier, mais également dans l'article 16 de cette Déclaration qui estime que le respect de ces engagements constitue un droit plus qu'une liberté. En conséquence, la protection constitutionnelle des engagements contractuels résulte directement du principe de la sécurité juridique, et non de la liberté contractuelle qui joue un rôle secondaire dans ce domaine.

325. Si tel est le cas dans l'ensemble des décisions constitutionnelles rendues afin de protéger les contrats et conventions de droit privé, alors que peut-on dire des contrats administratifs où l'intérêt général joue un rôle fondamental dans leur raison d'être ?

b) Une interprétation confirmée par le Conseil d'Etat

326. La pauvreté de la jurisprudence constitutionnelle à propos de la stabilité des contrats administratifs ne prive cependant pas de décisions intéressantes même si elles sont peu nombreuses dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

327. A ce stade de notre analyse nous allons nous concentrer sur deux décisions essentielles. Dans la première, le Conseil d'Etat relève la particularité des contrats administratifs ; dans la seconde, il utilise une formulation séparant la sécurité juridique des relations contractuelles et la liberté contractuelle à l'instar du Conseil constitutionnel.

328. Tout d'abord, dans sa décision *Société KPMG* du 24 mars 2006⁷²² l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, comme on l'a déjà noté, indique qu'une disposition législative ou

⁷²² CE, Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG*, req. n° 288460, Lebon. P. 154 ; *RFDA*, 2006, P. 463, concl. Y. Aguila ; *AJDA*, 2006, P. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica.

réglementaire nouvelle ne peut s'appliquer à des situations contractuelles en cours à sa date d'entrée en vigueur, sans revêtir donc un caractère rétroactif. Si tel est le cas, seule une disposition législative peut, pour des raisons d'ordre public, fût-ce implicitement, autoriser l'application de la norme nouvelle à de telles situations.

La particularité de cette décision venant avec une réserve intervient entre les deux phrases précédentes. Selon la Haute Juridiction administrative l'obligation d'avoir une autorisation législative motivée par l'intérêt général et des raisons liée à l'ordre public, se fait « *sous réserve des règles générales applicables aux contrats administratifs* ». Alors, comment faut-il comprendre cette formulation ?

329. Il est évident que le juge administratif a l'intention de dire que les contrats administratifs disposent dans ce domaine d'une position spécifique attachée à leur objectif de servir l'intérêt général cependant, il reste à savoir de quelles règles générales il s'agit. M. Terneyre, avoue avoir des difficultés à identifier immédiatement « *quelles sont ces « règles générales » applicables aux contrats administratifs qui justifient qu'une réglementation nouvelle sans habilitation législative puisse modifier ces contrats dès son entrée en vigueur* »⁷²³. Pour lui, cette règle générale ne peut pas être celle qui implique que certains contrats administratifs contiennent des clauses réglementaires qui pourraient ainsi être affectées instantanément par une réglementation nouvelle. Car si cette théorie joue au bénéfice des tiers « *intéressés* » au contrat, elle n'a jamais signifié que les parties au contrat ne pouvaient prétendre au maintien de ces clauses réglementaires qui, entre les cocontractants, ont une valeur exclusivement contractuelle⁷²⁴.

Il nous semble que cette règle générale relève des prérogatives de puissance publique qui donne à l'administration en général, et à la personne publique contractante à un contrat administratif en particulier, à tout moment, le pouvoir de le modifier unilatéralement pour des motifs d'intérêt général. Et plus précisément, elle tient au caractère exorbitant du droit commun des contrats administratifs.

330. Dans la seconde décision, rendue le 15 avril 2011⁷²⁵, le Conseil d'Etat aura l'occasion par le nouveau moyen de recours édicté par la dernière réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 – la question prioritaire de constitutionnalité –, de révéler le fondement de

⁷²³ Ph. TERNEYRE, « Secteur public et concurrence : la convergence des principes », *AJDA*, 2007, P. 1909.

⁷²⁴ *Ibid.*

⁷²⁵ CE, 15 avril 2011, *Société Electricité de France*, req. n° 346459.

la stabilité des relations contractuelles en cours. En l'espèce, la requérante, EDF, avait contesté que la disposition en cause s'appliquait aux contrats en cours⁷²⁶, et que, par voie de conséquence, elle portait atteinte en particulier à sa liberté contractuelle. En répondant positivement sur la demande de renvoi, le juge administratif va utiliser la formulation suivante : *« le moyen tiré de ce que la disposition contestée porte atteinte, en tant qu'elle s'applique aux concessions hydroélectriques, aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment à la liberté contractuelle et au droit au maintien de l'économie des conventions légalement conclues garantis par les articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789...soulève une question présentant un caractère sérieux »*. Ainsi, pour le Conseil d'Etat, comme pour le Conseil constitutionnel, le respect des engagements contractuels légalement conclus trouve son fondement indépendamment de la liberté contractuelle. Ce fondement est la sécurité juridique qui se représente par le droit au maintien de l'économie des conventions légalement conclues découlant des articles 4 et 16 de la Déclaration. Il est clair que l'emploi de la conjonction de coordination « et » pourrait tout résumer.

331. Plus récemment, et sur le même moyen, le Conseil d'Etat a confirmé cette interprétation en refusant d'envoyer au Conseil constitutionnel la disposition législative litigieuse. Il a en effet jugé que *« eu égard aux motifs d'intérêt général poursuivis par les dispositions législatives contestées...le législateur ne peut être regardé comme ayant porté une atteinte disproportionnée aux contrats en cours et n'a pas méconnu le principe de la liberté contractuelle »*⁷²⁷.

Sous-section II

La dérogation au principe de la sécurité juridique des engagements contractuels

332. Si le principe de la liberté contractuelle a une importance fondamentale sur le plan théorique, comme le remarque M. Broussolle, *« la réalité économique et juridique tend à en réduire considérablement la portée »*⁷²⁸. Ce paradoxe entre l'exigence théorique et la

⁷²⁶ En l'espèce, ils sont des concessions hydroélectriques.

⁷²⁷ CE, 17 juillet 2013, *la Commune de Taiarapu-Est*, req. n° 368780.

⁷²⁸ Y. BROUSSELLE, « Le paradoxe du principe de la liberté contractuelle », *JCP G.*, 1995, n° 13, P. 121.

réalité juridique apparaît nettement à l'égard de la protection de la stabilité des conventions et contrats en cours d'exécution. En effet, l'analyse de la jurisprudence rendue en la matière montre que l'intérêt général constitue un obstacle considérable pour la protection juridictionnelle de ces contrats. Tant pour le juge constitutionnel que pour le juge administratif, l'intérêt général a une position supérieure à celle de la sécurité juridique des relations contractuelles. Or, comme l'intérêt général est supposé au préalable être présent dans les actes législatifs et administratifs, la protection attendue, par voie de conséquence, ne peut jouer qu'un rôle résiduel.

A) La non-rétroactivité des lois n'est pas sérieusement appliquée

333. La consécration du principe de non-rétroactivité, qui constitue un élément fondamental de la sécurité juridique, a été établie par l'article 2 du Code civil qui prévoit que : « *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ». Selon cette disposition, en principe, la loi ne saurait être appliquée à des relations contractuelles antérieurement conclues. Cependant, dans la jurisprudence constitutionnelle, le concept même de non-rétroactivité n'est pas toujours respecté.

a) La limitation de la protection constitutionnelle de la non-rétroactivité des lois

334. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 1789 joua un rôle très important dans la consécration du principe de non-rétroactivité. Selon l'article 8 de la Déclaration : « *la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ». La rétroactivité des lois en matière pénale n'est donc pas autorisée. Mais, peut-on généraliser la non-rétroactivité des lois à tous les autres domaines et notamment aux relations contractuelles légalement conclues ?

En répondant à la question précitée, l'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel nous montre une vision peu optimiste. L'ensemble de ses décisions restreint en effet la protection constitutionnelle en cette matière aux lois qui portent atteinte aux exigences constitutionnelles résultant de l'article 8 de la Déclaration.

335. Un premier exemple est donné avec la décision du 29 décembre 1984⁷²⁹ dans laquelle le Conseil constitutionnel va estimer que le caractère rétroactif des dispositions fiscales ne s'oppose pas à la Constitution. Précisément, « *aucun principe ou règle de valeur*

⁷²⁹ C.C., Déc. n° 84-184 DC du 29 décembre 1984, Loi de finances pour 1985, cons. n° 32, Rec. P. 94.

constitutionnelle ne s'oppose à ce qu'une disposition fiscale ait un caractère rétroactif». Le juge constitutionnel répétera sa position en précisant que la non-rétroactivité n'est pas protégée dans le domaine fiscal. Pour lui, « *il est loisible au législateur d'adopter des dispositions nouvelles permettant dans certaines conditions de ne pas faire application des prescriptions qu'il avait antérieurement édictées dès lors qu'il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles* »⁷³⁰. Cette approche sera à plusieurs reprises dans la jurisprudence constitutionnelle qui ainsi la confirmera⁷³¹. Cependant, la Haute Juridiction constitutionnelle va assouplir sa rigidité envers la non-rétroactivité des lois par l'ajout d'une nouvelle exigence à respecter par le législateur lorsqu'il édicte des dispositions rétroactives : celle de rechercher, si tel était le cas, un intérêt général suffisant. Ainsi, dans sa décision du 18 décembre 1998, le Conseil constitutionnel considérera que « *si le législateur a la faculté d'adopter des dispositions fiscales rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles* »⁷³².

336. L'exigence de l'intérêt général ne sera pas seulement limitée aux matières fiscales. En effet, elle s'étend à tous les autres domaines dans lesquels le législateur pourrait formuler des textes disposant d'effets rétroactifs. A cet égard, la décision constitutionnelle du 18 décembre 2001 vient confirmer cette position en jugeant que « *si, dans les autres matières, le législateur a la faculté d'adopter des dispositions rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles* »⁷³³. Quelques jours plus tard, la même formulation sera utilisée par le Conseil constitutionnel afin de renforcer sa jurisprudence en la matière⁷³⁴. Ainsi, une question se pose : quelles sont les matières dans lesquelles la rétroactivité des lois serait autorisée ? En d'autres termes, la non-rétroactivité des dispositions législatives serait-elle écartée dans certain domaine ? La réponse à cette interrogation n'est pas évidente, il faut déterminer si la non-rétroactivité pour le juge constitutionnel est une règle ou si elle est une exception.

⁷³⁰ C.C., Déc. n° 95-369 DC du 28 décembre 1995, Loi de finances pour 1996, cons. n° 4, Rec. P. 257.

⁷³¹ C.C., Déc. n° 97-391 DC du 07 novembre 1997, Loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier, cons. n° 6, Rec. P. 232 ; C.C., Déc. n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, Loi de finances pour 1998, cons. n° 17, Rec. P. 333 ; C.C., Déc. n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000, Loi de finances pour 2001, cons. n° 9, Rec. P. 211.

⁷³² C.C., Déc. n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999, cons. n° 5, Rec. P. 315.

⁷³³ C.C., Déc. n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002, cons. n° 27, Rec. P. 164.

⁷³⁴ C.C., Déc. n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, Loi de finances pour 2002, cons. n° 21, Rec. P. 180.

337. Une analyse approfondie de la jurisprudence constitutionnelle nous révèle que la non-rétroactivité des lois n'est qu'une exception s'appliquant en matière pénale. Les exemples ici sont assez nombreux. Ainsi, dans sa décision du 26 juin 1986, le Conseil constitutionnel a déclaré que « *le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 qu'en matière répressive* »⁷³⁵. Plus précis, dans sa décision du 16 janvier 1991 il jugera que : « *le principe de non rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive* »⁷³⁶. Une telle formulation implique que la seule protection accordée par le juge constitutionnel au principe de non-rétroactivité ne concerne que les matières répressives. Cette dernière formulation se répétera littéralement dans les décisions constitutionnelles postérieurement rendues⁷³⁷ afin de renforcer la position du juge constitutionnel à l'égard de la non-rétroactivité. Pour lui, à l'exception des matières répressives, il est donc loisible au législateur d'édicter des dispositions rétroactives pourvu qu'elles soient justifiées par un motif d'intérêt général suffisant : « *Le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive ; que, si, dans les autres matières, le législateur a la faculté d'adopter des dispositions rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles* »⁷³⁸. Cette autorisation peut-elle également s'appliquer aux contrats et conventions en cours d'exécution ?

b) Une protection fragile aussi pour les contrats et conventions en cours d'exécution

338. Une lecture attentive des décisions du Conseil constitutionnel rendues à propos de dispositions rétroactives portant atteinte aux conventions et contrats légalement conclus, nous conduit à distinguer deux moments. Tout d'abord, le Conseil constitutionnel va considérer la sécurité juridique des relations contractuelles comme un principe non

⁷³⁵ C.C., Déc. n° 86-207 DC du 26 juin 1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, cons. n° 35, Rec. P. 61.

⁷³⁶ C.C., Déc. n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales, cons. n° 39, Rec. P. 24.

⁷³⁷ Voir, C.C., Déc. n° 95-369 DC du 28 décembre 1995, Loi de finances pour 1996, cons. n° 4, Rec. P. 257 ; C.C., Déc. n° 97-391 DC du 07 novembre 1997, Loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier, cons. n° 6, Rec. P. 232 ; C.C., Déc. n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, Loi de finances pour 1998, cons. n° 17, Rec. P. 333 ; C.C., Déc. n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999, cons. n° 5, Rec. P. 315 ; C.C., Déc. n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000, Loi de finances pour 2001, cons. n° 9, Rec. P. 211.

⁷³⁸ C.C., Déc. n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002, cons. n° 27, Rec. P. 164 ; C.C., Déc. n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, Loi de finances pour 2002, cons. n° 21, Rec. P. 180.

constitutionnel puis, il attribuera au droit au maintien de l'économie des conventions légalement conclues la valeur de norme constitutionnelle.

339. Dans sa décision du 4 juillet 1989⁷³⁹, le juge constitutionnel a eu la possibilité de montrer sa position sur le moyen tiré de la violation du principe de non-rétroactivité en matière contractuelle. En l'espèce, les députés auteurs de la saisine soutenaient que la loi déferée était rétroactive dans la mesure où elle dispose qu'à l'exception des cas où s'exerce le contrôle de l'autorité administrative les cessions d'actions de sociétés privatisées sont libres nonobstant toute convention contraire antérieure à ladite loi. Il y aurait, par suite, une remise en cause de situations contractuelles dans la mesure où se trouveraient caduques les stipulations de conventions intervenues dans le passé qui restreignaient la libre cessibilité des actions des sociétés. Par voie de conséquence, elle produisait un effet contraire au principe de non-rétroactivité des lois qui, en matière contractuelle, a valeur constitutionnelle. Les requérants ajoutaient qu'il est affirmé à cet égard que la rétroactivité en matière contractuelle se heurte tant au principe de sûreté posé par l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qu'à un principe fondamental reconnu par les lois de la République solennellement réaffirmé par le Préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958⁷⁴⁰.

En répondant à ce moyen, la Haute Juridiction constitutionnelle souligne qu'« *en inscrivant la sûreté au rang des droits de l'homme, l'article 2 de la Déclaration de 1789 n'a pas interdit au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution* »⁷⁴¹. Il ajoute également qu'« *antérieurement à l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution de 1946, diverses lois ont, pour des motifs d'intérêt général, fixé des règles s'appliquant à des contrats en cours ; qu'ainsi, la prohibition de toute rétroactivité de la loi en matière contractuelle ne saurait être regardée comme constituant un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens de l'alinéa premier du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* »⁷⁴². La formulation n'a pas besoin d'interprétation : le principe de la non- rétroactivité de la loi en matière contractuelle n'a pas valeur constitutionnelle.

⁷³⁹ C.C., Déc. n° 89-254 DC du 04 juillet 1989, Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations, Rec. P. 41.

⁷⁴⁰ Considérant n° 11.

⁷⁴¹ Considérant n° 12.

⁷⁴² Considérant n° 13.

340. Notons que pour le Conseil constitutionnel, ce n'est pas seulement la non-rétroactivité des lois qui n'a pas valeur constitutionnelle car cette règle s'applique également au principe de la sécurité juridique : « *le principe de non rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive ... qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit un principe dit de "confiance légitime" »*⁷⁴³. Donc, ni la non-rétroactivité des lois en matière contractuelle, ni la sécurité juridique ne disposent d'une valeur constitutionnelle.

341. Toutefois, la décision précitée de la jurisprudence constitutionnelle ne restera pas sans développement. En effet, comme on l'a déjà mentionné, à partir de sa décision du 10 juin 1998, le Conseil constitutionnel accordera aux contrats et conventions légalement conclus une certaine protection constitutionnelle.

Dans un premier temps, il va déclarer que le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte « *d'une gravité* » telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789⁷⁴⁴. Selon cette formulation, seule l'atteinte grave aux contrats et conventions en cours doit donc être punie. Cependant, la décision ne précise pas le moyen par lequel le juge constitutionnel pourrait estimer que le législateur a dépassé la limite autorisée.

L'ambiguïté autour de cette formulation incitera le Conseil constitutionnel à adopter une autre formulation indiquant qu'il est loisible au législateur de porter atteinte aux contrats et conventions légalement conclus à condition qu'elle soit justifiée par l'existence d'un intérêt général suffisant⁷⁴⁵. Ainsi, en se prononçant sur une question prioritaire de constitutionnalité, la Haute Juridiction constitutionnelle a pu bien préciser la relation entre la protection attribuée aux contrats en cours d'un côté, et le pouvoir du législateur à son égard de l'autre. Précisément, « *il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine*

⁷⁴³ C.C., Déc. n° 97-391 DC du 07 novembre 1997, Loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier, cons. n° 6, Rec. P. 232.

⁷⁴⁴ C.C., Déc. n° 98-401 DC du 10 juin 1998, « Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail », cons. n° 29, Rec. P. 258 ; C.C., Déc. n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, cons. n° 27, Rec. P. 145.

⁷⁴⁵ C.C., Déc. n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail, cons. n° 42, Rec. P. 33 ; C.C., Déc. n° 2004-490 DC du 12 février 2004, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, cons. n° 93, Rec. P. 41 ; C.C., Déc. n° 2008-568 DC du 07 août 2008, Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, cons. n° 18, Rec. P. 352 ; C.C., Déc. n° 2011-141 QPC du 24 juin, Société Électricité de France [Police de l'eau : retrait ou modification d'une autorisation], cons. n° 5, Rec. P. 304 ; C.C., Déc. n° 2012-659 DC du 13 décembre 2012, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2013, cons. n° 79, Rec. P. 680.

de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; que, ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ; qu'en particulier, il méconnaîtrait la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant ; que, de même, il ne respecterait pas les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 s'il portait aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un tel motif»⁷⁴⁶. Encore une fois, une telle formulation n'a aucun besoin d'interprétation. La règle est que le législateur « à tout moment » a le droit d'édicter des dispositions avec un effet rétroactif en matière contractuelle, mais à une seule condition : y'avoir un intérêt général « *suffisant* ».

342. Comment peut-on estimer que l'intérêt général est suffisant ? Autrement dit, comment le législateur peut-il savoir que les dispositions s'appliquant rétroactivement sont dotées d'un intérêt général suffisant ?

Malheureusement l'ensemble des décisions du Conseil constitutionnel ne permet pas de connaître ce mécanisme. Ainsi, il appartient seulement au juge constitutionnel d'estimer si le législateur a dépassé l'autorisation constitutionnelle, ou, en d'autres termes, si l'intérêt général, qui est supposé dans son acte, n'était pas suffisant.

343. En tout cas, l'analyse générale de l'ensemble des décisions du Conseil constitutionnel à ce propos est favorable à l'existence perpétuelle de cet « *intérêt général suffisant* » dans les lois contestées. En effet, malgré les atteintes portées par le législateur aux contrats et conventions légalement conclus, la Haute Juridiction constitutionnelle considère que de telles atteintes ne sont pas graves, ou même qu'elles n'existent pas. Cette considération intervient après avoir rappelé de manière constante la nécessité d'avoir un intérêt général suffisant. On peut constater cette tendance depuis la décision du 10 juin 1998 par laquelle le juge constitutionnel a estimé que : « *Les incidences de l'entrée en vigueur des articles 1er et 3 de la loi sur les contrats de travail ainsi que sur les accords collectifs en cours... ne sont pas de nature à porter à l'exigence en matière de protection de l'économie des conventions et contrats légalement conclus, une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la*

⁷⁴⁶ C.C., Déc. n° 2013-322 QPC du 14 juin 2013, M. Philippe W. [Statut des maîtres sous contrat des établissements d'enseignement privés], cons. n° 7, JORF du 16 juin 2013 P. 10026.

Déclaration de 1789. Le grief doit donc être écarté »⁷⁴⁷. Ces justifications se répéteront d'une manière constante. Récemment, dans sa décision du 13 juin 2013⁷⁴⁸, le Conseil constitutionnel nous a rappelé sa position en la matière. En l'espèce, parmi les moyens soulevés, les députés requérants contestaient la disposition prévoyant la fixation d'une durée minimale de travail à temps partiel à 24 heures au motif que son application rétroactive porterait atteinte aux conventions légalement conclues⁷⁴⁹. Le juge constitutionnel va juger cependant que « *le droit au maintien des conventions légalement conclues ne fait pas davantage obstacle à ce que le législateur fixe la durée minimale de travail à temps partiel* »⁷⁵⁰, et par voie de conséquence, le grief tiré de ce que le texte en cause porterait atteinte aux conventions légalement conclues doit être écarté. Ainsi, en dépit de son application à des situations contractuelles en cours, le fait d'avoir un intérêt général « *suffisant* », sans savoir comment l'estimer, a incité le Conseil constitutionnel à considérer qu'une telle disposition n'est pas de nature à porter atteinte au droit au maintien des conventions légalement conclues.

B) La dérogation au principe de non-rétroactivité est autorisée même dans la jurisprudence du Conseil d'Etat

344. Selon le rapport annuel du Conseil d'Etat de 2006, le principe de sécurité juridique ne figure ni dans notre droit administratif, ni dans notre corpus constitutionnel⁷⁵¹. Certains auteurs vont même jusqu'à qualifier le concept de « *clandestin* »⁷⁵².

Si telle est la position de la sécurité juridique dans la pensée du Conseil d'Etat alors, en l'état actuel de la jurisprudence administrative, quelle est sa portée notamment au regard des relations contractuelles en cours d'exécution ?

a) La portée du principe

345. Le principe de la sécurité juridique suppose naturellement que le droit soit prévisible et que par conséquent les situations juridiques restent relativement stables. Toutefois, ce principe est dépourvu de la valeur d'un principe général du droit. Ce constat est

⁷⁴⁷ C.C., Déc. n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, cons. n° 29, Rec. P. 258

⁷⁴⁸ C.C., Déc. n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, Loi relative à la sécurisation de l'emploi, JORF du 16 juin 2013 P. 9976

⁷⁴⁹ Considérant n° 16.

⁷⁵⁰ Considérant n° 17.

⁷⁵¹ Conseil d'Etat, Rapport public annuel 2006, Sécurité juridique et complexité du droit, La Documentation française, Paris 2006, P. 229.

⁷⁵² B. MATHIEU, « La sécurité juridique, un principe constitutionnel clandestin mais efficient », précité, P. 301.

noté dans le rapport du Conseil d'Etat précité qui précise que « *malgré l'absence de reconnaissance solennelle d'un principe de sécurité juridique, de nombreuses règles en sont issues* »⁷⁵³.

Dans ce contexte, la sécurité juridique a inspiré de nombreuses exigences de la part du Conseil d'Etat, exprimées tant dans le cadre de ses attributions consultatives que jurisprudentielles. Il en va ainsi du respect de la hiérarchie des normes, de la clarté des énoncés législatifs et réglementaires, de la simplicité des dispositifs et des procédures, de la cohérence du corpus normatif, de l'aménagement des régimes transitoires, de la prohibition, sauf cas particulier et justification tirée de motifs impérieux d'intérêt général, des validations législatives. Il en va également de l'interdiction pour une autorité administrative de retirer, au-delà d'un certain délai, les actes créateurs de droit, même lorsqu'ils sont illégaux, posée par la décision *Dame Cachet* du 3 novembre 1922⁷⁵⁴.

346. Cependant, le rapport du Conseil d'Etat conclut que cette prise en compte de la sécurité juridique par la jurisprudence du Conseil d'Etat ne va pas jusqu'à sa consécration explicite. En effet, « *le juge administratif ne place pas l'exigence de sécurité juridique, et encore moins le principe de confiance légitime, au rang des principes généraux du droit... Il ne les évoque jamais expressément, sauf pour les litiges relatifs à l'application de dispositions du droit communautaire, depuis une décision d'Assemblée du contentieux, en date du 25 juillet 2001, Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles*⁷⁵⁵ »⁷⁵⁶.

347. La doctrine, de son côté, relève aussi la non-reconnaissance explicite de la sécurité juridique en tant que principe général du droit. R. Chapus souligne que « *c'est un fait que le droit national n'a pas (pas encore) consacré de façon expresse un principe général de sécurité juridique. Il ne faut pas qu'en soit masquée la réalité, qui est faite de la reconnaissance des multiples concrétisations d'un tel principe* »⁷⁵⁷. Toutefois, dans son commentaire sous la décision du Conseil d'Etat du 6 novembre 2002, P. Delvolvé précise que si ni la sécurité juridique ni la confiance légitime ne sont formulées en tant que principes du

⁷⁵³ Conseil d'Etat, Rapport public annuel 2006, op. cit., P. 291.

⁷⁵⁴ CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, Rec. P. 790.

⁷⁵⁵ CE, Ass. 5 juillet 2001, *FNSEA*, Rec. P. 340.

⁷⁵⁶ Conseil d'Etat, Rapport public annuel 2006, op. cit., P. 293.

⁷⁵⁷ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1, 15^e édition. Montchrestien 2001, n° 135, P. 105.

droit interne, « *il faut bien reconnaître que, de manière générale, elles sous-tendent beaucoup de solutions* »⁷⁵⁸.

348. Par ailleurs, la non-consécration expresse du principe de la sécurité juridique parmi les principes généraux du droit ne saurait être un obstacle à la reconnaissance d'un principe général de « *non-rétroactivité des actes administratifs* » rappelé par l'arrêt d'Assemblée du 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore*⁷⁵⁹. Une telle reconnaissance pose la question de savoir si la portée de ce principe sera étendue aux relations contractuelles en cours d'exécution et notamment aux contrats administratifs.

349. Malheureusement, ledit rapport ne nous permet pas d'avoir une réponse à cette interrogation car il ne traite explicitement que de la non-rétroactivité de la loi. Selon ce document, « *la non-rétroactivité de la loi constitue l'un des fondements de la sécurité juridique : elle est impérative en droit pénal, et d'une façon plus générale en matière répressive, notamment pour les sanctions financières. Elle n'a pas la même portée dans les autres domaines où il peut y être dérogé pour des motifs d'intérêt général* »⁷⁶⁰. Dans ce cas, il ne nous reste qu'à chercher cette réponse dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

b) Une dérogation autorisée pour un motif d'intérêt général

350. Tout d'abord, il convient de noter que la menace à l'encontre de la stabilité des contrats administratifs peut provenir soit d'un acte unilatéral de l'administration contractante, soit d'une décision administrative prise sur le fondement du pouvoir réglementaire afin d'appliquer des dispositions législatives portant des effets rétroactifs. Il est évident que les prérogatives de la puissance publique dont la personne publique contractante dispose, lui permettent d'introduire des modifications unilatérales aux contrats en cours, même si ces modifications aboutissent à résilier le contrat en cause comme on l'a déjà vu et comme nous le verrons en détail ultérieurement. Nous nous contenterons ici d'étudier seulement la deuxième hypothèse.

351. Une analyse détaillée de la jurisprudence du Conseil d'Etat montre à ce sujet plusieurs décisions significatives. L'interprétation de la jurisprudence rendue dans ce domaine n'est cependant pas évidente. Le professeur Moderne révèle cette difficulté en indiquant que « *l'une des difficultés d'interprétation majeures de la jurisprudence administrative vient d'un*

⁷⁵⁸ P. DELVOLLE, note sous CE, Sect., 6 novembre 2002, *Mme Soulier, RFDA*, 2003, P. 225.

⁷⁵⁹ CE, Ass. 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore*, Rec. P. 289 ; Grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 15^e éd. 2005, n° 682, P. 392.

⁷⁶⁰ Conseil d'Etat, Rapport public annuel 2006, op. cit., P. 283.

désaccord conceptuel quant à la qualification des situations juridiques en cause lorsqu'intervient une disposition réglementaire affectant les contrats en cours : la nouvelle norme a-t-elle effet rétroactif ? Ou est-elle d'effet immédiat ? »⁷⁶¹.

352. Ainsi, par sa décision du 7 décembre 1973, *Le Couteur et Sloan*⁷⁶², le Conseil d'Etat va marquer un pas très important à l'égard de la non-rétroactivité. De cet arrêt on peut déduire que la loi nouvelle n'a, en principe, aucun effet sur les situations contractuelles nouées antérieurement à son entrée en vigueur et, par voie d'extension, toute disposition réglementaire qui s'appliquerait à des contrats en cours doit être considérée comme illégale car contraire au principe de non-rétroactivité des actes administratifs⁷⁶³. Mais, doit-on comprendre que seul le législateur a le droit d'édicter des règles rétroactives et qu'ainsi le pouvoir réglementaire ne dispose pas de la même possibilité ? Afin de répondre à cette question, l'Assemblée Générale du Conseil d'Etat a rendu deux décisions importantes apportant beaucoup de précisions à notre sujet.

353. S'agissant des moyens relatifs à l'entrée en vigueur immédiate du décret n° 2005-1412 du 16 novembre 2005, portant approbation du code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes, la Haute Juridiction administrative dans sa décision de 24 mars 2006, *société KPMG*⁷⁶⁴, va prononcer un jugement en plusieurs étapes. Dans une première étape, elle répond sur le moyen tiré de la méconnaissance du principe de confiance légitime en indiquant que « *Le principe de confiance légitime, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, ne trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire ; que tel n'est pas le cas en l'espèce ... le moyen tiré de la méconnaissance du principe invoqué est, par suite, inopérant* ». Le juge précise aussi l'origine communautaire du principe de confiance légitime, en limitant en même temps son application dans l'ordre juridique national aux cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire.

⁷⁶¹ F. MODERNE, « Sécurité juridique et sécurité financière », *RFDA*, 2006, P. 492.

⁷⁶² CE, 7 décembre 1973, *Le Couteur et Sloan*, req. n° 80357, Rec. P. 704.

⁷⁶³ Voir dans ce sens, S. BRACONNIER, « L'indemnisation des préjudices nés de la rupture anticipée d'un contrat public d'affaire pour motif d'intérêt général », *AJDA*, 2009, P. 2035.

⁷⁶⁴ CE, Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG*, req. n° 288460, Lebon. P. 154 ; *RFDA*, 2006, P. 463, concl. Y. Aguila ; *AJDA*, 2006, P. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica ; *BJCP* 2006. 173, concl. Y. Aguila et note Ph. Terneyre.

354. Dans une deuxième étape, le Conseil d'Etat statue sur le moyen tiré de l'application du Code de déontologie aux situations contractuelles en cours en précisant : « *Considérant qu'une disposition législative ou réglementaire nouvelle ne peut s'appliquer à des situations contractuelles en cours à sa date d'entrée en vigueur, sans revêtir par là même un caractère rétroactif ; qu'il suit de là que, sous réserve des règles générales applicables aux contrats administratifs, seule une disposition législative peut, pour des raisons d'ordre public, fût-ce implicitement, autoriser l'application de la norme nouvelle à de telles situations* ». Cette formulation porte beaucoup d'implications et autant d'interrogations.

355. En premier lieu, notons que la règle générale selon le Conseil d'Etat est que la nouvelle disposition législative ou réglementaire ne peut pas avoir un effet rétroactif sur les situations contractuelles en cours. Cette règle se concilie bien avec la règle qui prévoit que toute disposition législative est immédiatement applicable aux situations en cours qui n'ont pas un caractère contractuel, conformément au principe selon lequel nul n'a le droit au maintien d'une réglementation, sans que le principe de non-rétroactivité « *se trouve mis en cause* »⁷⁶⁵. La première lecture de cette décision montre qu'une exception peut, en deuxième lieu, être seulement reconnue au législateur mais à condition qu'elle soit justifiée par des raisons d'ordre public. Cela doit signifier que le pouvoir réglementaire, même à titre exceptionnel, ne dispose pas de la capacité d'édicter, sans avoir une autorisation législative, des normes s'appliquant aux situations contractuelles en cours d'exécution. En troisième et dernier lieu, la manifestation de la volonté législative de l'application immédiate et rétroactive des normes nouvelles sur les contrats en cours peut être explicite ou même implicite. Toutefois, pour que la nouvelle loi s'applique implicitement aux contrats en cours, il faut qu'elle soit fondée sur ce qui est parfois qualifié, selon l'expression du président Vught, « *d'ordre public renforcé* »⁷⁶⁶.

356. Cette décision du Conseil d'Etat porte également des interrogations fondamentales. La règle précitée est-elle applicable aux contrats privés uniquement ou également aux contrats administratifs ? Le Conseil d'Etat a en effet mentionné une réserve particulière dans cette décision en faveur des contrats administratifs. De même, une

⁷⁶⁵ Concl. B. GENEVOIS sous CE, sect. 19 décembre 1980, *Révilod*, Rec. P. 479 ; V. CE, 25 juin 1954, *Syndicat national de la meunerie à seigle*, Lebon 379 ; CE, 20 mai 1966, *Hautbois*, Lebon 346 ; CE, 10 mars 1995, *Association des pilotes professionnels français*, Lebon T. 645 ; CE, 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, Lebon P. 540.

⁷⁶⁶ E. GEFFRAY, concl. sous CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux c/Commune d'Olivet*, req. n° 271737 et 271782, *RFDA*, 2009, P. 452.

interrogation se pose à propos de l'expression « *des raisons d'ordre public* », car, le domaine de ce dernier, comme on le sait, est très vaste.

Afin de répondre, exclusivement, à la première question il convient de bien interpréter la formulation utilisée par le Conseil d'Etat. En effet, après avoir consacré la règle prohibant tout effet rétroactif des dispositions législatives et réglementaires sur les situations contractuelles en cours, le juge administratif a ajouté deux exceptions, la première est accordée au législateur et la deuxième est attribuée selon ses propres termes aux « *règles générales applicables aux contrats administratifs* ». Ainsi, la limitation de l'autorisation d'introduire un texte rétroactif au seul législateur ne saurait être applicable qu'aux seuls contrats privés⁷⁶⁷. Cette interprétation devient plus acceptable si l'on reconnaît que les règles générales précitées font référence au caractère exorbitant du droit commun des contrats administratifs⁷⁶⁸ qui autorise la personnes publique contractante, et pour un motif d'intérêt général, de modifier unilatéralement son contrat et même de le résilier. Ainsi, et parce que le régime exorbitant du droit commun trouve sa source dans les prérogatives de la puissance publique, cette exception doit logiquement être étendue de telle manière que le pouvoir réglementaire aura également la capacité d'édicter des normes nouvelles s'appliquant d'une façon rétroactive aux contrats administratifs, dès lors qu'un motif d'intérêt général le justifie. En d'autres termes, les normes nouvelles décrétées à l'initiative du pouvoir réglementaire ne sauront être appliquées qu'aux situations contractuelles administratives.

357. Dans une troisième et dernière étape, la Haute Juridiction administrative ordonne qu'« *il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle ; qu'il en va ainsi en particulier lorsque les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours qui ont été légalement nouées* ». Selon cette formulation, aucune disposition législative nouvelle ne peut être applicable à des situations contractuelles en cours sans mesures transitoires prises par le pouvoir réglementaire.

358. Une autre occasion s'est présentée au Conseil d'Etat de se prononcer sur la non-rétroactivité des normes nouvelles à l'égard des situations contractuelles en cours dans sa

⁷⁶⁷ S. BRACONNIER, « L'indemnisation des préjudices nés de la rupture anticipée d'un contrat public d'affaire pour motif d'intérêt général », *AJDA*, 2009, P. 2036.

⁷⁶⁸ E. GEFFRAY, concl. sous CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux c/Commune d'Olivet*, req. n° 271737 et 271782, *RFDA*, 2009, P. 453.

décision rendue en Assemblée générale le 8 avril 2009 sur l'affaire, *Compagnie générale des eaux c/ Commune d'Olivet*⁷⁶⁹. Dans cet arrêt le Conseil d'Etat va confirmer sa position susmentionnée en ajoutant une précision concernant l'autorisation législative implicite. Il juge en effet que « *dans le cas où elle n'a pas expressément prévu ... l'application des normes nouvelles qu'elle édicte à une situation contractuelle en cours à la date de son entrée en vigueur, la loi ne peut être interprétée comme autorisant implicitement une telle application de ses dispositions que si un motif d'intérêt général suffisant lié à un impératif d'ordre public le justifie et que s'il n'est dès lors pas porté une atteinte excessive à la liberté contractuelle* ». Cela signifie que le pouvoir réglementaire, via une habilitation législative implicite, ne peut appliquer aux contrats en cours des dispositions rétroactives que si un motif d'intérêt général suffisant lié à un impératif d'ordre public le justifie et que de telles dispositions ne portent pas une atteinte « *excessive* » à la liberté contractuelle.

Dans cet arrêt, il nous semble que le Conseil d'Etat a essayé de faire une sorte de mélange inspiré, d'un côté, de la jurisprudence constitutionnelle à l'égard de la liberté contractuelle et du droit au maintien des conventions légalement conclues qui lie la possibilité de reconnaître les atteintes à ces principes à l'existence d'un motif d'« *intérêt général suffisant* » ; d'un autre, de l'ancienne jurisprudence administrative – rendue à propos de la dérogation au principe de non-rétroactivité des actes administratifs – selon laquelle en l'absence d'habilitation législative expresse la loi nouvelle s'applique aux contrats en cours si des considérations d'ordre public suffisamment impératives le justifient⁷⁷⁰.

Section II

La prépondérance de l'intérêt du service public sur la liberté contractuelle

359. Le service public se définit en tant qu'activité exercée directement par une collectivité publique (Etat, collectivité territoriale ou locale) ou sous son contrôle, dans le but

⁷⁶⁹ CE, ass. 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux (CGE) c/ Commune d'Olivet*, req. n° 271737 et 271782, Rec. P. 116 ; *RFDA*, 2009, P. 449, concl. Edouard Geffray.

⁷⁷⁰ Voir dans ce sens. CE, sect., 11 décembre 1970, *Société des Etablissements Sonauto et autres*, Lebon P. 748 ; CE, sect., 29 janvier 1971, *Emery et autres*, Lebon P. 80 ; *AJDA*, 1971, P. 409, concl. Vught ; CE, ass. 18 octobre 1974, *Veuve Rodet*, Lebon P. 494 ; CE, 3 novembre 1997, *Société Intermarbres*, Lebon P. 393 ; CE, 30 décembre 1998, *Entreprise Chagnaud SA*, Lebon T. 721.

de satisfaire un besoin d'intérêt général⁷⁷¹. En d'autres termes, une activité constitue un service public « *quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public* »⁷⁷². Selon ces définitions deux éléments sont intéressants pour notre étude. Le premier est que le service public est une « *activité* », et le second est que la finalité de cette activité consiste à « *satisfaire un besoin d'intérêt général* ».

360. En étudiant la relation entre la liberté contractuelle et l'activité exercée par les personnes publiques, il nous semble que cette liberté ne peut jouer, notamment pour les collectivités locales, qu'une place secondaire dans le choix du mode de gestion du service public concerné. De même, l'intérêt général participe à donner aux principes dirigeant le fonctionnement du service public une position supérieure à la liberté contractuelle de telle sorte que la reconnaissance de cette dernière aux personnes publiques devienne inutile voire vaine.

Ainsi, nous analyserons d'une part, la réalité de l'ampleur du choix dont la personne publique dispose au moment de la sélection entre une gestion directe et déléguée, ainsi que dans le cadre des activités de souveraineté et de l'exercice de prérogatives de la puissance publique (sous-section I). Et d'autre part, nous étudierons l'incompatibilité de la liberté contractuelle avec les deux principes exigés pour un bon fonctionnement du service public : la continuité du service public, qui constitue un principe fondamental tant pour le juge constitutionnel que pour le juge administratif ; et la mutabilité du service public, qui accorde au pouvoir réglementaire et contractuel une latitude considérable qui pourrait limiter plusieurs aspects de la liberté contractuelle (sous-section II).

Sous-section I

La délimitation du choix du mode de gestion du service public

361. La diversité des tâches des personnes publiques incite ces dernières à trouver la bonne manière de gérer leurs activités afin d'arriver au meilleur fonctionnement du service concerné. Cependant, la nature publique de la mission prise en charge par les personnes publiques rend le choix du mode de gestion du service public en cause très encadré et même

⁷⁷¹ Dictionnaire Larousse.

⁷⁷² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1, Montchrestien, 2000, P. 569.

réglementé. La délimitation législative et jurisprudentielle de ce choix se présente plus clairement lorsque sont en cause les collectivités territoriales. En effet, beaucoup de restrictions apportées à la liberté contractuelle se réalisent via des textes prescrivant aux collectivités territoriales un mode de gestion déterminé d'un service public. La réglementation peut imposer aux collectivités territoriales de gérer directement, en régie, c'est-à-dire par leurs propres moyens, un service public⁷⁷³. Dans ce cas, l'atteinte portée à la liberté contractuelle sera radicale puisque les collectivités locales ne pourront pas en confier la gestion à un tiers par voie contractuelle. Le résultat sera quasiment le même lorsque la délégation de service public est attachée à l'exercice d'activités qui ne sont pas, par leur nature, déléguables.

A) Le cas du choix entre la gestion directe et la gestion déléguée

362. A ce stade de notre étude, convenons que la personne publique dispose, à l'égard du mode de gestion de son service public, d'une « *liberté de choix* » relativement non négligeable. Cependant, les textes et la jurisprudence apportent une limitation progressive à ce choix en rendant la liberté contractuelle très encadrée, voire même en tendant, dans certains cas, à la faire disparaître.

363. Selon les professeurs Guglielmi et Koubi, « *jusqu'à l'intervention du législateur au début des années 1990, l'autorité délégante disposait par principe d'une grande liberté de choix qui ne poussait guère le juge administratif à distinguer les étapes et les composantes du choix. Mais depuis les lois des 6 février 1992 et 29 janvier 1993, la liberté de choix a rencontré ses premières limites dans des textes qui autorisent non seulement un contrôle juridictionnel plus approfondi à terme, mais aussi une analyse juridique plus fine du processus de passation* »⁷⁷⁴.

364. Historiquement, la liberté – ou il convient mieux de dire « *l'autonomie* » – de choix entre la gestion directe « *en régie* » et l'habilitation d'une personne tierce a connu une évolution parallèle à celle de l'intervention générale par voie de service public dans l'économie. En effet, du 19^e siècle jusqu'aux années 1930, la liberté de délégation du service public n'était qu'une apparence trompeuse résultat d'un double phénomène⁷⁷⁵. D'un côté, la possibilité d'intervention dans l'économie était limitée par la tutelle de l'Etat et par la protection des deniers publics. D'un autre côté, la jurisprudence de cette époque n'a reconnu

⁷⁷³ M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Thèse, PUAM, 2002, P. 280.

⁷⁷⁴ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, Montchrestien, 3^e éd. 2011, P. 444.

⁷⁷⁵ Ibid. P. 447.

cette intervention comme régulière qu'à la condition de ne pas porter atteinte au principe de liberté du commerce et de l'industrie⁷⁷⁶. Or, comme le mode de gestion, « *de principe* », des activités industrielles et commerciales est le recours à l'entreprise privée, l'intervention par voie de service public dans ces activités, sous la pression du contrôle du juge, a été réalisée par habilitation d'une personne privée⁷⁷⁷.

365. Si le principe de libre choix du mode de gestion des services publics est aujourd'hui justifié par l'argumentation du commissaire du gouvernement Romieu dans ses conclusions sur l'arrêt Babin⁷⁷⁸, il nous semble aussi nécessaire de savoir sur quels fondements réside cette liberté de choix.

a) Des fondements inévitables de la « liberté » du choix

366. De multiples éléments peuvent constituer des fondements à cette liberté « *autonomie* » du choix ; des fondements constitutionnels, législatifs et européens.

367. S'agissant des fondements constitutionnels, on peut distinguer entre deux types d'institutions, étatique et locale. Ainsi, dans le cadre de l'exercice de la souveraineté nationale, les organes de l'Etat, qu'il s'agisse du pouvoir législatif ou exécutif, disposent d'une liberté d'appréciation pour intervenir dans le choix des moyens mis en œuvre. Si le pouvoir du législateur n'est pas négligeable en la matière, celui de l'exécutif mérite une précision.

Sur le fondement de l'article 37 de la Constitution le pouvoir réglementaire bénéficie d'une clause générale de compétence dont on peut déduire que dans le silence de la loi, quant au mode de gestion à choisir, les autorités administratives concernées disposeront d'un pouvoir de décision individuelle sur le choix du mode de gestion du service public⁷⁷⁹.

De même, de l'article 72 de la Constitution résulte le principe de la libre administration des collectivités territoriales. Une des modalités d'exercice de ce principe, qui est organisé par l'article 34 de la Constitution, implique que lesdites collectivités disposent du

⁷⁷⁶ D. d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, art. 7.

⁷⁷⁷ CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. P. 333. S. 1901, III, 73, note Hauriou ; CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. 583, RDP, 1930, P. 530, concl. Josse, S. 1931, III, P. 73, note Alibert ; CE, 24 novembre 1933, *Zénard*, Rec. P. 1100, S. 1934, III, P.105, concl. Detton, note Mestre ; CE, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, Rec. P. 562, AJDA, 1964, P. 686, chron.

⁷⁷⁸ CE, 4 mai 1906, *Babin*, Rec. P. 363. V. aussi CE, 23 juin 1933, *Planche*, RDP, 1934, P. 267.

⁷⁷⁹ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, op. cit., P. 450.

pouvoir de choisir le mode de gestion des services publics locaux qui entrent dans le cadre de leur compétence en application de la notion d'*affaires locales*.

368. De plus, le législateur, et notamment s'agissant du niveau local, édicte des lois fournissant le cadre principal de l'intervention dans le cadre normatif de la décentralisation. En effet, on constate que les lois de décentralisation ont posé de manière générale le principe de la liberté de choix du mode de gestion des services publics. C'est le cas par exemple de l'article L. 1111-2 du Code général des collectivités territoriales qui prévoit que « *Les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence* ». Ainsi lesdites lois précisent surtout la compétence des assemblées locales pour régler, par leurs délibérations, les affaires locales relevant de leur niveau d'administration. Ces affaires locales comprennent les services publics locaux, et en particulier l'organisation de leur gestion, y compris le choix du mode de gestion⁷⁸⁰.

369. Enfin, on estime que le droit européen a pu, jusqu'à présent, jouer un rôle positif au profit du principe de libre choix du mode de gestion du service public. En effet, force est de constater, selon les professeurs Guglielmi et Koubi, que les textes d'origine européenne ne remettent nullement en question la liberté de choix du mode de gestion des services publics. « *Au contraire, la liberté de choix demeure le principe pour chaque Etat membre, car elle est considérée comme liée à sa souveraineté nationale. La jurisprudence européenne se garde bien de contraindre le choix stratégique entre gérer en régie ou bien en délégation*⁷⁸¹. Une telle attitude est d'ailleurs renforcée par l'article 345 TFUE (ex-222 TCE) qui interdit aux organes européens d'intervenir directement dans le régime de la propriété de chacun des Etats membres. La forme juridique des entreprises bénéficiaires d'une habilitation à gérer un service public, ou entreprises chargées d'activités d'intérêt général, est donc laissée à l'entière liberté d'appréciation des Etats membres »⁷⁸².

370. Si de tels fondements ne sont pas négligeables pour reconnaître le principe dit de « *la liberté du choix du mode de gestion des services publics* » sur un plan théorique, on se demande si sur un plan pratique ledit principe peut produire des effets.

⁷⁸⁰ Ibid. P. 452.

⁷⁸¹ CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Lochau*, Rec. P. I-1, *AJDA*, 2005, P. 898, note Rolin.

⁷⁸² G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, précité, P. 453-454.

b) Des restrictions considérables de la liberté de choix

371. La reconnaissance de l'existence d'un principe de libre choix du mode de gestion du service public ne doit pas nous conduire à imaginer que la personne publique dispose d'une autonomie absolue en la matière. Force est de constater en effet que le juge administratif et le législateur fournissent des dispositions limitant, voire supprimant ce choix. Quelques exemples permettent d'illustrer cette tendance.

I- Restrictions jurisprudentielles

372. A titre d'exemple, et sur le fondement de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946, le Conseil d'Etat a jugé que, quel que soit le rang de l'entreprise publique, seule la loi peut décider de privatiser une entreprise au cas où elle gère un service public rattaché à l'Etat⁷⁸³. Ici le mode de gestion n'est donc plus le résultat d'un choix.

373. Au niveau local, les collectivités territoriales ont pu recevoir du juge administratif, via le principe constitutionnel de libre administration, une liberté de choix du mode de gestion des services publics⁷⁸⁴. Cependant cette reconnaissance n'a pas privé le juge de poser progressivement des restrictions à leur choix. A ce sujet, et à l'égard de l'information des élus locaux, le Tribunal administratif d'Orléans indique que l'information et la documentation des membres du conseil municipal sur les affaires de la commune constituent une mission de service public incombant à la commune elle-même et qu'il lui appartient donc de l'administrer et de la financer directement⁷⁸⁵. En l'espèce, la Commune de Bourges avait confié, par une délibération, à une association le soin d'assurer aux conseillers municipaux une connaissance approfondie des règles régissant la vie de la commune. De même, le Conseil d'Etat va limiter cette autonomie contractuelle dans certains domaines. Dans ce cadre, il interdira aux départements de confier à une personne de droit privé la mission de prévention des maladies mentales juvéniles. La Haute Juridiction administrative jugera en effet que *« considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions législatives et réglementaires que le département n'est habilité à contracter avec des organismes de droit public ou de droit privé... qu'en vue de compléter les conventions d'association que sont tenus de souscrire les hôpitaux psychiatriques départementaux, ainsi que le prévoit d'ailleurs l'article 6 de l'arrêté susmentionné... Les dispositions législatives n'autorisent pas ces collectivités locales à*

⁷⁸³ CE, 30 juin 1995, *Union des syndicats CGT de la Caisse des dépôts*, req. n° 150716, *CJEG*, 1996, P. 23, concl. Bonichot.

⁷⁸⁴ V. en ce sens, CE, ass. 12 décembre 2003, *Département des Landes*, req. n° 236442 ; *AJDA*, 2004, P. 195 ; CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix en Provence*, req. n° 284736, *AJDA*, 2007, P. 793.

⁷⁸⁵ T.A. d'Orléans, 22 octobre 1992, *Préfet du Cher c/ Commune de Bourges*, *JCP* 1993, éd. G., IV, 2061.

conclure une convention ayant pour objet ou pour effet, comme c'est le cas pour la convention litigieuse, de confier à une personne de droit privé la mission de prévention... qui incombe au département lui-même »⁷⁸⁶.

II- Restrictions législatives

374. Si l'analyse des textes législatifs généraux montre une orientation vers la reconnaissance du principe de libre choix du mode de gestion des services publics, le régime juridique en vigueur révèle que beaucoup de textes spéciaux de nature législative imposent le mode de gestion, parfois dès sa création, ou limitent son choix. Ce constat est confirmé par Thierry Dal Farra qui estime qu'« *une matière peut être regardée comme indélégalable par nature, en raison d'un ensemble de dispositions législatives* »⁷⁸⁷. L'ampleur de ces limitations nous conduit à constater que le rapport entre principe – exception devient paradoxal, car les exceptions, qui augmentent progressivement, deviennent de plus en plus la règle en la matière.

375. Les exemples sont très nombreux citons notamment la conservation des archives communales qui doit être assurée par les collectivités territoriales elles-mêmes. L'article L. 212-6 du Code du Patrimoine est très clair sur ce point : « *Les collectivités territoriales sont propriétaires de leurs archives. Elles en assurent elles-mêmes la conservation et la mise en valeur* ». Autrement dit, elles doivent assurer personnellement cette mission. Le texte même autorise une dérogation très limitée à cette interdiction à l'égard des régions et la collectivité territoriale de Corse. En effet, ces collectivités peuvent assurer elles-mêmes cette mission ou la confier respectivement par voie contractuelle au service d'archives du département où se trouve le chef-lieu de la région ou de la collectivité territoriale de Corse. La même règle est appliquée aux groupements des collectivités territoriales⁷⁸⁸. En outre, le Code général des collectivités territoriales vient poser des limites du choix du mode de gestion de certains services publics. L'article L. 1424-1 de ce Code prévoit notamment le devoir de créer dans chaque département un établissement public dénommé « *service départemental d'incendie et de secours* », dont le but est d'assurer « *la prévention, de la protection et de la lutte contre les incendies* »⁷⁸⁹. Cette disposition a pour effet d'imposer le mode de gestion des services de secours par un établissement public et donc ne leur permet de contracter que dans les matières

⁷⁸⁶ CE, 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français*, req. n° 50176 ; *AJDA*, 1989, P. 407, obs. X. Prétot.

⁷⁸⁷ Y. GAUDEMET, B. STIRN, Th. DAL FARRA, F. ROLLIN, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 1997, P. 249.

⁷⁸⁸ Voir l'article L. 212-6-1 du Code du Patrimoine.

⁷⁸⁹ Voir l'article L. 1424-2 du Code général des collectivités territoriales.

de gestion non opérationnelles. Précisément, « *l'établissement public susmentionné... peut passer avec les collectivités locales ou leurs établissements publics toute convention ayant trait à la gestion non opérationnelle du service d'incendie et de secours* »⁷⁹⁰. Par voie de conséquence, la mission principale de ces établissements doit toujours rester à leur charge. De même, la loi Montagne⁷⁹¹ prévoit la même obligation au niveau des communes, en indiquant qu'elles ont le devoir d'organiser les secours en montagne sans pouvoir déléguer cette mission.

376. L'imposition du mode de gestion⁷⁹² peut se produire également dans tous les domaines qui impliquent une mission de service public comme c'est le cas lorsque la loi impose aux communes le recours à la formule de l'établissement public pour leur centre communal d'action sociale⁷⁹³, leur caisse des écoles⁷⁹⁴, ou encore leur caisse de crédit municipal⁷⁹⁵. L'imposition peut aussi résulter d'un acte du pouvoir réglementaire, c'est le cas par exemple de l'ordonnance du 7 janvier 1959⁷⁹⁶ relative à la voirie des collectivités territoriales qui impose sa gestion en régie directe.

377. Avec de telles et multiples restrictions, peut-on parler concrètement d'une liberté du choix du mode de gestion des services publics « efficace » ?

B) Des activités de service public non déléguables en raison de leur nature

378. La question qui se pose à ce stade de notre recherche est la suivante : en l'absence de textes, législatifs et réglementaires, réglementant expressément le mode de gestion d'un service public, les personnes publiques sont-elles véritablement libres de choisir le mode de gestion d'un tel service ? La pratique juridique de la délégation révèle que pour certaines activités, il y a absence de choix entre l'acte unilatéral et l'acte contractuel du fait que lesdites activités doivent être assurées seulement par un acte unilatéral. La liberté contractuelle, dans ces matières, ne peut donc jouer aucun rôle. En raison de leur nature, ces activités ne peuvent faire l'objet d'une délégation et elles sont regroupées généralement dans

⁷⁹⁰ L'alinéa II de l'article L. 1424-1 du Code général des collectivités territoriales.

⁷⁹¹ Loi Montagne, précisée par une circulaire du ministre de l'intérieur du 22 septembre 1987, J.O.R.F., du 22 septembre 1987. cité par M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 282.

⁷⁹² J.-F. LACHAUME et al., *Droit des services publics*, Armand Colin, 3^e édition 2004, P. 167.

⁷⁹³ Voir l'article L. 123-4 du Code de l'action sociale et des familles.

⁷⁹⁴ Voir l'article L. 212-10 du Code de l'éducation.

⁷⁹⁵ Voir l'article L. 514-1 du Code monétaire et financier.

⁷⁹⁶ Ordonnance n° 59-115 du 7 janvier 1959 RUR, relative à la voirie des collectivités locales, JORF du 7 janvier 1959 P. 634.

deux catégories : des activités attachées aux prérogatives de puissance publique et des activités liées à l'exercice de la souveraineté.

a) Des activités attachées à l'exercice de prérogatives de puissance publique

379. Les prérogatives de puissance publique font partie des missions qui doivent être assurées individuellement par l'autorité à qui elles sont confiées⁷⁹⁷. A cet égard, après avoir autorisé la délégation de la gestion et de l'entretien d'un cours d'eau navigable, le Conseil d'Etat a précisé que la portée de cette délégation n'était pas sans limite car elle ne devrait jamais comprendre « *l'exercice des droits de puissance publique qui appartiennent à l'Etat et notamment le droit de réglementer et amodier l'exercice du droit de pêche et de fixer le taux ou le montant des redevances y afférentes* »⁷⁹⁸. On peut constater également que la même règle est applicable quand une collectivité territoriale décide de concéder un parc de stationnement pour lequel des précautions juridiques devront être prises⁷⁹⁹. Le Conseil d'Etat dans sa décision du 1^{er} avril 1994, *Ville de Menton*⁸⁰⁰, affirmera cette règle. En l'espèce, la commune de Menton avait décidé de confier la réalisation d'un parking souterrain et l'exploitation des parcs de stationnement à une même société appartenant au groupe des dépôts et consignations. Selon la convention, la société était chargée d'installer les équipements nécessaires au fonctionnement du stationnement payant et de recueillir l'ensemble des péages, dont une partie était prélevée par la commune afin de rémunérer les agents publics communaux qui étaient mis à sa disposition ainsi que de constater les infractions. Ce dernier point posait de réelles difficultés juridiques du point de vue de sa légalité car la commune avait prévu de mettre à la disposition de la société des agents communaux, et surtout elle s'était interdit, pendant toute la durée de la délégation, de modifier le nombre d'emplacements payants de plus de 5 %.

Dans son commentaire sur l'arrêt susmentionné, J.-B. Auby a constaté que dans la convention en cause la commune de Menton n'avait pas confié au cocontractant toutes ses prérogatives mais « *on peut dire qu'elle en partage l'exercice, ce qui n'est pas la même*

⁷⁹⁷ P. DELVOLLE, « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA*, 1996, P. 685.

⁷⁹⁸ CE, 10 décembre 1962, *Association de pêche et de pisciculture d'Orléans*, Lebon P. 675 ; CE, 30 Septembre 1983, *La Fédération départementale des associations agréées de pêche de l'Ain et autres*, req. n° 31875, 31910, 31945, 31948, 32034.

⁷⁹⁹ Ph. TERNEYRE, « Les conventions de délégation globale de stationnement », *BJCP*, 1999, n° 5, P. 405 et s.

⁸⁰⁰ CE, 1^{er} avril 1994, *Ville de Menton c. Société Scetauparc Exploitation*, req. n° 144152 et 144241 ; *RDP*, 1994, P. 1827.

chose »⁸⁰¹. En effet, la convention ne comportait pas davantage une délégation des pouvoirs de police du Maire, en prévoyant de mettre à la disposition de la société les agents chargés de la constatation des infractions, puisqu'ils continuaient d'être des agents de la commune. Cependant, le Conseil d'Etat ne prendra pas en compte tous ces éléments et jugera que « *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* ». De plus, « *en prévoyant que les agents municipaux chargés de la constatation des infractions au stationnement payant seront mis à la disposition de la société et qui fixe le nombre des emplacements de stationnement payant sur la voie publique...confie à la société cocontractante des prérogatives de police de stationnement sur la voie publique qui ne peuvent légalement être déléguées* ».

380. Malgré l'exclusion expresse par la décision précitée des activités entrant dans l'empire des prérogatives de puissance publique du domaine autorisé par la délégation, certains auteurs considèrent que cet arrêt porte pourtant beaucoup d'optimisme puisque les collectivités territoriales peuvent a priori recourir à ce genre de conventions une fois les correctifs nécessaires apportés⁸⁰². Marc Lefèvre souligne à ce sujet qu'« *une telle formulation a pour conséquence implicite et nécessaire qu'une fois les corrections nécessaires faites, plus rien ne s'opposera à la validité desdites conventions* »⁸⁰³.

381. En tous cas, l'orientation jurisprudentielle reste toujours fidèle à cette interdiction de la délégation des prérogatives de puissance publique. Ainsi, le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 19 décembre 2007⁸⁰⁴, va confirmer une décision de la Cour administrative de Marseille déclarant la nullité d'un contrat de gestion du stationnement qui prévoyait une telle délégation. En l'espèce, la Cour administrative de Marseille a jugé que « *les clauses du cahier des charges n° 3 ayant eu pour effet de déléguer à la société gestionnaire des prérogatives de police de stationnement sur la voie publique que seule l'autorité administrative pouvait exercer et de mettre à sa charge des dépenses étrangères à l'exploitation des ouvrages, le contrat était, pour ces raisons, frappé de nullité, doit être lu comme prononçant la nullité de l'ensemble du contrat, ce qu'il n'a pu faire qu'en regardant implicitement mais nécessairement les stipulations de ce contrat comme indivisibles* ».

⁸⁰¹ J.-B. AUBY, note sous, CE, 1^{er} avril 1994, *Ville de Menton c/ Société Scetauparc Exploitation*, RDP, 1994, P. 1827.

⁸⁰² M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 285.

⁸⁰³ M. LEFEVRE, « Stationnement : les limites de la concession », M.T.P.B., 17 juin 1994, n° 4725, P. 65.

⁸⁰⁴ CE, 19 décembre 2007, *Société Sogeparc-cgst-compagnie générale de stationnement*, req. n° 260327.

Un autre exemple de l'interdiction de la délégation de prérogatives de puissance publique se trouve dans les concessions de plage. Si le recours de la commune à la voie contractuelle dans ce domaine est certes possible, l'autorité communale ne saurait cependant se décharger de ses prérogatives. Cette règle a été rappelée par le Conseil d'Etat dans ses arrêts *Consorts Amoudruz*⁸⁰⁵ et *Dame Verneuil*⁸⁰⁶. Dans ces deux espèces, le Conseil d'Etat a condamné la commune qui avait voulu, à tort, se décharger par contrat de toute responsabilité du seul fait qu'elle avait confié l'exploitation du service de bains à un particulier, en le chargeant d'assurer à sa place diverses mesures pour la sécurité des baigneurs. Selon les dispositions de ces deux arrêts, l'interdiction prononcée tient au fait que les pouvoirs de police doivent appartenir au Maire et non à la personne chargée d'assurer l'exploitation de l'activité. Le Conseil d'Etat confirmera sa position rejetant de telles délégations dans un arrêt rendu le 21 juin 2000⁸⁰⁷. La Haute Juridiction administrative a explicitement mentionné que si le concessionnaire était chargé de l'équipement, de l'entretien, de l'exploitation de la plage et qu'il devait veiller à la salubrité de la baignade et au respect des mesures destinées à assurer la sécurité des usages dans les conditions prévues par le contrat, le concessionnaire exerçait ces différentes missions sous le contrôle de la commune et sans préjudice des pouvoirs qui appartiennent à l'autorité de police municipale.

Un troisième et dernier exemple pouvant être cité dans notre recherche est celui concernant les activités liées à la gestion des cantines scolaires. Grâce à un avis rendu dans ce domaine par le Conseil d'Etat, les collectivités territoriales ont pu connaître avec précision les limites qu'elles ne devront pas transgresser⁸⁰⁸. Cet avis, qui a été précisé par une circulaire⁸⁰⁹, indique que le service des cantines scolaires ne peut faire l'objet de délégation qu'en ce qui concerne la fourniture et la préparation des repas, à l'exclusion des missions qui relèvent du service de l'enseignement public et notamment de la surveillance des élèves⁸¹⁰. L'interdiction de déléguer la surveillance des élèves s'explique par le fait que ladite activité relève de l'enseignement public, et de manière plus globale du service public de l'enseignement. L'interdiction de déléguer des activités de service public d'enseignement a été confirmée par

⁸⁰⁵ CE, 23 mai 1958, *Consorts Amoudruz*, Lebon, P. 301.

⁸⁰⁶ CE, 4 octobre 1961, *Dame Verneuil*, Lebon, P. 533.

⁸⁰⁷ CE, 21 juin 2000, *S.A.R.L. plage « chez Joseph »*, *Fédération nationale des plages restaurants*, req. n° 212100 et 212101 ; *RFDA*, 2000, P. 802 ; *CJEG*, octobre 2000, n° 596, (concl. C. BERGEAL, P. 374 et s).

⁸⁰⁸ M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 287.

⁸⁰⁹ Circulaire du 7 août 1987 relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux; champ d'application et conditions d'exercice de la gestion déléguée de ces services, *JORF* du 20 décembre 1987, P. 14863.

⁸¹⁰ CE, Section de l'Intérieur, Avis du 7 octobre 1986, n° 340.609, *Les grandes avis du Conseil d'Etat*, 1^{er} édition 1997, n° 24, commentaire T. DAL FARRA.

la jurisprudence du juge répressif qui indique que « *l'exécution même du service public communal d'animation des classes de découvertes suivies par les enfants des écoles publiques et privées pendant le temps scolaire, qui participe du service public de l'enseignement public, n'est pas, par nature, susceptible de faire l'objet de conventions de délégation de service public* »⁸¹¹.

382. Il ne nous échappe pas de signaler que si les services publics industriels et commerciaux ne rencontrent aucune interdiction de délégation, le caractère administratif d'un service public ne fait également pas obstacle à sa gestion par une personne privée. C'est ce qu'indiquera très clairement le Conseil d'Etat dans l'avis susmentionné du 7 octobre 1986 : « *le caractère administratif d'un service public administratif n'interdit pas à la collectivité compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées* ».

383. Enfin, l'ensemble des arrêts précités nous montre clairement qu'en raison de leur nature, les prérogatives de puissance publique constituent des matières non déléguables et que le juge administratif ne permettra aucune délégation de ces prérogatives par voie contractuelle aux personnes de droit privé. En conséquence, en l'absence de choix en la matière, la liberté contractuelle ne peut avoir aucune présence.

b) Les activités attachées à la souveraineté

384. En dehors des activités liées à l'exercice de prérogatives de puissance publique, d'autres activités ne peuvent aussi être déléguées. Il s'agit des activités attachées à l'exercice de la souveraineté de l'Etat. En effet, l'existence de certains services publics nationaux dont la nécessité « *découle de principes ou des règles de valeur constitutionnelle* »⁸¹² ou qui seraient « *exigés par la Constitution* »⁸¹³ peut avoir des conséquences sur le choix de leurs modes de gestion⁸¹⁴. Au sein de cette catégorie des services publics qui sont qualifiés de « *constitutionnels* »⁸¹⁵, certains auteurs ont pu distinguer certains correspondant à des fonctions de souveraineté qui devraient être obligatoirement gérés en régie et ne pourraient

⁸¹¹ Cass. Crim., 12 décembre 2000, BJCP, 2001, n° 15, PP. 147-154, conclusions de l'avocat général D. COMMARET.

⁸¹² C.C., Déc. n° 86-207 DC du 26 juin 1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social « Privatisation », Rec., P. 61. Considérant n° 53.

⁸¹³ C.C., Déc. n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, Rec., P. 141. Cons. n° 39 ; C.C., Déc. n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, Rec., P. 17. Considérant. n° 30.

⁸¹⁴ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, précité, P. 450.

⁸¹⁵ Ibid.

donc pas faire l'objet d'une délégation de service public⁸¹⁶. Le professeur Favoreu souligne à cet égard que « *les fonctions de souveraineté de l'Etat sont des services publics constitutionnels : la défense nationale, la justice, les affaires étrangères, la police... On n'imagine pas un processus de privatisation à propos de ces services publics* »⁸¹⁷.

385. Ainsi, à propos de la Police administrative générale, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer en la matière en 2011⁸¹⁸. En l'espèce, les parlementaires requérants ont contesté les dispositions par lesquelles la loi en cause autorisait les personnes privées à procéder à une surveillance de la voie publique. Or, ces dispositions constituaient une autorisation de déléguer à ces personnes des tâches inhérentes à l'exercice par l'État de ses missions de souveraineté et méconnaissaient les exigences constitutionnelles liées à la protection de la liberté individuelle et de la vie privée.

Répondant à la saisine, la Haute Juridiction constitutionnelle a tout d'abord rappelé qu'aux termes de l'article 12 de la Déclaration de 1789, « *La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée* »⁸¹⁹. Ensuite, il a jugé qu'« *en autorisant toute personne morale à mettre en œuvre des dispositifs de surveillance au-delà des abords « immédiats » de ses bâtiments et installations et en confiant à des opérateurs privés le soin d'exploiter des systèmes de vidéoprotection sur la voie publique et de visionner les images pour le compte de personnes publiques, les dispositions contestées permettent d'investir des personnes privées de missions de surveillance générale de la voie publique ; que chacune de ces dispositions rend ainsi possible la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits ; que, par suite, elles doivent être déclarées contraires à la Constitution* »⁸²⁰. Donc, pour le juge constitutionnel, toute délégation de missions nécessitant l'exercice de la « *force publique* » n'est pas autorisée.

386. Enfin, il faut signaler qu'il est toujours compliqué d'être exhaustif s'agissant des matières liées au concept de souveraineté. Cette complexité devient plus visible avec la

⁸¹⁶ L. FAVOREU, « Le Droit constitutionnel jurisprudentiel », *RDP*, 1989, P. 462 ; G. DRAGO, « Service public national et services publics constitutionnels », *JCP A*, 2007, P. 26.

⁸¹⁷ L. FAVOREU, « Service public et Constitution », *AJDA*, 1997, n° spécial, P. 17-18.

⁸¹⁸ C.C., Déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, Rec., P. 122.

⁸¹⁹ Considérant n° 18.

⁸²⁰ Considérant n° 19.

reconnaissance jurisprudentielle de la délégation de certaines activités qui doivent être qualifiées de souveraines comme on le verra ultérieurement⁸²¹.

Sous-section II

La prééminence des principes régissant le fonctionnement du service public sur la liberté contractuelle

387. Le rapport liberté contractuelle-service public ne se résume pas au choix du mode de gestion d'un service public. S'ajoute à cette limitation du choix d'autres éléments qui pourraient constituer une véritable restriction à l'exercice de la liberté contractuelle, notamment au cours de l'exécution du service public concerné. Il est sûr que la logique contractuelle est avant tout une logique de conciliation des intérêts en présence⁸²² cependant, la pratique révèle que l'intérêt général accorde aux fondements régissant le bon fonctionnement des services publics déléguables une place prioritaire en comparaison avec ceux qui sont censés participer à la construction de la relation contractuelle comme le principe de la liberté contractuelle. Ce constat a été très tôt fait par G. Jèze qui souligne que « *les obligations du cocontractant de l'administration doivent être interprétées en fonction de ce qui est nécessaire pour assurer le fonctionnement du service public* »⁸²³. Pour Péquignot, « *le contrat administratif tire ses particularités de l'insertion dans son sein des règles propres au service public ; conclu en vue de la gestion du service, il reçoit de ce but une coloration originale. C'est que la notion du contrat, avec toutes les possibilités de liberté, d'immutabilité et de relativité dont elle est riche, répugne avec la notion de service public* »⁸²⁴. Ainsi, l'intérêt général ne prend en compte les intérêts privés des cocontractants avec l'administration que dans le domaine de l'indemnisation.

388. Les fondements classiques⁸²⁵ dirigeant le fonctionnement du service public sont en principe au nombre de trois : l'égalité devant les services publics, la continuité des services publics et la mutabilité des services publics. Étant donné que ces trois principes sont des

⁸²¹ Voir notre prochain chapitre : La compétence des personnes publiques est le plus grand défi de la liberté contractuelle.

⁸²² L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé », *AJDA*, 1998, P. 684.

⁸²³ G. JEZE, *Les contrats administratifs*, 1927, t.1, P. 14, mentionné dans, S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », précité, P. 57.

⁸²⁴ G. PEQUIGNOT, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, précité, P. 603.

⁸²⁵ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, précité, P. 551.

conséquences logiques de l'intérêt général, qui établit habituellement la finalité de chaque acte administratif, ils ont pu avoir une valeur supérieure aux autres règles et principes qui sont susceptible de se trouver en opposition avec eux. Dès lors, la liberté contractuelle occupe aussi une position inférieure à celle de la continuité et de la mutabilité du service public. On se contentera ici d'étudier le rapport entre la liberté contractuelle et la continuité et la mutabilité du service public.

A) Le désaccord entre la liberté contractuelle et la continuité du service public

389. La continuité du service public pourrait être définie comme « *signifiant le fonctionnement ponctuel et régulier du service public, en tant qu'il existe au préalable et sans préjuger de son éventuelle suppression par l'autorité administrative compétente. Il a donc pour effet de contraindre les organismes chargés d'un service public à maintenir et poursuivre leurs missions quelles que fussent les circonstances auxquelles ils auraient à faire face* »⁸²⁶. Elle constitue pour certains juristes l'essence même du service⁸²⁷, voire la « loi » du service public⁸²⁸. Comme l'affirmait Duguit, dans la mesure où une activité d'intérêt général revêt une réelle importance pour la collectivité, elle ne peut un seul instant être interrompue : « *la continuité est un caractère essentiel du service public* »⁸²⁹.

390. Il nous semble indispensable de signaler que le principe de continuité du service public et de la liberté contractuelle ne sont pas par leur nature en contradiction cependant, la nécessité d'assumer la continuité de l'intérêt général, qui s'exprime par le fonctionnement régulier du service public, pourrait mettre la continuité en opposition avec cette liberté. Dans ce cas, la priorité sera toujours de protéger ce principe sans prendre en considération le respect des conséquences habituelles de l'exercice de la liberté contractuelle.

a) La valeur constitutionnelle du principe de continuité du service public

391. L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle révèle que le principe de continuité du service public a été maintes fois l'objet d'une contestation pour violation par les parlementaires⁸³⁰. Le Conseil constitutionnel a notamment eu l'occasion de se prononcer

⁸²⁶ Ibid. P. 599-600.

⁸²⁷ Concl. Tardieu sous CE, 7 août 1909, *Winkell*, Rec. P. 826, s. 1909, III, P. 145.

⁸²⁸ L. ROLLAND. Mentionné par G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, précité, P. 599.

⁸²⁹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t.2, Fontemoing, 1928, P. 61.

⁸³⁰ La base numérique de site du Conseil constitutionnel montre que le principe de continuité du service public a été mentionné plus que 400 fois dans les diverses décisions prises par le juge constitutionnel.

directement sur sa valeur juridique à propos de l'examen de la constitutionnalité d'une loi relative au droit de grève à la radio et à la télévision. Dans sa décision du 25 juillet 1979 il affirme en premier lieu qu'aux termes du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, « *le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ; qu'en édictant cette disposition les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte notamment en ce qui concerne les services publics* ». Puis, en second lieu, il juge que « *la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle* »⁸³¹. Selon ce raisonnement, la limitation de ce droit pour des raisons liées à la continuité des services publics peut arriver « *jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays* »⁸³².

392. Ainsi, aux yeux du juge constitutionnel, la continuité du service public résulte de l'intérêt général et doit avoir une supériorité, sinon priorité, sur les autres droits et libertés constitutionnels. Dès lors, la Haute Juridiction constitutionnelle acceptera des limitations aux principes d'égalité d'accès aux emplois publics et l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des agents publics pour des motifs de continuité du service public. Le Conseil considérera par exemple que « *ni le principe d'égal accès aux emplois publics ni le principe de l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des agents publics ne s'opposent à ce que soient appliqués des traitements différents à des candidats ou agents se trouvant dans des situations différentes dès lors que cette différence de situation présente un caractère objectif et que sa prise en compte est motivée par l'intérêt qui s'attache à la continuité du service public* »⁸³³. Le juge constitutionnel a également eu l'occasion de confirmer la position

⁸³¹ C.C., Déc. n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, Rec. P 33. Considérant n° 1.

⁸³² Considérant n° 1.

⁸³³ C.C., Déc. n° 87-229 DC du 22 juillet 1987, Loi relative aux établissements d'hospitalisation et à l'équipement sanitaire, Rec. P. 44. Considérant n° 14.

supérieure de la continuité du service public au regard du principe de l'inaliénabilité du domaine public⁸³⁴.

393. La décision consacrant la valeur constitutionnelle de la continuité du service public n'est pas unique et elle se répétera à plusieurs reprises. Concernant le droit de grève, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 28 juillet 1987 relative à la loi portant diverses mesures d'ordre social, réutilisera exactement la même formulation qui implique la reconnaissance expresse de la valeur constitutionnelle au principe de continuité du service public et en confirmant que la protection dudit principe continue jusqu'à l'interdiction de l'exercice de ce droit⁸³⁵. Récemment, le Conseil constitutionnel rappellera encore une fois la constitutionnalité et la primauté du principe de continuité du service public⁸³⁶.

394. Ainsi, peut-on parler d'une liberté contractuelle constitutionnalisée plus forte que la continuité du service public ? On a bien compris à la lecture de la jurisprudence constitutionnelle que dans les matières contractuelles, la dérogation à la liberté contractuelle est autorisée avec un motif d'intérêt général suffisant ou si la continuité du service public la justifie. En pratique, en matière contractuelle l'évaluation de la présence d'une circonstance mettant en cause le bon fonctionnement d'un service public se fait au cas par cas et relève de l'administration. Cela rend l'hypothèse selon laquelle on pourrait avoir un texte législatif aboutissant à une confrontation entre la liberté contractuelle, découlant de l'article 4 de la Déclaration, et la continuité du service public, rare. En effet, le fonctionnement régulier d'un service public concerne avant tout la personne publique en cause et il revient seulement à cette personne d'estimer ce qui est nécessaire pour assurer la continuité du service public. Alors, la concurrence entre les deux principes sera limitée dans le cadre de l'exécution du service public concerné, ce qui signifie par voie de conséquence que c'est le juge administratif qui aura l'occasion de se prononcer sur ce type de concurrence.

⁸³⁴ C.C., Déc. n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, Loi relative à l'entreprise nationale France télécom, Rec. P. 107 ; C.C., Déc. n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, Loi complétant le code du domaine de l'état et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, Rec. P. 96.

⁸³⁵ C.C., Déc. n° 87-230 DC du 28 juillet 1987, Loi portant diverses mesures d'ordre social, cons. n° 7, Rec. P. 48.

⁸³⁶ C.C., Déc. n° 2008-569 DC du 07 août 2008, Loi instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire, cons. n° 8, Rec. P. 359.

b) La prépondérance des impacts résultant de la continuité du service public sur ceux résultant de la liberté contractuelle

395. La continuité du service public avait occupé une place importante dans la doctrine avant même que lui soit reconnue une valeur constitutionnelle. Le professeur J. Chevallier souligne à cet égard que « *si les pouvoirs publics ont jugé utile de prendre en charge une activité, c'est parce qu'il y a un besoin impérieux à satisfaire. Il serait inconcevable que l'Administration n'assure pas la satisfaction de ce besoin en faisant fonctionner le service par à-coup, en permettant des interruptions dans la marche du service* »⁸³⁷. De même, la position dominante de ce principe dans la jurisprudence administrative rendue dans des matières attachées aux contrats administratifs est encore fréquente. En effet, le régime juridique des contrats administratifs est largement influencé par le principe de continuité du service public au point que la majorité des grands arrêts relatifs aux contrats administratifs ont été engendrés à propos d'affaires dans lesquelles la continuité se trouvait mise en cause et risquait d'être compromise⁸³⁸. Ce lien contrat administratif-continuité ne constitue pas une surprise si l'on songe que l'exécution même du service public est l'un des éléments d'identification du contrat administratif et que, même lorsque ce dernier se définit par rapport aux clauses exorbitantes du droit privé, le service public n'est pas loin car « *souvent c'est lui qui justifie la présence de ces clauses dans le contrat* »⁸³⁹. Ainsi, la nécessité d'assurer le fonctionnement régulier du service public peut limiter la liberté contractuelle, elle peut même aboutir à l'annulation de cette liberté.

396. Tout d'abord, le juge administratif estime que la commune intention des parties doit être interprétée en harmonie avec les exigences de la continuité du service public concerné⁸⁴⁰. Dans sa décision du 11 mai 1956, *Cie des transports en commun de la région de Douai*⁸⁴¹, le Conseil d'Etat souligne que dans le cas où le contrat est muet sur le sort des biens affectés à un service des transports, il convient de se référer à la commune intention des parties. Cette commune intention est déduite du cahier des charges. En l'espèce, le cahier des charges comportait une clause selon laquelle, à la fin du contrat, le concédant était subrogé au concessionnaire et prévoyait la remise du matériel roulant ferroviaire et la destruction des voies ferrées si elles étaient devenues inutiles. Le Conseil d'Etat juge que : « *les parties ont eu*

⁸³⁷ J. CHEVALLIER, *Le service public*, PUF, 1971, P. 4.

⁸³⁸ J.-F. LACHAUME et al., *Droit des services publics*, Armand Colin, 3^e édition 2004, P. 343.

⁸³⁹ Ibid. P. 344.

⁸⁴⁰ L. RICHER, « La fin de la convention de délégation », *AJDA*, 1996, P. 653.

⁸⁴¹ CE, Sect. 11 mai 1956, *Cie des transports en commun de la région de Douai*, *AJDA*, 1956, P. 275, concl. Laurent.

essentiellement comme but de laisser à la disposition de l'autorité concédante en fin de concession les moyens matériels de continuer l'exploitation des services de transports en commun concédés, si elle le jugeait utile ». Il ajoute que le département concédant ne pourra continuer à assurer l'exploitation du réseau que s'il dispose des installations fixes nécessaires, lesquelles doivent donc être réputées résulter de la commune intention des parties qu'elles reviennent gratuitement au département en fin de contrat. Dans le même sens, dans l'arrêt du 23 décembre 2009, *Société des Pompes Funèbres OGF*⁸⁴², le Conseil d'Etat va estimer qu'en l'absence de stipulations contractuelles en désignant le bénéficiaire en fin de concession, le solde positif du compte de fonds de travaux ne peut revenir qu'à la collectivité concédante, dès lors que les recettes alimentant ce compte sont destinées au financement de travaux portant sur des biens appartenant à la collectivité et que cette dernière pourra les utiliser à cette fin.

397. En outre, la continuité du service public constitue une restriction de la liberté contractuelle car elle attribue impérativement aux personnes publiques des pouvoirs de contrôle et de direction, un pouvoir de sanction, un pouvoir de modification unilatérale qui permet à l'administration d'imposer à un cocontractant les modifications qu'exige le fonctionnement continu d'un service public, et un pouvoir de résiliation qui autorise la personne publique contractante à se dégager unilatéralement d'un contrat qui ne présente plus aucun intérêt pour la satisfaction de l'intérêt général⁸⁴³ ou qui risque de compromettre la continuité d'un service public⁸⁴⁴.

398. En l'absence de pouvoir d'agir via un acte unilatéral à l'égard de son cocontractant, la personne publique contractante peut demander au juge administratif des référés, statuant sur le fondement de l'article L. 521-3 du Code de justice administrative, de prononcer, éventuellement sous astreinte, dans les limites des obligations contractuelles, les mesures nécessaires afin d'assurer la continuité des services publics⁸⁴⁵.

399. Généralement, une analyse approfondie de la jurisprudence administrative dans notre matière montre que le juge administratif essaie d'établir une conciliation entre la nature contractuelle de la délégation du service public et la nécessaire continuité des services publics

⁸⁴² CE, 23 décembre 2009, *Sté des pompes funèbres OGF*, req. n° 305478 ; BJCP, 2010, P. 112, obs. Ph. T. et R. S.

⁸⁴³ Voir dans ce sens, J.-F. LACHAUME et al., *Droit des services publics*, précité, P. 344.

⁸⁴⁴ CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac Laval*, Rec., P. 246 ; *AJDA*, 1958, P. 282, concl. Kahn ; *D.* 1958, P. 730, note A. de Laubadère.

⁸⁴⁵ CE, 29 juillet 2002, *Centre hospitalier d'Armentières*, *AJDA*, 2002, P. 1451, note Dreyfus.

délégués. Cependant, cette conciliation ne peut être interprétée souvent que comme une restriction considérable de la liberté contractuelle notamment de celle qui appartient au cocontractant avec l'administration. Afin de renforcer notre propos on peut citer quelques exemples. Dans ce cadre, le délégant doit imposer au délégataire les adaptations de l'organisation et du fonctionnement du service public qu'implique le respect du principe de continuité du service public. Le refus du délégant d'agir en ce sens est susceptible d'être déféré au juge de l'excès de pouvoir par les usagers du service public⁸⁴⁶.

400. De même, la personne publique délégante est en droit d'imposer au délégataire une modification unilatérale des clauses du contrat et des documents qui lui sont annexés qui ne seraient plus adaptés à un fonctionnement continu du service public⁸⁴⁷. Le délégataire ne saurait donc tirer argument de l'existence d'un contrat pour soutenir que toute modification des clauses de celui-ci suppose un accord des parties. En revanche, il est en droit d'exiger que ces modifications n'excèdent pas une certaine limite et d'être indemnisé de l'accroissement de la charge financière qui lui sera éventuellement imposée dans l'exploitation du service⁸⁴⁸. Afin d'assurer le fonctionnement régulier d'un service public, la personne publique dispose également du droit de résilier unilatéralement le contrat de délégation si un motif d'intérêt général le justifie⁸⁴⁹ et s'il n'est pas excessif⁸⁵⁰. Cette possibilité⁸⁵¹ de résiliation unilatérale est ouverte notamment en cas de force majeure comme en matière d'imprévision⁸⁵².

401. En conclusion, l'ensemble de ces arrêts nous révèle nettement, à l'égard de la délégation des services publics, que pour le Conseil d'Etat la priorité est d'assurer le bon fonctionnement et le fonctionnement régulier du service public concerné quelle que soit sa conformité avec la liberté contractuelle. Cette orientation jurisprudentielle ne saurait être comprise que par la nature particulière des personnes publiques et des activités qu'elles exercent.

⁸⁴⁶ CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, req. n° 19167, Lebon, P. 962.

⁸⁴⁷ CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, Lebon, P. 33 ; RDP, 1983, P. 219, note Auby ; RFDA, 1983, P. 45, note Llorens.

⁸⁴⁸ CE, 11 mars 1910, *Cie générale française des Tramways*, Lebon P. 216. concl. Blum ; GAJA, P. 135 ; D. 1912, 3, 49, concl. Blum ; S. 1911. 3. 1, concl. Blum, note Hauriou ; RDP, 1910, P. 270, note Jèze.

⁸⁴⁹ CE, 27 juin 1986, *Compagnie française des conduites d'eau CFCE*, req. n° 47775.

⁸⁵⁰ CE, 6 janvier 2006, *Société LEBANESE COMMUNICATION GROUP*, req. n° 279596.

⁸⁵¹ CE, 29 juin 2012, *Société PRO 2C*, req. n° 357976.

⁸⁵² CE, Sect., 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden*, Lebon, P. 227 ; CJEG 2000, P ; 473, concl. Bergeal.

B) L'incompatibilité de la liberté contractuelle avec la mutabilité du service public

402. La mutabilité du service public constitue, à l'instar de la continuité du service public, l'un des principes « *cardinaux du droit du service public* »⁸⁵³. Ce principe, qualifié également « *adaptabilité* »⁸⁵⁴, se réfère à la nécessité consubstantielle de la mutation de l'activité de service public selon les variations de son environnement. Lorsque les exigences de l'intérêt général évoluent, le service public doit s'y adapter⁸⁵⁵. Cette évolution de l'intérêt général dans le temps, comme le souligne J.-F. Lachaume, « *fait naître vivre, mourir les services publics, même si quelquefois les services publics persévèrent dans leur être et ont tendance à survivre aux besoins qui les avaient engendrés* »⁸⁵⁶.

403. En pratique, l'évolution des circonstances accompagnant les politiques économiques, les progrès scientifiques et technologiques, les mœurs et les mentalités, ainsi que les exigences du développement durable, etc., conduit logiquement à la nécessité que le service public soit capable de bien s'adapter avec ces mutations afin que la mission en cause soit réalisée d'une bonne manière. Pour cette raison, la personne publique est invitée à prendre des mesures, comme c'est le cas avec la continuité du service public, concernant les relations contractuelles en cours afin de les adapter aux besoins des usagers⁸⁵⁷. Les atteintes à ces contrats constituent, par voie de conséquence, une dérogation au principe de la liberté contractuelle.

404. Ainsi, on conçoit bien que la liberté contractuelle et la mutabilité du service public ne s'accrochent pas vraiment car la mutabilité implique qu'il soit possible pour la personne publique concernée de mettre en œuvre des modifications sur les contrats en cours d'exécution, tandis que, la liberté contractuelle exige le respect de la stabilité de ces relations contractuelles. En tous cas, le principe de la mutabilité du service public peut aboutir soit à la modification du contrat en cours soit à la résiliation dudit contrat.

⁸⁵³ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, précité, P. 629.

⁸⁵⁴ J.-F. LACHAUME et al., *Droit des services publics*, précité, P. 365.

⁸⁵⁵ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, précité, P. 629.

⁸⁵⁶ J.-F. LACHAUME, *Grands services publics*, Masson, 1989, P. 262.

⁸⁵⁷ P. DELVOLVE, *Droit public de l'économie*, Dalloz, coll. Précis, 1998, n° 524, P. 618.

a) La modification unilatérale des contrats en cours en application du principe de mutabilité du service public

405. Dès lors que le principe de la mutabilité des services publics est le produit de l'intérêt général, il nous apparaît logique que l'exercice de ce principe puisse trouver une de ses sources dans les prérogatives de puissance publique. Ces dernières accordent à la personne publique responsable d'un service public l'autorité pour apporter à celui-ci des modifications nécessaires à son bon fonctionnement.

406. Dans le cas où le service public a été délégué, un accord entre les cocontractants pourrait être possible. Toutefois, le risque redoutable de ne pas avoir un accord des parties sur les modifications à apporter au contrat bloquerait toute évolution de la gestion du service public et toute possibilité d'adaptation de celui-ci aux variations affectant l'intérêt général, la situation économique, politique, et les techniques de fonctionnement du service⁸⁵⁸. Pour cette raison, le Conseil d'Etat a reconnu à la personne publique concernée le pouvoir de modifier unilatéralement les contrats en cause afin de mettre en œuvre de telles modifications. L'utilisation de ce pouvoir ne saurait être interprétée qu'en tant qu'atteinte à la liberté contractuelle.

407. Dans son arrêt du 21 mars 1910, *Compagnie générale française des Tramways*, le Conseil d'Etat va confirmer ce pouvoir⁸⁵⁹. En l'espèce, ladite compagnie avait contesté l'arrêté du 23 juin 1903 par lequel le préfet des Bouches-du-Rhône avait fixé l'horaire du service d'été car il aurait été pris en violation de la convention conclue. Pourtant, le juge administratif va approuver l'arrêté du préfet au motif qu'il entre dans ses pouvoirs d'assurer le fonctionnement normal dudit service. Précisément, « *l'administration a le droit, non seulement d'approuver les horaires des trains au point de vue de la sécurité et de la commodité de la circulation, mais encore de prescrire les modifications et les additions nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service* ». Le Conseil d'Etat, dans sa décision du 2 février 1983⁸⁶⁰, répétera sa position affirmative sur ce pouvoir même dans le silence du contrat. Ainsi, la Haute Juridiction administrative souligne que face à un cocontractant qui se cache derrière les clauses contractuelles pour refuser d'adapter le fonctionnement du service public aux nouvelles exigences, la personne publique est en droit, même dans le silence du contrat, de lui imposer cette adaptation en procédant à la

⁸⁵⁸ J.-F. LACHAUME et al., *Droit des services publics*, précité, P. 386.

⁸⁵⁹ CE, 11 mars 1910, *Cie générale française des Tramways*, Lebon, P. 216, concl. Blum.

⁸⁶⁰ CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, Lebon, P.33.

modification unilatérale des clauses concernées. En d'autres termes, la personne publique « *peut en cours de contrat apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services et à leur modalité d'exploitation* », et que « *cette prérogative peut entraîner une révision des clauses financières du contrat* ».

408. Dans le même sens, l'arrêt du Conseil d'Etat du 27 octobre 2010⁸⁶¹ classe le principe de la mutabilité parmi les règles générales applicables aux contrats administratifs. Ces règles autorisent la personne publique contractante d'apporter des modifications portant atteinte à la liberté contractuelle. Le Conseil d'Etat juge 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 ; que l'autorité organisatrice des transports peut ainsi, en cours de contrat, apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation, le cocontractant, est tenu de respecter ses obligations contractuelles ainsi modifiées* ».

409. En tout état de cause, ce pouvoir dont l'administration dispose en matière d'adaptation des services publics n'est pas sans limite car « *les modifications apportées ne doivent pas être incompatibles avec le mode de gestion choisi* »⁸⁶². D'ailleurs, des textes réglementaires excluent parfois ce pouvoir en disposant que les modifications ne peuvent intervenir que par avenant⁸⁶³.

410. Finalement, afin de consolider l'idée de la supériorité du principe de la mutabilité des services publics sur la liberté contractuelle on peut citer l'arrêt du Conseil d'Etat du 8 avril 2009⁸⁶⁴ dans lequel le juge administratif exprime clairement une position favorable aux principes régissant le bon fonctionnement du service public et notamment la mutabilité des services publics à l'égard de la liberté contractuelle. Le Conseil d'Etat va tout d'abord rappeler la règle applicable pour une disposition rétroactive en indiquant que « *dans le cas où elle n'a pas expressément prévu, sous réserve, le cas échéant, de mesures transitoires, l'application des normes nouvelles qu'elle édicte à une situation contractuelle en cours à la date de son entrée en vigueur, la loi ne peut être interprétée comme autorisant implicitement une telle application de ses dispositions que si un motif d'intérêt général suffisant lié à un*

⁸⁶¹ CE, 27 octobre 2010, *Syndicat Intercommunal Des Transports Publics De Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule*, req. n° 318617.

⁸⁶² F. LLORENS, « Le pouvoir de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs », *RFDA*, 1984, P. 49.

⁸⁶³ CE, 30 juin 1993, *Min. délégué, Lebon*, P. 856.

⁸⁶⁴ CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux c/ Commune d'Olivet*, req. n° 271737et 271782 ; *RFDA*, 2009, P. 449, concl. E. GEFFRAY.

impératif d'ordre public le justifie et que s'il n'est dès lors pas porté une atteinte excessive à la liberté contractuelle ». Dans les contrats administratifs, ce motif d'intérêt général, qui justifie les atteintes portées à la liberté contractuelle, doit être interprété en tenant compte notamment du principe de mutabilité. Précisément, le juge ajoute que « *pour les contrats administratifs, l'existence d'un tel motif d'intérêt général s'apprécie en tenant compte des règles applicables à ces contrats, notamment du principe de mutabilité* ».

Une telle formulation ne laisse aucun doute : la dérogation à la liberté contractuelle ne sera autorisée qu'avec l'existence d'un intérêt général suffisant, et ce dernier ne se réalise que par les règles applicables aux contrats administratifs, c'est-à-dire, la mutabilité et la continuité. Partant de ce constat, on se demande toujours quelle est l'utilité de parler d'un principe si son existence ne peut jouer qu'un rôle extrêmement limité.

b) La résiliation unilatérale des contrats administratifs en application du principe de mutabilité du service public

411. La modification unilatérale des contrats en cours n'est pas le seul résultat de la mise en œuvre du principe de mutabilité par lequel on peut déroger à la liberté contractuelle. En effet, le pouvoir de l'administration peut arriver jusqu'à la résiliation unilatérale de la convention concernée, et cela conduit en pratique à rendre impossible l'exercice de la liberté contractuelle.

412. Constitutionnellement, le juge constitutionnel considère que le pouvoir de résiliation unilatérale d'un contrat conféré au représentant de l'Etat est conforme aux principes applicables aux contrats administratifs. Dans sa décision du 18 janvier 1985⁸⁶⁵, le Conseil constitutionnel exprime nettement cette position à l'égard de ce type de pouvoir en jugeant que « *le pouvoir de résiliation d'un contrat d'association conféré... au représentant de l'État, au demeurant conforme aux principes applicables aux contrats administratifs, n'est contraire à aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle* »⁸⁶⁶.

413. Le Conseil d'Etat à son tour, et pour des raisons d'intérêt général, a reconnu ce pouvoir en faveur de la personne publique contractante, même en dehors de toute faute de la part de son cocontractant. Ainsi, dans son arrêt du 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-*

⁸⁶⁵ C.C., Déc. n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales, Rec. P. 36 ; *RFDA*, 1985, P. 624, obs. Delvolvé.

⁸⁶⁶ Considérant n° 26.

*Laval*⁸⁶⁷, la Haute Juridiction administrative va juger qu'il est autorisé à l'administration de mettre fin à ses contrats en cours d'exécution en application des règles générales dirigeant les contrats administratifs. Précisément, « *il appartenait au gouvernement, en tout état de cause, en vertu des règles applicables aux contrats administratifs, et sous réserve des droits à indemnité des intéressés, de mettre fin, comme il l'a fait, à ces marchés de fournitures* ». Les marchés en cause sont des marchés de fournitures d'alcool. Le juge ajoute que « *le gouvernement a pu légalement, non seulement réduire la quantité totale d'alcool à acheter annuellement par le service des alcools et abroger, pour l'avenir, les articles 368 et 369 du Code général des impôts... mais aussi mettre fin aux contrats en cours* ». Cette adaptation, qui suppose que l'administration puisse à tout moment et pour des raisons d'intérêt général mettre fin à des contrats qui bloqueraient l'adaptation d'un service public ou seraient incompatibles avec elle, sera appliquée aussi aux concessions de services publics⁸⁶⁸.

414. Puis, les règles générales applicables aux contrats administratifs constitueront également un fondement à la reconnaissance de ce pouvoir à l'autorité administrative même en l'absence de clause expresse dans le contrat lui permettant de prendre cette mesure⁸⁶⁹.

415. Enfin, il a été jugé que toute clause contractuelle qui tendrait à retirer à la personne publique contractante la possibilité d'une résiliation dans l'intérêt du service est nulle et non avenue⁸⁷⁰ car de « *telles clauses, incompatibles avec les principes de la domanialité publique comme avec les nécessités du fonctionnement d'un service public, doivent être regardées comme nulles* ». Par voie de conséquence elles contreviennent au principe de mutabilité du service public, et cela bien que ce dernier ne soit pas explicitement reconnu comme principe général du droit⁸⁷¹. En tous cas, il est toujours possible au législateur d'apporter des limites à ce pouvoir dans le cas où l'intérêt général l'exige.

416. En conclusion, si l'on tient compte de la démarche jurisprudentielle précitée et de la logique résultant de la nature particulière des personnes publiques, ainsi que leurs missions

⁸⁶⁷ CE, ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec. P. 246, *AJDA*, 1958, P. 282, concl. Kahn, *D.* 1958, P. 730, note de Laubadère.

⁸⁶⁸ CE, ass., 2 février 1987, *Sté TV6*, Rec. P. 28 ; *AJDA*, 1987, P. 314, chron., *D.* 1987, IR, P. 51 ; *RFDA*, 1987, P. 29, concl. Fornacciari ; CE, 25 février 1994, *Sté Sofap Marignan*, *RFDA*, 1994, P. 510, concl. Arrighi de Casanova ; *CJEG* 1994, P. 569, note Fantôme et Richer ; pour un bail emphytéotique, CE, 31 juillet 1996, *Sté des téléphériques du Mont-blanc*, Rec. P. 334 ; *AJDA*, 1996, P. 788, note Gilli ; *JCP* 1997, 22790, concl. Delarue.

⁸⁶⁹ CE, ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, précité.

⁸⁷⁰ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, Rec. P. 141 ; *AJDA*, 1985, P. 620, note Fantôme et Moreau ; *RFDA*, 1986, P. 21, concl. Genevois ; *RDP*, 1986, P. 21, note Llorens.

⁸⁷¹ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, « Droit du service public », précité, P. 637.

et activités, demeure-t-il raisonnable de parler d'une existence de la liberté contractuelle des personnes publiques ? Le fait de reconnaître cette liberté en faveur des personnes publiques la viderait en pratique quasiment de tout son contenu.

Chapitre II

La compétence des personnes publiques comme défi à la liberté contractuelle

417. Dès sa création, chaque personne publique dispose d'une compétence par laquelle elle exerce une ou plusieurs activités précises afin de satisfaire l'intérêt pour lequel elle a été créée. Cette même compétence attribue à la personne publique concernée des pouvoirs et des moyens, dont la voie contractuelle peut faire partie, pour réaliser les missions qui sont à sa charge. Se pose alors une interrogation : peut-on considérer la compétence comme un élément qui renforce l'idée d'une la liberté contractuelle en faveur des personnes publiques ou est-ce plus logique de l'interpréter comme un obstacle à cette reconnaissance ?

418. De l'analyse de la nature essentielle de la compétence on peut déduire que les personnes publiques sont invitées à exercer obligatoirement les missions qui leurs sont confiées, soit par leur acte de création, soit par une disposition ultérieure. En matière conventionnelle, on peut également considérer qu'en dehors du cadre de leur compétence fonctionnelle les personnes publiques ne peuvent pas contracter. De même, en raison de la nature de certaines missions, l'exercice de ces dernières n'est pas possible par la voie contractuelle, ou peut-être limité à certains organes et échelons administratifs. En revanche, l'exercice de certaines compétences ne saurait être réalisé que par un contrat, comme c'est le cas de la planification. Dans ces cas, la compétence ne peut être qualifiée que comme un concept contradictoire avec la liberté contractuelle. En effet, le premier aspect de cette dernière suppose que la personne qui jouit de cette liberté dispose de la possibilité de choisir de contracter ou de ne pas contracter, c'est-à-dire pour la personne publique, le choix entre l'acte contractuel et l'acte unilatéral.

419. En réalité, du fait de la compétence il se produira une différenciation dans l'aptitude contractuelle des personnes publiques ; plus précisément, une différenciation dans l'exercice de la liberté contractuelle car le cadre contractuel dans lequel la collectivité publique peut contracter en disposant d'une clause générale de compétence ne sera pas identique avec celui qui est limité par le principe de spécialité (Section I). L'imposition de la voie de l'exercice de la compétence ne peut également être considérée que comme un autre

facteur limitant considérablement la liberté contractuelle « prétendue » de la personne publique en cause (Section II).

Section I

La différenciation de l'aptitude contractuelle des personnes publiques

420. Il résulte d'une analyse de l'ensemble de la compétence et de la liberté contractuelle que ces deux concepts ne se concilient pas. S'il est vrai que ces deux concepts donnent à la personne qui en jouit le pouvoir de contracter, ils restent cependant sur le fond tous les deux contradictoires. En effet, la liberté contractuelle part de l'idée selon laquelle la personne qui en dispose peut contracter et déterminer le contenu de son contrat librement s'il n'y a pas de limitation découlant d'un texte de valeur législative justifié par l'intérêt général. Alors le pouvoir de contracter est la règle et la limitation est l'exception. Avec la compétence, la logique est l'inverse : la personne publique ne peut agir sans avoir une habilitation à contracter. C'est-à-dire, sans attribuer à la personne publique concernée la compétence et l'habilitation à contracter, elle ne sera pas en mesure d'accéder à la voie contractuelle. Ainsi, la règle est l'interdiction et l'exception est l'habilitation.

421. En raison de la particularité des personnes publiques et de la diversité de leurs missions, leur habilitation ne sera pas de même ampleur. L'habilitation contractuelle de l'Etat est beaucoup plus large que celle des collectivités territoriales. L'Etat peut conclure des conventions internationales, en revanche les collectivités territoriales ne peuvent pas car elles ne sont pas des sujets du droit international. Cette différenciation d'habilitation se trouve également parmi les collectivités territoriales elles-mêmes, entre leurs organes d'un côté, et entre les collectivités territoriales et leurs établissements publics d'un autre.

422. Cette réalité ne s'adapte pas bien avec la nature de la liberté contractuelle qui suppose que chaque personne disposant de cette liberté doit avoir le pouvoir de l'exercer au même degré que les autres. En effet, la restriction de cette liberté doit être appliquée à la liberté elle-même et non pas à la personne qui en dispose. De ce fait, il devient nécessaire d'étudier la relation entre la liberté contractuelle et la clause générale de compétence d'une

part (Sous-section I), et la relation du principe de spécialité avec la liberté contractuelle d'autre part (Sous-section II).

Sous-section I

La clause générale de compétence n'est pas une reconnaissance de la liberté contractuelle

423. Selon le dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, la compétence se définit comme « *la capacité légalement reconnue à un sujet d'accomplir un acte juridique, que ce sujet soit une personne de droit public ou de droit privé* »⁸⁷². De cette définition découle une convergence entre la compétence et la liberté contractuelle dès lors que cette dernière se manifeste par la capacité générale de contracter ainsi que par la possibilité de conclure tout contrat même non prévu par la loi⁸⁷³. Toutefois, cette convergence ne peut pas masquer la réalité : cette capacité « à contracter » sera réduite lorsque l'un des contractants est une personne morale ; elle sera limitée par l'objet de l'organisme et celui-ci n'est engagé que si le signataire est apte à représenter la personne morale.

424. En appliquant cette réalité aux personnes morales de droit public le professeur Richer a pu relever que « *comme en droit privé, le contrat doit entrer dans l'objet de l'organisme et être signé par une personne habilitée à cet effet* » ; cependant « *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. Il en résulte que les règles de compétence sont extérieures au contrat et que leur violation entraîne toujours la nullité du contrat* »⁸⁷⁴. En d'autres termes, le recours au procédé contractuel par les personnes publiques part d'une logique différente de celle des personnes privées. En effet, elle est liée à la nature de la mission qui incombe à la personne publique qui est de satisfaire l'intérêt général. De ce fait, il devient compréhensible de poser des restrictions limitant considérablement la capacité de cette personne à contracter d'une manière ne se conciliant pas, en principe, avec le contenu de la liberté contractuelle. Par conséquent, la reconnaissance de cette dernière en faveur des personnes morales de droit public devient incompatible avec leur nature et leur finalité.

⁸⁷² A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1988, P. 52.

⁸⁷³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6^e éd. 2008, P. 139

⁸⁷⁴ Ibid.

425. En pratique, la liberté contractuelle des personnes publiques a été souvent traitée simultanément avec le principe de la libre administration des collectivités territoriales en tant que ces dernières disposent d'une liberté constitutionnelle s'étendant aux matières contractuelles. Autrement dit, la liberté contractuelle est envisagée comme un des éléments indissociables de l'exercice de la libre administration des collectivités territoriales⁸⁷⁵. Cette logique est toutefois contredite par la différenciation faite dans leur pouvoir d'exercer leur compétence générale. Par voie de conséquence, la liberté contractuelle ne saurait être exercée dans ce domaine de la manière dont elle est censée être exercée.

A) La complexité de l'exercice de la compétence produit des effets négatifs sur la liberté contractuelle

426. Sans entrer dans le débat doctrinal qui nie le caractère général de la compétence attribuée aux collectivités territoriales⁸⁷⁶ notamment par la loi du 7 janvier 1983⁸⁷⁷, l'exercice de cette compétence ne produirait-il pas des effets en décalage avec la liberté contractuelle ? Le fait que la clause générale de compétence ne soit pas précise⁸⁷⁸ aboutit pratiquement à des résultats se conciliant mal avec l'exercice de la liberté contractuelle⁸⁷⁹.

a) La compétence n'est pas attachée à la personnalité morale

427. Logiquement, l'exercice de la liberté contractuelle suppose l'existence d'une personnalité juridique, physique ou morale, afin de recevoir les droits et les obligations résultant de l'utilisation de cette liberté. La liberté contractuelle des personnes publiques suppose, ou doit supposer, que la personne publique contractante soit toujours titulaire de cette personnalité afin d'assurer le respect des effets de l'exercice de sa liberté contractuelle. Mais, est-ce toujours le cas ?

428. En réalité, l'analyse de la construction institutionnelle de l'administration montre une divergence dans les compétences de ses organes. Les seuls qui peuvent contracter sont ceux qui disposent d'une personnalité morale. L'exercice de la « compétence contractuelle »

⁸⁷⁵ Voir dans ce sens, M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 169 et s.

⁸⁷⁶ Voir dans ce sens, A. de LAUBADERE et al., *Traité de droit administratif*, LGDJ, 2^e éd. 1984, P. 93 et s ; J. CHAPUISAT, « La répartition des compétences », *AJDA*, 1983, P. 81.

⁸⁷⁷ Loi n°83-8 du 7 janvier 1983, relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, JORF du 9 janvier 1983, P. 215.

⁸⁷⁸ Voir dans ce sens, J.-M. PONTIER, « Semper Manet. Sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, P. 1446.

⁸⁷⁹ Il convient de noter que, dans son article 94, la Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la république (NOTRe), a supprimé d'une manière claire la clause générale de compétence des départements.

n'est pas autorisé à toutes les entités administratives. Cela conduit à déduire que la liberté contractuelle ne sera reconnue qu'aux institutions administratives auxquelles a été attribuée la personnalité morale afin de réaliser les missions qui relèvent de leur compétence. Ainsi, si l'intérêt général exige le retrait de la personnalité morale de la personne publique en cause en raison du retrait de sa compétence, la liberté contractuelle de cette personne n'aura plus d'existence. En conséquence, on verra la même entité une fois dotée d'une liberté contractuelle et une autre fois sans liberté contractuelle selon la compétence qui est à sa charge. Un exemple peut expliquer ce propos.

429. Historiquement, les collectivités territoriales n'avaient pas la qualité d'entité publique dotée d'une personnalité juridique dès leur création. En effet, cette qualité a été établie de manière progressive selon la nature et l'ampleur de la compétence attribuée. En ce sens, le professeur Pontier confirme que « *La personnalité morale n'est pas, chez ces personnes publiques, une qualité qui s'imposerait d'emblée, que l'on aurait ou que l'on n'aurait pas. L'histoire montre au contraire que l'attribution de la personnalité morale s'est faite par à-coups. Les collectivités locales se sont vu reconnaître la personnalité morale de façon progressive, comme si le législateur avait hésité sur ce qu'il voulait faire* »⁸⁸⁰. Ainsi, le département est d'abord créé en 1789 en tant que circonscription administrative⁸⁸¹ sans qu'il soit immédiatement doté de la personnalité morale. La première manifestation de sa personnalité juridique a été établie par le décret du 9 avril 1811⁸⁸² qui dote le département d'un patrimoine dans le but de lui transférer de nouvelles charges. Puis, par la loi du 10 mai 1838⁸⁸³, le département a reçu une personnalité morale comme le confirme Hauriou dans son œuvre « *Précis de droit administratif* ». Il y souligne que l'idée de personnalité morale « *rencontra encore de la résistance et c'est seulement la loi de 1838 sur les conseils généraux qui la rendait incontestable* »⁸⁸⁴. Il est en effet évident que le développement progressif de leur compétence a incité l'attribution de la personnalité morale aux départements. Cela signifie que si une liberté contractuelle doit être reconnue aux départements, cette reconnaissance ne peut être établie qu'à partir du moment où ils ont obtenu la qualité de personne publique. Par voie de conséquence, on est devant une entité administrative,

⁸⁸⁰ J.-M. PONTIER, « La personnalité publique, notion anisotrope », *RFDA*, 2007, P. 980.

⁸⁸¹ Loi des 22 décembre 1789 - janvier 1790, relative à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives.

⁸⁸² Décret du 9 avril 1811 contenant concession gratuite aux départements, arrondissements et communes, de la pleine propriété des édifices et bâtiments nationaux actuellement occupés pour le service de l'administration, des cours et tribunaux et de l'instruction publique.

⁸⁸³ Loi du 10 mai 1838, sur les attributions des conseils généraux de département et des conseils d'arrondissement.

⁸⁸⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, précité, P. 196.

« le département », à la fois dotée et non dotée de la liberté contractuelle selon la compétence qui lui incombe.

430. Par ailleurs, quel rôle pourrait-il rester à la liberté contractuelle si l'intérêt général exige le retrait de la compétence contractuelle ou même la suppression⁸⁸⁵ d'une catégorie de personnes publiques « contractantes » ? Cette logique administrative attachée à la réalité du fonctionnement de la compétence, et qui n'est pas imaginable pour les individus, remet en cause la valeur significative de la liberté contractuelle. Ne serait-il pas plus logique de parler seulement et simplement d'une « *compétence contractuelle* » pour exprimer le pouvoir contractuel des personnes publiques au lieu de parler d'une liberté contractuelle non adaptée à la nature particulière de ces dernières ? D'autres arguments viennent renforcer cette analyse.

b) La non exclusivité de la compétence d'un certain échelon de collectivités territoriales

431. Historiquement, les communes ont reçu une compétence générale par la loi dite « *Municipale* » du 5 avril 1884. L'article 61 de celle-ci dispose ainsi que « *le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune* ». Après avoir constitutionnalisé la décentralisation et consacré le principe de la libre administration des collectivités territoriales, deux catégories de ces dernières ont pu recevoir cette capacité générale : le département et la région. Selon l'article L.1111-2 du Code général des collectivités territoriales : « *Les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence* ». Cette disposition reconnaît aux trois catégories en même temps l'aptitude de régler tous les affaires relevant de leur compétence. D'après cet article, la commune, le département et la région concourent avec l'Etat à l'administration et à l'aménagement du territoire, au développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique, ainsi qu'à la protection de l'environnement, à la lutte contre l'effet de serre par la maîtrise et l'utilisation rationnelle de l'énergie, et à l'amélioration du cadre de vie. Un tel texte montre ainsi que ces collectivités disposent de larges domaines d'intervention pour lesquels le moyen contractuel peut être utilisé.

432. Si l'on suppose que cette compétence générale peut être une façade de la liberté contractuelle, le texte précité ne constitue-t-il pas un obstacle à l'exercice de cette compétence « liberté » ? En effet, la disposition prévoit que les trois catégories des collectivités exercent les mêmes matières mais dans le cadre géographique de chacune d'elles.

⁸⁸⁵ Voir dans ce sens le rapport du Sénat du 11 mars 2009, n° 264, notamment P. 81.

Si les trois collectivités se situent dans la même zone géographique, l'exercice de leur compétence sera très compliqué et aboutira pratiquement à des situations qui ne correspondent pas à l'exercice de la liberté contractuelle. Le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de relever cette complexité comme l'estime M. Peyrical en constatant qu'« *aucun texte de nature législative n'avait conféré aux communes une exclusivité de compétence dans ce domaine et a jugé qu'un service de distribution d'eau potable pouvait être pris en charge par une collectivité départementale, à partir du moment où ce service avait un intérêt départemental. Ainsi, dès lors que « le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département » (art. L. 3211-1 du Code général des collectivités territoriales) et qu'aucun texte de loi n'exclut le service public de l'eau potable de ces affaires départementales, rien n'interdit à la collectivité départementale de prendre en charge, juridiquement et financièrement, un tel service* »⁸⁸⁶.

433. La liberté contractuelle suppose que la personne publique concernée peut insérer dans le contrat les termes de son choix. En pratique, au niveau local, cette possibilité pourrait produire des effets contradictoires en raison de la différence, notamment politique, probable de la manière d'exercer cette compétence au regard des termes des contrats qui pourraient être conclus. Ce constat se relève, par exemple, si un département et une de ses communes ont décidé de procéder par la voie contractuelle pour réaliser leur compétence. Alors, une coordination devient nécessaire, sinon obligatoire, pour cette finalité.

434. Une telle coordination ne doit pas être, en principe, un mode de tutelle en vertu de l'article L.1111-3 du Code général des collectivités territoriales qui prévoit que : « *La répartition de compétences entre les communes, les départements et les régions ne peut autoriser l'une de ces collectivités à établir ou exercer une tutelle, sous quelque forme que ce soit, sur une autre d'entre elles* ». Toutefois, la réalité de l'application de cet article est différente car on sait bien que beaucoup de communes ne disposent pas d'assez de moyens, en particulier financiers, pour exercer leur compétence, ce qui rend en pratique leur département en mesure d'imposer leur termes dans les contrats de ces communes⁸⁸⁷. Par voie de conséquence, la liberté contractuelle de ces communes sera, au moins, restreinte.

⁸⁸⁶ J.-M. PEYRICAL, « Transfert de biens entre collectivités publiques », *AJDA*, 2002, P. 1158.

⁸⁸⁷ CE, Ass., 12 décembre 2003, *Département des Landes*, req. n° 236442 ; *AJDA*, 2004, P. 195, chron. Donnat et Casas ; JCP Adm. 2004, P. 1021, note Taillefait ; *RFDA*, 2004, P. 518, concl. Sénors, note Douence.

c) La disparition de la liberté contractuelle dans le cas de la délégation de compétence

435. La compétence générale d'une personne publique peut mettre à sa charge plusieurs missions et activités que cette dernière peut ne pas être en mesure d'exercer elle-même dans leur totalité. Ainsi, elle procède à la délégation de certaines d'entre elles. Cette délégation de compétence, « délégation de pouvoir », modifie la répartition des compétences en réalisant un transfert juridique de compétence⁸⁸⁸. Il en résulte que l'auteur d'une délégation de pouvoir sera dessaisi de la compétence transférée. Ce faisant, il ne pourra plus les exercer – tant qu'il n'aura pas mis fin à la délégation – ; ses décisions dans ce domaine émaneraient d'une autorité incompétente⁸⁸⁹. Mais, si la délégation est irrégulière, le contrat signé par un fonctionnaire sera entaché d'une nullité d'ordre public⁸⁹⁰. En tous cas, il reste à la personne publique délégante la possibilité d'adresser des instructions à son délégataire⁸⁹¹.

436. Pour les collectivités territoriales, la possibilité de déléguer leurs compétences est reconnue en vertu de l'article L. 1111-8 du Code général des collectivités territoriales : « *Une collectivité territoriale peut déléguer à une collectivité territoriale relevant d'une autre catégorie ou à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre une compétence dont elle est attributaire* ». Il s'ensuit que si une collectivité locale a décidé de conclure un contrat pour l'exécution d'un service public transféré selon le mécanisme susmentionné, ce contrat serait illégal car elle n'est plus compétente⁸⁹² et les engagements signés n'auront aucune valeur contractuelle⁸⁹³. L'incompétence sera établie même si le délégataire exécute l'activité déléguée au nom et pour le compte de la collectivité délégante. Selon l'alinéa II de l'article précité du CGCT : « *Les compétences déléguées ... sont exercées au nom et pour le compte de la collectivité territoriale délégante* ».

437. Evidemment, cette situation complexe empêche de parler de liberté contractuelle pour cette collectivité car la délégation de sa compétence ne lui permet effectivement plus d'exercer sa « liberté contractuelle » dans le domaine délégué même si l'exécution de la

⁸⁸⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1, 14^e éd., Montchrestien, 2000, P. 1081.

⁸⁸⁹ CE, Sect. 5 mai 1950, *Buisson*, Rec. P. 258 ; CE, Sect. 20 mai 1966, *Centre national du commerce extérieur*, Rec. P. 341 ; *RDP*, 1966, P. 765, note M. Waline ; CE, 24 novembre 1982, *Héritiers Malonda*, Rec. P. 258.

⁸⁹⁰ CE, 7 mai 1954, *Min. Fin. et des Aff. Econ.*, Rec. P. 257 ; CE, 22 mai 1963, *Compagnie générale française*, *AJDA*, 1963, P. 554.

⁸⁹¹ CE, 4 juillet 1969, *Laurent*, Rec. P. 362.

⁸⁹² CE, 26 novembre 1908, *Commune de Labastide-Saint-Pierre*, S. 1909, 3, 81, concl. Tessier, note Hauriou ; CE, 10 août 1917, *Commune de Vivonne*, Rec. P. 634 ; CE, Ass. 16 octobre 1970, *Commune de Saint-Vallier*, Rec. P. 583.

⁸⁹³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6^e éd. 2008, P. 140.

mission déléguée se faisant en faveur de cette collectivité et pour son compte. Ici encore, on peut voir que la logique de la compétence et la manière par laquelle elle s'exerce, qui est loin de la logique et de la fiction juridique propre aux individus, rend la notion de liberté contractuelle inadaptée avec la nature des personnes publiques et l'exercice des missions qui leur sont attribuées.

B) L'habilitation est un autre élément restrictif de la liberté contractuelle

438. L'analyse du mécanisme par lequel les personnes publiques fonctionnent montre que ces dernières ne peuvent pas agir dans le domaine contractuel sans avoir l'habilitation nécessaire pour cette intervention. La pratique révèle que la complexité de l'exercice de la liberté contractuelle en fonction du régime de l'habilitation ne caractérise pas seulement l'existence de cette habilitation, notamment l'habilitation financière, mais aussi la détermination de l'organe compétent pour exercer cette habilitation.

a) L'habilitation financière

439. Dans le cadre de l'exercice de sa compétence contractuelle, la personne publique doit logiquement avoir la capacité financière suffisante pour couvrir les dépenses résultant des contrats conclus. Cette capacité se concrétise normalement par une autorisation budgétaire accordée à la personne publique contractante, autorisation qui diffère selon la catégorie de ladite personne.

440. Ainsi, pour les administrations centrales de l'Etat, l'article 7 alinéa IV de la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001⁸⁹⁴, qui prévoit que les crédits ouverts sont mis à disposition des ministres, confie à ceux-ci le pouvoir de passer les conventions qui mettent en œuvres ces crédits⁸⁹⁵. La même règle sera généralisée à l'égard des autorités administratives indépendantes, en raison de leur qualité d'ordonnateurs secondaires⁸⁹⁶. Pour les collectivités territoriales la passation du contrat est subordonnée à l'ouverture d'un crédit dans le budget de la collectivité concernée⁸⁹⁷. Pourtant, l'inscription générale de crédits au budget de la collectivité concernée ne peut pas être interprétée comme une habilitation de

⁸⁹⁴ Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances, J.O.R.F. n°177 du 2 août 2001 p. 12480

⁸⁹⁵ P. L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., Montchrestien 2010, P. 125, n° 196.

⁸⁹⁶ F. Rolin, « L'habilitation à contracter », in. *Mélange en l'honneur du professeur Michel Guibal*, CREAM 2006, t.1, P. 192.

⁸⁹⁷ Ibid. P. 190.

l'organe exécutif à conclure des contrats sur lesquels l'assemblée délibérante n'a pas précisément délibéré⁸⁹⁸.

441. En principe, on ne peut interpréter l'autorisation budgétaire en tant que condition pour que les personnes publiques puissent conclure un contrat. En effet, depuis longtemps il est acquis que le défaut d'autorisation budgétaire n'interdit pas la passation d'un contrat, ni le rend illégal⁸⁹⁹. Pour le professeur Guettier, cette autorisation relève « *seulement d'une autorisation de dépenser qui n'a de valeur et d'effet que sur le plan budgétaire* »⁹⁰⁰. Il ajoute que l'irrégularité budgétaire « *ne sera sanctionnée que dans le cadre du droit budgétaire. Mais les contrats conclus par l'administration restent valables et le lien vis-à-vis de ses cocontractants malgré l'irrégularité des autorisations budgétaires ou leur absence* »⁹⁰¹. Ainsi, le Conseil d'Etat juge que le fait de conclure un marché sans crédit ou en dépassement de crédit n'a pas d'effet sur sa validité, et la collectivité contractante n'est pas fondée à en refuser le paiement⁹⁰². Cependant, s'il est vrai que l'autorisation budgétaire et financière ne porte pas d'effet sur la conclusion du contrat lui-même, le manque de pouvoir financier ne sera pas sans conséquence sur la liberté contractuelle de la personne publique contractante. En effet, afin de régler les sommes dues par l'administration au cocontractant, il est nécessaire que l'irrégularité soit corrigée car, en l'absence de cette correction, l'intéressé ne pourrait exiger l'ordonnancement ou le règlement de sa créance⁹⁰³ selon les termes des engagements contractuels.

442. La restriction de la liberté contractuelle pourrait également résulter de raisons attachées à la non adoption du budget local où à son adoption non équilibrée. Les textes juridiques indiquent que la collectivité pourrait être dépourvue de son pouvoir budgétaire et par voie de conséquence ne plus être apte à exécuter les obligations, au moins financières, incluses dans ses contrats en cours de validité. Selon la disposition de l'article L. 1612-2 du Code général des collectivités territoriales : « *Si le budget n'est pas adopté avant le 15 avril de l'exercice auquel il s'applique, ou avant le 30 avril de l'année du renouvellement des organes délibérants, le représentant de l'Etat dans le département saisit sans délai la chambre régionale des comptes qui, dans le mois, et par un avis public, formule des propositions pour le règlement du budget. Le représentant de l'Etat règle le budget et le rend exécutoire* ». Et

⁸⁹⁸ A. de LAUBADERE et al., *Traité des contrats administratifs*, précité, t.1, P. 483.

⁸⁹⁹ P. AMSELEK, « Sur le particularisme de la légalité budgétaire », *Rev. Sc. Fin.*, 1970, P. 653.

⁹⁰⁰ Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 3^e éd. PUF, 2011, P. 326.

⁹⁰¹ Ibid.

⁹⁰² CE, 25 novembre 1931, *Dame Baudoin*, Rec. P. 1029.

⁹⁰³ CE, 4 février 1949, *Villaret*, Rec. P. 52.

« à compter de la saisine de la chambre régionale des comptes et jusqu'au règlement du budget par le représentant de l'Etat, l'organe délibérant ne peut adopter de délibération sur le budget de l'exercice en cours ». Alors, la saisine de préfet engendre, à partir du moment où elle a été faite et jusqu'à la fin de la procédure, la suspension des pouvoirs budgétaires de l'organe délibérant concerné dans l'exercice en cours ; par conséquent, toute délibération budgétaire adoptée durant cette période sera annulée par le juge administratif⁹⁰⁴. Le même effet se produit lorsque l'organe délibérant adopte un budget en déséquilibre réel. Dans un tel cas, le représentant de l'Etat est tenu de saisir la Chambre régionale des comptes dans un délai de 30 jours afin que celle-ci prenne les mesures nécessaires au rétablissement de l'équilibre budgétaire et demande à l'organe délibérant une nouvelle délibération⁹⁰⁵. Ainsi, à compter de la saisine de la chambre régionale des comptes et jusqu'au terme de la procédure, l'organe délibérant ne peut se prononcer en matière budgétaire⁹⁰⁶. Une telle construction juridique ajoute à notre avis une difficulté supplémentaire pour la reconnaissance d'une véritable liberté contractuelle aux personnes publiques et démontre encore une fois la particularité de ces dernières.

b) La répartition des compétences entre les organes locaux

443. L'habilitation financière n'est pas le seul élément de la complexité de l'exercice de la liberté contractuelle par les personnes publiques. En effet, la complexité survient également lorsqu'il s'agit de préciser l'organe ou même la personne habilitée à exprimer la « volonté contractuelle » de la personne publique concernée. Ainsi, comme le souligne M. Rolin, « Si l'habilitation à contracter est une composante du droit de la passation des contrats, elle est aussi l'expression d'une règle de répartition des compétences, en dehors de toute problématique contractuelle. Elle obéit donc à un régime mixte, qui mêle de manière complexe le droit des contrats administratifs et le droit de l'organisation administrative »⁹⁰⁷. En pratique, la répartition des tâches entre les organes d'une même personne publique peut engendrer des volontés différentes, voire dans certains cas contradictoires, de la part de ces organes. Dans ce cas, qui serait habilité à exercer la liberté contractuelle ? Et l'existence de plusieurs volontés au sein de la même personne publique ne serait-elle pas un obstacle pour parler de la « liberté » contractuelle qui est censée être exercée à titre individuel ?

⁹⁰⁴ TA Paris, 9 octobre 1985, *Bodin*, Rec. P. 525 ; CAA Lyon, 7 novembre 1996, *Préfet de la Haute-Corse*, req. n° 96LY00416, *AJDA* 1997, P. 303, chron. Erstein.

⁹⁰⁵ L'article L. 1612-5, CGCT.

⁹⁰⁶ L'article L. 1612-9, CGCT.

⁹⁰⁷ F. Rolin, « L'habilitation à contracter », *op cit.*, P. 191.

444. S'agissant des collectivités territoriales, le législateur a réparti l'exercice de leurs compétences entre un organe délibérant et un organe exécutif. L'exercice de la compétence contractuelle en fait partie. Selon l'article L. 2122-21 du Code général des collectivités territoriales, le maire, en tant que président de l'exécutif local, est habilité à signer le contrat au nom de la commune. Précisément, « *Sous le contrôle du conseil municipal et sous le contrôle administratif du représentant de l'Etat dans le département, le maire est chargé, d'une manière générale, d'exécuter les décisions du conseil municipal et, en particulier : 6° De souscrire les marchés, de passer les baux des biens et les adjudications des travaux communaux dans les formes établies par les lois et règlements* ». De cette formulation on peut déduire qu'il appartient à l'organe délibérant d'habiliter le maire à signer le contrat qu'il entend conclure. Cela signifie que la volonté qui doit être respectée ici est celle de l'organe délibérant et le rôle du maire ne sera que formel. La même règle s'applique dans le cas d'une délégation de service public. Selon les dispositions de l'article L.1411-4 du Code général des collectivités territoriales : « *Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local* », ensuite, « *Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire* ».

445. Toutefois, que se passerait-il si l'organe exécutif avait conclu un contrat sans avoir une telle habilitation ? Pourrait-on dire que le contrat conclu par le maire dans ce cas n'est pas le produit de la liberté contractuelle ? En d'autres termes, ne serait-on pas face à une situation dans laquelle il y aurait un organe « délibérant » disposant d'une liberté contractuelle sans pouvoir l'exercer, et un organe « exécutif » ayant la capacité d'exercer la liberté contractuelle sans pouvoir en disposer ?

446. L'analyse de la jurisprudence administrative en la matière montre que le juge administratif corrobore la nécessité de cette autorisation. Ainsi, dans un arrêt du 13 octobre 2004, *Commune de Montélimar*⁹⁰⁸, le Conseil d'Etat va préciser sa position en déclarant d'abord que : « *Le conseil municipal ne peut, en dehors des cas limitativement énumérés à l'article L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales, déléguer au maire le pouvoir qui lui appartient exclusivement de décider d'obliger la commune* ». De cette formulation on peut déduire qu'en dehors des cas mentionnés dans l'article précité il

⁹⁰⁸ CE, 13 octobre 2004, *Commune de Montélimar*, AJDA 2004, P. 2107, note J.-D. Dreyfus ; *Rev. Contrats*, avril 2005, P. 425, obs. F. Rolin ; *Juris-Data* n° 2004-067353 ; *Contrats et Marchés publ.* 2004, comm. 10, concl. D. Casas ; *ACCP* n° 39, déc. 2004, P. 63, note L. Janicot.

appartient seulement à l'organe délibérant d'engager contractuellement ladite collectivité. Puis, il va juger que « *le maire ne peut valablement souscrire un marché au nom de la commune sans y avoir été préalablement autorisé par une délibération expresse du conseil municipal* ». Il précise que « *ni ces dispositions ni aucune autre disposition du code des marchés publics n'ont pour objet ou pour effet de déroger, en ce qui concerne la compétence pour décider de contracter au nom de la commune* ». Ainsi, la Haute Juridiction administrative confirme que le pouvoir de décider de contracter est de la compétence exclusive du conseil délibérant et que le pouvoir du maire dans ce domaine n'est que l'exécution de la décision prise par ce conseil. De plus, le Conseil d'Etat estime que l'absence de texte organisant l'opération contractuelle entre les deux organes ne saurait être considérée comme permettant à l'exécutif de conclure le contrat sans avoir une autorisation préalable de l'assemblée délibérante. C'est le cas d'un contrat conclu par le Président de la chambre de commerce et de l'industrie de la Vienne, à propos duquel le Conseil d'Etat a jugé que « *le Président d'une chambre de commerce ne peut passer un marché au nom de la chambre qu'avec l'autorisation de celle-ci... il est compétent, en l'absence de disposition contraire, pour prendre toute décision se rapportant à la conclusion du marché* »⁹⁰⁹.

447. Néanmoins, le rôle du juge administratif ne se résume pas seulement à ce raisonnement car il a pu également préciser les conditions entourant l'habilitation contractuelle. Ainsi, dans l'arrêt *Commune de Montélimar*, le Conseil d'Etat estime que l'habilitation à contracter ne peut intervenir que lorsque tous les éléments du marché sont connus, notamment son attributaire et son montant, confirmant son ancienne jurisprudence à ce sujet⁹¹⁰. C'est également sa position lorsqu'est en cause un contrat de délégation de service public. Il précise en effet concernant le conseil municipal que « *lorsqu'il entend autoriser le maire à souscrire une convention de délégation de service public, le conseil municipal doit, sauf à méconnaître l'étendue de sa compétence, se prononcer sur tous les éléments essentiels du contrat à intervenir, au nombre desquels figurent notamment l'objet précis de celui-ci ainsi que les éléments financiers exacts et l'identité de son attributaire* »⁹¹¹. Cette solution, selon M. Rolin, « *repose sur une logique également très classique ; dès lors que l'autorité habilitée n'a qu'une fonction d'exécution des décisions de l'assemblée délibérante, elle ne*

⁹⁰⁹ CE, 13 janvier 1995, *Chambre de commerce et d'industrie de la Vienne*, Rec. P. 7.

⁹¹⁰ CE, 8 avril 1911, *Commune d'Ousse-Suzan*, note M. Hauriou in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du tribunal des conflits*, rééd. La Mémoire du droit 2000, t.1, P. 491. ; CE, avis 10 juin 1996, *Département de la Côte d'Or*, Rec. P. 198, *RFDA*, 1997, P. 83, note J. Cl. Douence ; CE, 30 octobre 1996, *Selmi*, Rec. T. 746.

⁹¹¹ CE, 10 janvier 2007, *Société Pompes funèbres et conseillers funéraires du Roussillon*, req. n° 284063, *AJDA*, 2007, P. 636.

*peut prendre aucune décision propre, et son pouvoir doit être entièrement lié par le contenu de l'habilitation. Il s'agit là d'une conception que l'on peut qualifier de « notariale » de la fonction exécutive : l'exécutif local n'a pas plus de pouvoir que le Président de la République qui promulgue des lois. Il est tenu de le faire, et sa volonté propre ne peut pas intervenir »*⁹¹². Cela signifie que si l'organe délibérant a pris légalement sa décision de contracter⁹¹³, le maire sera tenu de conclure le contrat⁹¹⁴. Sinon, le préfet sera obligé de se substituer au maire, en cas de refus par celui-ci de conclure le contrat décidé par le conseil municipal⁹¹⁵.

La Haute Juridiction administrative ajoute que le contrat doit être conclu en application des délibérations exemptes d'irrégularités, notamment celles résultant du manque ou de l'insuffisance d'information⁹¹⁶. De plus, lorsque la délibération porte sur l'autorisation donnée à l'autorité exécutive de contracter avec un cocontractant déterminé, le juge exige que le texte complet du contrat soit soumis à l'appréciation des conseillers et non ses seuls axes essentiels⁹¹⁷.

448. Une irrégularité pourrait aboutir à considérer le contrat conclu nul comme c'est le cas d'un défaut d'habilitation à signer le contrat⁹¹⁸. Le Conseil d'Etat a d'abord donné l'impression de vouloir tempérer cette nullité dans son arrêt du 20 décembre 1984 en soulignant que non seulement le maire n'avait pas été habilité préalablement à la signature du contrat mais que « *le conseil municipal ne l'avait pas ratifié ultérieurement* »⁹¹⁹. Cependant, ce tempérament va disparaître dans sa jurisprudence ultérieure car le Conseil d'Etat va revenir à une solution plus exigeante⁹²⁰ en imposant que la délibération précède la signature⁹²¹. Selon le commissaire du gouvernement Y. Chantepy, aucune régularisation n'est alors possible, « *on doit considérer comme invariablement entaché d'illégalité l'ensemble des décisions de conclure les contrats des collectivités territoriales sans aucune habilitation préalable, à*

⁹¹² F. ROLIN, « L'habilitation à contracter », précité, P. 196.

⁹¹³ A. de LAUBADERE et al., *Traité des contrats administratifs*, précité, t.1, P. 491.

⁹¹⁴ CE, 22 novembre 1933, *Chauvin*, Rec. P. 1076.

⁹¹⁵ L'article 85 de la loi du 5 avril 1884 codifié par l'article L. 2122-34 du CGCT, qui dispose que : « Dans le cas où le maire, en tant qu'agent de l'Etat, refuserait ou négligerait de faire un des actes qui lui sont prescrits par la loi, le représentant de l'Etat dans le département peut, après l'en avoir requis, y procéder d'office par lui-même ou par un délégué spécial ».

⁹¹⁶ CE, 13 octobre 2004, *Commune de Montélimar*, précité.

⁹¹⁷ CE, 27 octobre 1989, *De Peretti c/ Cne Sarlat*, Rec. P. 509 ; Juris-Data n° 1989-645250.

⁹¹⁸ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Thèse, LGDJ, 1990, n° 41.

⁹¹⁹ CE, 20 décembre 1984, *Commune de Grâce-Uzel*, RDP, 1985, P. 220.

⁹²⁰ CE, 8 février 1999, *Commune de Cap d'Ail*, AJDA, 1999, P. 283.

⁹²¹ CE, Avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte d'Or*, Rec. P. 198.

*supposer même qu'une délibération postérieure soit intervenue... »*⁹²². Par conséquent, l'autorisation doit impérativement, en principe, intervenir avant la signature du contrat par l'organe délibérant⁹²³.

449. Enfin, il faut toutefois signaler que le juge administratif a pu montrer un peu de souplesse à l'égard des initiatives prises par l'organe exécutif. Ainsi, le Conseil d'Etat s'est refusé à censurer la signature d'un contrat qui ne « *présente qu'une légère différence* » avec celui qui avait été soumis à délibération⁹²⁴. De même, le juge administratif a admis que lorsque la délibération du conseil municipal était imprécise, l'autorité exécutive disposait d'une certaine latitude d'action⁹²⁵.

Sous-section II

Le manque d'harmonie entre la liberté contractuelle et le principe de spécialité

450. Il est connu en droit administratif que les personnes publiques n'exercent que la compétence qui leur est reconnue par les textes législatifs et réglementaires. L'étendue de cette compétence dépend des missions qui leur sont attribuées. Si certaines personnes publiques comme l'Etat et les collectivités territoriales ont pu disposer d'une compétence générale en raison de la diversification de leurs tâches, d'autres, pour des raisons contraires, n'ont reçu qu'une compétence liée et dirigée par le principe de spécialité.

451. Selon la définition du Conseil d'Etat, le principe de spécialité signifie que « *la personne morale, dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée, n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission* »⁹²⁶. Cette définition nous semble très intéressante car en premier lieu, elle confirme la finalité de la création de la personne publique qui est l'exécution de la mission pour laquelle elle a été créée puis, en second lieu, elle limite le domaine de l'intervention de cette personne à la mission qui est à sa charge. Une telle

⁹²² Concl. du commissaire du Gouvernement Y. Chantepy sur CE, avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte -d'Or* : Juris-Data n° 1996-050479.

⁹²³ E. MELLA, « Les compétences des organes des collectivités territoriales en matière contractuelle », *Contrats et Marchés publ.* mai 2007, étude n° 7, P. 27.

⁹²⁴ CE, 30 octobre 1974, *Commune de Saint Pierre des Bois*, RDP, 1975, P. 310.

⁹²⁵ CE, 5 juin 1980, *Delmas*, Rec. P. 632.

⁹²⁶ CE, Section des travaux publics, Avis 7 juillet 1994, *RFDA*, 1994, P 1146, note Rodrigues.

formulation nous incite à poser la question de la place que la liberté contractuelle peut occuper dans l'exercice de l'activité attribuée à la personne publique qui est gouvernée par ce principe et qui ne peut être interprété que comme une large restriction de la liberté contractuelle.

452. En pratique, le principe de spécialité établit effectivement une limitation de la liberté contractuelle à double égard : le premier relève de la mission attribuée à la personne publique et de sa nature ; le second est lié à la zone géographique dans laquelle la personne peut exercer cette compétence.

A) La spécialité fonctionnelle est une restriction de la liberté contractuelle

453. La première idée qui s'impose lorsqu'on parle du principe de spécialité est celle de son lien avec les établissements publics : la spécialité constitue un élément essentiel de tout établissement public. Sa personnalité juridique spéciale, qui ne se rattache à la théorie de la personnalité morale que par l'objet spécial qui lui est attribué⁹²⁷, ne peut être présentée que comme une restriction de la liberté contractuelle en raison de la limitation de l'étendue de son exercice. Ainsi, selon les professeurs Guglielmi et Koubi, « *Aller au-delà de cette spécialité, même pour exercer des missions de service public, serait empiéter sur les compétences des autres personnes morales de droit public. La spécialité de l'établissement public est ainsi identifiée à partir de ses règles constitutives, c'est-à-dire de la mission qui lui est conférée* »⁹²⁸. Cette reconnaissance de la liberté contractuelle à titre général aux personnes publiques va nous inspirer pour poser les mêmes questions que la professeure Bréchon-Moulènes à l'égard des établissements publics : les établissements publics ont-ils tous une liberté de même nature ? Ou faut-il distinguer entre eux selon leur caractère (établissement public corporatif ou fondatif), selon leur nature juridique (établissement public administratif ou industriel et commercial) ?⁹²⁹ La diversification et la limitation des missions qui incombent à leur charge conduit la professeure à conclure en s'interrogeant quant à la pertinence de parler d'une « *liberté heureuse* »⁹³⁰.

⁹²⁷ L. MICHOU, *Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ, 1924, 2 vol. Cité par G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, Montchrestien, 2007, 2^e éd., P. 225.

⁹²⁸ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, op. cit. P. 225.

⁹²⁹ C. BRECHON-MOULENES, « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* 1998, P. 644.

⁹³⁰ Ibid. P. 650.

a) Les implications du principe de spécialité et ses effets sur la liberté contractuelle

454. En revenant à l'idée principale de la liberté contractuelle, on considère que sa reconnaissance en faveur des personnes publiques implique que ces dernières pourront contracter, sauf lorsque cette possibilité leur sera expressément prohibée. Ainsi, en dehors de toute interdiction formelle en ce sens, le recours à la voie contractuelle sera admis⁹³¹. Cette signification résulte de l'interprétation du concept de liberté tel que posé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui prévoit que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* »⁹³², ainsi que du principe libéral selon lequel « *tout ce qui n'est pas interdit est permis* ». Selon cette acception de la liberté contractuelle, comment pourrait-on la reconnaître aux personnes publiques et notamment à celles dont l'activité est caractérisée par le principe de spécialité ? Une analyse approfondie de la jurisprudence administrative à ce sujet a pu montrer la difficulté de cette reconnaissance.

455. Tout d'abord, s'il est reconnu aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux le droit de créer des services publics à caractère économique, la création de ceux-ci n'est pas sans contraintes. En effet, comme pour les collectivités territoriales, la création d'un service public industriel et commercial par les établissements publics n'est possible⁹³³ « *que si un intérêt public le justifie et dans le respect du principe de liberté du commerce et de l'industrie* »⁹³⁴ ou, selon une autre formulation, « *dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence* »⁹³⁵. Ainsi, à l'instar de toutes les activités exercées par l'administration, c'est l'intérêt général qui doit être la motivation de cette création.

456. Puis, le Conseil d'Etat a posé une définition très claire du principe de la spécialité dans son avis du 7 juillet 1994 en limitant le domaine d'intervention autorisé pour la personne concernée⁹³⁶. Il a ainsi estimé que « *Le principe de spécialité qui s'applique à un établissement public tel qu'EDF et GDF signifie que la personne morale, dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée, n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission. Il n'appartient pas à l'établissement d'entreprendre des activités extérieures à*

⁹³¹ M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 69.

⁹³² L'article 4 de la D.D.H.C. de 1789.

⁹³³ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, précité, 2^e éd., P. 225.

⁹³⁴ CE, 23 mai 2003, *Communauté des communes Artois-Lys*, Rec. P. 234 ; *Dr. adm.* 2003, n° 208, note M. Lombard ; *RFDA*, 2004, P. 299, note B. Faure.

⁹³⁵ CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, req. n° 275531, *JCP A* 2006, n° 1133, note F. Linditch ; *Dr. adm.* 2006, comm. 129, note M. Bazex.

⁹³⁶ CE, Section des travaux publics, Avis n° 356089 du 7 juillet 1994, *RFDA*, 1994, P 1146, note Rodrigues ; Les grands avis du Conseil d'Etat, Dalloz, 2002, P. 315, note Vigouroux.

cette mission ou de s'immiscer dans de telles activités ». Cette formulation a pu conduire le professeur Truchet à conclure qu'il est interdit à la personne publique de choisir librement les activités qu'elle entend mener. Précisément, l'auteur souligne que « *les personnes morales de droit public (Etat, collectivités territoriales, établissements publics, groupements d'intérêt public) ne disposent pas de la liberté du commerce et d'industrie, selon le droit administratif français. Elles n'ont pas le libre choix des activités économiques qu'elles exercent ; elles ne sont pas libres (pas aussi libres que les entreprises privées, en tout cas) de mener comme elles l'entendent celles qui leur sont permises ou imposées* »⁹³⁷.

457. Enfin, dans sa décision du 31 mai 2006, le juge administratif va confirmer sa position à l'égard du domaine dans lequel la personne publique peut intervenir en jugeant que : « *les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique. Si elles entendent en outre, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence. A cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée* »⁹³⁸.

Cette formulation rappelle que la personne publique dispose d'« *une compétence contractuelle* », et non pas d'une « *liberté contractuelle* », car le principe de spécialité ne permet pas à la personne publique en cause d'empiéter sur les compétences des autres personnes publiques⁹³⁹ ; le domaine d'intervention de cette personne est limité par la compétence qui lui est attribuée.

b) Une souplesse inévitable mais conditionnée par le juge administratif

458. S'il est certain que le principe de spécialité constitue un obstacle à l'exercice de la liberté contractuelle par une personne publique, l'interprétation de la jurisprudence administrative montre que l'application de ce principe ne manque pas de souplesse qui est

⁹³⁷ D. TRUCHET, « Les personnes publiques disposent-elles en droit français, de la liberté d'entreprendre ? », Dalloz affaires, n° 24, 1996, P. 731.

⁹³⁸ CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, précité.

⁹³⁹ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, précité, 2^e éd., P. 336.

justifiée au regard du principe de mutabilité du service public qui exige parfois des activités annexes, complémentaires ou accessoires⁹⁴⁰.

459. Ainsi, on trouve dans l'avis du Conseil d'Etat du 15 juillet 1992⁹⁴¹ un exemple d'interprétation souple du principe de spécialité. Dans cet avis, le juge administratif a d'abord estimé que si « *la limitation à la région des transports parisiens de la mission d'exploitant de la RATP, de même que la référence aux collectivités locales de la région parisienne dans son organisation et son financement comptent parmi les règles constitutives du statut de l'établissement public. Cet établissement constitue à lui seul, selon la décision du Conseil Constitutionnel du 27 novembre 1959 une catégorie particulière d'établissement public* ». Puis, il précise que l'extension des activités de RATP établit une modification d'une règle constitutive de son statut et par conséquent ne peut être décidée que par la loi. Enfin, et avec modération, il indique que « *l'analyse qui précède concernant la spécialité de l'établissement public ne saurait être interprétée comme lui interdisant d'exercer conformément à une jurisprudence constante et même en dehors de la région des transports parisiens, des activités qui sont le complément de sa mission et qui présentent un intérêt direct pour l'amélioration des conditions d'exercice de celle-ci. Il en va ainsi notamment des activités représentant un apport de savoir-faire, ou d'assistance technique, qui se fixent pour objectif la formation du personnel de la Régie, les échanges techniques et la valorisation de ses compétences* ». Une telle formulation permet de déduire que seules les activités « complémentaires » sont autorisées, contrairement à l'extension d'activités, c'est-à-dire le rajout de nouvelles activités, qui ne peut être autorisée que par une disposition législative.

460. Dans un avis rendu deux ans plus tard à propos d'EDF⁹⁴², le Conseil d'Etat va accentuer cette souplesse en acceptant l'extension des activités soumises au principe de spécialité, mais à double condition. Le juge administratif souligne que « *Si ce principe de spécialité invite, pour déterminer la nature des activités confiées à l'établissement, à se reporter à ses règles constitutives, telles qu'elles ont été définies en l'espèce par la loi, il ne s'oppose pas par lui-même à ce qu'un établissement public, surtout s'il a un caractère industriel et commercial, se livre à d'autres activités économiques* ». Puis, il conditionne cette possibilité : d'une part, ces activités annexes doivent être « *techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale, en l'occurrence*

⁹⁴⁰ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, Montchrestien, 2011, 3^e éd., P. 366.

⁹⁴¹ CE, avis du 15 juillet 1992, n° 352281, RATP, Les grands avis du Conseil d'Etat, Dalloz 2002, P. 616.

⁹⁴² CE, Section des travaux publics, Avis n° 356089 du 7 juillet 1994, *RFDA*, 1994, P 1146, note Rodrigues ; Les grands avis du Conseil d'Etat, Dalloz 2002, P. 315, note Vigouroux.

de la production, du transport, de la distribution et de l'importation et exportation d'électricité et de gaz ou au moins connexe à ces activités » ; d'autre part il faut que « ces activités soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public notamment par son adaptation à l'évolution technique, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, le savoir-faire de ses personnels, la vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences, tous moyens mis au service de son objet principal ». C'est donc le rattachement à l'activité principale de ladite personne et l'intérêt général qui constituent ces conditions. Cette solution a pu inciter certains auteurs à souligner que l'avis propose une interprétation très souple du principe de spécialité. À ce propos, M. Lombard note qu'« il était difficile de définir de façon moins contraignante le champs des activités ouvert..., à cet établissement public. Les derniers mots de (valorisation de ses compétences), caractérisant les objectifs susceptibles d'être retenus pour justifier une extension d'activités hors du domaine défini par le statut de l'établissement public, permettent en effet, à priori, de s'appliquer à toute opération dès lors qu'il ne paraît guère concevable qu'un opérateur économique, quel qu'il soit, ait pour (objectif) avoué de (dévaloriser ses compétences) »⁹⁴³.

461. Quelques années plus tard, le Conseil d'Etat a rendu un avis qui nous laisse perplexe. En effet, dans l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultant*⁹⁴⁴, la Haute Juridiction administrative va considérer qu'« *Aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public. Aussi la personne qui envisage de conclure un contrat dont la passation est soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence, ne peut elle refuser par principe d'admettre à concourir une personne publique* ». Cette formulation a permis à certains auteurs d'estimer la quasi-disparition⁹⁴⁵ du principe de spécialité, ou même de considérer que désormais « *le principe de spécialité s'incline devant cette liberté reconnue aux collectivités publiques d'intervenir directement sur les marchés* »⁹⁴⁶. Toutefois, de notre point de vue, cet avis ne devrait pas être interprété comme une régression de ce principe au profit de la liberté de la personne publique. En effet, en premier lieu, le principe de spécialité n'a pas été mentionné dans cet avis. Le Conseil

⁹⁴³ M. LOMBARD, « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D.* 1994, chron., P. 163.

⁹⁴⁴ CE, avis 8 novembre 2000, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*, Rec. P. 492, concl. Bergeal .

⁹⁴⁵ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, précité, 3^e éd., P. 235.

⁹⁴⁶ B. du MARAIS, *Droit public de la régulation économiques*, Dalloz – Presses de Sciences- P, mentionné par G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, précité, 3^e éd., P. 235.

d'Etat se borne à un avis et ne tranche pas un contentieux c'est-à-dire il ne prend pas d'arrêt et se trouve donc limité à répondre précisément à la question qui lui est adressée. En l'espèce, la vérification de l'adaptation de l'activité en cause avec la compétence de la personne publique concernée revenait au tribunal administratif de Dijon qui lui a posé la question. D'autre part, cette question qui a été adressée au Conseil d'Etat exige seulement de savoir si la nature de la personne publique fait obstacle à la possibilité de cette dernière de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public. En conséquence, il nous semble que le principe de spécialité ne peut être effectivement affaibli par cet avis.

462. Cette analyse est confirmée par le juge administratif à plusieurs occasions⁹⁴⁷. Ainsi, dans sa décision du 23 mai 2003, *Communauté de communes Artois-Lys*, le Conseil d'Etat a rappelé que les communes ou leur groupement ne peuvent étendre l'objet des services publics à caractère industriel et commercial que « *si un intérêt public le justifie et dans le respect du principe de liberté du commerce et de l'industrie* »⁹⁴⁸. En l'espèce, la Haute Juridiction administrative a considéré que la création d'un service facultatif de réhabilitation des installations d'assainissement autonome situées dans le ressort de la Communauté de communes Artois-Lys en zone d'assainissement non collectif contribue à l'équilibre financier global du service de l'assainissement non collectif assuré par cette collectivité et à la satisfaction des usagers, qui pourront confier à un seul prestataire, s'ils le souhaitent, l'ensemble des prestations relatives au contrôle, à l'entretien et à la réhabilitation de leurs installations. Elle constitue ainsi un complément utile aux services de contrôle et d'entretien institués par cette collectivité, conformément à la loi, dans l'intérêt de l'hygiène et de la salubrité publiques. Dans cette affaire, le juge administratif a donc posé une double condition à l'extension de l'activité des personnes publiques territoriales : la première est le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie ; la seconde est l'existence d'un intérêt public. Ce dernier a été relevé par le juge par le fait que ladite extension est un complément utile du service de l'assainissement.

⁹⁴⁷ CE, 11 avril 2012, *ASSOCIATION SYNDICALE AUTORISEE DU HAMEAU DE LA JONCHERE*, req. n° 342052.

⁹⁴⁸ CE, 23 mai 2003, *Communauté des communes Artois-Lys*, Rec. P. 234 ; *Dr. adm.* 2003, n° 208, note M. Lombard ; *RFDA*, 2004, P. 299, note B. Faure.

463. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a rendu le 31 mai 2006⁹⁴⁹ un arrêt significatif à l'égard de l'exercice de la compétence des personnes publiques en résumant sa position en la matière. D'abord, le juge administratif a précisé que « *les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique* ». Il ajoute que « *si elles entendent en outre, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence* ». A cet égard, « *pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée* ». Enfin, il conclut, « *une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci* ».

Cet arrêt encadre strictement l'exercice de la compétence contractuelle de la personne publique dans le secteur économique en imposant plusieurs conditions. L'imposition de ces conditions rend très marginal, sinon résiduel, le domaine dans lequel la liberté contractuelle peut être exercée. En effet, pour qu'une personne publique puisse conclure des contrats relatifs à des activités à caractère économique, elle doit respecter sa compétence, la liberté du commerce et de l'industrie, le droit de la concurrence et son intervention doit être justifiée par l'intérêt public. Ces conditions ne font que révéler l'interprétation du juge administratif de la particularité des personnes publiques résultant de leur nature ainsi que de la nature des missions pour lesquelles elles ont été créées.

B) La spécialité territoriale est une limitation de l'intervention contractuelle des personnes publiques

464. Concernant l'exercice de la liberté contractuelle, le principe de spécialité ne pose pas seulement de difficultés fonctionnelles ; il pose également des difficultés spatiales car la personne publique gouvernée par ce principe ne sera pas habilitée à contracter à l'extérieur du cadre géographique qui lui est désigné.

⁹⁴⁹ CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, req. n° 275531, *JCP A* 2006, n° 1133, note F. Linditch ; *Dr. adm.* 2006, comm. 129, note M. Bazex.

465. Ce constat est plus clair lorsqu'il met en cause la compétence contractuelle des personnes publiques locales. Dans sa définition de « *l'affaire locale* », M. Benoît précise l'encadrement géographique de l'action des personnes publiques territoriales en estimant qu'« *une affaire locale est celle qui s'exprime dans un cadre territorial donné en fonction des besoins des habitants de celui-ci et présentant un intérêt public. C'est en fonction de ces éléments que se justifie l'intervention d'une collectivité territoriale* »⁹⁵⁰.

466. De cette définition de l'affaire locale, on peut déduire que la spécialité territoriale impose que chaque collectivité territoriale agisse dans le cadre de sa compétence géographique, ou territoriale, sans empiéter sur la compétence territoriale détenue par d'autres personnes morales de droit public⁹⁵¹. Cela signifie qu'une commune ne peut pas intervenir dans un domaine qui relèverait de la compétence territoriale d'une autre commune⁹⁵² sauf si un texte particulier autorise cette intervention.

467. Par ailleurs, la spécialité territoriale ne limite pas seulement la faculté d'intervention des collectivités territoriales dans le cadre territorial étatique ; son application s'étend également aux activités de celles-ci à l'étranger. L'analyse de l'aptitude contractuelle de ces collectivités montre une restriction considérable de ce type d'intervention conditionnée à une autorisation. Aussi, il nous semble nécessaire de présenter l'encadrement de la capacité contractuelle de ces entités à l'égard de l'action à l'étranger.

a) La négation de la qualité de sujet de droit international aux collectivités locales

468. Le premier obstacle à l'exercice de la compétence contractuelle des collectivités territoriales au niveau international résulte du fait que ces dernières ne jouissent pas de la qualité de sujet de droit international. Ce constat est le produit de l'application du principe de « *l'unité de l'Etat* » qui implique selon M. Dupuy que « *seul le gouvernement possède la compétence pour engager l'Etat par un accord conclu avec une autorité publique étrangère* »⁹⁵³. D'après cette définition, les collectivités territoriales ne peuvent pas contracter avec un Etat étranger, ni avec l'un de ses démembrements et par conséquent, seront illicites les relations contractuelles internationales des collectivités territoriales.

⁹⁵⁰ F.-P. BENOIT, « Les attributions générales », Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, n° 4012-12. Cité par, M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 79.

⁹⁵¹ Voir dans ce sens, CE, 25 juillet 1986, *Rougeaux / c. Commune de Saint-Sauveur-sur-Ecole*, req. n° 56646 ; *Dr. Adm.*, P. 460 ; *RDP*, 1987, P. 1456, note R. DRAGO.

⁹⁵² CE, 17 février 1956, *Siméon*, Rec. P. 74.

⁹⁵³ P.-M. DUPUY, « La coopération régionale transfrontalière et le droit international », *AFDI*, 1977, P. 844.

Cette exclusivité étatique dans les relations internationales, qualifiée de « *régalienne* » par M. Chicot⁹⁵⁴, trouve son fondement dans le fait que les personnes publiques infra-étatiques sont dépourvues de toute personnalité propre dès qu'il s'agit de nouer des relations avec des personnes publiques relevant d'un ordre juridique étranger. En effet, comme le justifie M. Lafore, « *dans les relations extérieures, l'Etat ne peut apparaître que dans son unité, quels que soient les démembrements dont il fait l'objet dans l'ordre interne. De ce fait, toute action entreprise ou tout accord conclus revient à engager, sur le terrain de la responsabilité internationale notamment, l'Etat lui-même* »⁹⁵⁵. Cette exclusivité est la conséquence directe du principe de souveraineté de l'Etat dans l'ordre international et « *il postule que dans toute relation internationale, il y a toujours une part de la souveraineté de l'Etat qui se trouve engagée* »⁹⁵⁶. Suivant ce raisonnement, il devient logique de refuser de reconnaître aux collectivités territoriales la possibilité de conclure ce type de contrats, car l'Etat se trouver alors engagé en dehors de sa volonté⁹⁵⁷.

469. Le principe du monopole de l'Etat dans les relations extérieures contribue aussi à justifier l'interdiction faite aux collectivités territoriales de nouer des contrats à l'étranger. Ce monopole est attaché en principe à l'idée de souveraineté qui implique que, au regard des citoyens ainsi que des personnes morales publiques ou privées soumise à l'ordre juridique de droit interne, « *l'Etat a seul compétence pour définir les orientations politiques du pays, au premier rang desquelles les choix en matière de politique extérieure* »⁹⁵⁸.

Le monopole des autorités de l'Etat dans l'établissement de relations avec des autorités publiques extérieures et l'exclusion de la compétence des collectivités territoriales en ce domaine, s'établit, en réalité, sur un double fondement. Le premier est textuel et le second est jurisprudentiel.

470. A l'égard du fondement textuel, la Constitution joue un rôle très important en présentant l'action internationale comme une mission régaliennne. L'examen de la Constitution, selon M. Chicot, révèle que « *la nature unitaire de l'Etat français fait obstacle à une concurrence de prérogatives dans le domaine diplomatique, et ce, en vertu de l'indivisibilité de la souveraineté qui légitime la centralisation normative. L'Etat unitaire*

⁹⁵⁴ P.-Y. CHICOT, *La compétence internationale des collectivités territoriales françaises*, L'Harmattan 2005, P. 25.

⁹⁵⁵ R. LAFORE, « L'action à l'étranger des collectivités territoriales », *RDP*, 1988, P. 770.

⁹⁵⁶ Ibid. P. 771.

⁹⁵⁷ Voir dans ce sens, M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 81.

⁹⁵⁸ R. LAFORE, « L'action à l'étranger des collectivités territoriales », *op.cit.*, P. 775.

*implique une seule souveraineté s'exerçant sur la totalité du territoire*⁹⁵⁹ »⁹⁶⁰. L'analyse du texte constitutionnel montre qu'aucun article ne se réfère à l'action internationale des collectivités territoriales. Dès le premier article, les constituants confirment le caractère unitaire et indivisible de l'Etat français, puis, au regard de la souveraineté, ils précisent que l'exercice de cette dernière ne peut être attribué à une partie de la nation. En d'autres termes : « *Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice* »⁹⁶¹. L'exercice de l'action internationale est en effet réservé au Gouvernement qui « *conduit et détermine la politique de la nation* »⁹⁶². De cette disposition M. Chicot déduit qu'« *il appartient à l'organe exécutif de conduire et déterminer la politique étrangère française, celle-ci étant classée parmi les politiques publiques qui incombent à l'Etat. Il s'agit donc d'une prérogative régaliennne qui consiste pour les gouvernants à discerner l'intérêt national dans la sphère internationale* »⁹⁶³. Dans le même sens, a M. Lafore indiqué que : « *nul doute que les relations inter-étatiques, et plus largement toute relation avec des personnes publiques étrangères, dans la mesure où elles interfèrent dans la politique extérieure du pays, entrent dans le champ de la politique de la Nation* »⁹⁶⁴ et par voie de conséquence ces relations ne peuvent relever de la compétence des collectivités territoriales. L'exercice de cette compétence reste alors réservé en principe au Président de la République⁹⁶⁵ ainsi qu'au Gouvernement⁹⁶⁶.

471. Concernant le fondement jurisprudentiel, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer dans cette matière dans sa décision du 19 juillet 1983⁹⁶⁷. En l'espèce, le Conseil constitutionnel avait été saisi au motif que le lien contractuel établi par la loi contestée conférait à la Nouvelle Calédonie une capacité internationale. Par conséquent, la souveraineté nationale subissait une division interne en accordant une prérogative internationale à une collectivité de l'Etat. Le juge constitutionnel va rejeter la requête en

⁹⁵⁹ F. MICLO, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Economica, Coll. Droit public positif, 1982, P. 3.

⁹⁶⁰ P.-Y. CHICOT, *La compétence internationale des collectivités territoriales françaises*, précité, P. 27.

⁹⁶¹ L'article 3 de la Constitution.

⁹⁶² L'article 20 de la Constitution.

⁹⁶³ P.-Y. CHICOT, *La compétence internationale des collectivités territoriales françaises*, précité, P. 29.

⁹⁶⁴ R. LAFORE, « L'action à l'étranger des collectivités territoriales », *RDP*, 1988, P. 776.

⁹⁶⁵ L'article 52 de la Constitution : « Le Président de la République négocie et ratifie les traités. Il est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification ».

⁹⁶⁶ L'article 19 de la Constitution : « Les actes du Président de la République autres que ceux prévus aux articles 8 (1er alinéa), 11, 12, 16, 18, 54, 56 et 61 sont contresignés par le Premier ministre et, le cas échéant, par les ministres responsables ».

⁹⁶⁷ C.C., Déc. n° 83-160 DC du 19 juillet 1983, Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, Rec. P. 43.

protégeant la compétence des autorités centrales dans ce domaine en considérant que « *ni la convention approuvée par la loi déferée au Conseil constitutionnel ni cette loi elle-même ne sont contraires à l'indivisibilité de la République proclamée par l'article 2 de la Constitution, ni à l'article 34 définissant le domaine de la loi, ni aux articles 53 et 55 de la Constitution relatifs aux traités et accords internationaux, totalement étrangers aux textes soumis à l'examen du Conseil constitutionnel, ni à l'article 72 de la Constitution consacrant l'existence et les droits des collectivités territoriales* »⁹⁶⁸. D'après cette formulation, les droits consacrés par la Constitution aux collectivités territoriales ne prévoient pas la capacité de ces dernières d'intervenir au niveau international. Cette jurisprudence va cependant faire l'objet d'un assouplissement ultérieur.

b) L'autorisation d'une action à l'étranger très limitée en faveur des collectivités territoriales

472. L'absence de qualité de sujet de droit international pour les collectivités territoriales n'empêche pas qu'elles puissent parfois mener des activités dépassant le cadre géographique étatique. L'exclusivité territoriale qui résulte de la souveraineté de l'Etat implique, selon M. Lafore, qu'« *aucune action d'une autorité publique ne saurait avoir d'effet et être reconnue valide sur le territoire d'un autre Etat à défaut d'une extension légale de sa compétence ou d'une reconnaissance de celle-ci, tant de la part du pays d'origine que du pays d'accueil* »⁹⁶⁹. Donc, d'après ce constat, les collectivités territoriales peuvent intervenir à l'extérieur du cadre national si le pouvoir étatique leur accorde la permission ainsi que « la compétence » de cette intervention.

473. L'autorisation de ce type d'intervention contractuelle des collectivités locales trouve sa justification dans l'accentuation de la responsabilité locale à la suite de la loi de décentralisation de 1982 qui a transféré à ces dernières des compétences étatiques multiples⁹⁷⁰, ainsi que dans la nature de ces relations. En effet, ces relations sont de « *bas niveau* », c'est-à-dire qu'« *elles portent sur des objets locaux d'ordre administratif, économique ou culturel qui se distinguent par nature des problèmes qui engagent la politique du pays* »⁹⁷¹. Cette analyse est conforme bien à l'avis du Conseil d'Etat du 25 octobre 1994⁹⁷² qui estime que les conventions passées entre les collectivités territoriales françaises et

⁹⁶⁸ Considérant n° 15.

⁹⁶⁹ R. LAFORE, « L'action à l'étranger des collectivités territoriales », précité, P. 777.

⁹⁷⁰ P.-Y. CHICOT, *La compétence internationale des collectivités territoriales françaises*, précité, P. 8.

⁹⁷¹ R. LAFORE, « L'action à l'étranger des collectivités territoriales », précité, P. 772.

⁹⁷² CE, avis du 25 octobre 1994 n° 365.381, relatif au contrôle de légalité des conventions de coopération.

étrangères en application de l'article 131 de la loi du 6 février 1992 constituent de simples contrats⁹⁷³ et non des engagements internationaux au sens du titre VI de la Constitution. En d'autres termes, « *ces conventions, qui ne constituent pas des engagements internationaux au sens du titre VI de la Constitution, ne sauraient déroger aux règles de légalité interne* ».

474. Par ailleurs, une analyse approfondie de la législation dans ce domaine montre que l'intervention conventionnelle potentielle des collectivités territoriales ne peut être de fait réalisée sans l'autorisation des pouvoirs centraux qui seuls détiennent la faculté d'exercer la souveraineté. Ainsi, dans sa rédaction de l'article 65-II de la loi du 2 mars 1982⁹⁷⁴, le législateur a permis aux conseils régionaux, avec l'autorisation du Gouvernement, « *d'organiser à des fins de concertations et dans le cadre de la coopération transfrontalière, des contacts réguliers avec des collectivités décentralisées étrangères ayant une frontière commune avec la région* ». Ce texte ne donne qu'une autorisation juridique très restrictive à l'action à l'étranger des collectivités territoriales car son application est limitée aux seules régions, à l'exclusion des autres collectivités territoriales, et les régions concernées sont les régions qui partagent une frontière commune avec des collectivités décentralisées étrangères. Ces « contacts réguliers » ne peuvent en outre être établis qu'avec l'autorisation du Gouvernement.

475. La réservation de cette possibilité aux seules régions disparaîtra avec la loi du 6 février 1992⁹⁷⁵ qui va l'étendre aux autres collectivités territoriales en prévoyant dans son article 131-1 que « *Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent conclure des conventions avec des collectivités territoriales étrangères et leurs groupements, dans les limites de leurs compétences et dans le respect des engagements internationaux de la France* ». Cette disposition ajoute une souplesse considérable en comparaison de la loi de 1982 dès lors que la condition de l'action à l'étranger des collectivités territoriales se trouve limitée par le respect de la compétence qui établit une condition générale de l'exercice de chaque activité prise en charge par les personnes publiques, y compris les engagements internationaux. Toutefois, cette souplesse ne doit pas être illusoire car ce texte n'autorise pas les collectivités territoriales et leurs groupements à contracter avec un Etat étranger. Cette

⁹⁷³ X. BARELLA, « La coopération décentralisée à la recherche d'une sécurité juridique renforcée », *AJDA*, 2008, P. 1585.

⁹⁷⁴ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JORF* du 3 mars 1982, P. 730.

⁹⁷⁵ Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la République, *JORF* n°33 du 8 février 1992, P. 2064.

interdiction sera encore plus explicite avec l'article 83 de la loi du 4 février 1995⁹⁷⁶ qui dispose expressément qu'« aucune convention, de quelque nature que ce soit, ne peut être passée entre une collectivité territoriale ou un groupement et un État étranger ». D'autre part, dans le cadre de son contrôle de conformité, le Conseil constitutionnel a confirmé cette interdiction en considérant que les conventions des collectivités territoriales avec un Etat étranger sont de « nature à porter atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté »⁹⁷⁷.

476. Enfin, il faut signaler qu'en l'état actuel du droit, et malgré les modifications successives des dispositions organisant l'action à l'étranger des collectivités territoriales⁹⁷⁸, les conditions précitées sont toujours d'actualité : la compétence, le respect des engagements nationaux – qui oblige les collectivités territoriales à respecter l'orientation du pouvoir central concernant le domaine dans lequel elles décident de contracter –, et l'interdiction de contracter avec un Etat étranger. Cette faculté de contracter avec d'autres autorités locales étrangères n'a été possible que parce que le législateur l'a permis. Par voie de conséquence, la qualification de cette possibilité de contracter par certains de « liberté conventionnelle transfrontalière »⁹⁷⁹ ne peut être logique car si cela était le cas, le législateur ne pourrait qu'organiser l'exercice de cette liberté et ne serait pas en mesure de créer cette liberté.

Section II

L'imposition de la voie d'exercice de la compétence

477. L'analyse du rôle de la compétence au regard de l'exercice de la liberté contractuelle ne se résume pas à la complexité et aux différenciations qui caractérisent son exercice. En effet, une réflexion plus poussée montre que la liberté contractuelle subit d'autres restrictions. S'il est normal et possible de recourir à la voie contractuelle afin d'exercer certaines compétences de l'administration, d'autres compétences ne peuvent être exercées que

⁹⁷⁶ Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF n°31 du 5 février 1995, p. 1973.

⁹⁷⁷ C.C., Déc. n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, Rec., P. 183. Considérant n°52.

⁹⁷⁸ Les articles 1115-1 jusqu'au 1115-7 du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁷⁹ A. GRUBER, « La coopération locale à l'heure de l'Union européenne : les nouvelles formes de regroupements des collectivités décentralisées », *LPA*, 2 février 1994, n° 14, P. 6 ; M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 83.

par une seule voie. Cette réalité est le résultat de l'existence d'un texte qui organise cet exercice ou, parfois, la conséquence de la nature de la compétence concernée⁹⁸⁰.

Donc, dans le cadre de la décentralisation, on peut relever que le législateur a parfois pu imposer aux collectivités territoriales la voie contractuelle afin d'exercer leur compétence, notamment la planification, remplaçant ainsi la tutelle étatique directe par une autre tutelle mais indirecte. Cette dernière peut être qualifiée de « contractuelle » (Sous-section I).

478. Par ailleurs, le juge a pu également écarter de la voie contractuelle certaines compétences qui ne peuvent être exercées que par la voie unilatérale. L'exclusion de ces compétences du champ contractuel s'explique donc par leur nature régaliennne et réglementaire (Sous-section II).

Sous-section I

L'imposition de la voie contractuelle pour la planification et l'exercice des certaines compétences locales

479. La planification a été conçue, en principe, comme une forme d'action unilatérale⁹⁸¹. Par ce moyen, l'Etat a pu imposer ses orientations sur la totalité du territoire national, y compris les territoires des personnes publiques décentralisées. Après la loi de décentralisation de 1982 et l'essor de la politique de transferts de compétences de l'Etat aux collectivités territoriales, les pratiques contractuelles⁹⁸² se sont développées, quantitativement et qualitativement, en remplaçant beaucoup de matières qui étaient réservées à une acte unilatéral telle la planification.

480. Dans ce contexte, une question se pose. La contractualisation de la planification devrait-elle être interprétée comme un pas renforçant l'existence de la liberté contractuelle des collectivités territoriales ? En d'autres termes, le remplacement de la voie unilatérale de la planification par la voie conventionnelle a-t-il effectivement libérer les collectivités

⁹⁸⁰ Dans ce sens le Tribunal administratif d'Orléans indique que : « s'il est loisible à une commune de confier à une association une mission de service public présentant un intérêt communal, c'est à condition que le service en cause 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 elle-même ». 22 octobre 1992, *Préfet du Cher c./ Commune de Bourges*, JCP, 1994, éd. G., IV, P. 249.

⁹⁸¹ J.-M. PONTIER, « Contractualisation et planification », *RDP*, 1993, P. 655.

⁹⁸² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, 6^e éd., 1992, P. 323.

territoriales de la tutelle de l'Etat ? En pratique, si la voie contractuelle a remplacé la voie unilatérale pour la planification, elle demeure une voie imposée aux collectivités territoriales et sans effet réel sur la tutelle de l'Etat dans ce domaine.

A) L'imposition de conventions entre collectivités publiques afin d'exercer leurs compétences

481. Notre idée ici part de la logique de la décentralisation qui conduit à la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales. Les compétences transférées à ces dernières créent, selon M. Pontier, une obligation de s'accorder, « *d'abord parce qu'il faut qu'il y ait une coordination des actions, ensuite parce que malgré les lois et les règlements qui ajoutent, corrigent, rectifient ..., la répartition des compétences entre les différentes collectivités, parce qu'elle est condamnée à demeurer complexe et qu'elle est marquée par l'enchevêtrement, appelle inéluctablement des accords* »⁹⁸³. En effet, sur un plan pratique, toute attribution ou tout transfert de compétences ou de responsabilité a pour effet, le plus souvent, « *de déclencher un mécanisme de conventionnement qui, s'il n'est pas obligatoire, est quasiment inévitable* »⁹⁸⁴. Ainsi, selon M. Pontier, la contractualisation de la planification n'est pas obligatoire mais inéluctable. Il reste cependant à interpréter le mot « *inéluctable* », car si les collectivités territoriales comme les autres personnes publiques sont obligées d'exercer leurs compétences, de telles conventions ne sauraient être interprétées que comme une obligation, c'est-à-dire une imposition.

482. Quant au législateur, une première analyse des textes législatifs édictés en la matière montre une volonté législative de poser un cadre dans lequel il sera interdit d'exercer toutes les formes de tutelle d'une collectivité sur une autre, notamment de l'Etat envers les collectivités territoriales. Toutefois, une étude plus approfondie de ces textes révèle qu'une telle volonté n'a pas été présente dans beaucoup de cas dans lesquels l'instrument contractuel est devenu une obligation pour l'exercice des compétences attribuées aux collectivités territoriales. L'imposition de la voie contractuelle aux collectivités territoriales est en conséquence une restriction de la liberté contractuelle de ces dernières.

a) Des dispositions législatives pourraient être trompeuses

483. Il est bien logique d'estimer que l'augmentation du nombre des lois qui autorisent le recours au procédé contractuel par les personnes publiques afin d'exercer leurs

⁹⁸³ J.-M. PONTIER, « Contractualisation et planification », *RDPA*, 1993, P. 665.

⁹⁸⁴ *Ibid.*

compétences constitue un renforcement de la liberté qui s'exprime dans la sphère contractuelle. L'idée fondamentale de la liberté contractuelle réside cependant dans le fait que la personne qui en dispose a le choix de contracter ou non. L'application de ce postulat aux personnes publiques territoriales, devrait signifier que celles-ci ont la faculté de choisir entre l'acte unilatéral et l'acte contractuel. Ainsi, l'imposition de la voie unilatérale ou de la voie contractuelle ne peut s'interpréter qu'en tant que restriction de la liberté contractuelle de la personne publique concernée.

484. Dans le cadre de l'exercice de leurs compétences, le législateur, par les lois de décentralisation, attribue expressément aux collectivités territoriales la faculté de recourir à une convention dans deux grandes catégories d'hypothèses : « *en matière institutionnelle, et s'agissant du réaménagement des compétences* »⁹⁸⁵. Les exemples sont nombreux, mais on se concentrera sur les dispositions les plus importantes.

485. Tout d'abord, citons l'article 59 de la loi du 2 mars 1982 qui énonce que « *La région peut passer des conventions avec l'Etat, ou avec d'autres collectivités territoriales ou leurs groupements, pour mener avec eux des actions de leur compétence* »⁹⁸⁶. L'article L. 4251-1 du Code général des collectivités territoriales indique par ailleurs que le plan de la région, qui est constitué par le schéma régional d'aménagement et de développement du territoire, « *fixe les orientations mises en œuvre par la région soit directement, soit par voie contractuelle avec l'Etat, d'autres régions, les départements, les communes ou leurs groupements, les entreprises publiques ou privées, les établissements publics ou toute autre personne morale* ». Suivant la même logique l'article L. 5221-1 du même Code dispose que deux ou plusieurs conseils municipaux, organes délibérants d'établissements publics de coopération intercommunale ou de syndicats mixtes « *peuvent passer entre eux des conventions à l'effet d'entreprendre ou de conserver à frais communs des ouvrages ou des institutions d'utilité commune* ». En outre, l'article 6 de la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat dispose que « *les collectivités territoriales peuvent conclure entre elles des conventions par lesquelles l'une d'elles s'engage à mettre à la disposition d'une autre collectivité ses services et moyens afin de lui faciliter l'exercice de ses compétences* »⁹⁸⁷. De telles dispositions montrent en première lecture que les diverses collectivités territoriales disposent de la faculté de passer des

⁹⁸⁵ N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, P. 553.

⁹⁸⁶ L'article L. 4111-1 du CGCT.

⁹⁸⁷ L'article L. 5111-1 du CGCT.

conventions entre elles⁹⁸⁸. Toutefois, si l'on effectue une recherche plus avancée nous arriverons au constat que cette faculté de conclure de telles conventions doit plutôt être qualifiée d'obligation⁹⁸⁹ ; elle est donc en réalité une restriction de la liberté contractuelle.

486. En effet, les dispositions précitées, et beaucoup d'autres non mentionnées, indiquent la possibilité de recourir à la voie contractuelle pour les collectivités territoriales en utilisant le verbe « pouvoir » sans préciser une autre manière d'assurer la coordination de l'action publique de ces collectivités dans le domaine concerné. Par exemple, s'agissant de la coordination du développement économique, l'article L. 1511-2 du Code général des collectivités territoriales prévoit que les départements, les communes et leurs groupements peuvent participer au financement des aides aux entreprises se situant dans leurs régions mais « *dans le cadre d'une convention passée avec la région* ». De même, l'article L. 2251-3, qui concerne l'aide économique, indique qu'afin de compléter les aides concernées « *la commune peut passer des conventions avec d'autres collectivités territoriales concernées...* ». Enfin, l'article L. 3231-2 donne la même possibilité aux départements.

487. Ces exemples montrent que les collectivités territoriales peuvent, pour assurer la coordination de leur action publique économique, utiliser la voie contractuelle mais aucun autre choix ne leur est accordé si elles décident de ne pas recourir à la voie contractuelle. En principe, les collectivités territoriales disposent de deux voies pour agir, l'acte unilatéral et l'acte contractuel ; logiquement l'autre choix serait donc l'acte unilatéral. Mais, une question se pose : la coordination de l'action publique entre collectivités territoriales pourrait-elle être réalisée par un acte unilatéral ? Dans l'état actuel du droit la réponse est négative car après avoir déclaré que les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence, l'article L. 1111-3 du Code général des collectivités territoriales dispose clairement que « *la répartition de compétences entre les communes, les départements et les régions ne peut autoriser l'une de ces collectivités à établir ou exercer une tutelle, sous quelque forme que ce soit, sur une autre d'entre elles* ». En conséquence, l'acte unilatéral, qui fait partie des moyens d'exercice de la tutelle, ne peut être utilisé pour la coordination de l'action locale.

⁹⁸⁸ L. TESOKA, « Les conventions entre collectivités territoriales », in *Mélange Guibal*, CREAM, 2006, t. 2, P. 103.

⁹⁸⁹ Voir dans ce sens, M. VASSEUR, « Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », RTDC, 1964, PP. 31 et s ; J.-Cl. HELIN, « Le département et le droit de l'interventionnisme économique », RFDA, 1985, P. 719 et s ; J.-Cl. NEMERY, « Le nouveau régime juridique des interventions économiques des collectivités locales », AJDA, 1983, P. 65 et s ; Andr. de LAUBADERE, « interventionnisme économique et contrat », RFAP, 1979, n° 11, P. 791 et s ; M. HECQUARD-THERON, « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », AJDA, 1993, P. 452 et s.

b) Des dispositions qui imposent la voie contractuelle

488. Dans le cadre de la coordination de l'action publique locale, la voie contractuelle n'est pas souvent un moyen « facultatif » pour les collectivités territoriales car les textes législatifs imposent à plusieurs reprises cette voie pour l'exercice de leurs compétences. Cette obligation de recourir au moyen contractuel apparaît de multiples fois mais elle intervient notamment dans deux matières essentielles : la délégation de compétence et la mise en œuvre d'une politique locale des villes.

489. En effet, afin d'harmoniser la politique locale avec la politique nationale, la loi impose désormais la mise en œuvre de la politique de la ville par contrats, dénommés « *contrats de ville* », ils sont conclus entre le pouvoir central et les communes et les établissements publics de coopération intercommunale. L'article 6 de la loi du 21 février 2014 dispose ainsi que « *La politique de la ville est mise en œuvre par des contrats de ville conclus à l'échelle intercommunale entre, d'une part, l'Etat et ses établissements publics et, d'autre part, les communes et établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre concernés* »⁹⁹⁰. Le même article exige que ces contrats soient signés par les départements et les régions concernés pour la même raison d'harmonisation.

490. La délégation de compétence constitue également un domaine qui impose une convention entre collectivités territoriales. C'est le cas avec l'article 33 de la loi du 22 juillet 1983⁹⁹¹ qui énonce que « *par convention passée avec le département, une commune peut exercer directement les compétences qui, dans le domaine de l'action sociale, sont attribuées au département* »⁹⁹². Cette mécanique contractuelle entre collectivités territoriales va devenir la seule façon de déléguer des compétences entre elles. L'article L. 1111-8 du Code général des collectivités territoriales prévoit cet encadrement en disposant, en premier lieu, qu'« *une collectivité territoriale peut déléguer à une collectivité territoriale relevant d'une autre catégorie ou à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre une compétence dont elle est attributaire. Les compétences déléguées en application de l'alinéa précédent sont exercées au nom et pour le compte de la collectivité territoriale délégante* ». Puis, en second lieu, il indique la nécessité d'avoir une convention afin d'organiser la réalisation de cette délégation : « *cette délégation est régie par une convention qui en fixe la*

⁹⁹⁰ Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, JORF. n° 0045 du 22 février 2014, P. 3138

⁹⁹¹ Loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983, relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, JORF du 23 juillet 1983, P. 2286.

⁹⁹² Codifié à l'article L. 121-6 du Code de l'action sociale et des familles.

durée et qui définit les objectifs à atteindre et les modalités du contrôle de l'autorité délégante sur l'autorité délégataire ».

491. Enfin, l'intervention d'une convention est obligatoire même dans les cas où l'Etat déciderait de déléguer une compétence à une collectivité territoriale. L'article 1111-8-1 du Code général des collectivités territoriales dispose en ce sens que « *l'Etat peut déléguer par convention à une collectivité territoriale ou à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre qui en fait la demande l'exercice de certaines de ses compétences* ».

B) La domination de la volonté étatique dans sa relation contractuelle avec les collectivités territoriales

492. La politique de décentralisation a pour principal but l'optimisation de l'action administrative locale, c'est-à-dire de permettre à l'administration locale, à tous ses échelons, de réaliser les missions qui sont dérivées de ses compétences, par l'utilisation des moyens les plus efficaces. Afin de remplir cet objectif, les lois de décentralisation ont substitué la tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales par un autre instrument « conventionnel ». En effet, si l'on analyse ce moyen conventionnel il ne sera pas difficile de noter qu'il permet aux collectivités infra-étatiques de mener une discussion ou un dialogue avec l'administration centrale concernant leurs orientations dans les matières qui font l'objet desdites conventions. Toutefois, cette discussion ne va pas véritablement arriver au niveau de la négociation qui constitue l'un des fondements de la liberté contractuelle. La tutelle de l'Etat va prendre une forme indirecte à travers des moyens dont elle dispose pour imposer sa volonté dans ces conventions.

a) La consécration de la voie contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales

493. Dans sa décision du 19 juillet 1983 le Conseil constitutionnel a consacré la légitimité des conventions conclues entre les personnes publiques⁹⁹³, et notamment entre l'Etat et les collectivités territoriales⁹⁹⁴. Il indique clairement que : « *aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que l'Etat passe des conventions avec les diverses collectivités territoriales de la République telles que les communes, les départements, les*

⁹⁹³ J. WALINE, « Les contrats entre personnes publiques », *RFDA*, 2006, P. 230.

⁹⁹⁴ C.C., Déc. n° 83-160 DC du 19 juillet 1983, Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, Rec., P. 43.

régions ou les territoires d'outre-mer »⁹⁹⁵. Cette légitimité s'étend à tous les types de conventions, même si l'objet de ces conventions est l'harmonisation de leurs actions administratives : « *aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que de telles conventions aient pour objet d'harmoniser l'action des administrations respectives de l'Etat, d'une part, et des collectivités territoriales, d'autre part, dans l'exercice des compétences qui leur sont dévolues en vertu de la Constitution et de la loi* »⁹⁹⁶.

494. Le législateur, à son tour, a confirmé cette voie conventionnelle par plusieurs textes. Ceux-ci ont pour finalité essentielle d'organiser l'opération de transfert de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales, ainsi que l'aménagement de l'exercice conjoint de leurs compétences⁹⁹⁷.

Ainsi, dans le cadre du transfert de personnels de l'Etat aux collectivités, l'article 26 de la loi du 2 mars 1982 prévoit l'intervention d'une convention entre le préfet et le président du conseil régional ou général pour fixer la liste du personnel de la préfecture placé sous leur autorité. Précisément, « *Dans chaque département et jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi prévue à l'article 1er de la présente loi et relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, une convention conclue entre le représentant de l'Etat dans le département et le président du conseil général, et approuvée par arrêté du ministre de l'intérieur, constate la liste des services ainsi placés sous l'autorité du président du conseil général* ». De même, l'article 73 de la loi précitée prévoit la nécessité de conclure des conventions concernant les services placés sous l'autorité du président du conseil régional.

495. Par ailleurs, et dans le cadre de l'harmonisation de l'action publique, l'article 11 de la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification permet à l'Etat de conclure avec les collectivités territoriales des contrats plans : « *L'Etat peut conclure avec les collectivités territoriales, les régions, les entreprises publiques ou privées et éventuellement d'autres personnes morales, des contrats de plan comportant des engagements réciproques des parties en vue de l'exécution du plan et de ses programmes prioritaires* ».

⁹⁹⁵ Considérant n° 3.

⁹⁹⁶ Considérant n° 4.

⁹⁹⁷ N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », précité, P. 554.

496. Enfin, l'ensemble de ces dispositions et beaucoup d'autres affirment la volonté du législateur de faire de la convention le moyen le plus favorable pour gérer la relation entre l'Etat et les collectivités territoriales notamment à l'égard de la planification. En effet, la contractualisation s'analyse, selon le X^e plan, comme « *un instrument particulièrement efficace lorsqu'il s'agit de faire converger les politiques nationales et régionales – voire locales – d'aménagement du territoire et d'assurer un exercice harmonieux des compétences dévolues aux divers niveaux d'interventions décentralisés* »⁹⁹⁸. Et avec l'essor de cette politique contractuelle « conventionnelle » une question se pose : peut-on l'interpréter comme un renforcement de la liberté contractuelle des collectivités territoriales ?

b) L'invisibilité de la liberté contractuelle des collectivités territoriales face à la volonté étatique

497. L'un des points fondamentaux de la liberté contractuelle est de permettre à chaque partie du contrat d'exprimer sa propre volonté de telle sorte qu'elle puisse déterminer les termes du contrat. En d'autres termes, il s'agit de participer effectivement à la formulation des termes du contrat. Si l'on applique ce postulat à la grande majorité des conventions conclues entre le pouvoir étatique et les collectivités territoriales selon les lois de décentralisation, il ne sera pas difficile de noter que la volonté des collectivités ne peut jouer qu'un rôle marginal en comparaison de la volonté de l'Etat. L'exemple le plus significatif ici est le contrat de plan, renommé « contrat de projets ».

498. La particularité des contrats de plan est qu'ils prévoient eux-mêmes des contrats particuliers dont la conclusion est indispensable à la réalisation des objectifs qu'ils prévoient⁹⁹⁹. Ainsi, un contrat de plan peut entraîner la passation de vingt à trente contrats particuliers¹⁰⁰⁰ pour sa mise en œuvre¹⁰⁰¹. Cela signifie que l'imposition, ou plus précisément la domination, de la volonté de l'Etat dans ce type de contrats peut avoir beaucoup de restrictions à la liberté contractuelle des collectivités territoriales : celles-ci ne seraient pas seulement limitées au contrat de plan, mais s'étendraient aussi aux autres contrats ou conventions conclus en application dudit contrat.

499. La réalité n'est pas loin de cette présentation car si l'on analyse la législation organisant les contrats de plan nous constaterons la domination de la volonté étatique. Selon

⁹⁹⁸ J.-M. PONTIER, « Contractualisation et planification », précité, P. 645.

⁹⁹⁹ N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », précité, P. 554.

¹⁰⁰⁰ V. A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit public économique*, PUF, 1994, P. 188.

¹⁰⁰¹ J. WALINE, « Les contrats entre personnes publiques », précité, P. 231.

l'article 11 de la loi du 29 juillet 1982 précité, l'Etat peut conclure avec les collectivités territoriales et les régions des contrats de plan comportant des engagements réciproques des parties en vue de l'exécution du plan et de ses programmes prioritaires. L'alinéa II de ce même article ajoute que « *ces contrats portent sur les actions qui contribuent à la réalisation d'objectifs compatibles avec ceux du plan de la nation* ». Ainsi, d'après cette formulation, l'objectif de ces contrats est de mettre en œuvre la politique nationale, c'est-à-dire la volonté étatique, au niveau local. Par voie de conséquence, et malgré les engagements réciproques entre l'Etat et les collectivités territoriales, c'est essentiellement, pour ne pas dire uniquement, la volonté de l'Etat qui sera prise en considération dans ces contrats et la politique locale doit, en pratique, s'adapter à cette volonté. Dans ce sens, le contrat de plan « *se présente alors comme le procédé par lequel l'Etat obtient de ses divers partenaires leur adhésion en vue de la mise en œuvre du plan de la nation* »¹⁰⁰². Cela est bien constaté au niveau régional où le cadrage de la « négociation » des contrats de plan entre le président du conseil régional et le préfet de la région, a incité certains commentateurs à interpréter ces contrats comme une « recentralisation » du processus de négociation¹⁰⁰³.

500. Par ailleurs, la prépondérance de la volonté de l'Etat sur celle des collectivités territoriales ne résulte pas seulement des dispositions législatives exigeant l'harmonisation de l'action locale avec la politique nationale. En effet, cette domination se produit également par les moyens financiers dont l'Etat dispose et par lesquels il est en mesure d'exercer une tutelle d'une manière « indirecte ». En revenant aux contrats de plan Etat-région, il ne sera pas difficile de constater qu'« *à partir du moment où une région choisirait d'encourager des orientations qui ne seraient pas compatibles avec les objectifs de l'Etat, la contrepartie de cette liberté consisterait dans l'absence de contrat avec l'Etat. La perte de crédits étatiques et la marginalisation de la région exercent une fonction d'autocensure qui exclut cette hypothèse... Les régions y voient souvent des contrats de type léonin et dénoncent une marge de discussion trop faible* »¹⁰⁰⁴.

501. A cet égard, confirmant la faiblesse des moyens des régions face à l'Etat, M. Pontier constate qu'« *il suffit d'observer, pour ces dernières, que, pour le 10^e plan, les contrats de plan ont retenu l'ordre des priorités voulu par l'Etat, non celui que les régions*

¹⁰⁰² N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », précité, P. 564.

¹⁰⁰³ D. LINOTTE, A. MESTRE, R. ROMI, *Services publics et droit public économique*, Litec, 1992, P. 44.

¹⁰⁰⁴ N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », précité, P. 564.

avaient souhaité »¹⁰⁰⁵. Ainsi, le contrat de plan exerce dans ce domaine une fonction de recentralisation¹⁰⁰⁶. Le manque de négociation entre l'Etat et la région est explicitement reconnu dans le rapport rendu à propos du bilan de la préparation et de la négociation de la 3^e génération des contrats de plan Etat-régions (1994-1998), qui montre qu'environ 75 % de l'enveloppe financière de l'Etat n'était pratiquement pas négociable avec les élus locaux¹⁰⁰⁷.

502. Finalement, les exemples de domination de la volonté de l'Etat dans sa relation avec les collectivités territoriales sont nombreux¹⁰⁰⁸ car celui-ci utilise souvent son pouvoir financier comme un moyen pour imposer sa volonté aux collectivités. En conséquence, le pouvoir que l'Etat peut exercer dans ces conventions ne sera pas seulement une restriction considérable de l'exercice de la liberté contractuelle des collectivités territoriales, mais également il va faire de ces contrats, qui peuvent être qualifiés de contrats « *d'adhésion* »¹⁰⁰⁹, des instruments alternatifs de l'exercice de son ancienne « *tutelle technique* »¹⁰¹⁰ sur les collectivités infra-étatiques.

Sous-section II

Des compétences non exerçables par la voie contractuelle

503. L'imposition de la voie contractuelle, à l'instar de ce que l'on a constaté antérieurement dans le cadre de l'organisation de l'action publique entre l'Etat et les collectivités territoriales, n'est pas la seule restriction apportée à la liberté contractuelle. En effet, cette limitation résulte également de l'interdiction faite aux personnes publiques, ou logiquement à leurs agents, de recourir au procédé contractuel pour exercer certaines de leurs compétences. Une justification de cette prohibition résulte, comme le souligne Jean Rivero,

¹⁰⁰⁵ J.-M. PONTIER, « Contractualisation et planification », précité, P. 641.

¹⁰⁰⁶ J.-C. DOUENCE, *L'action économique locale : Décentralisation ou recentralisation ?*, Economica, 1988, note 19.

¹⁰⁰⁷ Rapport C. Bataille, Doc. AN, octobre 1996, n° 3035, t. XVI, P. 42 et s.

¹⁰⁰⁸ Voir par exemple dans le secteur social, M. LAROQUE, « La contractualisation comme technique de tutelle : l'exemple du secteur social », AJDA 2003, P. 976, et également dans le domaine de l'enseignement, J.-M. PONTIER, « Contractualisation et planification précité, P. 665-666, et en sens général, J. WALINE, « Les contrats entre personnes publiques », précité, P. 233 ; Gérard MARCOU, « Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales », AJDA, 2003, P 984 ; N. PORTIER « Un nouveau mode de relations entre l'Etat et ses partenaires : l'exemple de l'aménagement du territoire », AJDA, 2003, P 987.

¹⁰⁰⁹ N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », précité, P. 565.

¹⁰¹⁰ L. RICHER, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », AJDA, 2003, P. 975.

du fait que : « *pour l'agent public, la compétence définit une obligation : à l'égard de sa compétence il n'est pas libre de renoncer à l'exercer, à la déléguer à un autre, (...) car le pouvoir discrétionnaire n'est pas assimilable à la liberté du particulier* »¹⁰¹¹. Pour la doctrine, cette interdiction constitue la dérogation la plus fondamentale à la liberté de contracter des personnes publiques¹⁰¹². Dans ce sens Mme Rouault estime que : « *L'administration ne dispose pas toujours de la faculté de choisir entre le contrat et l'acte unilatéral. Elle est notamment tenue de procéder par voie unilatérale lorsque les mesures à prendre intéressent les objets en vue desquels elle est investie du pouvoir réglementaire et lorsqu'il s'agit de mesures tenant au maintien de l'ordre public* »¹⁰¹³.

504. La prohibition de recourir au contrat résulte pratiquement de l'existence d'une disposition législative qui exclut expressément cette voie, ainsi que de la nature de la compétence en cause¹⁰¹⁴, comme c'est le cas pour les compétences régaliennes. L'ignorance de cette exclusion peut constituer une violation de l'ordre public selon les termes de M. Hauriou : « *En droit administratif, il est d'ordre public que les autorités ne renoncent pas à leur pouvoir et ne laissent pas lier leur pouvoir par des conventions* »¹⁰¹⁵.

A) La limitation du recours à la voie contractuelle par une disposition législative

505. Selon M. Richer, il serait « *une erreur de penser que l'autorité compétente peut en principe choisir entre l'acte unilatéral et le contrat. En réalité, ce choix est souvent absent, compte tenu des textes régissant l'action administrative qui prévoient le mode d'intervention à utiliser* »¹⁰¹⁶. Si l'on réalise une analyse générale des textes législatifs concernés, il nous apparaît que la voie législative a été souvent utilisée afin d'autoriser les personnes publiques, et notamment les collectivités territoriales, de recourir au contrat en tant que deuxième voie, à côté de l'acte unilatéral, pour exercer certaines des compétences qui leur sont attribuées. Le fait que le recours à la voie contractuelle pour exercer de telles compétences ne puisse habituellement se faire que par l'intervention d'une disposition expresse ou implicite aboutit à faire de l'hypothèse de l'interdiction de recourir au contrat par une telle disposition une hypothèse très rare. Mais cette hypothèse reste toujours présente.

¹⁰¹¹ J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, 1953, P. 279.

¹⁰¹² M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 261 et s.

¹⁰¹³ M-Ch. ROUAULT, *L'essentiel du droit administratif général*, Gualino, 7^e éd., 2009, P. 57.

¹⁰¹⁴ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, précité, t.2, P. 44 et s.

¹⁰¹⁵ Note sous CE du 29 juin 1906, *Carteron*, S. 1907, III, 97.

¹⁰¹⁶ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6^e éd., 2008, P. 55.

506. Par exemple, l'article L. 1111-8-1 du Code général des collectivités territoriales autorise dans son premier alinéa l'Etat à déléguer par voie contractuelle l'exercice de certaines de ses compétences à une collectivité territoriale ou à un établissement public de coopération intercommunale. Cependant, cette délégation conventionnelle ne peut avoir lieu pour certaines compétences attribuées à l'Etat. En effet, le 3^e alinéa du même article précise nettement que : *« Aucune compétence déléguée ne peut relever de la nationalité, des droits civiques, des garanties des libertés publiques, de l'état et de la capacité des personnes, de l'organisation de la justice, du droit pénal, de la procédure pénale, de la politique étrangère, de la défense, de la sécurité et de l'ordre publics, de la monnaie, du crédit et des changes, ainsi que du droit électoral, ou intervenir lorsqu'elle affecte les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, ou porter sur l'exercice de missions de contrôle confiées à l'Etat sans faculté expresse de délégation par les engagements internationaux de la France, les lois et les règlements »*. D'après cette formulation, toute délégation des activités entrant dans le cadre de l'exercice de ces compétences ne peut être autorisée et donc doit être déclarée illégale si elle a été prévenue.

Un autre exemple d'un texte législatif limitant le recours à la voie contractuelle et attaché au principe de l'exclusivité de compétence du comptable public en matière de recettes et dépenses publiques est l'article L. 2343-1 du Code générale des collectivités territoriales qui prévoit que *« le comptable de la commune est chargé seul et sous sa responsabilité d'exécuter les recettes et les dépenses, de poursuivre la rentrée de tous les revenus de la commune et de toutes les sommes qui lui sont dues, ainsi que d'acquitter les dépenses ordonnancées par le maire jusqu'à concurrence des crédits régulièrement accordés »*. On en déduit que la compétence du comptable de la commune ne peut pas faire l'objet d'une délégation contractuelle. Dans ce sens, le Conseil d'Etat a rendu le 13 février 2007 un avis généralisant l'application de ce principe à l'ensemble des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Il a estimé effectivement que *« le principe de l'exclusivité de compétence du comptable public pour procéder au recouvrement des recettes et au paiement des dépenses publiques doit être regardé comme un principe général des finances publiques applicable à l'ensemble des collectivités territoriales et de leurs établissements publics »*¹⁰¹⁷. En l'espèce, le Conseil d'Etat a été saisi par le Premier ministre afin de répondre à plusieurs questions, parmi lesquelles la question suivante : *« Dans les cas où la loi n'autorise pas l'intervention d'un mandataire, les collectivités et établissements locaux peuvent-ils décider*

¹⁰¹⁷ CE, Ass. Avis du 13 février 2007, n° 373.788.

par convention de faire exécuter une partie de leurs recettes ou de leurs dépenses par un tiers autre que leur comptable public ? ». La réponse de la Haute Juridiction administrative a été négative. En effet, après avoir mentionné l'ensemble des dispositions régissant l'exercice de la compétence du comptable public, elle a indiqué que « *dans les cas où la loi n'autorise pas l'intervention d'un mandataire, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ne peuvent décider par convention de faire exécuter une partie de leurs recettes ou de leurs dépenses par un tiers autre que leur comptable public* ». Ainsi, la seule possibilité de déléguer contractuellement l'exécution de cette compétence est de disposer d'un autre texte législatif écartant cette exclusion. Selon M. Dreyfus, on « *retrouve, dans l'avis, l'idée que la compétence définit une obligation vis-à-vis de laquelle la personne publique n'est pas libre* »¹⁰¹⁸.

507. Enfin, l'affaire *Les amis de la terre*¹⁰¹⁹ de 1985 est également un exemple pour analyser des textes qui prévoient l'interdiction de recourir à la voie contractuelle. En l'espèce, le Ministre de la qualité de la vie avait signé une convention destinée à réduire les pollutions et nuisances d'origine industrielle avec la société *Péchiney-Ugine-Kuhlmann*. La problématique que devait résoudre le Conseil d'Etat, selon les termes du commissaire du gouvernement Jeanneney¹⁰²⁰, portait sur la compatibilité « *d'une technique d'ordre contractuel* »¹⁰²¹ avec le but poursuivi, c'est-à-dire la réduction de la pollution des établissements industriels. Les textes¹⁰²² dans ce domaine indiquent que la police des établissements dangereux, insalubres et incommodes est confiée au préfet qui fixe par décision unilatérale les prescriptions que doivent respecter les établissements lorsqu'ils sont autorisés à fonctionner. Le Conseil d'Etat va censurer la convention en cause en jugeant que « *la police des établissements dangereux, insalubres et incommodes, sous l'empire de la loi du 19 décembre 1917, la police des installations classées pour la protection de l'environnement, sous l'empire de la loi du 19 juillet 1976, ne peuvent faire l'objet d'accords contractuels* » et, par voie de conséquence, ils doivent être exercés uniquement à travers des décisions unilatérales.

¹⁰¹⁸ J.-D. DREYFUS, « Les conditions de validité des conventions de mandat conclues en matière de recettes et de dépenses publiques des collectivités territoriales », *AJDA*, 2008, P. 788.

¹⁰¹⁹ CE, 8 mars 1985, *Les amis de la terre*, Rec. P. 382.

¹⁰²⁰ Conclusions sur CE, 8 mars 1985, *Les amis de la terre*, *RFDA*, 1985, P. 364.

¹⁰²¹ J. MOREAU, note sous CE, 8 mars 1985, *Les amis de la terre*, *AJDA*, 1985, P. 383.

¹⁰²² Voir la loi du 19 décembre 1917, relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes, le décret du 1^{er} avril 1961 et la loi du 19 juillet 1976, relative aux installations classées pour la protection de l'environnement.

B) L'exclusion de la voie contractuelle en raison de la nature de la compétence

508. L'interdiction faite aux personnes publiques de recourir à la voie contractuelle pour exercer certaines de leurs compétences ne résulte pas seulement d'un texte législatif. En effet, cette prohibition du procédé contractuel pourrait également se produire pour des raisons attachées à la nature de la compétence en cause. Dans ce cadre, le juge administratif joue un rôle très important afin de désigner lesdites compétences ou même de clarifier les conditions dans lesquelles une de ces compétences pourrait être objet d'un engagement contractuel. Parmi ces compétences il y a « un « noyau dur », une catégorie minimale de service qui doivent être gérés directement par l'Etat parce que, dans la tradition française, ils se confondent avec l'exercice de la souveraineté de celui-ci. L'armée, la police, les services diplomatiques, la justice, par exemple, ne sauraient être concédés ou confiés à des organismes privés, fussent-ils habilités à cet effet »¹⁰²³. Ces matières « non contractuelles » se classent selon certains auteurs en deux grandes catégories ; les compétences régaliennes et les compétences attachées aux domaines à statut légal et réglementaire¹⁰²⁴.

a) Les compétences régaliennes

509. Selon la définition du dictionnaire numérique Larousse, la compétence régalienne se réfère aux fonctions politiques et administratives qui dépendent directement de l'Etat ou de son représentant suprême. L'exercice de ces compétences par l'autorité étatique, caractérisé par une certaine souplesse, se fait par la voie de l'acte unilatéral¹⁰²⁵. Quand il s'agit de missions de souveraineté, l'Etat ne saurait déléguer leur exercice par voie contractuelle à une personne privée¹⁰²⁶ car, d'après Dominique Pouyaud, « en droit administratif (...) la personne publique détient des pouvoirs que l'on pourrait qualifier de régaliens dont elle ne peut disposer librement, comme les particuliers le font de leurs droits »¹⁰²⁷. Le Conseil constitutionnel a confirmé cette prohibition au législateur lui-même en rappelant que les dispositions législatives ne sauraient permettre « de déléguer à une personne privée l'exercice d'une mission de souveraineté »¹⁰²⁸. De même, le juge administratif a eu l'occasion de se

¹⁰²³ E.D.C.E., n° 38, 1987, P. 54.

¹⁰²⁴ J. MOREAU, « Les « matières contractuelles » », *AJDA* 1998, P. 751 ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2^e éd. 2008, P. 144.

¹⁰²⁵ J. MOREAU, « Les « matières contractuelles » », *op. cit.*, P. 751.

¹⁰²⁶ C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, P. 144.

¹⁰²⁷ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, précité, P. 47.

¹⁰²⁸ C.C., Déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, cons. n° 19, Rec. P. 382.

prononcer dans ce domaine à plusieurs reprises en suivant une orientation semblable à celle de la juridiction constitutionnelle. Afin d'éclairer cette position, nous citerons quelques exemples.

510. S'agissant tout d'abord de la police administrative, l'interdiction de la déléguer ne fait aucun doute pour la doctrine¹⁰²⁹. Éric Delacour résume cette position en soulignant que « *l'activité de police administrative n'est susceptible de faire l'objet d'une délégation. Cette interdiction est liée à la nature même de l'activité* »¹⁰³⁰. En dehors de l'idée selon laquelle la police présente un caractère régalien exclusif de la recherche du consentement des destinataires de ses ordres¹⁰³¹, on peut, du point de vue de M. Richer, mentionner deux explications de la conception traditionnelle d'une incompatibilité entre police et contrat : « *En premier lieu, l'activité de police est exercée dans l'intérêt général, elle ne bénéficie pas individuellement aux administrés, elle est étrangère à tout (engagement contractuelle). En second lieu, les autorités de police sont investies par les textes de pouvoirs de décisions unilatérale auxquels ne peut être substituée l'intervention par d'autres formes d'actes juridiques* »¹⁰³². M. Moreau va dans le même sens en estimant que la matière de la police « *semble rebelle, sinon à la passation de toute convention, du moins de tout contrat portant sur la prévention des troubles à l'ordre public, relatif à l'exercice des compétences ayant pour objet le maintien ou le rétablissement de l'ordre* »¹⁰³³. Le même auteur explique dans un autre article que « *si les pouvoirs de police sont réfractaires à la technique contractuelle en général, c'est parce que tout contrat, par ses effets fondamentaux, va à l'encontre d'une règle considérée comme essentielle, à savoir le principe de l'absence des droits acquis en matière de police administrative* »¹⁰³⁴. Il ajoute que : « *tout contrat confère aux parties des droits et obligations réciproques ; or on ne peut invoquer de droits acquis face à l'ordre public ; donc le procédé contractuel doit être exclu de l'exercice des compétences de police administrative*

¹⁰²⁹ Les auteurs du Traité administratif précité indiquent que « la police administrative est à coup sûr l'exemple le plus certain de matières qui échappent au contrat » ; Dans le même sens F. Gartner estime que : « en règle générale, une collectivité ne peut contracter quand les mesures à prendre intéressent les objets en vue desquels elle est investie du pouvoir réglementaire. Très concrètement, une collectivité n'est pas en mesure de confier par contrat la réglementation de la police administrative ». (« L'extension de la répression pénale aux personnes publiques », *RFDA* 1994, P. 134).

¹⁰³⁰ Er. DELACOUR, « L'interdiction de déléguer le pouvoir de police administrative », *La gazette des communes, des départements, des régions*, 27 septembre 1999, n° 36, P. 38.

¹⁰³¹ J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police et contrat », *AJDA*, 1965, P. 3.

¹⁰³² L. RICHER, « Présence du contrat », *AJDA* 1999, n° spécial, P. 34.

¹⁰³³ J. MOREAU, « Les « matières contractuelles » », *op. cit.*, P. 751.

¹⁰³⁴ J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police et contrat », *op. cit.*, P. 15.

»¹⁰³⁵. L'opinion d'Henri Ripert va également dans le même sens : il considère que « *l'autorité contractante ne peut pas disposer des pouvoirs de police dont diverses autorités sont investies, les aliéner en quelque sorte par avance, même dans l'intérêt général. Elle ne peut prendre des engagements relatifs à l'exercice d'un pouvoir qui ne vient pas d'elle et qui ne lui appartient pas* »¹⁰³⁶.

511. Des raisonnements des auteurs précités on peut déduire que la prohibition peut être logiquement justifiée par la nature « *intrinsèque* » de l'activité de police dont il est question¹⁰³⁷. Celle-ci confère à la personne publique un pouvoir qui peut être qualifié, selon les termes du commissaire Tardieu, d'« *inaliénable et imprescriptible* »¹⁰³⁸.

512. Le juge administratif de son côté a adopté une position proche de cette présentation doctrinale. Ainsi, dans un arrêt du 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, il estime que « *le service de la police rurale, par sa nature, ne saurait être confiée qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration; qu'en confiant la charge de ce service à une fédération de propriétaires privés, le conseil municipal de Castelnaudary a excédé ses pouvoirs* »¹⁰³⁹. En l'espèce, le conseil municipal de Castelnaudary avait conclu une convention par laquelle il avait décidé de confier le service de la police rurale à des gardes privés fournis par une association de propriétaires. Dans le cadre de ses pouvoirs de tutelle, le préfet annula la délibération. L'annulation de la délibération, qui porte une dimension politique¹⁰⁴⁰, a donné raison à la commune pour saisir le juge administratif contre la décision du préfet. Cette solution n'est pas unique : le juge administratif va répéter l'exclusion de l'exercice de cette compétence par la voie contractuelle maintes fois. C'est le cas par exemple de la police du stationnement sur la voie publique¹⁰⁴¹, de la police de surveillance des voies

¹⁰³⁵ Ibid. P. 16.

¹⁰³⁶ H. RIPERT, *Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles*, V. Giard & E. Brière, 1905, P. 5.

¹⁰³⁷ L. MOREAU, « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », In *Mél. Guibal*, CREAM 2006, t.2, P. 173.

¹⁰³⁸ Voir les conclusions du commissaire du gouvernement TARDIEU sous l'arrêt, CE, 6 décembre 1907, *Compagnie du Nord et autres*, Rec. P. 914.

¹⁰³⁹ CE, Ass. 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, req. n° 12045, Rec. p. 595; *D. P.* 1932, 3, P. 26, concl. M. Josse ; voir dans le même sens aussi CE, 5 novembre 1943, *Leneveu*, Rec. P. 243,

¹⁰⁴⁰ En effet, la décision de l'annulation de la délibération par le préfet a été prise, selon les termes de J. Moreau, car la convention « tendait à pallier la carence du commissaire de police et des gardes-champêtres, ouvertement soutenue par un préfet dont les interventions ne cessaient de paralyser les initiatives de la municipalité ». J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police et contrat », précité, P. 9.

¹⁰⁴¹ CE, 1^e avril 1994, *Ville de Menton*, Rec. P. 176.

publiques¹⁰⁴² et de sécurité des usagers des autoroutes¹⁰⁴³, de la police de la conservation des chemins ruraux¹⁰⁴⁴; ou encore de la police spéciale comme la police des prix¹⁰⁴⁵, la police des installations classées¹⁰⁴⁶, la police de baignade¹⁰⁴⁷ et la police en charge de réglementer et d'amodier les droits de pêche¹⁰⁴⁸.

513. Cette prohibition de la délégation de la compétence de police administrative par la voie contractuelle n'est cependant pas absolue. En effet, ce qui est interdit aux autorités détentrices des pouvoirs de police, selon les termes de M. Renaud Denoix de Saint Marc (Vice-Président du Conseil d'Etat), « *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* ». Il ajoute, en revanche, que « *des opérations matérielles, comme les secours en montagne, peuvent être confiées à un délégataire* »¹⁰⁴⁹. Ainsi, depuis longtemps, des tempéraments ont été apportés consistant en ce que la collaboration des personnes privées aux activités matérielles de police soit admise par le juge administratif¹⁰⁵⁰. L'arrêt du 24 décembre 1909, *Commune de la Bassée*¹⁰⁵¹, constitue un bon exemple de cette atténuation de ladite interdiction. Le Conseil d'Etat va ici admettre la légalité du recours à une société de sauveteurs pour la lutte contre l'incendie en considérant qu'« *aucun texte ne s'oppose à ce qu'un conseil municipal vote des crédits pour subvention à une société privée de sauveteurs, et pour achat et entretiens d'un matériel d'incendie* », et classer parmi les affaires de la commune les mesures préventives contre les dangers qui peuvent menacer la vie ou les biens des particuliers. De même, dans son arrêt, *Thérond*¹⁰⁵², le Conseil d'Etat va reconnaître à la ville de Montpellier la possibilité de recourir à la voie contractuelle pour concéder au requérant l'exclusivité de la capture et de la mise en fourrière des chiens errants et de

¹⁰⁴² CE, 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, req. n° 170606, Rec. P. 706 ; JCP, 1998, éd. G., II, 10139, note X. Prétot.

¹⁰⁴³ CE, Ass. 30 octobre 1996, *Mme Wajs et Monnier*, Rec. P. 387 ; *AJDA*, 1996, P. 1041 et P. 973, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; *CJEG* n° 529, P. 52, concl. J.-D. Combrexelle.

¹⁰⁴⁴ CE, 7 novembre 1980, *Commune de Falicon et Ministre de l'équipement et de l'aménagement du territoire C./Bana*, Rec. P. 629.

¹⁰⁴⁵ CE, Sect. 2 mars 1973, *Syndicat national de commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, Rec. P. 181, concl. Braibant.

¹⁰⁴⁶ CE, 8 mars 1985, *Les Amis de la terre, RFDA*, 1985, P. 363, concl. P.-A. Jeanneney ; *AJDA*, 1985, P. 382, note J. Moreau.

¹⁰⁴⁷ CE, S., 23 mai 1958, *Consorts Amoudruz*, Rec. P. 301 ; CE, 4 octobre 1961, *Dame Veuve Verneuil*, Rec. P. 533.

¹⁰⁴⁸ CE, 10 décembre 1962, *Association de pêche et de pisciculture d'Orléans*, Rec. P. 675.

¹⁰⁴⁹ R.-D. de SAINT MARC, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, P. 971.

¹⁰⁵⁰ L. RICHER, « Présence du contrat », *AJDA* 1999, n° spécial, P. 35.

¹⁰⁵¹ CE, 24 décembre 1909, *Commune de la Bassée*, Rec. P. 1024, S. 1910, III, 49, note Hauriou ; Voir dans le même sens également CE, 15 mars 1912, *Commune de Correntz*, Rec. P. 374 ; CE, 19 février 1915, *Ville de Loudun*, Rec. 41 ; CE, 29 décembre 1911, *Commune de Saint-Pierre d'Albigny*, Rec. 1259.

¹⁰⁵² CE, 4 mars 1910, *Thérond*, Rec. P. 193, concl. Pichat, G.A.J.A. n° 22, P. 130.

l'enlèvement des bêtes mortes qui n'auraient pas été réclamées par leurs propriétaires, ainsi que de celles qui auraient été reconnues malsaines par le service de l'inspection sanitaires. Le juge justifie sa position par le fait que la ville a agi « *en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population et a eu, dès lors, pour but d'assurer un service public* ». La formulation utilisée par la Haute Juridiction administrative dans sa décision *Commune d'Ostricourt* précitée permet également de déduire une souplesse à l'égard de la délégation des opérations matérielles. Le juge a ainsi considéré que le contrat par lequel la commune a chargé une société de surveillance et de gardiennage d'assurer la surveillance des voies publiques est entaché d'illégalité, et il justifie sa décision sur le motif que la convention en cause ne se limitait pas à confier à la société des tâches de surveillances et de gardiennage des immeubles et du mobilier urbain, mais lui confiait une mission de surveillance des voies publiques de l'ensemble de la commune. Une telle formulation a incité certains auteurs à conclure que le Conseil d'Etat a voulu faire une distinction entre deux matières de la police : une qui peut être déléguée, une autre non. C'est le cas de M. Guettier qui estime que « *le Conseil d'Etat a clairement distingué les tâches de surveillance et de gardiennage des immeubles et mobilier urbain des tâches de surveillance des voies publiques, les premières pouvant, à la différence des secondes, être déléguées à une personne privée* »¹⁰⁵³. Cette distinction est plus claire dans l'arrêt du Conseil d'Etat, *Ministre de l'alimentation de l'agriculture et de la pêche*, du 10 octobre 2011¹⁰⁵⁴. En l'espèce, le préfet de l'Allier a confié à la société CTH l'exécution de tâches matérielles se rapportant à des mesures de police sanitaire qu'il avait prescrites dans le cadre de sa mission de lutte contre les épizooties. Pour la Haute Juridiction administrative, et au regard de son objet, il s'agit d'un « *contrat qui, associant une personne privée à la mise en œuvre d'une opération décidée dans le cadre de pouvoirs de police, devait être exécuté sous le contrôle et la responsabilité de l'administration* ».

514. En tout état de cause, il nous semble que le tempérament de la rigidité à l'égard de la délégation d'une activité relevant de la police administrative ne doit être interprété que d'une manière étroite. Une telle délégation ne doit être fondée que sur une habilitation législative¹⁰⁵⁵ et elle ne le sera que pour certaines activités matérielles. En revanche, le

¹⁰⁵³ C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, précité, 2^e éd., P. 145.

¹⁰⁵⁴ CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation de l'agriculture et de la pêche*, req. n° 337062 ; BJDCEP 2012, n° 20, P. 51, concl. Lieber.

¹⁰⁵⁵ Le Tribunal administratif de Versailles juge que : « En l'absence de textes législatifs l'y autorisant expressément, il est impossible à l'administration de conclure une convention portant sur l'exercice de ses pouvoirs de police générale. Cette impossibilité concerne 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 », 17 janvier 1986, *Commissaire de la République du département de Seine-et-Marne*, Lebon, P. 303.

pouvoir de la police en tant que tel reste toujours non déléguable¹⁰⁵⁶. De plus, le destinataire de cette délégation est souvent une autre personne publique et son pouvoir est étroitement limité par le contenu de la délégation¹⁰⁵⁷. Ainsi, les contrats conclus entre les Etat et les collectivités territoriales dits « *contrats locaux de sécurité* », selon Christine Maugué, « *ne confient pas à proprement parler de missions de police. En effet, 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* »¹⁰⁵⁸. La Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 relative à la modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, confirme l'interprétation de Mme Maugué en interdisant à l'Etat de déléguer à une collectivité territoriale une de ses compétences régaliennes parmi lesquelles se trouvent « *la sécurité et l'ordre public* ». Ceci signifie que la délégation dans toutes ses formes, contractuelle comme unilatérale, est interdite.

515. Enfin, signalons que l'interdiction de recourir à la voie contractuelle liée à l'exercice de la police administrative ne concerne pas seulement les conventions qui ont pour but de déléguer cette compétence en tant que telle. En effet, la prohibition s'étend également aux promesses « contractuelles », c'est-à-dire aux « *pactes sur décisions futures* »¹⁰⁵⁹ par lesquels l'administration s'engage à agir d'une certaine manière dans l'avenir lorsqu'elle exerce cette compétence. Selon Jacques Moreau, l'interdiction en cause peut ainsi concerner le cas dans lequel « *l'autorité compétente a passé une convention avec un administré, en promettant à l'avance de lui donner satisfaction, délivrance d'autorisation, ou quelconque faveur* »¹⁰⁶⁰. A ce sujet, le Conseil d'Etat avait rendu le 5 novembre 1943, *Sieur Leneveu*¹⁰⁶¹, un arrêt très significatif condamnant fermement ce genre de convention portant sur le pouvoir de police du Maire. En l'espèce, le contrat conclu avait prévu que le cocontractant s'engageait à participer au financement de l'achat de la future place du village, en bordure de laquelle il possédait un hôtel. En contrepartie, la commune s'était engagée à n'empêcher sous aucune

¹⁰⁵⁶ Voir dans ce sens, J. WALINE, « Les contrats entre personnes publiques », précité, P. 231 ; R.-D. de SAINT MARC, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, P. 971.

¹⁰⁵⁷ CE, 7 novembre 1980, *Commune de Falicon et Ministre de l'équipement et de l'aménagement du territoire c. Bana*, Lebon, P. 629.

¹⁰⁵⁸ Ch. MAUGÜE, « Les réalités du cadre contractuel dans l'action administrative », *AJDA*, 1999, n° spécial, P. 36-37.

¹⁰⁵⁹ Expression utilisée par M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 268.

¹⁰⁶⁰ J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police et contrat », précité, P.10.

¹⁰⁶¹ CE, 5 novembre 1943, *Sieur Leneveu*, Lebon, P. 245.

forme que ce soit l'accès des voitures à ladite place, non plus que le libre usage du trottoir devant son hôtel. Le Conseil d'Etat a alors jugé que « *l'engagement contractuel pris par la commune de pas empêcher l'accès des voitures et le libre usage du trottoir devant l'hôtel de l'intéressé ne pouvait enlever au Maire l'exercice de son pouvoir de police et notamment le droit de réglementer le stationnement sur la place publique dans l'intérêt général* ».

516. En dehors de la police administrative, la délimitation du domaine public constitue également une compétence « *régalienne* » non exerçable par la voie contractuelle. En effet, ce qui est en cause ici, c'est l'opération de délimitation du domaine public. Ainsi, s'agissant du domaine public naturel ou de l'alignement des voies publiques, et contrairement à la délimitation des parcelles de terrains appartenant à des particuliers qui est régie par l'article 676 du Code civil et qui peut avoir une forme contractuelle, « *la fixation unilatérale par l'autorité administrative est la seule technique conforme au droit* »¹⁰⁶². A plusieurs occasions le Conseil d'Etat a exprimé une position négatrice s'agissant de la délégation d'une telle compétence en considérant que tout accord de nature conventionnelle entre l'administration et le propriétaire riverain est nul et non avenu ; « *il serait inopérant tant vis-à-vis de l'administration qu'à l'égard du juge* »¹⁰⁶³. Dans un arrêt du 20 juin 1975, *Leverrier*¹⁰⁶⁴, le Conseil d'Etat a par ailleurs considéré que la délimitation du domaine public fluvial doit faire l'objet d'un arrêté de délimitation pris par les autorités concernées et non par voie contractuelle. Il ajoute que si, dans l'espèce, « *l'ingénieur en chef de la navigation était parvenu à un accord avec un riverain sur les limites du domaine public fluvial, cet accord n'était pas susceptible d'entraîner une délimitation par la voie d'une transaction que l'intéressé aurait pu demander au juge administratif de sanctionner* ». Cela signifie que la puissance publique ne peut renoncer par voie contractuelle à son privilège de délimitation unilatérale¹⁰⁶⁵.

517. Les exemples de prohibition de la délégation d'une compétence régaliennne peuvent être multipliés : c'est le cas pour les services fiscaux, l'enseignement public, ainsi

¹⁰⁶² J. MOREAU, « Les « matières contractuelles » », précité, P. 751.

¹⁰⁶³ Ibid.

¹⁰⁶⁴ CE, 20 juin 1975, *Leverrier*, Rec. P. 382.

¹⁰⁶⁵ Voir dans ce sens, CE, 10 décembre 1982, *Epoux Pagotto*, Rec. P. 415 ; CE, 28 septembre 1990, *Commune de Cabesse, RDP*, 1992, P. 1179 ; René CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, t.2, 15^e éd., 2001, P. 458.

que l'administration pénitentiaire¹⁰⁶⁶. La seule restriction de ladite prohibition est celle qui relève de l'existence d'une disposition législative contraire¹⁰⁶⁷.

b) Les compétences attachées aux domaines à statut légal et réglementaire

518. S'ajoutant aux compétences régaliennes d'autres compétences qui ne sont pas susceptibles d'être exercées par la voie contractuelle. Il est notable que, s'agissant de l'activité administrative, la sédimentation des lois et décrets en vigueur a abouti à faire naître de véritables statuts ; les personnes publiques ne pouvant pas y apporter de dérogation par voie contractuelle¹⁰⁶⁸. De même, l'autorité administrative ne peut recourir au contrat afin d'exercer son pouvoir réglementaire ou même d'organiser un service public.

519. Ainsi, si l'on examine la possibilité de déroger par contrat au statut d'un agent public ou d'un fonctionnaire, on constate que le procédé contractuel est écarté quand il s'agit des relations juridiques entre un agent doté d'un statut et la collectivité ou l'établissement public qui l'emploie¹⁰⁶⁹. Le fondement de cette solution réside dans une jurisprudence ancienne, mais riche et parfaitement explicite. Selon cette jurisprudence, les accords de ce genre ne sont susceptibles d'aucun effet juridique¹⁰⁷⁰. Par son arrêt du 25 octobre 1929, *Portebois*¹⁰⁷¹, le Conseil d'Etat a en effet estimé que l'Administration est liée par le statut de la fonction publique et ne peut agir par voie conventionnelle. Il précise : « *la situation des fonctionnaires telle qu'elle est fixée par les lois et règlements ne sauraient être modifiée par la voie contractuelle* ». Donc, le juge dans cet arrêt ne condamne pas le contenu des clauses du contrat ou la violation d'un texte par ces clauses, mais le procédé utilisé lui-même¹⁰⁷². Dès lors, l'utilisation de la voie contractuelle pour modifier un statut légal et réglementaire d'un agent public est illicite. La seule exception admise en droit positif à l'exclusion de la voie contractuelle dans le domaine relevant d'un statut légal et réglementaire est celle qui résulte d'un texte législatif qui la prévoit. Le professeur Richer confirme ce caractère exceptionnel en soulignant que, « *d'après les textes en vigueur, le recrutement de contractuels est exceptionnel* »¹⁰⁷³. En effet, la loi peut prévoir que certaines activités exercées par des

¹⁰⁶⁶ C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 3^e éd., précité, P. 154-155.

¹⁰⁶⁷ J. MOREAU, « Les « matières contractuelles » », précité, P. 751.

¹⁰⁶⁸ Ibid.

¹⁰⁶⁹ C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, précité, 2^e éd. P. 148.

¹⁰⁷⁰ CE, Sect. 25 octobre 1929, *Portebois*, Rec. P. 930 ; CE, 28 juillet 1943, *Giret*, Rec. P. 206 ; CE, 21 mars 1947, *Peyrelade*, Rec. P. 120 ; CE, 26 septembre 1990, *Pillet*, Rec. P. 255, *FRDA*, 1990, P. 1102.

¹⁰⁷¹ CE, Sect. 25 octobre 1929, *Portebois*, Rec. P. 930.

¹⁰⁷² V. DUFAU, *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif : L'administration sous la contrainte*, L'Harmattan, 2000, P. 128.

¹⁰⁷³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 608 et s.

fonctionnaires se déroulent dans le cadre d'un contrat¹⁰⁷⁴, c'est par exemple le cas de l'activité libérale de certains praticiens hospitaliers au sein des établissements publics de santé¹⁰⁷⁵. Toutefois, le recours exceptionnel à la voie contractuelle à l'égard de cette activité libérale ne donne pas une véritable liberté à l'agent contractuel à l'égard de l'établissement de la santé concerné ; il ne peut choisir les termes du contrat qui entre dans la catégorie « *des contrats types d'activité libérale établi par voie réglementaire* ». Cependant, le juge administratif ne fait effectivement pas de distinction entre ce moyen contractuel et l'acte unilatéral dès lors que le recours pour excès de pouvoir est admis, par exception, contre le contrat de recrutement lui-même en raison de sa similitude avec un acte unilatéral¹⁰⁷⁶. Cette ressemblance avec l'acte unilatéral a aussi poussé le Conseil d'Etat à juger que l'acte d'engagement contractuel d'un agent public peut être retiré dans le délai de quatre mois¹⁰⁷⁷.

520. De même, le pouvoir réglementaire ne peut être exercé par la voie contractuelle. L'exercice de ce pouvoir est réservé en principe aux autorités publiques, telles que le Président de la République et le Premier ministre, les membres du Gouvernement, les préfets, ou encore les autorités délibérantes et exécutives des collectivités locales et des établissements publics¹⁰⁷⁸. L'autorité compétente doit mettre en œuvre son pouvoir réglementaire par voie de décision unilatérale¹⁰⁷⁹. C'est en ce sens que M. Moreau explique que l'autorité administrative « *ne dispose pas d'une faculté de choix entre cette solution et le recours au contrat. Les arrêts de principe sont très nets et les conclusions des commissaires de gouvernement fournissent la justification adéquate : les administrés ne doivent pas pouvoir se prévaloir « de droits contractuellement acquis à l'encontre de l'administration »*¹⁰⁸⁰. *Il en est de même pour l'organisation des services publics* »¹⁰⁸¹. La justification de cette position trouve son fondement dans les conclusions de M. Denoix de Saint Marc sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, qui indique que « *L'administration doit demeurer libre de modifier la réglementation*

¹⁰⁷⁴ J. MOREAU, « Les « matières contractuelles » », précité, P. 751.

¹⁰⁷⁵ L'article L. 6154-4 du Code de la santé publique dispose que : « Les modalités d'exercice de l'activité libérale font l'objet d'un contrat conclu entre le praticien concerné et l'établissement public de santé sur la base d'un contrat type d'activité libérale établi par voie réglementaire ».

¹⁰⁷⁶ CE, 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, req. n° 149662 ; *RFDA*, 1999, P. 128, concl. Stahl ; *JCP* 1999, II, 10045, note Haïm ; *AJDA*, 1998, P. 1041, chron. Fombour et Raynaud ; *AJFP*, 1999, P. 4, note Boutelet.

¹⁰⁷⁷ CE, 21 novembre 2012, *Région Languedoc-Roussillon*, req. n° 329903 ; *JCP A* 2013, P. 2043, concl. E. Crepey.

¹⁰⁷⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, 1999, 13^e éd., t.1, P. 619.

¹⁰⁷⁹ C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., précité, P. 149.

¹⁰⁸⁰ CE, Sect. 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, Rec. P. 24 ; *AJDA*, 1979, P. 37, concl. R. Denoix de Saint Marc.

¹⁰⁸¹ J. MOREAU, « Les « matières contractuelles » », précité, P. 751.

comme elle l'entend et au moment où elle le juge opportun »¹⁰⁸². En l'espèce, le syndicat national de l'enseignement technique agricole public a contesté la légalité de la convention par laquelle le ministre de l'agriculture attribue aux établissements affiliés à l'Union nationale des maisons familiales rurales d'éducation et d'orientation certains avantages, – attachés aux subventions à ces établissements ainsi que le régime des bourses des élèves de ces établissements –, qui doivent normalement être réservés à la réglementation. Le Conseil d'Etat va accepter ce recours en jugeant que « *les établissements d'enseignement agricole privés reconnus - pour ce qui a trait à l'aide financière de l'Etat, à la répartition des crédits, aux modalités de contrôle - les maîtres de ces établissements - pour ce qui a trait aux diplômes exigibles - et leurs élèves - pour ce qui a trait à l'octroi des bourses d'enseignement -, sont placés dans une situation qui, dans la mesure où elle est fixée par les lois et règlements qui les régissent, ne peut faire l'objet d'accords contractuels* ». Par voie de conséquence, « *les stipulations d'une convention passée par le ministre de l'agriculture, qui prétendent régler ces différents points, sont donc sans valeur juridique et entachent d'illégalité l'acte de passation de cette convention dans son ensemble* ».

521. Enfin, l'interdiction de recourir à la voie contractuelle pour exercer les compétences régaliennes et celles relevant d'une matière réglementaire ou même statutaire, renforce l'idée de l'inutilité de la reconnaissance de la liberté contractuelle aux personnes publiques. Car, en l'état actuel du droit, la voie unilatérale est la seule manière d'exercer lesdites compétences, ce qui signifie que la place de l'exercice de la liberté contractuelle dans ce domaine n'existe pas.

522. En conclusion, la liberté contractuelle en droit administratif français, et précisément la liberté contractuelle des personnes publiques, rencontre de multiples obstacles découlant notamment des particularités des personnes publiques. Ces obstacles n'ont pas nécessairement un effet privant la reconnaissance à cette liberté d'une valeur normative, mais, au moins, des effets empêchant sa mise en œuvre. L'intérêt général, la compétence, et les principes régissant le bon fonctionnement du service public, qui sont les fondements généraux et permanents de l'acte et du fonctionnement de l'administration, constituent ainsi un mur

¹⁰⁸² R. Denoix de Saint Marc, conclusion sous, CE, Sect. 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, AJDA, 1979, P. 37 ; « on peut poser en règle générale que lorsqu'une disposition législative a investi une autorité administrative d'un pouvoir réglementaire, cette autorité est tenue d'agir par la voie unilatérale. (...). Il ne faut pas en effet que les administrés puissent se prévaloir en ces domaines de droits contractuellement acquis à l'encontre de l'administration. Cette dernière doit au contraire demeurer libre de modifier la réglementation comme elle l'entend au moment où elle le juge opportun car nul ne peut prétendre détenir un droit au maintien d'une réglementation ».

épais face à la liberté contractuelle des personnes publiques. Pourtant, les obstacles attachés à la nature particulière des personnes publiques ne sont pas les seules difficultés à l'exercice de la liberté contractuelle. En effet, le régime procédural des contrats des personnes publiques montre également des contraintes fondamentales et non négligeables résultant de la réglementation entière de l'opération contractuelle. A cet égard, l'obligation de respecter les principes fondamentaux de la commande publique, ainsi que, l'obligation de protection des deniers publics et celle d'assurer leur bonne utilisation, constituent les aspects les plus restrictifs de l'exercice de la liberté contractuelle, comme nous allons le constater dans notre seconde partie.

SECONDE PARTIE

LA LIBERTE CONTRACTUELLE :

UN CONTENU INCERTAIN EN RAISON

DU REGIME DU CONTRAT

523. Après avoir constaté la difficulté de reconnaître la liberté contractuelle en faveur des personnes publiques, notamment en raison de la nature particulière de ces dernières résultant de leur finalité ainsi que de leurs compétences, il nous semble indispensable d'étudier l'efficacité du rôle que cette liberté pourrait jouer dans le cadre de l'opération contractuelle. En d'autres termes, d'étudier, après avoir supposé la reconnaissance de la liberté contractuelle des personnes publiques, si celle-ci pourrait effectivement avoir une place certaine dans cette opération. Pour nous, l'opération contractuelle couvre tout le régime procédural applicable aux contrats administratifs, et ce dès la décision de la personne publique de recourir au procédé contractuel et jusqu'à la fin du contrat. Le régime procédural couvre ainsi deux stades différents : la formation du contrat et l'exécution du contrat. La liberté contractuelle est censée jouer à ces deux stades un rôle fondamental. Mais cela est-il vrai pour les contrats administratifs ?

524. A partir d'une définition générale de la liberté contractuelle, on peut déduire que cette dernière implique, en principe, deux facultés : d'une part, la personne qui en dispose est en mesure de choisir librement son cocontractant ; d'autre part, elle est capable de déterminer, également librement, le contenu de son contrat non seulement au stade de la formation mais aussi au stade de l'exécution. De cette définition découle une interrogation : est-il possible que ces deux postulats soient applicables aux personnes publiques ? En effet, une analyse réaliste de l'utilisation du procédé contractuel par celles-ci ne permet pas de conclure à l'applicabilité de ces postulats, et cela en raison des restrictions et de la réglementation, législative et réglementaire, entourant cette opération contractuelle. Effectivement, la réglementation impose aux personnes publiques le respect de certains principes fondamentaux et notamment les principes de la commande publique. Son objectif n'est pas d'assurer un rôle efficace de la liberté contractuelle dans ce domaine mais de garantir le respect des obligations découlant du principe de la libre concurrence d'un côté, et de garantir une bonne utilisation des deniers publics de l'autre.

525. Ainsi, s'agissant du choix du cocontractant par l'administration, il est soumis à des principes qui en font, dans la grande majorité des cas, un processus automatisé et non volontaire. La même logique s'applique à la détermination du contenu du contrat car l'intérêt général domine sur la volonté des parties d'une façon qui soumet la négociation des termes du

contrat à des restrictions et instructions limitant fortement le champ d'exercice de la liberté contractuelle.

526. Le caractère résiduel de la liberté contractuelle ne concerne pas seulement le stade de la formation du contrat, ce constat est aussi manifeste en ce qui concerne l'exécution du contrat. C'est le cas notamment s'agissant du choix des conditions d'exécution technique et financière, sachant que la modification du contrat constitue l'élément le plus important, avec la fin du contrat et les divers moyens du contrôle exercé en la matière. La modification du contrat n'est possible que dans des conditions très exigeantes, ce qui en fait une procédure exceptionnelle. De même, les règles régissant l'inexécution et le choix des modes alternatifs de règlement des litiges ne sont pas vraiment identiques à celles qui s'appliquent aux contrats conclus dans la sphère du droit privé et ne laissent qu'une place très limitée à l'exercice de la liberté contractuelle.

527. Afin de démontrer cet aspect résiduel de l'exercice de la liberté contractuelle à l'égard de l'opération contractuelle des personnes publiques nous allons étudier dans un premier temps la réglementation progressive du choix du cocontractant par les personnes publiques ainsi que le contenu du contrat (Titre I). Puis, nous nous intéressons dans un second temps à l'encadrement juridique restrictif de la liberté contractuelle au cours de l'exécution du contrat (Titre II). Pour l'intérêt de notre étude, et en raison de la diversité des catégories existantes de contrats administratifs, nous concentrerons essentiellement notre analyse sur les deux principales catégories : les marchés publics et les conventions de délégation de service public.

Titre I

L'aspect résiduel de la liberté contractuelle au cours de la formation du contrat

528. La formation du contrat implique classiquement deux opérations essentielles et enchevêtrées : d'une part, le choix du cocontractant par l'administration qui s'effectue pour les personnes publiques dans la grande majorité des cas à travers une procédure longue et complexe ; d'autre part, le choix des termes du contrat. Cette conjonction de procédures, qui fait de l'exercice de la liberté contractuelle un concept occupant une place secondaire dans l'opération contractuelle, est justifiée par le fait que ces procédures ont principalement pour but de protéger les deniers publics.

En effet, l'analyse des procédures par lesquelles le choix du cocontractant par l'administration se réalise montre que ce choix se fait selon des principes déterminés de telle sorte que la personne publique concernée ne soit pas en mesure de s'en écarter quel que soit le type de contrat. C'est le cas notamment pour les principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats.

529. Par ailleurs, la domination de l'intérêt général sur la détermination du contenu du contrat fait de cette dernière une opération largement soumise à la réglementation. Cette réglementation n'est pas seulement appliquée à la procédure de négociation mais elle s'étend également aux termes et aux clauses qui établissent généralement le cadre déterminant le contrat.

530. En raison de ce rôle restrictif que la réglementation de la formation du contrat apporte à l'exercice de la liberté contractuelle à ce stade, il nous semble indispensable d'analyser, d'une part, les procédures dans lesquelles la personne publique choisit son cocontractant (Chapitre I), et d'autre part, le contexte dans lequel ladite personne arrive à déterminer le contenu du contrat (Chapitre II).

Chapitre I

Les contraintes de choix du cocontractant par la personne publique

531. Un des composants essentiels de la liberté contractuelle est l'idée selon laquelle le titulaire de cette liberté dispose du pouvoir de choisir librement le cocontractant avec lequel il désire s'engager contractuellement. Pour que l'on puisse parler de liberté contractuelle réelle il est donc nécessaire que les restrictions qui pourraient venir limiter ce choix ne le suppriment pas, ni même le modifié. Cette faculté de choisir librement le cocontractant, qui est évidente pour les individus, ne l'est pas pour les personnes publiques. En effet, celles-ci ne peuvent adresser directement une demande de contracter à une personne en particulier car elles sont obligées de suivre une série de procédures qui, tant qu'elles sont en cours, ne permettent pas de connaître d'avance l'identité du cocontractant. Ainsi, le « choix » du cocontractant pour la personne publique se réalise dans un cadre précis et non ouvert.

532. L'examen approfondi de ce cadre montre que dans le domaine des contrats de marchés publics et de délégations de service public, il s'impose de respecter des principes guidant l'opération du choix du cocontractant par l'administration de telle manière que ce choix devienne un procédé automatique. Ces principes tendent à une finalité fondamentale qui se résume essentiellement à la protection des deniers publics. Cet objectif a été constaté depuis longtemps par les auteurs du *Traité des contrats administratifs* qui ont pu souligner que : « la formation des contrats administratifs 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 liberté de choisir leurs cocontractants ; elles sont dans certains cas tenues d'employer les modes de conclusion du contrat qui excluent cette liberté. Cette exclusion de la liberté de choisir le cocontractant est essentiellement fondée sur la préoccupation de protéger les intérêts financiers de l'administration »¹⁰⁸³. Ainsi, doit être choisie la personne la plus apte à satisfaire les besoins de l'administration concernée. Cette sélection ciblée se fait en ouvrant la procédure au plus grand nombre possible de candidats. A ce stade, plusieurs principes permettent de poser des règles assurant la protection des candidats contre des

¹⁰⁸³ A. de LAUBADERE et al., *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, t.1, P. 581.

sélections abusives, notamment discriminatoires. Ils disposent de voies de recours juridictionnels leur permettant de contester l'irrégularité de la procédure de passation du contrat.

533. Afin d'éclairer ces éléments de réflexion, nous allons étudier l'encadrement poussée de la liberté contractuelle en raison des principes dirigeant la passation (Section I), puis, l'effet du principe d'égalité de traitement des candidats sur l'exercice de cette liberté (Section II).

Section I

La réglementation précise de la procédure de passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public

534. La réglementation des procédures de passation des marchés et des délégations de service public ne doit pas directement signifier qu'elle porte atteinte à la liberté des personnes publiques de choisir leur cocontractant. En effet, cette restriction existe si la réglementation prévoit des procédures et des formalités qui réduisent réellement le champ d'expression de la « volonté » de la personne publique : la liberté contractuelle ne peut s'exprimer effectivement dans ce domaine si le choix du cocontractant a déjà été orienté par la réglementation.

535. L'analyse de la réglementation, législative et réglementaire ainsi que communautaire, en la matière révèle que le choix du cocontractant par l'administration doit respecter certaines règles et principes¹⁰⁸⁴. Ceux-ci sont issus de deux échelons : le premier est communautaire, influencé par le libéralisme économique et où la protection de la libre concurrence constitue un objectif prioritaire ; le second est national, où la protection et la bonne utilisation des deniers publics, ainsi que l'efficacité de la commande publique, dominant au moment de choisir le cocontractant.

Ainsi, à la lumière des principes régissant la procédure de passation, on peut constater que la liberté contractuelle ne peut jouer un rôle effectif : les principes de la liberté d'accès à

¹⁰⁸⁴ . L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 8^e éd. 2012, P. 469 et s.

la commande publique, de transparence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse constituent des obstacles considérables à son exercice (Sous-section I). La rigidité de l'application de ces principes connaît cependant un assouplissement inévitable dans certaines hypothèses notamment en raison du montant de la prestation en cause ou lorsque le contrat est une convention de délégation de service public (Sous-section II).

Sous-section I

L'obligation de respecter les principes régissant la procédure de passation

536. Les principes généraux régissant la commande publique sont au nombre de trois : la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence. S'y ajoutent une règle générale s'appliquant dans le cadre des marchés publics : « *le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse* ». Les fondements de ces principes se trouvent dans plusieurs sources jurisprudentielles et textuelles.

537. Avec la consécration de l'obligation de respecter desdits principes fondamentaux qui gouvernent non seulement le choix du cocontractant mais aussi la totalité de l'opération contractuelle, une question se pose : quel rôle la liberté contractuelle peut-elle jouer face à l'existence d'une telle obligation ? En d'autres termes, peut-on raisonnablement parler d'une liberté contractuelle réelle, ou est-il plus logique de parler d'une marge d'appréciation discrétionnaire ? En pratique, il nous semble que la réglementation du choix du cocontractant ne nous permet pas de constater l'effectivité de cette liberté dès lors que ce choix est essentiellement le produit de l'application d'un mécanisme bien défini et non d'une volonté.

A) La consécration de l'obligation de respect des principes de la commande publique

538. Comme on l'a déjà mentionné, l'obligation de respecter ces principes trouve son fondement dans les textes et la jurisprudence autant nationaux que communautaires. L'imposition de ces principes à l'acheteur public transforme la faculté d'exercice de la liberté contractuelle par la personne publique à ce stade de l'opération contractuelle en une

hypothèse très faible en raison de la prépondérance de ces principes sur l'ensemble des procédures de passation.

a) Les sources textuelles

539. De multiples sources accordent aux principes de la commande publique une place essentielle dans la passation des marchés publics. Parmi ces sources figurent les directives européennes¹⁰⁸⁵. Ainsi, la directive du 2004/18/CE¹⁰⁸⁶ a marqué une étape importante en considérant les principes de la commande publique comme les principes généraux de passation des marchés publics. L'article 2 de ladite directive dispose que : « *Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence* ».

540. Au niveau national, le Code des marchés publics 2006 impose également à l'acheteur public le respect de ces principes en disposant dans son premier article, alinéa II, que : « *Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ». La justification de cette obligation selon le même article provient du fait que ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

541. Concernant le choix de l'offre économiquement la plus avantageuses, on peut distinguer ici entre le droit communautaire et le droit national. Alors que la directive du 2004/18/CE a donné aux pouvoirs adjudicateurs la faculté de choisir l'attribution du marché soit sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse, soit sur le prix le plus bas¹⁰⁸⁷, le code des marchés publics a fait du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse le processus unique de définition du titulaire du marché en considérant le prix comme un des critères du choix et non la seule raison du choix. L'article 53 du code des marchés publics prévoit que : « *I.-Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement*

¹⁰⁸⁵ Notamment, Directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ; Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ; Directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

¹⁰⁸⁶ 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.

¹⁰⁸⁷ L'article 53 dispose que : « 1. Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics sont :

a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, divers critères liés à l'objet du marché public en question...
b) soit uniquement le prix le plus bas. ».

la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel... . D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix ». Ainsi, selon le droit français, le prix ne peut être le seul critère de choix du titulaire d'un marché sauf si l'objet du marché le justifie.

542. La consécration textuelle de ces principes n'a cependant pas pu résoudre l'interrogation quant à l'étendue de l'application de cette obligation. Les juges communautaires et nationaux ont eu, en revanche, plusieurs occasions de se prononcer sur cette question.

b) L'étendue de l'application des principes de passation par la jurisprudence

543. La question qui se pose ici est de savoir si les principes dirigeant la passation doivent être respectés dans tous les marchés quelle que soit leur nature ou leur montant. La réponse de la jurisprudence communautaire et nationale sur ce point est clairement positive¹⁰⁸⁸.

544. Au niveau communautaire, la Cour de justice des communautés européennes¹⁰⁸⁹ a confirmé cette obligation de respect soit d'une manière partielle, soit d'une manière générale. Ainsi, dans son arrêt du 7 décembre 2000, *Telaustria*¹⁰⁹⁰, il a été jugé que malgré le fait que le contrat ne soit pas un marché - parce qu'il confie la fabrication et la publication en vue de la diffusion au public de répertoires des abonnés au téléphone moyennant le droit d'exploiter, en vue de sa rétribution, sa propre prestation-, le pouvoir adjudicateur reste obligé de respecter le principe de transparence. La Cour juge en effet que : « *Nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté* ». Alors, la transparence et les règles fondamentales du traité doivent donc être respectées par la personne

¹⁰⁸⁸ F. LLORENS, « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », *Contrats et marchés publ.* n° 5, mai 2007, étude n° 6.

¹⁰⁸⁹ Devenue à partir du 1^{er} décembre 2009, date de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Cour de justice de l'Union européenne.

¹⁰⁹⁰ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98, Rec. I-10770, concl. Fennely, *AJDA*, 2001, P. 106, note Richer.

publique contractante. L'obligation de respecter les règles générales du traité s'étend également pour les marchés dont le montant est inférieur aux seuils. La Cour indique en ce sens que « *bien que certains contrats soient exclus du champ d'application des directives communautaires dans le domaine des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs les concluant sont, néanmoins, tenus de respecter les règles fondamentales du traité... Il s'ensuit que, nonobstant le fait qu'un marché de travaux n'atteint pas le seuil prévu à la directive 93/37 et ne relève donc pas du champ d'application de cette directive, la légalité d'une clause contenue dans le cahier des charges relatif à ce marché doit être appréciée au regard des règles fondamentales du traité* »¹⁰⁹¹. La Cour considère également que les obligations prévues par les directives européennes en matière de publicité et de transparence doivent être respectées même si la convention est attribuée à un organisme ayant la qualité de pouvoir adjudicateur. Dès lors, « *un pouvoir adjudicateur n'est pas dispensé de recourir aux procédures de passation de marchés publics de travaux prévues par la directive au motif qu'il envisage de conclure le marché en question avec un second pouvoir adjudicateur* »¹⁰⁹².

545. Sur le même sujet, la Cour va rendre un autre arrêt significatif, l'arrêt du 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, dans lequel elle exprime clairement l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics et ses moyens d'exécution. Ainsi, en premier lieu, elle souligne que « *l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics est d'assurer la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres. Ce double objectif est explicitement affirmé aux deuxième, sixième et vingtième considérants de la directive 92/50* ». Puis, en deuxième lieu, elle précise que « *pour la poursuite de ce double objectif, le droit communautaire applique notamment le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et l'obligation de transparence qui en découle* ». En troisième et dernier lieu, elle va juger que la non-soumission de certains marchés de services aux procédures de passation ne dispense pas cette catégorie de l'obligation de transparence. Précisément, « *En ce qui concerne les marchés visés par la directive 92/50 qui ont pour objet, exclusivement ou majoritairement, des services figurant à l'annexe I A de celle-ci, cette directive met en œuvre ces principes et cette obligation de transparence en imposant, notamment, certaines procédures de passation.*

¹⁰⁹¹ CJCE, ord. 3 décembre 2001, *Ben Moustien Vestergaard*, C-59/00, BJDGP, 2002, n° 24, P. 345.

¹⁰⁹² CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux e.a.*, aff. C-220/05, point 62, *AJDA*, 2007, P. 167 ; voir également, arrêts *Teckal* du 18 novembre 1999, C-107/98, Rec. p. I-8121, point 51; du 7 décembre 2000, *ARGE*, C-94/99, Rec. p. I-11037, point 40, et du 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Lochau*, C-26/03, Rec. p. I-1, point 47.

S'agissant des marchés visés par cette directive qui ont pour objet, exclusivement ou majoritairement, des services figurant à l'annexe I B de celle-ci, cette directive n'impose pas les mêmes règles quant aux procédures de passation, mais cette catégorie de marchés publics de services reste néanmoins soumise aux règles fondamentales du droit communautaire et à l'obligation de transparence qui en découle »¹⁰⁹³. La Cour ajoute dans un autre arrêt que toute exception à l'application de cette obligation doit être interprétée strictement¹⁰⁹⁴.

546. A la lecture de l'ensemble de ces décisions, il nous semble que le juge communautaire a l'intention de faire des règles fondamentales du traité, dont les principes de la commande publique font partie, des règles générales s'appliquant, avec nuance, à la procédure de passation des contrats des personnes publiques sans prise en considération de la nature ou même du montant du contrat en cause. Ce qui sans doute apporte une limitation très grave à l'exercice de la liberté contractuelle.

547. Au niveau national, on peut constater une consécration des principes de la commande publique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ainsi que dans celle du Conseil d'Etat. Appelé à se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition législative, le Conseil constitutionnel va consacrer une obligation incombant au Gouvernement de respecter les principes de la commande publique en jugeant que : *« les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables ; qu'en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1^{er} du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel : "Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. - L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus*

¹⁰⁹³ CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C-454/06, BJCP 2008, P. 336; *AJDA*, 2008, P. 2008, note Dreyfus.

¹⁰⁹⁴ CJCE, 10 avril 2003, *Commission c/Allemagne*, aff. C-20/01 et C-28/01, Rec. p. I-3609, point 58 ; CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, point 46.

*avantageuse" »*¹⁰⁹⁵. Les implications de cette décision sont très importantes. En effet, d'une part elle rattache les principes régissant la commande publique aux articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi le juge constitutionnel accorde à ces principes la valeur de principes garantis constitutionnellement. D'autre part, en précisant que l'objectif de ces principes est l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, elle attribue aux règles qui garantissent la réalisation de cet objectif la protection constitutionnelle. Ces règles sont : la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

548. Cette consécration ne peut, en pratique, laisser qu'une place très marginale à l'exercice de la liberté contractuelle par les personnes publiques. La limitation du rôle de celle-ci à ce stade de l'opération contractuelle a incité certains de ses défenseurs à reconnaître à tout le moins la particularité de ladite liberté. C'est le cas de monsieur Richer qui souligne : *« on pressent que la liberté contractuelle des personnes publiques diffère nécessairement de celle des personnes privées »*¹⁰⁹⁶.

549. De même, le Conseil constitutionnel va rappeler la valeur constitutionnelle de l'objectif des principes de la commande publique dans sa décision du 22 mars 2012. Il juge en l'espèce que les dispositions contestées *« ne méconnaissent ni le principe d'égalité devant la commande publique, ni l'objectif de valeur constitutionnelle du bon usage des deniers publics, ni aucune autre exigence constitutionnelle »*¹⁰⁹⁷.

550. Par ailleurs, l'obligation de respecter les principes de la commande publique trouve un autre fondement dans la jurisprudence administrative. Ainsi, le Conseil d'Etat a rendu le 29 juillet 2002¹⁰⁹⁸ un avis révélateur de l'étendue de cette obligation à l'égard des *« marchés sans formalité préalables »*. Selon les termes du juge administratif : *« Les marchés qui sont conclus sans formalités préalables après l'entrée en vigueur du décret du 7 mars 2001, alors qu'ils entrent dans le champ d'application du code des marchés publics ..., ne peuvent l'être que par l'application des dispositions du code qui l'autorisent. Ils sont donc*

¹⁰⁹⁵ C.C., Déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, relative à la Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, cons. n° 10, Rec. P. 382.

¹⁰⁹⁶ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 8^e éd. 2012, P. 7.

¹⁰⁹⁷ C.C., Déc. n° 2012-651 DC du 22 mars 2012, Loi de programmation relative à l'exécution des peines, cons. n° 9, Rec. P. 155 ; voir dans le même sens, C.C., Déc. n° 2009-575 DC du 12 février 2009, Loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, Rec. P. 48 ; C.C., Déc. n° 2004-506 DC du 02 décembre 2004, Loi de simplification du droit, Rec. P. 211.

¹⁰⁹⁸ CE, avis 29 juillet 2002, *Sté. MAJ Blanchisseries de Pantin*, n° 246921, Rec. P. 297 ; BJDGP 2002, n° 25, P. 427, concl. Piveteau, obs. Ch. M.

passés en application du code des marchés publics, au même titre que les marchés pour la passation desquels le code impose le respect de règles de procédure. Ces marchés demeurent du reste soumis aux principes généraux posés aux deuxième et troisième alinéas du I de l'article 1er du code, selon lesquels les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures et l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ». Cette solution doit être, d'après monsieur Richer, « étendue à tous les marchés non soumis à l'exigence d'appel d'offres ; elle est donc valable pour les marchés qui y sont soustraits à raison de leur montant, aussi bien qu'à cause de la nature des prestations »¹⁰⁹⁹.

Puis, dans un arrêt du 30 janvier 2009, *ANPE*¹¹⁰⁰, le Conseil d'Etat rappelle que le principe de soumission à l'article 1^{er} du code des marchés publics s'applique à toutes les procédures et ce, quelques soient leurs spécificités. Il précise ainsi que « *la cour administrative d'appel de Versailles n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que les marchés de service passés par l'ANPE selon la procédure de l'article 30 du code des marchés publics étaient soumis, malgré leurs spécificités, aux dispositions générales de l'article 1er de ce code, comme tous les contrats entrant dans le champ d'application de celui-ci* ».

551. Enfin, l'obligation de respect des principes de la commande publique ne s'applique pas seulement aux marchés publics. En effet, elle s'applique également aux conventions de délégation de service public. Le Conseil d'Etat a rendu un jugement très explicite à ce propos en considérant que « *les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique* »¹¹⁰¹. En conséquence, on peut déduire de l'ensemble de ces décisions que même pour le juge administratif, les contrats de la commande publique, marchés ou délégations, doivent être soumis à l'obligation générale de respect des principes gouvernant la commande publique sans que ne soient prise en considération ni leur nature ni leur montant. En conclusion, l'exercice de la liberté contractuelle ne peut être que très limité.

¹⁰⁹⁹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 8^e éd., précité, P. 471.

¹¹⁰⁰ CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, Rec. P. 4 ; BJDPC 2009, n° 64, P. 201, concl. Dacosta ; *AJDA*, 2009, P. 602, obs. Dreyfus.

¹¹⁰¹ CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, req. n° 328827.

B) La mise en œuvre des principes de la commande publique dans les procédures de passation

552. Selon les termes du code des marchés publics de 2004, la mise en œuvre des principes de la commande publique exigent « *une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse* »¹¹⁰². La réglementation en vigueur exprime nettement ces obligations à travers des règles et des formalités précises.

a) L'obligation de définition préalable des besoins de l'acheteur public

553. La première restriction imposée à l'exercice de la liberté contractuelle des personnes publiques est celle qui provient de l'obligation pour la collectivité publique, lorsqu'elle décide de contracter, de définir ses besoins. Cette définition se réalise en deux étapes.

I- La détermination des besoins

554. L'article 5 du CMP prévoit que : « *I - La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins. II - Le pouvoir adjudicateur détermine le niveau auquel les besoins sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code* ».

555. En dépit de cette formulation qui ne permet pas de connaître effectivement le mécanisme de définition des besoins de l'acheteur public, à l'exception de la prise en considération des objectifs de développement durable, on peut déduire deux exigences¹¹⁰³ : les besoins doivent être déterminés avec précision et le marché doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins.

556. En cette absence, le contrôle juridictionnel est intervenu pour préciser la nature des manquements ou de l'application irrégulière de cette obligation. Ainsi, à l'égard d'un marché de travaux, le juge européen a jugé que : « *Pour qu'il puisse être admis qu'un pouvoir*

¹¹⁰² L'abrogation de ce passage dans la version 2006 n'a été faite que pour des raisons liées à une démarche de simplification du droit sans avoir aucun effet sur le fond.

¹¹⁰³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^e éd., 2014, P. 393.

*adjudicateur a précisé ses besoins au sens de ladite disposition, il faut que ce dernier ait pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci*¹¹⁰⁴. Il ajoute : « *Le simple fait qu'une autorité publique, dans l'exercice de ses compétences en matière de régulation urbanistique, examine certains plans de construction qui lui sont soumis ou prenne une décision en application de compétences dans cette matière ne répond pas à l'exigence relative aux «besoins précisés par le pouvoir adjudicateur», au sens de ladite disposition* ».

557. Dans le même sens, le juge administratif a déclaré l'irrégularité d'un marché en raison de sa définition imprécise en considérant qu'« *un marché dont l'objet est défini de façon trop imprécise dans l'avis d'appel à candidatures est conclu irrégulièrement* »¹¹⁰⁵. En l'espèce, le département de Paris a publié au bulletin officiel des annonces des marchés publics le 24 septembre 1991 un appel à candidatures qui indiquait comme objet des « *études et réalisations d'opérations de restructuration, d'extension ou de construction de divers équipements scolaire, sociaux, sportifs, culturels ou bâtiments administratifs, susceptibles d'être engagées au cours du quatrième trimestre 1991* ». De même, la précision doit impliquer les besoins réels de la personne publique concernée, sinon, le candidat évincé, qui aurait eu des chances sérieuses de remporter le marché si l'importance de celui-ci n'avait pas excédé les besoins réels du pouvoir adjudicateur, a subi un préjudice de nature à lui ouvrir droit à indemnisation¹¹⁰⁶. De plus, si un pouvoir adjudicateur n'a pas défini avec un soin suffisant ses besoins ni, par suite, les travaux à réaliser, il ne pourra pas, lorsque des travaux supplémentaires importants se révèlent nécessaires en cours d'exécution du marché, invoquer la théorie des sujétions imprévues. Dès lors, est illégal un avenant qui, en augmentant de 43 % le montant initial du marché, en bouleverse l'économie¹¹⁰⁷. De même, l'imprécision quant à la définition et à l'étendue des besoins à couvrir ainsi qu'à la technique de vidéosurveillance souhaitée a été de nature à affecter le choix même du cocontractant et à constituer un vice suffisamment grave pour justifier l'annulation du marché¹¹⁰⁸. L'insuffisance de l'évaluation

¹¹⁰⁴ CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller*, aff. C-451/08, point 67: *Contrats et Marchés publ.* 2010. Chron. 164, note Zimmer.

¹¹⁰⁵ CE, 29 déc. 1997, Dpt de Paris, req. n° 159693, Lebon, P. 503; Mon. TP 2 mai 1998, TO, p. 395, concl. Bergeal, p. 47, obs. Fabre; *RDI*, 1998. P. 242, obs. Llorens et Terneyre; *D.* 1998. Somm. P. 360, obs. Terneyre; *Marchés publics* n° 2/98, P. 17; *Dr. adm.* 1998, n° 84.

¹¹⁰⁶ CE, 18 novembre 1988, *Min. de l'Intérieur c/ SARL Les voyages Brounais*, req. n° 76131, Lebon T. 964; *RD publ.* 1989. P. 1800, obs. Llorens.

¹¹⁰⁷ CE, 8 mars 1996, *Commune de Petit-Bourg*, req. n° 165075.

¹¹⁰⁸ CAA Douai, 17 janvier 2013, *Commune d'Hazebrouck*, req. n° 12DA00780; *Contrats et Marchés publ.* 2013, n° 67, note Eckert.

des besoins à couvrir peut aboutir à une déclaration d'illégalité de la délibération autorisant la conclusion du marché¹¹⁰⁹.

558. Le juge administratif ajoute également des multiples précisions autour de la définition des besoins de l'acheteur public. Ainsi, le Conseil d'Etat juge qu'un pouvoir adjudicateur peut, sans méconnaître son obligation de déterminer l'étendue de ses besoins, après avoir fixé dans le cahier des clauses techniques particulières un nombre minimum de mobiliers à fournir, permettre aux candidats d'offrir un nombre de mobiliers supérieur, sans être tenu d'en fixer un nombre maximum¹¹¹⁰. Aussi, il considère, à l'égard de la modification de la définition des besoins publics, qu'un changement dans la définition du besoin, - en l'espèce, la renonciation, par la personne publique, à une partie des constructions prévues - exige que la procédure de passation soit reprise¹¹¹¹, et que la définition des besoins ne peut être modifiée après le lancement de la procédure de passation, mais peut seulement être précisée pour apporter des éléments d'information supplémentaires aux candidats même quand la procédure de passation est, comme en l'espèce, celle de l'appel d'offres sur performances¹¹¹². Concernant la date de l'achèvement d'un marché, le Conseil d'Etat confirme que « *le pouvoir adjudicateur doit définir ses besoins avec suffisamment de précision pour permettre aux candidats de présenter une offre adaptée aux prestations attendues, compte tenu des moyens nécessaires pour les réaliser; pour permettre l'élaboration de cette offre et pour en déterminer le prix, les candidats doivent disposer, notamment dans le cadre d'une procédure de passation formalisée ne permettant pas de négociation avec le pouvoir adjudicateur, d'informations relatives à la date d'achèvement du marché; si le pouvoir adjudicateur entend laisser aux candidats la faculté de proposer eux-mêmes une date précise d'achèvement, il lui revient alors d'encadrer cette faculté, en fixant par exemple une date butoir ou une fourchette de dates possibles pour l'échéance du marché, sans que, compte tenu des critères de sélection des offres, il en résulte une incertitude telle qu'elle ne permette pas aux candidats de présenter utilement une offre* »¹¹¹³. Le Conseil d'Etat rappelle également

¹¹⁰⁹ CAA Lyon, 7 avril 2011, *Dpt du Rhône*, req. n° 09LY02983 ; *Contrats et Marchés publ.* 2011, n° 164, note Llorens ; CAA Lyon, 15 décembre 2011, *Assoc. des contribuables actifs lyonnais*, req. n° 11LY00242 ; *Contrats et Marchés publ.* 2012, n° 42, note Zimmer.

¹¹¹⁰ CE, 5 novembre 2008, *Cne de Saint-Nazaire, Cté d'agglomération de la région nazairienne et de l'estuaire – Sté Abri services SARL*, req. n° 310484 et 310544, Lebon T. 635 ; *Contrats et Marchés publ.* 2008, n° 299, obs. Zimmer.

¹¹¹¹ CE, 22 avril 1983, *Auffret et Dumoulin*, req. n° 21509, Lebon, P. 160.

¹¹¹² CE, 4 avril 2005, *Cne de Castellar*, req. n° 265784, Lebon, P. 141 ; BJCP 2005. 208, concl. Boulouis, obs. Ch. M. ; *Contrats et Marchés publ.* 2005, n° 149, obs. Olivier.

¹¹¹³ CE, 1^{er} juin 2011, *Cne de Saint-Benoît*, req. n° 345649, Lebon T. 1006 ; *Contrats et Marchés publ.* 2011, n° 196, note Zimmer

l'obligation de prise en compte des objectifs de développement durable en jugeant que « *le pouvoir adjudicateur doit, en application des dispositions précitées de l'art. 5 C. marchés, concilier, pour la détermination de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire, des objectifs de protection et de mise en valeur de l'environnement, de développement économique et de progrès social* »¹¹¹⁴.

559. Les besoins en cause doivent être également en rapport direct avec l'intérêt général national ou local de la personne publique concernée et non pas avec des intérêts liés à certain groupe politique. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Lyon a jugé qu'« *une brochure, qui expose le programme que le président du conseil régional et sa majorité entendent mettre en œuvre au cours de la mandature à venir et qui est présentée au nom d'un certain nombre d'élus regroupés autour du président du conseil régional, a pour objet de promouvoir le programme de ce groupe d'élus; par suite, la décision du président du conseil régional de signer le marché est illégale, la diffusion étant dépourvue d'intérêt régional* »¹¹¹⁵.

II- Les spécifications techniques

560. Dans le cadre de la définition des besoins de l'acheteur public, celui-ci est obligé de définir ces besoins par des spécifications techniques expresses¹¹¹⁶. Celles-ci peuvent être formulées soit par références à des normes ou tout document équivalent, soit en termes de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles. Ces dernières doivent être suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché. Sinon, la décision de l'attribution du marché est menacée d'une annulation par le juge¹¹¹⁷.

561. La normalisation consiste, selon le professeur Richer, « *à définir de manière objective les caractéristiques d'un produit ou d'une prestation faisant l'objet de transactions ; elle a pour objet de garantir une certaine qualité, de réduire les coûts et de faciliter la concurrence en rendant plus aisées les comparaisons* »¹¹¹⁸. En d'autres termes, les normes techniques, « *doivent permettre à l'acheteur public d'exprimer au mieux ses*

¹¹¹⁴ CE, 23 novembre 2011, *Cité urbaine de Nice-Côte d'Azur*, req. n° 351570, Lebon T. 1009.

¹¹¹⁵ CAA Lyon, 4 décembre 2003, *Région Bourgogne*, req. n° 99LY02358.

¹¹¹⁶ L'article 6, alinéa I, CMP.

¹¹¹⁷ CAA Marseille, 20 décembre 2010, *Société Siorat*, req. n° 08MA01775.

¹¹¹⁸ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 395.

besoins »¹¹¹⁹. En principe, la norme technique n'est pas obligatoire¹¹²⁰, mais son utilisation doit être conforme aux principes de la commande publique¹¹²¹.

562. Les spécifications techniques doivent permettre l'égal accès des candidats et ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence¹¹²², ce qui restreint la liberté d'appréciation du pouvoir adjudicateur dans ce domaine. Elles ne peuvent, également, faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits¹¹²³. Une telle spécification sera sanctionnée par le juge¹¹²⁴. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes "*ou équivalent*". Le Conseil d'Etat confirme cette faculté conditionnée en considérant que : « *une référence à une marque déterminée n'est possible que si c'est le seul moyen de définir le besoin du pouvoir adjudicateur et à condition qu'elle soit suivie de la mention «ou équivalent* » »¹¹²⁵.

563. Par ailleurs, « *lorsque la référence aux normes homologuées ne couvre pas la totalité des éléments d'un marché, l'acheteur public peut y ajouter des spécifications supplémentaires, voire ses propres spécifications* »¹¹²⁶. Ces dernières doivent être neutres et non discriminatoires¹¹²⁷. En revanche, la personne publique ne peut faire référence à des normes plus rigoureuses que celles en vigueur, sauf si cela est justifié par la nécessité propre du service concerné. Ainsi le Conseil d'Etat juge que « *Le pouvoir adjudicateur peut fixer des spécifications techniques supérieures à des normes réglementaires en vigueur, qui ont pour*

¹¹¹⁹ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, Le Moniteur, 2^e éd. 2007, P. 236.

¹¹²⁰ G. MARCOU, « La procédure de normalisation et l'innovation », *RFDA*, 2011, P. 135 ; voir dans le même sens C. ROUSSEL, « L'incidence du non-respect des normes techniques dans les marchés publics », *AJDA*, 2003, P. 1696.

¹¹²¹ G. CATILLON, « Précisions sur la nature des normes techniques et leur utilisation dans les marchés publics. A propos du décret du 16 juin 2009 relatif à la normalisation », *Contrats et marchés publ.* 2009, n° 11, étude n° 11.

¹¹²² Alinéa III de l'article 6 du CMP.

¹¹²³ Alinéa IV de l'article 6 du CMP.

¹¹²⁴ CJCE, 24 janvier 1995, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-359/93, Rec. P. 157- affaire Unix.

¹¹²⁵ CE, 11 septembre 2006, *Cne de Saran c/ Sté Gallaud*, req. n° 257545 ; *Contrats et Marchés publ.* 2006, n° 286, obs. Pietri ; voir dans le même sens CE 30 septembre 2011, *Région Picardie*, req. n° 350431, Lebon T. P. 1010; BJCP 2011. P. 455, concl. Dacosta; *Contrats et Marchés publ.* 2011, n° 316, note Pietri; *Dr. adm.* 2011, n° 96, note Brenet.

¹¹²⁶ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 237.

¹¹²⁷ CJCE, 22 juin 1993, *Commission c/ Danemark*, Rec. CJCE, P. I-3353 ; *Dr. adm.*, 1993, comm. n° 418; *RD imm.*, 1993, P. 555, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *D.* 1994, somm., P. 83, obs. Ph. Terneyre.

effet de réduire la variété des produits qui y répondent, si des nécessités particulières l'exigent »¹¹²⁸.

b) L'obligation de respecter la publicité et la mise en concurrence

564. Le respect du principe constitutionnel de transparence¹¹²⁹ constitue l'obligation la plus importante dans la procédure de passation pour choisir le cocontractant de la personne publique. De ce fait, le principe de transparence est la restriction la plus forte de l'exercice de la liberté contractuelle à l'égard du choix du cocontractant. Pour être considérée comme transparente, une procédure doit faire l'objet d'un certain niveau de publicité qui permet de créer une sphère concurrentielle.

I- La publicité

565. En dehors des exceptions prévues aux articles 28 et 35 CMP, tout marché ou accord-cadre d'un montant égal ou supérieur à 25 000 euros HT est précédé d'une publicité¹¹³⁰. Cette publicité permet à tout candidat potentiel d'avoir connaissance de la passation d'un marché et, par voie de conséquence, de susciter une diversité d'offres, et donc d'accroître les chances de l'acheteur public d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse¹¹³¹. Le non-respect d'une procédure de publicité dont le formalisme est défini par le code est susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure de passation¹¹³².

566. La rigueur de l'application de cette formalité substantielle varie en fonction du montant du marché. Les dispositions du Code des marchés publics prévoient trois niveaux de publicité. Ainsi, pour les achats de fournitures, de services et de travaux d'un montant compris entre 25 000 euros HT et 90 000 euros HT, ainsi que pour les achats de services relevant du I de l'article 30 d'un montant égal ou supérieur à 15 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause¹¹³³. Cette liberté est « *toutefois encadrée par l'obligation qui est faite à la personne publique de l'adapter au montant et à la nature des travaux, des fournitures ou*

¹¹²⁸ CE, 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne*, Rec. P. 391 ; *RFDA*, 1995, P. 1077, concl. Chantepy ; *AJDA*, 1995, P. 946, chr. J.-H. Stahl et D. Chauvaux.

¹¹²⁹ C.C., Déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, relative à la Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, Rec. P. 382.

¹¹³⁰ L'article 40-I CMP.

¹¹³¹ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 238.

¹¹³² CE, 19 février 1988, *Préfet de Seine-Saint-Denis c/ Commune de Courneuve*, req. n° 68341.

¹¹³³ Article 40-II CMP.

*des services en cause, de manière à permettre une mise en concurrence effective et la transparence du processus d'achat. Le choix du support le plus adapté doit, dans ce cas, être guidé à la fois par l'idée selon laquelle plus le marché est important en montant, plus l'exigence de publicité est forte, mais aussi par l'impact concurrentiel recherché par l'acheteur public »*¹¹³⁴.

567. Pour le deuxième niveau, le plafond de seuil est différent selon les marchés en cause ainsi que la personne publique concernée. Pour les marchés de fournitures et de services d'un montant compris entre 90 000 euros HT à 134 000 pour les marchés de l'Etat et 207 000 euros HT pour les collectivités territoriales, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL), ainsi que sur son profil d'acheteur. Cet avis est établi conformément au modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie¹¹³⁵. Le cas échéant, la personne publique doit assortir cette publicité de la publication de l'avis dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné, à l'instar de ce qui existe pour les délégations de service public¹¹³⁶. Pour les marchés des travaux les mêmes modalités de publicité sont applicables, pour l'Etat et les collectivités locales, lorsque le montant est compris entre 90 000 euros HT et 5 186 000 euros HT¹¹³⁷.

568. Concernant le troisième niveau on constate que lorsque les montants des marchés de fournitures et de services sont égaux ou supérieurs à 134 000 euros HT pour l'Etat et 207 000 euros HT pour les collectivités territoriales, la personne publique est obligée de publier un avis d'appel public à la concurrence dans le (BOAMP) et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE)¹¹³⁸. La même règle s'applique aux marchés des travaux dont le montant est égal ou supérieur à 5 186 000 euros HT¹¹³⁹. La méconnaissance de l'obligation de publier un avis au JOUE constitue, selon le juge européen, un manquement au droit communautaire¹¹⁴⁰.

¹¹³⁴ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 239.

¹¹³⁵ Article 40-III CMP.

¹¹³⁶ Article R. 1411-1 CGCT.

¹¹³⁷ Article 40-III CMP.

¹¹³⁸ Article 40-III 2° CMP.

¹¹³⁹ Ibid.

¹¹⁴⁰ CJCE, 28 octobre 1999, *Commission c/ Autriche*, BJCP, 2000, n° 9, P. 145 ; CJCE, 1^{er} février 2001, *Commission c/ France*, D. 2001, n° 8, P. 673.

569. De plus, les formalités applicables à la publicité imposent également quelques règles précises. Ainsi, les avis destinés au Bulletin officiel des annonces des marchés publics doivent être envoyés par téléprocédure. Le Bulletin officiel des annonces des marchés publics est tenu de publier les avis d'appel public à la concurrence, conformément au texte transmis, dans les six jours qui suivent la date de leur réception. La publication des avis dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou sur tout autre support publicitaire ne peut intervenir avant l'envoi à l'Office des publications officielles de l'Union européenne, en outre, ces avis ne peuvent fournir plus de renseignements que ceux qui sont contenus dans les avis adressés à l'Office précité ou publiés sur un profil d'acheteur. Ils mentionnent la date d'envoi de l'avis à cet office¹¹⁴¹.

570. Enfin, à l'égard de la publicité, le Code des marchés publics prévoit la faculté de publier un avis de préinformation lorsque le montant du marché dépasse le seuil de 750 000 euros HT pour les marchés des fournitures et les services et de 5 186 000 euros HT pour les marchés des travaux. Cet avis peut être soit adressé pour publication à l'Office des publications officielles de l'Union européenne, soit publié sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur. Cependant, cette formalité devient obligatoire lorsque le pouvoir adjudicateur entend recourir à la faculté de réduire les délais de réception des offres¹¹⁴². Dans ce cas, l'avis de préinformation doit avoir été envoyé à la publication cinquante-deux jours au moins et douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence¹¹⁴³. Il doit contenir les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de l'envoi de l'avis de pré-information. Pour les marchés de fournitures et services, cet avis doit indiquer le montant total estimé des marchés par groupes de produits homogènes ou catégories de services homogènes que le pouvoir adjudicateur envisage de passer au cours des douze mois suivants. Concernant les marchés des travaux, l'avis est adressé après décision de réaliser un programme de travaux. La personne responsable du marché doit indiquer les caractéristiques essentielles des marchés prévus pour la réalisation de ce programme¹¹⁴⁴.

571. Le Conseil d'Etat n'attribue à cet avis de préinformation aucun effet juridique en faveur des candidats dans la mesure où il se borne à faire connaître les intentions d'achat de la personne publique et, en conséquence, ne peut être regardé comme l'engagement de la

¹¹⁴¹ Article 40-VI CMP.

¹¹⁴² L'article 39 CMP.

¹¹⁴³ L'article 57 CMP.

¹¹⁴⁴ L'article 39 CMP.

procédure de passation proprement dit¹¹⁴⁵. C'est également sa position au sujet de l'appel public à la concurrence lui-même. Il juge en effet qu'un avis publié d'appel à la concurrence se borne à manifester l'intention du pouvoir adjudicateur de passer un marché et présente le caractère d'une mesure préparatoire à la conclusion de celui-ci ; comme tel, il ne peut à lui seul faire naître la décision de signer le marché, laquelle ne peut intervenir qu'à la fin de la procédure ainsi lancée si la personne publique entend la mener à son terme¹¹⁴⁶.

Le fait que cet avis ne produise pas d'obligations pour la personne publique concernée ne doit pas signifier que cette dernière est dispensée de toute contrainte. En effet, l'avis qui comporte des mentions trop imprécises est irrégulier et entraîne la nullité du marché¹¹⁴⁷. De même, la personne publique ne peut modifier les conditions initiales du marché par un avis rectificatif sauf si les modifications apportées ne sont pas substantielles¹¹⁴⁸. L'avis doit également, selon le juge européen, prévoir toutes les mentions obligatoires prévues par les directives européennes¹¹⁴⁹.

572. L'ensemble de ces obligations formelles découlant de l'obligation de publicité constituent ainsi une forte restriction de l'exercice de la liberté contractuelle par la personne publique concernée, car le non-respect de ces obligations aboutit dans la majorité des cas à l'annulation du marché en cause.

II- La mise en concurrence

573. La relation entre publicité et mise en concurrence est indissociable, car, en principe, la concurrence suppose la publicité¹¹⁵⁰. Cette dernière permet de créer une sphère dans laquelle la concurrence peut être exercée afin de pouvoir choisir la proposition la plus adaptée aux besoins réels de la personne publique en cause. Ainsi, la mise en concurrence n'est pas une fin en soi¹¹⁵¹ mais elle garantit la bonne utilisation des deniers publics dès lors qu'elle ouvre la possibilité de participer à plusieurs candidats ; celle-ci aboutissant donc à l'existence de plusieurs offres concurrentes.

¹¹⁴⁵ CE, 17 février 2006, *Sté Valco*, req. n° 277166 ; *Contrats et marchés publ.*, 2006, n° 4, comm. n° 101, P. 14, note W. Zimmer.

¹¹⁴⁶ CE, 17 février 2010, *Communauté des communes Flandre Lys*, req. n° 325520.

¹¹⁴⁷ CE, 29 décembre 1997, *Département de Paris*, req. n° 159693, Lebon, P. 503.

¹¹⁴⁸ CE, 4 juillet 2012, *Min. de la Défense et des Anciens Combattants*, req. n° 352714 ; *Contrats et Marchés publ.* 2012, n° 271, note Pietri ; CE, 18 décembre 2012, *Dpt de la Guadeloupe*, req. n° 362532 ; Lebon T. 844.

¹¹⁴⁹ CJCE, 24 janvier 1995, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-359/93: Rec. CJCE I-157; D. 1996. 21, note Bergerès.

¹¹⁵⁰ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 369.

¹¹⁵¹ *Ibid.*

574. L'obligation de mise en concurrence prend plusieurs aspects, cependant on se contentera ici d'étudier deux aspects essentiels en reportant l'analyse des autres aspects à notre prochaine section. Il s'agit de l'information des candidats et de la dématérialisation des procédures.

A l'égard de l'information des candidats, le Code des marchés publics a organisé plusieurs modalités d'applications. Ainsi, les documents de la consultation sont constitués de l'ensemble des documents et informations préparés par le pouvoir adjudicateur pour définir l'objet, les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché ou de l'accord-cadre. Ces documents nécessaires à la consultation des candidats à un marché ou à un accord-cadre leur sont remis gratuitement. Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut décider que ces documents leur soient remis contre paiement des frais de reprographie. Pour les achats de fournitures, de services et de travaux d'un montant supérieur à 90 000 euros HT, les documents de la consultation sont publiés sur un profil d'acheteur, selon les modalités fixées par arrêté du Ministre chargé de l'économie¹¹⁵². Ces documents ne doivent être ni contradictoires ni ambigus¹¹⁵³. De même, si les renseignements donnés aux candidats sont inexacts, la procédure de passation du marché pourrait être menacée d'annulation¹¹⁵⁴. Par ailleurs, le Conseil d'Etat estime que le pouvoir adjudicateur doit adresser aux candidats les documents de la consultation nécessaires à l'élaboration de leurs offres; toutefois, ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire au pouvoir adjudicateur d'inviter les candidats à venir consulter sur site des documents nécessaires à l'élaboration de leurs offres mais qui ne peuvent leur être adressés en raison, notamment, de leur volume ou de leur confidentialité¹¹⁵⁵.

D'autre part, le règlement de la consultation fait partie des documents qui doivent être communiqués aux candidats au marché. Ce règlement devient facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence et si les marchés sont passés selon une procédure adaptée, le règlement de la consultation peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre¹¹⁵⁶. Pour le juge administratif, l'absence des mentions obligatoires dans les documents de la consultation est de nature à entacher la procédure de nullité et justifie, au regard du manquement aux obligations

¹¹⁵² L'article 41 CMP.

¹¹⁵³ CE, 19 octobre 2001, *Région La Réunion et Sté SETEC TPI*, req. n° 234298 et 234366.

¹¹⁵⁴ CE, 12 mars 2012, *Dynacité, Sté Dalkia France*, req. n° 354355 à 354558 ; BJCP 2012. P. 188, concl. Boulouis; *Contrats et Marchés publ.* 2012, n° 145, note Pietri.

¹¹⁵⁵ CE, 11 mars 2013, *Min. de la Défense c/ Sté Aéromécanic*, req. n° 364827 ; *Contrats et Marchés publ.* 2013, note Eckert.

¹¹⁵⁶ L'article 42 CMP.

de mise en concurrence qu'elle constitue, la mise en œuvre par le juge administratif des pouvoirs qu'il tire des articles L. 551-1 et 551-2 du Code de la justice administrative¹¹⁵⁷. Cette absence peut également aboutir à méconnaître les objectifs des directives européennes¹¹⁵⁸.

Le règlement de la consultation ne doit pas comporter des clauses discriminatoires ou illégales¹¹⁵⁹. Ses clauses doivent être respectées, tant par les candidats¹¹⁶⁰ que par la collectivité publique. Sa violation constitue une atteinte au principe d'égalité qui entraîne la nullité de la procédure¹¹⁶¹ et engage la responsabilité du pouvoir adjudicateur¹¹⁶². La modification par l'administration des conditions de la consultation pendant le délai de remise des offres n'entraîne l'obligation de reprendre à son commencement la procédure que si cette rectification apporte une modification substantielle. La modification substantielle peut résulter d'une rectification purement matérielle, qui porterait par exemple sur le champ d'application du marché¹¹⁶³.

575. Concernant la dématérialisation des procédures, il est évident qu'elle est de nature à renforcer la concurrence et à accélérer le déroulement des procédures¹¹⁶⁴. Elle peut concerner plusieurs aspects tels la publication des avis de marchés, les communications des documents aux candidats, la remise des offres, l'échange des consentements et l'établissement du contrat¹¹⁶⁵.

La dématérialisation des procédures de passation du marché n'est pas, en principe, obligatoire. Cependant, les modifications successives du Code des marchés publics ont renforcé une tendance qui consiste à généraliser l'utilisation de cette technique. Ainsi l'article 56 du Code des marchés publics impose, pour les achats de fournitures de matériels informatiques et de services informatiques d'un montant supérieur à 90 000 euros HT, que les candidatures et les offres soient transmises par voie électronique. Et généralement, pour les

¹¹⁵⁷ TA Paris, 28 août 1995, *Sté RS Automation industrie*, Lebon, P. 895.

¹¹⁵⁸ CE, 27 juillet 2001, *Compagnie générale des eaux*, Lebon, P. 406 ; BJDGP, n° 20, P. 21, concl. Piveteau, ACCP, n° 5. P. 31 ; CE, 19 octobre 2001, *Société Alstom*, BJDGP, 2002, n° 20, P. 39, concl. Piveteau.

¹¹⁵⁹ CE, 7 novembre 1986, *Ville de Toulouse*, Lebon, P. 608 ; D. 1987, somm., P. 284, obs. Ph. Terneyre ; *Petites affiches*, 30 décembre 1986, note F. Moderne.

¹¹⁶⁰ CE, 23 novembre 2005, *Sté Axialogic*, req. n° 267494, Lebon, P. 966.

¹¹⁶¹ CE, 30 septembre 1996, *Département des Ardennes*, RD imm., 1997, P. 73, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

¹¹⁶² CE, 23 mars 1994, *Synd. Intercommunal à vocation unique pour l'étude et pour la réalisation du golf de Cognac*, req. n° 101079 et 116391, Lebon, P. 158 ; CE, 1^{er} avril 1994, *Sté Etablissements J. Richard Ducros*, Lebon, P. 177 ; RD imm., 1994, P. 444, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

¹¹⁶³ CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, req. n° 278646, Lebon T. P. 966 ; voir aussi, CE, 18 décembre 2012, *Département de la Guadeloupe*, req. n° 362532.

¹¹⁶⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 394.

¹¹⁶⁵ Ibid.

marchés d'un montant supérieur à 90 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur ne peut refuser de recevoir les documents transmis par voie électronique. De même, le Code autorise le recours à l'enchère électronique pour les marchés des fournitures à condition qu'ils soient d'un montant estimé supérieur à 134 000 euros HT pour l'Etat, et 207 000 euros HT pour les collectivités territoriales. Le pouvoir adjudicateur ne peut recourir à l'enchère électronique de façon abusive ou de manière à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence ou de manière à modifier l'objet du marché¹¹⁶⁶.

576. Enfin, il convient de mentionner, dans la même démarche de dématérialisation des procédures de passations, que le Code ajoute une procédure de passation de marché entièrement électronique dite « système d'acquisition dynamique ». Cette procédure concerne les marchés des fournitures et services courants. Selon ce système le pouvoir adjudicateur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs préalablement sélectionnés sur la base d'une offre indicative. Le fait que cette procédure soit facultative n'empêche pas que son recours soit très réglementé, de manière à ce que le seul choix qui puisse être effectué par la personne publique soit le choix du recours à cette procédure¹¹⁶⁷.

577. En conclusion, l'obligation de mise en concurrence comme celle de la publicité limite l'exercice de la liberté contractuelle par les personnes publiques.

C) La contrainte de choisir l'offre la plus avantageuse

578. L'une des caractéristiques de l'exercice de la liberté contractuelle est la possibilité de la personne qui en dispose de prendre le risque de choisir un contractant qui n'est pas nécessairement capable d'exécuter ses engagements contractuels. L'application de cette faculté aux personnes publiques n'est pas possible en raison de l'imposition à l'acheteur du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. En effet, l'analyse des procédures par lesquelles la personne publique choisit le titulaire d'un marché révèle clairement qu'elles se concentrent sur l'offre présentée et non la personne qui la propose. Ce constat est justifié par le fait que « *le droit des marchés publics a eu pour ambition dès ses origines de constituer un régime juridique devant assurer la conclusion du meilleur contrat* »¹¹⁶⁸. Ainsi, la sélection devient une technique automatique et non pas un véritable choix car en principe ce dernier

¹¹⁶⁶ L'article 54 CMP.

¹¹⁶⁷ L'article 78 CMP.

¹¹⁶⁸ F. ALLAIRE, « Dépasser le droit des marchés publics », *AJDA*, 2009, P. 1697.

doit se porter sur l'offre la plus sérieuse et raisonnable pour satisfaire les besoins de la personne publique en cause.

Suivant cette logique, le Code des marchés publics prévoit plusieurs règles et formalités qui concernent la candidature ainsi que l'offre présentée.

a) Règles et critères de sélection des candidatures

579. Plusieurs articles indiquent à la personne publique les critères à prendre en considération. A titre d'exemple, l'article 52 du Code des marchés publics prévoit que les candidats doivent avant tout justifier leur capacité juridique. Ainsi, « *tout candidat à un marché public doit, s'il est en situation de l'obtenir, justifier de ce qu'il a, au 31 décembre de l'année précédant le lancement de la consultation, souscrit les déclarations lui incombant en matière fiscale et sociale et effectué le paiement des impôts et cotisations exigibles à cette date* »¹¹⁶⁹. Les candidats doivent en outre être sélectionnés sur la base de certains critères, que sont les capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence. La précision des critères de sélection est obligatoire même en l'absence de texte, car elle résulte directement des principes généraux de la commande publique¹¹⁷⁰. Le même article ajoute que lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du marché relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation.

580. Par ailleurs, l'article 45 ajoute que le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager. De même, lorsque le pouvoir adjudicateur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché. La dérogation à ces limites peut être censurée par le juge administratif¹¹⁷¹. Le pouvoir adjudicateur est également

¹¹⁶⁹ D. CHABANOL, « Le choix du contractant : pouvoir discrétionnaire ou lié ? », in, *Mél. Guibal*, CREAM, 2006, t.1, P. 84.

¹¹⁷⁰ CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, Lebon, P. 60.

¹¹⁷¹ CE, 11 avril 2014, *Min. Défense c/ Sté Legrand Bâtisseurs*, req. n° 375245, *Contrats et Marchés publ.* 2014, n° 171, note Zimmer; *Dr. adm.* juillet 2014, n° 44, note Brenet.

tenu d'écarter les candidats qui ne fournissent pas tous les documents mentionnés à cet article¹¹⁷².

581. Le manque d'indication au sujet de la mise en œuvre de ces critères¹¹⁷³ a conduit à une intervention du juge administratif. Ainsi, le Conseil d'Etat estime que le pouvoir adjudicateur doit contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats¹¹⁷⁴. Le pouvoir adjudicateur n'est en revanche pas tenu de préciser dans les avis d'appel public à la concurrence des niveaux minimaux de capacités professionnelles, techniques et financières¹¹⁷⁵ mais, lorsqu'il décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, ces derniers doivent être précisés dans l'avis d'appel public à concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation¹¹⁷⁶.

582. D'autre part, le Conseil d'Etat estime que lorsque le niveau de qualification exigé des candidats a pour effet de limiter la concurrence en restreignant le nombre de candidats possibles, cette exigence doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser¹¹⁷⁷. De même, la nécessité de l'attachement de l'exigence avec l'objet du marché est obligatoire lorsque le pouvoir adjudicateur exige des candidats la détention de documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités, notamment si ladite exigence a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises de création récente¹¹⁷⁸.

¹¹⁷² CE, 13 novembre 2002, *Commune du Mans*, req. n° 245354, Lebon T. 814.

¹¹⁷³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 398.

¹¹⁷⁴ CE, 26 mars 2008, *Communauté urbaine de Lyon*, req. n° 303779, Lebon T. 808; *Contrats et Marchés publ.* 2008, n° 125, obs. Pietri ; CE, 21 février 2014, *Société AD3 et Les Lavandières, Centre départemental gériatrique de l'Indre*, req. n° 373096 et 373116 ; CE, 29 avril 2011, *Garde des Sceaux, Min. de la Justice et des Libertés*, req. n° 344617, Lebon T. 1005.

¹¹⁷⁵ CE, 8 août 2008, *Cne de Nanterre*, req. n° 309136, Lebon T. 635; *Contrats et Marchés publ.* 2008, n° 229, obs. Pietri ; CE, 8 août 2008, *Région Bourgogne*, req. n° 307143; *Contrats et Marchés publ.* 2008, comm. n° 226, obs. Pietri; *Dr. adm.* 2008, comm. n° 148, obs. Labayle-Pabet et Garderes ; *RDI*, 2008. P. 503, obs. Noguellou ; CE, 8 août 2008, *CH Edmond-Garcin*, req. n° 309652, Lebon T. 807; *Contrats et Marchés publ.* 2008, n° 228, obs. Pietri.

¹¹⁷⁶ CE, 20 mai 2009, *Commune de Fort-de-France*, req. n° 311379.

¹¹⁷⁷ CE, 30 juin 2004, *Min. de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer c/ M. Fourgeaud*, req. n° 261919, Lebon T. 859 ; *AJDA*, 2004, P. 1771, obs. Dreyfus ; *Contrats et Marchés publ.* 2004, n° 192, obs. Pietri ; CE, 6 mars 2009, *Cne de Savigny-sur-Orge*, req. n° 315138, *AJDA*, 2009, P. 1380, note Deliancourt.

¹¹⁷⁸ CE, 10 mai 2006, *Sté Bronzo*, req. n° 281976 ; *AJDA*, 2006, P. 1619, note Lacrouts ; *Contrats et Marchés publ.* 2006, n° 204, obs. Pietri ; CE, 9 mai 2012, *Cne de Saint-Benoît*, req. n° 356455, Lebon T. 844 ; CE 17 novembre 2006, *ANPE*, req. n° 290712 ; *AJDA*, 2007. P. 257, note Subra de Bieusses ; *Dr. adm.* 2007, n° 23, obs. Alonso Garcia.

583. En résumé, l'ensemble des obligations imposées par les règles et les critères de sélection des candidatures constituent une limitation considérable de l'exercice de la liberté contractuelle par les personnes publiques.

b) Critères de sélection de l'offre la plus avantageuse

584. Le Code des marchés publics impose aussi que le cocontractant de l'acheteur public soit celui qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Cette contrainte signifie que l'acheteur public n'est en réalité pas libre de choisir son cocontractant car il doit sélectionner celui qui propose la meilleure offre en mettant en œuvre plusieurs critères. Ces derniers sont définis, pour certains, librement par le pouvoir adjudicateur¹¹⁷⁹. Toutefois, cette libre définition est illusoire car le pouvoir adjudicateur est obligé de respecter que ces critères soient justifiés par l'objet du marché¹¹⁸⁰ ; il est également obligé de pondérer ces critères en fonction de la prestation en cause, via la procédure de publicité, avant tout contact avec les candidats potentiels.

I- Les critères de sélection

585. L'article 53 du Code des marchés publics a établi une liste non exhaustive de critères devant être respectés, compte tenu de l'objet du marché, lors du choix de l'offre. Il prévoit que l'attribution du marché doit être fondée, soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. Soit, sur un seul critère, qui est celui

¹¹⁷⁹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 401.

¹¹⁸⁰ Voir dans ce sens, C. RIBOT, « La commande publique éco-responsable », in. *Mélange Guibal*, CREAM, 2006, t.2, P. 285.

du prix¹¹⁸¹. Le même article ajoute que la collectivité publique peut ajouter d'autres critères s'ils sont justifiés par l'objet du marché¹¹⁸².

586. Ainsi, on peut relever que l'objet du marché domine sur les critères qui doivent être appliqués par l'acheteur public lorsqu'il agit pour choisir l'offre la plus avantageuse. Ceci signifie que la logique des marchés publics est le choix d'un cocontractant titulaire du marché fondé sur l'économie de la volonté et non l'autonomie de la volonté ; ce qui déroge, par conséquent, à la liberté contractuelle de la personne publique en cause. M. Allaire souligne sur ce point que « *le droit des marchés publics présente une théorie contractuelle qui déroge à la théorie générale des contrats et porte des franchises atteintes au principe de la liberté contractuelle en conditionnant la validité du contrat à l'économie des volontés, c'est-à-dire à la valeur du contrat telle qu'elle se dégage du rapport entre la demande de l'administration et l'offre de l'opérateur économique* »¹¹⁸³.

587. En pratique, il est constaté que les critères environnementaux ainsi que les conditions sociales constituent les catégories fréquemment les plus applicables au choix du titulaire d'un marché. En effet, le Code des marchés publics a intégré des impératifs liés à la protection de l'environnement et au développement durable¹¹⁸⁴, en permettant aux collectivités publiques d'insérer des exigences environnementales au niveau des critères de sélection des candidatures¹¹⁸⁵, des critères de choix des offres¹¹⁸⁶ et des conditions d'exécution¹¹⁸⁷. S'agissant du « mieux-disant social »¹¹⁸⁸, ce critère ne paraît pas, en tant que tel, constituer un critère de sélection des offres¹¹⁸⁹ que d'une manière partielle¹¹⁹⁰. Il est préférable de le considérer comme une condition d'exécution¹¹⁹¹.

588. Par ailleurs, la participation du juge administratif à la définition des critères de la sélection est considérable. On peut mentionner par exemple que, dans un arrêt rendu le 29 décembre 2006, le Conseil d'Etat va déclarer qu'« *est irrégulière la procédure de passation*

¹¹⁸¹ Voir autour cet article E. DELACOUR, « Les fondements et les orientations de la réforme de la commande publique : Du marché public à l'achat public », *Contrats et marchés publi.* n° 5, mai 2005, étude n° 6.

¹¹⁸² Voir dans ce sujet T. GLIOZZO, « L'utilisation des critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offres », *AJDA*, 2002, P. 1471.

¹¹⁸³ F. ALLAIRE, « Dépasser le droit des marchés publics », *AJDA*, 2009, P. 1698.

¹¹⁸⁴ L'article 5 CMP.

¹¹⁸⁵ L'article 45-II CMP.

¹¹⁸⁶ L'article 53-I CMP.

¹¹⁸⁷ L'article 14 CMP.

¹¹⁸⁸ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 272.

¹¹⁸⁹ CE, 10 mai 1996, *Fédération nationale des travaux publics*, Rec. P. 164.

¹¹⁹⁰ Voir l'article 53 CMP

¹¹⁹¹ Voir sur ce point, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 404 et s ; D. CHABANOL, « Le choix du contractant : pouvoir discrétionnaire ou lié ? », précité, P. 88 et s.

qui prévoit, parmi les critères de sélection des offres, la qualification professionnelle des entreprises, laquelle ne peut constituer qu'un critère de recevabilité ou de sélection des candidatures »¹¹⁹². Il ajoute dans une autre décision que, pour le juge administratif, un critère « *qualités architecturales et techniques des références prescrites au vu du dossier fourni* » n'est pas relatif à la valeur de l'offre, mais permet d'apprécier les capacités professionnelles des candidats au vu de leurs références¹¹⁹³. De même, le juge administratif estime qu'un critère relatif à la situation financière des entreprises ne peut être utilisé que pour sélectionner les candidatures, non les offres¹¹⁹⁴.

Le juge administratif vérifie également le rapport entre le critère choisi et le sujet du marché. La CAA de Lyon rappelle ainsi que si les dispositions (de l'art. 53) laissent à la collectivité publique le choix des critères d'attribution du marché qu'elle entend retenir, notamment au regard des performances en matière d'environnement, ceux-ci doivent être justifiés par l'objet du marché et présenter un caractère pertinent permettant d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse¹¹⁹⁵. Ainsi, un critère relatif aux « *propositions concrètes faites par les soumissionnaires en matière de créations d'emplois, d'insertion et de formation* » est sans rapport avec l'objet d'un marché public conclu pour la réhabilitation d'une décharge et, par suite, illégal¹¹⁹⁶. Dans le même sens, le juge administratif peut censurer le choix du prix par le pouvoir adjudicateur en tant que seul critère de sélection de l'offre, en raison de la complexité de l'objet d'un marché¹¹⁹⁷, si un tel choix n'est pas pertinent avec l'objet du marché¹¹⁹⁸.

II- La pondération des critères

589. Dans le cadre du choix de l'offre la plus avantageuse, le Code des marchés publics ne se contente pas de consacrer l'obligation de poser des critères de choix ; il ajoute

¹¹⁹² CE, 29 décembre 2006, *Sté Bertele Snc*, req. n° 273783, Lebon T. 948 ; BJCP 2007. P. 97, concl. Boulouis.

¹¹⁹³ CE, 8 août 2008, *CH Edmond-Garcin*, req. n° 309652, Lebon T. 807 ; *Contrats et Marchés publ.* 2008, n° 228, obs. Pietri.

¹¹⁹⁴ CAA Lyon, 29 septembre 2006, *Préfet de l'Ain*, req. n° 00LY02073 ; BJCP 2006. 7, concl. Besle, obs. Ch. M.

¹¹⁹⁵ CAA Lyon, 3 octobre 2013, *Société Faure Vercors*, req. n° 12LY02248.

¹¹⁹⁶ CE, 25 juillet 2001, *Cne de Gravelines*, req. n° 299666, Lebon, P.391 ; V. également, CE, 10 mai 1996, *Féd. nationale des travaux publics et a.*, req. n° 159979, Lebon, P. 164.

¹¹⁹⁷ En l'espèce, l'objet du marché était la réalisation d'un itinéraire alternatif à la route départementale RD 1075 sur le territoire de la commune de Morestel.

¹¹⁹⁸ CE, 6 avril 2007, *Département de l'Isère*, req. n° 298584, Lebon T. 745 ; BJCP 2007. 293, concl. Boulouis, obs. R. S ; voir aussi, CE, 7 mai 2013, *Département de Paris, Ville de Paris*, req. n° 364833.

une autre obligation dite de « *pondération* »¹¹⁹⁹. Selon l'article 53, les critères doivent en effet être pondérés. Dans le cas où la pondération n'est pas possible, notamment du fait de la complexité du marché, le pouvoir adjudicateur doit indiquer les critères par ordre décroissant d'importance, c'est à dire les hiérarchiser. Le même article ajoute une obligation d'indiquer les critères et la pondération dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Cette dernière obligation a été confirmée par le juge européen qui considère que si une pondération a été utilisée, elle doit faire l'objet d'une publicité¹²⁰⁰.

590. L'obligation d'informer les candidats de cette pondération est, pour le juge administratif, une obligation dérivée des principes de la commande publique. Ainsi, il a été jugé que « *pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats; dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères; il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné* »¹²⁰¹. Et, d'une manière générale, il considère que « *le pouvoir adjudicateur doit informer les candidats des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération ou hiérarchisation* »¹²⁰².

591. Enfin, l'obligation d'informer les candidats de la pondération ne s'étend pas à la communication de la méthode de notation des offres. Le Conseil d'Etat a rendu un arrêt significatif à cet égard en jugeant que « *si, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'indiquer dans les documents de consultation les critères d'attribution du marché et leurs conditions de mise en œuvre, il n'est en revanche pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation retenue pour*

¹¹⁹⁹ Voir sur ce point, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 402 et s.; D. CHABANOL, « Le choix du contractant : pouvoir discrétionnaire ou lié ? », in, *Mél. Guibal*, CREAM, 2006, t.1, P. 92 et s.

¹²⁰⁰ CJCE, 12 décembre 2002, *Universale Bau AG*, aff. C-470/99, ACCP 2003, n° 20, P. 63, comm. E. Fatôme et L. RICHER.

¹²⁰¹ CE, 26 septembre 2012, *GIE «Groupement des poursuites extérieures»*, req. n° 359389.

¹²⁰² CE, 23 mai 2011, *Commune d'Ajaccio*, req. n° 339406, Lebon T. 1007; *Contrats et Marchés publ.* 2011, n° 246, note Devillers.

apprécier les offres au regard de chacun de ces critères »¹²⁰³. Le fait que le pouvoir adjudicateur ne soit pas tenu d'informer les candidats de sa méthode de notation ne va toutefois pas dispenser de l'existence de certain contrôle sur la notation. Ainsi, le juge va vérifier si la méthode retenue pour noter les offres n'entraîne ni discrimination¹²⁰⁴, ni introduction de paramètres sans rapport avec l'appréciation de l'offre au regard des critères¹²⁰⁵, ni modification de la pondération annoncée¹²⁰⁶.

592. En conclusion, l'ensemble de ces éléments nous permet de déduire que le choix du titulaire du marché doit être effectué en considérant l'objet du marché et la qualité de l'offre, ce qui rend le rôle de la liberté contractuelle à cet égard marginal.

Sous-section II

L'assouplissement des formalités applicables au choix du cocontractant est très limité

593. Les formalités applicables au choix du cocontractant connaissent dans certains cas une application moins rigide. Des assouplissements ont été prévus concernant la nature, le montant et la circonstance accompagnant le marché en cause. S'ajoute à ces cas une souplesse notable à l'égard du choix du cocontractant dans le cadre des conventions de délégation de service public.

594. La diminution des formalités est justifiée par la logique du contrat en cause et non pas, d'une manière essentielle, par la volonté de donner à la personne publique une liberté plus étendue lorsqu'elle choisit son cocontractant. Cette logique s'explique par le fait que les formalités ont pour objectif principal la protection et la bonne utilisation des deniers publics. Ainsi, leur application rigide ne sera pas justifiée si elle aboutit à dépenser inutilement de l'argent et à allonger la durée de la procédure appliquée, ou même à empêcher la conclusion rapide d'un contrat alors que la situation l'exige.

¹²⁰³ CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, req. n° 334279 ; BJCP 2010, P. 241, concl. Boulouis.

¹²⁰⁴ CE, 11 avril 2012, *Syndicat Ody*, req. n° 354652 ; CE, 29 octobre 2013, *Val-d'Oise Habitat*, *Contrats et marchés publ.* 2014, com. 4, obs. P. Devillers.

¹²⁰⁵ CE, 15 février 2013, *Société SFR*, BJDCP 2013, n° 89, P. 295, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2013, com. 105, obs. Pietri.

¹²⁰⁶ CE, 18 décembre 2012, *Département de la Guadeloupe*, *Contrats et marchés publ.* 2013, com. 28, obs. W. Zimmer.

A) L'assouplissement résultant d'un montant inférieur au seuil

595. Il ressort de la formulation de l'article 26 du Code des marchés publics que la procédure d'appel d'offre, ouverte ou restreinte, constitue la procédure générale par laquelle les marchés doivent normalement être passés. Cette procédure impose une publicité et une mise en concurrence de la manière que l'on a déjà développée¹²⁰⁷. Le même article ajoute que le pouvoir adjudicateur peut recourir à la procédure adaptée si le montant estimé du besoin est inférieur aux seuils mentionnés. Quel que soit le montant, la procédure adaptée ne peut cependant être dispensée du respect des principes de la commande publique. En effet, le professeur Richer souligne sur ce point que *« l'absence de définition préalable de la procédure par les textes ne signifie pas que le principe général de transparence et non-discrimination n'est pas applicable. Le développement de la procédure adaptée depuis 2004 est lié à la volonté d'introduire plus de flexibilité et de responsabilité dans la passation des marchés publics en remettant à l'acheteur lui-même la définition des modalités de passation »*¹²⁰⁸.

On peut constater que l'étendue de la souplesse accompagnant la procédure adaptée se diversifie selon le montant estimé du marché.

a) Modalités de passation librement fixées

596. Selon l'article 28 du Code des marchés publics, lorsque la valeur estimée des besoins est inférieure à 134 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services de l'Etat et 207 000 € HT pour les marchés des collectivités territoriales, et 5 186 000 € HT pour les marchés de travaux, la personne publique peut librement fixer les modalités de passation en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre, ainsi que des circonstances de l'achat. Le pouvoir adjudicateur peut, selon cette procédure, négocier avec les candidats ayant présenté une offre et cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix.

597. Toutefois, cette liberté de fixation n'est pas absolue¹²⁰⁹ car la personne publique doit prendre en considération, lorsqu'elle agit via cette procédure, des éléments attachés au

¹²⁰⁷ Voir supra notre développement sur la publicité et la mise en concurrence, n° 564 et s.

¹²⁰⁸ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 419.

¹²⁰⁹ Voir dans ce sens F. LLORENS, « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », *Contrats et marchés Publ.*, n° 5, mai 2007, Etude n° 6.

marché tels que la nature et les circonstances¹²¹⁰. Sinon, le pouvoir adjudicateur ne peut pas être regardé comme ayant mis en œuvre des modalités de publicité adaptées aux caractéristiques du marché à passer¹²¹¹.

De même, la libre fixation sera plus encadrée à l'égard de la publicité si la valeur estimée du marché est supérieure à 90 000 euros HT et inférieure aux seuils de publicité prémentionnés¹²¹². Dans ce cas, la publicité sera plutôt « réglementée » parce que le seul choix dont la personne publique dispose est de sélectionner entre le BOAMP ou un JAL et si nécessaire elle doit aussi publier un avis dans un journal spécialisé¹²¹³. Alors, la libre fixation ne s'exercera pratiquement que pour les marchés inférieurs à 90 000 euros, mais elle doit, en tous cas, être réalisée en harmonie avec l'obligation de respecter les principes fondamentaux de la commande publique¹²¹⁴.

b) L'encadrement de l'hypothèse de l'absence d'obligation de publicité et de mise en concurrence

598. Auparavant, au regard du choix du cocontractant, certaines procédures ont pu être considérées comme consacrant le principe de la liberté contractuelle pour les personnes publiques¹²¹⁵. Cette conception résulte notamment de l'existence des « *commandes hors marché* » non soumises au Code des marchés publics, c'est-à-dire, des achats qui ne sont pas assujettis aux règles de passation mais permettant un libre choix du cocontractant. Parmi ces commandes se trouvent certains achats d'un faible montant¹²¹⁶.

599. Le montant exonéré de toute obligation de publicité et de mise en concurrence a connu plusieurs modifications. Ainsi, dans un premier temps, le décret du 26 novembre 2004¹²¹⁷ a exonéré de toute obligation de publicité et de mise en concurrence les marchés

¹²¹⁰ CE, 9 juillet 2007, *Synd. EGF-BTP et a.*, req. n° 297711, Lebon P. 298; ACCP 2007/69, note Richer; BJCP 2007. 366, concl. Boulouis; *Contrats et Marchés publ.* 2007, n° 240, obs. Zimmer; JCP Adm. 2007. P. 2213, note Linditch.

¹²¹¹ CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, req. n° 278732, Lebon P. 423; BJCP 2006. 10, concl. Casas, obs. Ch. M.; *Dr. adm.* 2005, n° 168, obs. Ménéménis; *AJDA*, 2005, P. 2128, obs. Dreyfus; *Contrats et Marchés publ.* 2005, n° 11, obs. Lichère ; JCP Adm. 2005. P. 1748, note Linditch.

¹²¹² Voir dans ce sens CE, sect., 30 janv. 2009, *ANPE*, req. n° 290236, Lebon, P. 4; *AJDA*, 2009. P. 302, note Dreyfus; BJCP 2009. 201, concl. Dacosta; *Contrats et Marchés publ.* 2009, n° 121, note Zimmer; *RDI*, 2009. P. 243, note Braconnier; *RJEP* 2009, comm. n° 32, note Moreau

¹²¹³ Voir dans ce sens l'article 40 du CMP.

¹²¹⁴ CE, 4 juillet 2012, *Cabinet Froment-Meurice et associés*, req. n° 353305 ; CE, 24 février 2010, *Cté de cnes de l'Enclave des Papes*, req. n° 333569, Lebon, P. 60; BJCP 2010. P. 203, concl. Boulouis.

¹²¹⁵ C. BRECHON-MOULENES, « Choix des procédures, choix dans les procédures », *AJDA*, 1998, P. 758.

¹²¹⁶ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 420.

¹²¹⁷ Décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 relatif à diverses dispositions concernant les marchés de l'Etat et des collectivités territoriales, *JORF* n°278 du 30 novembre 2004, P. 20310.

d'un montant inférieur à 4 000 euros, puis cette somme a été portée à 20 000 euros par un décret du 19 décembre 2008¹²¹⁸. Ce dernier a cependant été annulé par le Conseil d'Etat en raison de sa contrariété aux principes de la commande publique du fait du caractère général de l'exonération¹²¹⁹. Puis, ce montant a été fixé par la loi du 22 mars 2012¹²²⁰ à 15 000 euros. Enfin, par l'article 2 du décret n° 2015-1163 du 17 septembre 2015 le montant du seuil a été augmenté à 25 000 euros¹²²¹.

600. Toutefois, cette exonération de la publicité et de la mise en concurrence en raison du montant en cause n'est pas dénuée d'encadrement. En effet, l'article 28 du Code des marchés publics prévoit explicitement que lorsque le pouvoir adjudicateur fait usage de cette faculté, il est tenu de veiller à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre aux besoins. Et en tous cas, si l'acheteur public opte, en raison de montant du marché, à l'achat sans publicité ni mise en concurrence, il reste obligé de justifier son choix à tout moment¹²²².

B) L'assouplissement découlant de la nature des besoins et des circonstances

601. La simplification des formalités de passation peut également survenir si la nature des besoins à satisfaire ou les circonstances exigent un tel assouplissement. Dans de telles situations la personne publique adjudicatrice ne sera pas tenue de passer le contrat via la procédure d'appel d'offre mais aura la possibilité de recourir à une autre procédure plus adaptée avec la prestation qu'elle souhaite réaliser.

602. Le Code des marchés publics a réglementé les cas de recours à ces procédures en fonction de l'objet du marché ou des circonstances¹²²³. Celles-ci peuvent avoir des formes

¹²¹⁸ Décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics, JORF n°0296 du 20 décembre 2008, P. 19544

¹²¹⁹ CE, 10 février 2010, *Perez, Lebon*, P. 17 ; JCP 2010. P. 2068, concl. Boulouis ; BJCP 2010, n° 70, P. 189, concl. Boulouis ; *AJDA*, 2010, P. 541, note Dreyfus.

¹²²⁰ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JORF n°0071 du 23 mars 2012, P. 5226.

¹²²¹ Décret n° 2015-1163 du 17 septembre 2015 modifiant certains seuils relatifs aux marchés publics, JORF n° 0218 du 20 septembre 2015, P. 16629.

¹²²² Voir dans ce sens, J-D. DREYFUS, « Marchés de moins de 4000 euros : le cadeau empoisonné fait aux acheteurs publics », *AJDA* 2005, P. 30 et notamment p. 31.

¹²²³ Voir les articles 26, 28 et notamment 33-38 du CMP.

variées mais leur effet suspensif des principes fondamentaux de la commande publique demeure seulement pour deux procédures réglementées et contrôlées par le juge.

603. Le premier cas est celui des procédures négociées¹²²⁴. En effet, l'article 35 distingue entre deux catégories : pour la première, la passation du marché selon cette procédure ne peut être réalisée qu'après publicité et mise en concurrence. Ainsi, peuvent être négociés, après une publicité préalable et mise en concurrence, les marchés et les accords-cadres pour lesquels, après appel d'offres ou dialogue compétitif, il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter. De même, pour les marchés et les accords-cadres de services, notamment les marchés de services financiers et les marchés de prestations intellectuelles telles que la conception d'ouvrage, lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres. La même règle s'applique aussi dans le cas des marchés et des accords-cadres de travaux qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point sans finalité commerciale immédiate. Enfin, la même obligation existe dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas qui peuvent affecter leur réalisation ne permettant pas une fixation préalable et globale des prix.

604. S'agissant de la deuxième catégorie, les marchés peuvent être négociés sans publicité ni mise en concurrence. La formulation de l'alinéa II de l'article 35 révèle clairement la logique de réduction de ces obligations qui résulte de la particularité des marchés concernés ; c'est-à-dire, l'urgence, la nature, les circonstances... . La disposition prévoit les cas suivants : 1° Les marchés et les accords-cadres conclus pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait, et dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalable, et notamment les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence, impérieuse, liées à une catastrophe technologique ou naturelle. Peuvent également être conclus selon cette procédure les marchés rendus nécessaire pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux réalisés par des pouvoirs adjudicateurs en application des articles L. 1311-4, L. 1331-24, L. 1331-26-1, L. 1331-28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du code de

¹²²⁴ La procédure négociée, selon l'article 34 du CMP, « ne procédure négociée est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques ».

la santé publique et des articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation. Ces marchés sont limités aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence ; 2° Les marchés et les accords-cadres de fournitures concernant des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou de récupération des coûts de recherche et de développement ; 3° Les marchés et les accords-cadres passés selon la procédure de l'appel d'offres, pour lesquels aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée ou pour lesquels seules des offres inappropriées ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué, à sa demande, à la Commission européenne ; 4° Les marchés complémentaires de fournitures, qui sont exécutés par le fournisseur initial et qui sont destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées... ; 5° Les marchés complémentaires de services ou de travaux qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé cet ouvrage... ; 6° Les marchés de services ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence. Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires... ; 7° Les marchés et les accords-cadres de services qui sont attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à négocier ; 8° Les marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ; 9° Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées en Bourse ; 10° Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur en cessation définitive d'activité, soit auprès des liquidateurs d'une faillite ou d'une procédure de même nature¹²²⁵.

¹²²⁵ Voir également les exceptions énumérées à l'article 208 du CMP concernant les marchés de défense ou de

605. L'interprétation de ces différents textes doit cependant rester stricte car depuis longtemps, la Cour de justice des communautés européennes a estimé que les dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité CE (notamment les dispenses de publicité préalable) devant faire l'objet d'une interprétation rigoureuse et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que des circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement¹²²⁶.

606. Pour le juge administratif le recours facultatif à la procédure négociée sans publicité et mise en concurrence, qui doit concerner seulement les cas susmentionnés sous peine de nullité du marché¹²²⁷, requiert contrôle des faits. A cet égard, le Conseil d'Etat a considéré légal un marché passé selon la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence avec une société pour l'achat d'un four incinérateur dès lors que ce four avait fait l'objet d'un brevet d'invention déposé par la société, que celle-ci était, à la date de passation du marché, la seule à détenir ce brevet, et qu'il n'est pas allégué que d'autres matériels auraient pu satisfaire les besoins de la personne publique¹²²⁸. En revanche, il a jugé illégal un marché passé selon la même procédure pour l'achat d'équipements informatiques dès lors que, pour soutenir que son cocontractant était le seul fournisseur possible, l'établissement public soutenait seulement que celui-ci avait déjà fourni les équipements en question à d'autres établissements publics et qu'il offrait, en plus de la livraison des matériels, une adhésion à un club des établissements publics utilisateurs¹²²⁹. De même, la Haute Juridiction administrative a censuré le recours de la personne publique à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence en cas de mauvaise utilisation du texte¹²³⁰. En l'espèce, les termes d'un marché de maîtrise d'œuvre conclu pour la réalisation d'un complexe sportif stipulaient que la personne publique ne pouvait utiliser les résultats, même partiels, des prestations que pour les besoins précisés par le marché, excluaient la cession du droit patrimonial de reproduction et faisaient obstacle à ce que la personne publique utilise les plans du complexe sportif pour l'édification d'un nouvel ouvrage, sans l'accord de l'architecte. Ces stipulations ont incité la personne publique à recourir à la procédure négociée

sécurité.

¹²²⁶ CJCE, 18 mai 1995, *Commission c/ Italie*: aff. C-57/94 ; CJCE 28 mars 1996, *Commission c/ Allemagne*: aff. C-318/94 ; CJUE, 27 octobre 2011, *Commission c/ Grèce*, aff. C-601/10: *Contrats et Marchés publ.* 2012, n° 12, note Eckert.

¹²²⁷ CE, 28 juillet 2000, *Jaquier*, req. n° 202792, Lebon T. 1091.

¹²²⁸ CE, 14 janvier 1987, *Commissaire de la République de la Meuse*, req. n° 5855, Lebon T. 820 ; voir également CAA Douai, 31 octobre 2002, *SA Quille*, req. n° 99DA01074.

¹²²⁹ CE, 2 nov. 1988, *Préfet des Hauts-de-Seine c/ OPHLM de Malakoff*, req. n° 64954, Lebon T. 891.

¹²³⁰ CE, 13 juillet 2007, *Synd. d'agglomération nouvelle Ouest Provence*, req. n° 296096, Lebon T. 692; *Contrats et Marchés publ.* 2007, no°266, obs. Zimmer.

sans publicité ni mise en concurrence. Cependant, le Conseil d'Etat a estimé que la personne publique pouvait modifier l'ouvrage réalisé à partir de ces plans, en faisant appel à un autre architecte, sans préjudice du droit moral du premier architecte au respect de son œuvre. Dès lors, le premier architecte ne disposait d'aucun droit d'exclusivité ainsi la personne publique n'a pu légalement conclure un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence avec lui, sur le fondement du 8° du II de l'article 35. Le Conseil d'Etat a par ailleurs précisé dans un autre lieu que la mise en œuvre des dispositions du 8° du II de l'article 35 C.M.P exigent non seulement des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, mais, en outre, que celles-ci rendent indispensable l'attribution du marché à un prestataire déterminé¹²³¹.

607. Concernant l'urgence impérieuse, le juge européen estime que cette condition doit s'apprécier objectivement comme résultant d'événements imprévisibles, qui ne sont en aucun cas imputables au pouvoir adjudicateur et qui sont à l'origine d'une situation incompatible avec les délais de mise en œuvre des procédures de publicité et de mise en concurrence¹²³². De plus, cette condition nécessite l'existence d'un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse qui en résulte¹²³³. Pour le juge administratif, le retard entraîné par la circonstance qu'un appel d'offres a été légalement déclaré infructueux pour la mise en service du réseau téléphonique d'un hôpital crée une situation d'urgence impérieuse¹²³⁴. En revanche, le passage d'une dépression tropicale, qui s'est produit avant la signature du marché, n'était pas constitutif d'une urgence impérieuse¹²³⁵.

608. Dans le second cas, l'exonération de la publicité et de la mise en concurrence, provenant de la nature du marché ou des circonstances, est constaté dans la procédure adaptée. En dehors de l'exonération résultant du montant du marché, le pouvoir adjudicateur peut recourir à cette procédure sans publicité ni mise en concurrence lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré¹²³⁶. Cette faculté, en tous

¹²³¹ CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise*, req. n° 368846, BJCP 2014. 43, concl. Dacosta.

¹²³² CJCE, 14 septembre 2004, *Commission c/ Italie*, aff. C-385/02; *Dr. adm.* 2005, n° 6, obs. Ménéménis ; *Contrats et Marchés publ.* 2004, n° 223, obs. Zimmer.

¹²³³ CJUE, ord., 20 juin 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c/ Cne di Castelvecchio Subequo et cne di Barisciano*: aff. C-352/12 ; 18 nov. 2004, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-126/03: Rec. CJCE I-11197, point 23.

¹²³⁴ CE, 11 octobre 1985, *Cie gén. de construction téléphonique*, req. n° 38788, Lebon, P. 281.

¹²³⁵ CE, sect., 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie (Réunion)*, req. n° 117717, Lebon, P. 302.

¹²³⁶ L'article 28 du CMP

cas, demeure sous le contrôle du juge administratif qui peut annuler le marché si l'utilisation de cette procédure n'a pas été bien justifiée¹²³⁷.

609. En résumé, l'exonération de la publicité et de la mise en concurrence dans certaines hypothèses n'a pas pour objet de garantir une liberté contractuelle étendue aux personnes publiques mais, généralement, il a pour objet de confronter certains cas exigeant de la personne publique concernée d'agir d'une façon plus rapide.

C) Le cas de la délégation de service public

610. Traditionnellement, la délégation de service public est perçue comme un domaine dans lequel la personne publique peut exercer sa liberté contractuelle d'une manière plus étendue que celle qui s'exerce à l'égard des marchés publics¹²³⁸. En effet, « *le principe du libre choix du mode de gestion s'accompagnait traditionnellement d'un corolaire : le libre choix du délégataire* »¹²³⁹. Ce libre choix est le produit de la domination du principe dit de l'« *intuitu personae* » dans l'opération de délégation.

611. Toutefois, l'impact de ce principe sur les pouvoirs des personnes publiques, notamment les collectivités territoriales, ne doit pas être interprété d'une façon très optimiste. En effet, l'application de ce principe connaît plusieurs restrictions, tant législatives que jurisprudentielles, résultant essentiellement des principes fondamentaux de la commande publique.

a) La place du principe de l'*intuitu personae* dans la délégation de service public

612. Avant la mise en œuvre de la loi du 29 janvier 1993 dite « loi Sapin », la personne publique a pu disposer, pour les conventions de délégations de service public, d'une grande liberté pour choisir son cocontractant. Cette liberté a été le fruit de la domination du principe de l'*intuitu personae* qui exclut les procédures formalistes¹²⁴⁰. L'application de ce

¹²³⁷ CE, 28 janvier 2013, *Département du Rhône*, req. n° 356670.

¹²³⁸ Ch. MAUGÛE, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, P. 694 ; M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 356.

¹²³⁹ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, 2011, précité, P. 455.

¹²⁴⁰ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 2014, précité, P. 497.

principe permet effectivement aux personnes publiques de choisir librement le concessionnaire avec lequel elles désirent nouer des relations contractuelles¹²⁴¹.

La justification du libre choix du délégataire réside dans la nature même des délégations de service public qui implique logiquement une étroite collaboration entre l'autorité concédante et le délégataire. En effet, « *les délégations de service public se définissent généralement comme des contrats conclus pour une longue durée. Cet aspect implique inévitablement l'existence de relations de confiance qui doivent être établies préalablement à la signature du contrat et qui devront se maintenir de façon durable* »¹²⁴². De plus, le fait que les délégations de services publics soient exploitées essentiellement aux risques et périls du concessionnaire doit permettre aux personnes publiques de rechercher d'une manière plus libre celui qui leur semble capable de prendre en charge cette mission. Ainsi, le degré très poussé de collaboration¹²⁴³ entre les parties au contrat ne peut « *apparaître ni se maintenir durablement si la liberté des contractants est prise dans le carcan d'une réglementation rigide* »¹²⁴⁴. Certains, justifient également le libre choix du cocontractant par la nature complexe de la convention de délégation¹²⁴⁵, ou même par le devoir qui incombe aux personnes publiques d'assurer l'organisation des services publics dans les meilleures conditions possibles¹²⁴⁶.

613. Traditionnellement, et notamment avant l'entrée en vigueur de la loi Sapin, le juge administratif a montré un niveau de protection considérable à l'égard du principe de *l'intuitu personae*¹²⁴⁷. Dans son arrêt *Beau et Lagarde*, le Conseil d'Etat a ainsi estimé que, « *considérant (...) que ladite convention ne constituait pas un marché mais une concession de travaux et de service public dont la ville pouvait librement choisir le titulaire sans être liée par les règles fixées au décret du 28 juillet 1968 lesquelles concernent exclusivement les marchés* »¹²⁴⁸. A propos d'une concession de travaux il a estimé qu'un tel contrat « *implique, en raison de sa durée et de la complexité de son mécanisme la nécessité de*

¹²⁴¹ Voir dans ce sens, J. DUFAU, « Concession de service public », *Juris-classeur administratif*, février 1997, Fasc. 530 ; G. VEDEL et P. DELVOLVE, *Droit administratif*, éd. Thémis, Paris, 1982, P. 1140 ; G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, 2011, précité, P. 455

¹²⁴² M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 357.

¹²⁴³ Voir, A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, précité, t.1, P. 655 : « ce principe général s'y trouve renforcé par le degré très poussé de collaboration qu'implique la concession et l'exigence qui en découle de donner à *l'intuitu personae* un rôle spécialement important ».

¹²⁴⁴ Cl. VINCENT, « L'avenir de la concession après le vote de la loi Sapin », *LPA.*, 23 avril 1993, n° 49, P. 6.

¹²⁴⁵ Voir Et. FATÔME, « Le nouveau cadre légal », *AJDA*, 1996, P. 578.

¹²⁴⁶ Voir L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t.III, éd. E. de Boccard, Paris 1930, 3^e éd., P. 447.

¹²⁴⁷ Voir CE, 19 décembre 1913, *Drapeyron*, Lebon, P. 1280 ; CE, sect., 19 juin 1936, *Sieur Cromeck*, Lebon, P. 672.

¹²⁴⁸ CE, 10 avril 1970, *Sieur Beau et Lagarde*, Lebon, P. 243.

tenir compte de la personnalité du concessionnaire »¹²⁴⁹. En dehors des textes qui restreignent le libre choix du cocontractant, la collectivité publique reste alors libre de définir les modalités de la procédure de passation. La Haute Juridiction administrative a affirmé cette possibilité en jugeant que « *l'absence de textes réglementant le pouvoir des collectivités territoriales de choisir librement le titulaire d'une concession de service public ne fait pas obstacle à ce qu'elles organisent, pour la sélection de leurs cocontractants, une procédure dont elles définissent les modalités* »¹²⁵⁰. La méconnaissance de ces règles fixées par les collectivités publiques peut aboutir à sanctionner les collectivités elles-mêmes¹²⁵¹.

614. Dans le même esprit, le juge administratif a limité son contrôle sur le choix du concessionnaire en refusant d'apprécier ce choix. Dans son arrêt *Loupias et autres*, le Conseil d'Etat a jugé qu'« *il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant en contentieux de se prononcer sur l'opportunité des choix opérés par l'administration, (...) en considérant comme fermier la société (...)* »¹²⁵². Une telle position du juge n'a cependant pas pu convaincre certains commissaires du gouvernement comme Marc Fornacciari qui, dans ces conclusions sous l'arrêt *Syndicat de l'armagnac et des vins du Gers*, relève que « *si l'administration peut choisir le concessionnaire comme elle l'entend, elle n'est pas entièrement libre de choisir qui elle veut. (...) Encore faut-il que le choix de l'autorité concédante ne relève pas une erreur manifeste au regard de l'intérêt du service et notamment de la capacité technique de l'attributaire d'assurer l'exécution de ce service* »¹²⁵³.

615. Néanmoins, sans négliger la liberté de choix étendue du délégataire dont la personne publique peut disposer via le principe de *l'intuitu personae*, on se demande si ce principe a toujours le même impact notamment avec l'entrée en vigueur de multiples dispositions réglementant la procédure de passation des conventions de délégations de service public.

¹²⁴⁹ CE, 30 octobre 1936, *Sibille*, Lebon, P. 936.

¹²⁵⁰ CE, 21 septembre 1992, *Commune de Bagnoles sur Cèze*, Lebon T. P. 1105.

¹²⁵¹ Voir dans ce sens, CE, 4 juin 1976, *Desforets*, Lebon, P. 301 ; CE, 13 juin 1979, *Société Olméga*, Lebon T. P. 794 ; CE, 10 janvier 1986, *Société des travaux du Midi*, Lebon T. P. 608.

¹²⁵² CE, 18 mars 1988, *Loupias et autres c/ Commune de Montreuil-Bellay*, Lebon, P. 668.

¹²⁵³ Conclusions sous l'arrêt du CE, 17 décembre 1986, *Syndicat de l'armagnac et des vins du Gers*, RFDA, 1987, P. 21.

b) L'atténuation de l'impact du principe de *l'intuitu personae* sur le choix du délégataire de service public

616. La liberté qui a été reconnue aux personnes publiques à l'égard du choix du délégataire d'un service public a connu plusieurs restrictions en raison de l'entrée en vigueur de multiples dispositions obligeant, notamment les collectivités territoriales, à organiser une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes. L'encadrement de l'effet du principe de *l'intuitu personae* provient du fait que les justifications susmentionnées ne soient pas convaincantes. En effet, M. Richer répond à ces arguments en soulignant que « *si l'intuitu personae ne s'accommoderait pas de l'automatisme de l'adjudication, en revanche les procédures comme l'appel d'offres permettent de lui faire place ; la complexité n'exclut pas la comparaison de plusieurs offres entres elles si les spécifications sont bien rédigées ; la protection des usagers peut justifier la rigueur financière aussi bien que celle des deniers publics. La mise en place des règles de passation ne s'est donc pas heurtée à des obstacles insurmontables...* »¹²⁵⁴.

617. Juridiquement, les textes et la jurisprudence ont consacré des formalités qui obligent les collectivités publiques à respecter les principes de la commande publique, tel est le cas pour la transparence. A cet égard, les dispositions de la loi du 29 janvier 1993¹²⁵⁵ dite « *loi Sapin* » peuvent être considérées comme étant les plus significatives, dès lors qu'elles obligent les collectivités publiques à subordonner la conclusion de leurs conventions à des mesures de publicité et par voie de conséquence de mise en concurrence. L'article 38 de la loi dispose en ce sens que « *les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes* ». Cette disposition a été mal reçue par certains auteurs qui n'hésitent pas à parler de « *mort de la liberté contractuelle dans les délégations de service public* »¹²⁵⁶.

618. L'application de ces formalités montre un mouvement vers l'homogénéité des règles appliquées aux conventions de délégations de service public et les marchés publics¹²⁵⁷. Ceci conduit à une tendance générale à une limitation de la liberté des collectivités publiques

¹²⁵⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 2014, précité, P. 497.

¹²⁵⁵ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF n°25 du 30 janvier 1993 p. 1588.

¹²⁵⁶ L. RAPP, « *Chronique d'une mort annoncée* », M.T.P.B., 27 février 1998, n° 4918, P. 21.

¹²⁵⁷ Voir dans le même sens, M. MAHOUACHI, « *La liberté contractuelle des collectivités territoriales* », précité, P. 372.

lorsqu'elles sélectionnent leurs cocontractants. Ainsi, en analysant les formalités applicables aux délégations de service public, on constate que l'article 38¹²⁵⁸ de la loi impose à la collectivité délégante, d'une manière quasi-similaire à ce qui s'applique aux marchés public, de publier un avis afin de permettre le dépôt des candidatures. La sélection des candidats est ainsi réalisée en fonction de « *leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public* » et du respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés¹²⁵⁹. L'obligation de mise en concurrence est aussi explicite à travers la prohibition faite à la collectivité publique de recourir à une procédure de négociation directe avec une entreprise déterminée sauf dans le cas où, après mise en concurrence, aucune offre n'a été proposée ou n'a été acceptée par la collectivité publique¹²⁶⁰.

619. La rigidité des formalités applicables aux conventions de délégations de service public est plus lourde lorsqu'elles sont conclues par les collectivités territoriales, et, compte tenu des contraintes et contrôles imposés, cette rigidité se rapproche de celle qui caractérise la conclusion d'un marché public¹²⁶¹. L'article L. 1411-5 du CGCT impose, par exemple, une double intervention de l'assemblée délibérante : la première intervention porte sur l'idée de la délégation et la seconde sur le choix du délégataire. De même, l'article L. 1411-18 CGCT reconnaît au préfet la possibilité de transmettre à la chambre régionale des comptes les délégations de service public, auquel cas cette dernière formule, dans le délai d'un mois, un avis qui doit être communiqué aux élus. L'impact de ce contrôle est considérable car il peut conduire à recommencer la procédure de passation¹²⁶².

620. En outre, une procédure de publicité simplifiée peut être mise en œuvre lorsque le montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 106 000 euros ou que la convention couvre une durée non supérieure à trois ans et porte sur un montant n'excédant pas 68 000 euros par an¹²⁶³. L'exonération de la personne publique de publicité et de mise en concurrence sera limitée seulement, à l'instar des marchés publics,

¹²⁵⁸ Codifié par l'article L. 1411-1 du CGCT.

¹²⁵⁹ L'article L. 1411-1 CGCT.

¹²⁶⁰ L'article L. 1411-8 CGCT.

¹²⁶¹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 2014, précité, P. 499.

¹²⁶² Ibid.

¹²⁶³ L'article L. 1411-12 CGCT.

dans les hypothèses d'urgence impérieuse, droit d'exclusivité, travaux complémentaires devenus, à la suite d'une circonstance imprévue, nécessaires, etc.¹²⁶⁴.

621. Par ailleurs, l'analyse de la jurisprudence, à la suite des dispositions législatives et réglementaires applicables aux délégations de service public, révèle également une orientation vers une application rigide de l'obligation de publicité et de mise en concurrence, et ce pour respecter l'ensemble des principes de la commande publique.

D'une manière générale, l'application des principes de la commande publique aux conventions de délégation de service public a été confirmée maintes fois. Dans son arrêt *Teleaustria*, la Cour de la justice des communautés européennes a estimé que le fait que les « *concessions de service* »¹²⁶⁵ soient exclues, au sens communautaire, du champ d'application des directives sur les marchés, n'écarte pas leur obligation de respecter les règles fondamentales du traité, ce qui implique une obligation de transparence qu'elle définit¹²⁶⁶. D'une façon plus large, la Cour confirme cette obligation en jugeant que « *les «concessions de service» au sens du droit communautaire sont tenues de respecter les règles fondamentales du traité CE en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier. Les principes d'égalité de traitement (art. 43 et 49 CE) et de non-discrimination impliquent une obligation de transparence qui consiste à garantir un degré de publicité adéquat permettant une ouverture à la concurrence et le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* »¹²⁶⁷.

622. Pour le juge français on peut constater deux aspects variés : soit le juge administratif confirme l'obligation de respecter les principes de la commande publique ; soit, il montre une souplesse, inconnue dans les marchés publics, dans l'application de la procédure de passation compte tenu de la liberté de négociation consacrée par l'article L. 1411-1 du CGCT. Ainsi, dans son arrêt du 23 décembre 2009, le Conseil d'Etat va juger que « *les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont*

¹²⁶⁴ Voir sur ce point, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 2014, précité, P. 503.

¹²⁶⁵ Il faut signaler que l'expression « délégation de service public », n'est pas employée au niveau de l'Union européenne.

¹²⁶⁶ CJCE, 7 décembre 2000, *Teleaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH et Telekom Austria AG*, aff. C 324/98: BJCP 2001. P. 132, concl. Fennelly, obs. C.M.

¹²⁶⁷ CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, aff. C 458/03. note 44.

des principes généraux du droit de la commande publique »¹²⁶⁸. Une telle obligation produit d'autres exigences incombant aux collectivités publiques. Pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres¹²⁶⁹. Elle doit également, dans l'avis d'appel public à la concurrence, indiquer l'objet du contrat¹²⁷⁰. De même, la personne publique est obligée d'inscrire sur la liste des candidats admis à présenter une offre tous ceux qui remplissent les conditions légales¹²⁷¹. En revanche, la personne publique sera obligée d'exclure le candidat si son offre n'est pas conforme aux exigences du dossier de consultation¹²⁷².

623. Concernant la libre négociation dont la personne publique dispose en matière de conventions de délégation, le juge administratif a montré une souplesse inévitable résultant logiquement de la reconnaissance même du principe de libre concurrence. Le Conseil d'Etat a donc jugé qu'aucune règle n'encadre les modalités de l'organisation des négociations par la personne publique¹²⁷³, qui n'est en particulier pas tenue de fixer un calendrier préalable de négociations, ni de faire connaître son choix de ne pas poursuivre les négociations avec l'un des candidats¹²⁷⁴. De même, en raison de la libre négociation des offres, la collectivité délégante n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres¹²⁷⁵. Le juge administratif souligne également que si la collectivité est tenue d'assurer un traitement égal des candidats qu'elle a retenu, elle choisit librement les candidats avec lesquels elle engage des discussions, ce qui signifie que le principe d'égalité n'est pas méconnu si l'offre d'un candidat est écartée et que les discussions sont engagées

¹²⁶⁸ CE, 23 décembre 2009, *Ét. public du musée et du domaine national de Versailles*, req. n° 328827, Lebon, P. 502; *AJDA*, 2010. P. 6; *BJCP* 2010. P. 103, concl. Dacosta, obs. Ch. M.; *JCP Adm.* 2010, n° 2103, note Dieu; *Contrats publics*, mars 2010, p. 83, note Le Bouedec; *AJDA*, 2010. P. 500, note Dreyfus; *Dr. adm.* 2010, n° 36, note Eckert.

¹²⁶⁹ Le même arrêt, voir également, CAA Lyon, 14 mai 2009, *SEMERAP*, req. n° 07LY02163; *AJDA*, 2009. P. 1831, note Dreyfus; CE, 15 décembre 2008, *Cité intercommunale des villes solidaires*, req. n° 312350, Lebon T. 816; *ACL* 2009, n° 61, obs. Douence; *BJCP* 2009. 136, concl. Dacosta, obs. Ch. M.; *Contrats et Marchés publ.*, février 2009, p. 31, note Eckert; *RLCT* 2009, n° 1312, note Tifine.

¹²⁷⁰ CE, 29 juillet 1998, *Synd. mixte des transports de l'agglomération clermontoise, Stés Spie Batignolles et ANF Industries*, req. n° 194412 et 194418; *BJCP* 1999. P. 191, concl. Savoie, note R.S.; *Dr. adm.* 1998, n° 302, note Devès.

¹²⁷¹ CE, 30 juin 1999, *Synd. mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais (SMITOM)*, req. n° 198147, Lebon, P. 229; *AJDA*, 1999. P. 714, concl. Bergeal, note Peyrical; *BJCP* 1999. P. 607, concl. Bergeal, obs. Ch. M.; *RFDA*, 1999. P. 1133, obs. Douence, et 1147, obs. Vidal; *ACL* 1999, n° 47.

¹²⁷² CE, 22 octobre 2008, *Sté Vinci Construction France SAS et a.*, req. n° 313676; *BJCP* 2009, P. 249.

¹²⁷³ CE, 21 mai 2010, *Cne de Bordeaux*, req. n° 334845, Lebon T. 858; *Contrats et Marchés publ.* 2010, n° 259, note Eckert; *ACCP* juillet 2012. note Terrier; *DGCT* 2011, n° 52, obs. Douence.

¹²⁷⁴ CE, 18 juin 2010, *Cité urbaine de Strasbourg, Sté Sèche Eco Industrie*, req. n° 336120, Lebon T. 847; *Contrats et Marchés publ.* 2010, n° 293, note Eckert; *Dr. adm.* 2010, n° 128, note Brenet; *JCP Adm.* 2010, n° 2272, obs. Linditch; *BJCP* 2010, P. 354, concl. Dacosta, obs. R.S.; *DGCT* 2011, n° 53, obs. Douence.

¹²⁷⁵ CE, 23 décembre 2009, *Ét. public du musée et du domaine national de Versailles*, précité.

avec un seul candidat¹²⁷⁶. Et si certaines offres ne correspondent pas exactement aux exigences de service public énoncées dans le règlement particulier d'appel d'offres, la collectivité peut, sans manquer aux obligations de mise en concurrence, dans le cadre des discussions prévues par l'article L. 1411-5, de demander à certains des candidats de modifier leur offre afin qu'elle satisfasse à ces exigences¹²⁷⁷. De plus, le juge considère que l'application du principe de libre négociation ne permet pas de considérer qu'une offre est nouvelle au seul motif que son montant est très inférieur au montant de l'offre initiale¹²⁷⁸. En revanche, lorsque des négociations sont menées avec plusieurs entreprises à la suite de la remise des offres et que l'autorité délégante fixe à ces entreprises un délai de remise de nouvelles offres, elle est tenue aux mêmes exigences que lors de la procédure de publicité et de recueil des offres et, en particulier, elle ne peut légalement proroger ce nouveau délai pour une partie seulement des entreprises intéressées¹²⁷⁹.

624. Enfin, une question se pose, la libre négociation des offres présentées signifie-t-elle une réelle liberté de choix du délégataire ? En pratique, on conçoit mal une telle hypothèse car, malgré la souplesse accordée à la procédure de passation en comparaison avec les marchés publics, la sélection du délégataire doit se faire au regard de l'offre présentée ; la personne même du candidat n'est qu'un élément de l'ensemble des éléments que la collectivité publique prend en considération pour réaliser ce choix. Sinon, à quoi servent les obligations de publicité et de mise en concurrence si la sélection ne se porte pas sur l'offre « la plus avantageuse » ?

Section II

L'impact restrictif de l'application du principe de l'égalité de traitement des candidats sur le choix du cocontractant

625. On a relevé dans la section précédente que le principe de l'égalité de traitement constitue l'un des principes fondamentaux de la commande publique tant dans le droit européen que dans le droit national. En pratique, l'obligation de publicité et de mise en

¹²⁷⁶ CE, 14 mars 2003, *Sté Air Lib*, req. n° 251610, Lebon T. 861; *AJDA*, 2003. P. 1052, note Dreyfus ; ACL 2004, n° 53 ; Voir aussi, CE, 23 mai 2008, *Musée Rodin*, req. n° 306153, Lebon T. 805; *AJDA*, 2008. P. 1029.

¹²⁷⁷ Le même arrêt.

¹²⁷⁸ CE, 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*, req. n° 286107 ; *AJDA*, 2006. P. 2064, note More.

¹²⁷⁹ CE, 15 juin 2001, *Synd. intercomm. d'assainissement de Saint-Martin-de-Ré et de la Flotte-en-Ré*, req. n° 223481, Lebon, P. 265 ; *Dr. adm.* 2001, n° 185, note D. P. ; *AJDA*, 2001, P. 1090, note Markus.

concurrence qui en découle, produit plusieurs effets restrictifs quant au choix du cocontractant par l'acheteur public, et en conséquence sur sa « liberté contractuelle ». La présence de ce principe est notamment constatée dans le cas de discrimination, positive et négative, ainsi qu'au regard des moyens mis en œuvre pour saisir le juge et censurer le contrat contesté.

Afin de mettre en lumière ces effets restrictifs, nous allons étudier d'une part la question de la discrimination (Sous-section I), puis d'autre part, le contrôle juridictionnel exercé sur le choix du cocontractant et ses impacts sur la liberté contractuelle (Sous-section II).

Sous-section I

La discrimination dans le choix du cocontractant est en principe condamnée

626. Le principe de l'égalité de traitement des candidats dans les achats publics, qui fait partie du principe général de l'égalité devant la loi, implique que les conditions de passation et d'attribution des contrats ne peuvent en aucun cas être différentes pour des candidats se trouvant dans la même situation juridique¹²⁸⁰ ; c'est-à-dire, les candidats doivent être traités de la même manière, recevoir les mêmes informations, et concourir selon les mêmes règles de compétition. Cela signifie que la personne publique ne peut pas avoir la faculté de favoriser certaines personnes lorsqu'elle décide de contracter, ni même d'évincer de la concurrence certains candidats sans avoir de raison légale justifiant cette exclusion, sinon la personne publique sera, si la discrimination est démontrée, condamnée. Cependant, si la pratique montre que la discrimination négative est interdite, la situation pour la discrimination positive n'est pas toujours la même. En effet, pour certaines raisons, notamment économiques, on constate l'existence de dispositions qui imposent à l'acheteur public de favoriser, lors du choix de son cocontractant, certaines catégories. Ceci nous incite à étudier l'impact de la discrimination, dans ses deux formes, sur la liberté de choix de la personne publique¹²⁸¹.

¹²⁸⁰ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, 2011, précité, P. 568.

¹²⁸¹ Voir autour ce sujet, J.-D. DREYFUS, « Code des marchés et PME : le choix de la discrimination positive », *AJDA*, 2006, P. 1769.

A) L'interdiction de la discrimination négative

627. La discrimination négative peut prendre deux formes : soit directe, en mettant des conditions interdisant certains candidats potentiels de participer à la concurrence elle-même ; soit indirecte, par la mise en place de critères de choix non justifiés privant, par conséquent, un ou plusieurs candidats d'avoir une chance réelle de remporter le contrat concerné.

a) La discrimination négative directe

628. Dans sa forme directe, la discrimination fondée sur la nationalité constitue l'exemple le plus significatif. La Cour de justice des communautés européennes, dans son arrêt *Telaustria*, a condamné un tel comportement en rappelant le principe européen de « *non-discrimination* ». Elle a ainsi jugé que « *les entités adjudicatrices (...) sont (...) tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, (...) ce principe implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté* »¹²⁸². Dès lors, « *l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité empêche aujourd'hui l'attribution préférentielle ou l'exclusion des procédures de passation au détriment des entreprises d'autres Etats membres* »¹²⁸³. Une telle obligation s'applique même si les marchés, du fait de leur montant, ne relèvent pas des directives européennes¹²⁸⁴, dans la mesure où ces contrats présentent un « *intérêt transfrontalier certain* »¹²⁸⁵ et au regard, notamment, de son importance et du lieu de son exécution¹²⁸⁶. De même, le principe de la libre circulation des marchandises¹²⁸⁷ empêche les acheteurs publics d'imposer l'utilisation de facteurs de production nationaux ou d'en faire un critère d'attribution¹²⁸⁸.

¹²⁸² CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria* précité, note 60-61.

¹²⁸³ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, 2011, précité, P. 569.

¹²⁸⁴ CJCE, ord., 3 décembre 2001, *Bent Moustén Vestergaard*, aff. C-59/00: BJCP 2002. 345, obs. R. S ; CJCE, 14 juin 2007, *Medipac-Kazantzidis*: aff. C-6/05 ; CJCE 18 déc. 2007, *Asociacion Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, aff. C-220/06. note 5.

¹²⁸⁵ CJCE, 21 février 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-412/04 ; *Contrats Marchés publ.* 2008, n° 52, obs. Zimmer ; *RDI* 2008. P. 209, obs. Noguellou.

¹²⁸⁶ Voir en ce sens, notamment, CJCE, 15 mai 2008, *SECAP SpA c/ Cne di Torino*, aff. C-147/06 et C-148/06, *Rec. CJCE* I-3565, points 20, 21 et 31 ; CJUE, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*: aff. C-159/11.

¹²⁸⁷ Articles 28 à 30 CE : prohibition des restrictions quantitatives aux importations ou des mesures d'effet équivalent.

¹²⁸⁸ CJCE, 22 septembre 1988, aff. 45/87, *Commission c. Irlande*, *Rec. P.* I-4929 ; CJCE, 20 mars 1990, aff. 21/88, *Du Pont de Nemours Italiana*, *Rec. P.* I-889.

629. Par ailleurs, les exceptions applicables au principe de non-discrimination restent très limitées. Dans sa décision rendue le 7 janvier 1988 le Conseil constitutionnel n'a admis la faculté de déroger au principe de l'égalité devant la loi qu'à une double condition : l'existence de l'intérêt général qui justifie ladite dérogation et que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit¹²⁸⁹. Dans ce cadre les articles 45 et 46¹²⁹⁰ de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 précisent les catégories de personnes exclues¹²⁹¹. Sont ainsi exclues les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions définies par le Code pénal telle que manipulation, dissimulation, blanchiment, escroquerie, terrorisme, corruption active ou passive, abus de confiance.... De même, les personnes qui sont en état de liquidation judiciaire au sens de l'article L. 640-1 du Code de commerce. De même aussi pour les personnes qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative prise en application de l'article L. 8272-4 du Code du travail¹²⁹². L'application de ces dispositions par l'acheteur public est contrôlée par le juge administratif¹²⁹³ qui veille au respect des interdictions de soumissionner¹²⁹⁴. Toutefois, l'article 47 de l'ordonnance précitée prévoit une exception selon laquelle l'acheteur public peut, mais à titre exceptionnel, autoriser un opérateur économique qui serait dans un cas d'interdiction de soumissionner prévu aux articles 45 et 46 à participer à la procédure de passation du marché public. Cette participation exige que trois conditions soient remplies : en premier lieu, l'autorisation de participer à la procédure de passation doit être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général ; en deuxième lieu, il faut que le marché public en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique ; en troisième et dernier lieu, les auteurs de cette autorisation exigent l'absence de jugement définitif d'une juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne excluant expressément l'opérateur concerné des marchés publics.

¹²⁸⁹ C.C., Décision n° 87-232 DC du 07 janvier 1988, Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, cons. n° 10, Rec. P. 17.

¹²⁹⁰ L'article 46 est relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité

¹²⁹¹ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n° 0169 du 24 juillet 2015 P. 12602, texte n° 38.

¹²⁹² Pour les autres cas, voir les articles 45 et 46 de l'ordonnance précitée.

¹²⁹³ Voir dans ce sens, CE, 10 novembre 2010, *Min. de la Défense*, req. n° 341132, Lebon T. 858, 885 ; CE, 26 mars 2014, *Cne de Chaumont*, req. n° 374387, *Contrats et Marchés publ.* 2014, n° 135, note Zimmer.

¹²⁹⁴ CE, 6 nov. 1998, *Assistance publique – Hôpitaux de Marseille*, req. n° 194960, Lebon T. 1098.

b) La discrimination négative indirecte

630. L'interdiction de la discrimination s'étend également à sa forme indirecte. Une telle discrimination peut être relevée lorsque l'acheteur public exige notamment que les candidats soient dotés d'un certain niveau de capacité qui n'est pas effectivement justifié par l'objet du contrat et de telle sorte que le respect de ces exigences aboutisse à exclure certains candidats. Les matières dans lesquelles une telle discrimination peut être exercée sont nombreuses¹²⁹⁵ et le contrôle juridictionnel montre une rigidité notable envers de tels actes. Le Code des marchés publics a rappelé à plusieurs reprises l'obligation que la procédure de passation soit dénuée de tout comportement discriminatoire. Afin de ne pas répéter les développements précédents, nous allons nous concentrer seulement sur la jurisprudence rendue dans ce domaine.

631. Tout d'abord, signalons qu'il appartient au juge de contrôler la motivation par laquelle un candidat a été exclu¹²⁹⁶. Dans le cadre de la condamnation des critères de choix des candidatures, le Conseil d'Etat a prohibé le fait de lier l'admission des candidatures au chiffre d'affaire en considérant qu'« *En recommandant aux responsables des marchés d'écarter les candidatures de certaines entreprises au seul motif que leur chiffre d'affaires serait trop important au regard du montant des marchés, une directive ministérielle introduit une discrimination sans rapport avec l'objet de la réglementation des marchés* »¹²⁹⁷. De même, a été jugé illégale une réglementation prévoyant l'exclusion automatique d'un candidat lorsque le pouvoir adjudicateur a résilié ou dénoncé un précédent contrat en raison de « *circonstances imputables* » à ce candidat¹²⁹⁸. Il a également été jugé interdit d'écarter une candidature au seul motif que la forme juridique du candidat ne relève pas d'une catégorie spécifique de personnes morales¹²⁹⁹. Il n'est pas non plus admis d'écarter un candidat qui a participé à l'élaboration du cahier des charges relatif à un marché public sans que soit laissée à cette personne la possibilité de faire la preuve qu'elle n'ait pas obtenu, à cette occasion, certaines informations privilégiées susceptibles de l'avantager pour l'élaboration de son offre¹³⁰⁰. S'agissant des critères de sélection des offres, le Conseil d'Etat a jugé que le lien de parenté entre le président d'une société candidate et un membre du conseil municipal n'est

¹²⁹⁵ A l'instar de ce que l'on a développé dans la section précédente.

¹²⁹⁶ CE, 3 mars 2004, *Cne de Châteaudun*, req. n° 258602, Lebon T. 649 ; *AJDA*, 2004 P. 1711, note Vincent-Legoux.

¹²⁹⁷ CE, 13 mai 1987, *Sté Wanner Isofi Isolation*, req. n° 39120, Lebon, P. 171.

¹²⁹⁸ CJUE, 13 déc. 2012, *Forposta SA*: aff. C-465/11.

¹²⁹⁹ CJCE, 18 décembre 2007, *Frigerio Luigi et C. Snc*, aff. C-357/06 ; *Contrats et Marchés publ.* 2008, n° 31, obs. Eckert.

¹³⁰⁰ CJCE, 3 mars 2005, *Fabricom SA c/ Etat Belge* .aff C.21/03 et C.34/03, point 36.

pas suffisant pour justifier l'exclusion, sans examen, de l'offre de cette société¹³⁰¹. Par ailleurs, a été jugé discriminatoire et ne garantissant pas l'égalité de traitement des candidats le fait qu'un pouvoir adjudicateur autorise les candidats à présenter des « *services annexes* » pris en compte à hauteur de 30% au titre du critère de la valeur technique des offres, critère lui-même assorti d'une pondération de 7/20, sans donner aucune description précise des prestations complémentaires ainsi demandées¹³⁰². Il a aussi été considéré qu'une commission d'appel d'offres porte atteinte à l'égalité de traitement des candidats, auxquels étaient proposés indifféremment deux procédés techniques différents, en retenant un critère de sélection des offres tiré de la meilleure connaissance par la personne publique de l'un des deux procédés¹³⁰³. En ce qui concerne l'information des candidats sur les critères du choix, le juge administratif a confirmé cette obligation plusieurs fois en rappelant le rattachement de cette contrainte au principe de l'égalité de traitement¹³⁰⁴. Ainsi, le pouvoir adjudicateur a méconnu son devoir de respecter le principe de l'égalité de traitement en ne communiquant pas certaines informations demandées par le candidat dès lors que cet élément d'information constitue un élément essentiel du marché dont tous les candidats doivent être mis à même de prendre connaissance¹³⁰⁵. En revanche, les modifications du règlement de la consultation antérieures au dépôt des offres sont possibles dès lors qu'est assurée l'égalité entre les candidats et que ceux-ci disposent d'un délai suffisant pour adapter leurs offres¹³⁰⁶. De même, une visite groupée organisée par la personne publique à l'intention des entreprises candidates n'est pas en soi contraire au principe d'égalité des candidats dès lors que le déroulement de la visite ne porte pas atteinte à ce principe¹³⁰⁷.

632. Enfin, les spécifications techniques peuvent également être matière à discrimination. A cet égard, le juge européen rappelle, selon les directives européennes, que les spécifications techniques doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires et ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence, qu'elles doivent être suffisamment précises pour permettre à ceux-ci de

¹³⁰¹ CE, 9 mai 2012, *Cne de Saint-Maur-des-Fossés*, req. n° 355756, Lebon, P. 213; *AJDA*, 2012 P. 1404, note Dreyfus ; *BJCP* 2012. P. 343, concl. Dacosta.

¹³⁰² CE, 15 décembre 2008, *Cité urbaine de Dunkerque – Ville de Dunkerque*, req. n° 310380 ; *Contrats et Marchés publ.* 2009, n° 36, note Olivier.

¹³⁰³ CE, 1^{er} avril 1994, *SA Éts J. Richard Ducros*, req. n° 120121, Lebon, P. 177.

¹³⁰⁴ Voir comme des exemples, CE, 26 septembre 2012, *GIE «Groupement des poursuites extérieures»*, req. n° 359389 ; CE, 7 novembre 2012, *Polynésie française*, req. n° 360252 ; *BJCP* 2013. P. 3, concl. Dacosta.

¹³⁰⁵ CE, 6 juin 1997, *SA Industrielle de nettoyage*, req. n° 129437 ; CE, 19 janvier 2011, *Sté TEP-Technique d'Environnement et Propreté*, req. n° 340773 et 340780.

¹³⁰⁶ CE, 9 février 2004, *Cité urbaine de Nantes*, req. n° 259369, Lebon T. 763.

¹³⁰⁷ CE, 24 octobre 2008, *Synd. intercommunal d'eau et d'assainissement de Mayotte, SNC Sogea Mayotte*, req. n° 300034, Lebon T. 809.

déterminer l'objet du marché et aux pouvoirs adjudicateurs de l'attribuer, et qu'il y a lieu de les mentionner clairement, de façon à ce que tous les soumissionnaires sachent ce que recouvrent les critères établis par le pouvoir adjudicateur¹³⁰⁸. Le juge administratif rappelle aussi dans ce domaine que la prescription de normes techniques particulières doit être justifiée par l'objet du marché. Ainsi, dans l'hypothèse où cet objet justifie la référence à des produits ou des procédés propres à certaines entreprises, la personne publique ne peut interdire la présentation d'offres techniquement équivalentes, car un tel acte serait entaché d'illégalité en raison de sa contrariété avec le principe de l'égalité de traitement entre les candidats¹³⁰⁹. La spécification technique peut être également un moyen de discrimination lorsqu'il sera demandé d'un candidat un niveau de capacité technique non justifié par l'objet du marché. La position d'office du Conseil d'Etat est très claire sur ce point. Il précise que lorsque le niveau de qualification exigé des candidats a pour effet de limiter la concurrence en restreignant le nombre de fournisseurs possibles, cette exigence doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser. Par conséquent, est illégal le rejet d'une candidature si ce rejet a été le résultat d'exigences de qualification demandées d'une manière injustifiée par la personne publique¹³¹⁰.

633. En résumé, le choix du cocontractant portant une discrimination négative, choix qui constitue un des aspects de l'exercice de la liberté contractuelle, n'est pas autorisé car il est contraire au principe de l'égalité de traitement.

B) La réglementation de la discrimination positive

634. La discrimination peut être positive lorsque l'acheteur public décide, volontairement et arbitrairement, de favoriser certains candidats lors de l'attribution du marché. A l'instar de la discrimination négative, ce type de discrimination ne peut qu'être interdit en raison de sa contradiction avec le principe de l'égalité devant la loi comme on l'a déjà présenté. Cela constitue une autre restriction de l'exercice de la liberté contractuelle par la personne publique lors du choix de son cocontractant. Toutefois, pour des raisons logiques ou économiques, une telle discrimination peut être autorisée voire imposée à la personne publique. Dans ce cas, la discrimination exercée ne sera pas effectivement le produit de la volonté de l'acheteur public mais en pratique de l'existence d'un texte autorisant ou imposant

¹³⁰⁸ CJUE, 22 avril 2010, *Commission c/ Espagne*, aff. C-423/07: Rec. CJUE I-3429, pt 58.

¹³⁰⁹ CAA Marseille, 20 décembre 2010, *Sté Siorat*, req. n° 08MA01775.

¹³¹⁰ CE, 30 juin 2004, *Min. de l'équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer c/ M. Fourgeaud*, req. n° 261919, Lebon T. 859 ; *AJDA*, 2004, P. 1771, obs. Dreyfus ; *Contrats et Marchés publ.* 2004, n° 192, obs. Pietri.

ladite discrimination. En tous cas, la pratique révèle que l'exercice d'une telle discrimination est très encadré par la jurisprudence.

a) L'imposition d'une pratique discriminatoire favorisant certaines catégories

635. Les dispositions générales du Code des marchés publics ont réglementé, en principe, deux cas de discrimination : l'allotissement et les marchés réservés.

636. La possibilité de l'allotissement a été introduite afin de favoriser une plus large concurrence¹³¹¹ par la protection des petites et moyennes entreprises, notamment en période de crise économique¹³¹². L'article 10 du Code des marchés publics manifeste cet objectif en imposant aux pouvoirs adjudicateurs que la passation de marché soit effectuée en lots séparés. La seule exception qui peut être applicable à cette obligation se produit lorsque l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, c'est-à-dire, en cas d'inconvénients techniques, économiques ou financiers, conduisant à ce que la séparation en lots restreignent la concurrence, augmente les coûts ou se heurte à l'impossibilité pour l'acheteur public d'assumer la coordination¹³¹³. Une telle contrainte a poussé certaines entreprises générales à saisir le juge administratif afin d'annuler le texte contesté. Toutefois, le Conseil d'Etat a considéré que la disposition en cause n'est pas discriminatoire envers les entreprises générales précisant qu'« *en posant le principe de l'allotissement des marchés, les dispositions précitées de l'article 10 du code des marchés publics ont pour objet de susciter la plus large concurrence entre les entreprises, qu'il s'agisse d'entreprises générales ou non ; qu'elles prévoient d'ailleurs des exceptions dans les cas où l'allotissement serait de nature à restreindre la concurrence ; qu'il n'est pas établi que ce principe aurait en soi pour effet de créer une discrimination au détriment des entreprises générales, lesquelles, au contraire, sont aptes à soumissionner pour l'ensemble des lots d'un marché ; que, par suite, les moyens tirés de la violation du principe d'égalité, tant en droit interne qu'en droit communautaire, ainsi que de la liberté de prestations de services instituée par l'article 49 du traité instituant la Communauté européenne et de la liberté d'entreprendre doivent être écartés* »¹³¹⁴.

¹³¹¹ CE, 1^{er} juin 2011, *Sté Koné*, req. n° 346405, Lebon, P. 266 ; *Contrats et Marchés publ.* 2011, n° 219, note Pietri.

¹³¹² L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 2014, précité, P. 397.

¹³¹³ Ibid.

¹³¹⁴ CE, 9 juillet 2007, *Synd. EGF-BTP et a.*, req. n° 297711, Lebon, P. 299; ACCP 2007/69, note Richer ; BJCP 2007. P. 366, concl. Boulouis ; *Contrats et Marchés publ.* 2007, n° 240, obs. Zimmer ; JCP Adm. 2007. 2213, note Linditch.

637. Pour assurer le respect du principe de l'allotissement, le juge administratif a imposé à la personne publique l'exigence de pouvoir apporter la justification de non-allotissement¹³¹⁵. A cet égard, le Conseil d'Etat a censuré la passation d'un marché global en jugeant que « *l'objet du marché, qui comporte le suivi de l'exécution d'un contrat d'affermage et de ses avenants, la gestion et le suivi de la passation et de la mise en œuvre de nouveaux avenants à ce contrat, la rédaction d'un bilan environnemental annuel, l'aide à la préparation des décisions du pouvoir adjudicateur et l'assistance au maître d'ouvrage pour le suivi de l'exécution de marchés de maîtrise d'œuvre pour des travaux d'extension et de mise aux normes, permet l'identification de prestations différentes; le pouvoir adjudicateur n'établit ni que l'allotissement du marché rendrait son exécution techniquement difficile, ni qu'il ne serait pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination; la passation d'un marché global a donc méconnu les dispositions de l'art. 10 C. marchés* »¹³¹⁶. Le contrôle exercé dans ce domaine peut aller jusqu'à l'annulation totale de la procédure de passation, par exemple quand « *il ressort des documents de la consultation qu'il était notamment possible de distinguer, au sein du marché de fournitures et mise en œuvre de dispositifs de contrôle d'accès et de gestion informatisée des déchetteries, les prestations relatives à la fourniture et à la mise en service des installations informatiques de celles relatives aux travaux dits de « génie civil », consistant à creuser des tranchées pour l'enfouissement des câbles du dispositif, le coût de ces seuls travaux représentant environ un quart du montant du marché; contrairement à ce que soutient le Sybert, il ne résulte pas de l'instruction qu'une dévolution en lots séparés aurait nécessité une coordination entre prestataires telle qu'elle aurait rendu techniquement difficile l'exécution du marché ; si le Sybert soutient également que l'allotissement du marché aurait rendu son exécution financièrement coûteuse, il n'apporte aucune justification à l'appui de ses allégations ; par suite, le Sybert doit être regardé comme ayant manqué à ses obligations d'allotissement résultant de l'art. 10 du C. marchés ; ce manquement aux règles de mise en concurrence a été de nature à léser le groupement requérant, dont l'une des sociétés est spécialiste des travaux de génie civil ; il y a dès lors lieu d'annuler la procédure de passation dans son intégralité* »¹³¹⁷. Ainsi, la décision d'allotir ou non le marché fait l'objet d'un plein

¹³¹⁵ CE, 11 août 2009, *Cité urbaine de Nantes métropole*, req. n° 319949, Lebon T. 831 ; *AJDA*, 2009. P. 2181, note Dreyfus ; *Contrats et Marchés publ.* 2009, n° 348, note Olivier.

¹³¹⁶ CE, 29 octobre 2010, *Synd. mixte d'assainissement de la région ouest de Versailles (SMAROV)*, req. n° 340212, Lebon T. 849 ; *Contrats et Marchés publ.* 2010, n° 403, note Devillers ; *AJDA*, 2011. P. 514, note Le Port et Hul.

¹³¹⁷ CE, 3 décembre 2012, *Synd. mixte de Besançon et de sa région pour le traitement des ordures ménagères (Sybert)*, req. n° 360333.

contrôle¹³¹⁸, ainsi que l'éventuelle limitation du nombre de lots par soumissionnaire¹³¹⁹. La seule restriction de ce contrôle n'est valable qu'à l'égard du nombre et de la consistance des lots¹³²⁰.

638. Enfin, et malgré leur contradiction avec les principes de la commande publique, le Code des marchés publics a pu réglementer certains cas de la discrimination positive. Ainsi, à condition que la disposition de l'article 15 soit mentionnée dans l'avis de l'appel public à la concurrence, cet article donne la possibilité de réserver l'attribution de certains marchés ou certains lots d'un marché à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales. La raison, sociale, de cette exception est évidente et justifie légitimement son existence. De même, l'article 53-IV du Code impose à la personne publique d'attribuer un droit de préférence à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées. La mise en œuvre du droit de préférence est toutefois limitée, car il s'applique seulement dans les cas d'égalité de prix ou d'équivalence des offres.

b) Le cas des contrats « in-house »

639. Lors notre étude de la limitation de la liberté contractuelle par la compétence, nous avons montré que la personne publique dispose, dans la limite de sa compétence, de la faculté de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public¹³²¹. La consécration de cette possibilité a été réglementée par l'article premier du Code des marchés publics qui définit les marchés publics comme des contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs d'un côté, et des opérateurs économiques publics ou privés de l'autre. La participation de la personne publique reste cependant conditionnée, car la personne publique ne peut pas participer si elle se trouve dans une situation lui permettant de fausser la concurrence au détriment des entreprises privées

¹³¹⁸ CE, 27 octobre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, req. n° 350935 ; BJDGP 2012, n° 80, P. 9, concl. N. Boulouis.

¹³¹⁹ CE, 20 février 2013, *Société Laboratoire Biomnis*, req. n° 363656 ; BJDGP 2013, n° 89, P. 257, concl. G. Pellissier.

¹³²⁰ CE, 21 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, req. n° 333737.

¹³²¹ CE, Avis cont., 8 novembre 2000, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*, req. n° 222208, Lebon P. 492, concl. Bergeal ; *Contrats et Marchés publ.* 2001, n° 8, obs. Soler-Couteaux.

lorsqu'elle se porte candidate à un marché public¹³²². Ainsi, il est interdit à une personne publique d'utiliser les avantages structurels dont elle pourrait être dotée en raison de ses missions de service public pour fausser la concurrence¹³²³, et d'une manière générale, la personne publique doit avoir le même traitement que les autres candidats privés. Par voie de conséquence, l'acheteur public ne peut pas contracter avec une autre personne publique directement et cette dernière doit pouvoir prouver, en respectant les principes de la commande publique, qu'elle a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse.

640. Toutefois, l'article 3 du Code des marchés publics a reconnu une exception à la soumission de la personne publique aux obligations de publicité et de mise en concurrence lorsque le contrat en cause est un contrat « *quasi-régie* », c'est-à-dire, « *in-house* ». Ces contrats, qui ne constituent pas vraiment un contrat selon les termes du professeur Delvolvé¹³²⁴, ont été défini comme « *les accords-cadres et les marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui à condition que, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ou par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics* ». Cette disposition attribue ainsi à la personne publique la possibilité de contracter avec une autre entité sans publicité ni mise en concurrence. Le droit européen a admis une telle exclusion pour les prestations fournies dans le cadre de relations « *inter-organiques* » par un « *opérateur interne* » en situation de quasi-régie¹³²⁵ car le fait que le contrat soit conclu entre le pouvoir adjudicateur et une entité qui est entièrement sous sa dépendance, rend sans objet la mise en concurrence¹³²⁶.

641. L'analyse de cette faculté révèle cependant que l'application de cette exception est très encadrée car elle exige une double condition : le prestataire ne doit pas être qualifié de « *tiers* » et sa dépendance au pouvoir adjudicateur doit être à la fois administrative et

¹³²² CE, 10 juillet 2009, *Dpt de l'Aisne. Min. de la santé et des sports*, req. n° 324156, Lebon T. 829 ; *Contrats et Marchés publ.* 2009, n° 270, note Eckert ; *Dr. adm.* 2009, comm. n° 127, note Marson ; *RFDA*, 2009. P. 146, note Clamour.

¹³²³ CE, Avis cont., 8 novembre 2000, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*, précité.

¹³²⁴ P. DELVOLVÉ, « Marchés publics : des « contrat-maison » », *Rev. Dr. UE*, 2002, P. 55.

¹³²⁵ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 2014, précité, P. 345.

¹³²⁶ CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, concl. Cosmas, Rec. I-8121; CJCE, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz*. Aff. C-94/99, concl. Léger, Rec. I-11037.

économique¹³²⁷. Cela signifie, en premier lieu, que le pouvoir adjudicateur doit exercer sur l'opérateur « *un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services* » et en second lieu que « *l'opérateur réalise l'essentiel de son activité pour cette personne publique* »¹³²⁸.

642. Le contrôle juridictionnel de l'utilisation du contrat quasi-régie a rendu son application très réduite. Ainsi, il a été jugé que l'exception « *in-house* » ne trouve pas à s'appliquer pour les relations entre des collectivités publiques actionnaires d'une société et cette société, dès lors que celle-ci a aussi un ou plusieurs actionnaires privés, et de ce fait le pouvoir adjudicateur ne peut pas exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services¹³²⁹. L'exception ne s'applique pas non plus si le capital de la société, bien qu'intégralement détenu par des collectivités publiques, doit, en vertu des statuts de la société, être ouvert à des investisseurs privés¹³³⁰, ou encore si le capital de la société, intégralement détenu par la collectivité contractante à la date de la signature du contrat, est, peu après, ouvert à des investisseurs privés¹³³¹. En revanche, l'exception « *in-house* » est applicable à une entreprise publique, qui est un simple « *moyen instrumental* » au service technique de plusieurs personnes publiques à l'égard desquelles elle ne dispose d'aucune liberté, notamment pour refuser leurs commandes ou fixer ses tarifs, et qui réalise presque 90 % de son activité pour elles¹³³². L'exception s'applique également lorsque le pouvoir adjudicateur, qui a la faculté de nommer les membres des organes de direction et d'orienter l'activité de la société et qui s'est réservé la possibilité de procéder à des vérifications, peut influencer de manière déterminante tant les objectifs stratégiques que les décisions importantes de la société ; la possibilité pour des personnes privées de participer au capital étant à cet égard indifférente en l'absence d'une participation effective de leur part au moment de la conclusion du contrat en cause¹³³³.

¹³²⁷ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 2014, précité, P. 345.

¹³²⁸ CJCE, 10 avril 2008, *Termoraggi SpA c/ Cne di Monza*: aff. C-323/07 ; voir également, CJCE, 6 avril 2006, *Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori (ANAV)*, aff. C-410/04 ; *Contrats et Marchés publ.* 2006, n° 131, obs. Zimmer.

¹³²⁹ CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03: *AJDA*, 2005. 898, note Rolin; *Dr. adm.* 2005, n° 36, obs. Alonso Garcia et Maillard ; *Contrats et Marchés publ.* 2005, n° 68, obs. Eckert ; CJCE, 8 avril 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-337/05 ; *AJDA*, 2008. P. 1834, obs. Peyret.

¹³³⁰ CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, aff. C-458/03: *Dr. adm.* 2005, n° 167, obs. Ménéménis.

¹³³¹ CJCE, 10 novembre 2005, *Commission c/ Autriche*, aff. C-29/04 ; *Contrats et Marchés publ.* 2005, n° 2, obs. Eckert.

¹³³² CJCE, 19 avril 2007, *Asociacion Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, aff. C-295/05; BJCP 2007. 297, obs. R.S.; *Dr. adm.* 2007, n° 101, obs. Ménéménis ; JCP Adm. 2007. P. 2151, note de Fenoyl.

¹³³³ CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-371/05 ; *Contrats et Marchés publ.* 2008, n° 183, obs. Zimmer ; *RDI*, 2008. P. 500, obs. Noguellou ; *RJEP* 2008, comm n° 51, note Donnat.

643. Enfin, à l'instar du juge européen, le juge administratif a participé à délimiter la possibilité de recourir à ce type de contrats. Ainsi, il précise que les collectivités publiques peuvent recourir à leurs propres moyens, pour assurer, dans le cadre de leurs compétences, les prestations répondant à leurs besoins. Elles ne sont pas tenues de faire appel à des tiers, en particulier à des entreprises, en passant avec eux des marchés publics. Ainsi, si plusieurs collectivités publiques décident d'accomplir en commun certaines tâches et de créer à cette fin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables, un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, elles peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public, dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services ; un tel organisme ne pouvant en effet être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel¹³³⁴. De même, un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer un service public créé par une ou plusieurs personnes publiques et sur lequel celles-ci exercent un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire, doit être regardé comme n'étant pas un opérateur auquel les personnes publiques ne pourraient faire appel qu'en passant un marché public ou une délégation de service public¹³³⁵. En revanche, un contrat par lequel une collectivité territoriale commande des prestations de service à une société d'économie mixte dont elle est actionnaire est un marché public soumis au code¹³³⁶.

644. En résumé, si le choix discriminatoire du cocontractant, qui constitue un des aspects de l'exercice de la liberté contractuelle, peut être permis, il reste limité à certains cas qui le justifient. La reconnaissance de tels cas n'a pas pour objectif de garantir un rôle étendu de la liberté contractuelle à l'égard du choix du cocontractant, mais d'assurer les objectifs propres à ces situations.

¹³³⁴ CE, 4 mars 2009, *Synd. nat. des industries d'information de santé*, req. n° 300481, Lebon, P. 76 ; BJCP 2009. P. 237, concl. Courrèges ; *Contrats et Marchés publ.* 2009, n° 120, note Soler-Couteaux ; *Dr. adm.* 2009, comm. n° 71, note Hoepffner ; *RDI*, 2009. P. 423, note Noguellou.

¹³³⁵ CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, req. n° 284736, Lebon, P. 155 ; *AJDA*, 2007, P. 1020, chron. Lenica et Boucher ; *Contrats et Marchés publ.* 2007, n° 191, obs. Eckert ; BJCP 2007. P. 283, concl. Séners, obs. R. S. ; *Dr. adm.* 2007, n° 95, note Bazex et Blazy ; *RFDA*, 2007. P. 812, concl. Séners et note Douence ; *RDP*, 2007, P. 1367, note Bui-Xuan.

¹³³⁶ CE, 30 décembre 2002, *Dpt des Côtes-d'Armor*, req. n° 218110 ; Lebon T. 630 ; *AJDA*, 2003, P. 394, note Dreyfus ; *Contrats et Marchés publ.* 2003, n° 48, obs. Delacour ; BJCP 2003. P. 273, obs. Benjamin.

Sous-section II

La protection juridictionnelle des tiers illégalement évincés¹³³⁷

645. Afin d'assurer le respect des principes de la commande publique en général, et l'égalité de traitement des candidats en particulier, il a été reconnu plusieurs voies de recours par lesquelles le juge peut être saisi par le tiers illégalement évincé de la procédure de passation pour mettre fin à l'irrégularité de l'acheteur public. L'utilisation de ces voies de recours constitue une restriction du choix du cocontractant par les personnes publiques, c'est-à-dire une restriction de leur liberté dès lors qu'elle peut aboutir dans certains cas à annuler la procédure de passation ou même le contrat en cause. Les voies de recours envisageables ici sont le référé précontractuel reconnu par l'article 551 du Code de justice administrative ainsi que le délit de favoritisme organisé par l'article 432-14 du Code pénal.

A) Le référé précontractuel est une voie de recours ouverte aux tiers évincés¹³³⁸

646. Lors notre recherche sur la valeur juridique de la liberté contractuelle, nous avons eu l'occasion d'étudier le référé précontractuel en tant que procédé qui établit l'un des moyens législatifs par lesquels le législateur a pu porter atteinte à la liberté contractuelle. A ce stade de notre étude nous allons nous concentrer sur la jurisprudence rendue à son égard afin de clarifier l'application jurisprudentielle de cette voie de recours.

647. Tout d'abord, il convient de remarquer que le référé assure la sanction des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence résultant du droit national et du droit européen. L'article 551-1 du Code de justice administrative prévoit que le tribunal administratif peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet notamment les marchés publics et les conventions de délégations de service public. L'institution du référé précontractuel, selon le professeur Richer, « est liée à la conception du droit communautaire des marchés publics en matière de sanctions, qui s'inscrit dans la logique fondatrice du système en ce qu'elle fait largement

¹³³⁷ Voir autour ce sujet ; C. YANNAKOPULOS, « L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif », *RDP*, 2008, P. 448 et s ; A. LOUVARIS, « Les contrats des collectivités territoriales et le droit de la concurrence », *Contrats et marchés publics*, mai 2007, étude n° 9, P. 39.

¹³³⁸ Voir autour ce sujet, F. DIEU, « L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuels », *AJDA*, 2007, P. 782.

place aux mécanismes du marché. L'idée-force est que les opérateurs économiques ont intérêt à ce que les manquements aux règles de passation soient sanctionnés, qu'on peut donc leur faire confiance pour défendre leurs intérêts et qu'en défendant leurs intérêts économiques, ils agissent aussi en faveur de l'intérêt général concurrentiel... »¹³³⁹.

648. La particularité de cette procédure réside dans le fait qu'elle est ouverte non seulement aux candidats évincés, mais également aux personnes qui ont un intérêt à conclure le contrat ou à entrer au capital de la société d'économie mixte à opération unique, et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué ; ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public local¹³⁴⁰. La large ouverture de cette procédure notamment aux tiers lésés rend, en pratique, la personne publique obligée de respecter les formalités réglementées plus que sa propre volonté.

649. L'analyse de la jurisprudence rendue en la matière manifeste que le juge a eu l'intention d'étendre l'application de cette procédure en exigeant deux conditions : la qualité et l'existence d'un intérêt lésé. Dans ce cadre, il a été jugé qu'il est possible à une entreprise qui n'a ni été candidate, ni été empêchée de l'être de former un recours dès lors qu'elle a « *vocation à exécuter les prestations... incluses dans l'objet du marché litigieux* »¹³⁴¹. Eu égard aux caractéristiques particulières de la procédure prévue par l'article L. 551-1 CJA et aux courts délais dans lesquels elle est enserrée, le juge administratif va également déclarer que la recevabilité d'un recours formulé par une société ne justifie pas, lorsqu'elle saisit le juge des référés, de la qualité de son représentant légal en exercice¹³⁴².

D'après le Conseil d'Etat, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte, en

¹³³⁹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 155.

¹³⁴⁰ L'article L. 551-10 CJA.

¹³⁴¹ CE, sect. 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéenne*, req. n° 152484, Lebon, P. 391 ; *RFDA*, 1995, P. 1077, concl. Chantepy ; CE, 8 juillet 2005, *Communauté d'agglomération de Moulins*, req. n° 268610 ; *BDCP* n° 43, 2005, P. 436, concl. D. Casas.

¹³⁴² CE, 29 octobre 2007, *Cté d'agglomération du Pays Voironnais*, req. n° 301065.

avantageant une entreprise concurrente¹³⁴³. Ainsi, les personnes qui n'ont pas vocation à conclure le contrat ne peuvent pas saisir le juge du référé précontractuel¹³⁴⁴. De même, « *l'entreprise déclarée attributaire d'un contrat à l'issue de la procédure de passation n'est pas susceptible d'être lésée par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumis ce contrat; elle n'a donc pas intérêt à agir à l'encontre de cette procédure de passation du contrat et n'est pas habilitée à en demander l'annulation sur le fondement des dispositions de l'art. L. 551-1 du CJA* »¹³⁴⁵. Il a aussi été jugé que la spécialité d'une société suffit à établir son intérêt à conclure un contrat, et par suite à agir sur le fondement de l'article L. 551-1 CJA, sans qu'elle ait à établir qu'elle a été empêchée d'être candidate¹³⁴⁶.

650. Les exemples de manquements susceptibles de léser le requérant sont nombreux. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé que le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions du CGCT encadrant la durée d'une délégation de service public peut être utilement soulevé par le demandeur à condition que ce dernier soit lésé par cette méconnaissance, compte tenu de sa portée et du stade de la procédure auquel elle se rapporte¹³⁴⁷. Il en va de même du moyen tiré de la méconnaissance par le cahier des prescriptions techniques particulières des spécifications légales applicables au marché¹³⁴⁸, du moyen tiré de la méconnaissance de l'obligation de communiquer les motifs de rejet d'une candidature ou d'une offre¹³⁴⁹, du moyen tiré de la méconnaissance des règles relatives à l'allotissement fixées par l'article 10 du CMP¹³⁵⁰; la même solution est retenue si le pouvoir adjudicateur abandonne en cours de procédure le critère du prix alors que la société requérante était la seule à avoir présenté une offre dont le prix était conforme aux dispositions législatives applicables¹³⁵¹. Le juge précise

¹³⁴³ CE, sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, req. n° 305420, Lebon, P. 324; *RFDA*, 2008, P. 1128, concl. Dacosta, note Delvolvé; CE, 16 octobre 2000, *Sté Stereau*, req. n° 213958: Lebon T. 1091; *RDI*, 2001, P. 62, obs. F. Llorens.

¹³⁴⁴ CE, 16 décembre 1996, *Conseil régional de l'ordre des architectes de la Martinique*, req. n° 158234, Lebon, P. 493; *D.* 1997. P. 297, obs. P. Terneyre.

¹³⁴⁵ CE, 23 décembre 2011, *Dept de la Guadeloupe*, req. n° 350231, Lebon T. 1021; *AJDA*, 2012, P. 7; voir aussi, CE, 19 septembre 2007, *Cté d'agglomération de Saint-Étienne métropole*, req. n° 296192, Lebon T. 952; *AJDA*, 2007, P. 1781

¹³⁴⁶ CE, 8 août 2008, *Région de Bourgogne*, req. n° 307143, Lebon T. 819; *AJDA*, 2009. P. 54, note P. Labayle-Pabet et N. Gardères; *RDI* 2008. P. 503, obs. R. Noguellou.

¹³⁴⁷ CE, 15 décembre 2008, *Cté intercommunale des villes solidaires*, req. n° 312350, Lebon T. 819; *AJDA*, 2008, P. 2421.

¹³⁴⁸ CE, 4 février 2009, *Cne de Toulon*, req. n° 311344, Lebon T. 841; *AJDA*, 2009, P. 233.

¹³⁴⁹ CE, 6 mars 2009, *Synd. mixte de la région d'Auray-Belz-Quiberon*, req. n° 321217, Lebon T. 840; *AJDA*, 2009, P. 457.

¹³⁵⁰ CE, 1^{er} juin 2011, *Sté Koné*, req. n° 346405, Lebon, P. 266; *AJDA*, 2011, P. 1108; *AJCT*, 2011, P. 568, obs. S. Hul; *RTD eur.* 2011, P. 893, obs. J.-P. Kovar.

¹³⁵¹ CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, req. n° 344244, Lebon T.1006; *AJDA*, 2011, P. 870; *AJCT*, 2011, P. 411, obs. S. Hul.

que le lien entre le manquement constaté et la lésion du candidat n'a pas à être établi de manière certaine par le requérant, il faut simplement qu'il soit suffisamment vraisemblable¹³⁵². Dans le même esprit, il a aussi été jugé que le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu est susceptible d'avoir lésé le candidat qui invoque ce manquement, à moins qu'il ne résulte de l'instruction que sa propre candidature devait être écartée ou que son offre était inappropriée, irrégulière ou inacceptable¹³⁵³. Le juge des référés précontractuels va encore plus loin en considérant que le requérant peut invoquer devant lui « *tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation de cette délégation de service public, même si un tel manquement n'a pas été commis à son détriment* »¹³⁵⁴.

651. Concernant les pouvoirs du juge du référé précontractuel, on constate qu'ils sont considérables. En effet, le juge du référé précontractuel, dès lors qu'il est régulièrement saisi, dispose de l'intégralité des pouvoirs qui lui sont conférés par les dispositions de l'article L. 551-1 pour mettre fin, s'il en constate l'existence, aux manquements de l'administration à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Ainsi, le juge du référé précontractuel peut sanctionner le choix de la procédure applicable à la passation du contrat s'il a constaté que la personne publique a recouru à une procédure qui n'était pas applicable en l'espèce¹³⁵⁵. Eu égard à son office, il lui appartient également de prendre toute mesure nécessaire pour assurer le respect de ces obligations, lorsqu'il constate que, par suite de la décision qu'il prend, celles-ci ne peuvent être satisfaites par l'autorité responsable de la personne publique délégante, en cas de poursuite de la procédure de passation du contrat. Donc, eu égard à la nature du vice entachant la procédure de passation d'un contrat, il peut prononcer l'annulation de cette procédure alors que ne lui est demandée que la suspension de celle-ci¹³⁵⁶. De même, au nombre de ces pouvoirs figure la possibilité d'annuler, comme juge de cassation, la totalité d'une procédure de délégation de service public si la partie de cette procédure demeurée

¹³⁵² CE, 29 avril 2011, *Garde des Sceaux, min. de la Justice et des Libertés*, req. n° 344617, Lebon T. 1005 ; *AJDA*, 2011, P. 877 ; *AJCT*, 2011, P. 410, obs. J.-D. Dreyfus.

¹³⁵³ CE, 11 avril 2012, *Synd. Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres*, req. n° 354652, Lebon T. 858 ; *AJDA*, 2013, P. 891 ; *AJCT*, 2013, P. 466, obs. S. Hul.

¹³⁵⁴ CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, Lebon, P. 434 ; *AJDA*, 2006, P. 2340, concl. D. Casas ; Mon. TP 24 novembre 2006, P. 116, note M. Dreifuss ; voir également, CE, 8 avril 2005, *Société Radiometer*, Lebon T. 698 et 964 ; *AJDA*, 2005, P. 1589 ; Dr. adm. 2005, n° 128.

¹³⁵⁵ CE, 11 mars 2013, *Ass. des chambres françaises de commerce et d'industrie et Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie*, req. n° 364551 et 364603 ; *AJDA*, 2013, P. 600 ; *AJCT*, 2013, P. 419, obs. S. Hul.

¹³⁵⁶ CE, 20 octobre 2006, *Cne d'Andeville*, req. n° 289234, Lebon, P. 434 ; *AJDA*, 2006, P. 2340, concl. D. Casas ; *RDI*, 2006, P. 477, obs. J.-D. Dreyfus.

intacte après l'intervention du premier juge ne permet pas d'assurer le respect des obligations de mise en concurrence qui pèsent sur l'autorité déléguée¹³⁵⁷.

La mission essentielle pour le juge du référé précontractuel est de contrôler les motifs de l'exclusion ou de l'admission d'un candidat¹³⁵⁸. Dans ce cadre, il contrôle le bien-fondé des motifs pour lesquels une commission d'appel d'offres estime que la candidature d'une société présente ou non les garanties techniques et financières suffisantes pour exécuter le marché public susceptible de lui être attribué¹³⁵⁹. Pour le Conseil d'Etat, « *commet une erreur de droit le juge qui déduit des seuls manquements dont se serait rendu coupable un candidat au cours d'une précédente délégation de service public l'absence de justification par ce candidat de ses capacités techniques ou financières, sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature permettraient à ce dernier de faire valoir de telles références* »¹³⁶⁰. Il a été également jugé que la prise en compte par le pouvoir adjudicateur de renseignements erronés sur les capacités d'un candidat, qui est susceptible de fausser l'appréciation sur les mérites de cette candidature, est un manquement contestable par la voie du référé précontractuel¹³⁶¹.

652. Toutefois, le contrôle du juge des manquements susceptibles de léser les demandeurs ne va pas être sans limite. En effet, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de rechercher si le manquement invoqué a été susceptible de léser davantage le requérant que les autres candidats¹³⁶². De même, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, pour apprécier si le manquement invoqué par l'entreprise qui le saisit est susceptible de l'avoir lésée, d'examiner d'office le caractère acceptable ou non de l'offre présentée par celle-ci¹³⁶³. Aussi, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel d'examiner l'appréciation portée par l'administration sur les mérites respectifs de chacun des

¹³⁵⁷ CE, 15 décembre 2006, *Sté Corsica Ferries*, req. n° 298618 ; *AJDA*, 2007, P. 185, note J.-D. Dreyfus ; *ibid.* P. 1105, chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney et S. Nicinski.

¹³⁵⁸ CE, 28 juillet 1998, *Garde des Sceaux c/ Sté Genicorp*, req. n° 177952, Lebon T. 1017 ; *RDI*, 1999, P. 87, obs. F. Llorens ; CE, 3 mars 2004, *Cne de Chateaudun*, req. n° 258602, Lebon T. 772 ; *AJDA*, 2004, P. 1713, note M.-C. Vincent-Legoux.

¹³⁵⁹ CE, 28 avril 2006, *Sté Abraham Bâtiment Travaux publics et Collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon*, req. n° 286443 ; *AJDA*, 2006, P. 905 ; *RDI*, 2006, P. 221, obs. J.-D. Dreyfus.

¹³⁶⁰ CE, 6 octobre 2004, *Sté «La communication hospitalière» et Assistance publique-hôpitaux de Paris*, req. n° 263083, Lebon T. 772 ; *AJDA*, 2004, P. 2338, note S. Hul.

¹³⁶¹ CE, 3 octobre 2012, *Sté Déménagements Le Gard - Hauts-de-Seine*, req. n° 360952, Lebon T. 858 ; *AJDA*, 2012, P. 1883 ; *AJCT*, 2013, P. 96, obs. S. Hul ; CE, 10 juin 2009, *Région de Lorraine*, req. n° 324153, Lebon T. 831 ; *AJDA*, 2009, P. 1175 ; *RDI*, 2009, P. 472, obs. R. Noguellou.

¹³⁶² CE, 1^{er} juin 2011, *Cne de Saint-Benoît*, req. n° 345649, Lebon T. 1006 ; *AJDA*, 2011, P. 1118 ; *AJCT*, 2011, P. 466, obs. O. Didriche.

¹³⁶³ CE, 30 septembre 2011, *Dpt de la Haute-Savoie et Sté GTS*, req. n° 350153, Lebon T. 813 ; *AJDA*, 2011, P. 1875.

candidats¹³⁶⁴. Et afin d'exercer son contrôle, le juge du référé précontractuel doit être saisi avant la conclusion du contrat¹³⁶⁵.

653. Par ailleurs, l'application de la procédure du référé précontractuel concerne la procédure de passation de l'ensemble des contrats administratifs. Cela signifie que la volonté, et par conséquent la liberté contractuelle, des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices est menacée non seulement lors de la conclusion des marchés publics et des conventions de délégations de service public, mais également lors de la conclusion de tous les autres contrats administratifs. Ainsi, un projet de bail emphytéotique et une convention de financement de travaux entre une commune et une société, - ayant ensemble pour objet de faire réaliser des travaux d'aménagement d'un immeuble communal, la rémunération de la société consistant dans le droit d'exploiter l'ouvrage pour une durée de 60 ans -, entrent dans le champ du référé précontractuel¹³⁶⁶. De même, les marchés conclus pour la construction d'ouvrages autoroutiers par des sociétés d'autoroutes titulaires d'un contrat de concession conclu avec l'État sont des contrats administratifs alors même qu'ils lieraient deux personnes de droit privé. Le juge des référés précontractuels est donc compétent pour relever un manquement aux règles de publicité¹³⁶⁷. La procédure s'applique également pour les contrats passés entre deux établissements publics de coopération intercommunale. Le Conseil d'Etat a jugé que : « *un projet de convention entre une communauté de communes et un syndicat mixte d'alimentation en eau potable, dont la communauté de communes est membre, ayant pour objet la fourniture de services et un mode de rémunération « à livre ouvert », constitue un marché public au sens des dispositions relatives au référé précontractuel* »¹³⁶⁸. Afin d'appliquer le référé précontractuel, il suffit, pour le juge administratif, que la procédure d'appel à la concurrence soit susceptible d'aboutir à la conclusion d'une délégation de service public. « *Dès lors que la procédure d'appel à la concurrence est susceptible d'aboutir à la signature d'une convention de délégation de service public, le juge des référés est valablement saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative de la*

¹³⁶⁴ CE, 29 juillet 1998, *Synd. mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise et a.*, req. n° 194412, Lebon T. 1098 ; *RDI*, 1999, P. 86, obs. F. Llorens.

¹³⁶⁵ L'article 551-1 CJA ; auparavant, CE, sect., 3 novembre 1995, *CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, req. n° 157304, Lebon, P. 394, concl. Chantepy ; *RFDA*, 1995, P. 1077, concl. Chantepy ; *AJDA*, 1995, P. 888, chron. Stahl et Chauvaux ; CE, 17 janvier 1996, *SA Atelier Mériguet-Carrère*, req. n° 151357, Lebon, P. 5 ; CE, 29 juillet 1998, *Sté Holbat*, req. n° 151357.

¹³⁶⁶ CE, Ass., 10 juin 1994, *Cne de Cabourg*, req. n° 141633, Lebon, P. 300, concl. Lasvignes ; *RFDA*, 1994, P. 728, concl. Lasvignes ; *AJDA*, 1994, P. 560, chron. Maugué et Touvet ; *LPA*, 1995, n° 9, p. 14.

¹³⁶⁷ CE, 1^{er} avril 2009, *Sté des autoroutes du sud de la France*, req. n° 315586 ; *AJDA*, 2009, P. 684.

¹³⁶⁸ CE, sect., 20 mai 1998, *Cté de cnes du Piémont-de-Barr et Service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin*, req. n° 188239, Lebon P. 201 ; *AJDA*, 1998, P. 632 ; *ibid.* P. 553, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; *D.* 1998, P. 183 ; *RDI*, 1998, P. 357, obs. F. Llorens et P. Terneyre ; *RFDA*, 1998, P. 609, concl. H. Savoie.

régularité de la procédure de passation du contrat en cause et ce, alors même que le contrat pourrait aussi en l'espèce se limiter finalement à une convention d'occupation du domaine public »¹³⁶⁹. Elle s'applique même pour les contrats administratifs conclus et exécutés à l'étranger. « *Un contrat administratif conclu par le consul général de France à Tunis et confiant à une société les tâches matérielles liées à la collecte des dossiers des demandeurs de visa pour la France résidant dans la circonscription du consulat, en contrepartie d'un prix, est au nombre des contrats de prestation de services dont le juge du référé précontractuel peut connaître en vertu de l'art. L. 551-1 CJA* »¹³⁷⁰.

654. Enfin, il nous semble important de signaler que le contrôle exercé par le juge du référé précontractuel est par nature de pleine juridiction. Il n'exerce toutefois, en certaines hypothèses, qu'un contrôle restreint, tel est le cas en ce qui concerne le nombre et la consistance des lots dans le cadre de l'allotissement prévu par l'article 10 CMP¹³⁷¹ ; ou dans le cas de l'appréciation de la collectivité du caractère anormalement bas d'une offre¹³⁷² ; et en ce qui concerne l'obligation faite au pouvoir adjudicateur de fixer des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché résultant de l'article 45 CMP¹³⁷³, ainsi que la définition par le pouvoir adjudicateur de ses besoins¹³⁷⁴.

655. En résumé, la voie de recours ouverte en faveur des candidats évincés, afin de protéger ces derniers du manquement des personnes publiques aux obligations de publicité et de mise en concurrence, ne peut être regardée que comme une restriction qui s'ajoute aux autres restrictions de l'exercice de la liberté contractuelle par les personnes publiques au stade du choix de leur cocontractant.

¹³⁶⁹ CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, req. n° 317671, Lebon T. 840 ; *AJDA*, 2009, P. 1174.

¹³⁷⁰ CE, 29 juin 2012, *Sté Pro 2C*, req. n° 357976, Lebon, P. 258 ; *AJDA*, 2012, P. 1314; *ibid.* P. 2420, étude M. Laazouzi ; *RDI*, 2012, P. 560, obs. S. Braconnier.

¹³⁷¹ CE, 21 mai 2010, *Cne d'Ajaccio*, req. n° 333737.

¹³⁷² CE, 1^{er} mars 2012, *Dpt de la Corse-du-Sud*, req. n° 354159 ; CE, 29 mai 2013, *Min. de l'Intérieur c/ Sté Artéis*, req. n° 366606 ; CE, 29 octobre 2013, *Dpt du Gard*, req. n° 371233.

¹³⁷³ CE, 7 mai 2013, *Sté Segex et Sté Aximum*, req. n° 365706.

¹³⁷⁴ CE, 2 octobre 2013, *Dpt de l'Oise*, req. n° 368846.

B) L'impact restrictif du délit de favoritisme sur le choix du cocontractant¹³⁷⁵

656. Parmi les moyens juridictionnels limitant le choix du cocontractant par la personne publique, et par voie de conséquence sa « liberté contractuelle », se trouve le délit de favoritisme. Historiquement, jusqu'au début des années quatre-vingt-dix, la violation par les acheteurs publics des règles régissant la satisfaction de la commande publique n'était sanctionnée que par l'annulation administrative de l'acte passé irrégulièrement. Le plus souvent, cette sanction était peu efficace dans la mesure où elle n'intervenait que postérieurement à l'exécution et au règlement de la convention¹³⁷⁶. Toutefois, à partir des années quatre-vingt-dix cette réalité historique a connu, en raison de l'influence du droit communautaire en particulier, une évolution avec l'entrée en vigueur du mécanisme de la responsabilité pénale des personnes morales du droit public. Le professeur J.-B. Auby fait référence à cette évolution en soulignant que « *l'un des phénomènes les plus remarquables qui ait affecté le droit administratif ces dernières années réside dans la place qu'il a dû faire aux mécanismes pénaux au sein de la régulation de l'action publique* »¹³⁷⁷.

657. Cette évolution a été consacrée dans la loi du 3 janvier 1991¹³⁷⁸ à travers un mécanisme de censurer des irrégularités commises lors de la passation d'un marché public ou d'une convention de délégation de service public : le délit dit « *d'avantage injustifié* » ou de « *favoritisme* ». Selon l'article 432-14 du Code pénal, ce délit est défini comme « *le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur*

¹³⁷⁵ Voir sur ce sujet, J. BÉNOIT, « Statut général des élus locaux. Responsabilité pénale des élus : favoritisme et prise illégale d'intérêt », Encyclopédie Dalloz des collectivités locales, 2009 ; Th. DAL FARRA, « Un aspect du risque pénal dans la passation de la commande publique », *Gaz. Pal.* 1999. 1. Doctr. P. 759 ; J.-P. GOHON, « Le délit de favoritisme », *AJDA*, 1994, P. 109 ; « Liberté d'accès et égalité des candidats », J.-Cl. Pénal 2004, art. 432-14 ; A. S. MESCHERIAKOFF, « Délit de favoritisme », *LPA* 15 février 1995, n° 20, p. 6 ; J. MOREAU, « De la compétence des juridictions pénales pour apprécier la légalité des actes administratifs. Bilan de dix années de jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation », *JCP A* 2005, P. 1200 ; G. PANCRAZI, « Les difficultés d'application du délit d'avantage injustifié dans les marchés et les conventions de délégation de service public », *Gaz. Pal.* 1995. 1. Doctr. P. 279 ; B.-A. PIREYRE, « Marchés publics (favoritisme) », Répertoire pénal Dalloz, 1998 ; A. RUELLAN, « Le délit de favoritisme est-il applicable aux marchés des entités soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ? », *AJDA*, 2008, P. 1139 ; J. SAVOYE, « De la répression du délit de favoritisme et autres infractions en matière de marchés publics », *D.* 1999. Chron. 169 ; Ph. TERNEYRE, « L'apport au droit des marchés publics de la loi anticorruption », *RFDA*, 1993, P. 952.

¹³⁷⁶ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics), Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz octobre 2010.

¹³⁷⁷ J.-B. AUBY, « Le mouvement de « pénalisation » de l'action publique », *D.A.*, 1998, P. 3.

¹³⁷⁸ Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, *JORF* n°4 du 5 janvier 1991 P. 236.

ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ». Dans une telle situation, la personne en cause sera punie de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

658. La mise en application de l'article 432-14 du Code pénal par le juge pénal nous permet de préciser plusieurs aspects. D'abord, le juge étend l'application de cet article à tous les marchés quel que soit leur montant. Il a ainsi jugé que « *la méconnaissance de l'art. 1^{er} C. marchés, dans sa rédaction issue du Décret du 7 mars 2001, s'applique à tous les marchés publics, quel que soit leur montant, et entre dans les prévisions de l'art. 432-14 C. pénal.* »¹³⁷⁹. Puis, en ce qui concerne les personnes qui peuvent être visées par cet article, le juge pénal vérifie, pour déclarer qu'une personne doit être condamnée à un délit de favoritisme, l'influence que peut exercer cette personne, en raison de sa position fonctionnelle, sur la décision de l'attribution du contrat. Ainsi, le coordinateur d'un groupement de commandes, qui était habilité à procéder aux opérations de consultation collective et à choisir, après avis de la commission de coordination des commandes, l'offre qu'il jugeait la plus intéressante pour les membres du groupement, est une personne entrant dans le cadre de l'article 432-14 du Code pénal¹³⁸⁰. C'est le cas également du secrétaire général d'une commune, agissant en qualité de représentant ou agent d'une collectivité territoriale, qui a le pouvoir d'intervenir dans le déroulement d'une procédure d'attribution de marchés, en vue de préparer ou de proposer des décisions prises par d'autres¹³⁸¹. Toutefois, l'application du principe de la personnalité de responsabilité pénale, consacrée par l'article 121 du Code pénal, ne permet pas d'étendre l'application de l'article 432-14 à l'ensemble des membres d'un organe collégial en raison de leur seule participation à la décision litigieuse. En

¹³⁷⁹ Crim. 14 février 2007, Bull. crim. n° 47; *AJDA*, 2007. 853, note Dreyfus; *AJ pénal* 2007, P. 183.

¹³⁸⁰ Crim. 7 avril 2004; Bull. crim. n° 93, pourvoi n° 03-85.698.

¹³⁸¹ Crim. 20 avril 2005; Bull. crim. n° 139, pourvoi n° 04-83.017 ; *D.* 2005. IR 2454 ; *JCP* 2005. IV. 2352.

effet, « *le principe de personnalité se heurte ici au caractère diffus de la mesure adoptée, du fait de la collégialité du vote dont elle procède* »¹³⁸².

659. Par ailleurs, pour le juge pénal, entre dans le champ d'application de cet article tout acte qui peut fausser la concurrence dans la procédure de passation. Ainsi, est susceptible de caractériser un délit de favoritisme la violation des règles de publicité et de concurrence, notamment de celles relatives aux critères d'attribution et aux conditions de légalité des variantes¹³⁸³. De même, le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, de demander à des dirigeants d'entreprises de déposer des offres de couverture, simulant une proposition concurrente pour faire apparaître une autre entreprise comme mieux-disant, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres est de nature à entraver le libre jeu de la concurrence, de façon contraire aux dispositions du Code des marchés publics applicables, et procure nécessairement un avantage injustifié à l'entreprise attributaire¹³⁸⁴. Caractérise également un délit de prise illégale d'intérêts, par prise d'un intérêt moral, le fait, pour un maire, d'ordonner à l'entreprise attributaire d'un marché de travaux de réaliser des travaux non compris dans le marché initial, à la demande d'un élu municipal, afin de favoriser ce dernier¹³⁸⁵. Commet aussi le délit prévu et réprimé par l'article 432-14, le maire qui fractionne un marché pour éviter d'avoir recours à la procédure d'appel d'offres et paie des factures émises par des filiales d'une société de travaux publics bien qu'elles n'aient fourni aucune prestation ; ces agissements ont pour conséquence directe d'écarter de l'accès au marché des candidats potentiels, créant ainsi au bénéfice de la société de travaux publics une irrégularité de traitement injustifié¹³⁸⁶.

660. De même, le délit de favoritisme est constitué lorsqu'une collectivité territoriale n'a pas respecté les règles de l'appel d'offres, même si elle n'était pas tenue de recourir à cette procédure. Tel est le cas lorsqu'un marché pouvait être passé en la forme négociée mais que la voie de l'appel d'offres a été privilégiée sans constitution d'une CAO¹³⁸⁷. Selon le juge pénal, la mauvaise utilisation de la souplesse accordée aux personnes publiques dans les cas d'urgence peut constituer un délit du favoritisme si elle a eu pour effet de limiter le nombre de

¹³⁸² Y. MAYAUD, « Délibération collégiale et responsabilité personnelle du maire à propos d'une prime discriminatoire de naissance », RSC. 2003, P. 556.

¹³⁸³ Crim. 4 mai 2011, Bull. crim. n° 91, pourvoi n° 10-87.447.

¹³⁸⁴ Crim. 16 novembre 2011, pourvoi n° 11-80.433 ; Dr. pénal 2012. Comm. 29.

¹³⁸⁵ Crim. 29 juin 2011, Bull. crim. n° 153 ; Gaz. Pal. 2011. 2, p. 2222, note Lasserre Capdeville, et p. 3444, note Dreyer.

¹³⁸⁶ Crim. 13 décembre 2000 : Bull. crim. n° 374, pourvoi n° 99-86.876 ; voir également, Crim. 10 septembre 2008 ; Dr. pénal 2008, n° 158, obs. Véron ; ibid. 2009. Chron. 9, obs. Linditch.

¹³⁸⁷ Crim, 15 mai 2008, pourvoi n° 07-88.369.

candidats et de favoriser les offres déposées par certains¹³⁸⁸. Il en va de même pour la mauvaise utilisation des contrats « *in-house* ». En effet, l'attribution d'un marché public sans mise en concurrence par une commune à une société d'économie mixte locale dont elle est actionnaire, qui ne peut en aucun cas être justifiée par l'exception « *in-house* », justifie la condamnation du maire et de son adjoint pour délit de favoritisme¹³⁸⁹.

661. Néanmoins, le pouvoir du juge répressif n'est pas sans limite car il ne peut prononcer une peine sans avoir relevé tous les éléments constitutifs de l'infraction. Alors, « *en déclarant trois prévenus coupables d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, et un autre prévenu coupable du recel de ce délit, sans caractériser l'existence d'actes contraires aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour but de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision au regard des art. 593 C. pr. pén. et 132-14 C. pén.* »¹³⁹⁰.

662. En pratique, l'édiction du délit de favoritisme incite beaucoup de personnes publiques à recourir au critère du moins-disant, au lieu du mieux-disant, comme critère le plus important pour déterminer leur cocontractant afin d'éviter de commettre un tel délit, ce qui constitue, en conséquence, une restriction de l'exercice de la liberté contractuelle en la matière.

663. De l'ensemble de ces restrictions résultant des règles et des principes applicables à la procédure de passation et qui s'imposent au moment du choix du cocontractant de la personne publique, il ressort que le rôle de la liberté contractuelle dans ce domaine est très limité. De ce fait, on se demande s'il est réaliste d'estimer que la personne publique choisit effectivement son cocontractant. La forte réglementation de la procédure de passation ne permet en effet pas à la personne publique de choisir directement son cocontractant ; elle lui permet seulement de participer à la détermination du titulaire potentiel du contrat par la définition préalable de ses besoins.

¹³⁸⁸ Crim. 19 novembre 2003; *D.* 2004. Somm. 2753, obs. Roujou de Boubée; *Dr. pénal* 2004. n° 32, obs. Véron.

¹³⁸⁹ Crim. 25 juin 2008, pourvoi n° 07-88.373 ; *Dr. adm.* 2008, n° 133.

¹³⁹⁰ Crim. 10 mars 2004, *Bull. crim.* n° 64, pourvoi n° 02-85.285.

Chapitre II

Les bornes de la détermination du contenu du contrat

664. La libre détermination du contenu du contrat, c'est-à-dire la détermination des droits et des obligations réciproques, constitue le deuxième fondement essentiel de l'exercice de la liberté contractuelle. Il s'agit de laisser à la personne désirant contracter la faculté de déterminer librement le contrat et ses clauses contractuelles avec son cocontractant. Cette situation est évidente pour les contrats conclus dans la sphère du droit privé mais elle est moins dans la sphère du droit public, et notamment en droit administratif. En effet, la détermination du contenu du contrat n'est pas vraiment laissée aux personnes publiques et leurs cocontractants. Participent à cette détermination plusieurs éléments tels que la nature des besoins à satisfaire, le devoir de respecter la protection et la bonne utilisation des deniers publics, ainsi que la compétence de la personne publique contractante et son étendue. En pratique, la mise en œuvre de ces éléments aboutit à restreindre le rôle de la volonté « contractuelle » de la personne publique lors de la détermination du contenu de son contrat.

665. Cette restriction de l'exercice de la liberté de la personne publique quand elle élabore le contenu de son contrat peut prendre deux formes essentielles. D'une part, il est interdit à la personne publique de recourir à la voie contractuelle si le contenu de son contrat concerne la délégation d'une activité attachée à l'exercice de la souveraineté ; tel est le cas pour les activités régaliennes (à l'instar de ce qu'on a développé dans notre première partie). D'autre part, la restriction peut aussi être le résultat d'une réglementation excessive de l'opération par laquelle la détermination du contenu du contrat est réalisée.

666. En outre, une analyse approfondie de la réglementation rendue dans notre matière montre que les restrictions imposées à la détermination du contenu du contrat se pratiquent de deux manières : la première est liée directement à la procédure de passation ; la seconde est attachée au fond du contrat. Autrement dit, la réglementation réduit, d'un côté, le pouvoir de négociation de l'acheteur public selon la procédure de formation et, d'un autre, son pouvoir de décider des clauses contractuelles.

667. Afin de préciser l'impact restrictif de la réglementation sur la détermination du contenu du contrat, nous allons étudier en premier lieu son influence sur la négociation et la qualification du contrat (Section I), avant d'analyser son effet sur la détermination des clauses contractuelles (Section II), et enfin de s'intéresser à ses conséquences sur certains types de conventions (Section III).

Section I

La supériorité de la finalité du contrat sur la volonté des parties contractantes

668. L'opération contractuelle pour les personnes publiques n'est qu'un moyen permettant à la collectivité publique concernée d'exercer les activités attachées à sa compétence. Le fait que l'argent utilisé dans cette opération soit des deniers publics a incité l'éducation d'une réglementation à double finalité : la protection des deniers publics contre la corruption¹³⁹¹ et la bonne utilisation des deniers publics grâce à une procédure d'élaboration du contrat très détaillée qui garantit l'existence d'une concurrence effective non faussée. Afin d'assurer cette finalité, la réglementation progressive et extensive de l'opération contractuelle a conduit à de multiples restrictions de la volonté, et en conséquence de la liberté contractuelle de l'acheteur public au moment de déterminer le contenu de son contrat. Mme Pignon a remarqué ce phénomène en soulignant que *« l'une des critiques les plus fréquemment adressées au droit de la commande publique était celle de son caractère contraignant et liberticide. Or, à l'exception de quelques aménagements prévus (v. notamment art. 30 dudit code), les textes régissant le droit de la commande publique ne permettaient pas aux acteurs de bénéficier des atouts de la liberté contractuelle et de la négociation »*¹³⁹².

669. A ce stade de notre recherche, nous allons étudier l'impact restrictif de la réglementation de la procédure de passation sur la liberté de la personne publique de négocier

¹³⁹¹ A titre d'exemple, la Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

¹³⁹² S. PIGNON, « Le dialogue compétitif : une opportunité pour les acteurs de la commande publique », *AJDA*, 2004, P. 1521.

les termes de son contrat, (Sous-section I) ainsi que la réduction du rôle de sa volonté quant à la qualification du contrat (Sous-section II).

Sous-section I

La réglementation de la négociation

670. La négociation constitue, généralement, l'élément le plus important de l'exercice de la liberté contractuelle au stade de la détermination du contenu du contrat : l'accord de volontés doit normalement être le résultat d'une négociation. Celle-ci recouvre « *tous les processus par lesquels au moins deux parties évoluent ensemble depuis un point où elles partagent une question ou un problème jusqu'à un point où elles s'accordent sur une réponse ou une solution communes* »¹³⁹³. Par la négociation, la personne publique peut exprimer sa volonté en précisant le contenu du contrat. Ainsi, pour les contrats de l'administration, la négociation doit être désignée en tant que phase de la procédure d'achat dans laquelle le pouvoir adjudicateur et les candidats cherchent à trouver un accord quant à la meilleure solution acceptable pour les deux parties¹³⁹⁴.

671. La question qui se pose ici est de savoir si les procédures de passation des contrats de l'administration permettent une réelle négociation ; et si oui, la négociation n'est-elle pas réduite ou même conditionnée ? En effet, l'analyse des procédures de passation de marchés publics, mais aussi de délégations de service public, ne permet de parler de négociation que d'une manière très restreinte. Plus précisément, la réglementation en la matière précise pour chaque procédure de passation s'il est autorisé à l'acheteur public de recourir à la négociation pour déterminer le contenu du contrat et, le cas échéant, les conditions de son utilisation. Ainsi, M. Fort a souligné que « *si en droit privé la négociation constitue à la fois le préalable et l'acte indispensable et fondateur de la convention, il n'en va pas de même pour les contrats publics. Il existe traditionnellement une prohibition de la négociation et de toutes les formes de marchandage qui habituellement caractérisent la phase*

¹³⁹³ A. COLSON, « Contrat et négociation », in. *Mélanges Guibal*, CREAM 2006, t.1, P. 13.

¹³⁹⁴ <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/negociation>.

précontractuelle. Cette attitude s'explique par la crainte que la négociation puisse faire prévaloir les intérêts des cocontractants privés sur l'intérêt général »¹³⁹⁵.

A) La négociation n'est pas une faculté reconnue automatiquement aux acheteurs publics

672. La procédure par laquelle la personne publique précise son cocontractant est indissociable de celle qui permet de déterminer le contenu du contrat. De ce fait, l'impact de l'obligation de respecter les principes de la commande publique, notamment le principe d'égalité de traitement, ne sera pas seulement limité à la sélection du cocontractant, mais il va s'étendre également à l'ensemble de la procédure de passation, y compris à la détermination du contenu du contrat. Ainsi, la mise en œuvre du principe d'égalité va produire des formalités dans les procédures de passation qui rendent le recours à la négociation très encadré, et dans certains cas interdit. Cela limite considérablement le rôle de la liberté contractuelle dans ce domaine.

673. Le premier aspect restrictif de la négociation est constaté dès le début de la procédure de passation. En effet, selon les dispositions générales du Code des marchés publics, l'acheteur public est obligé de définir ses besoins à satisfaire quel que soient la nature de ses besoins ou leur montant. L'alinéa I de l'article 5 dispose ainsi que « *La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable* ». Puis, la disposition précise que les marchés conclus par le pouvoir adjudicateur doivent avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins. De cette formulation on peut relever deux points : le premier est que la négociation n'est pas applicable à toutes les procédures de passation et le second est que la négociation ne peut qu'être limitée par l'objet du marché en respectant les documents de la consultation. Ainsi, si des négociations ont eu lieu afin de conclure le marché, elles ne peuvent pas avoir pour effet de modifier¹³⁹⁶ la définition des besoins qui doivent être déterminés avec un soin suffisant¹³⁹⁷.

¹³⁹⁵ F-X. FORT, « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », précité, P. 36-37.

¹³⁹⁶ CE, 4 avril 2005, *Cne de Castellar*, req. n° 265784, Lebon, P. 141 ; BJCP 2005. P. 208, concl. Boulouis, obs. Ch. M.; *Contrats et Marchés publ.* 2005, n° 149, obs. Olivier.

¹³⁹⁷ CE, 8 mars 1996, *Cne de Petit-Bourg*, req. n° 165075 ; CE, 29 décembre 1997, *Dpt de Paris*, req. n° 159693, Lebon, P. 503

674. De même, la négociation sera également limitée par les spécifications techniques qui doivent être, à l'instar de la définition des besoins, déterminées dans les documents de la consultation. L'article 6 du Code des marchés publics a bien réglementé leur manière d'élaboration ainsi que leur mise en œuvre. Pour le juge administratif, les spécifications techniques doivent généralement servir un double objectif : satisfaire les besoins de l'acheteur public et assurer le respect du principe de la libre concurrence, c'est-à-dire assurer l'égalité de traitement entre les candidats. Ainsi, il affirme que les spécifications techniques doivent être bien précisées et justifiées par l'objet du marché¹³⁹⁸. En ce sens, si le pouvoir adjudicateur a exigé des spécifications techniques supérieures à ce que prévoient les normes réglementaires en vigueur et qui ont pour effet de réduire la variété des produits qui y répondent, un tel fait doit être justifié par des nécessités particulières qui l'exigent¹³⁹⁹. Le juge veille également à ce que lesdites spécifications n'aient pas pour effet « *de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence* »¹⁴⁰⁰.

675. Suivant la même logique restrictive de l'exercice de la liberté contractuelle, le Code des marchés publics révèle une variation de l'utilisation de la négociation selon la procédure de passation. D'après l'article 26 les personnes publiques passent leurs marchés selon les procédures formalisées suivantes : appel d'offre, procédures négociées, dialogue compétitif, concours, système d'acquisition dynamique et procédure adaptée. A l'exception de la procédure de l'appel d'offre, le recours aux autres procédures est bien réglementé et limité aux cas définis par les dispositions du Code. Le pouvoir de négocier les termes du contrat avec le cocontractant ne sera autorisé que dans les cas où la procédure de l'appel d'offre n'est pas adaptée à la nature des besoins de l'acheteur public ou, plus généralement, si les circonstances qui entourent la conclusion du marché le justifient.

676. Selon la procédure de l'appel d'offres qui constitue la procédure normale de la conclusion des marchés publics depuis la suppression de l'adjudication¹⁴⁰¹, la conclusion du marché doit être passée sans négociation. L'article 33 du Code des marchés publics a défini cette procédure en tant que « *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* ». La formulation de cette disposition ne laisse aucun doute, la

¹³⁹⁸ CAA Marseille, 20 décembre 2010, *Société Siorat*, req. n° 08MA01775.

¹³⁹⁹ CE, sect., 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne*, req. n° 152484, Lebon, P. 391; *RFDA*, 1995 P.1077, concl. Chantepy; *AJDA*, 1995. P. 945.

¹⁴⁰⁰ CE, 18 décembre 2012, *Dpt de la Guadeloupe*, req. n° 362532, Lebon T. 844.

¹⁴⁰¹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 411.

négociation n'a pas sa place dans la procédure d'appel d'offres quelle qu'en soit sa nature, ouverte ou restreinte. Il revient ainsi au pouvoir adjudicateur de déterminer seul ses besoins, et dans ce cadre il reçoit les offres des candidats sans aucun contact avec eux. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre¹⁴⁰². Son choix doit être adressé automatiquement à celui qui, au regard de critères objectifs rendus publics dès le début de la procédure, est le mieux noté, c'est-à-dire, à l'offre économiquement la plus avantageuse¹⁴⁰³.

677. L'interprétation du juge administratif de cette interdiction de négociation est très étendue. En effet, le juge ne se contente pas de censurer la négociation en tant que telle, mais il va également censurer les discussions entre les candidats et le pouvoir adjudicateur. Il est seulement possible de leur demander des précisions sur leurs offres comme, par exemple, le montant exact des prestations qu'ils ont indiqué vouloir sous-traiter, ou encore le montant précis d'une des prestations incluses dans l'offre¹⁴⁰⁴. De même, l'acheteur public peut demander à un candidat des précisions sur son offre lui paraît ambiguë ou incertaine, ou l'inviter à rectifier ou à compléter celle-ci sans que le candidat puisse alors en modifier la teneur¹⁴⁰⁵. Sous la surveillance du juge¹⁴⁰⁶, le pouvoir adjudicateur ou le candidat peuvent aussi, dans le cas d'une erreur purement matérielle, demander de la rectifier si elle était « *d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue* »¹⁴⁰⁷.

678. Enfin, à l'instar de l'appel d'offre, le système d'acquisition dynamique ne permet pas de négociation. En effet, le système d'acquisition dynamique est défini en tant que procédure entièrement électronique de passation de marché public, pour des fournitures et services courants, par laquelle le pouvoir adjudicateur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs préalablement sélectionnés sur la base d'une offre indicative. Afin de mettre en œuvre un système d'acquisition dynamique, le pouvoir adjudicateur suit toutes les phases de l'appel d'offres ouvert¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰² Les articles 59 et 64 du CMP.

¹⁴⁰³ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, 2^e éd., précité, P. 264 et s.

¹⁴⁰⁴ CE, 9 novembre 2007, *Sté ISOSEC*, req. n° 288289.

¹⁴⁰⁵ CE, 25 mars 2013, *Dpt de l'Hérault*, req. n° 364824 ; *Contrats et Marchés publ.* 2013, n° 133, note Eckert.

¹⁴⁰⁶ CE, 16 janvier 2012, *Dpt de l'Essonne*, req. n° 353629.

¹⁴⁰⁷ CE, 21 septembre 2011, *Dpt des Hauts-de-Seine*, req. n° 349149, Lebon T. 1005 ; *BJCP* 2011. P. 442, concl. Boulouis ; *Contrats et Marchés publ.* 2011, n° 315, note Zimmer.

¹⁴⁰⁸ L'article 78 du CMP.

B) Le recours à la négociation n'est possible que dans certains cas qui la justifient

679. Le recours à la négociation n'est pas toujours totalement interdit¹⁴⁰⁹. En effet, si les principes de la commande publique exigent l'application de formalités ce qui rend la négociation inenvisageable dans les procédures de passation de marchés publics, ces principes ne doivent pas priver la personne publique d'une telle possibilité s'il existe des raisons justifiant cette utilisation. Les raisons qui peuvent justifier le recours à la négociation sont, en principe, liées au montant du marché concerné, ainsi qu'aux circonstances qui l'entourent. La logique de cette autorisation réside dans le fait que la mise en œuvre de l'obligation de respecter les principes de la commande publique ne doit pas aboutir à des résultats contraires à l'objectif de bonne utilisation des deniers publics. De même, cette logique se retrouve également si la nature des besoins à satisfaire, ou l'urgence, nécessite d'avoir une telle négociation entre l'acheteur public et les candidats. Cependant, la négociation ici n'est pas entièrement abandonnée aux cocontractants ; la réglementation a déterminé les cas de négociation et son contenu en laissant une marge d'appréciation, dans la grande majorité des cas, peu importante. Ainsi, elle doit avoir pour but d'adapter les offres à la demande¹⁴¹⁰.

680. Au niveau européen, la directive n° 2014/24/UE a réglementé les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la négociation. Ainsi, son article 26 dispose que les pouvoirs adjudicateurs peuvent appliquer une procédure concurrentielle avec négociation ou à un dialogue compétitif dans les situations suivantes: « **a)** *pour les travaux, fournitures ou services remplissant un ou plusieurs des critères suivants: i) les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles; ii) ils portent notamment sur de la conception ou des solutions innovantes; iii) le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent; iv) le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens de l'annexe VII, points 2 à 5; b)* *pour les travaux, les fournitures ou les services pour lesquels, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres*

¹⁴⁰⁹ Voir dans ce sens, F. OLIVIER, « La place de la négociation dans le code des marchés publics », *Contrats et marchés publ.*, novembre 2004, P. 32 et s.

¹⁴¹⁰ F-X. FORT, « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », précité, P. 38.

irrégulières ou inacceptables ont été présentées ». Donc, le droit européen se contente de préciser les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent mener une procédure de passation avec négociation.

681. Dans le droit national, le recours à la négociation est plus encadré notamment en ce qui concerne son contenu. On peut dénombrer plusieurs procédures permettant aux personnes publiques de négocier. A titre d'exemple, mentionnons la procédure adaptée. Les cas dans lesquels l'acheteur public peut recourir à cette procédure sont réglementés à l'article 28 du Code des marchés publics. Selon cette procédure, « *le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix* ». La première lecture de cette formulation nous conduit à déduire que le pouvoir adjudicateur dispose d'une liberté de négociation totale avec les candidats. Cependant, une analyse plus poussée écarte une telle interprétation. En effet, la négociation ici a une double limitation : la première vient de l'obligation de respecter les besoins à satisfaire et leurs caractéristiques telles qu'elles ont été définies dans les documents de la consultation ; la seconde est que la négociation doit porter sur les éléments constituant l'offre présentée par le candidat, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas aboutir à modifier fondamentalement l'offre présentée avant la négociation.

682. Le contrôle du juge administratif de l'application de cet article montre également une orientation vers l'encadrement de l'utilisation de la négociation. Le pouvoir de négocier, selon la procédure adaptée, n'est qu'une simple faculté qui doit être exercée dans le respect du principe d'égalité entre les candidats¹⁴¹¹. Dans ce contexte, et en procédant à une harmonisation avec les principes de la commande publique, il a jugé que : « *Les dispositions du 2^e al. de l'art. 28 du C. marchés, qui permettent au pouvoir adjudicateur, au cours de la procédure adaptée, de négocier avec les candidats ayant présenté une offre sur tous les éléments de leur offre, notamment sur le prix, n'ont ni pour objet ni pour effet de l'autoriser à abandonner, en cours de procédure, le critère du prix défini, à parité avec un autre critère, comme principal critère de jugement des offres par le règlement de consultation* »¹⁴¹². De même, il a jugé que si le pouvoir adjudicateur décidait de recourir à la négociation, le principe de transparence des procédures imposait qu'il en informe les candidats potentiels dès le début

¹⁴¹¹ CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la Défense et des anciens combattants*, req. n° 353121, Lebon T. 1008 ; BJCP 2012. P. 86, concl. Boulouis ; *Contrats et Marchés publ.* 2012, n° 11, note Eckert.

¹⁴¹² CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, req. n° 344244, Lebon T. 1006 ; BJCP 2011. P. 263, concl. Dacosta ; *Contrats et Marchés publ.* 2011, n° 165, note Zimmer.

de la procédure, dans l'avis public d'appel à la concurrence ou dans les documents de la consultation¹⁴¹³.

683. Le deuxième exemple d'utilisation de la négociation, sans entrer dans la distinction théorique entre « *dialoguer* » et « *négociier* »¹⁴¹⁴, est dans la procédure de dialogue compétitif. Cette dernière est définie en tant que procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre¹⁴¹⁵. Selon l'article 36 du Code des marchés publics, la personne publique ne peut recourir au dialogue compétitif que lorsqu'un marché public est considéré comme complexe, c'est-à-dire lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie : « *1° Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ; 2° Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet* ». Ainsi, le recours à la procédure du dialogue compétitif n'est pas arbitrairement abandonné à la décision de la personne publique car il doit être justifié par la complexité du marché et limité aux cas précités. Dans ce cadre, il appartient au juge de référé précontractuel de vérifier la légalité du recours à la procédure de dialogue compétitif¹⁴¹⁶. A l'instar de la procédure de l'appel d'offre, afin de recourir à la procédure du dialogue compétitif, le pouvoir adjudicateur doit publier un avis d'appel public à la concurrence dans lequel les besoins et les exigences doivent être définis, ainsi que les modalités du dialogue¹⁴¹⁷. Le dialogue mené au cours de cette procédure ne peut modifier ni les besoins ni leurs caractéristiques tels qu'ils sont définis dans l'avis. A cet égard, le Conseil d'Etat a jugé que : « *La nature et l'étendue des besoins telles qu'elles apparaissent dans le programme fonctionnel élaboré par la personne publique ne peuvent être modifiées* »¹⁴¹⁸.

684. Le troisième exemple concerne la procédure négociée. Le recours à cette procédure est limité à des cas bien définis par l'article 35 du Code des marchés publics. La

¹⁴¹³ CAA Nantes, 7 juin 2013, *Sté Phytorem SA*, req. n° 11NT03240.

¹⁴¹⁴ Voir dans ce sens, A. MENEMENIS et L. RICHER, « Dialogue et négociation dans la procédure de dialogue compétitif », CP-ACCP, juin 2005, n° 45, P. 33 ; A. JOSSAUD, « Marchés publics, Dialoguer n'est pas négocier », *AJDA*, 2005, P. 1718.

¹⁴¹⁵ L'article 36 du CMP.

¹⁴¹⁶ CE, 11 mars 2013, *Ass. des chambres françaises de commerce et d'industrie; Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie*, req. n° 364551 et 364603 ; *Contrats Marchés publ.* 2013, n° 130, note Zimmer.

¹⁴¹⁷ L'article 67 du C.M.P.

¹⁴¹⁸ CE, 4 avril 2005, *Cne de Castellar*, req. n° 265784, Lebon P. 141 ; BJCP 2005. P. 208, concl. Boulouis, obs. Ch. M. ; *Contrats Marchés publ.* 2005, n° 149, obs. Olivier.

particularité de cette procédure est qu'elle organise deux types de négociation ; négociation après publicité et mise en concurrence, et négociation sans publicité et mise en concurrence. La première lecture de la formulation utilisée révèle une tendance à donner à l'acheteur public une liberté plus grande pour déterminer le contenu du contrat en lui reconnaissant la faculté de l'usage de la négociation pour cette détermination, notamment dans la négociation sans publicité et mise en concurrence. Cependant, une analyse approfondie ne permet pas une telle interprétation. En effet, la souplesse reconnue dans ce domaine peut être justifiée soit par la nature des besoins en cause, soit par les circonstances¹⁴¹⁹ qui obligent l'acheteur public à utiliser un moyen plus souple pour pouvoir déterminer le contenu de son contrat. Cela signifie que cette flexibilité n'est pas attribuée à l'acheteur public pour renforcer « sa liberté » dans ce domaine, mais parce qu'elle est le moyen le plus utile et le plus adapté pour satisfaire ses besoins qui exigent une telle souplesse.

685. De plus, quelle que soit l'étendue de cette latitude, elle s'applique à l'exercice de la procédure négociée « *non seulement les principes généraux, mais encore les règles générales... En particulier, doit être respecté le principe d'égalité et l'obligation de choisir l'offre la plus avantageuse économiquement* »¹⁴²⁰. Selon l'article 66, la négociation « *ne peut porter sur l'objet du marché ni modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché tels qu'elles sont définies dans les documents de la consultation* ». De même, la disposition prévoit que la négociation est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les candidats. Les informations données aux candidats ne peuvent être de nature à avantager certains d'entre eux. Le pouvoir adjudicateur ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la négociation sans l'accord de celui-ci.

686. Le contrôle effectué par le juge administratif sur le contenu de la négociation au cours de la procédure négociée confirme également l'orientation textuelle de l'obligation de respecter les principes de la commande publique. Pour la Haute Juridiction administrative « *dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur détermine librement les*

¹⁴¹⁹ L'article 35 dispose que le recours à la négociation sans publicité et mise en concurrence est justifié par le fait que les marchés en cause « *conclus pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait, et dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalable, et notamment les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence impérieuse liées à une catastrophe technologique ou naturelle* ».

¹⁴²⁰ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 430.

modalités de discussion des offres; il est seulement tenu d'engager la négociation avec l'ensemble des candidats, dans le respect du principe d'égalité de traitement »¹⁴²¹. Toutefois, dans le cadre de la négociation après publicité et mise en concurrence, la négociation ne peut conduire à des changements substantiels par rapport à celle qui avait été soumise à la concurrence. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé que le recours au marché négocié après un appel d'offres n'est pas possible dès lors que des modifications importantes ont été apportées au programme de travaux envisagé¹⁴²². Son contrôle s'étend à la régularité de l'évaluation des offres, – appropriées, irrégulières et inacceptables –, par le pouvoir adjudicateur¹⁴²³.

687. Concernant la négociation sans publicité et mise en concurrence, le juge européen a considéré que les dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité CE, notamment les dispenses de publicité préalable, doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que des circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement¹⁴²⁴. Ainsi, le juge administratif doit exercer son contrôle sur la motivation du recours à cette procédure¹⁴²⁵. Ce contrôle va s'exercer sur toutes les raisons qui donnent à l'acheteur public la faculté de négocier sans publicité et mise en concurrence ; tel est le cas pour l'urgence impérieuse¹⁴²⁶ ou les circonstances matérielles¹⁴²⁷.

688. Enfin, le concours permet également d'avoir un certain niveau de négociation. Selon cette procédure le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis du jury, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours un marché¹⁴²⁸. Le déroulement de cette procédure

¹⁴²¹ CE, 11 août 2009, *Sté Val'Horizon – Synd. Emeraude, synd. mixte pour la collecte et le traitement des déchets de la vallée de Montmorency*, req. n° 325465.

¹⁴²² CE, 14 mars 1997, *Préfet du Maine-et-Loire*, req. n° 146011 ; *Marchés publics* 1997/4, p. 29, concl. Bergeal.

¹⁴²³ Voir dans ce sens, CE, 30 septembre 2011, *Dpt de la Haute-Savoie, Sté GTS*, req. n° 350153 et 350992 ; BJCP 2011. P. 448, concl. Dacosta ; CE, 23 novembre 2011, *Cité urbaine de Nice Côte-d'Azur*, req. n° 351570, Lebon T. 1009.

¹⁴²⁴ CJCE, 18 mai 1995, *Commission c/ Italie*: aff. C-57/94 ; CJCE, 28 mars 1996, *Commission c/ Allemagne*: aff. C-318/94 ; CJUE, 27 octobre 2011, *Commission c/ Grèce*, aff. C-601/10: *Contrats et Marchés publ.* 2012, n° 12, note Eckert.

¹⁴²⁵ Voir dans ce sens, CE, 14 janvier 1987, *Commissaire de la République de la Meuse*, req. n° 5855, Lebon T. 820 ; CE, 2 novembre 1988, *Préfet des Hauts-de-Seine c/ OPHLM de Malakoff*, req. n° 64954, Lebon T. 891 ; CE, 13 juillet 2007, *Synd. d'agglomération nouvelle Ouest Provence*, req. n° 296096, Lebon T. 692 ; *Contrats et Marchés publ.* 2007, n° 266, obs. Zimmer ; CE, 2 octobre 2013, *Dpt de l'Oise*, req. n° 368846 ; BJCP 2014. P. 43, concl. Dacosta.

¹⁴²⁶ CE, 11 octobre 1985, *Cie gén. de construction téléphonique*, req. n° 38788, Lebon, P. 281 ; CE, sect., 26 juillet 1991, *Cne de Sainte-Marie (Réunion)*, req. n° 117717, Lebon, P. 302.

¹⁴²⁷ CE, 8 janvier 1992, *Préfet, commissaire de la République du Dpt des Yvelines*, req. n° 85439.

¹⁴²⁸ L'article 38 du CMP.

permet d'avoir deux types de contact avec les candidats. Tout d'abord, le jury peut inviter les candidats à répondre aux questions qu'il a consignées dans le procès-verbal afin de clarifier tel ou tel aspect d'un projet¹⁴²⁹. Cependant, cette communication entre le jury et les candidats n'est pas une négociation et « *ne saurait avoir pour objet ni pour effet de permettre la mise en conformité d'une offre avec le programme de la consultation* »¹⁴³⁰. D'autre part, « *le ou les lauréats seront invités à négocier et le marché qui fait suite au concours sera attribué* »¹⁴³¹. Ici, que reste-t-il donc à négocier ?

C) La négociation et la convention de délégation de service public

689. La phase de négociation constitue une des particularités de la procédure de passation des contrats de délégation de service public. Cette particularité, qui est l'une des facettes de l'exercice de la liberté contractuelle, provient du fait que c'est le principe de l'*intuitu personae* qui caractérise le choix du délégataire de service public.

690. La négociation est une étape essentielle dans la procédure de passation de délégation de service public, ce qui constitue une différence remarquable avec les marchés publics, dès lors que dans la conclusion de ces derniers le recours à la négociation s'avère exceptionnel. L'objectif de cette négociation pour les conventions de délégation de service public, selon le professeur Praconnier, est triple : « *Il s'agit d'abord de faire en sorte que les offres qui ont été proposées correspondent au mieux aux attentes et aux besoins de l'autorité délégante. Il s'agit donc de les corriger ou de les adapter. Il s'agit également, pour le délégataire potentiel, de négocier un équilibre financier satisfaisant qui lui permette de gérer le service dans des conditions optimales tout en s'assurant une rémunération suffisante. Il s'agit, enfin, de mettre au point les dispositifs de contrôle du délégant sur le délégataire et d'envisager, le cas échéant, la répartition de la charge des travaux d'entretien ou de maintenance. Globalement, la négociation vise donc à finaliser le contrat de délégation, dans le respect du document de consultation et, plus largement dans le respect de l'égalité de traitement entre les candidats* »¹⁴³².

691. La question qui se pose ici est de savoir si l'application actuelle du principe de l'*intuitu personae* permet d'avoir une interprétation étendue des éléments qui peuvent faire

¹⁴²⁹ L'article 70 du CMP.

¹⁴³⁰ CAA Douai, 19 juin 2012, *M. B et M. C*, req. n° 10DA01598.

¹⁴³¹ L'article 70 du CMP.

¹⁴³² S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, 2^e édition, PUF, 2007. P. 532.

l'objet d'une négociation. L'analyse de la réglementation édictée en ce domaine montre que l'*intuitu personae* perd de plus en plus sa place dans les conventions de délégation de service public. En effet, depuis la loi du 29 janvier 1993, le principe de l'*intuitu personae* a fait l'objet de plusieurs restrictions en raison de l'imposition du respect des principes généraux de la commande publique. Ces restrictions ont eu des conséquences aussi sur le contenu de la négociation menée au cours de la procédure de passation. Selon l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales, « *Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire* ». Ainsi, la négociation doit commencer à partir des offres présentées selon les caractéristiques définies dans l'appel à la concurrence. De ce fait, la négociation ne peut avoir une application étendue¹⁴³³ ; elle doit rester une négociation ; « *elle ne saurait permettre un bouleversement des données de la mise en concurrence telles qu'elles résultent de l'avis de la publicité et des documents présentant les caractéristiques de la délégation envisagée* »¹⁴³⁴. Dès lors, « *au stade de la négociation, une procédure de mise en concurrence lancée en matière de gestion du service public de distribution de l'eau potable ne saurait déboucher sur un transfert du service de l'assainissement. De même, une procédure de mise en concurrence lancée pour la gestion des cantines scolaires ne saurait aboutir à la conclusion d'un contrat de délégation étendu globalement à la restauration collective (personnes âgées, crèches, centres de loisirs...)* »¹⁴³⁵.

692. Selon la même logique restrictive, la personne publique ne peut recourir à la négociation directe avec une entreprise déterminée. L'article L. 1411-8 du Code général des collectivités territoriales limite effectivement l'application d'une telle possibilité en disposant que « *le recours à une procédure de négociation directe avec une entreprise déterminée n'est possible que dans le cas où, après mise en concurrence, aucune offre n'a été proposée ou n'est acceptée par la collectivité publique* ».

693. La position d'office du juge administratif va également dans le sens d'une interprétation restrictive de la mise en œuvre de la négociation. Après avoir reconnu, avant l'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993, un large pouvoir de négociation aux

¹⁴³³ Voir dans ce sens, J-F. LACHAUME et al, *Droit des services publics*, Armand Colin, 3^e édition, 2004, P. 273 et s.

¹⁴³⁴ N. SYMCHOWICZ, « La notion de délégation de service public », *AJDA*, 1998, P. 212.

¹⁴³⁵ *Ibid.*

personnes publiques dans la conclusion des conventions de délégation de service public¹⁴³⁶, le juge administratif a ensuite adopté une ligne similaire à celle applicable aux marchés publics. Il a ainsi limité les adaptations qui peuvent être apportées à l'objet du contrat. D'après lui, la personne responsable de la passation du contrat peut apporter, au cours de la consultation, des adaptations à l'objet du contrat envisagé lorsque ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire¹⁴³⁷. A la lumière de cette orientation la Cour administrative d'appel de Paris a pu annuler l'ensemble des contrats constituant la délégation du service public¹⁴³⁸. En l'espèce, alors qu'était prévue la construction de trois parcs de stationnement souterrains, le contrat finalement conclu après négociation ne portait plus que sur la réalisation d'un seul, représentant une diminution d'un tiers du montant des travaux, la construction des deux autres étant traitée en option. Par voie de conséquence, les modifications intervenues en cours de procédure ont été jugées de nature à fausser les règles de concurrence entre les entreprises et ont justifié l'annulation de l'ensemble des contrats constituant la délégation de service public. En revanche, si certaines offres ne correspondent pas exactement aux exigences de service public énoncées dans le règlement particulier d'appel d'offres, la collectivité peut, sans manquer aux obligations de mise en concurrence, dans le cadre des discussions prévues à l'article L. 1411-5, demander à certains des candidats de modifier leur offre afin qu'elle satisfasse ces exigences¹⁴³⁹.

694. Après avoir constaté les restrictions imposées au recours à la négociation et à son contenu, tant pour les marchés publics que pour les conventions de délégation de service public, pourrait-on parler d'une négociation similaire à celle qui pourrait être exercée dans la sphère du droit privé ? Autrement dit, même dans les cas autorisant la négociation, la personne publique peut-elle vraiment négocier de façon libre les termes de son contrat ? Ou, n'est-ce pas mieux de qualifier ces négociations de « discussions » qui ont pour but de clarifier les besoins à satisfaire et leurs spécifications techniques ?

¹⁴³⁶ CE, ass., 3 mars 1993, *Assoc. des amis de la forêt de Saint-Germain*, req. n° 126719 et 126821 ; *AJDA*, 1993, P. 387, chron. Maugué et Touvet ; *CJEG* 1993. P. 360, concl. Sanson ; La solution rendue était la suivante : « Aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe du droit des concessions n'interdit à l'autorité publique de modifier ultérieurement les termes de l'offre, notamment pour y apporter les améliorations qu'elle juge nécessaires ».

¹⁴³⁷ CE, 21 juin 2000, *Synd. intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise*, req. n° 209319, Lebon, P. 283 ; *BJCP* 2000, P. 361, concl. Bergeal ; *RFDA*, 2000, P. 1031, concl. Bergeal ; voir également, CE, 29 avril 2002, *Groupement des associations de l'ouest parisien et autres*, Lebon T. 810, 891 et 895 ; *Contrats et Marchés publ.* 2002, n° 177.

¹⁴³⁸ CAA Paris, 13 juin 2006, *Cne d'Asnières-sur-Seine*, req. n° 03PA03602 ; *AJDA*, 2006, P. 1844, note Dreifuss.

¹⁴³⁹ CE, 14 mars 2003, *Sté Air Lib*, req. n° 251610, Lebon T. 861 ; *AJDA*, 2003, P. 1052, note Dreyfus.

Sous-section II

La qualification du contrat n'est pas abandonnée à la volonté des parties contractantes

695. La qualification du contrat constitue une des manifestations de l'exercice de la liberté contractuelle. Elle signifie, pour que cette dernière soit effective, que les parties contractantes ont la faculté de déterminer le régime juridique applicable au contrat conclu¹⁴⁴⁰. Cette possibilité, qui trouve une application certaine dans le droit privé, ne peut pas être exercée de la même manière pour les contrats des personnes publiques. En pratique, « *la délimitation des deux catégories contractuelles des personnes publiques, contrat administratifs et contrats de droit privé, est à la fois floue, fluctuante et incertaine. Elle est floue parce que le législateur ne procède que ponctuellement à des qualifications expresses et impératives des contrats. Elle est dès lors fluctuante parce qu'elle repose d'une façon complémentaire sur les critères mis en œuvre par la jurisprudence et intégrant des éléments aléatoires de qualification. Elle est enfin incertaine car elle n'est jamais à l'abri de revirements jurisprudentiels* »¹⁴⁴¹. En effet, la qualification des contrats des personnes publiques est soumise à une double restriction : la première provient de la détermination préalable du régime juridique applicable « *public-privé* » ; la seconde est liée aux besoins à satisfaire qui induisent la procédure applicable « *marché public- convention de délégation de service public* ». Les fondements de ces restrictions sont à rechercher dans la volonté législative et l'interprétation jurisprudentielle.

A) L'imposition de la qualification par la voie législative

696. L'importance de la détermination du système juridique applicable au contrat ne se limite pas à connaître la juridiction compétente pour se prononcer sur les contentieux suscités au cours de l'exécution dudit contrat, mais elle s'étend aussi à la précision de la souplesse applicable à la détermination du contenu du contrat. En effet, si la personne publique a voulu

¹⁴⁴⁰ François Collart-Dutilleul et Philippe Delebecque définissent l'opération fonctionnelle de la qualification en tant qu'opération qui « vise à mettre en relief l'élément du contrat qui permet de le rattacher à une catégorie juridique préexistante », *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 6^e éd. 2002, n° 24, mentionné dans, S. BRACONNIER, « Les limites de l'opération de qualification des contrats administratifs, L'exemple des polices d'abonnement conclues par les collectivités locales avec les gestionnaires de services publics industriels et commerciaux », *AJDA*, 2006, P. 2103.

¹⁴⁴¹ A. HASTINGS-MARCHADIER, « Les contrats de droit privé des personnes publiques et la liberté contractuelle », *AJDA*, 1998, P. 683.

conclure certains contrats dans la sphère du droit privé, – afin d’avoir une marge de manœuvre plus large pour déterminer les termes de son contrat avec son cocontractant, c’est-à-dire, afin d’exercer une « liberté contractuelle » plus étendue –, la qualification du contrat comme administratif ôtera à la personne publique cette flexibilité souhaitée.

697. L’intervention du législateur à l’égard de la pré-qualification du contrat est considérable. Elle a abouti à plusieurs reprises à qualifier les contrats en question de contrats administratifs en privant ainsi la personne publique de toute faculté de qualifier son contrat. Par voie de conséquence, ces contrats sont soumis à l’obligation générale de respect des principes régissant la commande publique, notamment l’égalité de traitement.

Il ressort de cette intervention que le législateur a l’intention de faire du contrat administratif le moyen contractuel quasi-unique, pour ne pas dire unique, pour satisfaire les besoins publics. En pratique, plusieurs exemples peuvent démontrer cette volonté législative orientée vers l’unification du régime applicable aux contrats des personnes publiques.

698. Ainsi, mentionnons la qualification des marchés publics en tant que contrats administratifs sans prise en considération des moyens traditionnels de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit commun. En effet, alors que l’ancien Code des marchés publics a défini les marchés publics en tant que « *contrats passés, dans les conditions prévues au présent code, par les collectivités publiques en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services* »¹⁴⁴², sans préciser le régime juridique applicable à ceux-ci¹⁴⁴³, la loi du 11 décembre 2001¹⁴⁴⁴ a qualifié les marchés publics de contrats administratifs quels que soient leurs clauses et leur objet. L’ancienne définition des marchés publics a permis aux collectivités publiques de préciser le régime applicable à ces contrats en considérant l’existence d’une clause exorbitante qui constituait le moyen essentiel de distinction entre les deux types de contrats¹⁴⁴⁵. Par conséquent, « *si cette disposition a le mérite de simplifier le choix du juge compétent, de lever certaines incertitudes et d’éviter les interprétations jurisprudentielles contradictoires, elle introduit néanmoins un certain bouleversement dans la*

¹⁴⁴² Définition prévue à l’article 1^{er} du CM.P de 1964.

¹⁴⁴³ Une telle situation a incité certains auteurs à considérer qu’il n’existait pas d’incompatibilité entre le Code des marchés publics et le droit privé ; voir dans ce sens les auteurs du *Traité des contrats*, n° 195 ; F. LLORENS, *Contrats d’entreprise et marchés de travaux publics*, LGDJ, 1981, P. 57 ; L. RICHER, « Le marché public : problèmes actuels de définition », CJEG 1986, P. 37.

¹⁴⁴⁴ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF), JORF n°288 du 12 décembre 2001, P. 19703.

¹⁴⁴⁵ Concernant la clause exorbitante voir, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 83 et s.

mesure où elle met fin à la liberté contractuelle des parties »¹⁴⁴⁶. De plus, l'impact de cette loi ne va pas être limité aux marchés conclus après son entrée en vigueur mais va s'étendre également aux marchés conclus avant la loi. Le tribunal des conflits a confirmé de tels effets en précisant que « *les litiges relatifs à la passation, à l'exécution et au règlement de contrats pris en application du code des marchés publics, passés avec une personne morale de droit public pour répondre aux besoins de celle-ci en matière de travaux, de fournitures ou de services relèvent de la compétence des juridictions administratives. L'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 (Murcef) détermine cette compétence à compter de la date de son entrée en vigueur, y compris pour les contrats en cours, à l'exception de ceux portés devant le juge judiciaire avant cette date* »¹⁴⁴⁷.

699. Un autre exemple de l'imposition de la qualification administrative du contrat se trouve dans les contrats de partenariat. Malgré la particularité de ce contrat résultant de circonstances particulières qui justifient sa conclusion en vertu de l'article L. 1414-1 du Code général des collectivités territoriales, le contrat de partenariat ne peut être qu'administratif.

700. Le secteur de l'énergie électrique constitue également un autre champ de l'intervention législative et restrictive pour la qualification du contrat. La Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité a en effet imposé dans son dixième article¹⁴⁴⁸ le caractère administratif à certains contrats conclus entre EDF et les autres distributeurs d'électricité. Il a également attribué à cet article le caractère interprétatif, c'est-à-dire, rétroactif¹⁴⁴⁹. Cette nature administrative du contrat a été codifiée par l'Ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie, dans l'article L. 314-7 qui dispose que « *Les contrats conclus en application de la présente section par Electricité de France et les entreprises locales de distribution sont des contrats administratifs* ». Ainsi, par la qualification administrative de ces contrats, le législateur n'a pas posé une restriction de la liberté contractuelle d'une personne publique mais à celle d'une personne privée dès lors qu'EDF est devenue depuis 2004 une société anonyme. Dans ce cadre, le Conseil d'Etat a jugé qu'il n'y a pas lieu à QPC relative à la disposition législative attribuant compétence au juge administratif sur les contrats d'achat obligatoire d'électricité car « *ces dispositions n'ont ni pour objet ni*

¹⁴⁴⁶ S. PIGNON, « La réforme de la commande publique », *AJDA*, 2002, P. 33.

¹⁴⁴⁷ TC, 17 décembre 2007, *Société Lixxbail*, req. C 3651.

¹⁴⁴⁸ « Les contrats régis par le présent article sont des contrats administratifs qui ne sont conclus et qui n'engagent les parties qu'à compter de leur signature. Le présent alinéa a un caractère interprétatif ».

¹⁴⁴⁹ Voir dans ce sens, F. MACAGNO, « Le Grenelle II et la nature administrative des contrats d'achat d'électricité », *Contrats et marchés publics* n°1, janvier 2011, étude n° 1.

pour effet de modifier l'économie des contrats en cause dont le régime juridique est entièrement déterminé par la loi »¹⁴⁵⁰.

701. Le dernier exemple de qualification législative concerne les contrats d'occupation du domaine public. Auparavant, la jurisprudence distinguait entre deux catégories de contrats d'occupation du domaine public : si le cocontractant était chargé d'une mission de service public le contrat était administratif ; si l'activité du cocontractant n'était pas constitutive d'un service public, le contrat était de droit privé¹⁴⁵¹. Toutefois, la qualification ne sera plus laissée aux parties contractantes après le décret-loi du 17 juin 1938 qui a imposé la qualification administrative à ces contrats en précisant que « *sont portés en premier ressort devant le conseil de préfecture sauf recours au Conseil d'Etat, les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou dénomination, passés par l'Etat, les départements, les communes ou leurs concessionnaires* ». L'attribution de la compétence juridictionnelle au juge administratif a été motivée par le fait que « *le domaine public est par sa nature essentiellement hors du commerce en conséquence les contrats auxquels sa gestion peut donner lieu sont des actes administratifs qui échappent à ce titre tant à la compétence des tribunaux judiciaires qu'aux règles de fond de notre législation civile* »¹⁴⁵². Depuis 2006, cette qualification administrative a été codifiée dans l'article L. 2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques en vertu duquel sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs « *1° Aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires* ». L'application de la qualification administrative des contrats d'occupation des domaines publics n'accepte ainsi aucun rôle de la volonté des parties contractantes.

B) Les pouvoirs étendus de requalification du contrat par le juge administratif

702. Le rôle accordé au juge administratif en tant que garant de la bonne application des principes généraux de la commande publique a abouti à attribuer, de plus en plus, à ce dernier des pouvoirs étendus à l'égard de la qualification du contrat. Dans ce cadre le juge administratif est tenu, même implicitement, d'exercer une analyse approfondie de la

¹⁴⁵⁰ CE, 5 juin 2013, *Société MSO Sablirot*, req. n° 366671.

¹⁴⁵¹ Voir dans ce sens, TC, 11 janvier 1937, *Chavon*, S. 1938, 3, 57, note Alibert.

¹⁴⁵² S. 1938, 4, 879.

qualification donnée par l'administration contractante et son cocontractant afin de préciser sa pertinence ou non et par voie de conséquence la procédure applicable¹⁴⁵³. En pratique, l'exercice d'un tel pouvoir a conduit à limiter la faculté de qualification du contrat par les parties contractantes qui constitue portant un des aspects essentiels de l'exercice de la liberté contractuelle. Cette limitation n'est faite non seulement par les textes législatifs mais également à travers la jurisprudence rendue en la matière.

a) Les critères jurisprudentiels de la qualification

703. Traditionnellement, la qualification du contrat reposait essentiellement sur la présence ou non d'une clause exorbitante manifestant la volonté de la personne publique contractante d'exclure ce contrat du droit commun, ou le contraire. Conceptuellement, la notion de clause exorbitante repose sur la distinction entre gestion privée et gestion publique et, en conséquence, sur l'idée que les personnes publiques peuvent se comporter comme des personnes privées¹⁴⁵⁴. Il y a longtemps déjà, le commissaire du gouvernement M. Romieu a souligné, dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'Etat de 1903 « *Terrier* », qu'« *il peut se faire que l'administration, tout en agissant non comme personne privée (NB : ce qu'elle fait pour la gestion de son domaine privé), mais comme personne publique, dans l'intérêt d'un service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique, et se place volontairement dans les conditions d'un particulier, soit en passant un de ces contrats de droit commun, d'un type nettement déterminé par le Code civil (location d'un immeuble, par exemple, pour y installer les bureaux d'une administration), qui ne suppose par lui-même l'application d'aucune règle spéciale au fonctionnement des services publics, soit en effectuant une de ces opérations courantes, que les particuliers font journellement, qui suppose des rapports contractuels de droit commun, et pour laquelle l'administration est réputée agir comme un simple particulier : commande verbale chez un fournisseur, salaire à un journalier, expéditions par chemin de fer aux tarifs du public, etc.* »¹⁴⁵⁵. Inspiré par cette analyse, le Conseil d'Etat a retenu, dans son arrêt *Compagnie d'assurances Le Soleil*, la compétence judiciaire à propos d'une action en responsabilité d'une commune propriétaire contre l'Etat occupant un immeuble au motif que l'« *occupation de cet immeuble a eu lieu non en vertu d'un acte régulier et permanent d'affectation, mais en vertu*

¹⁴⁵³ Voir dans ce sens, F. DIEU, « L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuels », *AJDA*, 2007, P. 783.

¹⁴⁵⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 83.

¹⁴⁵⁵ Conclusions Romieu sous CE, 6 février 1903, *Terrier*, S. 1903, 3, 27, note Hauriou.

d'un accord qui, par sa nature et ses effets, rentre dans la catégorie des contrats de droit civil »¹⁴⁵⁶.

704. La première mention jurisprudentielle et expresse de la « *clause exorbitante du droit commun* » a été faite au cours des années 1920¹⁴⁵⁷. Le Conseil d'Etat a défini la clause exorbitante comme « *clause ayant pour objet 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* »¹⁴⁵⁸. L'identification de l'existence de cette clause doit être effectuée en fonction des circonstances entourant le procès. En effet, malgré la définition donnée à la clause exorbitante, « *il n'existe pas un critère général de la clause exorbitante et les solutions jurisprudentielles sont parfois imprévisibles, à la fois parce que l'appréciation du caractère exorbitant est empreinte d'une certaine subjectivité et parce que le droit privé lui-même évolue et peut faire couramment place aujourd'hui à des techniques jadis ignorées ou exceptionnelles* »¹⁴⁵⁹. Cependant, on constate que le juge identifie facilement l'existence de cette clause dès lors que la seule référence à un cahier des charges donne au contrat un caractère administratif¹⁴⁶⁰. Dans un arrêt récent, le Conseil d'Etat a ainsi jugé que « *le renvoi aux stipulations d'un CCAG doit être regardé comme introduisant dans le contrat des clauses exorbitantes du droit commun ; il en résulte que marché passé par un GIP en application de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics présente un caractère administratif* »¹⁴⁶¹.

705. La détermination du régime applicable aux contrats de l'administration n'est pas seulement réalisée par l'identification de la clause exorbitante. En effet, la jurisprudence a introduit un autre critère qui permet de déterminer le régime pertinent. Ce critère est celui de la présence d'un lien avec le service public. Ainsi, dans la doctrine comme dans la jurisprudence, il est admis que le contrat est administratif¹⁴⁶² lorsqu'il constitue une modalité de l'exécution même du service¹⁴⁶³, lorsqu'il fait participer à cette exécution¹⁴⁶⁴, lorsqu'il

¹⁴⁵⁶ CE, 4 juin 1910, *Compagnie d'assurances Le Soleil*, Lebon, P. 446, concl. Feuilletoy.

¹⁴⁵⁷ Ex, CE, 7 mars 1923, *Lossifoglu*, Lebon, P. 222.

¹⁴⁵⁸ CE, 20 octobre 1950, *Stein*, Lebon, P. 505.

¹⁴⁵⁹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 84.

¹⁴⁶⁰ CE, Sect. 17 novembre 1967, *Roudier de la Brille*, Lebon, P. 428 ; *AJDA*, 1968, P. 98 ; CE, 2 octobre 1981, *Commune de Borce*, Lebon, P. 654.

¹⁴⁶¹ CE, 3 juin 2009, *GIE Carte du professionnel de santé*, req. n° 319103.

¹⁴⁶² L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 90.

¹⁴⁶³ CE, 29 mai 1925, *Décatoire*, Lebon, P. 534 ; CE, 6 novembre 1925, *Lefèvres-Utile*, Lebon, P. 868.

confie l'exécution même du service¹⁴⁶⁵, lorsqu'il organise le service¹⁴⁶⁶. La question qui se pose ici est de savoir quel est le degré de relation avec le service public qui permet de qualifier le contrat d'administratif ?¹⁴⁶⁷ La mise en œuvre de ce critère montre une difficulté car il exige en premier lieu la vérification de l'existence d'un service public, et en second lieu la vérification de l'existence d'un rattachement entre le contrat en cause et le service public. L'application jurisprudentielle de ce critère nous semble étendue dès lors que la qualification de contrat administratif peut être retenue même dans le cas où le contrat n'opère pas une délégation globale ; il suffit de confier l'exécution d'une partie d'un service public¹⁴⁶⁸. En ce sens, le Conseil d'Etat énonce qu'« *Indépendamment des cas dans lesquels le législateur lui-même a entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; même en l'absence de prérogatives, une personne privée doit aussi être regardée comme assurant une mission de service public lorsqu'il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, son organisation et son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées et aux mesures prises pour vérifier que les objectifs assignés sont atteints* »¹⁴⁶⁹. En revanche, le contrat qui confie à une personne privée des tâches de gestion du domaine privé d'une personne publique n'a pas pour objet de lui confier l'exécution d'un service public et constitue un contrat de droit privé¹⁴⁷⁰.

b) L'application étendue du pouvoir de requalification du contrat par le juge administratif

706. A la suite de la multiplication des directives européennes renforçant le rôle prépondérant des principes de la transparence et l'égalité de traitement pour les contrats conclus par les personnes publiques, le rôle du juge administratif, à l'égard de la qualification

¹⁴⁶⁴ CE, 4 juin 1954, *Affortit et Vingtain*, Lebon, P. 342, concl. Chardeau ; CE, 16 décembre 1992, *SA International décor*, Lebon T. 1101 ; CE, 8 juin 1994, *Société Codiam*, Lebon, P. 294 ; TC, 23 février 2004, *Sté Leasecom, Contrats et marchés publ.*, 2004, n° 63.

¹⁴⁶⁵ CE, 20 avril 1956, *Bertin*, req. n°98637, Lebon, P. 167.

¹⁴⁶⁶ CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte d'assainissement de la région du Pic-saint-Loup*, req. n° 290540, BJDCP 2009, n° 63, P. 151, concl. Da Costa ; TC, 15 décembre 2008, *Voisin*, *AJDA*, 2009, P. 369, chron. Lieber et Botteghi.

¹⁴⁶⁷ Voir dans ce sujet, L. RICHER, précité, P. 93 et s.

¹⁴⁶⁸ CE, 4 juillet 1969, *Trouvé*, Lebon, P. 360 ; TC, 24 juin 1996, *Préfet de l'Essonne*, Lebon, P. 546.

¹⁴⁶⁹ CE, sect., 22 février 2007, *Assoc. du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, req. n° 264541, Lebon, P. 92, concl. Vérot ; *AJDA*, 2007, P. 793, chron. Lenica et Boucher ; JCP Adm. 2007, note Guglielmi et Koubi ; voir aussi, CE, 5 octobre 2007, *Sté UGC-Ciné-cité*, req. n° 298773 : *AJDA*, 2007, P. 2260, note Dreyfus.

¹⁴⁷⁰ TC, 10 juillet 1956, *Sté des Steeple-chases de France*, Lebon, P. 587.

du contrat, s'est élargie. Il n'est plus seulement limité à déterminer le régime contractuel applicable mais il va également déterminer le régime procédural applicable selon les circonstances du procès. L'utilisation par le juge de son pouvoir de requalification du contrat porte atteinte à la liberté contractuelle des parties contractantes dans la mesure où cette requalification pourrait aboutir à appliquer au contrat en cause des obligations auxquelles les parties contractantes ont voulu échapper. Cette pratique est constatée notamment lorsque le juge requalifie le contrat d'administratif alors que la volonté des parties est que le contrat soit régi par le droit commun. De même, elle est manifeste lorsque le juge requalifie une convention de délégation de service public en marché public.

707. En pratique, il nous semble donc que la jurisprudence ne permette pas aux parties contractantes de choisir le régime applicable à leurs contrats. En dehors de la détermination des termes de leur contrat, la précision du régime applicable ne peut être abandonnée à la volonté des parties contractantes. En effet, la Cour de cassation a précisé que « *la compétence, qui est d'ordre public, ne dépend pas des parties, mais de la loi* »¹⁴⁷¹. Ainsi, si les parties contractantes ont inséré dans leur contrat des clauses exorbitantes du droit commun, le contrat sera qualifié d'administratif même s'il prévoit qu'il est soumis au régime de droit privé¹⁴⁷². En conséquence, le rôle de la volonté dans ce domaine est indirect, c'est-à-dire que « *les parties ont bien la liberté de déterminer les conditions dans lesquelles la prestation sera fournie, mais ces conditions une fois définies, le juge détermine si elles sont compatibles ou non avec un régime de droit privé. Il ne revient pas aux parties de faire porter directement leur volonté sur le choix du droit public ou du droit privé* »¹⁴⁷³. Le doyen Vedel part dans ce sens en soulignant que : « *le point de savoir si, en insérant des clauses inusuelles dans leur contrat, les parties ont ou non souscrit à un régime de puissance publique, ne peut dépendre de leur seule volonté. Tout d'abord, il s'agit d'un régime objectif qui ne peut être accepté ou répudié à la volonté. Ensuite et surtout, la présence d'une personne publique au contrat ne permet pas de croire que les clauses qui seraient bien peu vraisemblables entre des particuliers aient été écrites sous une influence autre que celle de la puissance publique. Le caractère inusuel de la clause a un sens qu'il ne faut pas minimiser ; il témoigne que, si ce n'était pas une personne publique qui avait contracté, la clause n'aurait pas été écrite* »¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷¹ Cass. Com. 5 janvier 1953, *Gagneux*, Bull. III, n° 3, P. 2 ; Cass. Soc. 23 juillet 1985, Bull. civ. V, n° 428

¹⁴⁷² TC, 29 juin 1987, *Ficheux*, Rec. T. 776.

¹⁴⁷³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 89.

¹⁴⁷⁴ G. VEDEL, « Remarques sur la notion de clause exorbitante », in. *Mélanges Mestre*, 1956, P. 559.

En conséquence, la volonté commune des parties contractantes ne peut jouer un rôle déterminant à l'égard de la précision du régime applicable au contrat.

708. En ce qui concerne la détermination du régime procédural applicable au contrat, le juge administratif a montré une orientation vers l'application du régime le plus formel, c'est-à-dire, celui qui implique un respect plus large des obligations de publicité et de mise en concurrence. Le Conseil d'Etat a précisé cette inclination dans son arrêt du 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, en précisant que lorsque l'appel à projets lancé par une collectivité peut conduire soit à une convention d'occupation du domaine public, soit à une convention de délégation de service public, il convient d'appliquer la procédure la plus rigoureuse¹⁴⁷⁵. En l'espèce, le raisonnement impliquait l'application de la procédure de délégation de service public. A la lumière de cette orientation on peut comprendre la requalification du contrat de délégation de service public en marché public.

709. Normalement, dans le cadre de sa mission de contrôle du respect des obligations de publicité et de mise en concurrence, le rôle du juge « *ne s'agit pas de rechercher si la personne publique a été animée par la préoccupation d'éluder... ses obligations... mais de constater que, étant donné les modalités de la mise au concours du projet de marché ou de convention, l'organisation de la publicité et de la concurrence n'a pas été ce qu'elle devait être* »¹⁴⁷⁶. Toutefois, l'exercice de cette mission va aboutir parfois, en cas de mauvais choix de la procédure, à requalifier le contrat conclu. Alors, « *l'opération de qualification du contrat doit se doubler d'une démarche plus finaliste prenant en compte les objectifs, notamment économiques des règles et mécanismes applicables* »¹⁴⁷⁷.

710. Afin de préciser la qualification du contrat, le juge peut recourir à plusieurs éléments participant à cette qualification et permettant de parler de son pouvoir étendu dans ce domaine. L'absence de contrôle exercé par la personne publique peut constituer un de ces éléments. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé qu'en l'absence de tout contrôle de la personne publique sur la programmation artistique et sur les tarifs des spectacles, le contrat par lequel la commune confie à une société l'organisation d'un festival de musique et lui accorde une subvention ne fait pas preuve d'une implication de la commune telle que les conditions

¹⁴⁷⁵ CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, req. n° 317671, Lebon T. 840 ; *AJDA*, 2009, P. 1174.

¹⁴⁷⁶ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2006, P. 1440 ; voir dans le même sens également, F. DIEU, « L'irrésistibilité extension des pouvoirs du juge des référés précontractuels », *AJDA*, 2007, P. 783.

¹⁴⁷⁷ S. BRACONNIER, « Les limites de l'opération de qualification des contrats administratifs », *AJDA*, 2006, P. 2100.

d'organisation de ce festival permettent de caractériser une mission de service public. Le contrat conclu à l'initiative de la commune n'est donc pas une délégation de service public mais un marché public de services¹⁴⁷⁸. Par ailleurs, le juge administratif se concentre, pour qualifier un contrat de convention de délégation de service public, sur les éléments concernant l'attribution de l'exploitation et la gestion. Il a ainsi jugé que « *le contrat ayant pour objet des travaux de modernisation, d'optimisation, d'extension et de création des installations du service public d'éclairage et de signalisation tricolore ainsi que l'exploitation de ce service ne confie pas au cocontractant l'exploitation ou la gestion d'un ouvrage public et ne saurait dès lors être qualifié de délégation de service public; il constitue par son objet un marché soumis au code des marchés publics* »¹⁴⁷⁹. De même, un contrat de restructuration, maintenance et réaménagement d'un collège constitue par son objet un marché, dès lors qu'il ne confie pas au cocontractant la gestion d'un service public au moyen de l'ouvrage qu'il était chargé de construire¹⁴⁸⁰.

711. Néanmoins, l'élément le plus important pour la qualification du contrat par le juge administratif est fondé sur la rémunération. L'article L.1411-1 du Code général des collectivités territoriales a identifié la convention de délégation de service public comme le contrat par lequel le cocontractant doit être rémunéré essentiellement par les résultats de l'exploitation du service. Il dispose ainsi qu'« *une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* ». Une telle large définition de ce critère législatif, d'origine jurisprudentielle¹⁴⁸¹, permet au juge administratif d'exercer un pouvoir considérable à l'égard de la requalification du contrat.

712. En premier lieu, il précise que la qualification du contrat de convention de délégation de service public ne peut être un moyen d'échapper aux formalités prévues dans le Code des marchés publics. Précisément, il a pu considérer qu'« *un contrat conclu par une commune avec une société pour la collecte et le transport des ordures ménagères ainsi que la gestion de la décharge communale qui prévoit que la rémunération du cocontractant est*

¹⁴⁷⁸ CE, 23 mai 2011, *Cne de Six-Fours-les-Plages*, req. n° 342520, Lebon, P. 255 ; *AJCT*, 2011, P. 467, obs. Fausser ; *AJDA*, 2011, P. 1515, note Dreyfus ; *BJCP* 2011, P. 258, concl. Boulouis, obs. R. S. ; *Dr. adm.* 2011, n° 79, note Pugeault ; *JCP Adm.* 2011. 2329, note Linditch ; *DGCT* 2012, n° 68, obs. Douence.

¹⁴⁷⁹ CE, 8 février 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Cne de La Ciotat*, req. n° 150931.

¹⁴⁸⁰ CE, 30 juin 1999, *Dpt de l'Orne, Sté Gespace France*, req. n° 169336 et 169545, Lebon, P. 227 ; *BJCP* 1999, P. 602, concl. Bergeal, obs. R.S. ; *AJDA*, 1999, P. 747.

¹⁴⁸¹ L'article L.1411-1 CGCT, issu de l'art. 3 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, consacre l'évolution de la jurisprudence précédente, sans mentionner le critère du risque d'exploitation.

*assurée au moyen d'un prix payé par la commune constitue un marché soumis aux règles régissant les marchés publics, même s'il a été conclu après l'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993..., dès lors que les dispositions de cette loi, et notamment celles de son article 38 relatif aux délégations de service public des personnes morales de droit public, n'ont pas eu pour objet et ne sauraient être interprétées comme ayant pour effet de faire échapper au respect de ces règles de tels contrats »¹⁴⁸². En deuxième lieu, l'interprétation jurisprudentielle des modalités de rémunération montre une tendance vers l'application de la qualification la plus rigoureuse, c'est-à-dire celle qui permet d'imposer des obligations plus strictes en matière de publicité et de mise en concurrence, dans les cas où les termes du contrat permettent une telle qualification. Dans ce sens le Conseil d'Etat a requalifié des traités de gérance en marchés publics en jugeant que : « lorsque la rémunération de l'exploitant comporte, pour le service des eaux, une partie fixe représentée par la location des compteurs et une partie proportionnelle au volume d'eau distribué et, pour le service d'assainissement, une partie proportionnelle au volume d'eau, ces rémunérations proportionnelles au service rendu constituent un prix versé par la commune; par suite, la conclusion de ces contrats, quelle que soit la qualification choisie par les parties, est soumise au respect des règles fixées par le code des marchés publics pour les marchés des collectivités locales »¹⁴⁸³. En troisième et dernier lieu, l'étendue du pouvoir du juge des référés dans ce domaine s'est élargie avec l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*. Selon cet arrêt, « pour qualifier un contrat de délégation de service public et en déduire les règles qui s'appliquent à sa passation, il appartient au juge, non seulement d'en déterminer l'objet, mais aussi d'apprécier si les modalités de la rémunération du cocontractant sont substantiellement liées aux résultats de l'exploitation de l'activité »¹⁴⁸⁴. Ainsi, pour requalifier un contrat le juge dispose de la faculté, et de l'obligation en même temps, de procéder à une analyse en cumulant des critères matériels, c'est-à-dire l'objet du contrat, et financiers, c'est-à-dire le mode de rémunération du cocontractant¹⁴⁸⁵.*

713. Le dernier critère sur lequel le juge administratif peut compter afin de préciser sa qualification du contrat est celui qui concerne le risque d'exploitation. Ainsi, pour qualifier un

¹⁴⁸² CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, req. n° 168325, Lebon, P. 137; *AJDA*, 1996, P. 806, chron. Chauvaux et Girardot; *RFDA*, 1996, P. 715, concl. Chantepy; *ibid.* P. 718, note Terneyre; *Dr. adm.* 1996, n° 355, note J.-B. Auby.

¹⁴⁸³ CE, 7 avril 1999, *Cne de Guilhaud-Granges*, Req. n° 156008, Lebon T. 878; *AJDA* 1999, P. 517, concl. Bergeal; *RFDA* 1999, P. 1134, note Douence et P. 1147, note Vidal.

¹⁴⁸⁴ CE 20 octobre 2006, *Cne d'Andeville*, Req. n° 289234, Lebon P. 434; *AJDA* 2006, P. 2340, concl. Casas; *Dr. adm.* 2007, n° 21, note Ménéménis.

¹⁴⁸⁵ Voir dans ce sens, F. DIEU, « *L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuels* », *AJDA* 2007, P. 783.

contrat de convention de délégation de service public, il est nécessaire qu'une part significative du risque d'exploitation demeure à la charge du cocontractant afin que sa rémunération soit regardée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation¹⁴⁸⁶. L'utilisation jurisprudentielle de ce critère ne permet pas, en réalité, de savoir comment est-il possible de juger que le risque est assez élevé pour qualifier un contrat de délégation de service. Le seul élément clair dans la jurisprudence est que pour décider que les rémunérations du cocontractant sont substantiellement assurées par les résultats de l'exploitation, le risque d'exploitation doit être réel¹⁴⁸⁷.

714. Finalement, il est intéressant de noter qu'à la suite de l'évolution juridique européenne au sujet de l'exigence de la transparence et de l'égalité de traitement, le risque de requalification du contrat est devenu de plus en plus élevé. C'est le cas par exemple pour les polices d'abonnement conclues par les collectivités locales avec les gestionnaires de services publics industriels et commerciaux¹⁴⁸⁸, ainsi que pour les subventions aux associations¹⁴⁸⁹.

715. En résumé, la qualification antérieure du contrat et la requalification postérieure par le juge constituent un autre domaine important de restriction de l'exercice de la liberté contractuelle en droit administratif.

Section II

La réglementation des clauses contractuelles

716. A l'instar du choix du cocontractant des collectivités publiques, l'opération de rédaction des clauses contractuelles est soumise à une réglementation restrictive. Ce constat

¹⁴⁸⁶ CE, 7 novembre 2008, Dpt de la Vendée, Req. n° 291794, Lebon T. 805; AJDA 2008 P. 2454, note Richer ; Voir également dans le même sens, CE, 19 novembre 2010, M. et Mlle Dingreville, Req. n° 320169, Lebon T. 699 ; Contrats Marchés publ. 2011, n° 22, note Eckert.

¹⁴⁸⁷ CE, 5 juin 2009, Sté Avenance-enseignement et santé, Req. n° 298641, Lebon T. 826; RJEP janvier 2010, P. 22, note Moreau.

¹⁴⁸⁸ S. BRACONNIER, « Les limites de l'opération de qualification des contrats administratifs », *AJDA*, 2006, P. 2099.

¹⁴⁸⁹ D. MOREAU, « Les risques de requalification des subventions aux associations en marchés ou en délégations de service publics », *AJDA*, 2002, P. 902.

souvent relevé par les défenseurs de la liberté contractuelle des personnes publiques¹⁴⁹⁰ constitue par conséquent une autre manifestation de limitation de l'exercice de la liberté contractuelle. Le professeur Guettier souligne à ce sujet que : « *Les règles qui s'imposent aux collectivités publiques lors de la rédaction de leurs contrats sont nombreuses et s'ajoutent les unes aux autres (même si, s'agissant des collectivités locales, celles-ci ont acquis depuis le début des années 1980 une liberté dont elles ne disposaient pas dans la rédaction de leurs contrats du fait que les lois de la décentralisation ont mis fin aux contrats et clauses types qui s'imposaient aux collectivités locales¹⁴⁹¹). Il y a en ce domaine une sorte de sédimentation successive des règles de fond applicables qui résultent des textes divers* »¹⁴⁹². Effectivement, les textes ne précisent pas ce que doit être exactement le contenu de ces clauses ; « *mais ils en définissent l'objet et en imposent l'inclusion, très certainement à peine de nullité, même s'ils ne le mentionnent pas toujours expressément* »¹⁴⁹³.

717. En pratique, il est difficile d'étudier toutes les clauses contractuelles en raison de l'ampleur et de la diversité des contrats qui peuvent être conclus par les personnes publiques. De ce fait, il nous semble plus logique de concentrer notre recherche sur les clauses générales, c'est-à-dire celles qui se trouvent normalement dans tous les contrats en laissant de côté les clauses spécifiques.

718. Ainsi, et afin de donner des exemples significatifs de la réglementation et d'encadrement des clauses contractuelles, nous analyserons, en premier lieu, la réglementation des clauses portant sur la durée (sous-section I), puis en deuxième lieu, nous nous intéressons à la réglementation des clauses financières (sous-section II), enfin, en dernier lieu, il s'agira de préciser l'encadrement de l'utilisation de certaines clauses (Sous-section III).

¹⁴⁹⁰ Voir dans ce sens, C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., précité, P. 167 et s ; M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 409 et s ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 213 et s.

¹⁴⁹¹ Ch. MAUGÛE, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, P. 696.

¹⁴⁹² C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 2e éd., précité, P. 167.

¹⁴⁹³ F. LLORENS, « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », *Contrats et marchés publ.*, n° 5, mai 2007, étude n° 6.

Sous-section I

La réglementation de la clause relative à la durée

719. La clause relative à la durée constitue un des éléments essentiels du contrat qui sert à déterminer la période durant laquelle les engagements contractuels vont produire leurs effets. L'exercice de la liberté contractuelle, à cet égard, doit permettre aux parties contractantes de déterminer librement la durée de leur contrat ainsi que la possibilité de le reconduire. Toutefois, pour les contrats de l'administration, cette faculté n'est pas vraiment laissée aux parties contractantes. En effet, il est intéressant de noter que la réglementation attache la détermination de la durée du contrat et de son renouvellement à certains éléments en laissant une marge d'appréciation aux parties contractantes moins importante que celle qui caractérise les contrats du droit privé. Les exemples les plus significatifs ici concernent les marchés publics et les conventions de délégation de service public.

A) La clause de durée dans les marchés publics

720. Le rapport entre la durée du contrat et les marchés publics pose plusieurs questions : l'existence de la clause de durée, la durée minimum ou maximum du contrat, la possibilité de renouveler le marché d'une manière expresse ou tacite. Si, auparavant, il a été estimé qu'« aucune règle ne limite la durée des marchés publics »¹⁴⁹⁴, sauf en cas d'existence d'une disposition exceptionnelle, l'analyse des textes en vigueur montre une tendance à un encadrement croissant de leur durée¹⁴⁹⁵.

721. D'abord, on constate que la précision de la durée du marché constitue un élément obligatoire pour son existence. Dans son arrêt du 28 mars 1980 *Société 2000*¹⁴⁹⁶, le Conseil d'Etat a implicitement jugé que le document qui ne détermine ni l'objet, ni la durée, ni les conditions de rémunération d'un travail, ne lie pas la personne publique qui l'a signé car il ne peut être considéré comme un contrat¹⁴⁹⁷. Cette obligation de préciser la durée du marché trouve également un autre fondement dans l'article 12 du Code des marchés publics d'après lequel, les pièces justificatives des marchés passés selon une procédure formalisée doivent

¹⁴⁹⁴ Ch. MAUGÛE, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, P. 697.

¹⁴⁹⁵ C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., précité, P. 170.

¹⁴⁹⁶ CE, 28 mars 1980, *Société Cabinet 2000*, req. n° 07703 ; *RDP*, 1981, P. 523.

¹⁴⁹⁷ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 138.

comporter obligatoirement, notamment, la mention de la durée d'exécution du marché ou les dates prévisionnelles de début d'exécution et d'achèvement.

722. L'obligation de déterminer la durée du marché n'est pas la seule obligation dans ce domaine. En effet, l'article 16 du même Code impose que la détermination de la durée soit fixée « *en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique* ». Cela signifie que la détermination de la durée du marché n'est pas totalement laissée à la volonté des parties contractantes mais elle doit prendre en considération la nature de la prestation concernée ainsi que les obligations découlant des principes de la commande publique.

723. L'estimation de la durée du marché n'est pas non plus entièrement à la disposition des parties contractantes. Plusieurs textes participent à cet encadrement. A titre d'exemple, l'article 16 précité mentionne clairement la manière générale de déterminer la durée du marché en imposant que la fixation de la durée soit réalisée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. De cette formulation il ressort que la conclusion des marchés à durée indéterminée devient illégale, dès lors que la durée indéterminée fait délibérément obstacle à l'application des procédures de publicité et de mise en concurrence¹⁴⁹⁸. A cet égard, le juge administratif a déclaré la nullité de l'ensemble des clauses d'un contrat en jugeant que « *La durée d'un contrat conclu entre deux personnes publiques et qui a pour objet, comme en l'espèce, l'organisation du service public de la distribution d'eau potable, ne saurait, sans qu'il soit porté une atteinte excessive, d'une part, aux principes qui régissent le fonctionnement du service public, et, notamment, au principe d'adaptabilité et, d'autre part, aux règles générales destinées à assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, auxquelles doit obéir la passation de tels contrats, être fixée sans aucune limitation. Dès lors, l'absence de toute stipulation limitant la durée de la convention attaquée par laquelle une commune s'est engagée à desservir en eau potable une autre commune, a pour effet d'entacher de nullité l'ensemble de ses clauses* »¹⁴⁹⁹. De même, l'article 35¹⁵⁰⁰ prévoit que la durée des marchés complémentaires de fournitures, ainsi que les marchés de services ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent, ne peut pas dépasser trois ans.

¹⁴⁹⁸ F. LINDITCH, « De la durée des marchés publics en général, et leur tacite reconduction en particulier, dans le nouveau Code des marchés publics », *Contrats et Marchés publ.*, n° 4, avril 2002, chron. n° 5.

¹⁴⁹⁹ CAA Nantes, 27 juin 2003, *Cne de Contres*, req. n° 00NT00635, Lebon T. 862.

¹⁵⁰⁰ Concernant les marchés passés selon la procédure négociée.

C'est le cas également pour les accords-cadres¹⁵⁰¹ et les marchés à bons de commande¹⁵⁰² qui ne peuvent pas dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans. S'agissant des marchés relatifs à des opérations de communication, la durée du contrat ne peut pas être supérieure à quatre ans. Précisément, l'article 68 dispose que : « *Lorsque les marchés relatifs à des opérations de communication sont passés conformément à la procédure de dialogue compétitif ou à la procédure négociée, ils peuvent comporter une ou plusieurs phases de réalisation dont le montant global est défini préalablement à l'exécution du marché. Ils sont alors passés pour une durée de quatre ans au plus* ».

724. Enfin, la réglementation encadre également le recours à la clause de reconduction. En principe, celle-ci est autorisée, cependant l'article 16 soumet ce type de clause aux mêmes obligations que la durée initiale, c'est-à-dire la reconduction doit être effectuée en tenant compte de la nature des prestations concernées ainsi que des principes généraux de la commande publique. L'article 16 dispose également que le marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions « *à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises* ».

725. La clause de reconduction peut être expresse ou tacite¹⁵⁰³. Selon l'article 16, « *Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer* ». Une telle formulation permet dans sa première lecture de penser que la réglementation autorise la formulation d'un nouveau contrat sans publicité ni mise en concurrence. Toutefois, l'analyse de l'ensemble de l'article 16 montre que la signification de la reconduction ici est « *plutôt une non-résiliation* »¹⁵⁰⁴. Dans le même sens, le Conseil d'Etat qualifie la reconduction d'un marché de « *poursuite* » du contrat. Il a ainsi jugé qu'« *en décidant de ne pas reconduire un marché après l'une des dates fixés par les stipulations du*

¹⁵⁰¹ L'article 76-V CMP.

¹⁵⁰² L'article 77-II CMP.

¹⁵⁰³ Auparavant, la clause tacite de reconduction était illégale, cependant le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 29 novembre 2000, a souligné, à l'égard des marchés soumis à l'obligation de publicité et de mise en concurrence, qu'« une clause de tacite reconduction d'un contrat qui, en raison de sa nature et de son montant, ne peut être passé qu'après que les obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par la réglementation applicable ont été respectées, a pour objet de permettre la passation d'un nouveau contrat sans que soient respectées de telles obligations. Une telle clause ne peut être que nulle, de sorte qu'un contrat passé en application de cette clause, qui a été conclu selon une procédure irrégulière, est également nul ». *Commune de Païta*, req. n° 205143, Lebon, P. 573; *Dr. adm.* 2001, n° 7; *AJDA*, 2001, P. 101; *ACL* 2001, n° 67.

¹⁵⁰⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 418.

*contrat, la personne responsable du marché met fin à son exécution avant le terme de la période totale d'exécution ; qu'en revanche, lorsqu'elle reconduit ce marché, elle prend simplement la décision de poursuivre son exécution qui ne fait pas naître... un nouveau marché par application d'une clause de reconduction »*¹⁵⁰⁵. En tous cas, le texte porte atteinte à la liberté contractuelle du cocontractant dès lors que si la personne publique contractante a voulu reconduire le marché, sauf stipulation contraire, le titulaire du marché ne peut pas refuser la reconduction. Par ailleurs, l'utilisation de la clause tacite de reconduction n'est pas sans limite, notamment si l'application de cette clause manifeste une volonté de faire obstacle aux règles de la concurrence. Cette irrégularité doit être considérée comme particulièrement grave¹⁵⁰⁶. Le Conseil d'Etat a ainsi estimé qu'un marché public renouvelé en 2001, puis en 2006, en application d'une clause de tacite reconduction tous les cinq ans et présente dans le contrat initialement conclu en 1991, est entaché d'une irrégularité dont la gravité ne permet pas de considérer l'obligation qui découlerait de ce contrat comme non sérieusement contestable¹⁵⁰⁷.

B) L'encadrement de la durée des conventions de délégation de service public

726. A l'instar des marchés publics, la durée des conventions de délégation de service public est soumise à une réglementation législative expresse et excessive. Dans son étude intitulée « *Les conventions de service public et le temps* », Christophe Bonnette a souligné que « *si la durée ne semble pas être un facteur déterminant de qualification des contrats de gestion déléguée, elle en constitue cependant une clause essentielle. La détermination de la durée des conventions de délégation de services publics ne doit pas, notamment, conduire à tenir en échec le principe de libre concurrence. Aussi, le législateur a-t-il entendu encadrer, sans pour autant l'entraver, la liberté des cocontractants de définir la durée initiale des conventions conclues* »¹⁵⁰⁸. L'article 40 de la loi du 29 janvier 1993 a ainsi posé une règle générale selon laquelle les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Le même article précise également le mode de calcul de cette durée en

¹⁵⁰⁵ CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP) et autres*, Lebon, P. 71 ; BJDPC 2005, n° 40, P. 187, concl. Casas ; *RFDA*, 2005, P. 483, concl. Casas ; *AJDA*, 2005, P. 668, note Dreyfus ; voir dans le même sens CAA Versailles, 18 octobre 2012, *Sté Altaïr Sécurité*, req. n° 10VE03167.

¹⁵⁰⁶ CE, 10 octobre 2012, *Cne de Baie-Mahault*, req. n° 340647 ; *RDI*, 2012, P. 622, note Noguellou ; *BJCP* 2013, P. 27, concl. Dacosta, obs. S.N.

¹⁵⁰⁷ CE, 20 avril 2011, *Cne de Baie-Mahault*, req. n° 342850 : *AJDA*, 2011, P. 1109, note Grand ; *Dr. adm.* 2011, n° 57, note Brenet.

¹⁵⁰⁸ Ch. BONNOTTE, « Les conventions de service public et le temps », *RFDA*, 2005, P. 89.

indiquant que celle-ci doit être déterminée par la collectivité publique « *en fonction des prestations demandées au délégataire* » cependant, si les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. Cette disposition, qui est codifiée à l'article 1411-2 du Code général des collectivités territoriales, a fait l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel au motifs qu'elle porte atteinte au principe de libre administration des collectivités locales, ainsi qu'à la liberté d'entreprendre des entreprises susceptibles d'être délégataires. Toutefois, la Haute Juridiction constitutionnelle a approuvé la légitimité de ce texte en justifiant les restrictions apportées à la détermination de la durée des conventions des délégations de service publics par le fait qu'« *Il est loisible au législateur, pour atteindre les objectifs de transparence et de concurrence qu'il s'assigne, de proscrire la conclusion de contrats de délégation de service public à durée indéterminée et d'indiquer que la durée des conventions doit tenir compte de la nature et du montant des investissements à réaliser par le délégataire; s'il a précisé à cette fin que la durée de la concession ne devait pas excéder la durée normale d'amortissement du bien, il a laissé ainsi sous le contrôle du juge une marge d'appréciation suffisante aux collectivités concernées pour la négociation des contrats dans chaque cas d'espèce, eu égard à la multiplicité des modes de calcul d'amortissement ainsi qu'à la diversité et à la complexité des installations susceptibles d'être concernées* »¹⁵⁰⁹. De cette formulation on peut déduire que, même pour la détermination de la durée du contrat, la priorité pour le juge constitutionnel, comme pour le juge administratif, est d'assurer le respect des principes de transparence et de libre concurrence ; ceci est le but même de la loi du 29 janvier 1993 consistant dans la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques. La réalisation de cet objectif « *est ainsi poursuivie au travers de l'encadrement plus rigoureux de la durée des contrats de gestion déléguée, afin de les soumettre à une mise en concurrence périodique* »¹⁵¹⁰. Cela aboutit à accorder à la volonté des parties une place secondaire, mais importante¹⁵¹¹, pour déterminer la durée de leur convention dès lors que cette détermination doit être calculée en fonction des prestations demandées ou, le cas échéant, de la nature et le montant de l'investissement ainsi que la durée normale de l'amortissement des installations mise en

¹⁵⁰⁹ C.C. Déc. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, considérant n° 42, Rec. P. 14 ; *RFDA*, 1993, P. 902, note D. Pouyaud.

¹⁵¹⁰ Ch. BONNOTTE, « Les conventions de service public et le temps », précité, P. 94.

¹⁵¹¹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 514.

œuvre. Ceci signifie que la durée du contrat dépend de la présence ou de l'absence d'investissements réalisés par le délégataire, et, par voie de conséquence, elle sera moins étendue dans le second cas que dans le premier. Ainsi, l'appréciation de la durée ne sera pas entièrement abandonnée à la discrétion des parties contractantes car elle doit être réalisée selon le contenu du contrat ; sinon, l'appréciation de la durée sera censurée par le juge administratif. A ce sujet, le Tribunal administratif de Lille a jugé qu'est entachée d'erreur manifeste d'appréciation la délibération fixant à trente ans la durée d'une convention d'exploitation d'un parc de stationnement, alors que le délégataire n'avait aucun investissement à réaliser est donc aucune installation à amortir¹⁵¹².

727. Effectivement, la difficulté qui se présente pour la personne publique, dans ce cadre restrictif, est de trouver la bonne manière de préciser la durée normale de l'amortissement. Cette difficulté résulte, notamment, du fait que « *la notion d'amortissement recouvre plusieurs acceptations : elle peut être entendue au sens comptable, économique ou bien encore financier* »¹⁵¹³. L'amortissement désigne le procédé qui permet de calculer la durée de vie d'un bien mobilier, ou encore le temps nécessaire après lequel des emprunts contractés seront remboursés¹⁵¹⁴. Au sens économique, il « *vise les conditions dans lesquelles un délégataire peut dégager sur son exploitation les ressources permettant d'une part de couvrir l'exploitation courante du service, d'autre part les charges liées à l'investissement quelle que soit la manière dont cet investissement a été financé* »¹⁵¹⁵. C'est l'acceptation que retient le juge administratif en indiquant que cette durée ne saurait être réduite par principe à la durée comptable mais elle doit résulter d'un équilibre global entre différents éléments, tels que la durée normalement attendue pour couvrir les charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que de la précision des tarifs payés par les usagers¹⁵¹⁶. Il convient de signaler que pour arriver à une formule permettant de calculer cette durée, M. Linditch a proposé que le calcul soit effectué selon l'équation suivante¹⁵¹⁷ :

¹⁵¹² TA Lille, 23 févr. 1995, *Préfet du Nord* ; *RFDA*, 1996, P. 423, concl. Boulay.

¹⁵¹³ Ch. BONNOTTE, « Les conventions de service public et le temps », *RFDA*, 2005, P. 93.

¹⁵¹⁴ M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 415.

¹⁵¹⁵ J.-Fr. AUBY, « La délégation de service : Premier bilan et perspectives », *RDP*, 1996, P. 1107.

¹⁵¹⁶ CE, 11 août 2009, *Sté Maison Comba*, req. n° 303517, Lebon T. 833 ; *BJCP* 2009, P. 470, concl. Dacosta, obs. Ch. M.; *JCP Adm.* 2009, n° 2261, note Vila ; *AJDA*, 2010, P. 954, note Subra de Bieusses ; *DGCT* 2010. Chron. n° 27.

¹⁵¹⁷ F. LINDITCH, « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », *AJDA*, 1996, P. 103.

Montant des investissements à amortir + bénéfice d'exploitation

=

Recette tarifaires X durée d'exploitation

728. Dans le même esprit restrictif, l'article 75 de la loi du 2 février 1995¹⁵¹⁸ a ajouté une autre restriction à la détermination de la durée du contrat dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets. La durée de la convention ne peut ainsi être supérieure à vingt ans, sauf examen préalable par le trésorier-payeur général et à l'initiative de l'autorité délégante des justificatifs de dépassement de cette durée. De même, sur le fondement de l'article L. 321-2 du Code de la sécurité intérieure, la durée d'un contrat de délégation relatif à un casino ne peut excéder dix-huit ans¹⁵¹⁹. La réglementation de la durée maximale de la délégation ne dispense pas la collectivité publique de préciser cette durée, car celle-ci est l'une des caractéristiques quantitatives dont les candidats doivent obligatoirement être informés préalablement au dépôt de leur offre¹⁵²⁰. Dans ce sens, le Conseil d'Etat a confirmé l'ordonnance par laquelle le juge des référés avait estimé que l'omission par le délégant de la durée de la convention envisagée « *constituait un manquement aux obligations de publicité entachant la procédure de passation du contrat, la fixation d'une telle durée, ou à défaut l'indication des conditions dans lesquelles la collectivité délégante appréciera les offres au regard de la durée de contrat qu'elles proposent, constituant une caractéristique de la convention envisagée, au sens du code général des collectivités territoriales* »¹⁵²¹.

729. Par ailleurs, la durée initiale de la convention n'est pas la seule à être soumise à cette réglementation ; en effet, la prolongation de la convention l'est également. En pratique, la reconduction de la convention ne se pose pas, car, « *il ne servirait à rien de limiter la durée si les conventions pouvaient être renouvelées sans restriction* »¹⁵²². C'est le cas aussi pour la clause tacite de reconduction. Le Conseil d'Etat a bien indiqué à cet égard que « *les clauses de tacite reconduction contenues dans un contrat de délégation de service public conclu avant*

¹⁵¹⁸ Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, JORF n°29 du 3 février 1995, P. 1840.

¹⁵¹⁹ Voir une confirmation de la compétence des ministres de l'intérieur et du budget pour fixer cette durée, CE, 3 octobre 2003, *Cne de Ramatuelle*, req. n° 248523, Lebon T. 624; BJCP 2004, P. 50, concl. Mitjavile, obs. R.S.

¹⁵²⁰ CAA Marseille, 26 mars 2007, *Cne de Briançon, Sté d'exploitation du casino de Briançon*, req. n° 04MA00412 ; BJCP 2008, P. 421.

¹⁵²¹ CE, 28 mai 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, req. n° 248429 ; *Contrats et marchés publ.* août/sept, 2003, P. 26.

¹⁵²² L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., P. 515.

la loi de 1993 ne peuvent plus être régulièrement mises en œuvre postérieurement; le contrat résultant de l'application d'une telle clause présente le caractère d'un nouveau contrat dont la passation est soumise aux règles de publicité et de mise en concurrence imposées par la loi »¹⁵²³.

730. La prolongation de la convention de délégation de service public est en principe interdite. L'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales a bien précisé les situations pour lesquelles une prolongation peut être autorisée en les limitant dans deux cas. S'agissant du premier, la prolongation doit être justifiée par des motifs d'intérêt général et, dans ce cas, la durée de la prolongation ne peut pas excéder un an. Pour le second, la prolongation est justifiée par le fait que le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus pour le contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation, et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive.

L'article L. 1411-2 précité ajoute deux types de conditions de la validité de la prolongation. Le premier est formel et concerne les collectivités territoriales : la prolongation des conventions conclues par ces dernières ne peut intervenir qu'après un vote de l'assemblée délibérante. Le second concerne le fond du contrat en requérant que les investissements matériels soient motivés par : « - *la bonne exécution du service public ; - l'extension du champ géographique de la délégation ; - l'utilisation nouvelle ou accrue d'énergies renouvelables ou de récupération, si la durée de la convention restant à courir avant son terme est supérieure à trois ans ; - la réalisation d'une opération pilote d'injection et de stockage de dioxyde de carbone, à la condition que la prolongation n'excède pas la durée restant à courir de l'autorisation d'injection et de stockage* ». A propos des conventions de remontée mécanique, le Conseil d'Etat a rendu un avis administratif précisant les conditions de prolongation d'une délégation. Pour lui, trois conditions doivent être remplies : les investissements doivent être demandés par le délégant ; ils doivent être indispensables au bon fonctionnement du service ; enfin, ils doivent être de nature à modifier l'économie générale de la délégation, ce qui, en l'absence de toute jurisprudence, peut être considéré comme une

¹⁵²³ CE, 23 mai 2011, *Dpt de la Guyane*, req. n° 314715 ; *AJDA*, 2011, P. 1564, note Ziani ; DGCT 2012, n° 66, obs. Douence.

remise en cause significative du bénéfice global que pouvait normalement attendre le délégataire¹⁵²⁴.

731. L'application de ces exceptions est soumise au contrôle attentif du juge administratif qui n'hésite pas à censurer toute utilisation aboutissant au non-respect des principes généraux de la commande publique. Ainsi, la prolongation pour intérêt général doit être bien justifiée, tel est le cas tiré de la nécessité d'assurer la continuité du service public¹⁵²⁵. De même, le juge exerce un contrôle approfondie sur les autres motifs de la prolongation. Pour lui, par exemple, un avenant à un contrat d'affermage du service d'assainissement qui prévoit d'importants travaux, moyennant une augmentation de 18 % de la redevance et une prolongation de cinq ans du contrat initial, doit être considéré comme un nouveau contrat qui aurait dû faire l'objet d'une procédure contractuelle avec appel public à la concurrence¹⁵²⁶. En l'espèce, pour arriver à ce jugement, le Tribunal de Dijon a estimé qu'« *En effet, d'une part l'importance des travaux ne permettait pas de les réaliser dans le cadre d'un simple avenant, d'autre part ces travaux destinés à raccorder, sans aucune contrepartie tarifaire, des entreprises industrielles privées n'ont pas été effectués pour la bonne exécution du service public* ». De même, le Conseil d'Etat a confirmé la décision par laquelle la Cour d'appel avait annulé une prolongation injustifiée au motif qu'un avenant prolongeant de 12 ans la durée d'une délégation du service public de chauffage urbain ne remplit que deux des trois conditions posées par le législateur pour admettre une prolongation au-delà d'un an: la prolongation répond à une demande de la collectivité délégante à son délégataire portant sur des investissements matériels qui ne pouvaient être amortis pendant le temps restant de la convention sans augmentation de prix excessive ; la troisième condition n'est pas remplie. En effet, la création d'une unité de cogénération n'était pas indispensable au regard des exigences propres au service public de chauffage urbain¹⁵²⁷.

732. Enfin, il est intéressant de mentionner que la réglementation de la durée trouve plusieurs applications en dehors des marchés publics et des contrats de délégation de service public, comme c'est le cas pour les baux emphytéotiques administratifs des collectivités

¹⁵²⁴ CE, sect. TP, avis, 19 avril 2005, req. n° 371234: Rapport annuel 2006 du Conseil d'État, p. 197; BJCP 2006, P. 107, obs. R. S. et Ph. T.

¹⁵²⁵ CE, 8 juin 2005, *M. Tomaselli, Cne de Ramatuelle*, req. n° 255987 et 256200, Lebon T. 875; BJCP 2005, P. 381, concl. Boulouis, obs. C.M. ; CAA Marseille, 9 avril 2009, *Cne d'Orange*, req. n° 07MA02807 ; AJDA 2009, P. 1418, note Marcovici.

¹⁵²⁶ TA Dijon, 5 janvier 1999, *M. Denis Roycourt et Assoc. Auxerre Écologie*, req. n° 985227: BJCP 1999, P. 295, concl. Lointier, obs. R.S.

¹⁵²⁷ CE, 29 décembre 2004, *Sté SOCCRAM*, req. n° 239681: Coll. terr. avril 2005, n° 19, obs. Glaser; BJCP 2005, P. 216, concl. Casas, obs. Ch. M.

territoriales dont la durée doit effectivement être précisée en se situer entre dix-huit ans et quatre-vingt-dix-neuf ans sans possibilité d'une prolongation par tacite reconduction¹⁵²⁸. Un autre exemple est celui des conventions attribuant des droits réels dans le cadre de la loi du 25 juillet 1994¹⁵²⁹ pour lesquelles la durée ne peut excéder une période de soixante-dix ans, non renouvelable.

733. En résumé, l'ensemble des restrictions qui s'imposent par la réglementation en vigueur à la volonté des parties contractantes à l'égard de la détermination de la durée initiale du contrat et de ses reconductions, ou prolongation, constituent un élément supplémentaire empêchant l'exercice effectif de la liberté contractuelle, non seulement par la personne publique mais aussi par son cocontractant.

Sous-section II

La réglementation des clauses financières

734. A l'instar de la clause de durée, les clauses financières sont soumises à réglementation. L'ampleur de cette réglementation est différente selon le contrat en cause. Certains auteurs¹⁵³⁰ constatent que le Code des marchés publics n'impose pas beaucoup de règles restrictives quant à la détermination des termes financiers du contrat ; en revanche, la délégation de service public est soumise à une réglementation excessive en la matière¹⁵³¹. Une telle situation est logiquement justifiée par le fait que les termes financiers des marchés publics se concentrent, en général, autour du prix du marché tandis que les contrats de délégation de service public portent sur l'organisation même du service public, qui doit prévoir plusieurs aspects financiers ; en conséquence, « *l'objet de ces contrats revêt une importance telle qu'il a conduit le législateur à intervenir sur plusieurs points* »¹⁵³². C'est en ce sens que sont intervenues les dispositions restrictives imposées par la loi du 29 janvier 1993 qui ont pour but d'encadrer les contributions financières pouvant être exigées par une

¹⁵²⁸ L'article L. 451-1 Code rural et pêche maritime. L. 1311-2 du C.G.C.T.

¹⁵²⁹ L'article L. 2122-6 C.G.P.P.P. et L. 1311-5 C.G.C.T.

¹⁵³⁰ Voir dans ce sens, Ch. MAUGÛE, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », précité, P. 697 ; N. SYMCHOWICZ, « La notion de délégation de service public », AJDA 1998, P. 195 ; G. MILLER et A. LEYAT, « Les chambres régionales et territoriales des comptes et le contrôle des délégations de service public », AJDA 2007, P. 1700-1702.

¹⁵³¹ Voir dans le contre sens, M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 420 et s.

¹⁵³² C. GUTTIER, *Droit des contrats administratifs*, précité, P. 174.

collectivité territoriale du concessionnaire chargé de l'exploitation d'un service public, afin d'éviter les nombreux abus largement dénoncés¹⁵³³. Toutefois, les dispositions du Code des marchés publics ne sont en réalité pas moins contraignantes. En effet, quelle que soit l'ampleur de la réglementation dans ce domaine, l'impact restrictif de cette dernière sur la volonté des parties contractantes, et en conséquence sur l'exercice de la liberté contractuelle, est manifeste.

A) La détermination de la contrepartie de la prestation est réglementée

735. En dehors des cas exceptionnels, la réglementation du prix, qui est un élément obligatoire dans les documents constitutifs du marché¹⁵³⁴ et dont la méconnaissance porte atteinte à l'ordre public¹⁵³⁵ et entraîne leur nullité¹⁵³⁶, a encadré trois aspects essentiels : la nature du prix, le mode de décomposition du prix, ainsi que son contenu.

736. Concernant la nature du prix, l'article 18 du Code des marchés publics prévoit que le prix d'un marché doit être définitif. Le prix définitif peut être ferme ou révisable. Ainsi, le prix est ferme lorsqu'il est invariable pendant la durée du marché, toutefois, il est actualisable¹⁵³⁷. Une fois que le prix est fixé par les cocontractants il n'est plus modifiable¹⁵³⁸. La seule hypothèse dans laquelle le juge administratif admet une modification du prix est celle où il s'agit d'une erreur « *purement matérielle et d'une nature telle qu'il est impossible à*

¹⁵³³ Rapport parlementaire de la commission de prévention de la corruption présidée par R. BOUCHERY, Prévention de la corruption et transparence de la vie économique, éd. La documentation française, Paris, 1993.

¹⁵³⁴ L'article 12 du CMP dispose que les pièces constitutives des marchés passés selon une procédure formalisée comportent obligatoirement les mentions suivantes : « 6° Le prix ou les modalités de sa détermination ».

¹⁵³⁵ CE, 28 mars 1980, *Sté « cabinet 2000 »*, req. n° 07703, *RDP*, 1981, P. 523 ; CE, 8 décembre 1982, *Sté Losfeld-industries c. ministre de la défense*, req. n° 33375 ; *AJDA*, 1983, P. 263, note Subra de Bieusses.

¹⁵³⁶ CE, 20 mars 1987, *Société des établissements Louis Mehault et fils c. Commune de Guer*, *RDP*, 1988, P. 1414.

¹⁵³⁷ L'article 18 précise les conditions dans lesquelles un marché à prix ferme peut être actualisé selon les modalités suivantes :

« Un marché est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs les parties au marché du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations.

Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services autres que courants ou pour des travaux, il prévoit les modalités d'actualisation de son prix. Il précise notamment :

1° Que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations ;

2° Que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution des prestations.

Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services courants, il peut prévoir que son prix pourra être actualisé selon des règles identiques à celles mentionnées ci-dessus.

Le prix ainsi actualisé reste ferme pendant toute la période d'exécution des prestations et constitue le prix de règlement ».

¹⁵³⁸ Voir dans ce sens par exemple, CE, 21 mai 1990, *Sté Roudet*, req. n° 79506.

l'autre partie de s'en prévaloir de bonne foi »¹⁵³⁹. Le respect du délai, supérieur à trois mois, après laquelle une actualisation du prix peut être effectuée constitue une obligation incontournable¹⁵⁴⁰.

737. De même, le prix peut être révisable. Un prix révisable est un prix qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques. Le recours à ce type de prix ne peut pas être direct car il doit remplir certaines conditions définies par le Code. En tous cas, lorsque le prix est révisable, le marché doit fixer la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre¹⁵⁴¹. Le non-respect de ces dispositions peut entraîner un manquement aux obligations de mise en concurrence¹⁵⁴².

738. Par ailleurs, les exceptions qui autorisent un prix provisoire sont très encadrées tant au niveau de leur utilisation qu'au niveau de leur contenu. Selon l'article 19 du Code, les cas de recours à cette manière de précision du prix sont justifiés, par exemple, soit par la nature de la prestation en cause, soit par la complexité de cette dernière, soit en raison de l'existence de certaines circonstances qui ont le caractère d'urgence impérieuse¹⁵⁴³. Ainsi, comme le souligne le professeur Braconnier, il n'est possible d'avoir recours aux prix provisoires que « *dans les hypothèses où il apparaît nécessaire de commencer à exécuter le marché, alors même que tous les éléments permettant la détermination du prix initial ne sont*

¹⁵³⁹ Voir CE, 26 novembre 1975, *Société entreprise Py*, Lebon, P. 1133 ; CE, 10 juillet 1987, *C.N.R.S. c. Sté Stribick*, req. n° 60843 ; CAA de Nancy, 30 avril 1992, *S.A. Tibe*, Lebon T. 1121.

¹⁵⁴⁰ CE, 18 novembre 2009, *Sté 2H Energy*, req. n° 311179.

¹⁵⁴¹ L'article 18-IV prévoit que : « Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées :

1° Soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation ;

2° Soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. Dans ce cas, la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et peut inclure un terme fixe ;

3° Soit en combinant les modalités mentionnées aux 1° et 2° ».

¹⁵⁴² CE, 9 décembre 2009, *Dpt de l'Eure*, req. n° 328803, Lebon T. 832 ; BJC 2010, P. 78, concl. Boulouis.

¹⁵⁴³ L'article 19 dispose qu'il est possible de conclure des marchés à prix provisoires dans les cas exceptionnels suivants :

« 1° Lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse, soit des aléas techniques importants, l'exécution du marché doit commencer alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible ;

2° Lorsque les résultats d'une enquête de coût de revient portant sur des prestations comparables commandées au titulaire d'un marché antérieur ne sont pas encore connus ;

3° Lorsque les prix des dernières tranches d'un marché à tranches, tel que défini à l'article 72, sont fixés au vu des résultats, non encore connus, d'une enquête de coût de revient portant sur les premières tranches, conclues à prix définitifs ;

4° Lorsque les prix définitifs de prestations comparables ayant fait l'objet de marchés antérieurs sont remis en cause par le candidat pressenti ou par le pouvoir adjudicateur, sous réserve que ce dernier ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs ;

5° Lorsque les prestations font l'objet d'un partenariat d'innovation ».

pas connus »¹⁵⁴⁴. Afin de recourir à un prix provisoire, le marché doit préciser ; « 1° Les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif, éventuellement dans la limite d'un prix plafond ; 2° L'échéance à laquelle devra intervenir un avenant pour fixer le prix définitif ; 3° Les règles comptables auxquelles le titulaire devra se conformer ; 4° Les vérifications sur pièces et sur place que le pouvoir adjudicateur se réserve d'effectuer sur les éléments techniques et comptables du coût de revient ». Dans ce cadre, si un avenant n'est pas intervenu pour fixer le prix définitif du marché, « seul le prix provisoire peut être pris en compte »¹⁵⁴⁵. Le cas échéant, cela pourrait engager la responsabilité du pouvoir adjudicateur en raison, notamment, du non-respect du délai de fixation du prix définitif¹⁵⁴⁶.

739. Le deuxième aspect de la réglementation dans ce domaine se trouve dans la consécration des indications sur le mode de décomposition du prix. L'article 17 du Code prévoit que les prix des prestations sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées (par exemple, prix à la tonne, au mètre linéaire de tranchée, etc.), soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées. Le Code prévoit aussi la possibilité d'insérer dans les marchés des clauses incitatives si elles ont pour but d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production. Il s'agit généralement d'une prime d'intéressement, en cas d'achèvement des travaux à temps¹⁵⁴⁷.

740. Concernant le dernier aspect, le contenu du prix, il n'a pas non plus été à l'abri de la réglementation qui interdit certaines clauses. Le prix du marché doit tenir compte de toutes les charges liées à l'exécution de sa prestation par le titulaire. Il comprend généralement : « les dépenses et charges liées à ou résultant de l'exécution du marché, y compris les charges salariales, le coût des matériaux ou des consommables, les frais généraux, les impôts et les taxes »¹⁵⁴⁸. Toutefois, en règle générale, il est interdit d'insérer dans les clauses contractuelles d'un marché une clause portant des références à un prix sans relation directe avec ce marché. Les dispositions de l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier sont explicites à cet égard : « Dans les dispositions statutaires ou conventionnelles, est interdite toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de

¹⁵⁴⁴ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 396.

¹⁵⁴⁵ CAA Paris, 6 juin 1991, *CHD Stell*, req. n° 89PA02634, Lebon T. 1047.

¹⁵⁴⁶ CE, 20 février 1976, *Min. de la Défense c/ Laboratoires René-Derveaux*, req. n° 93030, Lebon, P. 110.

¹⁵⁴⁷ CE, 28 mai 2001, *M. Ferrand, Sté OTH Sud-Ouest*, BJCP 2001, n° 18, P. 446.

¹⁵⁴⁸ V. HAÏM ; « Prix et règlement des marchés », *Juris-classeur administratif*, août 1998, fasc. 650, P. 4.

relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties ». Pour le professeur Richer, l'objectif de ces dispositions est clair : « *il s'agit d'éviter les clauses inflationnistes et les choix arbitraires permettant à une partie d'imposer ou d'obtenir une référence à un prix sans relation avec le contrat...* »¹⁵⁴⁹.

741. Suivant la même logique, le Code des marchés publics interdit les clauses de paiement différé. En vertu de l'article 96, « *est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé* ». Selon les termes du professeur Guettier, « *il s'agit ainsi de faire obstacle à ce qu'une collectivité publique contracte un emprunt sous couvert d'une clause de paiement différé contenue dans un marché* »¹⁵⁵⁰. La position d'office du juge administratif à l'égard du respect de cette interdiction est très sévère : la méconnaissance de cette interdiction aboutira à l'illégalité du marché en cause¹⁵⁵¹. Dans le but de protéger les deniers publics, la même interdiction s'applique aux clauses de paiements anticipés. En effet, en dehors des exceptions textuelles¹⁵⁵², la rémunération du titulaire d'un marché public obéit à un principe issu directement des règles relatives à la comptabilité publique¹⁵⁵³ selon lequel le paiement ne peut intervenir qu'une fois que la prestation est totalement réalisée. L'exercice de ce principe comprend, cependant, un tempérament justifié pour les paiements partiels. Logiquement, le paiement partiel permet au titulaire d'un marché de faciliter le financement des autres prestations exigées. Selon les auteurs du *Traité des contrats administratifs*, ce type de paiement est autorisé car les paiements partiels effectués avant l'exécution complète du contrat « *correspondent à l'exécution d'une partie de celui-ci* »¹⁵⁵⁴ et ne peuvent jamais excéder le montant total du prix devant être versé par la collectivité publique.

742. Enfin, on constate que la même interdiction s'étend aux clauses par lesquelles les parties contractantes renoncent contractuellement au paiement des intérêts moratoires. Cette interdiction est absolue et constitue une règle d'ordre public¹⁵⁵⁵. Le contenu de l'article 67 de

¹⁵⁴⁹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., P. 450.

¹⁵⁵⁰ Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, précité, P. 176.

¹⁵⁵¹ CE, 8 février 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Cne de La Ciotat*, req. n° 150931, Lebon, P. 19.

¹⁵⁵² L'article 86 du Code des marchés publics autorise les versements à titre d'avances, d'acomptes, de règlements partiels définitifs ou de solde, mais le recours à ces types de paiement doit respecter les conditions prévues et précisées par les articles 87-100 du même code.

¹⁵⁵³ Auparavant, l'article 33 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique ; actuellement l'article 33 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

¹⁵⁵⁴ Andr. De LAUBADERE, Fr. MODERNE et P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, précité, t.2, P. 302.

¹⁵⁵⁵ Voir dans ce sens, CE, 17 octobre 2003, *Ministre de l'intérieur c. Syndicat intercommunal d'assainissement Le Beausset*, Lebon, P. 411.

la loi du 8 août 1994¹⁵⁵⁶ est très clair sur ce point : « *Dans le cadre des marchés publics, y compris les travaux sur mémoires et achats sur factures, est réputée non écrite toute renonciation au paiement des intérêts moratoires exigibles en raison du défaut, dans les délais prévus, soit du mandatement des sommes dues, soit de l'autorisation d'émettre une lettre de change-relevé, soit du paiement de celle-ci à son échéance* ».

743. En conclusion, la réglementation des clauses financières des marchés publics réduit excessivement le rôle de la volonté commune des parties contractantes dans ce domaine et, en conséquence, elle réduit le champ de l'exercice de la liberté contractuelle.

B) L'utilisation des clauses financières dans les conventions de délégation de service public est encadrée

744. Une des particularités des conventions de délégation de service public réside dans le fait qu'en dehors des parties contractantes, il existe un autre élément important qui doit être pris en considération lors de la rédaction notamment des clauses financières de la convention ; cet élément est les usagers. En effet, les rémunérations du délégataire de service public doivent, d'une manière substantielle, être le résultat de l'exploitation du service délégué. Cela signifie que ces rémunérations ont une double source : la personne publique contractante et les usagers du service. En conséquence, les clauses financières doivent prendre en considération cet élément extérieur de la rémunération ainsi que les autres composants de cette dernière. En pratique, la réglementation a pu prévoir plusieurs restrictions de la volonté des parties contractantes dans ce domaine, et par voie de conséquence, de l'exercice de la liberté contractuelle par lesdites parties.

745. En premier lieu, citons la règle générale consacrée par l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993 selon laquelle « *les conventions de délégation de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation* »¹⁵⁵⁷. Il appartient au juge administratif de vérifier l'existence de cette relation. Ainsi, il a jugé, par exemple, que la charge du fonctionnement du service d'éclairage public et de son entretien courant constitue une

¹⁵⁵⁶ Loi n° 94-679 du 8 août 1994, portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, JORF n° 184 du 10 août 1994, P. 11668.

¹⁵⁵⁷ Codifié à l'article L. 1411-2 du CGCT.

dépense distincte de celle de la distribution d'électricité aux usagers¹⁵⁵⁸, et par voie de conséquence ne peut pas être incluse dans les tarifs payés par les usagers. De même, il a indiqué que la délibération qui prévoit l'institution de redevances à la charge des usagers sans que celles-ci trouvent leur contrepartie directe dans les prestations fournies par le service est entachée d'erreur de droit¹⁵⁵⁹. En l'espèce, le Conseil d'Etat a censuré le fait que le contrat de concession de distribution d'eau en cause prévoyait le paiement à la ville par le concessionnaire de sommes sans relation avec la valeur des prestations fournies par la ville, notamment en ce qui concerne les droits d'usage des installations concédées, les loyers ainsi que diverses redevances destinées au financement de certains équipements culturels et sportifs, car ces dépenses étaient répercutées sur le tarif payé par les usagers. Dans le même ordre d'idée, le juge administratif a déclaré l'illégalité de l'arrêté fixant le taux de la redevance pour services terminaux de la circulation aérienne dès lors que ledit arrêté tenait compte, pour le calcul de cette redevance, du coût des services rendus par la gendarmerie et les services de sécurité, d'incendie et de sauvetage, alors que ces services correspondent à des missions d'intérêt général incombant par nature à l'Etat, dont les coûts ne peuvent être légalement mis à la charge des usagers au moyen de redevances¹⁵⁶⁰.

746. En deuxième lieu, l'alinéa 5 du même article impose « *une obligation de transparence* »¹⁵⁶¹ en prévoyant que « *les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante doivent être justifiés dans ces conventions* ». Pour le juge administratif, cette règle est impérative, et l'absence de justification de leurs montants ainsi que de leurs modes de calcul, dans la convention elle-même, entraîne l'illégalité de ces prélèvements¹⁵⁶² et entache d'illégalité de cette convention¹⁵⁶³.

747. Par ailleurs, les atteintes législatives à la liberté contractuelle ne s'arrêtent pas à la réglementation de l'utilisation des droits d'entrée et des redevances. En effet, le législateur va aussi interdire le versement de droits d'entrée dans certains domaines. A cet égard, l'article 76

¹⁵⁵⁸ CE, 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble, Sté Gaz Électricité de Grenoble*, req. n° 296964, Lebon T. 642; BJCP 2009, P. 460, concl. Boulouis, obs. M. ; RJEP mars 2010, n° 13, concl. Boulouis ; RLCT 2009, n° 1476, concl. Glaser ; DGCT 2010. Chron. n° 19.

¹⁵⁵⁹ CE, 30 septembre 1996, *Sté Stéphanoise des Eaux et Ville de Saint-Étienne*, req. n° 156176, Lebon, P. 355; *Dr. adm.* 1996, n° 557, note Devès ; ACL 1997, n° 48; JCP 1997. IV. 603, obs. Rouault.

¹⁵⁶⁰ CE, 20 mai 1998, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, req. n° 179784 et 180959 ; voir dans le même sens CE, Section, 10 février 1995, *Chambre syndicale du transport aérien*, Lebon, P. 69 ; CE, Ass, 30 octobre 1996, *Mme Wajs et M. Monnier*, Lebon, P. 387.

¹⁵⁶¹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 517.

¹⁵⁶² CE, 14 janvier 1998, *Porelli*, req. n° 161091, Lebon, P. 10; BJCP 1998, P. 51, concl. Savoie, obs. R. S.

¹⁵⁶³ CAA Lyon, 28 juin 2007, *Cne d'Annecy*, req. n° 03LY01596 : BJCP 2007, P. 422.

de la loi du 2 février 1995¹⁵⁶⁴ a introduit un nouvel alinéa à l'article 40 de la loi *Sapin* selon lequel « *Le versement par le délégataire de droits d'entrée à la collectivité délégante est interdit quand la délégation concerne l'eau potable, l'assainissement ou les ordures ménagères et autres déchets* »¹⁵⁶⁵. Ainsi, l'ensemble de ces textes limite considérablement l'exercice de la liberté contractuelle des collectivités publiques puisqu'elles ne peuvent plus prévoir n'importe quelles clauses financières et doivent faire preuve de vigilance¹⁵⁶⁶.

748. En pratique, la précision de ce que peut constituer des redevances ou des droits d'entrée pourrait poser des difficultés aux parties contractantes. Un rappel de leur définition permet de dépasser ces difficultés. Ainsi, les redevances sont traditionnellement définies comme « *une somme versée à échéances périodique en contrepartie d'un avantage concédé contractuellement* »¹⁵⁶⁷. Elles correspondent à la contrepartie d'un service rendu. Dans ce sens, les redevances peuvent correspondre à l'occupation du domaine public de la collectivité publique délégante¹⁵⁶⁸. Elles peuvent également être le résultat de la présence de canalisations dans le sous-sol nécessaires à l'exploitation du service public concédé. Dans cette hypothèse, la contrepartie sert à couvrir les sujétions imprévues liées à la réalisation de travaux engagés par la collectivité territoriale sur des canalisations qui n'ont pas de rapport direct avec celles servant à l'activité déléguée, mais qui engagent des frais supplémentaires, en raison de leur présence¹⁵⁶⁹.

749. Quant aux « droits d'entrée », ils sont définis comme « *les sommes que les délégataires versent aux collectivités à l'occasion de la reprise en exploitation d'un service* »¹⁵⁷⁰. Ils prennent un caractère négatif¹⁵⁷¹. Les droits d'entrée peuvent correspondre à la prise en charge par le concessionnaire des sommes initialement investies par l'autorité délégante. Cette situation se rencontre essentiellement lorsqu'un service public, après avoir été géré sous la forme d'une régie, est confié par voie contractuelle à un concessionnaire. Dans ce sens, le cocontractant de la collectivité publique versera une somme d'argent qui correspondra au remboursement des annuités d'emprunts contractés par la collectivité¹⁵⁷². De

¹⁵⁶⁴ Loi n° 95-101 du 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement, J.O.R.F. n°29 du 3 février 1995, P. 1840

¹⁵⁶⁵ Codifié à l'article 1411-2 du CGCT.

¹⁵⁶⁶ Voir dans ce sens, Ph. GAZAGNES, « Les conséquences des recours contentieux sur la pérennité des contrats des collectivités locales », *Gaz. Pal.*, 10 juin 1999, PP. 753-757.

¹⁵⁶⁷ L. PHILIP, *Finances publiques*, éd. Cujas, Paris, 1992, 4^e éd., P. 322.

¹⁵⁶⁸ L. RICHER, « Délégation de service public », *AJDA*, 1995, P. 297.

¹⁵⁶⁹ Cl. DEVES, « Les droits d'entrée », *AJDA*, 1996, P. 632.

¹⁵⁷⁰ J.Fr. AUBY, « La délégation de service public : premier bilan et perspectives », *RDP*, 1996, P. 1110.

¹⁵⁷¹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 518.

¹⁵⁷² M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 424.

même, certaines sommes justifiées par la nature même de l'activité déléguée, peuvent être incluses dans les droits d'entrée. C'est le cas, par exemple, pour un service public « *représentatif d'un fonds de commerce* »¹⁵⁷³. Dans ce cas, l'exploitant monnaie en quelque sorte son droit d'entrée, en versant une somme qui correspond à son acquisition. La somme exigée représente dans ce domaine « *le prix d'une cession de clientèle et de fonds de commerce* »¹⁵⁷⁴. Bref, peut être qualifié de « *droit d'entrée* », le versement prévu par le contrat qui « *soit n'est pas la contrepartie d'une prestation ... soit n'est pas la prise en charge d'une dépense précise du délégant liée au service* »¹⁵⁷⁵. Dans un avis rendu le 19 avril 2005, au sujet de montées mécaniques, le Conseil d'Etat rappelle que les droits d'entrée doivent être conformes à l'objet de la délégation. Ils peuvent comprendre une somme correspondant à l'indemnité versée au délégataire sortant pour ses investissements non amortis ou le coût des « *biens de reprise* ». En revanche, ils ne peuvent inclure les frais d'une résiliation consécutive à une faute de la collectivité envers le délégataire sortant¹⁵⁷⁶.

750. En troisième et dernier lieu, on constate aussi que la fixation du tarif du service, c'est-à-dire le prix qui devra être payé par l'utilisateur à l'occasion de son utilisation¹⁵⁷⁷, constitue un autre domaine dans lequel la réglementation intervient pour limiter le rôle de la volonté des parties contractantes. En effet, cette fixation doit obéir à deux principes : « *1- l'absence de liberté tarifaire pour les gestionnaires, 2- la notion d'équivalence entre le prix du service et ses coûts* »¹⁵⁷⁸.

751. La nature juridique des tarifs relève d'un domaine dans lequel la position doctrinale n'est pas unique. Alors que la grande partie des auteurs considère que les tarifs ont une nature réglementaire¹⁵⁷⁹, une autre partie soutient que ces derniers ont un caractère contractuel¹⁵⁸⁰. En dehors de cette divergence doctrinale, il apparaît que les tarifs prennent, sans doute, un caractère réglementaire en ce qui concerne les relations contractuelles entre le

¹⁵⁷³ J.Fr. AUBY, « La délégation de service public : premier bilan et perspectives », *op.cit.*, P. 1112.

¹⁵⁷⁴ J.-Cl. DOUENCE, et Ph. TERNEYRE, « Marchés publics et délégations de service public : nouvelles modifications législatives », *RFDA*, 1995, P. 977.

¹⁵⁷⁵ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 518.

¹⁵⁷⁶ CE, sect. TP, avis, 19 avril 2005, req. n° 371234: Rapport annuel 2006 du Conseil d'État, p. 197; BJCP 2006, P. 107, obs. R. S. et Ph. T.

¹⁵⁷⁷ M.-Th. SUR-LE-LIBOUX, « Les prix et les services », *AJDA*, 1996, P. 642.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.* P. 643.

¹⁵⁷⁹ Par exemples, Andr. de LAUBADERE, Fr. MODERNE et P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, précité, T2, P. 331 ; Ch. MAUGUË et Ph. TERNEYRE, « Les délégations de service public en question », *CJEG*, 1997, PP. 142 et s ; G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit des services publics*, 3^e éd. Précité, P. 511.

¹⁵⁸⁰ Par exemple, D. LINOTTE et R. ROMI, *Services publics et droit public économique*, éd. Litec, Paris, 2001, 4^e éd., P. 248 ; J. DUFAU, « Concession de service public », *Juris-classeur administratif*, février 1997, fasc. 530.

déléataire et les usagers. Matériellement, ce caractère s'étend également aux relations contractuelles entre le déléataire et la personne publique contractante, même s'il est formellement contractuel.

752. En tout état de cause, plusieurs éléments donnent lieu à réglementation en la matière. En général, les principes d'égalité et de libre accès au service public ne permettent pas aux personnes publiques de fixer en toute liberté le tarif de leurs services. De même, le fait que les tarifs soient « *un élément de l'organisation et du fonctionnement du service public, relèvent de la direction stratégique, exercée par l'autorité publique délégante* »¹⁵⁸¹ aboutit à ne pas laisser la fixation des tarifs à la libre appréciation du déléataire de la gestion du service public sous peine de nullité du contrat. Ainsi, les prix doivent figurer au contrat¹⁵⁸² et l'autorité délégante ne saurait méconnaître elle-même les limites générales de la compétence de la personne publique dont elle est l'organe. Pour le juge administratif, une clause réglementaire d'un cahier des charges autorisant le déléataire à réduire de sa propre initiative, même dans le respect du principe d'égalité, les prix payés par certains usagers, est illégale¹⁵⁸³.

753. En outre, les principes fondamentaux du fonctionnement du service public limitent la libre fixation des tarifs, notamment par le déléataire. Le principe d'égalité entre les usagers devant le service public « *empêche toute discrimination infondée entre usagers, tant en ce qui concerne le prix de la prestation que, à prix égal, le contenu de la prestation* »¹⁵⁸⁴. C'est le cas également pour le principe de mutabilité qui impose que les modifications du tarif prennent effet pour l'avenir sans que l'utilisateur puisse se prévaloir de sa situation contractuelle initiale de droit privé.

754. De plus, le législateur est intervenu afin d'encadrer la fixation des tarifs des services qui sont à la charge des usagers. Le 6ème alinéa de l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales consacre ainsi l'obligation selon laquelle « *La convention stipule les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution* ». Alors, la convention doit prévoir les tarifs et leurs modes de révisions. L'article 79 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 modifiée interdit toujours toute indexation fondée sur le niveau général des prix ou sur une référence

¹⁵⁸¹ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit des services publics*, 3^e éd., précité, P. 512.

¹⁵⁸² Rép. Min. JOSQ, 30 avril 1998, P. 1403.

¹⁵⁸³ CAA Lyon, 20 mai 1999, *Société Comalait Industries*, req. n° 95LY00795 ; DP aff., octobre 1999, P. 4.

¹⁵⁸⁴ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit des services publics*, 3^e éd., précité, P. 512.

sans rapport direct avec l'objet de la convention ou avec l'activité d'une des parties¹⁵⁸⁵. Il appartient au juge administratif de vérifier la bonne application de cet encadrement. Il a notamment estimé que la convention d'affermage portant délégation du service public de la gestion du port des Quilles par la commune de Sète donne au fermier la faculté d'aménager, pour chaque saison, la structure tarifaire et les augmentations correspondantes en fonction des services rendus à la clientèle et des contraintes du marché, sans aucune référence à des paramètres ou indices permettant d'encadrer les tarifs, méconnaît les dispositions de l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales¹⁵⁸⁶. Il ajoute que l'existence de dispositions du code du domaine de l'État et du code des ports maritimes qui encadrent les modalités de fixation des tarifs portuaires ne fait pas obstacle à ce que la convention stipule les tarifs dans le respect de cette réglementation. En revanche, il a jugé qu'un contrat d'affermage qui prévoit dans un article une formule de révision des tarifs et dans un autre la révision de cette formule au bout de cinq ans et en cas de survenance de certains événements répond bien aux exigences légales de prévision des tarifs dans le temps¹⁵⁸⁷.

755. Dans le même ordre d'idée, la fixation du tarif du service est touchée par une règle financière ne s'applique que dans le cas où le service délégué a un caractère industriel ou commercial. Selon les articles L. 2224-1¹⁵⁸⁸ et L. 3241-4¹⁵⁸⁹ du Code général des collectivités territoriales, « *Les budgets des services publics à caractère industriel ou commercial exploités en régie, affermés ou concédés par les communes, doivent être équilibrés en recettes et en dépenses* ». Ce texte a pour conséquence que le tarif doit être à un niveau permettant d'assurer cet équilibre, « *faute de quoi il est illégal* »¹⁵⁹⁰.

756. Finalement, il est intéressant de souligner que les éléments essentiels qui doivent être pris en compte pour calculer les tarifs sont les redevances et les taxes. Ainsi, les redevances comprises dans les tarifs pour les services rendus sont définies comme « *les sommes demandées à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement ou d'entretien d'un ouvrage public qui trouvent leur contrepartie directement dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage* »¹⁵⁹¹. A la différence des redevances pour service rendu, les taxes prélevées le sont

¹⁵⁸⁵ Rép. min. n° 32109: JOAN Q, 13 septembre 1999, p. 5372.

¹⁵⁸⁶ CAA Marseille, 29 mars 2005, *SAGIM*, req. n° 01MA01669.

¹⁵⁸⁷ CE, 5 juin 2009, *Cne de Richardménil*, req. n° 295837, Lebon T. 832 ; *AJDA*, 2009, P. 1133.

¹⁵⁸⁸ Pour les communes.

¹⁵⁸⁹ Pour les départements.

¹⁵⁹⁰ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 518.

¹⁵⁹¹ C.C., Déc. n° 76-92 L du 06 octobre 1976, *RDP*, 1977, P. 64, (note L. FAVOREU et L. PHILIP).

à l'occasion de l'utilisation d'un service public mais sont sans rapport avec la qualité de la prestation rendue. Elles se définissent comme « *des prélèvements opérés sur l'usager d'un service public, à l'occasion de l'utilisation de ce service, mais sans que ces prélèvements aient une corrélation avec le coût du service qui lui est rendu* »¹⁵⁹². Toutefois, si les personnes publiques délégantes peuvent fixer le montant d'une taxe, elles ne sont pas libres en revanche de l'instituer car une telle activité relève de la seule compétence du législateur¹⁵⁹³.

Sous-section III

La réglementation de l'utilisation de certaines clauses

757. Loin des clauses précédemment étudiées, l'analyse générale des textes édictés et de la jurisprudence rendue à l'égard de l'organisation de l'opération contractuelle révèle deux types de clauses limitant l'exercice de la liberté contractuelle. Il s'agit des clauses obligatoires ainsi que des clauses interdites ou illicites.

A) Les clauses obligatoires

758. La réglementation du contenu des contrats des personnes publiques ne s'arrête pas à l'édition de règles générales qui s'appliquent à sa la détermination. En effet, cette réglementation s'étend jusqu'à imposer certaines clauses aux parties contractantes même si celles-ci vont à l'encontre de la volonté des parties contractantes.

759. Lors de notre étude des documents constitutifs des marchés, nous avons bien constaté que ces derniers doivent comporter des éléments participant à la précision du contenu de ces marchés. En vertu de l'article 12 du Code des marchés publics il est ainsi obligatoire de mentionner ; la définition de l'objet du marché, le prix et ou les modalités de sa détermination, la durée d'exécution du marché ou les dates prévisionnelles de début d'exécution et d'achèvement, les conditions de réception, de livraison ou d'admission des prestations, les conditions de règlement, les conditions de résiliation, la date de notification du marché, etc. Dans certains cas les clauses obligatoires sont encore plus nombreuses ; le contrat de partenariat est un bon exemple. Ainsi, selon l'article L. 1414-2 du Code général des

¹⁵⁹² L. PHILIP, *Finances publiques*, précité, P. 322.

¹⁵⁹³ Voir sur ce point, concernant les collectivités territoriales, M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 431.

collectivités territoriales, le contrat de partenariat doit obligatoirement comporter des clauses relatives ; à sa durée ; aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant ; aux objectifs de performance assignés au cocontractant ; à la rémunération du cocontractant ; aux obligations du cocontractant ayant pour objet de garantir le respect de l'affectation des ouvrages ; aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat ; aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement à ses obligations ; aux conditions dans lesquelles il peut être procédé à la modification unilatérale de certains aspects du contrat ou à sa résiliation ; aux contrôles qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat ; aux conditions dans lesquelles, en cas de défaillance du cocontractant, la continuité du service public est assurée ; aux conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat ; aux modalités de préventions et de règlement des litiges, etc.

760. Dans certains cas le législateur édicte, clairement, des dispositions en vertu desquelles le contenu du contrat doit comprendre certaines clauses à peine de nullité¹⁵⁹⁴. Tel est le cas des concessions d'aménagement conclues entre les collectivités locales et les SEM dont elle sont actionnaires. L'article L. 1523-2 du CGCT dispose que les contrats prémentionnés prévoient à peine de nullité ; l'objet du contrat, sa durée et les conditions dans lesquelles il peut être prorogé ou renouvelé ; les conditions de rachat, de résiliation ou de déchéance par le concédant ainsi que, éventuellement, les conditions et les modalités d'indemnisation du concessionnaire ; les obligations de chacune des parties ; les conditions dans lesquelles le concédant peut consentir des avances justifiées par un besoin de trésorerie temporaire de l'opération ; les modalités de rémunération de la société ou de calcul du coût de son intervention ; les pénalités applicables en cas de défaillance de la société ou de mauvaise exécution du traité de concession.

Un autre et dernier exemple des clauses obligatoires réglementées par la loi à peine de nullité se trouve dans les dispositions de l'article 5 de la loi du 12 juillet 1985¹⁵⁹⁵ concernant les conventions de délégation de maîtrise d'ouvrage passées par des maîtres d'œuvres soumis à cette loi. En vertu de cet article, le contrat doit prévoir à peine de nullité : a) L'ouvrage qui fait l'objet du contrat, les attributions confiées au mandataire, les conditions dans lesquelles le maître de l'ouvrage constate l'achèvement de la mission du mandataire, les modalités de la

¹⁵⁹⁴ Voir dans ce sens, Ch. MAUGÜE, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », précité, P. 698.

¹⁵⁹⁵ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, JORF du 13 juillet 1985, P. 7914.

rémunération de ce dernier, les pénalités qui lui sont applicables en cas de méconnaissance de ses obligations et les conditions dans lesquelles le contrat peut être résilié, b) Le mode de financement de l'ouvrage ainsi que les conditions dans lesquelles le maître de l'ouvrage fera l'avance de fonds nécessaires à l'accomplissement du contrat ou remboursera les dépenses exposées pour son compte et préalablement définies, c) Les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le maître de l'ouvrage aux différentes phases de l'opération, d) Les conditions dans lesquelles l'approbation des avant-projets et la réception de l'ouvrage sont subordonnées à l'accord préalable du maître de l'ouvrage, e) Les conditions dans lesquelles le mandataire peut agir en justice pour le compte du maître de l'ouvrage.

761. Ainsi, l'imposition de ces clauses obligatoires aux parties contractantes ne constitue qu'un autre aspect restrictif de l'exercice de la liberté contractuelle lors de la détermination du contenu du contrat.

B) Les clauses illicites ou interdites

762. La tâche de déterminer les clauses qui entrent dans la catégorie des clauses illicites ou interdites n'est pas facile. Plusieurs motivations et raisons peuvent aboutir à classer telle ou telle clause comme interdite. Toutefois, en général, il est reconnu que l'insertion de certaines clauses dans les contrats administratifs sera interdite si celle-ci a été prohibée par des règles écrites, ou non écrites, ayant un caractère d'ordre public¹⁵⁹⁶. Sont également prohibées les clauses abusives¹⁵⁹⁷. La prohibition du recours à de telles clauses a pour effet de restreindre manifestement l'exercice de la liberté contractuelle.

a) Les clauses portant atteinte à l'ordre public¹⁵⁹⁸

763. L'interdiction générale des clauses portant atteinte à l'ordre public découle, à l'origine, de l'article 6 du Code civil. En vertu de cet article, « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Cette interdiction, qui concerne en principe les conventions conclues en application du droit privé, trouve également une application dans le droit public de telle manière que le respect de l'ordre public constitue une restriction de l'exercice de la liberté contractuelle des parties

¹⁵⁹⁶ Voir dans ce sens, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd. précité, P. 141 et s ; Ch. MAUGÜE, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », précité, P. 698.

¹⁵⁹⁷ Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., précité, P. 169 et s

¹⁵⁹⁸ On n'a pas l'intention à ce stade de notre étude de revenir sur des points déjà étudiés ; tel est le cas pour les prérogatives de puissance publique. Les clauses compromissaires seront étudiées ultérieurement.

contractantes. La difficulté qui se présente ici est d'identifier si une règle revêt ou non un caractère d'ordre public¹⁵⁹⁹.

764. Afin de clarifier la notion d'ordre public, le professeur Vénézia souligne qu'elle « recouvre, d'une part, les prérogatives de l'administration dont le juge reconnaît l'existence alors même qu'elles ne seraient pas prévues par les textes : ainsi du pouvoir de sanction et du pouvoir de résiliation ; d'autre part, les prérogatives auxquelles l'administration n'aurait pas le pouvoir de renoncer par voie contractuelle : ainsi du pouvoir de modification unilatérale. Il est également permis de penser que la notion d'ordre public recouvre la théorie de l'imprévision dont l'un au moins des fondements est représenté par la nécessaire continuité du service »¹⁶⁰⁰.

765. La mise en œuvre des règles relevant de l'ordre public aboutit ainsi à mettre la personne publique contractante et son cocontractant dans une situation limitant leur capacité de déterminer leurs clauses contractuelles¹⁶⁰¹. En effet, les clauses qui portent atteinte à des règles d'ordre public sont illicites et doivent donc être considérées comme nulles et non avenues¹⁶⁰².

766. Les exemples des règles relevant de l'ordre public auxquelles on ne peut déroger sont nombreux en matière contractuelle. A titre d'exemple, est considérée comme d'ordre public la législation sur la prescription des créances envers les personnes publiques. Selon l'article 6 de la loi du 31 décembre 1968¹⁶⁰³, les autorités administratives « ne peuvent renoncer à opposer la prescription qui découle de la présente loi ». C'est le cas également de la législation sur la sous-traitance : l'article 15 de la loi du 31 décembre 1975¹⁶⁰⁴ dispose que : « sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente loi »¹⁶⁰⁵. Dans la même loi, l'article 7 pose aussi une restriction sur la volonté commune des parties contractantes en réputant toute renonciation au paiement direct comme non écrite. Pour la Haute Juridiction

¹⁵⁹⁹ Voir dans ce sens, Ch. MAUGUE, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », précité, P. 698.

¹⁶⁰⁰ J.-C. VENEZIA, « Réflexions sur le rôle de la volonté en droit administratif », in. *Etudes offertes à Pierre Kayser*, t.2, Presse Universitaire d'AIX- Marseille, 1979, P. 383.

¹⁶⁰¹ Voir dans ce sens, D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ., 1991, P. 178-282.

¹⁶⁰² CE, 13 juillet 1968, *Stoskopf*, Lebon, P. 460.

¹⁶⁰³ Loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics, JORF du 3 janvier 1969 P. 76.

¹⁶⁰⁴ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, JORF du 3 janvier 1976, P. 148.

¹⁶⁰⁵ Voir aussi, Civ. 3^e 19 janvier 1982, *SA Infraco c/ SNCF*, n° 80-13.597 ; D. 1982, P. 385, note Bénabent ; CE, 17 mars 1982, *Sté Périgourdine d'étanchéité et de construction*, req. n° 23440, Lebon, P. 123 ; *AJDA*, 1982, P. 727 concl. Boyon ; CE, 6 novembre 1985, *Cne de Chécy*, req. n° 46587, Lebon T. 684.

administrative, le caractère d'ordre public des dispositions relatives au paiement direct s'oppose à ce qu'un sous-traitant non agréé bénéficie du paiement direct, malgré l'accord du syndic chargé de la liquidation de l'entreprise principale¹⁶⁰⁶.

767. Entre aussi dans cette catégorie de règles la législation sur la concurrence. Aux termes de l'article 9 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, « *est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique par les articles 7 et 8 de la présente ordonnance* ». Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de confirmer cette interdiction en indiquant que les clauses des contrats de délégation doivent être compatibles avec les règles de la concurrence, tant communautaires (art. 85 et 86 du traité de Rome) qu'internes (art. 8 et 9 de l'ordonnance susmentionnée)¹⁶⁰⁷. Dans ce cadre, il lui appartient de vérifier que le contrat ne comporte pas de clauses qui auraient pour effet de placer le cocontractant de l'administration en situation de commettre une pratique anticoncurrentielle¹⁶⁰⁸.

768. Dans le même ordre d'idée, enfin, il nous semble légitime de ranger parmi les règles d'ordre public celles qui interdisent aux collectivités territoriales de renoncer à exercer toute action en responsabilité à l'égard d'une personne physique ou morale qu'elles rémunèrent. Selon l'article L. 2131-10 du CGCT¹⁶⁰⁹, « *sont illégales les décisions et délibérations par lesquelles les communes renoncent soit directement, soit par une clause contractuelle, à exercer toute action en responsabilité à l'égard de toute personne physique ou morale qu'elles rémunèrent sous quelque forme que ce soit* ». Ainsi, entrent dans le cadre de cette disposition les clauses contractuelles qui ont pour effet de renoncer entièrement à l'exercice de l'action en responsabilité décennale. Une telle responsabilité consacrée pour les contrats conclus entre personnes privées¹⁶¹⁰ trouve également une application pour les contrats conclus par les collectivités territoriales. Le Conseil d'Etat a ainsi censuré une clause contractuelle prévoyant une exonération de l'Etat de sa responsabilité décennale envers la commune. En l'espèce, la décision du sous-préfet accordant à la ville de Béziers le concours du service de navigation Midi-Garonne pour la réalisation d'un siphon sur le canal du Midi prévoyait que l'administration était exonérée de la responsabilité décennale fondée sur les

¹⁶⁰⁶ CE, 23 mars 1990, *Ville de Garches c/ Sté Rouméas*, req. n° 49364 ; *RDP*, 1991, P. 294, obs. Llorens.

¹⁶⁰⁷ CE, sect., 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais*, req. n° 169907, Lebon, P. 406 ; *RFDA*, 1997, P. 1228, concl. Stahl ; *AJDA*, 1997, P. 945, chron. Girardot et Reynaud ; *AJDA*, 1998, P. 247, note Guézou ; *RDP*, 1998, P. 256, note Gaudemet.

¹⁶⁰⁸ Voir dans ce sens, Ch. MAUGUE, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », précité, P. 698.

¹⁶⁰⁹ Des dispositions identiques consacrées : pour les départements l'article L. 3132-4, et pour les régions l'article L. 4142-4 du CGCT.

¹⁶¹⁰ Voir les articles 1792 et 2270 du Code civil.

principes posés par les articles 1792 et 2270 du Code civil. Cette disposition, qui a été tacitement acceptée par la ville de Béziers, a pris ainsi valeur de clause contractuelle. Le Conseil d'Etat a estimé en effet que « *la disposition précitée, applicable à tous les actes, quelle que soit leur forme, qui auraient pour effet de priver les collectivités locales de l'action en responsabilité décennale contre l'État, au titre du concours facultatif que leur prêtent ses services, vise les actes de cette nature, intervenus avant sa publication, même lorsque les travaux ont fait l'objet d'une publication sans réserve avant cette date. La répartition de la charge des condamnations est donc déterminée selon les règles du droit commun de la responsabilité décennale, sans que soit exigée, de la part des services de l'État, la faute lourde qui eût été requise pour paralyser les effets de la clause exonératoire de responsabilité antérieurement consentie* »¹⁶¹¹.

769. En tout état de cause, la portée de cette interdiction n'est pas absolue. En effet, cette prohibition ne s'applique pas aux clauses qui se bornent à prévoir un aménagement ou une limitation de la responsabilité du cocontractant ; sauf à ce qu'elles aient un contenu et une portée dont le rapprochement avec les autres éléments pertinents de l'économie du contrat feraient apparaître qu'elles auraient été conçues pour produire un effet voisin de celui d'une clause de renonciation¹⁶¹². De toute façon, ces clauses ne s'appliquent pas dans le cas où la partie, que lesdites clauses protègent, a commis une faute lourde¹⁶¹³. Le juge administratif a retenu une solution identique pour l'application des clauses par lesquelles l'entreprise titulaire d'un marché de travaux publics s'engage à garantir le maître d'ouvrage des condamnations prononcées contre celui-ci à la suite de dommages imputables aux travaux qui font l'objet du marché¹⁶¹⁴ : ces clauses sont tenues en échec par la faute lourde du maître de l'ouvrage¹⁶¹⁵.

b) Les clauses abusives

770. Les clauses abusives constituent également une autre catégorie de clauses interdites ou illicites qui ont pour effet de restreindre l'exercice de la liberté contractuelle et

¹⁶¹¹ CE, 3 décembre 1986, *Ville de Béziers*, req. n° 53929, Lebon T. 430 ; *D.* 1987. Somm. 307, obs. Terneyre ; Voir aussi, CE, 2 octobre 1987, *Synd. intercommunal du Bassin d'Arcachon*, req. n° 61544 ; CE, 31 janvier 1992, *Sté de génie civil de l'Ouest et a.*, req. n° 58053 et 58483 ; *RDI*, 1992, P. 208, obs. Llorens et Terneyre.

¹⁶¹² CE, sect., 28 janvier 1998, *Sté «Borg-Warner»* ; Lebon, P. 20 ; *Dr. adm.* 1998, n° 218 ; *RFDA*, 1998, P. 455 ; *CJEG* 1998. 269, note Moderne.

¹⁶¹³ Voir dans ce sens, CE, 24 janvier 1958, *Soc. Gencel*, Lebon, P. 44 ; CE, 3 juin 1960, *Min. DN c/SNAN*, Lebon, P. 391 ; CE, 20 mars 1968, *Ville de Paris*, Lebon T. 1100.

¹⁶¹⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 256.

¹⁶¹⁵ Voir dans ce sens, CE, 10 février 1961, *Ville de Béziers*, Lebon, P. 113 ; CE, Sect. 12 octobre 1973, *SEITA*, req. n° 82316 ; *Dr. soc.* 1974, 163 ; CE, 11 juin 1975, *La Régie Autonome Des Transports Parisiens*, req. n° 88029, *CJEG* 1975, 178.

qui ne doivent pas figurer dans les contrats des personnes publiques. L'origine de l'interdiction provient du fait que de telles clauses pourraient fausser la sphère concurrentielle ou porter atteinte aux dispositions consacrées à la protection des consommateurs.

771. En droit privé, l'article L. 420-1 du Code de commerce a consacré un règle générale selon laquelle sont prohibées les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment dans les cas où leur but est de : « 1° *Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement* ».

772. Une telle prohibition peut trouver une application en droit public notamment si les stipulations du contrat ont pour effet d'apporter au cocontractant une aide à l'exploitation abusive d'une position dominante. En règle générale, le juge administratif a adopté une position sévère à l'encontre de telles clauses. Ainsi, dans son arrêt *Société Million et Marais et autres*¹⁶¹⁶, le Conseil d'Etat a estimé qu'un contrat est illégal s'il permet à une entreprise d'établir ou de renforcer une position dominante dont elle abuse. Précisément, « *les clauses d'un contrat de concession du service extérieur des pompes funèbres d'une commune ne peuvent légalement avoir pour effet de placer l'entreprise dans une situation où elle contreviendrait aux dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, qui prohibent notamment l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci* ». L'abus de position dominante peut survenir par exemple si le contrat a une durée très longue¹⁶¹⁷, ou dans le cas de l'attribution d'un marché alors qu'une entente a été conclue entre candidats¹⁶¹⁸. De même, le titulaire d'une autorisation exclusive en matière de conventions d'occupation du domaine public peut être sanctionné pour exploitation abusive de position dominante s'il profite de son monopole pour fermer l'accès à la « facilité essentielle » qu'il a

¹⁶¹⁶ CE, sect., 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais*, req. n° 169907, Lebon, P. 406 ; *RFDA*, 1997, P. 1228, concl. Stahl ; *AJDA*, 1997, P. 945, chron. Girardot et Reynaud ; *AJDA*, 1998, P. 247, note Guézou ; *RDP*, 1998, P. 256, note Gaudemet.

¹⁶¹⁷ Voir l'arrêt précédent.

¹⁶¹⁸ Voir dans ce sens, TA Bastia 6 février 2003, Département de la Haute-Corse, *AJDA* 2003, P. 738, note S. Palmier.

eu la possibilité de mettre en place¹⁶¹⁹. En outre, la personne publique ne peut délivrer légalement une autorisation « *lorsque sa décision aurait pour effet de méconnaître le droit de la concurrence, notamment en plaçant automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante* »¹⁶²⁰.

773. Poursuivant un objectif de protection des consommateurs contre les clauses abusives, le Code de la consommation participe aussi à la précision de ces clauses en donnant à la prohibition de celles-ci le caractère de règle relevant de l'ordre public. Selon l'article L. 132-1 du Code de la consommation, sont réputées non écrites les clauses abusives contenues dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Ainsi, sont qualifiées de clauses abusives, « *les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque ces clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un caractère excessif* »¹⁶²¹.

774. La prohibition des clauses abusives s'étend également aux contrats administratifs¹⁶²². La directive européenne 93/13/CEE du 5 avril 1993 précise effectivement que l'interdiction des clauses abusives « *s'applique aux activités professionnelles à caractère public* »¹⁶²³. En général, cette prohibition ne concerne que les contrats entre un professionnel et un non-professionnel, « *c'est-à-dire surtout les contrats avec les usagers des services publics industriels et commerciaux, qui sont de droit privé, mais elle peut intéresser le droit des contrats administratifs puisque la clause peut être prévue par le contrat de concession dont le contenu est repris par le contrat avec l'utilisateur* »¹⁶²⁴. Néanmoins, le juge administratif a pris entièrement en compte la nécessité d'assurer le respect, par les actes administratifs intervenant en matière de droit public, de l'ensemble des règles, et non pas seulement celle

¹⁶¹⁹ Voir dans ce sens, Cons. Conc. 3 septembre 1996, *Héliner Assistance*, BOCC 8/1/1997, P. 3 ; *Dr. adm.* 1997, n° 89 ; CA Paris 9 septembre 1997, BOCC, 7 octobre 1997, P. 692.

¹⁶²⁰ CE, 23 mai 2012, *RATP*, RFDA, 2012, P. 1181, note S. Nicinski.

¹⁶²¹ Voir Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., précité, P. 169.

¹⁶²² J. HUET, « La détermination des clauses abusives dans les contrats de service public », *LPA*, 6 février 1998, n° 7, P. 7.

¹⁶²³ JOCE, 21 avril 1993 ; BOCC 30 septembre 1994, P. 449.

¹⁶²⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 142.

relevant du droit public, régissant les rapports des acteurs économiques entre eux¹⁶²⁵. Ainsi, dans sa décision du 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*¹⁶²⁶, le Conseil d'Etat a jugé que la législation sur les clauses abusives susmentionnées s'appliquait aux contrats conclus entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers, en déclarant illégale une disposition du règlement du service de distribution d'eau de la communauté urbaine de Lille qui avait pour effet de faire peser sur l'abonné la charge de dommages apparus sur le branchement particulier en amont du compteur. Mais, pour le Conseil d'Etat, la précision du caractère abusif d'une clause « *s'apprécie au regard de cette clause et de l'ensemble des stipulations du contrat ainsi que des caractéristiques particulières du service public concerné* »¹⁶²⁷.

775. En conclusion, si les personnes publiques disposent d'une liberté contractuelle, son exercice au regard de la détermination des clauses contractuelles ne peut effectivement être « *heureux* ».

Section III

La limitation du recours à certains types de contrats

776. Lors de notre étude sur la limitation de la liberté contractuelle par la compétence, nous avons pu identifier que certaines activités ne peuvent être exercées par la voie contractuelle ; soit parce qu'elles constituent des activités attachées aux compétences régaliennes, comme tel est le cas pour la police administrative, soit parce que ces activités relèvent des matières statutaires ou réglementaires pour lesquelles le recours à la voie contractuelle est très réglementée notamment dans son contenu, comme tel est le cas pour les contrats de recrutement des agents publics non titulaires. S'ajoutent à cette interdiction catégorique, qui apporte à l'exercice de la liberté contractuelle des personnes publiques des restrictions considérables, d'autres prohibitions de recourir à certains types de contrats.

¹⁶²⁵ Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., précité, P. 169-170.

¹⁶²⁶ CE, sect., 11 juillet 2001, *Sté des Eaux du Nord*, req. n° 221458, Lebon, P. 348, concl. Bergeal ; *Dr. adm.* 2001, n° 210 ; *BJCP* 2001, P. 519, concl. Bergeal, obs. Terneyre ; *AJDA*, 2001, P. 853, chron. Guyomar et Collin ; *AJDA*, 2001, P. 893, note Guglielmi.

¹⁶²⁷ Voir aussi pour l'organisation des transports parisiens (hors du cadre de la délégation), CE, 13 mars 2002, *Union fédérale des consommateurs*, req. n° 177509 et 180544 : *AJDA*, 2002, P. 976, note Guglielmi et Koubi ; *BJCP* 2002, P. 231, concl. Schwartz ; *ACL* 2003, n° 41.

777. A cet égard, et pour l'intérêt de notre étude, nous allons seulement et brièvement donner deux exemples. Le premier nous permettra de mettre en lumière le principe de l'interdiction de recourir au crédit-bail sur le domaine public (Sous-section I) ; le second, nous donnera l'occasion d'étudier le principe selon lequel il est impossible pour l'administration de recourir d'une manière inconditionnée au contrat de vente en l'état futur d'achèvement (Sous-section II).

Sous-section I

Le recours au crédit-bail sur le domaine public est en principe interdit

778. La loi du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail¹⁶²⁸ a introduit le crédit-bail immobilier. Ce dernier « *est une technique par laquelle un établissement financier (crédit-bailleur) assure le financement et la construction d'un ouvrage, dont il sera propriétaire pendant la durée du contrat, en vue de le louer, puis, au terme du contrat, de le céder au crédit-preneur* »¹⁶²⁹. Le crédit-bail est à la fois une opération de location et une opération du crédit¹⁶³⁰. En effet, le mécanisme du crédit-bail comporte deux contrats : un contrat de vente conclu entre l'établissement de crédit (le crédit-bailleur) et un vendeur ; et un contrat de location assorti d'une option d'achat conclu entre le crédit-bailleur et un crédit-preneur¹⁶³¹.

¹⁶²⁸ Loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail, JORF du 3 juillet 1966, P. 5652

¹⁶²⁹ Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., précité, P. 154.

¹⁶³⁰ Voir dans ce sens, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 554.

¹⁶³¹ L'article 313-7 du Code monétaire et financier dispose que : « Les opérations de crédit-bail mentionnées par la présente sous-section sont :

1. Les opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers ;

2. Les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire » ; voir également, *Droit de la construction*, sous dir. Ph. Malinvaud, Dalloz Action, 4^e éd., 2007-2008 ; X. Mouriesse, *Crédit-bail*, J.C.I. Contrats et marchés publics, fasc. 612.

A) L'origine de la prohibition de recourir au crédit-bail

779. L'interdiction de recourir au crédit-bail vient du fait que ce dernier se heurte à deux catégories de principes. D'une part, les personnes publiques ne peuvent recourir au crédit-bail immobilier pour leurs biens appartenant au domaine public dans la mesure où cette technique de financement s'oppose aux principes de la comptabilité publique. En effet, « *le crédit-bail étant de longue durée, en raison du caractère pluriannuel des investissements, il déroge au principe d'annualité budgétaire* »¹⁶³². En pratique, ce mécanisme peut s'avérer dangereux si les recettes escomptées ne sont pas à la hauteur des calculs initiaux¹⁶³³. D'autre part, le crédit-bail immobilier est contraire aux règles de la domanialité publique¹⁶³⁴, notamment au principe d'inaliénabilité du domaine public et à l'interdiction qui en découle de constituer des droits réels au profit de tiers.

780. A cet égard, le Conseil d'Etat a rendu le 30 mars 1989 un avis relatif au projet de TGV Sud-Est¹⁶³⁵ très significatif : a été exclu le crédit-bail pour l'opération envisagée au motif que « *les infrastructures du (TGV Sud-Est) qui seront des biens immobiliers affectés à ce service public et aménagés spécialement à cette fin, feront ainsi partie du domaine public de l'Etat et ne pourront, par suite, faire l'objet, même de façon temporaire, de quelque appropriation privée que ce soit* ». Par voie de conséquence, le crédit-bail est exclu, sauf si un texte législatif en dispose autrement. Le Conseil d'Etat ajoute ensuite que « *leur financement ne peut donc, en l'état actuel du droit, être assuré selon la technique du crédit-bail qui implique que les biens ainsi financés demeurent, jusqu'au terme du contrat dans le patrimoine de l'organisme de crédit* ».

781. Pour le Conseil constitutionnel, le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel. Toutefois, le juge constitutionnel indique que « *la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics* ». Ainsi, la loi ne peut permettre le recours au crédit-bail ou à la

¹⁶³² Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., précité, P. 154.

¹⁶³³ Voir dans ce sens, Rapport 1993 de la Cour des comptes, PP. 219 et 249 ; Ph. TERNEYRE, « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, n^o spécial, P. 53.

¹⁶³⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 554.

¹⁶³⁵ EDCE 1990, P. 236 ; *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 2^e éd., n^o 20, obs. D. Labetoulle.

location avec option d'achat que pour des « *situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* »¹⁶³⁶.

B) L'autorisation législative limitée de recourir au crédit-bail

782. Au nom de l'intérêt général, le législateur a autorisé le recours au crédit-bail dans certains cas limités. Ainsi, l'article 30 de la loi du 15 juillet 1980¹⁶³⁷ sur l'économie d'énergie est intervenu afin de permettre le recours au crédit-bail pour financer des installations permettant d'économiser l'énergie. Toutefois, le législateur a réservé la pratique de cette autorisation aux sociétés agréées (SOFERGIE). Selon les termes de la disposition, ces dernières sont autorisées à procéder à des opérations de crédit-bail immobilier ou mobilier en vue d'assurer le développement d'installations ou de matériels destinés à économiser l'énergie.

783. Le législateur a élargi progressivement la possibilité pour la SOFERGIE de recourir au crédit-bail jusqu'à ce qu'elle soit étendue au financement des « *ouvrages et équipements utilisés par des collectivités territoriales, leurs établissements publics, leurs groupements et leurs concessionnaires, pour une activité dont les recettes sont soumises à TVA* »¹⁶³⁸. Puis, par l'article 10 de la loi du 13 juillet 1992¹⁶³⁹ sur les déchets, il l'a étendue aux ouvrages de récupération, transport, traitement, valorisation de déchets et effluents, même lorsque l'activité n'est pas assujettie à la TVA.

784. Une autre dérogation au principe de l'interdiction de recourir au crédit-bail est prévue par l'article L. 2122-13 du Code général de la propriété des personnes publiques au profit du titulaire d'un droit d'occupation temporaire du domaine public de l'Etat. Selon les termes de cette disposition, il est permis au titulaire d'une autorisation d'occupation d'un domaine public d'Etat de recourir au crédit-bail afin de financer « *la réalisation d'ouvrages, constructions et installations* ». Toutefois, cette autorisation doit être interprétée de manière

¹⁶³⁶ C.C. Déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, cons. n° 18, Rec. P. 382 ; *RFDC*, 2003, P. 772, note Fatôme et Richer.

¹⁶³⁷ Loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur, *JORF* du 16 juillet 1980, P. 1783.

¹⁶³⁸ L'article 87 de la loi n° 86-1317 du 30 décembre 1986 de finances pour 1987, *JORF* du 31 décembre 1986, P. 15820.

¹⁶³⁹ Loi n° 92-646 du 13 juillet 1992 relative à l'élimination des déchets ainsi qu'aux installations classées pour la protection de l'environnement, *JORF* n°162 du 14 juillet 1992, P. 9461.

restrictive car, d'une part l'autorisation ici est adressée au titulaire du droit d'occupation du domaine public et, d'autre part, elle est réservée aux équipements purement privés réalisés sur le domaine public¹⁶⁴⁰, c'est-à-dire dans l'intérêt privé du titulaire. De même, la loi du 25 juillet 1994¹⁶⁴¹ (article L. 2122-13 CGPPP), qui est encore valable, autorise le recours au crédit-bail, même par l'occupant privé, pour le financement des ouvrages, constructions et installations « affectés à un service public et faisant l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service ou affectés à l'usage direct du public ainsi que des travaux exécutés pour une personne publique dans un but d'intérêt général ».

785. Enfin, le Code général des collectivités territoriales prévoit aussi une autre dérogation au principe de la prohibition de recourir au crédit-bail concernant les baux emphytéotiques administratifs. Selon l'article L. 1311-3 du CGCT, issu de l'article 3-VII de l'ordonnance du 21 avril 2006¹⁶⁴², « les constructions réalisées dans le cadre de ces baux peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail ». De même, l'article L. 1311-5 du même Code dispose que les collectivités territoriales peuvent délivrer sur leur domaine public des autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels, en vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence. Le titulaire de ce titre possède un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice de cette activité. Les constructions réalisées à ce titre « peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail ». Dans le même contexte, le conseil d'Etat souligne que : « Il résulte des dispositions de l'art. L. 2122-6 CGPPP, reprises par l'art. L. 1311-5 CGCT, qu'il ne peut y avoir constitution de droit réel sans la réalisation de travaux par le bénéficiaire de l'autorisation d'occupation temporaire (AOT) »¹⁶⁴³. En conséquence, sans avoir une construction le recours au crédit-bail n'est pas autorisé.

¹⁶⁴⁰ Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., précité, P. 156.

¹⁶⁴¹ Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, JORF n°171 du 26 juillet 1994, P. 10749.

¹⁶⁴² Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, JORF n° 95 du 22 avril 2006, P. 6024.

¹⁶⁴³ CE, avis, 3 novembre 2009, req. n° 383248.

Sous-section II

La limitation de recourir au contrat de vente en l'état futur d'achèvement (VEFA)

786. En droit privé, la vente en l'état futur d'achèvement constitue un des moyens d'acquisition des biens. Selon l'article L. 1601-1 du Code civil, la vente d'immeuble à construire, par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat, « *peut être conclue à terme ou en l'état futur d'achèvement* »¹⁶⁴⁴. La vente en l'état futur d'achèvement est définie par l'article L. 1601-3 du Code civil comme « *le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution ; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux* »¹⁶⁴⁵. Dans ce cas, le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux.

787. La question qui se pose ici est de savoir si un tel mécanisme peut trouver une application pour acquérir les ouvrages dont les collectivités publiques ont besoin sachant que la limitation du recours à ce mécanisme par les collectivités constitue, pratiquement, une restriction de l'exercice de leur liberté contractuelle.

A) La licéité du recours à la VEFA par les collectivités publiques

788. Selon les termes de professeur Terneyre, le recours à la VEFA peut s'avérer très opportun pour les personnes publiques ; « *tantôt, elle permettra, notamment là où les terrains disponibles sont rares, de s'insérer dans un programme immobilier d'ensemble vendu par un promoteur ; tantôt elle permettra de faire des économies publiques d'échelle ; tantôt elle permettra d'acquérir plus rapidement un bien immobilier que si l'administration avait dû exproprier puis réaliser elle-même l'ouvrage* »¹⁶⁴⁶. En effet, du fait que ce mécanisme relève du droit privé, le recours des collectivités publiques à la VEFA ne sera pas soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence du Code des marchés publics, sauf si son montant dépasse les seuils communautaires, auquel cas elle doit répondre aux critères du marché de

¹⁶⁴⁴ Voir aussi l'article L. 261-1 du Code de la construction et de l'habitation.

¹⁶⁴⁵ Voir aussi l'article L. 261-3 du Code de la construction et de l'habitation.

¹⁶⁴⁶ Ph. TERNEYRE, « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, P. 50.

travaux consacrés par les textes en vigueur. Cela constitue une raison supplémentaire et non négligeable d'avoir recours à ce type de contrat. C'est pourquoi les personnes publiques sont « *aujourd'hui très tentées par ce montage complexe : ainsi l'Etat a ces dernières années (acheté) par VEFA des postes comptables, des trésoreries, des hôtels des impôts, des commissariats de police, des casernements de CRS, des tribunaux, des sous-préfectures, des bureaux de poste et même... un tribunal administratif* »¹⁶⁴⁷. De plus, le système de la VEFA permet à la personne publique d'acquérir un immeuble en construction sans en être le maître d'ouvrage, dès lors que la maîtrise d'ouvrage est supportée par le vendeur, propriétaire du terrain ou titulaire du droit de construire sur celui-ci. Ainsi, la VEFA présente « *un intérêt certain pour la collectivité qui ne supporte pas les risques financiers et techniques liés à la maîtrise d'ouvrage* »¹⁶⁴⁸.

789. Après avoir constaté l'intérêt de recourir à ce mode contractuel, il reste à connaître le fondement juridique sur lequel réside le bien-fondé pour les personnes publiques de recourir à ce type de contrat. La réponse à cette interrogation se trouve dans la jurisprudence administrative. Précisément, l'arrêt *Région Midi-Pyrénées*¹⁶⁴⁹ du 8 février 1991 constitue l'arrêt le plus important sur ce point de notre recherche. Malgré la volonté du Conseil d'Etat de consacrer les conditions dans lesquelles les personnes publiques peuvent recourir à la vente en l'état futur d'achèvement pour acquérir des immeubles, il a souligné explicitement qu'« *aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers en utilisant le contrat de vente en l'état futur d'achèvement prévu à l'article 1601-3 du code civil* ». En l'espèce, la région Midi-Pyrénées a contesté l'annulation de ses délibérations du 21 février 1983 par lesquelles le bureau du conseil régional de la région Midi-Pyrénées avait donné mandat à son président, pris en tant qu'organe exécutif de la région, aux fins de signer un protocole d'accord avec la société Manera en vue de la passation d'un contrat par lequel cette société vendrait à la région, dans les conditions prévues à l'article 1601-3 du code civil, un immeuble en l'état futur d'achèvement destiné à constituer l'hôtel de région. La réponse du Conseil d'Etat a été toutefois négative.

¹⁶⁴⁷ Ibid.

¹⁶⁴⁸ Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., précité, P. 159.

¹⁶⁴⁹ CE, 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées*, req. n° 57679, Lebon, P. 41 ; *RDP*, 1991, P. 1137, note Auby, *JCP* 1991. II. 21378, note Fatôme ; *RFDA*, 1992, P. 48, concl. Pochard ; *CJEG* 1991, P. 251, étude Llorens ; *AJDA*, 1991, P. 579, obs. Delcros.

B) La limitation du recours à la VEFA

790. En harmonisation avec sa politique protectrice des règles de concurrence qui constitue une restriction de l'exercice de la liberté contractuelle, le Conseil d'Etat a confirmé le jugement de l'annulation du tribunal administratif¹⁶⁵⁰. En effet, après avoir constaté en général la licéité de recourir à ce moyen contractuel par les personnes publiques, il a jugé que les collectivités publiques « *ne sauraient légalement avoir recours à ce contrat de vente de droit privé, dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage et qui échappe tant aux règles de passation, notamment aux règles de concurrence, prévues par le code des marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics, lorsque, comme en l'espèce, l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres* ». Ainsi, les règles de la concurrence doivent être respectées mêmes lorsque les personnes publiques décident de recourir à ce type d'engagement contractuel. Aussi, on peut déduire de cette décision que, pour qu'une collectivité publique puisse légalement acheter en VEFA un bien immobilier elle ne doit pas en premier lieu être à l'origine de l'opération immobilière (demande de construction, conception en fonction de ses besoins propres, choix des partis architecturaux), ni vraisemblablement avoir été, dans un passé immédiat, propriétaire des terrains, objets de la VEFA. En deuxième lieu, la collectivité publique ne doit pas devenir propriétaire en tout ou majeure partie de l'ouvrage achevé. En troisième lieu, cet immeuble ne doit pas être en totalité un ouvrage public, support d'un service public¹⁶⁵¹.

791. Cette solution n'est pas unique et le juge administratif, à plusieurs reprises, va rappeler l'impossibilité pour une personne publique de recourir à la VEFA lorsque l'ouvrage est destiné à devenir entièrement sa propriété et a été conçu en fonction de ses besoins propres¹⁶⁵². C'est le cas par exemple à propos du siège social d'un établissement public¹⁶⁵³; ainsi que pour une opération dont l'objet « *consiste en la construction même d'un immeuble pour le compte de la collectivité publique, lorsque l'immeuble est entièrement destiné à*

¹⁶⁵⁰ Ibid.

¹⁶⁵¹ Ph. TERNEYRE, « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, P. 50.

¹⁶⁵² Voir en sens contraire, CAA Bordeaux, 19 mars 2002, *Communauté urbaine de Bordeaux*, req. n° 97BX01384 ; *Contrats et Marchés publ.* 2002, n° 165, obs. Llorens.

¹⁶⁵³ CAA Bordeaux, 1^{er} mars 2005, *Carrière et Molinier*, req. n° 01BX00788 ; *AJDA*, 2005, P. 1846, obs. Tassone.

devenir sa propriété et lorsqu'il a été conçu en fonction des besoins propres de la personne publique »¹⁶⁵⁴.

792. Enfin, malgré les précisions apportées concernant les conditions posées par la jurisprudence *Région Midi-Pyrénées*, certains auteurs ont relevé avoir une incertitude quant au caractère cumulatif ou non desdites conditions¹⁶⁵⁵. Mettant fin à cette hésitation, le Conseil d'Etat a rendu le 31 janvier 1995¹⁶⁵⁶ un avis répondant à des questions posées par le ministre de l'Intérieur parmi lesquelles figure une interrogation sur la possibilité d'utiliser la VEFA pour la construction d'immeubles utilisés pour partie pour les besoins de l'administration et notamment pour l'implantation d'un commissariat de police. Le Conseil d'Etat confirme ici le principe selon lequel une personne publique peut utiliser, pour la construction d'un ouvrage sur un terrain dont elle n'a pas la propriété, la vente en l'état futur d'achèvement. Puis, il précise, à l'instar de l'arrêt pré-mentionné, que le recours à ce type de contrat cesse toutefois d'être licite car il constituerait alors un détournement de procédure au regard des dispositions du code des marchés publics et de celles de la loi du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique, lorsque tout à la fois, l'objet de l'opération est la construction même d'un immeuble pour le compte de la personne publique en cause, que l'immeuble est entièrement destiné à devenir sa propriété et qu'il a enfin été conçu en fonction des besoins propres de la personne publique. Finalement, il ajoute une autre précision importante d'après laquelle ces diverses conditions doivent jouer de façon cumulative. Il s'ensuit que le recours à la vente en l'état futur d'achèvement est licite pour la réalisation d'un commissariat de police dès lors que sa réalisation ne constitue qu'une partie d'un immeuble destiné pour sa plus grande part à d'autres propriétaires. Il en va ainsi alors même que l'Etat demanderait que soient prises en compte au stade de la conception du bâtiment des spécifications techniques particulières correspondant aux besoins de ses services de police.

793. Bref, on peut déduire de cet avis qu'une personne publique peut acquérir, par un contrat de VEFA, une partie d'un immeuble conçu à sa demande pour la satisfaction des besoins propres liés à ses activités de service public, dès lors que cette acquisition ne porte que sur la propriété d'une partie de l'immeuble. Par extension, certains pensent que le recours à la VEFA peut être « envisageable pour l'acquisition de la totalité d'un immeuble, construit

¹⁶⁵⁴ CE, 14 mai 2008, *Communauté de cnes de Millau-Grands Causses*, req. n° 280370, Lebon T. 890 ; *AJDA*, 2008, P. 966.

¹⁶⁵⁵ Voir dans sens, Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., précité, P. 160.

¹⁶⁵⁶ CE, Section de l'intérieur et Section des travaux publics réunies, 31 janvier 1995, n° 356960 ; *AJDA*, 1997, P. 139.

à l'initiative de la collectivité, mais non destiné à accueillir des activités propres de service public »¹⁶⁵⁷.

794. En conclusion, de l'ensemble des éléments analysés dans le cadre de la formation du contrat on peut déduire que même si la personne publique dispose d'une liberté contractuelle « théoriquement », l'exercice de cette liberté est très marginal en raison de la domination des principes de la commande publique sur la procédure de passation. Cette domination s'étend également à l'exécution du contrat, ce qui rend l'exercice de la liberté contractuelle par les personnes publique à ce stade de l'opération contractuelle pratiquement inexistant.

¹⁶⁵⁷ Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., précité, P. 161.

Titre II

L'absence d'efficacité de la liberté contractuelle dans l'exécution du contrat

795. L'exécution du contrat constitue une autre étape dans laquelle l'exercice de la liberté contractuelle est soumis à la réglementation. La participation de la jurisprudence en la matière a esquissé un cadre très borné dans laquelle l'exercice de la liberté contractuelle pourrait être possible. De multiples règles, principes et pratiques rendent l'exercice de la liberté contractuelle au stade de l'exécution du contrat marginal, voire même dans certains cas absent.

796. Les restrictions imposées à la liberté contractuelle à cet égard sont le résultat de la particularité des contrats des personnes publiques. Cette particularité provient du fait que ces dernières disposent de prérogatives de puissance publique qui les autorisent à modifier, ou même à mettre fin, unilatéralement au contrat en cours pour des raisons attachées à un but d'intérêt général. En outre, cette particularité résulte de la soumission de l'opération contractuelle des personnes publiques aux principes dirigeant la commande publique qui ont pour but, d'un côté de protéger les deniers publics et d'assurer leur bonne utilisation, et de l'autre côté d'assurer le respect de la libre concurrence qui exige notamment l'égalité de traitement entre les candidats. En conséquence, à l'instar de la formation du contrat, l'exécution du contrat est aussi soumise à des principes et règles rigides.

797. Fondamentalement, la liberté contractuelle est assujettie, au stade de l'exécution du contrat, à deux types de restrictions : le premier concerne son exercice en lui-même ; le second menace la stabilité des effets de cet exercice.

798. Afin de clarifier notre propos, nous allons étudier en premier lieu les obstacles imposés à l'exercice de la liberté contractuelle au cours de l'exécution du contrat, notamment ceux qui ont trait à la conclusion des avenants ainsi que ceux qui résultent des divers moyens de contrôle exercés (Chapitre I). Puis, en second lieu, nous analyserons la place limitée que la liberté contractuelle peut jouer en raison de la limitation du recours à des moyens contractuels pour les règlements des litiges d'un côté mais aussi de l'encadrement juridique de l'inexécution imputable aux parties contractantes (Chapitre II).

Chapitre I

L'exercice de la liberté contractuelle est limité au cours de l'exécution du contrat

799. L'exécution du contrat constitue une des étapes de la vie du contrat indissociable de la détermination du contenu du contrat. Pour les contrats des personnes publiques, elle doit être réalisée selon les conditions et les termes prévus dans le contrat conclu entre les parties contractantes, ainsi que les règles consacrées par la réglementation en vigueur, sans aucune modification afin de respecter le principe d'égalité de traitement des candidats d'après lequel le choix du cocontractant a été fait. Toutefois, au cours de l'exécution du contrat, certaines circonstances de nature matérielle, financière et technique, pourraient rendre son application dans sa forme initiale difficile, impossible ou inadaptée avec son objet et l'intérêt du service. Dans ces cas, il est logique d'imaginer une technique permettant de modifier le contrat afin de prendre en compte les nouvelles circonstances. La personne publique dispose à cet égard de deux mécanismes : le premier constitue une dérogation au principe de la liberté contractuelle en permettant que la personne publique puisse modifier unilatéralement le contrat en utilisant ses prérogatives de puissance publique ; le second est conventionnel et conforme à la liberté contractuelle mais son utilisation est très encadrée afin qu'il ne soit pas un moyen pour l'administration d'agir d'une manière ayant pour résultat de fausser la concurrence.

800. L'étape de l'exécution du contrat implique aussi d'autres obstacles qui restreignent la liberté contractuelle en menaçant la stabilité des engagements contractuels. C'est le cas des divers moyens de contrôle de l'opération contractuelle ou certains de ses éléments. Ce contrôle peut avoir deux formes, interne et externe ; il peut également être juridictionnel ou administratif. Par ailleurs, on constate que le recours à la sous-traitance est restreint dès lors que les collectivités publiques ne peuvent l'autoriser que dans les conditions prévues par la réglementation.

801. Afin de préciser ces éléments nous étudierons en premier lieu la réglementation de certaines conditions d'exécution (Section I) ; avant de nous intéresser aux restrictions qui concernent le recours aux avenants et à la sous-traitance (Section II) ; puis, enfin, d'analyser la menace perpétuelle qui plane sur la liberté contractuelle en raison de l'existence de multiples modes de contrôle s'exerçant à cette étape de la vie du contrat (Section III).

Section I

L'étendue de la réglementation aux conditions d'exécution des engagements contractuels

802. Parmi les éléments restrictifs de la liberté contractuelle du fait de la réglementation qui interviennent au cours de l'exécution du contrat on peut en constater deux essentiels. Le premier concerne l'utilisation par les personnes publiques de documents préétablis qualifiés de « *cahiers des charges types* », définissant au préalable les conditions dans lesquelles le contrat, qui appartient à une catégorie précisée et pour laquelle le cahier a été élaboré, doit être exécuté. En effet, bien que le recours à ce document n'ait plus de caractère obligatoire pour la majorité des contrats, notamment pour ceux qui sont passés par les collectivités territoriales, son rôle reste toutefois important¹⁶⁵⁸ en raison, surtout, de la difficulté que les collectivités publiques pourraient connaître au moment de la rédaction du cahier des charges¹⁶⁵⁹. En pratique, le caractère obligatoire supprimé de ces documents a été remplacé par d'autres règles imposées. Ces dernières ont pour but de faire de l'opération contractuelle une technique plus adaptée aux besoins publics, particulièrement pour qu'elle soit en harmonie avec le développement progressif de la technologie et la protection de l'environnement. Le second élément restrictif est la multiplicité des textes intervenant pour préciser des obligations et des conditions d'exécution de nature financière.

803. Afin de mettre en lumière ces deux points, nous allons analyser d'une part la régression du caractère obligatoire des cahiers des charges dans les contrats des personnes publiques (Sous-section I), avant d'autre part d'étudier la réglementation de leur régime financier (Sous-section II).

¹⁶⁵⁸ Michaël KARPENSCHIF et Walter SALAMAND, « CCAG Travaux : une réforme entre progrès et régression », *Contrats et marchés publi.* 2010, n° 3, étude n° 3.

¹⁶⁵⁹ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 27.

Sous-section I

La disparation progressive du caractère obligatoire des cahiers des charges types et la montée des règles générales obligatoires

804. Selon l'article 13 du Code des marchés publics, les cahiers des charges des marchés passés selon une procédure formalisée sont définis en tant que documents qui « *déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés* ». Ils comprennent deux types de documents, généraux et particuliers. Les documents généraux comportent : les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les dispositions administratives applicables à une catégorie de marchés ; ainsi que les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les dispositions techniques applicables à toutes les prestations d'une même nature. Ces documents sont approuvés par un arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés¹⁶⁶⁰. Les documents particuliers sont : les cahiers des clauses administratives particulières, qui fixent les dispositions administratives propres à chaque marché ; ainsi que les cahiers des clauses techniques particulières, qui fixent les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations de chaque marché¹⁶⁶¹.

805. Afin de qualifier un cahier des charges de « *types* », c'est-à-dire obligatoire, il est nécessaire qu'il soit approuvé par une disposition législative ou réglementaire¹⁶⁶². Toutefois, l'analyse de l'état actuel du droit révèle que l'ensemble de ces documents n'a pas le caractère obligatoire, même si la pratique montre un fort recours à de tels documents. A priori, ce constat donne l'impression que les personnes publiques disposent actuellement d'une liberté plus étendue à l'égard de la détermination des conditions de l'exécution, mais la réalité est loin de cette interprétation car le caractère obligatoire des cahiers des charges a été pratiquement remplacé par d'autres règles ayant caractère obligatoire.

A) Le statut juridique actuelle des cahiers des charges

806. La vérification de la nature juridique, obligatoire ou non, des cahiers des charges n'est pas une tâche facile. En effet, l'analyse des textes juridiques montre une divergence selon la personne publique concernée et le type de contrat. Ainsi, pour les collectivités

¹⁶⁶⁰ L'article 13 CMP.

¹⁶⁶¹ Ibid.

¹⁶⁶² L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 140.

territoriales, le caractère obligatoire du cahier des charges applicable à leurs contrats a disparu avec les lois de décentralisation. L'article 13-1 de la loi du 22 juillet 1982¹⁶⁶³, modifiant l'article 22 du 2 mars 1982, a en effet précisé que les cahiers des charges types deviennent, pour les communes et les établissements publics, des « *modèles de cahiers des charges* ». C'est-à-dire, sans effet obligatoire.

807. Pour les contrats conclus par l'Etat, le caractère obligatoire des cahiers des charges demeure pour certains contrats. L'exemple le plus significatif concerne les contrats de concessions. Auparavant, précisément au début du XXe siècle, le concessionnaire était en charge d'assurer le service public à ses frais et risques, et surtout dans le respect d'un cahier des charges¹⁶⁶⁴. Selon cette logique, l'article 37 de la loi du 8 avril 1946¹⁶⁶⁵ a prévu l'approbation par décret de cahiers des charges types pour les concessions d'électricité et de gaz¹⁶⁶⁶. De même, il existe des cahiers des charges types pour les concessions d'énergie hydraulique, les concessions d'aéroports et des ports aux chambres de commerce¹⁶⁶⁷. S'agissant des concessions des collectivités territoriales ces cahiers des charges sont devenus facultatifs depuis les lois de la décentralisation. Toutefois, l'absence de leur caractère obligatoire sera remplacée par d'autres obligations de procédure et des prescriptions qui s'imposent aux collectivités territoriales lors de la rédaction de leurs cahiers des charges de concessions¹⁶⁶⁸.

808. Concernant les marchés publics, la règle générale est l'absence de caractère obligatoire des cahiers des charges. Selon l'article 13 du Code des marchés publics, la

¹⁶⁶³ Loi n° 82-623 du 22 juillet 1982 modifiant et complétant la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions et précisant les nouvelles conditions d'exercice du contrôle administratif sur les actes des autorités communales, départementales et régionales, JORF du 23 juillet 1982, P. 2347.

¹⁶⁶⁴ Concl. Chardenet sur CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Lebon, P. 125 ; RDP, 1916, P. 206 et 388, note Jèze.

¹⁶⁶⁵ Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, JORF du 9 avril 1946, P. 2951.

¹⁶⁶⁶ Voir, Décret n°2006-1731 du 23 décembre 2006 approuvant le cahier des charges type de concession du réseau public de transport d'électricité, JORF du 30 décembre 2006, P. 20021

¹⁶⁶⁷ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 513.

¹⁶⁶⁸ Voir dans ce sens l'article L. 2224-31, alinéa II du CGCT qui impose, pour assurer notamment le bon accomplissement des missions de service public, d'édicter des décrets en Conseil d'Etat fixent en tant que de besoin :

- les procédures et prescriptions particulières applicables aux cahiers des charges des concessions et aux règlements de service des régies ;
- les règles et les indicateurs de performances techniques destinés à répondre aux objectifs de sécurité et de qualité de l'électricité et du gaz livrés ;
- les normes relatives à l'intégration visuelle et à la protection de l'environnement applicables aux réseaux publics de distribution ;
- les conditions dans lesquelles les collectivités concédantes peuvent faire prendre en charge par leur concessionnaire des opérations de maîtrise de la demande d'électricité ou d'énergies de réseau ;
- les conditions financières des concessions en matière de redevance et de pénalités.

référence aux cahiers des clauses administratives générales ainsi qu'aux cahiers des clauses techniques générales n'est pas obligatoire. Le même article ajoute que si le pouvoir adjudicateur décide de faire référence aux documents généraux, les documents particuliers comportent, le cas échéant, l'indication des articles des documents généraux auxquels ils dérogent.

809. Le juge administratif de son côté a eu l'occasion, dans le cadre de son contrôle de la bonne application des dispositions susmentionnées, de confirmer la portée non-obligatoire des cahiers des clauses générales en jugeant que « *le cahier des clauses techniques générales applicables aux marchés publics de travaux est un simple document-type dépourvu en lui-même de portée juridique, dès lors que la référence à ses stipulations n'est pas obligatoire pour les parties au contrat* »¹⁶⁶⁹. De même, le Conseil d'Etat a souligné que les parties à un marché public peuvent décider de déroger à un cahier des clauses générales auquel le marché se réfère en cours d'exécution du marché¹⁶⁷⁰.

810. Néanmoins, il convient de mentionner que malgré le caractère facultatif des cahiers des charges types, le recours à ces documents est fortement constaté, tel est le cas pour les cahiers des clauses administratives générales des marchés des travaux. En pratique donc, « *même si l'article 13 du Code des marchés publics prévoit que l'utilisation du CCAG Travaux n'est que facultative, rares sont les collectivités et les établissements publics qui utilisent leur propre CCAG et/ou qui ne visent pas le CCAG Travaux comme pièce contractuelle même pour les procédures non formalisées* »¹⁶⁷¹.

B) Vers un autre mode d'obligation

811. La disparition du caractère obligatoire de la grande majorité des cahiers des charges types ne devrait pas être interprétée comme une liberté plus étendue attribuée aux personnes publiques, et en particulier aux collectivités territoriales. En effet, le développement de la réglementation des procédures de passation des contrats de l'administration et des règles obligatoires déterminant les conditions de leur exécution, ont pu remplacer le rôle traditionnellement accordé aux cahiers des charges types.

¹⁶⁶⁹ CE, 30 décembre 2009, *Sté Aquitaine BIO Teste*, req. n° 319343, Lebon T. 839.

¹⁶⁷⁰ CE, 25 mars 2002, *Sté GTM International et Sté GTM Réunion*, req. n° 187885, Lebon, P. 113 ; *Dr. adm.* 2002, n° 84, obs. Ménéménis.

¹⁶⁷¹ Michaël KARPENSCHIF et Walter SALAMAND, « CCAG Travaux : une réforme entre progrès et régression », précité, n°5.

812. En principe, l'article 11 du Code des marchés publics indique que l'acte d'engagement et, le cas échéant, les cahiers des charges, sont les pièces constitutives des marchés. Ces derniers doivent comporter obligatoirement plusieurs éléments parmi lesquels ceux qui participent à déterminer les conditions d'exécution. L'article 12 prévoit ainsi, pour les marchés passés selon une procédure formalisée, l'obligation de mentionner : la justification de la qualité de la personne signataire au nom de l'Etat et, le cas échéant, la délibération autorisant la signature du marché ; la référence aux articles et alinéas du présent code en application desquels le marché est passé ; et l'énumération des pièces du marché ; ces pièces sont présentées dans un ordre de priorité défini par les parties contractantes. Sauf cas d'erreur manifeste, cet ordre de priorité prévaut en cas de contradiction dans le contenu des pièces ; le prix ou les modalités de sa détermination ; la durée d'exécution du marché ou les dates prévisionnelles de début d'exécution et d'achèvement ; les conditions de réception, de livraison ou d'admission des prestations ; les conditions de règlement, notamment, s'ils sont prévus dans le marché, les délais de paiement ; les conditions de résiliation ; la date de notification du marché ; la désignation du comptable assignataire ; les éléments propres aux marchés à tranches conditionnelles, etc.

813. L'ensemble de ces conditions ont pour but d'assurer la bonne utilisation des deniers publics et l'égalité de traitement entre les candidats. Ces conditions doivent être mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. En pratique, ce mécanisme aboutit à faire de cet ensemble un document préétabli portant sur l'exécution du marché et s'imposant aux parties contractantes lors de la conclusion définitive de ce marché.

814. Par ailleurs, le Code des marchés public prévoit la possibilité d'introduire dans les conditions d'exécution des éléments à caractères social ou environnemental. L'article 14 dispose ainsi que « *les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social* ». Toutefois, ces conditions d'exécution ne peuvent avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels ; la procédure de

passation pourrait être annulée notamment si ces conditions n'étaient pas justifiées par l'objet du marché¹⁶⁷².

815. Cette faculté reconnue dans les marchés publics devient une obligation dans les contrats de concessions des travaux publics des collectivités territoriales car, en vertu de l'article L. 1415-5 du Code général des collectivités territoriales, la nature et l'étendue des besoins à satisfaire par les contrats de concession de travaux publics doivent être « *déterminées en prenant en compte des objectifs de développement durable* ».

816. Ainsi, par la suppression du caractère obligatoire des cahiers des charges types, l'exercice de la liberté contractuelle n'est pas devenu plus étendu car, malgré la souplesse reconnue, les obligations prévues dans ces documents ont été remplacées par d'autres règles générales s'appliquant à l'ensemble des contrats des personnes publiques.

Sous-section II

La réglementation de l'exécution financière des marchés publics

817. L'exécution du contrat est l'étape durant laquelle les parties contractantes sont tenues de réaliser les obligations qui leur incombent en vertu des clauses du contrat. Ainsi, l'exécution du contrat constitue, en principe, l'étape permettant de manifester les effets de l'exercice de la liberté contractuelle. Cependant, pour les contrats de l'administration, elle est soumise, à l'instar de la passation et de la détermination du contenu du contrat, à la réglementation.

818. En pratique, cette réglementation est particulièrement importante pour les marchés publics sachant que le Code des marchés publics a consacré un titre entier à l'exécution du marché. En revanche, les conventions de délégation de service public ne connaissent pas une telle réglementation excessive dès lors que ces conventions, même théoriquement, sont conclues dans l'esprit du principe de *l'intuitu personae*. De plus, la pratique relève une difficulté de séparer, du point de vue de l'analyse juridique, la formation

¹⁶⁷² Voir dans ce sens, CE, 31 mars 2010, *Synd. mixte de la région d'Auray-Belz-Quiberon*, req. n° 333970 ; *Contrats et Marchés publ.* 2010. Chron. n° 209, note Llorens.

du contrat dans ses deux éléments le choix du cocontractant et la détermination du contenu du contrat de l'exécution du contrat dans la mesure où ces étapes ont plusieurs aspects communs.

819. Pour cela, et afin de ne pas répéter certains points qui peuvent avoir été analysés, nous allons seulement nous concentrer à ce stade de notre recherche sur l'exécution financière, c'est-à-dire, le régime financier du contrat. En effet, lors de notre étude des clauses financières, nous avons constaté le rôle considérable de la réglementation dans la mise en œuvre du régime de paiement, qui aboutit, par voie de conséquence, à restreindre l'exercice de la liberté contractuelle dans ce domaine. Toutefois, entrent dans le régime financier plusieurs autres éléments, tels les garanties et le financement, qui sont aussi soumis à réglementation.

A) Les acomptes et les avances

820. L'article 86 du Code des marchés publics permet aux personnes publiques d'effectuer, dans certaines conditions, des versements à titre d'avances et d'acomptes. Selon l'article 87 une avance est accordée au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché ou de la tranche affermée est supérieur à 50 000 euros HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois. Cette avance est calculée sur la base du montant du marché diminué du montant des prestations confiées à des sous-traitants et donnant lieu à paiement direct.

821. Dans le cas d'un marché à bons de commande, comportant un montant minimum supérieur à 50 000 euros HT, l'avance est accordée en une seule fois sur la base de ce montant minimum. Mais, si ce marché ne comporte ni minimum ni maximum, l'avance doit être accordée pour chaque bon de commande d'un montant supérieur à 50 000 euros HT et d'une durée d'exécution supérieure à deux mois.

822. Ce mécanisme, c'est-à-dire l'avance, constitue une dérogation à la règle du service fait, dans la mesure où elle est totalement indépendante des prestations qui ont été effectuées par le titulaire du marché. Effectivement, il s'agit d'une technique de préfinancement¹⁶⁷³. Précisément, le régime des avances tend à «*faciliter l'exécution des marchés et assurer l'égalité d'accès aux marchés publics entre les entreprises disposant*

¹⁶⁷³ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 427.

d'une trésorerie suffisante pour démarrer l'exécution des prestations et celles qui n'en disposent pas »¹⁶⁷⁴.

823. La fixation de l'avance et ses modalités de remboursement ne sont pas non plus à l'abri de la réglementation. En effet, le Code des marchés publics a consacré plusieurs dispositions afin de mettre en œuvre cette méthode de paiement¹⁶⁷⁵.

En tous cas, la particularité du recours à cette méthode de paiement est qu'elle constitue une obligation à la charge de la collectivité publique contractante si les conditions sont réunies ; en revanche, le titulaire du marché peut refuser le versement de l'avance.

824. Dans le même esprit, le régime des paiements anticipés impose aux personnes publiques de recourir aux acomptes. L'acompte correspond au paiement effectué par l'acheteur public d'une partie des prestations prévues par le marché et effectivement exécutées au titulaire du marché ou à son sous-traitant¹⁶⁷⁶. A cet égard, l'article 91 du Code des marchés publics prévoit que « *les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit à des acomptes* ». Bénéficient de ce droit les entreprises titulaires de marché, ainsi que les sous-traitants admis au paiement direct.

825. La distinction entre les acomptes et les avances se fonde sur le fait que l'acompte ne doit pas dépasser le montant de ce qui a été effectivement réalisé. Le montant de l'acompte doit donc être déterminé en prenant en compte les éléments d'exécution¹⁶⁷⁷.

B) Les garanties d'exécution

826. Afin d'assurer la bonne exécution du contrat, et en contrepartie de l'obligation qui pèse sur les pouvoirs adjudicateurs de verser des avances et des acomptes aux titulaires de marchés et à leurs sous-traitants, le Code des marchés publics prévoit des mécanismes de garanties financières. Ces derniers ont pour but également de recouvrer, le cas échéant, « *toutes les sommes dont le cocontractant de l'administration est reconnu débiteur à quelque titre que ce soit, en exécution de son marché* »¹⁶⁷⁸.

¹⁶⁷⁴ Manuel d'application du Code des marchés publics, circulaire du 3 août 2006, point 14.2.

¹⁶⁷⁵ Pour plus de détails voir les articles de 87 à 90 du CMP.

¹⁶⁷⁶ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 426.

¹⁶⁷⁷ Ibid.

¹⁶⁷⁸ CE, 26 avril 1985, *CHR de Limoges c/Banque de la construction et des travaux publics*, RDP, 1985, P. 1711, obs. F. Llorens.

Ainsi, l'article 101 du Code des marchés publics permet à l'acheteur public d'imposer à la charge du titulaire « *une retenue de garantie qui est prélevée par fraction sur chacun des versements autres qu'une avance. Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5% du montant initial augmenté, le cas échéant du montant des avenants* ». L'article prévoit également que le seul objet de la retenue de garantie est de « *couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie* ». Ce délai est défini comme le délai pouvant être prévu par le marché, « *pendant lequel le pouvoir adjudicateur peut formuler des réserves sur des malfaçons qui n'étaient pas apparentes ou dont les conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception* ».

827. L'application des dispositions susmentionnées est soumise au contrôle du juge administratif qui n'hésite pas à sanctionner les fautes commises. Il a ainsi jugé qu'« *une commune est fondée à conserver, en l'absence de réception de l'ouvrage, la retenue destinée à garantir la bonne exécution des obligations contractuelles incombant à l'entrepreneur. Il appartiendra à celui-ci de demander à la commune le remboursement de ladite garantie lorsqu'il lui aura payé les sommes auxquelles il est condamné par le juge du contrat* »¹⁶⁷⁹. De même, « *lorsque des désordres nécessitent des travaux de trop peu d'importance pour que la commune puisse refuser la réception des ouvrages, il appartient seulement à celle-ci, en cas de défaillance de l'entreprise, de déduire du compte définitif les sommes nécessaires à la réparation des malfaçons. Par suite, les travaux sont en état de réception et la commune doit verser au constructeur le montant de la retenue de garantie, diminué du coût de réparation des malfaçons* »¹⁶⁸⁰. Le Conseil d'Etat a également considéré que « *si l'entrepreneur n'a pas, contrairement aux stipulations du marché, contracté d'assurance garantissant notamment sa responsabilité décennale, la violation desdites stipulations ne saurait être regardée comme un manquement aux obligations que l'entrepreneur doit remplir pour obtenir la restitution de la retenue de garantie. Par suite, le maître d'ouvrage ne peut refuser de restituer ladite garantie* »¹⁶⁸¹. Le juge administratif a aussi estimé qu'« *il découle des dispositions de l'art. 1153 C. civ. que des intérêts moratoires sont dus en cas de retard dans l'exécution d'une obligation de paiement. La prolongation induite d'une retenue de garantie, c'est-à-dire*

¹⁶⁷⁹ CE, 31 juillet 1992, *Sté Muraccioli et Cne de Cervione*, req. n° 74282, Lebon T. 1113.

¹⁶⁸⁰ CE, 27 mai 1983, *Cne de la Queue-en-Brie*, req. n° 23757.

¹⁶⁸¹ CE, 2 juin 1989, *Ville de Boissy-Saint-Léger c/ Sté Nouvelle de Constructions Industrialisées*, req. n° 65631, Lebon T. 785 ; pour une solution pareille concernant la sous-traitance voir, CAA Paris, 21 octobre 2014, *Logicial OPH*, req. n° 13PA01615.

l'immobilisation de sommes dues au contractant, constitue bien un retard de paiement au sens de ces dispositions »¹⁶⁸².

828. Dans le même ordre d'idée, le Code des marchés publics prévoit la possibilité pour le titulaire du marché de remplacer la retenue de garantie par un autre type de garantie qui a le même objet que la retenue de garantie. Précisément, l'article 102 dispose que « *la retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire par une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire. Le montant de la garantie à première demande ou de la caution personnelle et solidaire ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent. Leur objet est identique à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent* ». De plus, en cas de résiliation d'un marché qui n'a pas prévu de retenue de garantie, lorsqu'un délai est accordé au titulaire, dans les conditions prévues à l'article 95, pour reverser au pouvoir adjudicateur 80 % du montant de l'éventuel solde créditeur apparu au profit de celui-ci, l'article 104 impose au titulaire du marché de fournir « *une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire* »¹⁶⁸³.

829. Enfin, et afin d'assurer la bonne exécution du marché, l'article 105 consacre une disposition générale en vertu de laquelle « *le cahier des charges détermine, s'il y a lieu, les autres garanties qui peuvent être demandées au titulaire du marché pour l'exécution d'un engagement particulier* ».

830. L'ensemble de ces dispositions révèle que la détermination des garanties n'est pas vraiment un résultat de l'accord des parties contractantes dès lors que ces garanties sont, soit imposées par l'administration contractante, soit remplacées par la seule volonté du cocontractant, soit prédéterminées selon le cas.

831. L'intervention du juge administratif dans ce domaine permet de clarifier deux points essentiels. Tout d'abord, il a indiqué que les obligations créées par la garantie à première demande peuvent ne pas être les mêmes que celles résultant de la caution personnelle et solidaire¹⁶⁸⁴. Pour le juge, une caution personnelle et solidaire constitue une garantie indépendante de la situation de l'entreprise titulaire du marché public et de son

¹⁶⁸² CE, 23 mai 2012, *Maison de retraite publique de la Vallée des Baux*, req. n° 351157.

¹⁶⁸³ Pour des autres utilisations de la garantie à première demande voir, S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 441 ; G. ECKERT, « La garantie à première demande dans les marchés publics », *Contrats et marchés publ.* n° 10, octobre 2001, n° 9.

¹⁶⁸⁴ CE, 10 mai 1996, *Féd. nationale des travaux publics*, req. n° 159980, Lebon, P. 166.

éventuel placement en redressement judiciaire, mais présente un caractère accessoire de l'obligation née de ce marché, qu'elle garantit. En revanche, une garantie à première demande se caractérise par son entière autonomie à l'égard de l'obligation principale née du marché¹⁶⁸⁵. D'autre part, le juge distingue entre la garantie à première demande et la retenue de garantie en considérant que « *la garantie à première demande constitue une obligation autonome, indépendante du marché et qui incombe à un tiers à l'égard du marché, alors que la retenue de garantie prévue par les dispositions de l'art. 101 du Code des Marchés Publics est au contraire étroitement liée au marché, notamment à son montant et à ses modalités de règlement. Les obligations que la garantie à première demande impose au garant peuvent donc légalement être différentes de celles qui incombent au titulaire du marché du fait de la retenue de garantie* »¹⁶⁸⁶.

C) La réglementation du financement

832. En pratique, la bonne exécution du marché exige, fréquemment, que les cocontractants avec l'administration bénéficient de soutiens financiers leur permettant de réaliser les obligations qui leur incombent en vertu du contrat. L'opération par laquelle un cocontractant peut bénéficier d'une aide au financement n'est pas abandonnée à la volonté des parties contractantes. En effet, cette dernière est soumise à un formalisme rigoureux¹⁶⁸⁷. Précisément, le Code des marchés publics¹⁶⁸⁸ a déterminé deux mécanismes seulement pour le financement d'un marché public : le premier concerne le financement par la cession de créance et le nantissement¹⁶⁸⁹ ; le second prévoit la possibilité de recourir, pour obtenir le financement, à la banque de développement des petites et moyennes entreprises¹⁶⁹⁰.

833. Selon le droit en vigueur, la cession consiste, pour l'entreprise, appelée « *cédant* », à céder à l'établissement de crédit, appelé « *cessionnaire* », les créances qu'elle détient sur la collectivité publique. Cela signifie que le cessionnaire devient le seul créancier

¹⁶⁸⁵ CE, 10 juillet 2013, *Sté Banque Calédonienne d'investissement*, req. n° 361122 ; *Contrats et Marchés publ.* 2013, n° 249, note Eckert.

¹⁶⁸⁶ CE, 10 mai 1996, *Féd. nationale des travaux publics*, req. n° 159980, Lebon, P. 166.

¹⁶⁸⁷ Voir dans ce sens, Ph. TERNEYRE, « Le financement des marchés publics de travaux », *RD imm.*, 1998, P. 529 ; S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 413.

¹⁶⁸⁸ Dans ces articles de 106 à 111.

¹⁶⁸⁹ Les articles 1689 et 2075 et suivants du Code civil organisent respectivement les procédures « ordinaires » de cession de créance et de nantissement.

¹⁶⁹⁰ L'article 111 du CMP.

de la collectivité publique. C'est lui seul qui encaissera le montant de la créance, et les éventuels intérêts moratoires compris¹⁶⁹¹.

834. Le nantissement consiste, pour le titulaire d'un marché public, à donner en gage à l'établissement de crédit la créance qu'il détient sur la collectivité publique. Cette créance vient garantir le prêt accordé à l'entreprise et financer le marché public. La banque, créancier nanti, reçoit alors directement les paiements dus à l'entreprise. Il doit en rendre compte à cette dernière, en vertu des règles relatives au mandat¹⁶⁹².

835. La simplification de la procédure de cession de créance et de nantissement est née de la volonté législative de faciliter le crédit aux entreprises par la Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, dite « *loi Dailly* »¹⁶⁹³. L'objectif essentiel de la réglementation est de concilier et protéger les intérêts des différents intervenants: le pouvoir adjudicateur, dont la dette à l'égard du titulaire du marché n'est définitivement fixée qu'au moment de l'établissement du décompte général et définitif ; le titulaire, qui est en droit de céder ses créances sur le pouvoir adjudicateur au fur et à mesure de l'exécution du marché sans attendre l'établissement du décompte ; le sous-traitant, qui doit être payé pour la part des travaux qu'il a réalisés, qui ne peut faire l'objet par le titulaire du marché d'une cession de créance ; enfin et surtout le cessionnaire, qui doit pouvoir obtenir le paiement de sa créance par le pouvoir adjudicateur¹⁶⁹⁴.

836. La mise en œuvre de ces dispositions est soumise au contrôle du juge administratif qui n'hésite pas à préciser certains points. A titre d'exemple, le Conseil d'Etat rappelle que le cédant d'une créance ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en détient¹⁶⁹⁵. Ainsi, il a estimé que « *le cessionnaire de la créance ne peut prétendre, lorsqu'il présente une demande de paiement au titre de cette créance, au versement d'une somme supérieure à celle due par la personne publique au cédant à cette date, quand bien même la valeur de la créance serait supérieure* »¹⁶⁹⁶. En revanche, « *la cession d'une créance détenue par une*

¹⁶⁹¹ CAA Bordeaux, 30 décembre 2003, *GIE Union pour le développement du transport en commun de la Réunion, Contrats et marchés publ.*, mai 2004, P. 20, note G. Eckert.

¹⁶⁹² S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 413.

¹⁶⁹³ Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises, JORF du 3 janvier 1981, P. 150 ; codifiée dans le Code monétaire et financier, articles 313-23 et s.

¹⁶⁹⁴ Voir le commentaire développé sous l'article 106 du Code des marchés publics, édition Dalloz.

¹⁶⁹⁵ CE, 21 juin 1999, *Banque populaire Bretagne-Atlantique*, req. n° 151917, Lebon, P. 206 ; BJCP 1999, P. 590, concl. Savoie ; *RFDA*, 1999, P. 874 ; *Dr. adm.* 1999, comm. 219 ; *RDI*, 1999, P. 640 obs. Llorens ; *Gaz. Pal.* 9 et 10 février 2000, p. 29 ; CE, 9 mai 2005, *Sté Schüco International*, req. n° 266060, Lebon T. 816 ; BJCP 2005, P. 292, concl. Boulouis, obs. Ph. T.

¹⁶⁹⁶ CE, 22 juillet 2009, *OPAC de la Sarthe*, req. n° 300313 ; *RDI*, 2009, P. 592, note Noguellou.

entreprise sur une commune pour des travaux réalisés au profit de cette dernière autorise l'établissement de crédit cessionnaire, substitué à l'entreprise dans les droits résultant de la créance cédée, à réclamer à la commune, en cas de nullité du marché pour l'exécution duquel avaient été effectués les travaux, le remboursement des dépenses engagées et qui ont été utiles à la commune »¹⁶⁹⁷.

De même, le Conseil d'Etat précise qu'à compter de la notification de la cession Dailly, la personne publique cédée ne peut plus se libérer valablement que dans les mains du cessionnaire : *« Si elle paie une autre personne – le bénéficiaire d'un plan de cession de la société cédante en l'espèce – elle devra également payer le cessionnaire, sans pouvoir soutenir qu'il n'est pas possible de condamner une personne publique à payer une somme qu'elle ne doit pas »¹⁶⁹⁸*. De plus, il juge que *« la cession de créances ne peut faire échec à l'exercice, en application des art. L. 621-122 et L. 621-124 C. com., de l'action en revendication du vendeur initial sur les marchandises pour lesquelles il dispose d'une réserve de propriété »¹⁶⁹⁹*.

837. En conclusion, les règles applicables au régime financier des contrats des personnes publiques n'ont pas pour objectif de permettre aux parties contractantes d'exercer leur liberté contractuelle, mais d'assurer une bonne exécution des obligations prévues dans le contrat et de faciliter cette exécution, ce qui en pratique ne laisse pas une marge considérable pour l'exercice de cette liberté.

Section II

La réglementation de l'exécution technique

838. L'exécution technique du contrat désigne l'étape durant laquelle chacune des parties contractantes est tenue de réaliser les obligations qui lui incombent en vertu du contrat. On constate traditionnellement, en contrat administratif, trois types d'obligations essentielles : l'obligation d'assurer personnellement l'exécution du contrat, l'obligation de l'exécution dans

¹⁶⁹⁷ CE, 7 avril 2004, *Cne de Cabourg*, req. n° 239000, Lebon, P. 163.

¹⁶⁹⁸ CE, 19 mars 2001, *Région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, req. n° 207626.

¹⁶⁹⁹ CE, 23 juin 2003, *Min. de l'Économie c/ Banque Worms*, req. n° 232665 ; *Contrats et Marchés publ.* 2003, n° 176, obs. Eckert ; *Dr. adm.* 2003, n° 168, obs. GLC.

les délais prescrits, ainsi que l'obligation d'exécuter le contrat conformément aux prescriptions techniques et aux ordres de services de l'administration¹⁷⁰⁰. En revanche, l'administration est tenue de payer le prix convenu suivant la manière précisée précédemment, ainsi que d'indemniser le titulaire du contrat en cas d'aggravation de ses charges.

839. En principe, la modification de ces obligations réciproques n'est pas acceptable, toutefois la pratique montre une souplesse certaine. En effet, dans l'état actuel du droit on peut noter deux mécanismes permettant de modifier certaines obligations dans l'étape de l'exécution du contrat de manière conventionnelle. Le premier mécanisme constitue une dérogation à l'obligation de l'exécution personnelle du contrat en autorisant le cocontractant à recourir à la sous-traitance ; le second permet aux parties contractantes de recourir à l'avenant.

840. Malgré leur apparence de conformité avec l'exercice de la liberté contractuelle, le recours à de tels mécanismes n'est pas effectivement abandonné à la volonté des parties contractantes. En effet, la réglementation limite leur utilisation à certains cas et certaines circonstances. Par voie de conséquence, le rôle de la liberté contractuelle dans ce domaine devient marginal.

Pour cela, nous allons étudier d'une part le recours conditionné à la sous-traitance (Sous-section I), et d'autre part le caractère exceptionnel de l'avenant (Sous-section II).

Sous-section I

La limitation du recours à la sous-traitance

841. Dans les contrats administratifs, le titulaire du contrat est en charge de satisfaire les besoins pour lesquels le contrat a été conclu. Dans ce cadre, il est tenu de mettre en œuvre l'ensemble des moyens matériels, humains et financiers disponibles afin d'y parvenir. De plus, il doit assurer personnellement l'exécution des prestations sur lesquelles il s'est engagé. L'application du principe de *l'intuitu personae* devrait lui interdire de se décharger d'une partie de ses obligations, en les confiant par voie contractuelle à un tiers. Il doit être seul

¹⁷⁰⁰ Voir, S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 372 ; M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 485 et s.

responsable de la réalisation de la mission donnée¹⁷⁰¹. Toutefois, l'application rigide de cette obligation, qui constitue un frein manifeste de l'exercice de la liberté contractuelle, a reçu des tempéraments législatifs autorisant le recours à la sous-traitance afin de satisfaire des objectifs sociaux et économiques. En effet, il est remarqué que le recours à la sous-traitance a un double rôle¹⁷⁰² : d'un côté il renforce la faculté d'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique ; d'un autre côté le recours à la sous-traitance est associé, d'une manière plus implicite, à la promotion de l'emploi des personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à la lutte contre le chômage ou à la protection de l'environnement¹⁷⁰³. En conséquence, la sous-traitance est autorisée, essentiellement, pour satisfaire une politique avec des objectifs déterminés, et non pas pour renforcer le rôle de la liberté contractuelle dans ce domaine.

842. En principe, le contrat de sous-traitance peut être défini comme le contrat qui est « *conclu entre une personne titulaire d'un contrat administratif et une autre personne et il a pour objet de confier à cette autre personne l'exécution de la tâche confiée par l'administration, tout en laissant au titulaire l'entière responsabilité de l'exécution du contrat* »¹⁷⁰⁴. Précisément, selon l'article 1^{er} de la Loi du n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée¹⁷⁰⁵, « *la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise*¹⁷⁰⁶ ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ». Cela signifie que l'objet de ce contrat, sous-traité, est déterminé par l'objet du contrat principal, et que le contrat conclu en second doit être de même nature que le contrat conclu en premier¹⁷⁰⁷.

La pratique montre que le recours à la sous-traitance est soumis à la réglementation qui précise ses conditions ainsi que ses conséquences.

¹⁷⁰¹ M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 485.

¹⁷⁰² Voir, S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 179.

¹⁷⁰³ Voir dans ce sens par exemple l'article 14 du CMP.

¹⁷⁰⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 458.

¹⁷⁰⁵ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, JORF du 3 janvier 1976, P. 148.

¹⁷⁰⁶ La notion de contrat d'entreprise est assez difficile à définir. Selon la Cour de cassation, le contrat d'entreprise est celui « dans lequel une personne s'engage, moyennant rémunération à accomplir de manière indépendante un travail, au profit d'une autre, sans la représenter », Cass. 1^e civ., 19 février 1968, bull. civ., I, n° 69, P. 54 ; voir également, Fr. MODERNE, « Incertitudes sur la sous-traitance dans le projet de réforme du Code des marchés publics », *Gaz. Pal.*, 1997, III, P. 1437 ; B. BOUBLI, « Réflexions sur les obligations des parties dans la sous-traitance des marchés de travaux immobiliers », *Rev. Dr. Imm.*, 1988, P. 391.

¹⁷⁰⁷ Voir L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 458.

A) Le recours conditionné à la sous-traitance

843. L'autorisation de recourir à la sous-traitance permet, illusoirement, de parler d'un renforcement du rôle de la liberté contractuelle au stade de l'exécution du contrat. L'analyse des textes juridiques ne permet pas une telle interprétation. On a constaté que la procédure de formation du contrat, tant pour les marchés publics que pour les délégations de service public, exige des candidats la fourniture de documents qui confirment leur capacité technique, financière et matérielle de réaliser la mission qui pourrait leur être confiée par le contrat. Dans ce contexte, le recours à la sous-traitance doit être interprété comme une dérogation à la logique de formation du contrat, ce qui signifie qu'il doit être exceptionnel. De plus, il doit être, logiquement, justifié par le manque, au cours de l'exécution, d'une de ces capacités exigées lors de la procédure de passation. La réglementation, notamment le Code des marchés publics, a consacré un ensemble de règles afin de la mettre en œuvre.

a) L'utilisation encadrée de la sous-traitance pour l'exécution des marchés publics

844. Selon l'article 112 du Code des marchés publics, « *le titulaire d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou d'un marché industriel peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement* ». On peut déduire de cet article que le recours à la sous-traitance n'est pas une faculté exercée sans limite.

845. D'abord, il est à noter que selon la formulation de cette disposition, les marchés de fournitures n'entrent pas dans le cadre de cette autorisation à recourir à la sous-traitance. La seule exception à cette exclusion est réservée aux marchés industriels qui sont définis par le même article comme ceux « *ayant pour objet la fourniture d'équipements ou de prototypes conçus et réalisés spécialement pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur* ». Ainsi, le juge administratif n'a pas reconnu la qualité de sous-traitant à l'entreprise qui fournit des équipements courants à l'entrepreneur principal¹⁷⁰⁸, ou la fourniture d'une charpente qui n'assure pas la pose d'échafaudage¹⁷⁰⁹. En revanche, la pose d'échafaudage n'est pas un simple contrat de fournitures, mais constitue en l'espèce un travail spécifique pour les besoins

¹⁷⁰⁸ CAA Nantes, 30 décembre 1999, *Sté Biwater*, Lettre J.-Cl. Dr. publ. affaires, juin 2000.

¹⁷⁰⁹ CAA Bordeaux, 31 juillet 2003, *SA Charles et Monysset*, *Contrats et marchés publ.*, 2001, comm. 20, note F. Llorens.

du maître d'ouvrage, et il entre donc dans le champ d'application des dispositions relatives à la sous-traitance¹⁷¹⁰.

846. Ensuite, il est exigé que l'objet de la sous-traitance soit l'exécution de certaines parties du marché. Cela signifie, en premier lieu, que le sous-traitant doit exécuter une ou certaines parties des missions qui incombent au titulaire du marché en vertu de ce dernier. Ainsi, l'entreprise qui étudie et monte un échafaudage ne peut être considérée comme sous-traitante du constructeur¹⁷¹¹, ni même celle qui assure la location de matériels¹⁷¹². Le Conseil d'Etat a bien clarifié cette exigence en jugeant que « *les décisions d'accepter une entreprise en qualité de sous-traitante et d'agréer ses conditions de paiement ne sont susceptibles d'ouvrir à celle-ci un droit au paiement direct de ses prestations que pour autant que ces prestations relèvent effectivement du champ d'application de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, lequel ne concerne que les prestations relatives à l'exécution d'une part du marché, à l'exclusion de simples fournitures à l'entrepreneur principal* »¹⁷¹³. En second lieu, il est interdit au titulaire du marché de sous-traiter la totalité du marché. Auparavant, une interprétation optimiste de l'autorisation acceptant une sous-traitance totale, inspirée de l'esprit libéral de l'époque, avait été adoptée¹⁷¹⁴. Toutefois, les modifications apportées à la loi du 31 décembre 1975 ainsi que celles du Code des marchés publics ne permettent plus une telle interprétation. En tous cas, même avant l'intervention de ces modifications, le juge administratif a interdit la sous-traitance totale en jugeant que « *la sous-traitance totale d'un marché public justifie la résiliation du marché aux torts du titulaire du marché* »¹⁷¹⁵. En revanche, l'interdiction ne s'étend pas à la cession du marché. Selon les auteurs du *Traité des contrats administratifs* la cession des contrats peut être définie par l'opération qui a pour objet « *le remplacement d'une partie par un tiers au cours de l'exécution du contrat* »¹⁷¹⁶. A cet égard, la jurisprudence administrative a montré une

¹⁷¹⁰ CAA Lyon, 11 mai 2006, *Sté Qualia*, req. n° 01LY00279 ; BJCP 2006, P. 349, concl. Besle, obs. Ch. M.

¹⁷¹¹ TA Versailles, 4^e ch., 13 décembre 1999, *Sté Entrepouse Echafaudages c/SCI Atrium*, D. 2000, inf. rap., P. 46.

¹⁷¹² TA Rouen, 19 juin 2000, *Sté Herk, Contrats et marchés publ.*, 2001, comm. 13, note F. Llorens.

¹⁷¹³ CE, 26 septembre 2007, *Dpt du Gard – Sté d'aménagement et d'équipement du dpt du Gard*, req. n° 255993, Lebon T. 943 ; *Contrats et Marchés publ.* 2007, n° 295, obs. Olivier ; *RFDA*, 2008. P. 277, concl. Boulouis, note Moderne.

¹⁷¹⁴ Voir dans ce sens, F. MODERNE, *La sous-traitance des marchés publics*, Dalloz, 1995, notamment P. 49 et s.

¹⁷¹⁵ CAA Bordeaux, 15 décembre 1997, *SA Thermotique c/ Ville de Nice*, req. n° 94BX01637, Lebon T. 581 ; *Dr. adm.* 1998, n° 196.

¹⁷¹⁶ Andr. de LAUBADERE, Fr. MODERNE et P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, précité, t. 2, P. 12.

souplesse en ce qui concerne la cession du marché. Dans son avis rendu le 8 juin 2000¹⁷¹⁷, le Conseil d'Etat a essayé de montrer la distinction entre la sous-traitance et la cession du contrat. Pour lui, la première est l'opération par laquelle l'entrepreneur confie par un sous-traité et sous sa responsabilité à une autre entreprise une partie de l'exécution du marché public conclu avec le maître d'ouvrage, alors que « *la cession d'un marché public ou d'une délégation de service public doit s'entendre de la reprise pure et simple par le cessionnaire, qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat* ». Ainsi, le titulaire du marché peut le céder, mais à condition¹⁷¹⁸ d'avoir l'autorisation de l'acheteur public¹⁷¹⁹ ; le défaut de cette dernière entraîne la nullité absolue de la cession¹⁷²⁰. En tous cas, l'autorisation de recourir à la cession du contrat pose toujours la question de sa légitimité, notamment en raison de sa contradiction avec les principes dirigeant le droit de la concurrence¹⁷²¹.

847. Enfin, le recours à la sous-traitance soumet à l'obligation d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement¹⁷²². Ladite acceptation peut être demandée soit avant la conclusion du marché, soit en cours d'exécution¹⁷²³. Dans le premier cas, la notification du marché vaut agrément du sous-traitant et agrément des conditions de paiement, et le candidat doit fournir au pouvoir adjudicateur, au moment du dépôt de l'offre ou de la proposition, une déclaration mentionnant : la nature des prestations sous-traitées ; le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ; le montant maximum des sommes à verser par paiement direct au sous-traitant ; les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ; les capacités techniques, professionnelles et financières du sous-traitant, etc. Dans le second cas doit intervenir un avenant ou un acte spécial, et le silence gardé pendant vingt et un jours vaut acceptation et agrément¹⁷²⁴. En tout état de cause, la double condition exigée, pour la

¹⁷¹⁷ CE, avis, 8 juin 2000, req. n° 364803 ; *AJDA*, 2000, P. 758, obs. Richer ; *Contrats et Marchés publ.* novembre 2000, P. 4, note Llorens.

¹⁷¹⁸ Pour plus de détails concernant le régime juridique de la cession du marché voir, S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 374 et S.

¹⁷¹⁹ Voir également, CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux*, Lebon, P. 54.

¹⁷²⁰ CE, 5 janvier 1951, *Commune de Lesparrou*, Lebon, P. 3 ; TA Versailles, 17 avril 2000, *Société d'aménagement des monts*, BJC 2000, n° 14, P. 79.

¹⁷²¹ Voir, N. SYMCHOWICZ, « Contrats administratifs et mise en concurrence : la question des cessions », *AJDA*, 2000, P. 104 ; Ch. MAUGÜE et L. DERUY, « Les concessions de marchés publics et de délégations de service public », *BJSCP*, 1999, P. 494 et s.

¹⁷²² L'article 112 du CMP.

¹⁷²³ Voir l'article 114 du CMP qui prévoit une organisation de la procédure d'acceptation et d'agrément.

¹⁷²⁴ *Ibid.*

régularité de la sous-traitance¹⁷²⁵, doit être respectée totalement car si l'accord est partiel, par exemple il y a acceptation du sous-traitant mais absence d'agrément des conditions de paiement, le recours à la sous-traitance sera irrégulier¹⁷²⁶ et le sous-traitant ne pourra donc bénéficier du paiement direct¹⁷²⁷. Si la sous-traitance est non déclarée, c'est-à-dire « *occulte* », le titulaire du marché sera exposé à toutes les sanctions prévues pour violation de son obligation d'exécution personnelle¹⁷²⁸.

b) La sous-délégation du service public est aussi conditionnée

848. Dans le domaine des délégations de services publics, est fréquemment utilisée l'expression « *sous-délégation* » ou « *sous-concession* »¹⁷²⁹ et non sous-traitance. La sous-délégation de service public est définie comme « *un contrat par lequel un délégataire de service public confie à un tiers la gestion d'une partie de l'activité de service public déléguée, moyennant une rémunération assurée substantiellement par les résultats de l'exploitation* »¹⁷³⁰. Parce qu'elle est réservée aux marchés publics¹⁷³¹, la loi du 31 décembre 1975, relative à la sous-traitance, ne permet pas de savoir s'il est possible de recourir à la sous-délégation dans l'exécution des conventions de délégations de service public. C'est le cas également de l'ensemble de la réglementation applicable à ce type de contrats. Pour clarifier cette interrogation, il convient de se reporter à la jurisprudence administrative.

849. Dans un avis de l'Assemblée Générale rendu le 16 mai 2002¹⁷³², le Conseil d'Etat a eu l'occasion de répondre à cette interrogation. En l'espèce, le Conseil d'Etat a été saisi par le ministre de l'équipement, des transports et du logement, de questions parmi lesquelles se trouve la question suivante : Quelles sont la signification et la portée de l'agrément, par le ministre chargé de la voirie nationale, du cocontractant du concessionnaire, prévu à l'article 30 des cahiers des charges de concession ?

La Haute Juridiction administrative a répondu à cette question en plusieurs étapes. D'abord, le juge administratif a répondu sur le principe même de recourir à la sous-délégation en référant d'une manière directe à la place du principe de *l'intuitu personae* dans ce type de

¹⁷²⁵ Voir, S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 180.

¹⁷²⁶ CE, 13 juin 1986, *OPHLM du Pas-de-Calais*, Lebon, P. 722.

¹⁷²⁷ CE, 28 décembre 1988, *SA Prométal*, Lebon, P. 476 ; *AJDA*, 1989, P. 258, note Sablier et Caro.

¹⁷²⁸ Voir, S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 182.

¹⁷²⁹ Voir, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 459.

¹⁷³⁰ Une définition mentionnée dans la réponse du Ministère chargé des collectivités territoriales, publiée dans le JO Sénat du 02/06/2011, P. 1470.

¹⁷³¹ Voir, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 459.

¹⁷³² CE, Ass., Avis, 16 mai 2002, n° 366305.

conventions. Il a souligné que « *dans la mesure où une convention de délégation de service public est conclue en raison de considérations propres à chaque cocontractant, le contrat par lequel la société d'autoroutes confie une partie de ses obligations à un tiers ne peut être conclu, même en l'absence d'une clause spéciale en ce sens, qu'avec l'agrément de la collectivité publique délégante* ». Ainsi, le recours à la sous-délégation est en principe conditionné par l'agrément de la personne publique délégante. Ensuite, il a précisé l'objectif d'un tel agrément en indiquant que ce dernier permet à l'autorité concédante notamment d'apprécier les garanties professionnelles et financières que doit présenter l'entreprise prestataire en vue d'assurer le bon accomplissement des missions qui lui sont confiées ; en d'autres termes, d'apprécier si le sous-délégataire est à même d'assurer la bonne exécution du service public pour la partie du contrat de délégation qui va lui être confié par le délégataire¹⁷³³. Dans ce cadre, la personne publique peut ainsi, afin d'évaluer ces garanties, demander la production de tout document susceptible de l'éclairer. Enfin, il a ajouté que la délivrance de l'agrément peut être conditionnée à la vérification, par le ministre, que les exigences de publicité et de mise en concurrence prévues par le cahier des charges pour la sélection des sociétés prestataires ont été satisfaites.

850. Par ailleurs, il nous semble légitime de s'interroger quant aux activités qui peuvent être considérées comme sous-traitées ou sous-déleguées. Le Conseil d'Etat a adopté dans son avis susmentionné une conception extensive des activités de service public. En effet, l'avis considère que les activités qui peuvent être regardées comme des activités de service public sont « *celles qui, directement nécessaires aux besoins particuliers des usagers des autoroutes, répondent à des considérations d'intérêt général en contribuant à la sécurité et à l'efficacité du trafic autoroutier et qui, par suite, sont soumises par les sociétés concessionnaires d'autoroutes, à des contraintes et des conditions d'exploitation propres à assurer aux usagers un service continu et adapté* ». Ces activités, en l'espèce, sont la distribution du carburant et la restauration. Mais, pour que le contrat qui prévoit l'exécution des telles activités soit une sous-concession, le Conseil d'Etat exige qu'il soit identique à la concession principale du point de vue de la rémunération. Cette exigence est constatée lorsque « *les entreprises qui, en vertu de ces contrats, sont prestataires de service, tirent l'intégralité de leurs ressources des recettes d'exploitation de leur activité : elles en supportent ainsi le risque économique. C'est pourquoi, ceux de ces contrats qui ont pour objet principal de*

¹⁷³³ Voir, CE, 4 juin 1999, *Sarl Maison Dulac*, req. n° 155825 et 160390.

confier, dans les conditions ci-dessus rappelées, la gestion d'un service public, doivent s'analyser comme des sous-concessions de service public ».

851. En pratique, d'autres exemples montrent la possibilité de recourir à la sous-délégation. Tel est le cas par exemple pour les aéroports lorsque le titulaire d'une concession aéroportuaire peut, « *après approbation de l'autorité concédante, sous-traiter l'aménagement, l'entretien et l'exploitation de tout ou partie des ouvrages, installations, matériels et services concédés et la perception des redevances correspondantes* »¹⁷³⁴. Toutefois, le recours à la sous-délégation peut devenir une obligation pour le titulaire du contrat s'il a été imposé par l'autorité délégante. L'exemple d'une telle obligation se trouve dans les contrats de concession de travaux publics : l'article L. 1415-6 du Code général des collectivités territoriales permet à la collectivité territoriale ou l'établissement public local d'imposer aux candidats de sous-traiter à des tiers un pourcentage au moins égal à 30 % de la valeur globale des travaux faisant l'objet du contrat.

Une telle pratique peut être justifiée, à notre avis, au regard des objectifs politiques et économiques tendant à favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique. Elle participe, ainsi, à renforcer l'idée de la supériorité de l'intérêt général sur l'intérêt privé ; c'est-à-dire, la prépondérance de l'intérêt général sur le respect de la liberté contractuelle qui constitue le mécanisme pour parvenir à l'intérêt privé.

B) La réglementation des effets du recours à la sous-traitance

852. Lorsque la sous-traitance est régulière, la réglementation en vigueur consacre trois aspects essentiels : le premier précise la nature de la relation entre la personne publique et le sous-traitant, le deuxième fixe les conditions de l'exercice du droit au paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, le troisième régit certains moyens de l'exécution.

853. D'abord, il résulte de l'article 113 du Code des marchés publics que le titulaire du marché demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du marché. L'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1975 dispose aussi que

¹⁷³⁴ L'article 29 du Cahier des charges approuvé par le Décret n°97-547 du 29 mai 1997, portant approbation du cahier des charges type et de la convention de concession type applicables aux concessions accordées par l'Etat pour la construction, l'entretien et l'exploitation des aérodromes, JORF n°124 du 30 mai 1997, P. 8268.

l'entrepreneur confie « *sous sa responsabilité* » une partie de l'exécution du marché au sous-traitant. Ainsi, le sous-traitant n'est pas en relation contractuelle avec le maître de l'ouvrage.

854. La jurisprudence rendue dans ce domaine a confirmé, à plusieurs reprises, l'absence de relation contractuelle entre les deux. C'est le cas, par exemple, de l'arrêt, *OPHLM de Châtillon-sous-Bagneux*¹⁷³⁵ qui précise que « *les dispositions de la loi du 31 déc. 1975 relatives au paiement direct des sous-traitants de certains marchés passés par l'État, les collectivités locales et les établissements et entreprises publics n'ont eu ni pour objet ni pour effet de créer à la charge des sous-traitants des obligations contractuelles vis-à-vis du maître de l'ouvrage. Le titulaire du marché reste seul tenu, à l'égard de celui-ci, de l'exécution du contrat tant pour les travaux qu'il réalise lui-même que pour ceux qui ont été confiés à un sous-traitant* ». De même, le Conseil d'Etat a souligné que le droit au paiement direct ne fait pas naître de relations contractuelles entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage¹⁷³⁶. Selon la Cour de cassation, seuls les rapports entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant sont de nature contractuelle¹⁷³⁷. En conséquence, dans le cadre des relations avec le maître de l'ouvrage, le titulaire du marché supporte la responsabilité des malfaçons même si celles-ci sont imputées au sous-traitant¹⁷³⁸. De même, en cas de dommages causés aux tiers par l'exécution des travaux, l'entrepreneur principal, s'il est assigné par les victimes, ne peut demander sa mise hors de cause au motif que les travaux ont été exécutés par un sous-traitant¹⁷³⁹. Il ne peut davantage se prévaloir à l'égard du maître de l'ouvrage des fautes de son sous-traitant¹⁷⁴⁰, même si ces dernières sont dolosives¹⁷⁴¹. Le maître de l'ouvrage, pour sa part, ne dispose d'aucune action contractuelle contre le sous-traitant¹⁷⁴².

855. D'autre part, le droit au paiement direct, qui constitue l'un des objectifs de la loi du 31 décembre 1975 notamment en cas de défaillance du titulaire du marché¹⁷⁴³, est soumis aux dispositions des articles 115 et 116 du Code des marchés publics qui en définissent les conditions de mise en œuvre dans le cadre des marchés publics. Ainsi, l'article 115 précise le

¹⁷³⁵ CE, 6 mars 1987, *OPHLM de Châtillon-sous-Bagneux*, req. n° 37731 ; *D.* 1987, somm., P. 432, obs. Ph. Terneyre.

¹⁷³⁶ CE, 27 janvier 1989, *Sté SOPREMA*, req. n° 80975 ; *Dr. adm.*, 1989, comm. 97 ; Voir dans le même sens, TC, 22 janvier 2001, *Centre hospitalier de Montpellier c/Sté Babcock et Pillard*, BJCP, 2001, n° 18, P. 448.

¹⁷³⁷ Cass. Civ., 3^e, 4 novembre 1999, *La Société Prudence Gréole*, Mon. TP, 11 février 2000, P. 69.

¹⁷³⁸ CE, 6 mars 1987, *OPHLM de Châtillon-sous-Bagneux*, req. n° 37731 ; *D.* 1987, somm., P. 432, obs. Ph. Terneyre.

¹⁷³⁹ CE, 13 novembre 1987, *Cabrera*, Mon. TP, 4 mars 1988, P. 51.

¹⁷⁴⁰ CE, 22 mai 1974, *Sté Paul Millet*, Lebon, P. 310.

¹⁷⁴¹ CE, 23 juin 1978, *Consorts Michel*, Lebon, P. 277 ; *AJDA*, 1997, P. 43, note F. Moderne.

¹⁷⁴² TC, 22 janvier 2001, *Centre hospitalier de Montpellier c/ Sté Babcock et Pillard*, précité.

¹⁷⁴³ Voir, S. ABATUCCI, « Sous-traitance dans les marchés publics. Nature et étendue du paiement direct », *Dr. adm.* 1999, chron. n° 20.

régime de l'avance forfaitaire versée aux sous-traitants bénéficiant du paiement direct et indique que ce droit est ouvert au profit du sous-traitant dès la notification du marché ou l'acte spécial par le pouvoir adjudicateur. Le remboursement de cette avance est soumis aux mêmes règles que l'avance au titulaire du marché¹⁷⁴⁴. L'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 modifié dispose à son tour que le paiement direct est obligatoire « *même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites* ». Le caractère obligatoire de ce paiement est d'ordre public et le sous-traitant ne peut pas renoncer au paiement direct car « *toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite* »¹⁷⁴⁵. De même, le sous-traitant régulier a droit au paiement direct de tous les travaux réalisés avant la résiliation de son contrat de sous-traitance¹⁷⁴⁶, ou le cas échéant avant la résiliation du marché¹⁷⁴⁷.

856. La reconnaissance d'un droit au paiement direct rencontre, toutefois, certaines limitations. En premier lieu, le sous-traitant régulier n'a pas droit au paiement direct lorsque le montant du contrat est inférieur à 600 euros TTC¹⁷⁴⁸. Pour les marchés industriels passés par le ministère de la défense, « *les sous-traitants ne sont payés directement que si le montant de leur contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 10 % du montant total du marché* »¹⁷⁴⁹. En deuxième lieu, le sous-traitant ne peut prétendre au paiement direct que des travaux exécutés postérieurement à son agrément par le maître de l'ouvrage¹⁷⁵⁰. En troisième lieu, en vertu de l'article 116 du Code des marchés publics, le droit au paiement direct au sous-traitant ne vaut que pour les factures qui ont, au préalable, été visées par le titulaire du marché¹⁷⁵¹. En dernier lieu, la loi du 31 décembre 1975 modifiée réserve le droit au paiement direct au sous-traitant « *direct* » du titulaire du marché, c'est-à-dire au sous-traitant de premier rang, privant ainsi les sous-traitants de rang ultérieur de ce droit¹⁷⁵². Dans ce cas, le dernier alinéa de l'article 6 de la loi précitée précise, seulement, que les sous-traitants directs sont tenus de délivrer aux sous-traitants de second rang une caution ou une délégation de paiement.

¹⁷⁴⁴ Pour plus de détails sur ce point voir l'article 88 du CMP.

¹⁷⁴⁵ L'article 7 de la loi du 31 décembre 1975.

¹⁷⁴⁶ CE, 11 octobre 1999, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, BJCP, 2000, n° 9, P. 100

¹⁷⁴⁷ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 187.

¹⁷⁴⁸ L'article 115-1 du CMP.

¹⁷⁴⁹ Ibid.

¹⁷⁵⁰ CE, 3 avril 1991, *Syndicat intercommunal du plateau d'Autrans-Meaudre*, *Dr. adm.*, 1998, hors-série, comm. n° 122 ; CAA Paris, 3 octobre 2003, *Sté Pieux Ouest*, n° 99-00461 ; CAA Lyon, 7 juillet 2004, *SA Périmètre*, n° 98LY01896.

¹⁷⁵¹ CAA Bordeaux, 1^{er} juin 1993, *Ville de Toulouse et Société bordelaise de crédit industriel et commercial*, Lebon, P. 448.

¹⁷⁵² S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 189.

857. Enfin, à l'instar du titulaire du marché, le sous-traitant bénéficie de mécanismes qui lui permettent de financer l'exécution des parties qui lui sont confiées en vertu de son contrat. Néanmoins, l'utilisation de ces mécanismes est réglementée. En règle générale, l'article 117 du Code des marchés publics dispose que « *le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées peut céder ou nantir, à concurrence du montant des prestations qui lui sont réglées directement, tout ou partie de sa créance* ». Ainsi, le sous-traitant régulier peut céder ou nantir tout ou partie de sa créance, mais cette utilisation doit rester dans la limite du montant des prestations qui lui sont réglées directement. Les modalités de cession ou de nantissement des créances du sous-traitant sont les mêmes que celles qui s'appliquent au titulaire du marché¹⁷⁵³.

858. Pour finir, il est intéressant de signaler que l'article 9 de la loi du 31 décembre 1975 a encadré le recours du titulaire du marché, qui fait l'objet d'un nantissement, à la sous-traitance. Selon cet article « *lorsque l'entrepreneur envisage de sous-traiter une part du marché ayant fait l'objet d'un nantissement, l'acceptation des sous-traitants ... est subordonnée à une réduction du nantissement à concurrence de la part que l'entrepreneur se propose de sous-traiter* ». L'existence d'une telle obligation est logique. En effet, si cette réduction n'intervient pas le maître de l'ouvrage ne peut valablement accepter le sous-traitant, car le nantissement complet du marché priverait ce dernier du droit au paiement direct¹⁷⁵⁴.

859. En conclusion, si l'ensemble des éléments analysés précédemment permet de constater une place à la liberté contractuelle dans le cadre de la procédure organisée de la sous-traitance au cours de l'exécution du contrat, celle-ci reste conditionnée et limitée. L'objectif de l'autorisation d'un tel recours n'est en effet pas de renforcer l'exercice de la liberté contractuelle mais de faciliter l'exécution du contrat et d'assurer certaines finalités à caractère économique et social.

¹⁷⁵³ F. SABIANI, « La cession de la créance du sous-traitant (Le paiement des prestations sous-traitées dans les marchés publics) », *Droit et Ville*, n° 57, 2004, P. 96 ; mentionné dans S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 191.

¹⁷⁵⁴ Voir, CE, 2 juin 1989, *Sté Phinelec*, Lebon, P. 782 ; *AJDA*, 1989, P. 721, note Sablier et Caro ; *CJEG*, 1989, P. 329, note Moderne ; *RDP*, 1989, P. 1809, obs. F. Llorens.

Sous-section II

La limitation du recours des parties contractantes aux avenants

860. En règle générale, la modification conventionnelle du contrat, c'est-à-dire « *l'avenant* », constitue un des éléments essentiels de l'exercice de la liberté contractuelle au cours de l'exécution du contrat. Selon le dictionnaire de l'Académie française, à l'origine du mot « *avenant* » se trouve l'ancien verbe *avenir* (au sens « *d'arriver* »). En droit, il renvoie « *à la clause additionnelle modifiant un ou plusieurs points d'une convention, d'un contrat* »¹⁷⁵⁵. Officiellement, un avenant est un écrit « *constatant un accord de la volonté des parties à un contrat et ayant pour but de modifier une ou plusieurs des dispositions de l'accord antérieur* »¹⁷⁵⁶.

861. Selon les termes de M. Fatôme, trois éléments caractérisent les avenants. En premier lieu, l'avenant n'est pas un acte « *autonome* » ; il se rattache toujours à un acte préexistant : le contrat qu'il modifie. En deuxième lieu, le contenu de la modification du contrat initial réalisée par l'avenant n'est pas prévu par ce contrat, ce qui distingue l'avenant des clauses de révision, mais aussi des décisions de poursuivre l'exécution d'un contrat dès lors que la possibilité de prendre une telle décision est expressément prévue par le contrat. En troisième et dernier lieu, les modifications opérées par avenant sont des modifications qui sont décidées d'un « *commun accord* » par les parties au contrat, ce qui distingue l'avenant de l'autre grand procédé de modification des contrats administratifs qui est constitué par le pouvoir de modification unilatérale de l'administration contractante¹⁷⁵⁷.

862. En pratique, la modification du contrat administratif se fait soit par un acte unilatéral, fondé sur les prérogatives de puissance publique, soit par un avenant. Le recours à ce dernier se heurte, toutefois, à l'obligation de mise en concurrence. En effet, la mise en concurrence exige que le contrat conclu, après une procédure formalisée, soit exécuté en respectant les stipulations et les conditions d'exécution prévues dans l'appel public à la concurrence selon lesquelles le choix du cocontractant a été effectué et le contenu du contrat a été déterminé. Pour cela, la réglementation en vigueur limite le recours à l'avenant dans

¹⁷⁵⁵ Définition mentionnée par J.-D. DREYFUS, note sur CE, 29 décembre 2004, req. n° 239681 ; *AJDA*, 2005, P. 608.

¹⁷⁵⁶ Lettre ministérielle du 31 octobre 1972, annexée à l'instruction du 10 novembre 1976 pour l'application du Code des marchés publics, mentionné par Ph. LIMOUZIN-LAMOTHE, « Les avenants : observations complémentaires », *AJDA*, 1998, P. 767.

¹⁷⁵⁷ E. FANTÔME, « Les avenants », *AJDA*, 1998, P. 760.

certain cas justifiés par des circonstances exceptionnelles, en les soumettant à des conditions très exigeantes. Ainsi, l'exercice de la liberté contractuelle va être limité dans un espace encadré ; il ne peut être qualifié que d'exercice marginal.

A) La modification unilatérale du contrat par la personne publique

863. Parmi les pouvoirs reconnus à l'administration au cours de l'exécution, figure la possibilité de cette dernière de modifier unilatéralement son contrat. L'utilisation de ce pouvoir est contraire à l'article 1134 du Code civil et, par conséquent, à l'exercice de la liberté contractuelle qui exige qu'une telle modification soit réalisée avec l'accord commun des parties contractantes. L'exercice dudit pouvoir est soumis, cependant, aux conditions classiques.

a) La reconnaissance du pouvoir de modification unilatérale

864. Au contraire du caractère, classique, égalitaire entre les parties dans le contrat du droit privé, le contrat administratif établit une relation inégalitaire entre la personne publique contractante et son cocontractant. L'inégalité ici n'est pas le résultat de la qualité de personne publique mais de l'intérêt général qui constitue la finalité propre de l'action de la personne publique¹⁷⁵⁸. Dans ce cadre, il est reconnu à l'administration le pouvoir de modifier unilatéralement son contrat.

865. Historiquement¹⁷⁵⁹, l'existence de ce pouvoir a été consacrée par l'arrêt *Compagnie générale française des tramways*¹⁷⁶⁰ dans lequel le Conseil d'Etat a reconnu la légalité d'une modification des horaires de tramways imposée à un concessionnaire. Le juge a précisé que les arrêtés pris par la personne publique, en exécution des dispositions applicables, « impliquent pour l'administration le droit, non seulement d'approuver les horaires des trains au point de vue de la sécurité et de la commodité de la circulation, mais encore de prescrire les modifications et les additions nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service ».

¹⁷⁵⁸ Voir, G. ECKERT, « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats et marchés publ.*, octobre 2010, étude n° 9, P. 7.

¹⁷⁵⁹ Voir, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd. Précité, P. 232 ; A. de LAUBADERE, « Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », *RDP*, 1954, P. 36.

¹⁷⁶⁰ CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Lebon, P. 216, concl. L. Blum ; *D.* 1912, III, P. 49, concl. L. Blum ; S. 1911, III, P. 1, conc. L. Blum et note. M. Hauriou ; *RDP*, 1910, P. 270, note G. Jèze.

866. L'interprétation reconnaissant ce pouvoir a été contestée par certains auteurs tel le professeur L'Huillier qui a estimé que l'arrêt fondait le pouvoir du préfet dans ce domaine sur un texte relatif à la police des chemins de fer, par conséquent, il ne pouvait être interprété comme ayant consacré un pouvoir général de l'administration contractante¹⁷⁶¹. Pour le professeur Benoît, le pouvoir de modification unilatérale n'existe que dans le marché de travaux publics ; il s'agit alors de modifications de l'ouvrage dont le marché n'a pas pu déterminer tous les détails¹⁷⁶².

867. En tout état de cause, malgré toutes les interprétations strictes de l'existence de ce pouvoir, en l'état actuel du droit le pouvoir de modification unilatérale constitue une des composantes des pouvoirs dont disposent les personnes publiques dans les contrats administratifs. Ce pouvoir est d'abord constaté dans les délégations de service public car, comme le résumait George Péquignot, « *le contrat administratif tire ses particularités de l'insertion dans son sein de règles propres au service public* »¹⁷⁶³ ; Précisément, du principe de mutabilité du service public qui confère à la personne publique contractante la faculté d'exercer un tel pouvoir¹⁷⁶⁴. Par la suite, ce pouvoir va concerner l'ensemble des contrats administratifs, dès lors que le pouvoir de modification unilatérale va constituer, selon le juge administratif, une « *règle générale applicable aux contrats administratifs* »¹⁷⁶⁵ sans besoin de texte. A cet égard, le professeur Llorens a expliqué que : « *non seulement, le pouvoir de modification unilatérale a survécu, malgré son grand âge, aux mutations qu'a connues le contrat administratif ainsi qu'en témoignent quelques-unes de ses applications jurisprudentielles récentes ..., mais selon les avis les plus autorisés, il constituerait – avec le pouvoir de résiliation unilatérale – la seule prérogative commune à l'ensemble des contrats administratifs* »¹⁷⁶⁶. Enfin, on peut constater que le pouvoir de modification unilatérale trouve un autre fondement dans la jurisprudence européenne. En effet, la Cour européenne des droits

¹⁷⁶¹ J. L. HUILIER, « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ? », *D.* 1953, chron. 87.

¹⁷⁶² F.-P. BENOIT, « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *JCP* 1963, I, 1775, mentionné dans L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 233.

¹⁷⁶³ G. PEQUIGNOT, *La théorie générale du contrat administratif*, Pédone, 1945, P. 605.

¹⁷⁶⁴ Voir dans ce sens, CE, 10 janvier 1902, *Cie nouvelle du Gaz de Déville-Lès-Rouen*, Lebon, P. 5.

¹⁷⁶⁵ CE, 2 février 1983, *Union des transporteurs publics urbains et régionaux*, req. n° 34027, Lebon, P. 33 ; RDP, 1984, P. 212, note J.-M. Auby ; *RFDA*, 1984, P. 45, note F. Llorens ; voir également, CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Lebon, P. 246 ; *AJDA*, 1958, P. 282, concl. Khan ; et récemment CE, 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule*, req. n° 318617, Lebon T. 660 ; *Juris-Data* n° 2010-019539 ; *BJDCP* 2010, n° 73, P. 417, concl. Dacosta ; CE, 5 juillet 2013, *Société Veolia Transport Valenciennes Transvilles*, req. n° 367760, *Juris-Data* n° 2013-013827 ; *Contrats et Marchés publ.* 2013, comm. 262, note J.-P. Pietri.

¹⁷⁶⁶ F. LLORENS, « Des nouvelles du pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *Contrats et marchés publ.*, n° 11, novembre 2014, repère 10.

de l'homme admet l'existence d'un « *pouvoir souverain pour modifier, voire résilier, moyennant compensation, un contrat conclu avec des particuliers – ainsi le veulent la prééminence des intérêts supérieurs de l'Etat sur les obligations contractuelles et la nécessité de sauvegarder l'équilibre du contrat* »¹⁷⁶⁷.

868. Finalement, le pouvoir de modification unilatérale peut être supprimé si un texte prévoit une telle hypothèse. Par exemple, le décret du 18 juin 1969, portant statut des agents contractuels en service à l'étranger, dispose que « *seules peuvent être modifiées et faire l'objet d'un avenant* » certaines dispositions du contrat¹⁷⁶⁸. De même, dans les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, le décret du 15 mars 1982 approuvant la convention-type de transfert de services entre l'Etat et le département prévoyait que les modifications ne peuvent résulter que d'avenants¹⁷⁶⁹.

b) La mise en œuvre du pouvoir de modification unilatérale du contrat

869. L'existence du pouvoir de modification unilatérale pose question quant aux conditions dans lesquelles un tel pouvoir peut être exercé. Une telle utilisation va en effet, à tout le moins, aboutir à apporter des changements aux obligations essentielles du cocontractant et pour lesquelles le contrat a été conclu. En l'absence de dispositions réglementant l'exercice de ce pouvoir, la mise en œuvre de ce dernier doit être déduite de la jurisprudence rendue.

870. Ainsi, le Conseil d'Etat a posé une condition générale à l'utilisation de ce pouvoir : l'intérêt général. Il indique 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* »¹⁷⁷⁰. L'intérêt général au regard de la modification correspond, selon les conclusions du rapporteur public Dacosta sous cet arrêt, à « *l'évolution des besoins du service public* »¹⁷⁷¹. Donc, si les modifications sont constituées par des motifs d'intérêt général, le cocontractant est tenu de respecter ses obligations contractuelles ainsi modifiées mais en ayant droit à l'équilibre financier de son contrat, sinon la convention

¹⁷⁶⁷ CEDH, 9 décembre 1994, Aff. *Raffineries grecques Stran c/ Grèce*, Rec., vol. 301, P. 65.

¹⁷⁶⁸ Pour une application voir, CE, 30 juin 1993, *Min. délégué c/ Yopez*, Lebon T. 856.

¹⁷⁶⁹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 233.

¹⁷⁷⁰ CE, 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule*, req. n° 318617, Lebon T. 660 ; Juris-Data n° 2010-019539 ; BJDGP 2010, n° 73, P. 417, concl. Dacosta.

¹⁷⁷¹ B. DACOSTA, concl. sous, CE, 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule*, *Revue juridique de l'économie publique*, n° 685, Avril 2011, comm. 18.

pourrait donner lieu à une résiliation¹⁷⁷². Il est aussi envisageable dans ce dernier cas, lorsque l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son cocontractant, de saisir le juge du contrat. Ce dernier « *peut prononcer à l'encontre du cocontractant une condamnation à une obligation de faire, éventuellement sous astreinte; en cas d'urgence, le juge des référés peut de même ordonner toutes mesures utiles au sens de l'art. L. 521-3 CJA* »¹⁷⁷³.

871. Une autre condition de l'utilisation du pouvoir de modification unilatérale provient du fait que cette dernière ne peut avoir pour effet de modifier l'objet même du contrat, ni d'en bouleverser l'économie générale¹⁷⁷⁴. En effet, il est habituellement soutenu que la modification unilatérale ne peut jamais porter sur les clauses financières parce que la personne publique doit respecter l'« *équilibre financier* » du contrat¹⁷⁷⁵. Pour M. Dacosta, cette immutabilité est aussi valide en ce qui concerne les contrats dans lesquels la personne publique verse un prix à son cocontractant en échange des prestations fournies¹⁷⁷⁶, c'est-à-dire pour les marchés publics¹⁷⁷⁷. Toutefois, cela n'est pas le cas pour les contrats d'occupation du domaine public pour lesquels il a été jugé que « *le principe selon lequel l'autorité gestionnaire du domaine public peut à tout moment modifier les conditions pécuniaires auxquelles elle subordonne la délivrance des autorisations d'occupation, en raison de faits survenus ou portés à sa connaissance postérieurement à la délivrance de ces autorisations* »¹⁷⁷⁸; il s'applique également « *lorsque l'autorisation résulte d'une convention d'occupation domaniale* »¹⁷⁷⁹. De plus, dans la délégation de service public, la modification unilatérale des clauses financières est possible dès lors que cette modification ouvre droit à indemnisation au bénéfice des cocontractants¹⁷⁸⁰.

872. Dans le même ordre d'idée, l'exercice du pouvoir de modification unilatérale par la personne publique lui impose une obligation logique relevant des principes de la commande publique, notamment celle résultant de l'égalité de traitement. Il s'agit d'éviter que les

¹⁷⁷² Le même arrêt.

¹⁷⁷³ CE, 5 juillet 2013, *Sté Véolia Transports Valenciennes Transvilles*, req. n° 367760 ; *AJDA*, 2013, P. 2454, note Schultz.

¹⁷⁷⁴ Dacosta, précité.

¹⁷⁷⁵ Voir, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 234.

¹⁷⁷⁶ Par exemple, CE, 26 novembre 1975, *Sté « Entreprise Py »*, Lebon T. 1133

¹⁷⁷⁷ Voir, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, précité, P. 235.

¹⁷⁷⁸ CE, 12 octobre 1994, *Visconti*, req. n° 123672, Lebon, P. 442.

¹⁷⁷⁹ CE, 5 mai 2010, *Bernard*, req. n° 301420 : *Juris Data* n° 2010-006284 ; *RJEP* 2010, comm. 59, note C. Chamard-Heim ; *Contrats et Marchés publ.* 2010, comm. 260, note G. Eckert.

¹⁷⁸⁰ CE, 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule*, req. n° 318617, Lebon T. 660, *Juris-Data* n° 2010-019539 ; *BJDCP* 2010, n° 73, P. 417, concl. Dacosta.

modifications du contrat remettent indûment en cause les conditions de la concurrence initiale¹⁷⁸¹. En effet, il convient de reconnaître que l'existence d'un tel pouvoir pourrait permettre de contourner aisément les contraintes imposées par la mise en concurrence en utilisant l'acte unilatéral comme vecteur de la modification¹⁷⁸².

873. Enfin, le recours de la personne publique à la modification unilatérale ouvre à la personne contractante, le cas échéant, le droit à l'indemnisation. Ainsi, le cocontractant peut obtenir des dommages-intérêts supplémentaires en cas de modification non justifiée par des motifs d'intérêt général, ou même demander la résiliation, le cas échéant aux torts de l'administration, en cas de modification trop importante des stipulations contractuelles¹⁷⁸³. Le cocontractant peut également obtenir des dommages-intérêts lorsque la modification des clauses du contrat par l'administration a entraîné des dépenses inutiles et, dans ce cas, le calcul va être effectué par référence au prix du contrat¹⁷⁸⁴.

B) Le recours conditionné à l'avenant

874. Essentiellement, la procédure de passation des contrats de la commande publique a pour finalité d'assurer la bonne utilisation des deniers publics ainsi que d'assurer le libre jeu de la concurrence qui permet d'avoir un traitement égalitaire entre les candidats. C'est pour cela qu'a été institué un système dans lequel la personne publique est obligée de préciser et de définir d'une manière très précise ses besoins dans la mesure de possible. L'absence ou la carence de cette précision est sanctionnée, comme on l'a déjà montré, en ce qu'elle porte atteinte, notamment, au principe de l'égalité de traitement entre les candidats. A la suite de cette précision les candidats déposent leurs offres puis le choix du cocontractant et la détermination du contenu du contrat sont réalisés. Afin d'assurer une certaine continuité du processus conduisant de la passation d'un contrat à son exécution¹⁷⁸⁵, les hypothèses dans lesquelles il sera possible de recourir à la modification conventionnelle du contrat resteront très limitées et devront, en tous cas, viser les mêmes objectifs précités. Effectivement, *« faire jouer la concurrence ne consiste pas seulement à mettre les entreprises en concurrence ; cela suppose aussi que les résultats obtenus par le jeu de la concurrence soient préservés une fois*

¹⁷⁸¹ F. LLORENS, « Des nouvelles du pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *Contrats et marchés publ.*, n° 11, novembre 2014, repère 10.

¹⁷⁸² Voir, H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, Thèse, LGDJ, 2009.

¹⁷⁸³ CE, 12 mars 1999, *SA Méribel 92*, req. n° 176694,

¹⁷⁸⁴ CE, sect. 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo*, Lebon, P. 401.

¹⁷⁸⁵ N. SYMCHOWICZ, « Les renonciations de la personne publique à l'application du contrat », *AJDA* 1998, n° spécial, P. 770.

le contrat signé »¹⁷⁸⁶. Cela signifie que l'exercice de la liberté contractuelle se trouve par conséquent très encadré dans ce domaine.

875. En pratique, les exigences consacrées par les règles et les principes de la commande publique participent à l'unification du droit des contrats publics et tel est le cas en ce qui concerne les avenants¹⁷⁸⁷. A cet égard, M. Peyrical a souligné que « *les praticiens du droit des marchés publics se doivent d'avoir une vision particulièrement large et exhaustive des différentes sources de droit public et privé qu'ils ont l'obligation de connaître et de respecter* »¹⁷⁸⁸. En effet, l'analyse de la réglementation en vigueur montre que le recours à l'avenant est très conditionné et, pour certains types de contrats, exceptionnel. Dans sa thèse intitulée « *La modification du contrat administratif* », Mme Hoepffner a souligné une tendance à un renforcement de l'encadrement du recours à l'avenant. Elle précise ainsi que « *dès la fin des années 1980, la jurisprudence a dégagé l'idée qu'au-delà d'un certain degré, la modification était illégale car elle remettait en cause a posteriori les conditions initiales de la mise en concurrence. Depuis lors, les contraintes relatives à la modification du contrat au cours de son exécution n'ont plus cessé de se développer* »¹⁷⁸⁹.

876. Les conditions exigées pour recourir à l'avenant portent sur la forme et le fond. Cela réduit la place de la liberté contractuelle qui se trouve par conséquent très limitée.

a) La soumission de la conclusion de l'avenant à des règles de forme

877. La conclusion des avenants, particulièrement par les collectivités territoriales, est soumise à certaines règles formelles. Ces dernières n'ont pas pour but d'empêcher la conclusion de l'avenant mais d'assurent le respect de la particularité des personnes publiques, notamment en ce qui concerne la diversité des organes qui les constituent et qui exercent des missions différentes selon la compétence qui leur est attribuée. Les règles de forme applicables à la conclusion de l'avenant peuvent avoir deux aspects : le premier, de nature rédactionnelle, exige que l'avenant soit écrit et signé ; le second, de nature procédurale requiert que la passation de l'avenant soit réalisée dans le respect de certaines règles. En

¹⁷⁸⁶ A. LAGUERRE, *Concurrence dans les marchés publics*, Berger Levrault, L'Administration nouvelle, 1989, P. 117.

¹⁷⁸⁷ Voir, J.-M. PEYRICAL, « Les avenants source d'unification du droit des contrats publics », in. *Mél. Guibal*, CREAM 2006, t.1, P. 825 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 221.

¹⁷⁸⁸ Ibid.

¹⁷⁸⁹ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, Thèse, LGDJ, 2009, P. 45.

pratique, l'existence d'une telle formalité applicable à la procédure de l'avenant complique la conclusion de ce dernier, et même le limiter.

I- Les formalités rédactionnelles

878. A l'instar de la formulation du contrat administratif, l'avenant doit être, en principe, écrit. Cette obligation relève de la jurisprudence du juge administratif¹⁷⁹⁰, précisée par la doctrine administrative qui définit l'avenant en tant que « *contrat écrit* »¹⁷⁹¹. Cette formalité est justifiée, surtout en cas d'existence de plusieurs intervenants, et constitue une condition de l'existence du contrat. D. Pouyaud a à ce sujet indiqué dans sa thèse que « *le consensualisme est antinomique de la parcellisation des compétences... s'il est compatible avec l'expression d'une volonté unique, et peut alors exclure tout formalisme, il perd sa raison d'être lorsque l'accord est subordonné à une multiplicité d'interventions* »¹⁷⁹².

879. Par ailleurs, il convient de noter que l'avenant peut prendre plusieurs formes. Ainsi, une simple lettre écrite ne peut pas être considérée comme un avenant¹⁷⁹³; en revanche, il est admis qu'un échange de lettres¹⁷⁹⁴ ou que des procès-verbaux consignés conformément aux dispositions applicables aux marchés de travaux publics puissent être considérés comme de véritables avenants¹⁷⁹⁵, à condition toutefois qu'ils émanent d'une personne compétente pour engager la personne publique¹⁷⁹⁶. En outre, l'écriture peut se faire sur support papier ou sous forme électronique. L'article 1^{er} de la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique¹⁷⁹⁷ dispose que : « *L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* »¹⁷⁹⁸. L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit

¹⁷⁹⁰ CAA Nantes, 18 février 1993, *Dpt. du Finistère*, req. n° 90NT00396.

¹⁷⁹¹ Pour les marchés publics, voir Lettre collective n° 144 M du 31 octobre 1972 sur les avenants aux marchés publics diffusée par instructions n° 72-144-B1 du 6 décembre 1972 et 99-064-B1-M0-M9 du 8 juin 1999, qui définit l'avenant comme un acte écrit; Pour les délégations de service public, voir Rép. min. n° 33387, JOAN, 29 juillet 1996; MTPB, 1^{er} juin 2001, n° 5088, P. 222.

¹⁷⁹² D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Thèse, LGDJ, 1991, P. 71.

¹⁷⁹³ CE, Section, 13 janvier 1950, *Société nationale des chemins de fer français c/ Chambre de commerce de Perpignan*, Lebon, P. 30.

¹⁷⁹⁴ CE, 12 juin 1976, *Sté, Pierre Pasquet*, Lebon, P. 1000.

¹⁷⁹⁵ CAA Nancy, 17 février 2000, *Commune de Champigny-sur-Vesle c/ M. Michel Lebeau*, req. n° 95NC001123.

¹⁷⁹⁶ CE, 6 novembre 1968, *Commune de Licq-Atherey*, req. n° 89009.

¹⁷⁹⁷ Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF n°62 du 14 mars 2000, P. 3968.

¹⁷⁹⁸ L'article 1316-1 du Code civil.

sur support papier¹⁷⁹⁹. Malgré le fait que ces dispositions soient en principe applicables au contrat initial, elles peuvent logiquement être transposées au droit des avenants aux contrats administratifs¹⁸⁰⁰.

880. Enfin, une autre formalité rédactionnelle est exigée dans la conclusion de l'avenant, celle concernant la signature. En effet, plus que l'exigence de la rédaction d'un acte écrit¹⁸⁰¹, la jurisprudence administrative exige que l'accord des parties contractantes se matérialise par la signature de l'ensemble de ces dernières¹⁸⁰², même lorsque le contrat initial prévoit la conclusion d'un avenant¹⁸⁰³. Cette obligation ressort explicitement des conclusions de C. Bergeal sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 25 mars 2002 qui souligne qu'« *un avenant non signé, de même qu'un marché non signé ou signé par une personne incompétente, ne peut engager la personne publique* »¹⁸⁰⁴. En conséquence, la signature apparaît comme une condition d'existence de l'avenant¹⁸⁰⁵.

II- Les formalités procédurales

881. S'ajoute aux formalités rédactionnelles un autre type de formalités attachées aux règles de compétence et de nature procédurale rendant la conclusion de l'avenant compliquée. A cet égard, l'article 8 de la loi du 8 février 1995 modifiée relative aux marchés publics et délégations de service public¹⁸⁰⁶ exige que « *tout projet d'avenant à un marché de travaux, de fournitures ou de services entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres. L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis* ». Ainsi, dans les marchés publics des collectivités territoriales, pour pouvoir conclure un avenant il faut respecter deux formalités : la première, a caractère financier, soumet la conclusion d'un avenant à un avis provenant de la commission d'appel d'offres si cette conclusion entraîne une augmentation du montant global supérieur à 5 %. Cette formalité pose la question de la force juridique de l'avis

¹⁷⁹⁹ L'article 1316-3 du Code civil.

¹⁸⁰⁰ C. FONGUE et D. VERET, « La signature électronique va-t-elle révolutionner le formalisme des marchés publics », *Gaz. Pal.* 2001, P. 9.

¹⁸⁰¹ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, Thèse, LGDJ, 2009, P. 301.

¹⁸⁰² CE, 8 janvier 1982, *SA Entr. Quillery Sain-Maur*, Lebon T. 665 ; CE, 22 mai 1982, *SA Soprema*, Lebon T. 665 ; CE, 23 novembre 1990, *M. Baumgartner*, req. n° 72129 ; CAA Paris, 20 mars 1997, *Sté GTM International*, req. n° 95PA02166.

¹⁸⁰³ CAA Paris, 6 juin 1991, *Centre hospitalier départemental de Stell*, Lebon T. 1047.

¹⁸⁰⁴ C. BERGEAL, concl. sous CE, 25 mars 2002, *Société GTM-International*, req. n° 187885, BJCP n° 23, 2002, P. 326.

¹⁸⁰⁵ Voir aussi, CAA Lyon, 27 janvier 2000, *Commune de Cantaron*, req. n° 95LY00644.

¹⁸⁰⁶ Loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public, JORF n° 34 du 9 février 1995, P. 2186.

rendu par la commission. En d'autres termes, la collectivité publique est-elle obligée de respecter l'avis rendu par ladite commission ? Si oui, la volonté de la collectivité publique sera liée et, en conséquence, sa « liberté contractuelle » sera gravement limitée puisque si la commission a refusé le projet de l'avenant, ou même le principe même de recourir à l'avenant, la collectivité dans ce cas ne peut plus conclure l'avenant. La réponse à cette question se trouve dans la jurisprudence administrative qui porte une certaine contradiction. En réalité, d'une part le juge administratif fait de l'avis de la commission une condition substantielle de validité de l'avenant. Il précise que l'absence d'avis préalable de commission d'appel d'offres entache l'avenant d'illégalité¹⁸⁰⁷. En plus, cet avis doit non seulement intervenir avant le commencement de l'exécution du contrat, mais il doit en outre être transmis, avec le projet d'avenant, à l'assemblée délibérante avant que celle-ci n'autorise la conclusion de l'avenant¹⁸⁰⁸. D'autre part, malgré sa rigidité à l'égard de l'existence de cet avis, le juge administratif considère que l'avis rendu ne lie pas l'autorité compétente pour conclure l'avenant¹⁸⁰⁹. Ainsi, on se demande quelle est l'utilité d'accorder à l'avis de la commission d'appel d'offre une telle importance si l'autorité compétente n'est pas liée au contenu de cet avis.

882. La disposition susmentionnée prévoit aussi une seconde formalité : elle exige d'informer l'assemblée délibérante de cet avis avant que cette dernière statue sur le projet d'avenant. Evidemment, l'assemblée est obligée de rendre sa décision sur la conclusion de l'avenant. L'absence de cette décision aboutirait à entacher l'avenant d'une nullité non régularisable¹⁸¹⁰.

883. En pratique, la consécration de ces deux formalités révèle la particularité des personnes publiques ; précisément, « *les compétences respectives de l'exécutif et de l'assemblée* »¹⁸¹¹. De plus, le législateur veut par cette disposition assurer la transparence de la gestion publique¹⁸¹², et éviter que les collectivités territoriales apportent des modifications substantielles aux termes du contrat¹⁸¹³. Par ailleurs, l'application de cette disposition vise

¹⁸⁰⁷ TA Strasbourg, 26 septembre 2000, *Préfet de la Moselle c/ District rural de Cattenom Sté. Edmond Schnitzler, Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 10, obs. F. Olivier. s

¹⁸⁰⁸ Ibid.

¹⁸⁰⁹ TA. Amiens, 15 mai 2007, *Bonningue*, req. n° 04-2892.

¹⁸¹⁰ TA Paris, 19 décembre 1995, *Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Sodetat*, M.P. n° 7/1995-96, P. 44 ; TA Nancy, 26 septembre 2000, *Préfet des Vosges*, req. n° 00496, *Contrats et marchés publ.*, décembre 2000, P. 19, note F. Llorens.

¹⁸¹¹ Ph. LIMOUZIN-LAMOTHE, « Les avenants : observations complémentaires », précité, P. 768.

¹⁸¹² Ibid.

¹⁸¹³ M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 532.

d'un côté à assurer la bonne information de l'assemblée délibérante, lorsqu'elle est sollicitée pour donner son autorisation à la conclusion d'un avenant et d'un autre côté, à inciter les collectivités territoriales à procéder, avant le lancement de la consultation des entreprises ou des candidats à l'exploitation d'une concession, à une meilleure analyse préalable de leurs besoins¹⁸¹⁴.

884. L'application de ces formalités ne s'arrête pas aux marchés publics car l'article L. 1411-6 du Code général des collectivités territoriales étend leur champ d'application aux conventions de délégation de service public. Précisément, il prévoit que : « *Tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5% est soumis pour avis à la commission visée à l'article L. 1411-5. L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis* ».

885. Dans le même ordre d'idée, lors de la conclusion de l'avenant, les collectivités territoriales sont également tenues de respecter une autre formalité n'ayant pas d'incidence sur la validité de l'avenant. Cette formalité est attachée à l'autorisation budgétaire. En effet, il ne fait aucun doute que la conclusion de l'avenant constitue un engagement de dépense dès lors que la personne publique sera amenée à supporter de nouvelles charges¹⁸¹⁵. Par conséquent, un tel engagement doit rester dans la limite des autorisations budgétaires¹⁸¹⁶ car « *aucune dépense publique ne doit pouvoir être engagé si elle ne correspond pas à un crédit voté* »¹⁸¹⁷.

886. Par ailleurs, les contrats de l'Etat et leurs avenants peuvent être soumis à des formalités particulières, telle l'approbation. En effet, dans certaines hypothèses, l'autorité compétente pour conclure le contrat et ses avenants est obligée d'obtenir l'approbation de sa décision par une autre autorité¹⁸¹⁸. Pour la validité du contrat et de ses avenants, il arrive qu'une loi¹⁸¹⁹ ou un décret¹⁸²⁰ exige une approbation par décret du ministre, postérieurement à

¹⁸¹⁴ Voir, S. CHARVERON, « Les conditions de passation d'un avenant », M.T.P.B., 27 juin 1997, n° 4883, P. 69.

¹⁸¹⁵ Ph. LIMOUZIN-LAMOTHE, « Les avenants : observations complémentaires », précité, P. 767.

¹⁸¹⁶ Voir l'article 29 du règlement général sur la comptabilité publique.

¹⁸¹⁷ Voir, H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, précité, P. 310.

¹⁸¹⁸ Ibid.

¹⁸¹⁹ Par exemple, l'article 7 de la loi du 15 juin 1906 relatif aux concessions de distribution d'énergie électrique : selon cette loi, lorsque l'acte de concession comporte des dérogations au cahier des charges types, il ne devient définitif qu'après approbation par décret en Conseil d'Etat ; de même, l'article L. 162-5-6 du Code de la sécurité sociale disposait explicitement à propos des conventions conclues entre les organismes d'assurance maladie et

la signature du contrat. A cet égard, D. Pouyaud a souligné que l'approbation « *n'est pas le fait d'une autorité extérieure à la personne publique contractante. Elle n'est pas étrangère à la conclusion du contrat. Elle constitue au contraire un élément. Lorsqu'une procédure d'approbation est nécessaire, le ministre n'a pas qualité pour engager seul l'Etat, le décret d'approbation intervient comme un complément de la signature. L'acte de la conclusion du contrat comporte alors deux éléments distincts, la signature du ministre et le décret d'approbation qui ont des fonctions complémentaires dans l'élaboration du contrat et sont tous deux également nécessaires à sa validité* »¹⁸²¹.

887. D'autre part, dans certaines hypothèses, la conclusion du contrat par l'Etat ou de ses avenants peut être soumise à l'avis d'une commission spécialisée. Cette formalité était, par exemple, consacrée par l'article 77 du Code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 7 mars 2001¹⁸²², aux termes duquel « *lorsqu'ils relèvent de la compétence d'une commission spécialisée des marchés, les marchés et avenants passés par l'Etat ne peuvent être signés ni notifiés avant d'avoir été transmis à cette commission et avant que celle-ci ait rendu son avis* ». C'est le cas également de l'article 9 de l'arrêté du 31 janvier 2002 portant règlement sur les marchés des organismes de sécurité sociale¹⁸²³ qui mentionne une commission appelée à formuler un avis sur le respect des dispositions législatives et réglementaires relatives aux conditions de passation et d'exécution de certains marchés publics de l'Etat et de ses établissements publics et sur les projets d'avenants « *ayant une incidence financière* », ainsi que ceux « *ayant pour effet de porter le montant global du marché y compris, le cas échéant, des avenants déjà intervenus au-delà de la limite à partir de laquelle elle doit être consultée* ».

888. En résumé, la soumission de la conclusion de l'avenant à des règles de formes procédurales et rédactionnelles restreint incontestablement l'exercice de la liberté contractuelle en la matière. Le non-respect de ces formalités rend en effet l'avenant concerné irrégulier dans la grande majorité des cas.

les médecins que : « la ou les conventions, leurs annexes et avenants n'entrent en vigueur, lors de leur conclusion ou lors d'une tacite reconduction, qu'après approbation par arrêté ministériel ».

¹⁸²⁰ Pour les concessions d'autoroutes, l'article L. 122-4 Code de la voirie routière ; ou d'énergie hydraulique, art. 19 du décret du 13 octobre 1994.

¹⁸²¹ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, précité, n° 33.

¹⁸²² Cet article a été abrogé par le décret du 7 janvier 2004.

¹⁸²³ Arrêté du 31 janvier 2002 portant règlement sur les marchés des organismes de sécurité sociale, JORF n°45 du 22 février 2002, P. 3413.

b) La conclusion des avenants est soumise à des règles de fond strictes

889. A l’instar des règles de forme, la conclusion de l’avenant est soumise à des règles de fond. Si les règles de forme n’ont pas pour but d’empêcher la conclusion de l’avenant, les règles de fond rendent les cas dans lesquels une telle conclusion peut être autorisée très limités. La limitation du recours à l’avenant, dans ce domaine, est justifiée par la logique générale de la procédure de passation qui exige une obligation étendue d’assurer le respect des règles de la concurrence et la bonne utilisation des deniers publics dans l’étape de l’exécution du contrat. Cela aboutit en conséquence à restreindre l’exercice de la liberté contractuelle. A cet égard, Ph. Limouzin-Lamothe a constaté le rôle de la concurrence dans la limitation de recourir à l’avenant en soulignant que « *c’est au regard des règles de publicité et d’appel à la concurrence que la conclusion d’avenant peut soulever les problèmes les plus délicats* »¹⁸²⁴. Dans le même esprit, le professeur Fâtome a souligné que le principe de la limitation du recours à l’avenant « *se comprend aisément. L’existence d’une obligation pour l’administration de ne conclure certains contrats qu’après appel à la concurrence implique en effet que, une fois ces contrats conclus, les parties ne puissent pas les modifier dans des conditions telles que le jeu de la concurrence s’en trouve faussé. Ce qui serait le cas si, après la conclusion de ces contrats, les parties étaient en droit de les modifier de telle manière que le contrat effectivement exécuté n’ait plus grand-chose à voir avec le contrat conclu au terme de la procédure de mise en concurrence* »¹⁸²⁵.

890. En outre, l’analyse des textes juridiques consacrés à la conclusion des avenants révèle que cette dernière est soumise à des règles très strictes. En effet, l’analyse approfondie de ces textes montre que l’objectif d’un tel recours n’est pas vraiment de renforcer le rôle de la volonté des parties contractantes, ainsi que leur liberté contractuelle, mais plutôt de satisfaire des exigences imposées par des circonstances particulières, et dans certains cas exceptionnelles. En pratique, le recours à l’avenant dans les marchés publics est plus compliqué que dans les délégations de services publics.

I- Le recours conditionné à l’avenant dans les marchés publics

891. Afin de ne pas revenir aux points prédéveloppés nous allons nous concentrer à ce stade de notre recherche sur la règle générale applicable aux marchés publics. A cet égard, l’article 20 du Code des marchés publics a consacré une règle générale qui précise les

¹⁸²⁴ Ph. LIMOUZIN-LAMOTHE, « Les avenants : observations complémentaires », précité, P. 768.

¹⁸²⁵ Et. FATÔME, « Les avenants », précité, P. 761.

conditions dans lesquelles un avenant peut être conclu. Il prévoit qu'« *En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant* ». De même, l'article ajoute que : « *Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet* ».

De la formulation de cet article on peut déduire des conditions générales de l'utilisation de l'avenant. Ainsi, en dehors des cas particuliers, le recours à l'avenant est en principe soumis à une double condition : un avenant ne saurait ni bouleverser les conditions économiques d'un marché, ni en changer l'objet. Si une telle règle est d'une interprétation a priori assez simple, son contenu et sa portée sont particulièrement difficiles à déterminer et appellent un éclaircissement notamment de la part du juge administratif¹⁸²⁶. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Préfet du Puy-de-Dôme*¹⁸²⁷, le commissaire du Gouvernement, Catherine Bergeal a eu l'occasion de résumer la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat s'agissant des avenants aux marchés publics¹⁸²⁸. Elle précise ainsi que le recours à l'avenant n'est en lui-même pas illégal dès lors qu'il respecte trois conditions¹⁸²⁹ : 1) le montant du ou des avenants n'entraînent pas un dépassement de seuil (seuil des marchés négociés, seuil des appels d'offres), ce qui reviendrait à contourner les règles de mise en concurrence ; 2) le ou les avenants doivent avoir le même objet que le marché initial ; 3) le montant des avenants doit être limité et ne doit pas bouleverser l'économie du marché.

892. Ainsi, la difficulté essentielle au regard des personnes publiques de l'utilisation d'avenants résulte notamment de la complexité de déterminer la signification de l'économie générale du contrat. Comme l'explique J.-M. Peyrical, « *quant à la notion de bouleversement de l'économie du marché, elle est difficile à cerner et peut résulter d'éléments qui ne sont pas uniquement d'ordre quantitatif, dès lors que l'on conçoit que l'économie d'un contrat est relative à l'ensemble de ses dispositions qui en représentent le fondement et donc l'équilibre* »¹⁸³⁰.

893. Mais comment une personne publique peut-elle recourir à un avenant sans bouleverser l'économie générale de son contrat initial ? Le Code ne fixe aucun seuil au-delà

¹⁸²⁶ Voir, J.-M. PEYRICAL, « Les avenants source d'unification du droit des contrats publics », in *Mél. Guibal*, CREAM 2006, t.1, P. 826.

¹⁸²⁷ CE, 22 juin 1998, *Préfet du Puy-de-Dôme*, req. n° 173025 ; BJCP, 1998. 36, concl. Bergeal.

¹⁸²⁸ C. BERGEAL, concl. sous CE, 22 juin 1998, *Préfet du Puy-de-Dôme*, req. n° 173025: BJCP 1998. 36.

¹⁸²⁹ En l'espèce, étaient en cause des avenants prévoyant des travaux supplémentaires s'ajoutant aux marchés des travaux publics.

¹⁸³⁰ Article précité P. 831.

duquel l'économie du contrat doit être considérée comme bouleversée. Cette imprécision a incité l'intervention du juge administratif. Mais, l'analyse générale de cette intervention jurisprudentielle montre que cette dernière se fait d'une manière subjective¹⁸³¹. La jurisprudence et la doctrine s'accordent pour considérer qu'en deçà d'une augmentation de la masse initiale des prestations de 15 % par rapport au montant du marché initial, l'économie générale du contrat n'est pas bouleversée¹⁸³². Selon le Conseil d'Etat, « *Pour apprécier les effets d'un avenant sur les marchés auxquels il se rapporte, il convient d'évaluer la hausse du prix global qui en résulte et non, s'il s'agit d'un marché unique, des conséquences qui en résulteraient lot par lot; par suite, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit d'une part en n'évaluant pas les effets des avenants au regard du seul lot n° 1, dès lors, ainsi qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond, qu'il consistait en un lot technique au sein d'un marché unique, et, d'autre part, en jugeant, sans dénaturation, que la hausse du prix de ce marché unique, qui résultait des avenants successifs, étant d'environ 13 %, inférieure au seuil d'interdiction de passer un avenant fixé à 15 % par une délibération du centre hospitalier adjudicateur, n'avait pas méconnu ces dispositions* »¹⁸³³. De plus, le point 14-7 de la circulaire du 3 août 2006 portant « Manuel d'application du Code des marchés publics », apporte une indication similaire : « *En pratique, il y a lieu de considérer qu'une augmentation par avenant de 15 % à 20 % ou plus du prix d'un marché est susceptible d'être regardée par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat* »¹⁸³⁴. Conformément à ces éléments, il a été jugé qu'un accroissement disproportionné du prix fixé par le marché initial constitue un bouleversement de l'économie du contrat¹⁸³⁵.

894. Dans certains cas, le bouleversement du contrat peut résulter de faits qui ne sont pas nécessairement attachés à une augmentation du prix du marché. En effet, un avenant de prolongation importante de la durée d'un contrat initial, sans que les prestations de ce dernier ne soient augmentées, pourra remettre en cause l'équilibre dudit contrat et donc apparaître contraire aux règles de mise en concurrence. Un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes a bien illustré cette hypothèse s'agissant, en l'espèce, d'un avenant prolongeant le

¹⁸³¹ Voir, S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 383.

¹⁸³² CE, 30 janvier 1995, *Sté Viafrance, RD imm.*, 1995, P. 318, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; TA Cergy-Pontoise, 23 janvier 2001, *Préfet de la Seine-Saint-Denis*, req. n° 99-9977/3, BJCP, 2001, n° 17, P. 357.

¹⁸³³ CE, 19 janvier 2011, *Sté Entreprise Mateos*, req. n° 316783, Lebon T. 1012.

¹⁸³⁴ Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics, JORF n°179 du 4 août 2006, P. 11665.

¹⁸³⁵ Pour un accroissement de 63 % : CAA Douai, 17 mai 2000, *Commune de Lens*, BJCP, 2000, n° 14, P. 79 ; pour un accroissement de 97 % : TA Cergy-Pontoise, 23 janvier 2001, *Préfet de la Seine-Saint-Denis*, req. n° 00-9661/3, BJCP, 2001, n° 17, P. 356.

délai de réalisation du comblement de certaines carrières pour tenir compte de la substitution, comme matériau de comblement, du mâchefer au sablon¹⁸³⁶.

895. A l'instar de l'obligation de ne pas bouleverser l'économie générale du marché, les avenants ne doivent pas avoir pour effet de modifier d'une manière substantielle les clauses essentielles du contrat, relatives à la durée, au prix ou aux conditions d'exécution. En effet, « *l'équilibre général du marché initial est, à cet égard, intangible* »¹⁸³⁷. La conclusion d'avenants ne peut être considérée comme un mode normal de gestion des contrats¹⁸³⁸. En outre, les avenants ne doivent pas avoir pour effet de changer l'objet du marché. Ainsi, s'agissant des marchés de travaux publics, l'avenant ne peut porter que sur des travaux non dissociables des travaux initiaux¹⁸³⁹. Par conséquent, ils doivent avoir le même objet et simplement permettre la poursuite de l'exécution des prestations initialement prévues¹⁸⁴⁰. Sinon, on se trouve dans l'hypothèse d'un nouveau marché¹⁸⁴¹.

896. Suivant la même logique, le juge administratif montre une certaine sévérité à l'égard de la carence de l'administration car il n'hésite pas à la sanctionner si l'évaluation préalable de ses besoins est défailante¹⁸⁴². Ainsi, dans son arrêt du 8 mars 1996, *Commune de Petit-Bourg*, le Conseil d'Etat a jugé qu'« *un pouvoir adjudicateur qui n'a pas défini avec un soin suffisant ses besoins ni, par suite, les travaux à réaliser, ne peut, lorsque des travaux supplémentaires importants se révèlent nécessaires en cours d'exécution du marché, invoquer la théorie des sujétions imprévues. Est dès lors illégal un avenant qui, augmentant de 43 % le montant initial du marché, en bouleverse l'économie* »¹⁸⁴³.

897. Toutefois, le Code des marchés publics consacre une exception à l'application des obligations précitées dans le cas de sujétions techniques imprévues¹⁸⁴⁴. La mise en œuvre de cette exception exige que ces sujétions ne soient pas imparties aux parties contractantes. Pour cela, conformément à sa politique répressive des carences de la définition des besoins, le

¹⁸³⁶ CAA Nantes, 6 juin 2001, *Sté Solétanche Bachy France*, req. n° 97NT02503.

¹⁸³⁷ Voir, S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 383.

¹⁸³⁸ TA Strasbourg, 26 septembre 2000, *Préfet de la Moselle c/ District rural de Cattenom, Sté Edmond Schnitzler, Contrats et marchés publ.*, 2001, comm. n° 10, obs. F. Olivier.

¹⁸³⁹ CE, 28 juillet 1995, *Préfet de la région d'Île-de-France, préfet de Paris c/ Sté de gérance Jeanne d'Arc*, req. n° 143438, Lebon, P. 321.

¹⁸⁴⁰ CE, 29 juillet 1994, *Communauté urbaine de Lyon*, Lebon, P. 1033 ; *RD imm.*, 1994, P. 657, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

¹⁸⁴¹ Voir dans ce sens par exemple, CE, 13 mars 1998, *Dpt du Pas-de-Calais*, req. n° 167764, Lebon, P. 1013 ; *BJCP* 1998. 97 ; CAA Marseille, 22 janvier 2001, *Préfet de Corse du sud*, req. n° 98MA00196.

¹⁸⁴² Voir, J.-M. PEYRICAL, « Les avenants source d'unification du droit des contrats publics », précité, P. 832.

¹⁸⁴³ CE, 8 mars 1996, *Commune de Petit-Bourg*, req. n° 165075 ; voir aussi, TA Paris, 4 avril 2000, *Préfet de Paris*, req. n° 99915308/6.

¹⁸⁴⁴ L'article 20 du CMP.

juge administratif exerce un contrôle minutieux du recours à cette exception. Il a en premier lieu défini les sujétions imprévues. Selon lui, ne peuvent être regardées comme sujétions techniques imprévues au sens de l'article 20 du code que « *des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la signature du contrat et dont la cause est extérieure aux parties* »¹⁸⁴⁵. Ensuite, il recourt à l'application cumulative de ces conditions en interdisant l'utilisation de cette théorie pour couvrir les carences de précision des besoins. Ainsi, un avenant à un marché de travaux qui augmente le prix initial de 33 % et modifie substantiellement la nature des travaux à réaliser ne peut être justifié par des sujétions techniques imprévues dès lors que la collectivité s'est abstenue de procéder, avant tout appel à la concurrence, à un sondage exact et aux études de sol précisées exigées par les règles de l'art, et qu'elle ne s'était donc pas mise en mesure de déterminer avec précision la consistance des travaux à réaliser¹⁸⁴⁶. De même, il a été jugé que des avenants à un marché de maîtrise d'œuvre et à un marché de contrôle technique augmentant respectivement leur montant de 63 % et 56 % ne sont pas justifiés dès lors que les prestations supplémentaires en cause ne présentent pas le caractère de sujétions techniques imprévues mais résultent d'éléments provenant de demandes de personnes extérieures au contrat, demandes non prises en compte dans le cadre de la préparation de celui-ci¹⁸⁴⁷.

II- L'étendue du régime juridique restrictif des avenants aux conventions de délégation de service public

898. En raison de la nature particulière des conventions de délégation de service public, les cas dans lesquels un avenant peut intervenir au cours de leur exécution sont plus envisageables que ceux qui interviennent dans le cadre de l'exécution des marchés publics. En effet, les conventions de délégation de service public ont deux caractères remarquables. D'un côté, elles sont des contrats de longue durée, ce qui signifie que la stabilité de leur contenu peut être en contradiction avec le principe de mutabilité du service public qui exige que son fonctionnement s'adapte aux évolutions tel que le développement technologique ou environnemental. D'un autre côté, ces conventions prévoient, en général, de multiples tâches

¹⁸⁴⁵ CE, 30 juillet 2003, *Commune de Lens*, req. n° 223445, Lebon, P. 862 ; BJC 2003. P. 462, concl. Piveteau, obs. Ch. M.; *AJDA*, 2003. P. 1727, note Dreyfus ; voir également, CE, 22 décembre 1976, *Depusse*, Lebon, P. 575 ; CE, 15 décembre 2000, *M. Lacroix c/Association départementale hydraulique de Haute-Savoie*, BJC 2001, n° 18, P. 448.

¹⁸⁴⁶ TA Paris, 4 avril 2000, *Préfet de Paris*, req. n° 99915308/6.

¹⁸⁴⁷ Voir, CAA Douai, 17 mai 2000, *Commune de Lens*, req. n° 98DA01231 ; CE, 30 juillet 2003, *Commune de Lens*, précité.

et missions à la charge du délégataire ce qui exige, dans certains cas, de prolonger la durée de l'exécution afin de prendre en compte les nouvelles circonstances. Toutefois, si la logique amène à reconnaître une telle faculté, le recours à la modification conventionnelle n'est pas sans limite car il doit, en tout état de cause, se faire, dans le respect de la logique des règles de la concurrence qui s'imposent lors de la conclusion du contrat.

899. En pratique, la mise en œuvre de cette voie contractuelle est soumise à la réglementation, ainsi qu'à l'orientation jurisprudentielle. Le législateur a en effet participé à clarifier les conditions dans lesquelles une prolongation d'une convention de délégation peut être effectuée. Ainsi, l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales prévoit deux hypothèses dans lesquelles une prolongation peut être légale. Dans la première, il précise que la prolongation d'une convention de délégation de service public ne peut survenir que si elle est justifiée par des motifs d'intérêt général, et dans ce cas la prolongation ne peut dépasser un an. Cette hypothèse pourrait bien se concilier avec la méthode de l'avenant. La difficulté commence dans la formulation de la deuxième hypothèse. En effet, le même article ajoute que ce recours à la prolongation est aussi autorisé « *lorsque le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive* ». Mais, dans ce cas, si un équipement nouveau de nature à modifier l'économie générale d'une délégation de service public peut prolonger la durée du contrat au-delà d'un an, un tel équipement n'est considéré comme indispensable au bon fonctionnement que s'il existe des contraintes justifiant sa réalisation, au regard des exigences propres au service en cause¹⁸⁴⁸. La formulation utilisée par le législateur nous incite à nous interroger quant au mécanisme de la prolongation pour savoir s'il doit se faire par la voie unilatérale ou par avenant. La réponse n'est pas évidente, même si l'on tend vers l'acte unilatéral.

En pratique, aussi, la mise en œuvre de ces hypothèses exige que les investissements matériels soient motivés par : 1) la bonne exécution du service public ; 2) l'extension du champ géographique de la délégation ; 3) l'utilisation nouvelle ou accrue d'énergies renouvelables ou de récupération, si la durée de la convention restant à courir avant son terme est supérieure à trois ans ; 4) la réalisation d'une opération pilote d'injection et de stockage de

¹⁸⁴⁸ CE, 29 décembre 2004, *SOCGRAM*, req. n° 239681 ; *AJDA*, 2005, P. 607, note Dreyfus.

dioxyde de carbone, à la condition que la prolongation n'excède pas la durée restant à courir de l'autorisation d'injection et de stockage¹⁸⁴⁹.

900. En dehors de ce cas réglementé, d'une manière générale le recours à l'avenant pour les conventions de délégation de service public est soumis aux mêmes conditions que celles applicables aux marchés publics. L'avis du Conseil d'Etat du 9 avril 2005 a précisé l'ensemble de ces conditions¹⁸⁵⁰. En premier lieu, un avenant, dont celui qui prolongerait une convention de délégation de service public, ne peut modifier l'objet du contrat. Il n'est donc pas possible de recourir à un avenant pour mettre à la charge du délégataire la réalisation d'investissements conduisant à la réalisation d'un ouvrage dissociable des ouvrages déjà construits, en raison de sa dimension, de son coût et de son autonomie fonctionnelle¹⁸⁵¹. Ainsi, si le contrat initial portait exclusivement sur des installations de remontées mécaniques, un avenant ne peut mettre à la charge du délégataire des investissements différents, tels ceux qui permettent d'assurer l'enneigement des pistes, et d'un coût substantiel. En deuxième lieu, un avenant ne peut modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation, tels que sa durée ou le volume des investissements mis à la charge du délégataire¹⁸⁵². En troisième et dernier lieu, un avenant ne peut avoir pour objet la réalisation d'investissements qui sont normalement à la charge du délégataire, tels les investissements de renouvellement des installations. En effet, le délégataire doit assurer l'entretien des installations et remettre au terme du contrat des équipements en bon état de fonctionnement¹⁸⁵³.

901. Pour finir, à l'instar des marchés publics, les avenants aux conventions de délégation ne peuvent avoir pour effet, en dehors des cas de sujétions imprévues, de bouleverser l'économie générale du contrat mais seulement de le modifier¹⁸⁵⁴. A cet égard, le Tribunal administratif de Lille a rendu un jugement significatif¹⁸⁵⁵. Il a précisé qu'un avenant qui augmente de 24 % la contribution forfaitaire de l'autorité organisatrice des transports

¹⁸⁴⁹ L'article 1411-2 du CGCT.

¹⁸⁵⁰ CE, sect. TP, avis, 9 avril 2005, req. n° 371234: Rapport annuel 2006 du Conseil d'État, P. 197; BJCP 2006. 107, obs. R. S. et Ph. T ; voir aussi des remarques sur cet avis, H. HOEPFFNER, « Le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégation de service public – à propos de l'avis du Conseil d'Etat du 19 avril 2005 », *Contrats et marchés publics*, n° 12, décembre 2006, étude n° 19.

¹⁸⁵¹ CE, avis, 16 septembre 1999, req. n° 362908.

¹⁸⁵² Voir aussi, CE, avis, du 8 juin 2000, précité.

¹⁸⁵³ Voir dans ce sens aussi, CE, 20 mars 1942, *Dame veuve Bastit*, Lebon, P. 92, et CE, 12 mai 1942, *Commune de Luc-en-Diois*, Lebon, P. 148.

¹⁸⁵⁴ Voir, Ch. MAUGÛE, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », précité, P. 700.

¹⁸⁵⁵ TA Lille, 2 juillet 1998, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, Préfet du Nord c/ Synd. intercommunal des Transports publics de la région de Douai*, req. n° 98.640 ; BJCP 1998, n° 1, P. 72, concl. Célérier, obs. R.S ; voir également, TA Dijon, 5 janvier 1999, *Mr Denis Roycourt et association Auxerre Ecologie c/ Commune d'Auxerre et Sté Lyonnaise des Eaux*, req. n° 985227 et 985247.

urbains à la SEM délégataire du service public constitue un nouveau contrat. En l'espèce, cette augmentation avait pour objet de compenser des coûts qui n'avaient pas le caractère de sujétions imprévues ne résultant pas du fait des parties et avait pour effet de bouleverser l'économie du contrat initial. Dès lors, la conclusion d'un avenant qui ne respecte pas les règles de mise en concurrence préalable méconnaît la procédure légale. Dans le même sens, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a souligné qu'un avenant d'un contrat d'affermage relatif à l'exploitation d'un centre des congrès, qui réduit de plus de la moitié la capacité de la salle d'exposition et de l'auditorium ainsi que d'un quart les prévisions du taux de fréquentation de l'équipement et qui double la contribution financière annuelle de la commune, bouleverse l'économie du contrat initial¹⁸⁵⁶. Les solutions retenues sont transposées du droit des marchés publics.

902. En conclusion, l'autorisation de recourir à l'avenant n'est pas suffisante pour constituer un fondement fort de l'exercice de la liberté contractuelle par les personnes publiques au cours de l'exécution du contrat. Cette autorisation est en effet entourée de plusieurs restrictions, de forme et de fond, qui rendent cet exercice compliqué et exceptionnel.

Section III

La menace sur la stabilité des relations contractuelles par les divers moyens de contrôle exercés

903. Parmi les difficultés que rencontre l'exercice de la liberté contractuelle au cours de l'exécution du contrat, on peut relever les divers moyens et formes de contrôle consacrés par les textes juridiques. Deux traits caractéristiques peuvent être constatés : le premier est que l'exercice de ce contrôle a pour but, dans le cadre de la protection et de la bonne utilisation des deniers publics, d'améliorer l'efficacité contractuelle de l'administration et d'assurer sa transparence. Le second est que l'exercice de ce contrôle a pour effet de menacer la stabilité des relations contractuelles entre la personne publique contractante et son cocontractant, et dans certains cas pourrait aboutir à mettre fin à la relation contractuelle.

¹⁸⁵⁶ CAA Bordeaux, 27 avril 2004, *Ville de Toulouse*, req. n° 00-1587.

904. En pratique, il n'est pas aisé d'établir une liste exhaustive et nominale des contrôles pesant sur les personnes publiques au cours de l'exécution du contrat. Cette difficulté est le produit de la diversité des contrats administratifs et de leurs catégories. Le professeur Dreyfus a bien noté cette difficulté s'agissant des contrats des collectivités territoriales en soulignant que : « *la catégorie des contrats des collectivités territoriales regroupe une somme d'actes de nature différente aux régimes variés : délégations de service publics, marchés publics, baux emphytéotiques administratifs, partenariats public-privé, conventions d'occupation temporaire du domaine public, contrats de recrutement d'agents publics, contrats de société (SEM)... Les contrôles qui pèsent sur ces actes sont eux aussi – comment pourrait-il en être autrement – variés : contrôle de légalité, contrôle financier, contrôle juridictionnel, contrôle administratif etc....* »¹⁸⁵⁷.

C'est pourquoi, dans l'intérêt de notre recherche, nous nous contenterons d'étudier d'une manière générale la menace qui pèse sur la stabilité des résultats de l'exercice de la liberté contractuelle et, sur l'exercice lui-même, d'une part, des contrôles contentieux des marchés publics et des délégations de service public (Sous-section II) ; et d'autre part, des contrôles non contentieux de ces contrats (Sous-section I).

Sous-section I

Les contrôles non contentieux des contrats des personnes publiques

905. Deux formes de contrôle non contentieux s'imposent aux personnes publiques au stade de l'exécution du contrat. La première est plutôt « *interne* » et elle a un caractère administratif ; la seconde est opérée par le juge financier dans le cadre de ses missions et activités non juridictionnelles d'examen de la gestion et de contrôle budgétaire des collectivités territoriales.

A) Le contrôle administratif de l'exécution du contrat administratif

906. L'exécution des marchés publics et des délégations de service public est soumise à certains types de contrôle de nature administrative. Ce contrôle a, en pratique, pour finalité

¹⁸⁵⁷ J.-D. DREYFUS, « Les contrôles sur les contrats des collectivités territoriales », *Contrats et marchés publ.*, mai 2007, étude n° 8.

de constater les erreurs de l'administration contractante, notamment celles résultant du non-respect des règles de la concurrence, et de l'inciter à les éviter à l'avenir pour améliorer sa performance contractuelle. Dans ce sens, le professeur Braconnier souligne que « *différents organes administratifs interviennent pour améliorer l'analyse économique de l'achat public et détecter les infractions aux règles de passations de marchés publics* »¹⁸⁵⁸. En conséquence, l'exercice de ce contrôle va obliger, au moins indirectement, les personnes publiques à mettre leurs marchés en conformité avec les implications des rapports formulés dans ce domaine. Ceci aboutit, à restreindre l'exercice de la liberté contractuelle par ces dernières.

a) Les modes de contrôle exercés à l'égard des marchés publics

907. Le Code des marchés publics consacre un titre entier au contrôle des marchés publics. A titre d'exemple, on peut mentionner la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public¹⁸⁵⁹. Selon l'article 1^{er} de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991¹⁸⁶⁰, cette Mission est en charge de « *procéder à des enquêtes portant sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés ou exécutés les marchés de l'Etat et les conventions de délégation de service public de l'Etat des collectivités territoriales, des établissements publics et des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales* »¹⁸⁶¹. La mise en œuvre de ce contrôle attribue aux enquêteurs de la mission des pouvoirs reconnus aux officiers de police judiciaire¹⁸⁶². Dans ce cadre, les enquêtes donnent lieu à l'établissement de rapports et, le cas échéant, de comptes rendus d'auditions¹⁸⁶³ ou de visites. Les enquêteurs doivent énoncer la nature, la date et le lieu des constatations ou contrôles réalisés. Cette enquête s'effectue sans préjudice des contrôles existants et ne peut empiéter sur les fonctions de direction ou d'exécution des services¹⁸⁶⁴. Les résultats de ces enquêtes sont importants car ils pourraient aboutir à la mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes concernées par l'enquête. L'article 122 du Code des marchés publics confirme ce point, au niveau local, « *le rapport d'enquête est adressé aux autorités administratives qui ont demandé l'enquête*

¹⁸⁵⁸ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 333.

¹⁸⁵⁹ Les articles 119 – 124.

¹⁸⁶⁰ Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, JORF n°4 du 5 janvier 1991, P. 236.

¹⁸⁶¹ Abrogé par l'article 112 de la Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

¹⁸⁶² S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 335.

¹⁸⁶³ L'article 121 du CMP.

¹⁸⁶⁴ L'article 123 du CMP.

ainsi qu'au Premier ministre et, le cas échéant, au procureur de la République, conformément aux dispositions de l'article 40 du code de procédure pénale ». Enfin, le chef de mission établit annuellement un rapport d'activité dans lequel il expose les résultats obtenus, les difficultés rencontrées au cours des enquêtes et les points sur lesquels ont été constatées les irrégularités les plus fréquentes ou les plus graves. Il propose les mesures qui seraient de nature à y remédier ou à les atténuer. Il effectue un bilan de la situation par rapport à l'année antérieure. Ce rapport est adressé au Premier ministre, au garde des sceaux, ministre de la justice, et au ministre chargé de l'économie¹⁸⁶⁵.

908. A l'échelon étatique, le Code consacre un contrôle, de nature interne, du coût de revient des marchés publics de l'Etat¹⁸⁶⁶. Dans ce cadre, les titulaires de marchés fournissent au service contractant, si celui-ci en fait la demande, tous renseignements sur les éléments techniques et comptables du coût de revient des prestations qui font l'objet du marché. Lesdits titulaires ont l'obligation de permettre et de faciliter la vérification éventuelle sur pièces ou sur place de l'exactitude de ces renseignements par les agents de l'administration concernés. Les obligations prévues ci-dessus sont applicables aux marchés de travaux, fournitures ou études pour lesquels la spécialité des techniques, le petit nombre de candidats possédant la compétence requise, des motifs de secret ou des raisons d'urgence impérieuse ne permettent pas de faire appel à la concurrence ou de la faire jouer efficacement. Les personnes soumises à ces dispositions peuvent être assujetties à présenter leurs bilans, comptes de résultat ainsi que leur comptabilité analytique ou, à défaut de celle-ci, tous documents de nature à permettre l'établissement des coûts de revient. La référence à ces obligations doit figurer dans les documents contractuels du marché soumis au contrôle. Le document contractuel faisant référence auxdites obligations fixe les sanctions applicables si l'entreprise soumise à celles-ci refuse de communiquer des pièces ou des documents, fournit des renseignements erronés ou met un obstacle à la vérification. Enfin, la décision d'exercer un contrôle du coût de revient en application de ces dispositions est prise par l'autorité qui a signé le marché soumis au contrôle.

909. Pour finir, l'article 126 ajoute une autre mode de contrôle administratif sur les marchés publics de l'Etat en prévoyant que : « *les marchés de l'Etat, leurs avenants et les décisions de poursuivre auxquelles ils donnent éventuellement lieu sont soumis, en dehors des*

¹⁸⁶⁵ L'article 124 du CMP.

¹⁸⁶⁶ L'article 125 du CMP.

contrôles institués par les textes généraux en matière de dépenses de l'Etat et par le présent titre, à des contrôles fixés par chaque ministre ».

b) Le contrôle administratif des délégations de service public

910. A l'instar des marchés, les conventions de délégation de service public sont soumises à un contrôle administratif. Ce contrôle constitue pour le juge administratif un devoir incombant à l'autorité délégante et non pas une simple option¹⁸⁶⁷. L'article L.1411-3 du Code général des collectivités territoriales prévoit une obligation qui incombe au délégataire : *« le délégataire produit chaque année avant le 1er juin à l'autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de service. Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public. Dès la communication de ce rapport, son examen est mis à l'ordre du jour de la plus prochaine réunion de l'assemblée délibérante qui en prend acte »*. Le contenu de ce rapport a été précisé par l'article R. 1411-7 du code, qui exige, en particulier, que la qualité du service soit appréciée à partir d'indicateurs qu'il revient aux parties de déterminer. Ainsi, cela devrait inciter les rédacteurs des contrats à définir des objectifs de qualité assortis de pénalités¹⁸⁶⁸.

Dans le même ordre d'idée, le contrôle administratif s'étend aussi aux délégations de services publics industriels et commerciaux. Dans le secteur de l'électricité et du gaz, l'article L. 2224-31 prévoit l'existence d'une obligation qui incombe aux autorités délégantes pour contrôler la bonne exécution du contrat. Précisément, *« les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération, en tant qu'autorités concédantes de la distribution publique d'électricité et de gaz..., exercent le contrôle du bon accomplissement des missions de service public fixées, pour ce qui concerne les autorités concédantes, par les cahiers des charges de ces concessions »*. Les autorités concédantes précitées assurent le contrôle des réseaux publics de distribution d'électricité et de gaz. A cette fin, elles désignent un agent de contrôle distinct du gestionnaire du réseau public de distribution.

911. Enfin, un autre exemple de l'imposition d'un contrôle administratif est constitué par les conventions des collectivités territoriales qualifiées contractuellement de régie

¹⁸⁶⁷ CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey – Tivoli*, Lebon, P. 962.

¹⁸⁶⁸ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 519.

intéressée. L'article R. 2222-5 du Code général des collectivités territoriales prévoit que dans ce type de conventions, doivent être déterminées les modalités de contrôle du régisseur intéressé par la commune ou l'établissement¹⁸⁶⁹.

912. En résumé, même d'une manière indirecte, le contrôle administratif imposé aux contrats des personnes publiques constitue un des moyens de contrôle interne restreignant l'exercice de la liberté contractuelle par les personnes publiques.

B) Le contrôle non juridictionnel des chambres régionales des comptes

913. Dans leur mission non juridictionnelle, les chambres régionales des comptes exercent un double contrôle de nature administrative et financière¹⁸⁷⁰. L'examen de la gestion et le contrôle budgétaire vont produire des effets restrictifs sur la volonté des personnes publiques locales et, en conséquence, sur leur exercice de la liberté contractuelle. Cet effet restrictif a été constaté depuis longtemps ; dès le début de leur activités : *« les observations des juridictions financières avaient contribué, il y a près de quinze ans, à faire évoluer la législation en matière de délégations de service public. La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dite « loi Sapin », a institué une procédure de mise en concurrence pour l'attribution ou le renouvellement des contrats de délégation. La loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public a créé l'obligation pour le délégataire de produire annuellement un rapport comportant notamment les comptes afférents à l'exécution de la délégation et instauré un droit d'enquête au profit des magistrats financiers »*¹⁸⁷¹.

914. Au niveau textuel, l'article 1411-8 du Code général des collectivités territoriales confère au représentant de l'Etat dans le département la faculté de transmission des conventions relatives à des délégations de service public à la chambre régionale des comptes. Cette dernière examine le convention et *« formule ses observations dans un délai d'un mois à compter de sa saisine. L'avis de la chambre régionale des comptes est transmis à la collectivité territoriale ou à l'établissement public intéressé et au représentant de l'Etat... . L'assemblée délibérante est informée de l'avis de la chambre régionale des comptes dès sa plus proche réunion »*. En vertu de l'article L. 234-2 du Code des juridictions financières, cette faculté est également attribuée au représentant de l'Etat à l'égard des marchés publics

¹⁸⁶⁹ Pour les départements, voir l'article R. 3241-5 du CGCT.

¹⁸⁷⁰ Voir, S. DAMAREY, *Le juge administratif, juge financier*, Thèse, Dalloz, 2001.

¹⁸⁷¹ G. MILLER et A. LEYAT, « Les chambres régionales et territoriales des comptes et le contrôle des délégations de service public », *AJDA*, 2007, P. 1696.

des collectivités territoriales et dans les mêmes conditions susmentionnées. L'avis émis dans ce cadre ne présente pas le caractère de décision susceptible de recours pour excès de pouvoir¹⁸⁷².

915. Pour l'essentiel, ces observations concernent « *l'excessive durée de certaines conventions, l'absence ou l'insuffisance d'information sur certaines charges assumées par le délégataire, l'utilisation abusive du matériel de la délégation à d'autres fins que le service public, le caractère incomplet du rapport produit par le délégataire à l'autorité délégante et, enfin, l'insuffisance du contrôle exercé par la collectivité publique délégante* »¹⁸⁷³. En d'autres termes, ces observations portent sur la procédure de dévolution de la délégation, sur l'équilibre de la convention et sur le contrôle exercé par la collectivité délégante. De plus, les chambres régionales des comptes observent les anomalies affectant les cahiers des charges élaborés par la collectivité délégante. Ainsi, une chambre peut inciter la collectivité à surveiller et à contrôler l'activité du délégataire pour s'assurer de leur réalisation. Elle peut lui suggérer d'examiner, dès l'année suivante, la bonne adaptation des tarifs au contexte local et leur cohérence avec les coûts effectifs d'exploitation d'un palais des congrès¹⁸⁷⁴. En outre, dans leurs avis, les chambres constatent les atteintes portées aux prérogatives de puissance publique, tel est le cas en ce qui concerne le stationnement¹⁸⁷⁵ et la surveillance des enfants en matière de restauration scolaire¹⁸⁷⁶. Les chambres régionales des comptes observent également les anomalies affectant la procédure de dévolution de la délégation, notamment celles résultant de l'absence ou de l'incohérence de la motivation du choix du candidat en raison des manquements au respect des règles de publicité et de mise en concurrence¹⁸⁷⁷.

916. Ce contrôle, non juridictionnel, accordé aux chambres régionales et territoriales des comptes est étendu dès lors que ces dernières exercent un contrôle de nature financière sur le budget local mais aussi un contrôle sur la gestion de la collectivité concernée. A cet égard, l'article L. 211-7 du Code des juridictions financières dispose que la chambre régionale des comptes concourt au contrôle budgétaire des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. L'importance dans ce type de contrôle est qu'à compter de la saisine

¹⁸⁷² CE, 8 décembre 1995, Département de La Réunion, Lebon P. 436.

¹⁸⁷³ G. MILLER et A. LEYAT, « Les chambres régionales et territoriales des comptes et le contrôle des délégations de service public », précité, P. 1696.

¹⁸⁷⁴ CRC Lorraine, avis de contrôle budgétaire, 17 juillet 2003, Commune de Vittel, Rec. C. comptes P. 286 ; *RFDA*, 2006, P. 833.

¹⁸⁷⁵ CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, avis, 6 juin 2002, Commune d'Aubagne.

¹⁸⁷⁶ CRC Picard, ROD, 1^{er} juillet 2002, Commune de Coye-la Forêt.

¹⁸⁷⁷ Voir, CRC Champagne-Ardenne, avis, 16 mars 2005, Commune d'Étrepigny ; CRC Nord-Pas-de-Calais, avis, 18 mai 2005, Commune de Béthune.

de la chambre régionale des comptes par le représentant de l'Etat et jusqu'au terme de cette procédure, à l'exception de certains cas, l'organe délibérant ne peut se prononcer en matière budgétaire¹⁸⁷⁸. Le non-respect de cette interdiction est censuré par le juge administratif¹⁸⁷⁹. A ce sujet, le Conseil d'Etat a rendu une décision significative, avec une interprétation étendue de l'interdiction selon laquelle « *à compter de la saisine de la chambre régionale des comptes par le préfet et jusqu'au terme de la procédure engagée lorsque le budget n'est pas voté en équilibre réel, l'organe délibérant ne peut prendre de décisions ayant une incidence tant sur le budget de la collectivité territoriale que sur un budget spécial annexé à celui-ci: dès lors, un conseil municipal ne peut légalement prendre, durant cette période, de décision concernant le budget spécial d'une régie dotée de la seule autonomie financière* »¹⁸⁸⁰. Cela restreint incontestablement l'exercice de la liberté contractuelle par la collectivité locale en cause, au moins pendant cette période. Toutefois, si à compter de la saisine de la chambre régionale des comptes, l'organe délibérant ne peut se prononcer en matière budgétaire, sauf pour la délibération prévue au deuxième alinéa de l'article L. 1612-5 et pour l'application de l'article L. 1612-12, ce dessaisissement n'a ni pour objet ni pour effet de lui interdire de prendre les actes de gestion nécessaires au fonctionnement de la collectivité¹⁸⁸¹.

917. D'autre part, l'article L. 211-8 du Code des juridictions financières prévoit que « *la chambre régionale des comptes examine la gestion des collectivités territoriales et de leurs établissements publics...* ». L'examen de la gestion porte sur la régularité des actes de gestion, l'économie des moyens mis en œuvre et l'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs fixés par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant. Mais, l'opportunité de ces objectifs ne peut faire l'objet d'observations. La chambre régionale des comptes peut également, dans le cadre du contrôle des comptes de l'autorité déléguante, vérifier auprès des délégataires de service public les comptes qu'ils ont produits aux autorités déléguantes¹⁸⁸². Cette vérification « *s'exerce à l'occasion du contrôle administratif de la gestion des collectivités territoriales et non lors du jugement des comptes* »¹⁸⁸³, et l'avis rendu à l'occasion de l'exercice du contrôle de gestion ne constitue pas, eu égard à son objet, une décision susceptible de recours pour excès de pouvoir¹⁸⁸⁴.

¹⁸⁷⁸ L'article L. 1612-9 du CGCT.

¹⁸⁷⁹ CAA Lyon, 7 novembre 1996, *Préfet de la Haute-Corse*, *AJDA*, 1997, P. 276, chron. Erstein.

¹⁸⁸⁰ CE, 25 février 1998, *Préfet de la Haute-Corse*, req. n° 168726 ; ACL 1999, n° 132.

¹⁸⁸¹ TA Paris, 9 octobre 1985, *Bodin et a.* ; Lebon T. 525 et 552 .

¹⁸⁸² L'article L. 211-8 CJF.

¹⁸⁸³ CE, 20 mai 1998, *Cie générale des eaux*, Lebon, P. 213.

¹⁸⁸⁴ Même arrêt.

918. En pratique, l'exercice de ces missions amène donc les chambres régionales des comptes à contrôler les contrats conclus par les entités locales¹⁸⁸⁵ et à constater les irrégularités commises, ce qui pourrait en conséquence participer à l'amélioration de la pratique contractuelle de ces dernières. Le rapport public de la Cour des comptes pour l'année 1999 est à ce titre illustratif. La Cour des comptes a en effet constaté un ensemble de pratiques contractuelles douteuses relevées lors du contrôle des comptes ou de la gestion des collectivités territoriales effectués par les chambres régionales des comptes : « *Les irrégularités relevées par les chambres régionales des comptes ne concernent plus seulement les manquements habituels au Code des marchés publics qui trahissent souvent la tendance des ordonnateurs à favoriser les entreprises locales, mais aussi le recours de plus en plus fréquent à des montages complexes anticoncurrentiels, généralement dans des collectivités d'une certaine taille* ». La Cour ajoute aussi que : « *Dans le cadre de leurs contrôles des comptes et de la gestion les chambres régionales des comptes sont amenées de plus en plus fréquemment à s'intéresser aux dispositifs de contrôle interne, dans la mesure où elles constatent que des dysfonctionnements trouvent leur origine dans les défauts de l'organisation ou des procédures internes. Elles rejoignent ainsi l'une des préoccupations des collectivités territoriales, qui est de renforcer l'ensemble des sécurités contribuant à la maîtrise de la gestion. Cette appréciation des dispositifs de prévention des risques trouve, en particulier, un terrain d'application dans l'examen de la régularité ainsi que l'économie, de l'efficacité et de l'efficace des opérations d'achats. Elle constitue une méthode permettant de préciser si certaines anomalies relevées peuvent être considérées comme représentatives d'un comportement de gestion* »¹⁸⁸⁶. Ainsi, les observations des chambres régionales des comptes pourraient servir à constater l'irrégularité ainsi que, dans certains cas, à proposer des améliorations.

919. En conclusion, le contrôle exercé par les chambres régionales des comptes dans le cadre de leur mission non juridictionnelle constitue, en pratique, un autre élément restrictif de l'exercice de la liberté contractuelle par les collectivités territoriales.

¹⁸⁸⁵ Voir, J.-D. DREYFUS, « Les contrôles sur les contrats des collectivités territoriales », précité.

¹⁸⁸⁶ Mentionné dans, J.-D. DREYFUS, « Les contrôles sur les contrats des collectivités territoriales », précité.

Sous-section II

Le contrôle contentieux des contrats des personnes publiques

920. La menace réelle sur la stabilité des relations contractuelles au cours de l'exécution du contrat administratif et, par voie de conséquence, sur la liberté contractuelle dès lors que cette stabilité est un de ses effets, provient d'une manière essentielle de la possibilité de mettre en cause devant le juge administratif certains termes contractuels, ou même le contrat entier. On peut constater deux types de recours juridictionnel : le premier est général et peut être formé par des tiers ; le second est soulevé par le préfet, dans le cadre de sa mission de contrôle de légalité, à l'égard des contrats conclus par les collectivités territoriales¹⁸⁸⁷.

A) Les contentieux suscités par des tiers

921. La particularité des contrats des personnes publiques ouvre la possibilité d'être mis en cause par des tiers. Cette particularité vient du fait que ces contrats sont, d'un côté, financés par les deniers publics et, d'un autre, leurs effets peuvent dépasser les parties contractantes.

922. Auparavant, la théorie de l'acte détachable permettait aux tiers lésés d'attaquer, seulement pour excès de pouvoir, certaines stipulations du contrat, mais antérieurement à la conclusion de ce dernier¹⁸⁸⁸. La notion d'acte détachable avait été introduite dans le contentieux contractuel avec l'arrêt *Commune de Gorre*¹⁸⁸⁹ qui a admis le recours en annulation fondé sur des moyens de légalité contre un acte préparatoire d'un contrat de droit privé. L'utilisation de cette voie pour les contrats administratifs a été étendue à l'occasion de l'arrêt *Martin*¹⁸⁹⁰ statuant sur un recours dirigé contre la délibération d'un conseil général relative à une concession de tramways. En pratique, la recevabilité de ce recours contre l'acte détachable par le juge administratif avait révélé une volonté d'adoption d'une conception extensive de la « détachabilité ». En ce sens, le professeur Richer souligne : « *cette conception extensive de la détachabilité s'inscrivait dans la philosophie générale du recours pour excès*

¹⁸⁸⁷ Il faut signaler ici que ce n'est pas notre objectif de faire une analyse détaillée des hypothèses potentielles des recours des tiers et de leur nature, mais seulement de présenter l'instabilité des relations contractuelles par l'existence de telles possibilités.

¹⁸⁸⁸ Voir, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., P. 158 et s.

¹⁸⁸⁹ CE, 11 décembre 1903, *Commune de Gorre*, Lebon, P. 770 ; S. 1906, III, P. 49, note Hauriou.

¹⁸⁹⁰ CE, 4 août 1905, *Martin*, Lebon, P. 749 ; GAJA, P. 88 ; D. 1907, 3, 49, concl. Romieu.

*de pouvoir en vue d'ouvrir assez libéralement aux intéressés, et surtout au tiers, la seule voie de recours qui permettait de sanctionner l'illégalité commise dans la conclusion de tout contrat et ce, même si le contrat avait été signé et mis en exécution »*¹⁸⁹¹. Les conséquences d'un tel recours peuvent être très graves sur les contrats en cours d'exécution. En effet, à la suite de l'annulation d'un acte détachable de passation d'un contrat, « *il appartient à l'administration, selon les circonstances propres à chaque espèce et sous le contrôle du juge, de déterminer les conséquences à tirer de cette annulation »*¹⁸⁹². Ces conséquences peuvent aboutir à l'annulation du contrat lui-même, « *même si l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat »*¹⁸⁹³, mais sa poursuite peut être motivée par le risque d'une « *atteinte excessive à l'intérêt général »*.

923. En outre, a été consacrée une possibilité pour les tiers évincés de formuler des recours, dit « *référé précontractuel* », contre les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence lors le déroulement de la procédure de passation du contrat et avant sa conclusion¹⁸⁹⁴.

924. Avec l'intention d'étendre l'application de l'obligation de respecter les règles de publicité et de mise en concurrence au cours de l'exécution du contrat, le Code de justice administrative a consacré une autre possibilité pour les tiers lésés afin de pouvoir saisir le juge de référé. Ainsi, l'article L. 551-13 ouvre la faculté de saisir le juge administratif une fois conclu un des contrats administratifs ayant pour objet « *l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique* ». Les personnes habilitées à agir selon l'article L. 551-14 sont seulement « *celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local* ». Cette rédaction issue, à l'origine, des indications de l'arrêt

¹⁸⁹¹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 161.

¹⁸⁹² CE, 24 mai 2001, Avrillier, ACCP, sept. 2001, n° 3.

¹⁸⁹³ CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, BJDCP, 2004, n° 33, P. 136, concl. Piveteau ; *AJDA*, 2004, P. 394, obs. Dreyfus.

¹⁸⁹⁴ Voir l'article L. 551-1 CJA.

Assemblée du Conseil d'Etat, *Société Tropic travaux signalisation Guadeloupe*¹⁸⁹⁵, n'admet la qualité d'agir qu'au représentant de l'Etat, aux concurrents évincés, ainsi qu'à celui qui pourrait avoir intérêt à conclure le contrat¹⁸⁹⁶.

925. Toutefois, si le recours de plein contentieux est ouvert aux personnes susmentionnées, la mise en œuvre de ce recours n'est pas sans limites. En premier lieu, cette voie de recours ne peut être utilisée comme une solution de rattrapage pour le candidat à la passation d'un contrat qui n'aurait pas obtenu gain de cause au stade du référé précontractuel. Dans ce sens, l'article L. 551-14 précise que lorsque le candidat a saisi le juge du référé précontractuel sans obtenir l'annulation de tout ou partie de la procédure, il ne peut saisir, une fois le contrat signé, le juge du référé contractuel, sauf dans le cas où la signature du contrat serait intervenue en méconnaissance de la prohibition imposée par les articles L. 551-4 et L. 551-9, entre la saisine du tribunal et la notification au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice de la décision juridictionnelle. Sur ce point le Conseil d'Etat précise que « *ne sont pas recevables à agir par la voie du référé contractuel, d'une part, les candidats qui ont engagé un référé précontractuel, sauf si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté l'obligation de suspendre la signature du contrat prévue aux art. L. 551-4 ou L. 551-9 CJA ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé, et, d'autre part, les candidats qui n'ont pas engagé de référé précontractuel, mais qui n'en ont pas été empêchés* »¹⁸⁹⁷. De plus, le juge indique que les dispositions de l'article L. 551-14 n'ont pas pour effet de fermer la voie du référé contractuel au concurrent évincé qui a antérieurement présenté un recours précontractuel « *lorsque celui-ci s'est révélé irrecevable en raison d'un manquement du pouvoir adjudicateur aux dispositions de l'article 80*¹⁸⁹⁸ *du code des marchés publics qui prévoient l'obligation de notifier aux candidats le rejet de leurs offres et fixent un délai minimal entre cette notification et la signature du marché* »¹⁸⁹⁹. Il en est de même lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas informé le concurrent évincé du délai de

¹⁸⁹⁵ CE, ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, req. n° 291545, Lebon, P. 360 ; *RFDA*, 2007, P. 696, concl. Casas ; *RDP*, 2007, P. 1402, concl. Casas, note Melleray ; *RFDA*, 2007, P. 923, note Pouyaud ; *AJDA*, 2007, P. 1577, chron. Lenica et Boucher.

¹⁸⁹⁶ Pour une application, voir CE, avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, req. n° 355446 ; *AJDA*, 2012, P. 1109, note P. Cassia.

¹⁸⁹⁷ CE, 19 janvier 2011, *Grand Port maritime du Havre*, req. n° 343435, Lebon, P. 11 ; *AJDA*, 2011, P. 135 ; *ibid.* P. 800, note J.-D. Dreyfus ; *RDI*, 2011, P. 275, obs. R. Noguellou.

¹⁸⁹⁸ Cet article fait obligation à la personne publique, pour les marchés supérieurs aux seuils européens, d'informer les candidats non retenus des motifs du rejet de leur offre et du choix de l'attributaire, et de laisser écouler un délai minimal entre l'information ainsi délivrée et la signature du marché.

¹⁸⁹⁹ CE, 10 novembre 2010, *Etablissement public national des produits de la mer (France Agrimer)*, req. n° 340944, Lebon T. 858 ; *AJDA*, 2012, P. 1314 ; *AJCT*, 2012, P. 566, obs. A.-S. Juilles.

suspension qu'il s'imposait entre la date d'envoi de la notification du rejet de l'offre et la conclusion du marché¹⁹⁰⁰.

926. En second lieu, dans certaines hypothèses, le candidat évincé n'est pas recevable à saisir le juge du référé contractuel alors même qu'il n'aurait pas formé de référé précontractuel. Ainsi, l'article L. 551-15 qui prévoit que ce recours ne peut être exercé « *ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité* ». La même exclusion s'applique aux contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a envoyé aux titulaires la décision d'attribution du contrat et observé un délai de seize jours entre cet envoi et la conclusion du contrat, délai réduit à onze jours si la décision a été communiquée à tous les titulaires par voie électronique¹⁹⁰¹.

927. En ce qui concerne les pouvoirs du juge dans ce domaine, on peut faire deux constats. Tout d'abord, le juge du référé contractuel dispose d'un pouvoir étendu à l'égard de la suspension de l'exécution ce qui constitue une restriction excessive de la liberté contractuelle. En effet, l'article L. 551-17 du Code de justice administrative attribue au juge du référé contractuel la faculté de suspendre l'exécution du contrat, pour la durée de l'instance, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages. D'autre part, les pouvoirs du juge sont limités en ce qui concerne la prononciation de la nullité du contrat : dans certaines hypothèses, le juge est tenu de la prononcer. Ainsi, l'article L. 551-18 dispose que le juge doit prononcer la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. De même, l'annulation doit être prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats

¹⁹⁰⁰ CE, 24 juin 2011, *Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val-d'Oise et des Yvelines et Sté Seni*, req. n° 346665 ; *AJDA*, 2011, P. 1296.

¹⁹⁰¹ L'article L. 551-15 CJA.

fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat. Toutefois, si la prononciation de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général, le juge aura, selon le cas, le pouvoir de sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice¹⁹⁰². L'absence d'intérêt impérieux ne prive pas le juge de prononcer l'annulation du contrat mais avec un effet différé pour un motif d'intérêt général¹⁹⁰³. Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public, ou encore si la nullité du contrat menace sérieusement l'existence même d'un programme de défense ou de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts de sécurité de l'Etat¹⁹⁰⁴. Enfin, dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière¹⁹⁰⁵. Pour déterminer la mesure qui s'impose, le juge peut prendre en compte, notamment, la nature et l'ampleur de la méconnaissance constatée, ses conséquences pour l'auteur du recours ainsi que la nature, le montant et la durée du contrat en cause et le comportement du pouvoir adjudicateur¹⁹⁰⁶.

¹⁹⁰² L'article L. 551-19 CJA.

¹⁹⁰³ CE 1^{er} juin 2011, *Sté Koné*, req. n° 346405, Lebon, P. 266 ; *AJDA*, 2011, P. 1108 ; *AJCT*, 2011, P. 568, obs. S. Hul ; *RTD eur.* 2011, P. 893, obs. J.-P. Kovar ; CE, 23 novembre 2011, *Sté GIHP Lorraine Transports*, req. n° 349746 ; Lebon T. 1002 ; *AJDA*, 2011, P. 2542 ; *AJCT*, 2012, P. 260, obs. O. Didriche.

¹⁹⁰⁴ L'article L. 551-19 CJA.

¹⁹⁰⁵ L'article L. 551-20 CJA.

¹⁹⁰⁶ CE, 30 novembre 2011, *Sté DPM Protection*, req. n° 350788, Lebon, P. 597 ; *AJDA*, 2012, P. 270, note M. Dreifuss ; *ibid.* 2011, P. 2383 ; *RDI*, 2012, P. 91, obs. R. Noguellou.

928. Cependant, le recours des concurrents évincés n'est pas la seule menace sur la stabilité des relations contractuelles par les tiers. En effet, si les dispositions précitées ont pour effet de limiter les catégories de personnes qui peuvent saisir le juge en formant un recours contre les contrats des personnes publiques, d'autres dispositions ouvrent cette possibilité, d'une manière directe ou indirecte, à d'autres catégories de tiers. Prenons l'exemple du recours exercé par le contribuable local sur les contrats des collectivités territoriales¹⁹⁰⁷. La particularité de ce type de contrôle vient du fait que le contribuable ne conteste pas le contrat en tant que tel, mais la carence de la collectivité locale concernée à engager les procédures juridictionnelles nécessaires afin de protéger leurs intérêts. A ce sujet, Ch. Maugué souligne que le but d'un tel contrôle est « *d'éviter que les intérêts des communes soient sacrifiés soit par négligences, soit par malhonnêteté* »¹⁹⁰⁸. Ainsi, issu de l'article 123 de la loi du 5 avril 1884, l'article L. 2132-5 du Code général des collectivités territoriales prévoit que : « *Tout contribuable inscrit au rôle de la commune a le droit d'exercer, tant en demande qu'en défense, à ses frais et risques, avec l'autorisation du tribunal administratif, les actions qu'il croit appartenir à la commune, et que celle-ci, préalablement appelée à en délibérer, a refusé ou négligé d'exercer* »¹⁹⁰⁹. Donc, en matière contractuelle, et sans entrer dans les détails, si le cocontractant n'a pas respecté ses engagements contractuels et que ce comportement a abouti à mettre à la charge de la collectivité locale des dépenses supplémentaires injustifiées, cela constitue un intérêt suffisant pour cette dernière et justifie l'action formulée par le contribuable¹⁹¹⁰.

929. Pour finir, la jurisprudence actuelle a étendu de manière générale la possibilité de constituer des recours contre les contrats en cours d'exécution pour d'autres catégories de tiers. L'exemple le plus important ici est l'arrêt d'Assemblée du 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*¹⁹¹¹ par lequel le juge administratif ouvre la possibilité à tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses, de formuler un recours devant le juge du contrat. Précisément, il indique qu'« *indépendamment des actions dont disposent les parties à un*

¹⁹⁰⁷ Voir, J.-D. DREYFUS, « Les contrôles sur les contrats des collectivités territoriales », précité.

¹⁹⁰⁸ Ch. MAUGÜE, « Autorisation de plaider » ; J.-Cl. Administratif, Fasc. 1083.

¹⁹⁰⁹ Le même droit est attribué aux contribuables au niveau départemental et régional par les articles L. 3133-1 et 4143-1 du CGCT, et l'article L. 5211-58 ouvre au contribuable communal le droit d'exercer les actions qu'il croit appartenir aux établissements publics de coopération intercommunale auxquels a adhéré la commune.

¹⁹¹⁰ CE, 7 juin 2006, *Asselin*, req. n° 286350 ; *Dr. adm.* 2006, n° 137 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 332, note J.-P. Pietri.

¹⁹¹¹ CE, ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne c/ Bonhomme*, req n° 358994 ; BJDCEP 2014, n° 94, P. 205 ; *RFDA*, 2014, P. 245, concl. B. Dacosta, note Delvolvé ; *AJDA*, 2014, P. 1035, chron. Bretonneau et Lessi ; *Dr. adm.* 2014, comm. 36, obs. F. Brenet.

contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ; que cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité ». Il ajoute également que « les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; que la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini ; que, toutefois, dans le cadre du contrôle de légalité, le représentant de l'Etat dans le département est recevable à contester la légalité de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la conclusion du contrat, date à laquelle les recours déjà engagés et non encore jugés perdent leur objet ». Ainsi, le recours direct devant le juge du contrat ne sera plus limité aux concurrents évincés mais s'étend à l'ensemble de ceux qui peuvent être lésés parmi les tiers, tels les élus locaux, les usagers du service public, les contribuables locaux...etc.¹⁹¹²

930. En conclusion, les pouvoirs étendus du juge administratif et les voies de recours ouvertes aux tiers constituent une menace considérable à l'encontre de la stabilité des relations contractuelles au cours de l'exécution, et en conséquence une atteinte excessive à la liberté contractuelle. En effet, l'exercice de tels recours aboutit dans beaucoup de cas à l'annulation du contrat en cause.

¹⁹¹² Voir, L. RICHER, Droit des contrats administratifs, 9^e éd., 2014, précité, P. 172 et s.

B) La menace sur la stabilité des relations contractuelles par le contrôle préfectoral

931. Dans le cadre de sa mission de contrôle de la légalité des activités des collectivités territoriales, le représentant de l'Etat dispose de plusieurs moyens lui permettant de saisir le juge administratif afin de mettre fin aux irrégularités commises. L'exercice de ce contrôle a pour effet de porter atteinte à la liberté contractuelle des collectivités territoriales. En matière contractuelle, le préfet dispose de deux moyens : direct et indirect.

932. Le contrôle direct résulte de l'obligation générale qui incombe aux collectivités territoriales de transmission des contrats, pour les rendre exécutoires, au représentant de l'Etat. Dans ce cadre, plusieurs dispositions peuvent être mentionnées. Selon l'article L. 2131-2 du Code général des collectivités territoriales, sont soumis à l'obligation de transmission « *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* »¹⁹¹³. Cette obligation de transmission concerne autant les contrats signés par la collectivité elle-même que ceux signés par son mandataire, tel un maître d'ouvrage délégué¹⁹¹⁴. De plus, l'article 82 du Code des marchés publics prévoit une obligation générale de transmission de tous les marchés publics et des accords-cadres locaux au représentant de l'Etat afin qu'il puisse exercer son contrôle. En tout état de cause, les exceptions à cette transmission¹⁹¹⁵, comme c'est le cas pour les contrats conclus dans la sphère du droit privé¹⁹¹⁶, ne signifient pas une exonération des collectivités locales de leur obligation de transmission des délibérations relatives à ces marchés¹⁹¹⁷.

933. Cette transmission doit avoir lieu dans les quinze jours suivant sa signature¹⁹¹⁸ et, pour les marchés publics, elle doit être antérieure à la notification du marché au titulaire¹⁹¹⁹. La transmission concerne non seulement le contrat lui-même, mais également les pièces

¹⁹¹³ Voir aussi les articles L. 3131-2 et 4141-2 du CGCT pour les départements et les régions.

¹⁹¹⁴ CE, 28 juillet 1995, *Préfet d'Île-de-France c/ Sté de gérance Jeanne d'Arc*, req. n° n°143438, Lebon, P. 321; *RDP*, 1996, P. 569, concl. S. Fratacci.

¹⁹¹⁵ L'article L. 2131-4 du CGCT.

¹⁹¹⁶ Voir, CE, 12 février 2003, *Min. de l'Économie*, req. n° 234917: *BJCL* 2003. 441, concl. Guyomar; *ACL* 2004, n° 122 ; CE, Sect. 27 février 1987, *Commune de Grand-Bourg de Marie Galante*, req. n° 54847, Lebon, P. 80; *RFDA*, 1987, P. 212, concl. Strin.

¹⁹¹⁷ Rép. min. n° 64592: *JOAN* 8 novembre 2005, p. 10372 ; Voir aussi, S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, précité, P. 327.

¹⁹¹⁸ L'article L. 1411-9 du CGCT

¹⁹¹⁹ L'article 82 du CMP.

annexes dont la liste est fixée par l'article R. 2131-1 du Code général des collectivités territoriales. Les marchés publics doivent, de plus, être transmis avec le rapport de la commission d'appel d'offres et le rapport de présentation dont le contenu est précisé à l'article 79 du Code des marchés publics applicable à tout marché public et avenant passés selon une procédure formalisée. A défaut de transmission complète, le délai de recours ouvert au représentant de l'Etat pour déférer l'acte ne courra qu'à compter de la réception des documents manquants demandés par lui¹⁹²⁰. Toutefois, si la transmission de ces documents a été faite spontanément par l'autorité locale, sans initiative du préfet dans ce sens, ce dernier ne peut bénéficier d'une prolongation du délai de recours¹⁹²¹.

934. A l'égard de la recevabilité du recours devant le juge administratif, le représentant de l'Etat peut déférer tant l'acte détachable que le contrat lui-même¹⁹²². Son recours doit être formé dans le délai de deux mois à compter de la transmission¹⁹²³, laquelle doit avoir lieu dans le délai de quinze jours à compter de la signature en ce qui concerne les marchés et les délégations de service public¹⁹²⁴. La demande préfectorale portant sur des pièces annexes interrompt le délai de deux mois dont dispose le préfet pour saisir le tribunal administratif¹⁹²⁵. Il a été admis, aussi, que le déféré peut être formé sans aucune condition de délai contre un contrat considéré comme inexistant à raison de la gravité de l'illégalité qui l'entachait¹⁹²⁶. De même, il a été admis que même s'il n'est pas soumis à l'obligation de transmission, un contrat de droit public peut faire l'objet d'un recours en annulation du préfet¹⁹²⁷.

935. En ce qui concerne les conséquences juridiques de l'exercice du contrôle de légalité, il a été reconnu qu'à partir du moment où le préfet peut demander l'annulation, il est également recevable à déposer des conclusions à fin de sursis à exécution auxquelles il était donné satisfaction dès lors que l'un des moyens invoqués paraissait sérieux¹⁹²⁸. Alors, le

¹⁹²⁰ CE, 13 janvier 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales*, req. n° 68166, Lebon, P.7, concl. Roux ; *RFDA*, 1988, P. 282, concl. Roux ; *AJDA*, 1988, P. 142 et 160, chron. Azibert et de Boisdeffre ; *ACL* 1989, n° 16.

¹⁹²¹ CE, 17 octobre 2003, *District de Bastia*, req. n° 223296 ; JCP A, n° 47, 17 novembre 2003, P. 1510, note F. Linditch ; CE, 29 octobre 2008, *Cne de Sainte-Marie-aux-Mines*, req. n° 273569 ; RCGT 2010. 199, chron. Mozol ; *AJDA*, 2009, P. 116.

¹⁹²² Voir, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 189.

¹⁹²³ L'article L. 2131-6 du CGCT

¹⁹²⁴ Les articles L. 1411-9 ; L. 2131-13 ; L. 3131-6 ; L. 4141-6 du CGCT.

¹⁹²⁵ CE, 23 février 2000, *Préfet de la Lozère*, req. n° 190898.

¹⁹²⁶ TA Versailles, 12 décembre 1991, *Préfet du Val d'Oise*, CJEG 1992, 126.

¹⁹²⁷ Solution implicite déduit de, CE, 14 mars 1997, *Dpt des Alpes-Maritimes*, req. n° 143800, Lebon, P. 79 ; *AJFP*, 1997. 5, chron. Marillia ; Cah. fonct. publ. n° 159, p. 18, concl. Touvet.

¹⁹²⁸ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 189.

sursis peut concerner tant l'acte détachable, à condition qu'il n'ait pas été exécuté, que le contrat lui-même¹⁹²⁹. Ce droit accordé au préfet par la jurisprudence est actuellement consacré par l'article L. 2131-6 du Code général des collectivités territoriales qui prévoit que « *Le représentant de l'Etat peut assortir son recours d'une demande de suspension. Il est fait droit à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué. Il est statué dans un délai d'un mois* »¹⁹³⁰. Le même article ajoute que le dépôt par le préfet d'une requête en référé-suspension dans le délai de dix jours, à compter de la réception, contre un marché ou une délégation de service public entraîne de ce seul fait leur suspension durant un délai qui peut arriver jusqu'à un mois. Généralement, les demandes de suspension de l'exécution présentées par le représentant de l'Etat doivent être accueillies par le juge des référés lorsque les conditions de la suspension sont remplies¹⁹³¹. L'exigence d'un moyen paraissant sérieux et de nature à justifier l'annulation de l'acte est la seule condition posée par la loi¹⁹³². Ainsi, du fait que le déféré préfectoral formé à l'encontre d'un contrat relève du contentieux de pleine juridiction, le juge des référés doit donc, comme le juge du fond, prendre en considération la nature de l'illégalité commise pour se prononcer sur la demande de suspension dont est assorti le déféré¹⁹³³.

936. Par ailleurs, le contrôle de légalité sur les contrats des collectivités territoriales peut être exercé d'une manière indirecte. Tel est le cas lorsque le représentant de l'Etat agit contre un acte, soumis ou non soumis¹⁹³⁴ à l'obligation de transmission, sur la demande d'une personne lésée. Ce moyen est consacré par l'article L. 2131-8 du Code général des collectivités territoriales qui dispose que : « *Sans préjudice du recours direct dont elle dispose, si une personne physique ou morale est lésée par un acte mentionné aux articles L. 2131-2 et L. 2131-3, elle peut, dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'acte est devenu exécutoire, demander au représentant de l'Etat dans le département de mettre en œuvre la procédure prévue à l'article L. 2131-6* »¹⁹³⁵. La personne physique ou

¹⁹²⁹ Voir, CE, 31 mars 1989, *Commune de Septèmes-les-Vallons*, Lebon, P. 102.

¹⁹³⁰ Voir aussi les articles L. 3132-1 et L. 4142-1 du CGCT, et l'article L. 554-1 du CJA.

¹⁹³¹ CE, 23 avril 2003, *Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, req. n° 251946, Lebon T. 912 ; ACL 2004, n° 24.

¹⁹³² CE, 18 février 1983, *COREP de la Gironde c/ Cne de Saint-Médard-en-Jalles*, req. n° 47204, Lebon, P. 72 ; CE, 30 décembre 2002, *M. Jeandey*, req. n° 239380 : *RDI*, 2003, P. 200, obs. Soler-Couteaux ; *BJDU* 2003. 612, concl. Piveteau.

¹⁹³³ CE, 9 mai 2012, *Synd. départemental des ordures ménagères de l'Aude*, req. n° 355665, Lebon, P. 192 ; *RDI*, 2012, P. 403, obs. Noguellou ; *AJDA*, 2012, P. 1688, note Martin ; *RFDA*, 2012, P. 683, note Delvolvé ; *BJCL* 2012. 511, concl. Dacosta.

¹⁹³⁴ CE, 16 octobre 1987, *Cne du Rheu c/ Mme Chesnais*, req. n° 80776.

¹⁹³⁵ Voir, aussi les articles L. 3132-3 et L. 4142-3 du CGCT.

morale lésée s'entend comme toute personne ayant intérêt à l'annulation de l'acte dans le cadre du recours pour excès de pouvoir¹⁹³⁶. Cette demande doit être présentée dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'acte est devenu exécutoire, et elle ne peut avoir pour effet de prolonger le délai de recours contentieux dont dispose le représentant de l'Etat dans le département en application de l'article L. 2131-6. Egalement, lorsque la demande concerne un acte mentionné à l'article L. 2131-3, c'est-à-dire les actes non soumis à l'obligation de transmission, le représentant de l'Etat dans le département peut déférer l'acte en cause au tribunal administratif dans les deux mois suivant sa saisine par la personne physique ou morale lésée¹⁹³⁷. Enfin, il convient de noter que la demande de déferé est indépendante de l'exercice du recours direct en annulation ; son absence ne fait pas obstacle à l'exercice d'un recours direct¹⁹³⁸. De même, le refus de la demande par le préfet n'interdit pas l'exercice d'un recours direct¹⁹³⁹.

937. En résumé, le contrôle préfectoral constitue un mécanisme portant atteinte à la liberté contractuelle car les effets de sa mise en œuvre aboutissent soit à la suspension de l'exécution du contrat, soit à l'annulation de ce dernier.

¹⁹³⁶ CE, 26 octobre 1984, *Cne d'Heume-l'Église*, req. n° 49919, Lebon, P. 341; *RFDA*, 1985, P. 247, concl. Thiriez.

¹⁹³⁷ L'article L. 2131-8 du CGCT.

¹⁹³⁸ CE, 26 octobre 1984, *Cne d'Heume-l'Église*, req. n° 49919, Lebon, P. 341; *RFDA*, 1985, P. 247, concl. Thiriez

¹⁹³⁹ CE, 19 janvier 1994, *SCI Les Alpilles c/ M. Gaillard*, req. n° 119275.

Chapitre II

La liberté contractuelle est contrainte lors de l'inexécution du contrat et à la fin des relations contractuelles

938. En principe, la fin des relations contractuelles se fait par l'accomplissement par chacune des parties contractantes des obligations qui lui incombent en vertu des termes du contrat conclu. Ainsi, le contrat peut prendre fin soit par l'exécution de l'objet du contrat (quantité, qualité), soit par l'expiration de la durée prévue pour cette exécution, soit par les deux ensemble. Toutefois, le contrat peut aussi prendre fin en dehors des hypothèses précitées. En effet, au cours de l'exécution, dans certains cas, il est probable que l'une des parties contractantes s'abstienne de l'exécution (totale ou partielle) de ses obligations soit au regard de leur objet, soit au regard du temps imparti ou imposé en vertu du contrat pour cette exécution. Afin de traiter de tels cas, l'habitude est courante de laisser aux cocontractants la possibilité d'exercer leur liberté contractuelle en incluant dans le contrat des clauses définissant les sanctions et leurs règles d'application, ainsi que des modes alternatifs de règlement des litiges.

939. Cette liberté de déterminer la suite de la non-exécution courante pour les contrats conclus dans la sphère du droit privé, ne peut avoir la même application à l'égard des contrats des personnes publiques qui exigent la prise en considération de certains éléments spécifiques. En effet, le fait que les contrats des collectivités publiques aient pour finalité la réalisation de l'intérêt général, et que pour ce faire elles utilisent les deniers publics¹⁹⁴⁰, impose à ces dernières certaines restrictions. Ces restrictions limitent manifestement le rôle de la volonté commune des parties s'agissant des conséquences d'une non-exécution des obligations prévues par le contrat concerné ce qui limite, par voie de conséquence, le rôle de la liberté contractuelle dans ce domaine. Parmi ces restrictions figurent les prérogatives de puissance publique dont la personne publique dispose dans l'exécution de ses contrats, sans pouvoir s'en désister. Celles-ci lui donnent une position supérieure par rapport à son cocontractant en lui permettant, dans le but de l'intérêt général, d'imposer des sanctions non connues dans le droit commun des contrats telle la résiliation unilatérale du contrat. Ces limitations peuvent aussi

¹⁹⁴⁰ Voir dans ce sens, J-C. BRUERE, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RDP*, 1996, P. 1718.

résulter de la mise en œuvre des principes selon lesquels « *une personne publique ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas* », et « *la volonté du Prince de ne pas abandonner à d'autres juges que les siens le droit de le juger* ». Cela restreint le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges reconnus dans le droit privé.

Partant de ce constat, nous étudierons la restriction de l'exercice de la liberté contractuelle, d'une part par la continuité de la domination de l'intérêt général à l'égard de la détermination des conséquences résultant de la non-exécution des obligations contractuelles (Section I), et d'autre part, par la limitation excessive du recours aux modes alternatifs de règlement des litiges dans les contrats des personnes publiques (Section II).

Section I

La primauté de l'intérêt général sur la liberté contractuelle dans l'encadrement des conséquences potentielles de la non-exécution

940. A la différence des contrats du droit privé, la formation des contrats administratifs doit prendre en compte des éléments liés aux notions, qualifiées par Hauriou de « *notions maîtresses du régime administratif français* »¹⁹⁴¹, « *la puissance publique et le service public* ». Le contrat administratif a en effet pour but d'assurer le bon fonctionnement du service public. Ainsi, les principes généraux de service public et notamment le principe de la continuité du service public, qui ont pour finalité d'assurer l'intérêt général, doivent être prioritaire au moment de la détermination des conséquences qui pourraient se produire en cas d'inexécution des obligations contractuelles. Cette priorité aboutit à limiter le rôle de la liberté contractuelle des parties contractantes dès lors que chaque accord traitant de ces conséquences devra prendre en considération ces principes.

941. En pratique, la limitation du rôle de la liberté contractuelle à ce stade de l'opération contractuelle se révèle par les pouvoirs étendus, et intangibles, dont disposent les personnes publiques à l'égard de l'inexécution des obligations qui incombent au cocontractant

¹⁹⁴¹ M. HAURIOU, « *La puissance publique et le service public* », préface à la 11^e édition du Précis de droit administratif et de droit public général, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002, p. IX.

(Sous-section I) ; mais aussi par la limitation des moyens dont le cocontractant pourrait jouir par la voie contractuelle face à une inexécution imputable à la personne publique contractante (Sous-section II).

Sous-section I

L'extension et l'incapacité de renoncer aux pouvoirs de l'administration en cas d'inexécution imputable au cocontractant

942. En vertu de l'obligation personnelle de l'exécution, il incombe au cocontractant de l'administration d'exécuter le contrat selon les termes et les conditions prévues. L'atténuation de la rigidité de cette obligation est reconnue mais dans les conditions susmentionnées¹⁹⁴².

943. Face à l'inexécution ou la mauvaise exécution de cette obligation, la personne publique dispose de deux types de sanctions. Le premier est de nature contractuelle et se concilie bien avec la liberté contractuelle : le contrat peut prévoir par accord des parties des sanctions potentielles en cas d'inexécution ou de retard injustifié de l'exécution ; dans beaucoup de cas de telles sanctions sont réglementées. Le deuxième est attaché à la particularité des personnes publiques contractantes auxquelles le juge administratif reconnaît des prérogatives lui permettant de prendre elles-mêmes des sanctions à l'égard de leur cocontractant. Ce pouvoir de sanctionner constitue une des compétences essentielles de la personne publique qui est tenue de l'utiliser selon les besoins du service public concerné¹⁹⁴³. En d'autres termes, la reconnaissance de tels pouvoirs est justifiée par l'intérêt général qui réside dans la garantie de la continuité du service public et l'efficacité de la commande publique. Ainsi, l'absence de mention de telles prérogatives dans les termes du contrat conclu ne prive pas la personne publique de les utiliser si cette utilisation a été justifiée par l'intérêt général¹⁹⁴⁴.

L'exercice de ces prérogatives se fait par l'intermédiaire des « *ordres de service* ». Ces deniers constituent, d'après le professeur Braconnier, des actes administratifs unilatéraux

¹⁹⁴² Voir supra, n° 843 et s.

¹⁹⁴³ Voir dans ce sens, G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, 3^e éd., précité, P. 329.

¹⁹⁴⁴ Voir dans ce sens, S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, 2^e éd., précité, P. 388.

« émis par le pouvoir adjudicateur à l'intention du titulaire du marché, tenu de l'exécuter ». En édictant des ordres de service, la personne publique contractante peut, donc, prononcer « des sanctions, décisions de poursuivre... »¹⁹⁴⁵.

944. Traditionnellement, les personnes publiques recourent à trois formes de sanctions selon la faute commise par le cocontractant ; les sanctions financières, les sanctions coercitives, ainsi que les sanctions résolutoires.

A) Les sanctions financières

945. Selon l'article 1226 du Code civil, la clause pénale « est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ». Elle est « la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale »¹⁹⁴⁶. Ce caractère contractuel et réparateur de la clause pénale est aussi reconnu dans la jurisprudence¹⁹⁴⁷ et dans la doctrine administrative qui définit, pour sa part, les pénalités comme « des dommages-intérêts forfaitaires stipulés dans le contrat en prévision de tel ou tel manquement du cocontractant à ses obligations »¹⁹⁴⁸. Les pénalités contractuelles ont également « sans aucun doute un rôle dissuasif à l'égard du cocontractant qui connaît la nature et l'ampleur des sanctions qui lui seront appliquées en cas de carence. À ce titre, les clauses de pénalités sont des clauses qui, lorsque le ratio faute/pénalité est bien calibré, peuvent avoir un effet psychologique non négligeable dans le bon déroulement du contrat »¹⁹⁴⁹.

946. Parmi ces pénalités, les sanctions financières en constituent l'élément le plus important. L'existence de telles pénalités est normalement justifiée pour garantir l'exécution de l'engagement contractuel selon les modalités prévues d'une bonne manière, et dans le délai prévu. Ainsi, les sanctions pécuniaires, auxquelles le cocontractant pourrait être exposé, prennent en principe deux formes ; les dommages – intérêts et les pénalités de retard¹⁹⁵⁰. Dans ce domaine, les personnes publiques disposent de privilèges à l'égard de leur cocontractant révélateurs de l'originalité du droit des contrats administratifs.

¹⁹⁴⁵ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, 2^e éd., précité, P. 387.

¹⁹⁴⁶ L'article 1229 du Code civil.

¹⁹⁴⁷ CE, 3 mai 1961, *Sté Entreprise Thomas Kotland et Office HLM département Seine*, Lebon, P. 290.

¹⁹⁴⁸ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, t.2, LGDJ 1984, p. 136.

¹⁹⁴⁹ E. POURCEL, « Sanctions », *Juris-classeur Contrats et marchés publics*, fasc. n° 120.

¹⁹⁵⁰ Pour le professeur L. RICHER, les sanctions pécuniaires se distinguent des dommages-intérêts. Pour plus de détails, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 242 et s.

947. Les dommages-intérêts sont destinés à réparer le préjudice causé par le cocontractant, et peuvent prendre deux formes. D'une part, à l'instar des contrats du droit privé, les dommages-intérêts peuvent être substitués par des clauses de pénalité contractuelles¹⁹⁵¹ ou « forfaitaire ». Dans un tel cas, et afin d'obtenir l'indemnisation, l'administration n'est pas tenue de justifier l'existence d'un préjudice, en revanche, le cocontractant ne peut invoquer l'absence de preuve d'un préjudice¹⁹⁵². Le seul moyen de se décharger des pénalités est d'établir l'absence de faute ou l'irrégularité procédurale¹⁹⁵³. De même, il résulte du caractère contractuel que la personne publique ne peut se prévaloir d'un préjudice supérieur au montant de la pénalité pour obtenir une réparation complémentaire du préjudice résultant de la faute sanctionnée par la pénalité¹⁹⁵⁴.

948. D'autre part, en raison de l'originalité des contrats administratifs, en dehors du champ d'application d'une clause de pénalité, la possibilité est reconnue pour les personnes publiques d'exiger elles-mêmes de leurs cocontractant le paiement de dommages et intérêts dont le montant aura été fixé par leur propres soins. Précisément, la personne publique dispose du privilège du préalable en vertu duquel cette dernière a la possibilité de chiffrer elle-même son préjudice et d'émettre un état exécutoire à l'encontre de son cocontractant¹⁹⁵⁵ sans avoir besoin de saisir le juge administratif¹⁹⁵⁶. A l'origine, cette faculté a été consacrée par le célèbre arrêt *Deplanque*¹⁹⁵⁷ du 31 mai 1907. Pour le Conseil d'Etat : « *si aucune sanction de ces faits n'a été prévue au cahier des charges, ils n'en constituent pas moins de la part de l'entrepreneur l'inexécution de ses obligations et sont de nature à motiver l'allocation d'une indemnité* »¹⁹⁵⁸. Cependant, l'utilisation de cette faculté par l'administration n'est pas sans limite car, d'une part, le montant financier destiné à réparer le préjudice doit être proportionné à l'importance du dommage allégué¹⁹⁵⁹ et d'autre part, la méconnaissance de cette obligation permet au cocontractant de saisir le juge du contrat afin de contester ladite

¹⁹⁵¹ E. POURCEL, « Sanctions », Juris-classeur Contrats et marchés publics, fasc. n° 120.

¹⁹⁵² CE, 4 juin 1976, *Sté toulousaine immobilière*, Lebon, P. 303.

¹⁹⁵³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 242.

¹⁹⁵⁴ CE, 28 mars 1945, *Clauzier*, Lebon, P. 69 ; CE, 15 mai 1987, *Hôpital rural de Breil-sur-Roya*, RDP, 1988, P. 1427.

¹⁹⁵⁵ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, 2^e éd., précité, P. 389.

¹⁹⁵⁶ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, t. 2, précité, P. 135.

¹⁹⁵⁷ CE, 31 mai 1907, *Deplanque*, Lebon, P. 513, concl. Romieu ; S., 1907, 3, P. 113, note Hauriou ; D. 1907, 3, 82, concl. Romieu.

¹⁹⁵⁸ Voir dans le même sens, CE, 11 octobre 1929, *Compagnie de navigation Sud-Atlantique*, Lebon, P. 892.

¹⁹⁵⁹ CE, 28 janvier 1979, *Sté des ateliers Delestrade*, Lebon, P. 68 ; CE, 17 décembre 1926, *Sté des chantiers de l'Adour*, Lebon, P. 1124 ; CE, 24 juin 1950, *Sté électrique de Madagascar*, Lebon, P. 235.

utilisation¹⁹⁶⁰. De plus, la reconnaissance de cette faculté au profit de la personne publique ne prive pas cette dernière de saisir le juge administratif afin de demander la condamnation du cocontractant à payer les sommes qu'elle estime lui être dues, dès lors qu'« aucune disposition de loi ou règlement, ni aucun principe général du droit n'interdisait à la commune de demander au juge administratif la condamnation de l'entrepreneur à lui payer les sommes qu'elle estimait lui être dues à raison des conditions d'exécution d'un contrat plutôt que d'émettre à l'encontre de ce dernier un état exécutoire »¹⁹⁶¹.

949. A côté des dommages-intérêts, existent les pénalités de retard qui constituent une autre forme traditionnelle de sanctions financières. En effet, il est courant que les contrats administratifs, notamment les marchés publics, contiennent des clauses relatives aux pénalités qui peuvent frapper le titulaire du contrat s'il ne respecte pas les délais prévus à ce dernier. Il s'agit donc de sanctions pécuniaires, dues pour chaque jour de retard, à partir du premier jour de retard¹⁹⁶². Ces pénalités présentent un caractère forfaitaire, ce qui signifie qu'elles sont dues à l'administration, même si le retard ne lui cause aucun préjudice¹⁹⁶³. Dans ce cadre, les personnes publiques disposent d'un large pouvoir pour déterminer les modalités et le montant des pénalités de retard. En pratique, pour déterminer ce montant les parties contractantes se réfèrent aux cahiers des clauses administratives préétablis. Pour donner un exemple, l'article 14 de CCAG-FCS prévoit que : « Les pénalités pour retard commencent à courir, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une mise en demeure, le lendemain du jour où le délai contractuel d'exécution des prestations est expiré, sous réserve des stipulations des articles 13. 3 et 20. 4. Cette pénalité est calculée par application de la formule suivante :

$$P = V * R / 1\ 000 ;$$

dans laquelle :

P = le montant de la pénalité ;

V = la valeur des prestations sur laquelle est calculée la pénalité, cette valeur étant égale au montant du prix de base, hors variations de prix et hors du champ d'application de la TVA, de la partie des prestations en retard, ou de l'ensemble des prestations si le retard d'exécution d'une partie rend l'ensemble inutilisable ;

R = le nombre de jours de retard ».

¹⁹⁶⁰ CE, 7 avril 1978, *Blum*, req. n° 5559, *Dr. adm.* 1978, comm. n° 168.

¹⁹⁶¹ *Ibid.*

¹⁹⁶² S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, 2^e éd., précité, P. 380.

¹⁹⁶³ CE, 4 juin 1976, *Sté toulousaine immobilière*, Lebon, P. 303.

En général, l'administration dispose d'un large pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'application des clauses des pénalités de retard¹⁹⁶⁴. Ce pouvoir est reconnu tant par la doctrine¹⁹⁶⁵ que par la jurisprudence administrative¹⁹⁶⁶. Toutefois, l'utilisation d'un tel pouvoir ne peut être sans limite et doit être justifiée. C'est le cas notamment lorsque le titulaire du contrat est une PME et que la mise en œuvre de ces pénalités peut avoir de lourdes conséquences financières pour cette entreprise¹⁹⁶⁷.

950. La question qui se pose ici est de savoir si le cocontractant peut demander au juge administratif de modérer le montant des pénalités de retard, ou même de reporter son exécution. Avant 2008, le juge administratif refusait de limiter l'application des clauses de pénalité et, en conséquence, de sanctionner une clause quand bien même elle présentait un caractère léonin¹⁹⁶⁸, car de telles clauses doivent être considérées parmi celles qui peuvent avoir un caractère exorbitant du droit commun¹⁹⁶⁹. Son rôle était seulement de rechercher si les pénalités avaient réellement été prévues par les parties au contrat¹⁹⁷⁰ et si la qualification des faits qui étaient à leur origine n'était pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation¹⁹⁷¹. Toutefois, dans son arrêt du 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*¹⁹⁷², le Conseil d'Etat a atténué cette rigidité en considérant que « *Le juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, peut modérer ou augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché* ». En ce qui concerne le report de l'exécution des pénalités de retards, il nous semble que le juge administratif ait tendance à diminuer la rigidité de cette application. En effet,

¹⁹⁶⁴ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, 2^e éd., précité, P. 380.

¹⁹⁶⁵ Voir, A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, t. 2, précité, n° 934 et ss ; C. Blumann, *La Renonciation en droit administratif français*, LGDJ, 1974, P. 2 et ss ; N. SYMCHOWICZ, « Les renoncations de la personne publique à l'application du contrat », *AJDA*, 1998, P. 771.

¹⁹⁶⁶ CE, 28 octobre 1953, *Sté Comptoir des textiles bruts et manufacturés*, req. n° 89449, Lebon T. 721.

¹⁹⁶⁷ Voir dans ce sens CE, 17 mars 2010, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, req. n° 308676 ; Pour un cas d'absence de renonciation implicite, alors même que la personne publique avait accepté un programme d'achèvement des travaux comportant des délais supplémentaires, CE, 5 juillet 1950, *Sté française de constructions et d'aménagements industriels et Caisse franco-néerlandaise de cautionnement*, req. n° 69532 et 69612, Lebon, P. 416.

¹⁹⁶⁸ CE, 24 novembre 2006, *Sté Group 4 Falck Sécurité*, req. n° 275412, Juris Data n° 2006-071104 ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 6, note W. Zimmer ; CE, 13 mai 1987, *Sté Cintra-France et autres*, Lebon T. P.822 ; D. 1987, somm. P. 433, obs. Ph. Terneyre ; CE, 13 mars 1991, *Entreprise Labaudinière*, req. n° 80846, Juris Data n° 1991-044022 ; *RDP*, 1992, P. 1537.

¹⁹⁶⁹ CAA Nancy, 13 juin 1989, *Deiana*, req. n° 89NC00031 ; *Dr. adm.* 1998, hors série, comm. 543, P. 173.

¹⁹⁷⁰ CE, 17 avril 1985, *O.P.H.L.M. de la Meuse c/M. Amiel*, *RDP*, 1985, P. 1706.

¹⁹⁷¹ CE, 21 juin 1985, *Sté de canalisation Bornhauser Molinari*, *RDP*, 1986, P. 1761.

¹⁹⁷² CE, 29 décembre 2008, *L'Office Public D'habitations A Loyer Modéré (OPHLM) De Puteaux*, req. n° 296930.

l'administration est tenue de justifier, par l'intérêt général, la mise en œuvre de ces pénalités si celle-ci peut avoir de lourdes conséquences financières pour le cocontractant¹⁹⁷³.

951. Enfin, il convient de signaler que le champ d'application des sanctions financières n'est pas limité aux dommages-intérêts et au retard dans l'exécution. En effet, d'autres hypothèses peuvent être envisagées, tel est le cas pour la malfaçon¹⁹⁷⁴ ou même les irrégularités dans l'exécution¹⁹⁷⁵. Il est également à noter que pour certains contrats administratifs, il est obligatoire d'y inclure de telles sanctions, ce qui constitue une obligation restrictive de la liberté contractuelle. C'est le cas par exemple pour les contrats de partenariats selon l'article L. 1414-8 du Code général des collectivités territoriales qui dispose que le contrat de partenariat doit nécessairement comporter des clauses relatives : « g) *Aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement à ses obligations*¹⁹⁷⁶, *notamment en cas de non-respect des objectifs de performance, de la part du cocontractant* ».

B) Les sanctions coercitives

952. La deuxième catégorie de sanctions dont la personne publique dispose face aux manquements commis par son cocontractant est constituée par les sanctions coercitives. Selon le dictionnaire juridique *Cornu*, celles-ci désignent essentiellement les mesures dont l'administration peut décider elle-même à l'encontre de son cocontractant, tel est le cas pour la mise en régie¹⁹⁷⁷ ou la mise sous séquestre¹⁹⁷⁸ de l'activité menée par son cocontractant¹⁹⁷⁹. L'utilisation de ces sanctions par la personne publique porte donc atteinte à la liberté contractuelle de son cocontractant. L'objectif de telles sanctions, qui présentent dans ce domaine un exemple des pouvoirs étendus des personnes publiques envers leurs cocontractants, est d'obtenir la prestation en dépit de la carence du cocontractant et à ses frais¹⁹⁸⁰. Dans ce cadre, l'administration est habilitée à se substituer littéralement à l'entrepreneur ou au concessionnaire en exécutant elle-même, ou par l'intermédiaire d'un

¹⁹⁷³ CE, 17 mars 2010, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, req. n°308676

¹⁹⁷⁴ CE, 9 mars 1988, *Entreprise J. Lefèbvre c/ Commune de Malintrat*, req. n° 76218 ; M.T.P.B., 11 novembre 1988, P. 62.

¹⁹⁷⁵ « Pénalités et primes », *Droit des marchés publics*, IV.300.1, éd. Le Moniteur, P. 5 et s ; mentionné dans M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 494.

¹⁹⁷⁶ Les obligations du titulaire du contrat de partenariat.

¹⁹⁷⁷ Pour les marchés publics.

¹⁹⁷⁸ Pour la délégation de service public.

¹⁹⁷⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, précité, P. 744.

¹⁹⁸⁰ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., P. 240.

tiers¹⁹⁸¹, les prestations ou l'exploitation de l'activité déléguée en lieu et place de son cocontractant¹⁹⁸².

953. A l'égard des marchés publics, la mise en régie, ou l'assurance de poursuite des travaux en lieu et place du titulaire¹⁹⁸³, constitue une mesure temporaire¹⁹⁸⁴ et coercitive à l'encontre du prestataire défaillant¹⁹⁸⁵. Alors, la personne publique contractante a la faculté, soit de « réinternaliser », c'est-à-dire d'assurer avec ses propres moyens, tout ou partie du marché concerné¹⁹⁸⁶, soit de le contrôler directement en se substituant à l'autorité du chef d'entreprise sur ses salariés et son outil de travail afin de poursuivre l'exécution des prestations¹⁹⁸⁷. En d'autres termes, la mise en régie permet au maître de l'ouvrage de poursuivre l'exécution d'office du marché avec les moyens matériels installés sur le site par le titulaire, ainsi que les moyens humains¹⁹⁸⁸, mais à ses risques et périls¹⁹⁸⁹. Dans ce cas la position personnelle du cocontractant est extrêmement affectée. En effet, la mise en régie n'a pas pour effet de mettre fin aux relations contractuelles entre le maître de l'ouvrage et son cocontractant¹⁹⁹⁰ ce qui rend ce dernier dépourvu de sa qualité de chef d'entreprise même s'il garde un droit de contrôle¹⁹⁹¹.

954. A l'instar de la mise en régie des marchés publics, en matière de concession et contrats voisins, peut être décidée la mise sous séquestre¹⁹⁹². La personne publique reprend alors le service en régie ou en confie l'exécution à un tiers. Dès lors, la direction des travaux ou les décisions courantes qui peuvent être prises dans le cadre de l'exploitation de ce service ne relèvent plus de la compétence du cocontractant mais de celle de la collectivité publique ou du tiers désigné. Toutefois, l'exploitation se fait aux frais et risques du cocontractant¹⁹⁹³, sauf quand elle n'intervient pas à titre de sanction comme dans le cas d'urgence¹⁹⁹⁴. Lorsque les frais engagés sont supérieurs à ce qui était initialement prévu, ils sont également, et d'une

¹⁹⁸¹ CE, 23 juin 1944, *Ville de Toulon*, Lebon, P. 180 ; RDP, 1988, P. 1427 ; RDP, 1945, P. 101.

¹⁹⁸² Voir, M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 496.

¹⁹⁸³ Voir, M. LORIOU, L'exécution des marchés publics, Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, n° 111.

¹⁹⁸⁴ CE, 29 octobre 1926, *Ville de Saint-Etienne*, Lebon P. 911.

¹⁹⁸⁵ Voir, O. DIDRICHE, « Les multiples acceptions de la notion de « régie » dans les collectivités territoriales », *AJCT*, 2014, P. 184.

¹⁹⁸⁶ CAA Nantes, 31 octobre 2013, *SARL SONOTER TP*, req. n° 12NT01444 : Juris-Data n° 2013-028579 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 13, note M. Ubaud-Bergeron.

¹⁹⁸⁷ E. POURCEL, « Sanctions », *Juris-classeur Contrats et marchés publics*, fasc. n° 120.

¹⁹⁸⁸ CAA Lyon, 18 juillet 2007, *Commune Tignes*, req. n° 05LY00461.

¹⁹⁸⁹ Voir aussi, S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, 2e éd., précité, P. 389.

¹⁹⁹⁰ Voir, CE, 23 janvier 1981, *Commune d'Aunay-sur-Odon et autres*, Lebon P. 25.

¹⁹⁹¹ CE, 3 mai 1935, *Sté des chemins de fer de la Teste*, Lebon P. 381 ; CE, 28 mai 1952, *Commune de Sainte-Barbe du Tlelat*, Lebon P. 282.

¹⁹⁹² L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 240.

¹⁹⁹³ CE, 27 février 1935, *Sté des eaux et du gaz de Courtenay*, Lebon P. 256.

¹⁹⁹⁴ CE, 24 juin 1927, *Ville de Castelnaudary*, Lebon P. 703.

manière intégrale, supportés par l'entrepreneur défaillant¹⁹⁹⁵. En revanche, lorsque des économies sont réalisées, le bénéfice est perçu par la collectivité publique¹⁹⁹⁶.

En pratique, il est fréquent que les documents contractuels, notamment les cahiers des clauses administratives générales, consacrent le droit de prononcer ces sanctions¹⁹⁹⁷, cependant, ce pouvoir existe même dans le silence du contrat¹⁹⁹⁸.

955. Enfin, relevons que la mise en œuvre de ces sanctions par la personne publique contractante exige le respect de certaines conditions tant sur le fond que sur la forme. Au niveau procédural, la collectivité contractante doit notifier au titulaire du contrat des reproches bien précis en indiquant la nature des manquements même si le cocontractant ne les ignore pas¹⁹⁹⁹. L'intérêt d'une telle formalité, qui est de nature substantielle et prescrite à peine de nullité de la mesure²⁰⁰⁰, existe pour les deux parties contractantes. L'intérêt de la personne publique réside dans l'exécution du contrat ainsi il convient d'abord « *se proposer d'obtenir l'exécution du contrat, si c'est possible, et non sa rupture à titre de pénalité* »²⁰⁰¹. D'autre part, pour le cocontractant, l'exigence de la mise en demeure est une application du principe des droits de la défense²⁰⁰², même si l'application de ce principe dans ce domaine est moins stricte qu'en d'autres domaines²⁰⁰³.

956. Au fond, il est exigé que le cocontractant ait commis une faute, d'une certaine gravité²⁰⁰⁴, qui lui soit directement imputable. C'est le cas par exemple de l'interruption partielle voire totale du fonctionnement d'un service public²⁰⁰⁵. En pratique, il est difficile de trouver un mécanisme permettant de relever les cas pour lesquels une mise en régie ou une mise sous séquestre sont autorisées. Toutefois, les hypothèses essentielles, selon le professeur

¹⁹⁹⁵ CE, 2 janvier 1935, *Varlond-Arragon*, Lebon P. 10 ; CE, 15 mai 1936, *Macquard*, Lebon P. 552 ; CE, 5 mai 1958, *Association syndicale autorisée pour l'assainissement des marais de la Fosse*, Lebon P. 260.

¹⁹⁹⁶ Voir, M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 497.

¹⁹⁹⁷ Voir dans ce sens, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 241.

¹⁹⁹⁸ Pour la mise sous séquestre, par ex. CE, 30 mars 1928, *Ville de Louhans*, Lebon P. 481.

¹⁹⁹⁹ CE, 9 novembre 1988, *Commune de Freistroff*, req. n° 69450 ; RDP, 1989, P. 1806 ; CE, 26 novembre 1993, *SA Nouveau port Saint-Jean-Cap-Ferrat*, req. n° 85161 ; *Dr. adm.* 1993, n° 563 ; RDP, 1994, P. 863, obs. F. Llorens.

²⁰⁰⁰ CE, 21 mars 1986, *Meyrignac c/ Commune de Vaux-le-Pénil*, Lebon, P. 611 ; RDP, 1986, P. 1736.

²⁰⁰¹ Concl. Romieu sous CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux*, Lebon, P. 55.

²⁰⁰² Concl. Stirn sous CE, 23 juin 1986, *Thomas, RFDA*, 1987, P. 194.

²⁰⁰³ Voir par ex. CE, 11 avril 1986, *SIDVIC*, Rev. de jur. Communale, juillet-août 1986 ; CE, 21 mars 1986, *Meyrignac c/ Commune de Vaux-le-Pénil*, Lebon, P. 611 ; RDP, 1986, P. 1736.

²⁰⁰⁴ CE, 15 mai 1936, *Macquard*, Lebon, P. 552 ; CE, 30 avril 1947, *Sté des carrières ophitiques*, Lebon, P. 287 ; CE, 28 mai 1952, *Commune de Sainte-Barbe du Tlelat*, Lebon, P. 282 ; CE, 28 septembre 2011, *Centre hospitalier intercommunal de Poisser-St-Germain-en-Laye*, req. n° 338894 : *Juris-Data* n° 2011-020404.

²⁰⁰⁵ CE, 5 mars 1943, *Ville de Nîmes*, Lebon, P. 260.

Dufau²⁰⁰⁶, concernant notamment la cessation ou l'interruption injustifiée des travaux²⁰⁰⁷, le refus d'exécuter les ordres de service²⁰⁰⁸, ou encore la carence de l'entrepreneur pour remédier aux malfaçons constatées dans les travaux²⁰⁰⁹.

C) La sanction-résiliation

957. La faculté de résilier unilatéralement le contrat constitue un des pouvoirs supérieurs de la personne publique contractante. L'existence d'un tel pouvoir est reconnue depuis le XIX^e siècle²⁰¹⁰, au moins²⁰¹¹. Selon le juge administratif, l'administration contractante « *peut, en tout état de cause et en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, mettre fin avant terme aux marchés publics, sous réserve des droits à indemnités des intéressés* »²⁰¹². Cela signifie que cette faculté est reconnue même dans le silence du contrat. En outre, ce pouvoir est reconnu pour l'administration contractante même si son cocontractant est une autre personne publique²⁰¹³. Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur ce point récemment en indiquant que : « *La circonstance qu'un contrat soit conclu entre deux personnes publiques ne fait pas obstacle au pouvoir de chacune de ces personnes publiques de résilier unilatéralement le contrat pour un motif d'intérêt général* »²⁰¹⁴.

958. En principe, l'utilisation de la résiliation unilatérale par la personne publique engendre des conséquences graves sur l'exercice de la liberté contractuelle, notamment si ladite utilisation n'a pas été prévue dans les termes du contrat. Elle peut prendre deux formes :

²⁰⁰⁶ J. DUFAU, « Marchés de travaux publics, Régime juridique, formation et exécution du marché », Juris-classeur administratif, Fasc. 521, février 1993, P. 15.

²⁰⁰⁷ CE, 27 février 1925, *Dolfini*, Lebon, P. 220 ; CE, 21 avril 1937, *Nadaud et Ménu*, Lebon, P. 415 ; CE, 10 décembre 1943, *Sté d'assainissement*, Lebon, P. 287 ; CE, 15 avril 1988, *Entreprise Hypotra*, req. n° 52618 ; *RDP*, 1988, P. 1428.

²⁰⁰⁸ CE, 14 février 1934, *Sté d'entreprise coopérative française*, Lebon, P. 222 ; CE, 4 janvier 1936, *Metz*, Lebon, P. 20 ; CE, 30 novembre 1938, *Roudier*, Lebon, P. 900 ; CE, 13 février 1942, *Sté ouvrière « Les limousins de Paris »*, Lebon, P. 52 ; CE, 16 février 1966, *Bernard*, Lebon, P. 113.

²⁰⁰⁹ CE, 30 mars 1981, *S.A. Ets Jean Bernard*, *RDP*, 1982, P. 538.

²⁰¹⁰ CE, 17 mars 1864, *Paul Dupont*, *D.* 1864, 3, 87 ; CE, 9 décembre 1927, *Gargiulo*, Lebon, P. 1198.

²⁰¹¹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 221.

²⁰¹² CE, Ass. 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Lebon, P. 246 ; *AJDA*, 1958, P. 282, concl. Kahn ; voir également, CE, Ass. 2 février 1987, *Société TV6*, Lebon, P. 29.

²⁰¹³ Auparavant, cette faculté n'était pas admise pour la personne publique en situation de prestataire de service au bénéfice d'une autre personne publique : Ex, « la personne publique qui a été attributaire d'un marché de services, comme aurait pu l'être une personne privée, ne peut se prévaloir de sa qualité pour modifier ou résilier unilatéralement le contrat », CE, 4 mai 2011, *CCI de Nîmes*, Lebon, P. 205 ; *BJDCP* 2011, n° 77, P. 285, concl. B. Dacosta.

²⁰¹⁴ CE, 4 juin 2014, *Commune d'Aubigny-les-Pothées*, req. n° 368895.

la première sans faute du cocontractant et pour motif d'intérêt général ; la seconde, à titre de sanction, est une résiliation pour faute imputable au cocontractant²⁰¹⁵.

959. En premier lieu, le pouvoir de l'administration de résilier unilatéralement le contrat pour motif d'intérêt général constitue, depuis longtemps, « *un des droits de l'administration le moins contesté en notre matière* »²⁰¹⁶. En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique contractante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier son contrat, sous réserve des droits à indemnité du cocontractant²⁰¹⁷. Le fait que la résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général soit attachée aux nécessités de fonctionnement d'un service public rend la personne publique contractante incapable de renoncer à ce pouvoir²⁰¹⁸. Afin de pouvoir utiliser ce mécanisme, le motif de l'intérêt général doit toujours être présent²⁰¹⁹; tel est par exemple le cas d'abandon d'un projet²⁰²⁰, de modification de la réglementation²⁰²¹, de réorganisation du service public²⁰²², de modification de la politique de la collectivité publique²⁰²³, de motifs financiers²⁰²⁴ et de dépassement de la durée prévue par la loi²⁰²⁵. Dans ce dernier cas, le Conseil d'Etat a estimé que la nécessité de mettre fin à une convention dépassant la durée prévue par la loi constitue un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation unilatérale par la personne publique, sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge. La solution est fondée sur l'impératif d'ordre public imposant de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation.

²⁰¹⁵ Voir, S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, 2^e éd., précité, P. 390.

²⁰¹⁶ G. PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, précité, P. 391.

²⁰¹⁷ CE, 4 mai 2011, *CCI de Nîmes*, req. n° 334280, Lebon, P. 205 ; *RDI*, 2011, P. 396, note Braconnier.

²⁰¹⁸ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, req. n° 41589-41699 ; *RFDA*, 1986, P. 21, concl. Genevois ; *AJDA*, 1985, P. 620, note Fatôme et Moreau.

²⁰¹⁹ Voir, G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, 3^e éd., précité, P. 486 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 224.

²⁰²⁰ CE, 22 janvier 1965, *Sté Des Etablissements Michel Aubrun*, Lebon, P. 50 ; CE, 8 décembre 1978, *Bergerioux*, Lebon, P. 500.

²⁰²¹ CAA Bordeaux, 20 décembre 1990, *Département des Pyrénées-Atlantiques*, req. n° 89BX01164 ; Rép. de jurispr. communal, mars-avril 1991, P. 1.

²⁰²² CE, 11 juillet 1913, *Compagnie des chemins de fer du Sud de la France*, Lebon, P. 854 ; CE, 30 juin 1933, *Sté Le Centre électrique*, Lebon, P. 707 ; CE, 26 février 1975, *Sté du port de pêche de Lorient*, Lebon, P. 155 ; CE, Ass. 29 avril 1994, *Colombani*, req. n° 105401 ; *RFDA*, 1994, P. 479.

²⁰²³ TA Grenoble, 9 avril 1980, *Sté, d'aménagement touristique de l'Alep d'Huez*, D. 1981, P. 581, note Servouin.

²⁰²⁴ CE, 8 juillet 2005, *Jedjiga*, req. n° 259615 ; CE, 23 juin 1986, *Thomas*, *RFDA*, 1987, P. 195, concl. Stirn.

²⁰²⁵ CE, 7 mai 2013, *Sté auxiliaire de parcs de la région parisienne*, req. n° 365043, Lebon T. 137 ; *AJCT*, 2013, P. 462, obs. Burel ; *AJDA*, 2013, P. 1271, chron. Domino et Bretonneau ; *JCP Adm.* 2013, P. 2297, note Vila.

960. En second lieu, la résiliation pour faute constitue une sanction, par une décision unilatérale de la personne publique, prononcée en cas de manquement grave du cocontractant à ses obligations. Dans les marchés publics, il est habituel de mentionner les cas qui justifient la mise en œuvre d'une telle sanction dans le CCAG ou le marché lui-même. Il peut s'agir par exemple d'un refus d'exécuter un ordre de service, de non-respect des délais, d'interruption non justifiée de l'exécution de la prestation...etc.²⁰²⁶. C'est le cas également pour les délégations de service public : la résiliation pour faute est alors appelée déchéance²⁰²⁷. Le pouvoir de résilier unilatéralement le contrat par l'administration contractante pour faute imputable au cocontractant est reconnu même dans le silence du contrat²⁰²⁸.

961. En raison de la gravité d'une telle sanction, sa mise en œuvre n'est pas sans limite. Tout d'abord, le recours à cette sanction doit, dans les contrats de concessions, être prévu par le contrat pour pouvoir être prononcé d'office après mise en demeure²⁰²⁹ et elle « doit conserver le caractère de sanction exceptionnelle »²⁰³⁰. En l'absence de clause donnant à la personne publique contractante le droit de prononcer la déchéance, le concédant doit s'adresser au juge administratif²⁰³¹. Ensuite, la mise en œuvre de cette sanction exige de respecter certaines formalités, telles la motivation de la sanction²⁰³² et le principe des droits de la défense²⁰³³. Enfin, afin de justifier la résiliation, il est nécessaire que la faute du cocontractant soit grave²⁰³⁴ : la gravité de la faute doit dépasser celle à laquelle on pourrait remédier par une simple mise en régie ou sous séquestre²⁰³⁵. Il appartient au juge administratif de rechercher si les manquements du cocontractant à ses obligations constituent une faute grave²⁰³⁶. Ainsi, le juge exerce dans ce domaine un plein contrôle de la gravité des faits et l'adéquation de la sanction²⁰³⁷ ; en d'autres termes, le juge administratif exige la

²⁰²⁶ S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, 2^e éd., précité, P. 390.

²⁰²⁷ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, 3^e éd., précité, P. 485.

²⁰²⁸ CE, 30 septembre 1983, *SARL Comexp*, Lebon, P. 393.

²⁰²⁹ CE, 19 octobre 2001, *Syndicat intercommunal Guzet-Neige*, req. n° 212677 ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. n° 240.

²⁰³⁰ Concl. Romieu sous CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux*, Lebon, P. 55.

²⁰³¹ CE, 21 juin 1980, *Syndicat intercommunal d'organisation des sports d'hiver de Peyresourde-Balestas*, Lebon, P. 438 ; *AJDA*, 1981, P. 271 ; CE, 20 janvier 1988, *Sté d'Etude et de réalisation des applications du froid*, Lebon, P. 29.

²⁰³² CE, 23 juin 1986, *Thomas*, RFDA, 1987, P. 195 ; CE, 19 juin 1992, *Min. Aff. étr. c/ Royère*, req. n° 106186.

²⁰³³ Concl. Stirn sous CE, 23 juin 1986, *Thomas*, RFDA, 1987, P. 194 ; CE, Ass., 21 avril 1989, *Fédération nationale des organismes de gestion des établissements d'enseignement catholique et autres*, Lebon, P. 117.

²⁰³⁴ CE, 21 janvier 1944, *Sté d'entreprises et de construction en béton armé*, Lebon, P. 23.

²⁰³⁵ CE, 30 mars 1928, *Ville de Louhans*, Lebon, P. 481 ; CAA Douai, 18 octobre 2005, *Commune de Caudry*, *AJDA*, 2006, P. 221, note Subra de Bieusses.

²⁰³⁶ CE, 21 janvier 1944, *Sté d'entreprises et de construction en béton armé*, Lebon, P. 23.

²⁰³⁷ CE, 4 mars 1991, *Département de la Haute-Loire*, req. n° 81446, Lebon T. 1044 ; *RDP*, 1992, P. 1537 ; CE, 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, Lebon, P. 105.

proportionnalité entre la faute et la sanction²⁰³⁸. Pour lui, la faute qui motive la sanction résolutoire doit présenter un caractère de gravité suffisant²⁰³⁹. Peuvent alors justifier une résiliation : l'interruption du service²⁰⁴⁰ ou si son fonctionnement est durablement défectueux²⁰⁴¹, l'interruption d'un chantier²⁰⁴², les manquements aux obligations financières²⁰⁴³, ou le non-respect des modifications apportées par la personne publique contractante au contrat original²⁰⁴⁴. Dans ce dernier cas, le Conseil d'Etat a rappelé que la personne publique dispose, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, de la faculté d'apporter unilatéralement et dans l'intérêt général des modifications à ses contrats. En l'espèce, l'autorité organisatrice des transports avait apporté, en cours de contrat et unilatéralement des modifications à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation. Le cocontractant était tenu de respecter ses obligations contractuelles ainsi modifiées, en ayant droit à l'équilibre financier de son contrat. Cependant, la société délégataire a continué à assurer la desserte de la ligne de transport dont elle avait la charge en refusant de prendre en compte la nouvelle organisation du service public fixée par le syndicat. En conséquence, elle a, dans ces conditions, commis une faute de nature à justifier la résiliation de la convention.

962. Toutefois, la gravité de la faute commise peut être atténuée par le comportement de la collectivité contractante²⁰⁴⁵ ou par des difficultés d'exécution imprévisibles²⁰⁴⁶, auxquels cas la résiliation est injustifiée. Dans le cadre de son contrôle dans ce domaine, il est aussi loisible au juge administratif de substituer à la résiliation de la personne publique une résiliation prononcée par lui aux torts de l'administration²⁰⁴⁷.

²⁰³⁸ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 228.

²⁰³⁹ CE, 21 novembre 1934, *Sté Dupart*, Lebon P. 1085 ; CE, 11 juillet 1941, *Grenouiller*, Lebon, P. 124 ; CE, 8 janvier 1958, *Crouzat*, Lebon, P. 14 ; CE, 18 mars 1959, *Peter*, Lebon, P. 189.

²⁰⁴⁰ CE, 7 mai 1937, *Sté Samson et Spitzner*, Lebon, P. 480 ; CE, 26 novembre 1971, *SIMA*, RDP, 1972, P. 239, concl. Gentot.

²⁰⁴¹ CE, 23 décembre 1925, *Houssin*, Lebon, P. 1049.

²⁰⁴² CE, 20 janvier 1988, *Sté d'Etude et de réalisation des applications du froid*, Lebon, P. 29.

²⁰⁴³ CE, 14 mars 1928, *Gagnieux*, Lebon, P. 356 ; CE, 10 juillet 1935, *Blazy*, Lebon, P. 790 ; CE, 11 décembre 1935, *Compagnie fermière de Luchon*, Lebon, P. 1169 ; CE, 20 janvier 1988, *Sté d'Etude et de réalisation des applications du froid*, Lebon, P. 29 ; CE, 25 mars 1991, *Copel*, req. n° 90747 ; CJEG 1993, P. 238, concl. Abraham.

²⁰⁴⁴ CE, 27 octobre 2010, *Synd. Interco. de Cannes-Le Cannet-Mandelieu-La Napoule*, req. n° 318617, Lebon T. 660 ; BJCP 2010, P. 417, concl. Dacosta, obs. M.; *Dr. adm.* 2011, n° 3, note Brenet.

²⁰⁴⁵ CE, 21 novembre 1934, *Sté Dupart*, Lebon, P. 1085 ; CE, 20 janvier 1988, *Sté d'Etude et de réalisation des applications du froid*, Lebon, P. 29 ; CE, 4 mars 1991, *Département de la Haute-Loire*, req. n° 81446, Lebon T. 1044 ; RDP, 1992, P. 1537 ;

²⁰⁴⁶ CE, 18 novembre 1927, *Sté l'Energie industrielle*, Lebon, P. 1062 ; CE, 18 avril 1959, *SITAU*, Lebon, P. 219

²⁰⁴⁷ CE, 12 mars 1999, *SA Méribel 92*, Lebon, P. 61.

963. Finalement, et à l'instar des toutes les sanctions coercitives, les conséquences financières de la résiliation pour faute imputable au cocontractant sont très graves pour ce dernier²⁰⁴⁸. Dans les délégations de service public, la conclusion du nouveau contrat, qui est la conséquence directe de la résiliation, sera réalisée aux frais de l'ancien cocontractant fautif, qui supportera aussi l'éventuel surcoût du nouveau contrat par rapport à l'ancien²⁰⁴⁹. Néanmoins, le cocontractant défaillant peut, malgré sa faute grave, obtenir le paiement des prestations exécutées au titre du contrat initial²⁰⁵⁰ et l'indemnisation des investissements qu'il aurait réalisés et verrait reprendre par la collectivité délégante²⁰⁵¹. Dans les marchés publics, le surcoût engendré par le marché de substitution est pris en charge par le cocontractant défaillant²⁰⁵². Le titulaire du marché résilié pour faute n'a droit à aucune indemnisation²⁰⁵³, à l'exception du dédommagement éventuel correspondant à la valeur non amortie des ouvrages réalisés²⁰⁵⁴.

964. En résumé, le rôle de la liberté contractuelle au regard de la détermination des conséquences de l'inexécution imputable au cocontractant est restreint par la finalité de l'intérêt général. Pour assurer cette finalité la personne publique est dotée de prérogatives de puissance publique. L'existence de ce pouvoir limite non seulement la liberté contractuelle du cocontractant pour déterminer les effets attachés à l'inexécution de ses obligations, mais également la liberté de la collectivité publique de renoncer à de telles prérogatives.

²⁰⁴⁸ Voir, A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, t. 2, précité, P. 166 et s.

²⁰⁴⁹ G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, 3^e éd., précité, P. 485.

²⁰⁵⁰ CE, 28 décembre 2001, *CNED*, req. n° 204618 ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. n° 58.

²⁰⁵¹ CAA Bordeaux, 23 juillet 2002, *Commune de Fouras*, req. n° 01BX00654 et 02BX00087 ; *AJDA*, 2002, P. 924, si le contenu du contrat ne l'exclut pas.

²⁰⁵² CE, 29 mai 1981, *SA Roussey*, Lebon, P. 813 ; CE, 10 juin 1992, *SA Gentil et Berthon*, req. n° 37115.

²⁰⁵³ CE, 20 janvier 1988, *Sté d'Etude et de réalisation des applications du froid*, Lebon, P. 29 ; CE, Sect., 15 décembre 2000, *Lacroix c/ Association départementale hydraulique de Haute-Savoie*, *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. n° 44.

²⁰⁵⁴ CE, 5 juillet 1967, *Commune de Donville-les-Bains*, Lebon, P. 297.

Sous-section II

L'encadrement des moyens utilisables par le cocontractant en cas d'inexécution des obligations par la personne publique contractante

965. A l'instar du titulaire du contrat, la personne publique contractante peut être exposée à des sanctions en cas d'inexécution des obligations qui lui incombent en vertu du contrat. Toutefois, si l'intérêt général justifie l'attribution de pouvoirs unilatéraux à la personne publique lui permettant d'infliger, elle-même, des sanctions coercitives à son cocontractant en cas d'inexécution, ce dernier, et aussi pour l'intérêt général, ne dispose que de moyens très encadrés face à une inexécution imputable à la collectivité publique contractante. Ainsi, l'exercice de la liberté contractuelle est aussi limité dans ce domaine.

A) Les obligations contractuelles de l'administration contractante

966. Comme tout contractant, l'administration doit respecter certaines obligations imposées en vertu de son engagement contractuel. Pratiquement, dans les contrats administratifs, il est rare que les textes²⁰⁵⁵ définissent précisément les obligations des parties publiques²⁰⁵⁶. Cependant, la jurisprudence administrative a dégagé des obligations propres à la personne publique contractante. Ces dernières sont essentiellement au nombre de deux : l'obligation de faciliter l'exécution et l'obligation de payer le prix convenu²⁰⁵⁷.

967. Dans le cadre de ses obligations de faciliter l'exécution du contrat, la personne publique est tenue de fournir, en temps utiles, tous les renseignements susceptibles d'intéresser le cocontractant et de lui faciliter l'exécution de ses propres obligations ; qu'il s'agisse d'informations d'ordre juridique (servitudes, constructibilité du terrain) ou techniques²⁰⁵⁸. De même, il incombe à l'autorité contractante de livrer les éléments

²⁰⁵⁵ Pour donner un exemple d'une telle précision, l'article 2 alinéa 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, prévoit qu'il appartient au maître de l'ouvrage, après s'être assuré de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée, « d'en déterminer la localisation, d'en définir le programme, d'en arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle, d'en assurer le financement, de choisir le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé et de conclure, avec les maîtres d'œuvre et entrepreneurs qu'il choisit, les contrats ayant pour objet les études et l'exécution des travaux ».

²⁰⁵⁶ L. FOLLIOU-LALLIOT, « EXÉCUTION DU CONTRAT ADMINISTRATIF. – Obligations contractuelles et pouvoirs de l'Administration », JCl. administratif, 1^{er} décembre 2008, Fasc. 608.

²⁰⁵⁷ Ibid.

²⁰⁵⁸ Ibid.

nécessaires à l'exécution. Ainsi, commet une faute la personne publique concédante qui ne livre pas un matériel prévu par le contrat de concession²⁰⁵⁹, ou la collectivité qui met à disposition d'une entreprise un ouvrage présentant des désordres le rendant inutilisable²⁰⁶⁰. Il lui appartient donc de veiller à la solidité et à la conformité des ouvrages ou des fournitures qu'elle remet à son cocontractant en début de contrat²⁰⁶¹.

En outre, la personne publique est obligée de mettre en œuvre son pouvoir de police à l'égard des tiers afin de faciliter la tâche de son cocontractant. Commet ainsi une faute la collectivité qui avait oublié d'informer le public des modalités d'utilisation d'un parc de stationnement concédé et laissé sans suite des procès-verbaux relatifs à des infractions commises par les utilisateurs²⁰⁶². La personne publique contractante est aussi soumise à l'obligation d'utiliser ses pouvoirs unilatéraux comme le pouvoir de contrôle, sous peine d'engager sa responsabilité²⁰⁶³. Cependant, dans ce dernier cas, le juge administratif reste sensible aux exigences de l'intérêt général et apprécie le respect de cette obligation de contrôle de façon circonstanciée²⁰⁶⁴, notamment en tenant compte des compétences techniques requises pour assurer un contrôle effectif²⁰⁶⁵.

De plus, l'administration contractante est tenue de ne pas utiliser ses pouvoirs d'une manière illicite et de collaborer de bonne foi à l'exécution du contrat²⁰⁶⁶. La mauvaise utilisation des pouvoirs de l'administration peut résulter d'un manque de justification, tel est le cas pour l'imposition d'une sanction injustifiée comme la résiliation, la modification du prix²⁰⁶⁷ ou l'objet du contrat. De même, la bonne foi exige que la personne publique contractante ne s'oppose pas, sans motif valable, à l'augmentation des tarifs d'une concession²⁰⁶⁸ et qu'elle ne prenne pas des mesures susceptibles de nuire à son cocontractant²⁰⁶⁹. Dans ce dernier cas, il convient de signaler que la personne publique

²⁰⁵⁹ CE, 16 mai 1941, *Brégegère*, Lebon, P. 86.

²⁰⁶⁰ CE, 27 octobre 2006, *Commune Saint-Paul-en-Pareds*, req. n° 244353 ; Juris-Data n° 2006-070993 ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 26, note E. Delacour.

²⁰⁶¹ CE, 18 mars 1959, *Peter et Office nationale de la navigation*, Lebon, P. 189.

²⁰⁶² CE, 7 janvier 1976, *Ville Amiens*, Lebon, P. 11.

²⁰⁶³ CE, 5 novembre 1937, *Caire*, Lebon, P. 899 ; CE, 7 novembre 1958, *Sté Électricité et eaux de Madagascar*, Lebon, P. 530, concl. Heumann, à propos d'une concession.

²⁰⁶⁴ CE, 11 décembre 1963, *Synd. défense en vue de l'établissement voie ferrée Bort-Eygurande*, Lebon, P. 610 ; JCP G 1964, II, 13753, note J. Dufau.

²⁰⁶⁵ CE, 17 mars 1999, *Synd. intercnal eau et assainissement Pointe-à-Pitre*, req. n° 165595 ; Juris-Data n° 1999-050077

²⁰⁶⁶ Voir, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 253.

²⁰⁶⁷ CE, 10 juillet 1954, *Heulin*, Lebon, P. 462.

²⁰⁶⁸ CE, 31 octobre 1980, *Sté du port de pêche de Lorient*, Lebon, P. 399.

²⁰⁶⁹ CAA Paris, 4 juin 1992, *SA Tahiti Moorea service*, req. n° 90PA01067, CJEG 1993, 331, note Delpirou ; CAA Marseille, 7 décembre 1999, *Sté Var expansion*, BJDCEP 2000, n° 11, P. 245.

contractante n'est pas tenue de protéger son cocontractant contre la concurrence sans avoir une clause contractuelle prévoyant cette obligation²⁰⁷⁰. Le Conseil d'Etat a rendu une décision très significative en la matière en indiquant qu'« *Il ne peut être utilement invoqué un principe général de protection du concessionnaire contre la concurrence par le concédant, indépendamment de toute clause contractuelle imposant une telle obligation à ce dernier* »²⁰⁷¹.

968. Concernant ses obligations financières, l'administration contractante n'est pas seulement tenue de payer à son cocontractant le prix convenu dans le contrat, mais elle doit également l'indemniser en cas d'aggravation légitime de ses charges²⁰⁷². En effet, le défaut de paiement du prix convenu engage la responsabilité contractuelle de la personne publique contractante²⁰⁷³. Dans le Code des marchés publics, les délais de paiement sont réglementés et ne peuvent pas excéder, par la voie contractuelle, certaines limites²⁰⁷⁴. Ainsi, selon la catégorie de la personne publique concernée, ce délai peut être de trente, cinquante ou soixante²⁰⁷⁵ jours. De plus, il incombe à la personne publique contractante d'indemniser son cocontractant en cas d'aggravation de ses charges. Une telle aggravation peut être imputable à la personne publique contractante, comme c'est le cas pour les travaux supplémentaires exigés par cette dernière et qui ont pour résultat de bouleverser l'économie du contrat²⁰⁷⁶, ou non, comme c'est le cas dans les applications de la théorie des sujétions imprévues²⁰⁷⁷.

²⁰⁷⁰ Voir, Ch. GUETTIER, « Protection du concessionnaire de service public contre la concurrence », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 51, 20 Décembre 2007, 2592.

²⁰⁷¹ CE, 10 octobre 2007, *Sté SPS Tarbes*, req. n° 255213 : Juris-Data n° 2007-072507.

²⁰⁷² Voir, S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, 2^e éd., précité, P. 396.

²⁰⁷³ CE, 3 décembre 1993, *Cie générale de chauffe c/ CH Pointe-à-Pitre*, req. n° 81834 : *AJDA*, 1994, P. 485, note V. Haïm ; Mon. TP 18 février 1994, P. 40.

²⁰⁷⁴ L'article 98 du CMP, et l'article 37 de la Loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, JORF n° 0024 du 29 janvier 2013, P. 1721 texte n° 3

²⁰⁷⁵ Selon l'article 1^{er} du Décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, le délai de paiement est :

1° Trente jours pour :

a) L'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, à l'exception de ceux mentionnés au 2° du présent article ;
 b) Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux ;
 c) Les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée, à l'exception de ceux mentionnés au 3° du présent article ;

2° Cinquante jours pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées ;

3° Soixante jours pour les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée qui sont des entreprises publiques au sens du II de l'article 1er de l'ordonnance du 7 juin 2004 susvisée, à l'exception de ceux qui sont des établissements publics locaux.

²⁰⁷⁶ CE, 17 octobre 1975, *Commune de Canari*, Lebon, P. 516 ; *AJDA*, 1975, P. 233.

²⁰⁷⁷ Pour une application voir, CE, 30 juillet 2003, *Commune de Lens*, req. n° 223445 ; CE, 13 mai 1987, *Sté Citra-France*, req. n° 35374.

969. L'inexécution par la collectivité publique de ses obligations contractuelles attribue au cocontractant la faculté de saisir le juge administratif. Mais, en dehors de la voie juridictionnelle, les moyens contractuels qui sont à la disposition du cocontractant sont très limités.

B) La sanction de l'inexécution des obligations de la personne publique contractante

970. La question qui se pose ici est de savoir si le cocontractant peut avoir par les clauses du contrat, c'est-à-dire par l'exercice de la liberté contractuelle, des pouvoirs de sanction comparables à ceux de la collectivité publique contractante. En effet, il est clair que l'administration dispose de ces pouvoirs afin de servir des buts d'intérêt général, notamment ceux de la continuité et du bon fonctionnement du service public. Ainsi, une telle reconnaissance en faveur du cocontractant doit être justifiée par l'existence de l'intérêt général ce qui n'est pas le cas au moins pour le cocontractant privé. Les moyens reconnus au cocontractant dans ce domaine doivent être en harmonie avec l'intérêt général qui limite la manière par laquelle il peut agir à l'égard de l'inexécution des obligations de l'administration²⁰⁷⁸. C'est dans ce sens que le professeur Richer indique que : « *Dans un contrat avec une personne privée, quand la violation du contrat est le fait de l'administration, le cocontractant ne peut que saisir le juge ; les sanctions unilatérales sont exclues. Mais les limitations apportées aux moyens de rétorsion du cocontractant ne sont pas seulement liées à l'absence de pouvoir de décision unilatérale. Le caractère d'intérêt général des contrats administratifs justifie aussi une restriction par rapport aux prérogatives reconnues aux cocontractants dans les relations privées* »²⁰⁷⁹.

971. Pratiquement, le cocontractant ne peut infliger par lui-même, comme le prévoit l'article 1184 du Code civil, des sanctions à l'administration contractante. Pour sanctionner les manquements aux obligations de cette dernière et obtenir une indemnisation, il doit saisir le juge du contrat dans le cadre des hypothèses qui engagent sa responsabilité contractuelle²⁰⁸⁰. Ainsi, le juge administratif, à plusieurs reprises, a indiqué que le titulaire du contrat doit toujours continuer l'exécution de ses obligations même si la personne publique

²⁰⁷⁸ Voir dans ce sens, Ch.-E. BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, Dalloz, 2011, n° 518 et s.

²⁰⁷⁹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., 2014, précité, P. 243.

²⁰⁸⁰ Voir, S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, 2^e éd., précité, P. 404.

contractante ne respecte pas les siennes²⁰⁸¹, alors que les fautes du cocontractant autorisent la personne publique à ne pas exécuter ses obligations²⁰⁸². Le Conseil d'Etat aussi jugé dans une affaire que « *le fait, pour la ville d'Amiens, de n'avoir pas correctement exécuté les obligations contractuelles sus rappelées n'était pas de nature à dispenser la société Parco-Amiens d'exécuter ses propres obligations contractuelles...* »²⁰⁸³. Une telle solution est évidemment justifiée par les exigences de l'intérêt général et notamment celles qui concernent la continuité du service public. L'exception à cette solution reste très limitée et elle doit avoir une forte justification, tel est le cas pour l'entrepreneur qui a suspendu l'exécution des travaux en raison de l'insuffisance des plans établis par l'administration²⁰⁸⁴.

972. Pour finir, il est intéressant de signaler que la jurisprudence actuelle a montré une certaine souplesse à l'égard des pouvoirs du cocontractant résultant des clauses contractuelles face à l'inexécution imputable à l'administration contractante. Le Conseil d'Etat a rendu le 8 octobre 2014 un arrêt très significatif à ce sujet²⁰⁸⁵. Selon les termes de la décision il est loisible aux parties des contrats administratifs « *de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles* ». Pour certains auteurs cet arrêt a pour effet d'admettre pour la première fois que le cocontractant puisse opposer l'exception d'inexécution à l'administration²⁰⁸⁶. Toutefois, une telle interprétation est douteuse²⁰⁸⁷ car l'arrêt lui-même a soumis la mise en œuvre de cette autorisation à des conditions très restrictives. D'abord, l'arrêt rappelle, avant de reconnaître une telle faculté, que la règle générale en la matière est que le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif reste tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure, et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat. Ensuite, le Conseil d'Etat restreint l'application de cette autorisation aux contrats administratifs qui n'ont pas

²⁰⁸¹ CE, 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*, Lebon, P. 11 ; CAA Bordeaux, 29 juillet 2010, *Sté Logistique Grand Sud Ouest* ; req. n° 10BX00071 ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 352 ; CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke location*, req. n° 370644.

²⁰⁸² CE, 27 mars 1957, *Carsalade*, Lebon, P. 216.

²⁰⁸³ CE, 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*, Lebon, P. 11

²⁰⁸⁴ CE, 8 novembre 1940, *Commune de Maussane*, Lebon, P. 205.

²⁰⁸⁵ CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, req. n° 370644 ; Juris-Data n° 2014-023183 ; *AJDA*, 2015, P. 396 ; *AJCT*, 2015, P. 38.

²⁰⁸⁶ F. BRENET, « Résiliation du contrat administratif par le cocontractant de l'Administration », *Dr. adm.* n° 2, Février 2015, comm. 12.

²⁰⁸⁷ Voir, F. MELLERAY, « Du pouvoir de résiliation unilatérale d'un contrat administratif par le cocontractant de l'administration », *AJDA*, 2015, P. 396.

pour objet l'exécution même du service public. Enfin, la Haute Juridiction administrative indique que « *le cocontractant ne peut procéder à la résiliation sans avoir mis à même, au préalable, la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public* ». Ainsi, lorsqu'un motif d'intérêt général lui est opposé, le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat, et le manquement de sa part à cette obligation est de nature à entraîner la résiliation du contrat à ses torts exclusifs. Toutefois, l'arrêt reconnaît au cocontractant le droit de contester devant le juge le motif d'intérêt général qui lui est opposé afin d'obtenir la résiliation du contrat.

973. En conclusion, l'intérêt général reste, comme dans toutes les autres étapes de la vie du contrat administratif, l'élément le plus important pour déterminer la manière par laquelle chacune des parties contractantes peut sanctionner l'inexécution imputable à son cocontractant. Ceci constitue une restriction supplémentaire et durable de la volonté commune des parties contractantes et, en conséquence, du rôle que la liberté contractuelle peut jouer dans ce domaine.

Section II

La limitation de la possibilité de recourir aux modes alternatifs de règlement des litiges contractuels

974. Parmi les aspects de l'exercice de la liberté contractuelle en droit privé, il est constaté la possibilité pour les parties contractantes de recourir aux modes alternatifs tels l'arbitrage, la conciliation, la médiation et la transaction, pour régler leurs différends. Ils sont définis comme « *des modes de règlement des litiges juridiques qui ne peuvent être utilisés que si les parties y consentent et qui aboutissent à une solution qui n'est pas imposée par l'une des parties. Il s'agit de modes de règlement consentis et égaux* »²⁰⁸⁸. Pourtant, cette définition n'est pas totalement correcte car, contrairement à la transaction, il est sûr que « *les autres modes de règlement alternatifs des conflits que sont l'arbitrage, la médiation et la conciliation ne dépendent pas de la seule volonté des parties. Ils sont placés sous le contrôle soit d'un ou de plusieurs arbitres librement choisis par les parties, pour l'arbitrage, soit sous la responsabilité d'un conciliateur ou médiateur, qui peut être soit le tribunal lui-même, ou*

²⁰⁸⁸ L. RICHER, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *AJDA*, 1997, P. 4.

un de ses membres, soit une personnalité désignée conformément à des textes législatifs ou réglementaires »²⁰⁸⁹.

975. Ces modes reconnus dans les relations contractuelles du droit privé peuvent avoir également une application dans les contrats administratifs. Dans son rapport annuel de 1993 « *Régler autrement les conflits* »²⁰⁹⁰, la Haute Juridiction administrative a confirmé la faculté d'utiliser des tels mécanismes en identifiant les modes suivants : le recours administratif préalable, la médiation-conciliation, la transaction et l'arbitrage. Toutefois, cette application ne peut avoir le même champ dans ce type de contrats. En effet, leur mise en œuvre doit ici se concilier avec l'intérêt général qui exige une protection sérieuse des deniers publics. C'est la raison pour laquelle le juge administratif reste essentiellement l'organe compétent pour régler les conflits suscités en la matière, et dans les autres hypothèses, il devient le surveillant de la bonne utilisation de ces modes par les parties contractantes. Ce qui constitue en conséquence une limitation de l'exercice de la liberté contractuelle dans ce domaine.

En pratique, l'analyse juridique montre que les modes alternatifs de règlement des litiges ou des différends, qui ont pour but d'éviter ou de diminuer le recours à la voie juridictionnelle, n'ont pas toujours le même caractère juridique. En effet, le recours ou non à ces modes n'est pas toujours abandonné à la volonté des parties contractantes car dans certains contrats ce recours est imposé. Tel est le cas s'agissant du contrat de partenariat pour laquelle la législation impose aux parties contractantes d'inclure dans leur contrat des clauses relatives « *aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française* »²⁰⁹¹.

976. Généralement, on peut constater que certains modes alternatifs prennent la forme amiable, tel est le cas pour la transaction, la conciliation et la médiation ; d'autres ont le caractère juridictionnel ou contentieux, à la limite de l'arbitrage. Nous proposons ainsi d'étudier la réglementation du recours aux modes alternatifs amiables de règlement des différends (Sous-section I) d'une part, avant de s'intéresser d'autre part à l'encadrement strict de l'utilisation des modes alternatifs ayant le caractère juridictionnel (Sous-section II).

²⁰⁸⁹ F. DUCAROUGE, « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *RFDA*, 1996, P. 88.

²⁰⁹⁰ E.D.C.E, « Régler autrement les conflits : Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative », La Documentation française, 1993.

²⁰⁹¹ L'article 11 alinéa L de l'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Sous-section I

Le règlement amiable des différends est encadré juridiquement

977. La prévention des contentieux contractuels par la mise en œuvre d'un des modes alternatifs de règlement des conflits, n'est pas récente : « *Il a toujours existé des tentatives éparses pour résoudre des conflits sans recourir au juge. Ces tentatives ont parfois donné lieu à des textes dont certains sont anciens. Les efforts de modernisation de l'Administration, l'ouverture internationale, la volonté de désencombrer la juridiction administrative ont donné un regain d'intérêt pour ces procédures auxquelles ont été consacrées des études d'ensemble* »²⁰⁹². Toutefois, pour les contrats administratifs, le recours à ces mécanismes n'est pas entièrement abandonné à la volonté des parties du contrat. En effet, bien qu'elle autorise à recourir à de tels modes de règlement, la réglementation en vigueur le conditionne. C'est le cas par exemple de l'article 13 de la Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987, portant réforme du contentieux administratif qui prévoit que : « *Des décrets en Conseil d'Etat déterminent dans quelles conditions les litiges contractuels concernant l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, ainsi que les actions mettant en jeu leur responsabilité extracontractuelle sont soumis, avant toute instance arbitrale ou contentieuse, à une procédure préalable soit de recours administratif, soit de conciliation* »²⁰⁹³. De même, l'article 127 du Code des marchés publics dispose que les pouvoirs adjudicateurs et les titulaires de marchés publics peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics, mais dans des conditions fixées par décret.

En réalité, le recours au règlement amiable des conflits est caractérisé par une divergence au regard du rôle de la liberté contractuelle selon à qui incombe la mission de trancher le conflit concerné. Ainsi, si le rôle de la liberté contractuelle est notable dans la transaction, ce rôle est moins remarquable lorsque la mission de trancher le différend est attribué à un tiers.

²⁰⁹² D. POUYAUD, « CONTENTIEUX DES CONTRATS ADMINISTRATIFS. – Exécution et fin du contrat », *Juri-Classeur administratif*, 1^{er} février 2011, fasc. 1127.

²⁰⁹³ JORF du 1 janvier 1988, P. 7.

A) Le règlement des conflits par les procédés internes aux parties contractantes

978. Le règlement amiable interne des conflits constitue le mécanisme par lequel les parties contractantes peuvent trouver des solutions à leurs conflits sans avoir besoin de l'intervention des tiers. La mise en œuvre de ce mécanisme peut être effectuée de deux façons : soit par le recours administratif préalable, qui porte le caractère obligatoire dans les CCAG des marchés publics ; soit par une transaction conclue entre l'administration contractante d'un côté, et l'autre partie cocontractante de l'autre.

a) Vers une généralisation du caractère obligatoire du recours administratif préalable

979. Le recours administratif préalable du cocontractant des collectivités publiques constitue, dans la doctrine, « *un outil de bonne administration et de prévention de contentieux* »²⁰⁹⁴. Il a une double finalité : il permet d'éviter la saisine d'un juge lorsqu'un règlement amiable du différend est possible et il constitue très souvent un préalable au recours contentieux²⁰⁹⁵. En effet, selon la règle de *la décision préalable*, la juridiction administrative ne peut être saisie que par la voie d'un recours formé contre une décision²⁰⁹⁶. Cette règle trouve actuellement son fondement dans l'article R. 421-1 du Code de justice administrative qui dispose que : « *Sauf en matière de travaux publics, la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée* ». Ce recours est en principe facultatif²⁰⁹⁷, ce qui signifie que la collectivité contractante n'est pas en droit d'opposer à son cocontractant l'absence de recours administratif²⁰⁹⁸.

980. Toutefois, ce caractère facultatif n'a pas pu empêcher, dans le but de l'intérêt général, l'existence de dérogations à ce principe. En effet, l'analyse juridique des textes applicables aux contrats administratifs, notamment ceux qui concernent les CCAG types²⁰⁹⁹,

²⁰⁹⁴ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, LGDJ, 2013, 2^e éd., P. 93.

²⁰⁹⁵ D. TRUCHET, *Recours administratif : Rép. Contentieux administratif*, Dalloz, n° 1.

²⁰⁹⁶ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Paris, 10^e éd., 2002, P. 363.

²⁰⁹⁷ CE, sect., 10 juillet 1964, *Centre médico-pédagogique Beaulieu*, Lebon, P. 399 ; D. 1965, p. 84, concl. J. Rigaud.

²⁰⁹⁸ CE, 23 octobre 1946, *Sté chauffage*, Lebon, P. 474.

²⁰⁹⁹ Voir, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 276.

révèle que certains recours administratifs sont obligatoires²¹⁰⁰, et fréquemment exigés²¹⁰¹. De plus, la pratique juridique montre également une orientation vers la généralisation du recours administratif préalable obligatoire²¹⁰². C'est en particulier le cas en matière contractuelle où les cahiers des charges des marchés publics « *contraignent le cocontractant de l'Administration, avant de saisir le juge, à adresser à la personne responsable du marché un mémoire précisant l'objet et les motifs de leur réclamation* »²¹⁰³. L'article 50 du CCAG des marchés publics des travaux de 2009 prévoit, par exemple, que « *si un différend survient entre le titulaire et le maître d'œuvre, sous la forme de réserves faites à un ordre de service ou sous toute autre forme, ou entre le titulaire et le représentant du pouvoir adjudicateur, le titulaire rédige un mémoire en réclamation* ». Cette obligation se trouve également dans le CCAG applicable aux marchés publics de fournitures courantes et de service de 2009 qui prévoit que les différends doivent être soumis par un mémoire dans un certain délai à la personne responsable du marché à qui un délai est imparti pour répondre²¹⁰⁴.

b) Un rôle plus étendu de la liberté contractuelle dans la transaction

981. Dans la transaction, le rôle que la liberté contractuelle peut jouer est plus notable en raison de la nature contractuelle de cette méthode de règlement des différends²¹⁰⁵. L'article 2044 du Code civil définit la transaction en tant que « *contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ». Cette définition du droit privé est transposable en droit administratif²¹⁰⁶. La faculté de recourir à la transaction a été reconnue depuis longtemps à l'Etat par la jurisprudence administrative qui a confirmé,

²¹⁰⁰ Conseil d'État, Les recours administratifs préalables obligatoires : Doc. fr. 2008 ; J.-B. AUBY, À propos du RAPO : *Dr. adm.* 2009, repère 2.

²¹⁰¹ Voir, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Paris, 10^e éd., 2002, P. 363 et s.

²¹⁰² B. BELDA, « Faut-il généraliser le recours administratif préalable obligatoire », *RDP*, 2008, P. 1487 ; J.-M. AUBY, « Les recours administratifs préalables », *AJDA*, 1997, P. 11.

²¹⁰³ D. POUYAUD, « CONTENTIEUX DES CONTRATS ADMINISTRATIFS. – Exécution et fin du contrat », *Juris-classeur administratif*, 1^{er} février 2011, fasc. 1127.

²¹⁰⁴ Pour des textes similaires, voir l'article 42 du CCAG des marchés industriels, et l'article 37 du CCAG des marchés de prestations intellectuelles, et l'article 47 des marchés publics de techniques de l'information et de la communication.

²¹⁰⁵ Voir, F. DUCAROUGE, « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *RFDA*, 1996, P. 87.

²¹⁰⁶ Voir, D. POUYAUD, « CONTENTIEUX DES CONTRATS ADMINISTRATIFS. – Exécution et fin du contrat », *Juri-Classeur administratif*, 1^{er} février 2011, fasc. 1127 ; G. CHAVRIER, « Réflexions sur la transaction administrative », *RFDA*, 2000, P. 548 ; T. DAL FARRA, « La transaction administrative », *CP-ACCP* mars 2007, P. 34 ; A. LYON-CAEN, « Sur la transaction en droit administrative », *AJDA*, 1997, P. 48 ; F. DUCAROUGE, « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *RFDA*, 1996, P. 87.

maintes fois, qu'aucune disposition n'interdit à l'Etat de transiger²¹⁰⁷. Cette même possibilité est aussi reconnue pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics depuis la loi de décentralisation de 1982²¹⁰⁸. Toutefois, cette faculté de recourir directement à la transaction n'est pas reconnue à toutes les catégories de personnes publiques, car les établissements publics de l'Etat « *ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Premier ministre* »²¹⁰⁹.

L'intérêt de recourir à la transaction a bien été présenté par la circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits²¹¹⁰. En effet, la conclusion d'une transaction doit être envisagée dans tous les cas où elle permet d'éviter un contentieux inutile et coûteux, tant pour l'administration que pour les personnes intéressées dès lors qu'elle « *facilite le règlement rapide des différends* », ce qui permet d'avoir « *une gestion économe des deniers publics, tout en favorisant une indemnisation rapide des parties* ». De plus, la transaction contribue « *à l'efficacité des procédures contentieuses. Elle permet, en effet, de traiter de manière non juridictionnelle les litiges qui donnent lieu à un grand nombre de demandes similaires et de ne renvoyer aux juridictions que les litiges qui soulèvent un problème juridique sérieux ou ceux dans lesquels l'administration considère, après analyse des services juridiques compétents, que les demandes qui lui sont adressées sont infondées* ».

982. Si le rôle de la liberté contractuelle n'est pas négligeable dans la transaction, la mise en œuvre de ce mécanisme n'est pas totalement laissée entre les mains des parties contractantes. En effet, le résultat de la transaction pourrait avoir des conséquences sur les deniers publics, ce qui exige d'entourer sa conclusion de certaines conditions qui ne se trouvent pas nécessairement dans les contrats de droit privé. D'abord, la circulaire susmentionnée précise que la transaction a pour objet non de faire naître de nouveaux droits pour les cocontractants, mais de constater ceux dont ils étaient déjà détenteurs avant la rédaction du contrat et pour cela, le texte indique que l'administration doit procéder à un examen approfondi du dossier. Dans ce cadre, un travail d'analyse semblable à celui qui incomberait au juge, si le différend était porté devant lui, est nécessaire. Doivent être au préalable examinées l'ensemble des considérations de droit et de fait qui commandent l'issue

²¹⁰⁷ CE, 22 juin 1883, *Ministre de la Marine c/ Corbet*, Lebon, 589 ; CE, 17 mars 1893, *Compagnie du Nord, de l'Est et autres*, Lebon, P. 245, concl. Romieu ; CE, 23 décembre 1887, *De Dreux- Brézé, évêque de Moulins*, Lebon, P. 842.

²¹⁰⁸ CE, avis, Section des travaux publics, 21 janvier 1997, n° 359996, E.D.C.E., 1998, P. 184.

²¹⁰⁹ L'article 2045 du Code civil.

²¹¹⁰ JORF n° 0083 du 8 avril 2011, P. 6248.

du différend, afin de pouvoir formuler des propositions de règlement amiable appropriées. Ensuite, l'objectif de la transaction doit être de parvenir au règlement complet d'un litige, par des concessions équilibrées. Ce qui signifie, selon la circulaire de 2011, que « *l'administration doit veiller à ne pas rechercher, à tout prix, un règlement amiable du litige, qui la conduirait à des concessions excessives. Mais elle ne doit pas non plus rechercher, par principe, un arrangement désavantageux pour son partenaire. En effet, l'autorité publique a en charge l'intérêt général. Elle ne saurait chercher à obtenir des avantages injustifiés de la part d'un partenaire mal informé. Si l'autorité publique ne peut consentir à des libéralités, elle a, en revanche, le devoir de s'acquitter loyalement de ses obligations* ». Enfin, la détermination des préjudices indemnifiables et l'évaluation des sommes qui pourront être offertes dans le cadre d'une transaction doivent être faites selon les principes dégagés par la jurisprudence et non selon la volonté des parties contractantes.

983. S'ajoutent d'autres restrictions de forme et de fond à l'exercice de la liberté contractuelle. Ainsi, en ce qui concerne l'objet de la transaction, il doit être licite. Cette obligation est inspirée de l'article 6 du Code civil qui prévoit qu'« *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Si cette règle constitue une obligation générale pour toutes les transactions, son application par les personnes publiques apparaît plus vaste et plus rigide, notamment pour ce qui peut être réputé d'ordre public²¹¹¹. Ainsi, au contraire de ce qui se passe en droit privé, l'objet de la transaction conclue par les personnes publiques ne peut être la renonciation au paiement d'intérêts moratoires exigibles²¹¹² car il est contraire à l'ordre public. La personne publique ne peut aussi, via une transaction, aliéner une parcelle du domaine public²¹¹³, ou procéder à la délimitation du domaine public²¹¹⁴, ni même déterminer ses pouvoirs de police²¹¹⁵. De même, la collectivité publique ne peut pas transiger sur les effets de la chose jugée²¹¹⁶. En outre, la transaction doit prévenir ou terminer une contestation effective. Le Conseil d'Etat a été explicite sur ce point en indiquant qu'il est nécessaire que « *la transaction ait pour objet le règlement ou la prévention de litiges pour le jugement duquel la juridiction administrative*

²¹¹¹ Voir dans ce sens la Circulaire du 6 avril 2011 précitée.

²¹¹² CE, 17 octobre 2003, *Ministre de l'intérieur et syndicat intercommunal d'assainissement du Beausset*, Lebon, P. 411 ; BJC 2004, P. 20, concl. Le Châtelier ; CE, 10 novembre 2004, *Entreprise Paul Milet*, req. n° 256031.

²¹¹³ Cass. Req., 7 novembre 1892, *veuve Dessales c / Veillas et Chamussy*, Dalloz 1893, I, P. 61.

²¹¹⁴ CE, 20 juin 1975, *Leverrier*, Lebon, P. 382.

²¹¹⁵ Cons. de préf., de Lille, 18 mai 1953, *Maire de Nouveaux contre Lagache*, Dalloz 1953, P. 470.

²¹¹⁶ CE, 15 avril 1869, *section de Saint-Lovand*, S.1869.2.95.

serait compétente »²¹¹⁷. Le Conseil d'Etat confirme également qu'il n'y a transaction que si les parties se font des concessions réciproques²¹¹⁸. Dans ce cas, les concessions peuvent être sans rapport avec les prétentions initiales des parties mais elles ne doivent pas être déséquilibrées et doivent être justifiées par l'intérêt général²¹¹⁹.

984. Par ailleurs, le juge administratif exerce un contrôle plus étendu que celui du juge judiciaire sur la transaction²¹²⁰ car « *la personne publique ne doit pas se livrer à une libéralité* ». En effet, malgré le fait que la transaction constitue entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort²¹²¹ et qu'elle est « *exécutoire de plein droit, sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique* »²¹²², ce qui signifie qu'elle n'a pas à être homologuée pour constituer un titre exécutoire, le juge administratif a ouvert une voie de droit prétorienne en admettant la recevabilité d'une demande d'homologation présentée au juge administratif, en dehors de toute instance juridictionnelle. Selon l'avis du Conseil d'Etat du 6 décembre 2002, une demande d'homologation est recevable « *dans l'intérêt général, lorsque la conclusion d'une transaction vise à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité qui ne peuvent donner lieu à régularisation ou lorsque son exécution se heurte à des difficultés particulières. Tel peut notamment être le cas en matière de marchés publics ou de délégation de service public* »²¹²³. L'étendue du contrôle du juge administratif dans ce domaine s'ajoute à sa mission essentielle en tant que surveillant de la protection et de la bonne utilisation des deniers publics car « *la personne publique ne peut pas être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas* »²¹²⁴. Selon le commissaire du gouvernement Le Châtelier, « *toute carence à ce titre pouvant porter atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques. Une transaction qui ne respecterait pas ce principe serait contraire à l'ordre public et à ce titre entachée de*

²¹¹⁷ CE, ass., avis, 6 décembre 2002, *Synd. intercnal éts second cycle du second degré district l'Hay-les-Roses* : Juris-Data n° 2002-064591 ; Lebon, P. 433 ; *AJDA*, 2003, P. 280 ; *RFDA*, 2003, P. 291, concl. Le Châtelier, note B. Pacteau.

²¹¹⁸ CE, 11 septembre 2006, *Cne Théoule-sur-Mer*, req. n° 255273, Lebon, P. 395 ; *AJDA*, 2006, P. 2125, note J.-D. Dreyfus : JCP G 2006, I, 201 chron. B. Plessix, comm. P. Cassia ; *GACA*, P. 1230.

²¹¹⁹ E. GEFFRAY et S.-J. LIEBER, note sous CE, ass., 11 juillet 2008, *Sté Krupp Hazemag*, req. n° 287354, Lebon, P. 273 ; *AJDA*, 2008, P. 1588.

²¹²⁰ Voir, M. SAUVEPLANE, « Le juge administratif et la déclaration de nullité d'une transaction », *RFDA*, 2003, P. 1181.

²¹²¹ L'article 2052 Code civil.

²¹²² CE, ass., avis, 6 décembre 2002, *Synd. intercnal éts second cycle du second degré district l'Hay-les-Roses*, req. n° 249153, Lebon P. 433 ; CE, ass., 11 juillet 2008, *Sté Krupp Hazemag*, req. n° 287354, Lebon, P. 273 ; *AJDA*, 2008, P. 1588.

²¹²³ CE, ass., avis, 6 décembre 2002, *Synd. intercnal éts second cycle du second degré district l'Hay-les-Roses*, req. n° 249153, Lebon, P. 433.

²¹²⁴ CE, section, 19 mars 1971, *Sieurs Mergui*, Lebon, P. 235, conclusions Rougevin-Baville.

nullité »²¹²⁵. A cet égard, il appartient au juge administratif de vérifier 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* »²¹²⁶. Ainsi, « *si une de ces conditions n'est pas remplie, la non-homologation entraîne la nullité de la transaction* ». De même, il a été jugé que le montant de l'indemnité ne doit pas être supérieur au prix du marché s'il avait été régulièrement conclu et exécuté²¹²⁷. En l'espèce, la transaction a été conclue pour régler un litige relatif à l'annulation d'un marché public après déféré préfectoral alors que le marché a été exécuté. En pratique, la mise en œuvre de telles exigences a pour effet de limiter la marge de manœuvre des parties dans leur transaction²¹²⁸.

B) Le règlement des conflits par l'intervention d'un tiers

985. Le règlement amiable des conflits peut être effectué à travers l'intervention d'un tiers choisi par les parties contractantes. En effet, l'administration et son cocontractant peuvent prévoir que les différends doivent être soumis pour avis à la personne ou à l'organisme qu'elles désignent²¹²⁹. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de confirmer cette faculté en indiquant qu'« *aucune disposition législative ou réglementaire ne fait obstacle à l'insertion dans les contrats que passe l'administration d'une clause prévoyant que les difficultés auxquelles donnent lieu ces contrats devront être soumises, préalablement à la saisine du juge compétent, à l'avis d'une personne ou d'un organisme qu'il désigne* »²¹³⁰. En outre, les cahiers de clauses administratives générales dans les marchés publics incitent les parties contractantes à recourir à ces modes de règlement. Il est fréquemment mentionné que « *le pouvoir adjudicateur et le titulaire s'efforceront de régler à l'amiable tout différend éventuel relatif à l'interprétation des stipulations du marché ou à l'exécution des prestations objet du marché* »²¹³¹.

²¹²⁵ Concl. sous CE, ass., avis, 6 décembre 2002, *Synd. intercnal éts second cycle du second degré district l'Hayles-Roses, RFDA*, 2003, P. 291.

²¹²⁶ Voir aussi, CE, sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui*, précité ; CAA Paris, 12 juin 1995, *Sté Levaux*, Lebon, P. 529 ; CE, sect., 17 mars 1978, *SA Entreprise Renaudin*, Lebon, P. 140, concl. J.-M. Galabert.

²¹²⁷ CE, 8 décembre 1995, *Commune de Saint-Tropez*, Req. n° 144029, Lebon P. 432.

²¹²⁸ Voir, D. POUYAUD, « *CONTENTIEUX DES CONTRATS ADMINISTRATIFS. – Exécution et fin du contrat* », *Juri-Classeur administratif*, 1^{er} février 2011, fasc. 1127.

²¹²⁹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 278.

²¹³⁰ CE, 27 juillet 1984, *Société OTH méditerranée*, req. n° 44895 ; *RDP*, 1985, P. 247.

²¹³¹ L'article 50-1 CCAG marchés publics des travaux et l'article 37-1 CCAG marchés publics de fournitures courantes et de services.

La mise en œuvre de ce mécanisme n'est toutefois pas abandonnée entièrement aux parties car l'article 13 de la Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 prévoit que le recours à ces modes de règlement par les personnes publiques contractantes doit être soumis à certaines conditions. Ces conditions ne concernent pas le choix de recourir au mode amiable mais plutôt le tiers à qui incombe cette mission et la modalité de sa saisine. L'article 127 du Code des marchés publics par exemple attribue aux pouvoirs adjudicateurs et aux titulaires de marchés publics la faculté de recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics. Ces comités ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable aux différends relatifs à l'exécution des marchés passés en application du Code des marchés publics. La composition et le mode de fonctionnement de tels comités, ainsi que les conditions des saisines²¹³², sont réglementés par le Décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010²¹³³.

986. La question qui se pose ici est de savoir si les parties cocontractantes sont obligées de suivre la décision rendue par ces comités consultatifs. Malgré leurs caractères consultatifs, il nous semble que l'administration et son cocontractant sont tenus de suivre la décision rendue si le recours à un tel comité a déjà été mentionné dans les clauses contractuelles. Car, dans ce cas, comme l'a souligné le Conseil d'Etat, « *la décision (...) prise par la commission s'impose contractuellement aux parties* »²¹³⁴. En l'espèce, le contrat en cause était une convention d'affermage dans le domaine de l'eau et la composition de cette commission avait été décidée par l'accord des parties contractantes.

987. Par ailleurs, le règlement amiable des différends par l'intervention d'un tiers peut prendre plusieurs formes : la conciliation²¹³⁵ et la médiation²¹³⁶. Le tiers peut être une seule personne dont le choix dépend de l'accord des contractants²¹³⁷. Il peut être, par exemple, le préfet²¹³⁸ ou le ministre²¹³⁹ ; le juge administratif peut également avoir une telle mission. Selon l'article L. 211-4 du Code de justice administrative, « *Dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, les chefs de juridiction peuvent, si les parties en sont*

²¹³² Voir notamment l'article 5 du décret.

²¹³³ Décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics, JORF n° 0287 du 11 décembre 2010, P. 21692.

²¹³⁴ CE, 9 avril 2010, *Société Vivendi*, req. n° 313557 ; BJDCP 2010, P. 254, concl. Boulouis.

²¹³⁵ Voir, F. MUNOZ, « Pour une logique de la conciliation », *AJDA*, 1997, P. 41.

²¹³⁶ Voir, M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation », *AJDA*, 1997, P. 30.

²¹³⁷ Voir, D. POUYAUD, « CONTENTIEUX DES CONTRATS ADMINISTRATIFS. – Exécution et fin du contrat », *Juri-Classeur administratif*, 1er février 2011, fasc. 1127.

²¹³⁸ CE, 21 janvier 1966, *Ville Avignon* : *RDP*, 1966, P. 992 ; CE, 29 janvier 1988, *SA Montenay*, req. n° 78086.

²¹³⁹ CE, 6 octobre 1976, *Koch*, Lebon, P. 396.

d'accord, organiser une mission de conciliation et désigner à cet effet la ou les personnes qui en seront chargées ». Toutefois, la mise en œuvre d'une procédure de conciliation par le juge administratif n'est pas sans limites. En premier lieu, le rôle de conciliateur n'est pas dévolu à toutes les catégories de juge administratif. En effet, on peut déduire de la formulation utilisée dans le texte juridique que la mission de conciliation n'est accordée qu'aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel et non pas au Conseil d'Etat²¹⁴⁰. En deuxième lieu, le Conseil d'Etat a limité le champ d'application de la mission de conciliation. Selon la Haute Juridiction administrative, le juge administratif ne peut exercer de mission de conciliation qu'à l'égard de litiges qui relèvent de sa compétence juridictionnelle²¹⁴¹. En troisième lieu, le juge administratif n'est pas obligé de recourir à la conciliation. La Cour administrative d'appel de Paris a aussi jugé qu'« *Aucune disposition ne fait obligation au TA de tenter de concilier les parties avant de statuer sur une demande contentieuse dont il est saisi* »²¹⁴². En quatrième et dernier lieu, le Conseil d'Etat a indiqué que « *la décision par laquelle un TA refuse d'exercer une mission de conciliation n'est pas susceptible de recours* »²¹⁴³.

988. Enfin, il appartient au juge, dans ce cadre, de vérifier qu'il y a bien eu demande écrite et motivée et non pas de simples allusions au différend²¹⁴⁴. Toutefois, le juge ne peut soulever d'office le moyen de la non-consultation²¹⁴⁵, mais le moyen peut être invoqué pour la première fois en appel²¹⁴⁶. Le juge confirme aussi que les clauses de conciliation obligatoire s'imposent même après la résiliation du contrat²¹⁴⁷.

989. En résumé, si le recours aux modes alternatifs amiables de règlement des litiges est une des manifestations de l'exercice de la liberté contractuelle en droit privé, sa mise en œuvre en droit administratif reste assujettie à plusieurs restrictions ayant pour effet d'encadrer son exercice.

²¹⁴⁰ Voir dans ce sens, CE, 22 mars 1995, *Dadillon*, req. n° 155718, Lebon, P. 138

²¹⁴¹ CE, 22 mars 1995, *Dadillon*, req. n° 155718, Lebon, P. 138.

²¹⁴² CAA Paris, 28 septembre 1995, *Épx Lestienne et Commune de Viroflay*, Lebon T. 980.

²¹⁴³ CE, ass., 23 juin 1989, *Vériter*, req. n° 84799, Lebon, P. 146, concl. Lévis ; *AJDA*, 1989, P. 424.

²¹⁴⁴ CE, 6 juillet 1956, *Ministre Commerce et Industrie* : *RDP*, 1956, P. 1380 ; CE, 18 décembre 1981, *Denis et Queinnec* : *Dr. adm.* 1982, comm. 17.

²¹⁴⁵ CE, 29 janvier 1988, *SA Montenay*, req. n° 78086 ; *RDP*, 1988, P. 1455.

²¹⁴⁶ CE, 29 janvier 1988, *SA Montenay*, précité ; CE, 11 octobre 1989, *Sté Protection murs et pignons et a.*, req. n° 50744 ; *Juris-Data* n° 1989-046077.

²¹⁴⁷ CE, 21 janvier 1966, *Ville Avignon* : *RDP*, 1966, P. 992.

Sous-section II

Le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits ayant caractère juridictionnel est très limité

990. A l'inverse du recours aux modes alternatifs amiables de règlement des différends, le recours aux modes alternatifs contentieux n'est pas, en principe, autorisé. L'interdiction de l'utilisation de tels modes, pour les contrats conclus par les personnes publiques, est justifiée par la nécessité d'assurer une bonne protection des deniers publics ainsi que par la « *volonté de l'Etat d'exclure toute concurrence aux juridictions instituées par lui pour juger les personnes publiques* »²¹⁴⁸. Cependant, la réglementation en vigueur permet une application souple et exceptionnelle, justifiée par l'intérêt général, à cette interdiction. Ainsi, dans les contrats administratifs, s'il est reconnu l'existence d'une souplesse en faveur des parties contractantes à l'égard du choix du juge territorialement compétent, le recours par ces parties à l'arbitrage est beaucoup moins souple. En conséquence, la souplesse reconnue dans ce domaine ne permet pas de constater un exercice efficace de la liberté contractuelle.

A) La possibilité des parties contractantes de choisir le juge administratif territorialement compétent est encadrée juridiquement

991. En règle générale, le juge territorialement compétent est celui dans le ressort duquel siège l'autorité qui se trouvera en position de défendeur²¹⁴⁹. Selon l'article R. 312-1 du Code de justice administrative, le tribunal administratif territorialement compétent est, en principe, « *celui dans le ressort duquel a légalement son siège l'autorité qui, soit en vertu de son pouvoir propre, soit par délégation, a pris la décision attaquée ou a signé le contrat litigieux* ». La compétence territoriale du juge administratif doit être strictement respectée car en dehors des exceptions prévues, « *la compétence territoriale ne peut faire l'objet de dérogations, même par voie d'élection de domicile ou d'accords entre les parties* »²¹⁵⁰. Auparavant, la compétence territoriale était réputée d'ordre public²¹⁵¹ mais, après l'entrée en vigueur du Décret n° 2000-389 du 4 avril 2000, ce caractère a été écarté. En conséquence,

²¹⁴⁸ S. BRACONNIER, « Arbitrage et contrats publics d'affaires : Vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité », in. *Mélange Guibal*, CREAM 2006, t.2, P. 320.

²¹⁴⁹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, précité, P. 322.

²¹⁵⁰ L'article R. 312-2 CJA.

²¹⁵¹ Voir la disposition de l'article R. 47 du Code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel qui prévoyait que : « la compétence territoriale des tribunaux administratifs est d'ordre public ; les règles de compétence lient les tribunaux administratifs qui doivent opposer, même d'office, leur incompétence ».

pour que la contestation de la compétence territoriale des tribunaux administratifs soit valide, il faut l'invoquer en première instance²¹⁵².

992. Pour des raisons pratiques, le Code de justice administratif a reconnu certaines exceptions à la compétence territoriale des tribunaux administratifs parmi lesquelles se trouvent certains engagements contractuels. En effet, le Code de justice administrative indique à deux reprises la possibilité de déroger à la règle de la compétence territoriale au profit des parties contractantes. L'article R. 312-2 prévoit clairement que : « *Sauf en matière de marchés, contrats ou concessions, la compétence territoriale ne peut faire l'objet de dérogations, même par voie d'élection de domicile ou d'accords entre les parties* ». Cette exception est confirmée par l'article R. 312-11 du même Code. Toutefois, cette dérogation n'est pas totalement abandonnée à la volonté des parties contractantes, car elle doit être exercée dans le respect de certains critères²¹⁵³. En premier lieu, l'article R. 312-11 a consacré une règle générale selon laquelle « *les litiges relatifs aux marchés, contrats, quasi-contrats ou concessions relèvent de la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel ces marchés, contrats, quasi-contrats ou concessions sont exécutés* ». Mais, si leur exécution s'étend au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif, comme cela est le cas par exemple dans les concessions d'autoroutes, ou si le lieu de cette exécution n'est pas désigné dans le contrat, « *le tribunal administratif compétent est celui dans le ressort duquel l'autorité publique contractante ou la première des autorités publiques dénommées dans le contrat a signé le contrat* ». De cette formulation on peut déduire que « *tous les contrats ne sont pas concernés* »²¹⁵⁴, notamment en ce qui concerne les contrats liant les agents publics à leurs administrations²¹⁵⁵. En second lieu, l'article R. 312-11 a encadré le recours à un autre tribunal administratif incompétent territorialement en prévoyant que « *si l'intérêt public ne s'y oppose pas, les parties peuvent, soit dans le contrat primitif, soit dans un avenant antérieur à la naissance du litige, convenir que leurs différends seront soumis à un tribunal administratif autre que celui qui serait compétent en vertu des dispositions de l'alinéa précédent* ». Cela signifie que les parties doivent respecter deux exigences : la première est que l'utilisation de cette faculté n'aille pas à l'encontre de l'intérêt public, c'est-à-dire qu'elle ne contredise pas

²¹⁵² CE, 20 mai 2011, *Commune du Lavandou et Biver*, req. n° 328338 et 328642.

²¹⁵³ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, précité, P. 328.

²¹⁵⁴ V. HAÏM, « Le choix du juge dans le contentieux des contrats administratifs », *AJDA*, 1992, P. 316.

²¹⁵⁵ Voir, CE, 9 février 1968, *Canaut*, Lebon, P. 105.

l'« *intérêt d'une bonne administration de la justice* »²¹⁵⁶ ; la seconde est que le choix du tribunal alternatif soit antérieur à la naissance du litige. Dans ce domaine le juge administratif est tenu d'exercer un contrôle strict²¹⁵⁷ sur le choix afin d'assurer que l'intérêt public ne s'y oppose pas²¹⁵⁸ et que l'option de juridiction est bien antérieure à la naissance du litige²¹⁵⁹. Il lui incombe à ce titre, également, de vérifier que l'objet du litige est un contrat juridiquement existant²¹⁶⁰.

993. Enfin, le Code de justice administrative ajoute une autre restriction à l'égard du choix du juge territorialement compétent. Cette restriction concerne les contrats conclus et exécutés hors des territoires soumis à la juridiction des tribunaux administratifs²¹⁶¹. Avant l'entrée en vigueur du Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives, le Conseil d'Etat était compétent en premier et dernier ressort en la matière²¹⁶². Toutefois, en application de l'article R. 312-19 du Code de justice administratif, cette compétence est désormais attribuée uniquement au tribunal administratif de Paris. En conséquence, tout rôle de la volonté des parties contractantes est ici exclu.

B) Le recours à l'arbitrage est en principe prohibé

994. A la différence des autres modes de règlement des litiges, l'arbitrage constitue un mode juridictionnel²¹⁶³. Il est défini comme « *la procédure par laquelle les parties à un litige conviennent de soumettre la solution de leur différend à un ou plusieurs arbitres dont elles s'engagent par avance à exécuter la sentence* »²¹⁶⁴. La possibilité de recourir à l'arbitrage constitue pour certains défenseurs de la liberté contractuelle des personnes publiques, une des composantes essentielles de ladite liberté²¹⁶⁵. Pour d'autres, la reconnaissance d'une telle

²¹⁵⁶ Concl. Odent sous CE, 25 novembre 1949, *Sté technique des appareils centrifuges industriels*, S. 1950, 3, 33.

²¹⁵⁷ Voir, V. HAÏM, « Le choix du juge dans le contentieux des contrats administratifs », *AJDA*, 1992, P. 316.

²¹⁵⁸ Voir CE, 28 avril 1976, *Schmitt*, req. n° 94780.

²¹⁵⁹ Voir, CE, Sect., 21 mai 1957, *Roger*, req. n° 33132, Lebon, P. 223 ; *AJDA*, 1957, P. 206, concl. Grévisse ; CE, 31 mai 1985, *Labrunie*, req. n° 32537 ; *RDP*, 1985, P. 1726.

²¹⁶⁰ CE, Sect., 20 juin 1958, *SNCF*, Lebon, P. 367 ; CE, 3 juillet 1968, *Lavigne et Le Mée* : *AJDA*, 1969, P. 253, concl. Braibant.

²¹⁶¹ Voir, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 298.

²¹⁶² Voir, CE, 3 juillet 1968, *Lavigne et Le Mée* : *AJDA*, 1969, P. 253, concl. Braibant.

²¹⁶³ Voir, F. DUCAROUGE, « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », précité, P. 88 ; voir aussi, CE, CE, 4 janvier 1957, *Lambrot*, Lebon, P. 12 ; *AJDA*, 1957, P. 108 et CE, 8 février 1961, *Watel-Dehaynin*, Lebon, P. 83.

²¹⁶⁴ Ch. DEBBASCH et J.-Cl. RICCI, *Contentieux administratif*, Dalloz 1999, 7^e éd., P. 257.

²¹⁶⁵ Voir, M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, précité, P. 476.

faculté dans les contrats des personnes publiques, qui se concilie bien avec la notion de liberté contractuelle, va « *vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité* »²¹⁶⁶. Toutefois, une telle vision ne nous semble pas correcte car, si la possibilité de recourir à l'arbitrage semble être en harmonie avec l'idée de la liberté contractuelle, la logique selon laquelle une telle faculté a été reconnue est loin de cette idée. En effet, la possibilité de recourir ou non à l'arbitrage est influencée par d'autres principes dominants en la matière. Ces derniers ont pour but de protéger les deniers publics et d'assurer la souveraineté étatique.

a) La justification de la prohibition

995. Il est reconnu qu'« *en droit public, l'arbitrage est en principe interdit* »²¹⁶⁷. Actuellement, cette interdiction est consacrée dans la disposition de l'article 2060 du Code civil qui prévoit qu'« *On ne peut compromettre ... sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.* ». Quant au Conseil d'Etat, il considère que le principe interdisant aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage est à ranger parmi les « *principes généraux du droit public* »²¹⁶⁸.

Sans entrer dans un débat doctrinal²¹⁶⁹, ce qui nous concerne ici est de savoir pourquoi le recours à l'arbitrage est en principe interdit. La justification d'une telle interdiction a dans deux fondements essentiels : le premier a un caractère économique ; le second est lié à l'idée de souveraineté.

996. S'agissant de l'aspect économique, le recours à l'arbitrage pourrait se heurter au bon emploi des deniers publics qui constitue une exigence de valeur constitutionnelle²¹⁷⁰, mais aussi avec le principe général selon lequel « *la personne publique ne peut pas être*

²¹⁶⁶ S. BRACONNIER, « Arbitrage et contrats publics d'affaires : Vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité », précité, P. 319.

²¹⁶⁷ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 286.

²¹⁶⁸ CE, avis du 6 mars 1986, EDCE 1987, n° 38, P. 178.

²¹⁶⁹ Pour plus de détails voir, J.-M. AUBY, « L'arbitrage en matière administrative », *AJDA*, 1955, P. 81 ; S. BRACONNIER, « Arbitrage et contrats publics d'affaires : Vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité », précité, P. 319 ; Ch. JARROSSON, « L'arbitrage en droit public », *AJDA*, 1997, P. 17 ; G. VEDEL, « Le problème de l'arbitrage entre gouvernement ou personnes de droit public et personnes de droit privé », *Revue de l'arbitrage*, 1961, P. 117 ; J. RIVERO, « Personnes de droit public et arbitrages », *Revue de l'arbitrage*, 1973, P. 263 ; J. ANTOINE, « L'arbitrage en droit administratif », *LPA* 6 août 2003, n° 156, P. 4 ; J.-L. DELVOLLE, « Une véritable révolution...inaboutie (remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative) », *Revue de l'arbitrage* 2007, P. 373 ; S. LEMAIRE, C. JARROSSON, L. RICHER, « Pour un projet viable de réforme de l'arbitrage en droit administratif », *AJDA*, 2008, P. 31.

²¹⁷⁰ C.C. Déc. n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat, Rec. P. 341.

condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas »²¹⁷¹. De plus, une des raisons qui justifient l'interdiction aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage se trouve dans les « *faiblesses de la justice arbitrale* »²¹⁷² car, dans l'arbitrage, les parties définissent elles-mêmes « *les règles selon lesquelles le litige doit être tranché* »²¹⁷³. En d'autres termes, l'arbitrage ne saurait avoir une place parmi les contrats des personnes publiques en raison « *des conséquences aléatoires de l'arbitrage* »²¹⁷⁴. De même, le commissaire du gouvernement Gazier, dans ses conclusions sous l'arrêt *Société nationale de vente des surplus* de 1957, indique que le principe de prohibition de l'arbitrage est notamment justifié par le souci d'éviter que les collectivités publiques « *négligent dans la défense des intérêts publics qu'elles ont en charge les garanties que seule cette justice comporte* »²¹⁷⁵.

997. La seconde justification est attachée à l'idée de souveraineté ainsi qu'aux « *caractéristiques de la justice administrative* »²¹⁷⁶. Dans son arrêt du 13 décembre 1957, le Conseil d'Etat a indiqué que le principe de prohibition est fondé principalement sur « *la volonté du Prince de ne pas abandonner à d'autres juges que les siens le droit de le juger* »²¹⁷⁷. En d'autres termes, « *le compromis ne saurait trouver place parmi les contrats de l'Etat car il est de principe que l'Etat ne peut pas soumettre ses procès à des arbitres, ... (pour) des considérations d'ordre public qui veulent que l'Etat ne soit jugé que par les juridictions qui ont instituées par la loi (...). Plus encore que la juridiction judiciaire, la juridiction administrative est d'ordre public pour l'Etat* »²¹⁷⁸. Ainsi, la raison principale de la prohibition du recours à l'arbitrage est que la convention de l'arbitrage touche à la compétence juridictionnelle, alors que la répartition des compétences entre ordres de juridiction est uniquement du domaine de la loi²¹⁷⁹. Dans le même sens vient l'avis du Conseil d'Etat, *Eurodisney*, du 6 mars 1986 qui indique que : « *les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions*

²¹⁷¹ CE, Sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui*, Lebon, P. 235, conclusions Rougevin-Baville.

²¹⁷² Ch. JARROSSON, « L'arbitrage en droit public », précité, P. 17.

²¹⁷³ F. DUCAROUGE, « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », précité, P. 88.

²¹⁷⁴ Ed. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, Paris, 1896, t.2, P. 145.

²¹⁷⁵ Concl. F. Gazier sous CE, 13 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, D. 1958, P. 517.

²¹⁷⁶ Ch. JARROSSON, « L'arbitrage en droit public », précité, P. 18.

²¹⁷⁷ CE, ass., 13 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, Lebon, P. 678 ; *AJDA*, 1958, P. 91 ; *RPDA*, 1958, P. 80, note Borella ; voir dans le même sens aussi ; CE, Sect., 3 mars 1989, *Société des Autoroutes de la région Rhône-Alpes*, Lebon, P. 69, concl. Guillaume ; *AJDA*, 1989, P. 391, note Dufau ; *Revue de l'Arbitrage* 1992, P. 279, obs. Gaudemet.

²¹⁷⁸ Ed. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, Paris, 1896, t.2, P. 146.

²¹⁷⁹ CE, 30 juillet 1949, *Syndicat intercommunal d'électrification de Plombières-les-Dijon*, Lebon, P. 402.

nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne »²¹⁸⁰. La prohibition de recourir à l'arbitrage trouve aussi un autre motif dans la volonté « *d'éviter que les collectivités publiques ne manifestent une fâcheuse désaffection vis-à-vis de la justice d'Etat* »²¹⁸¹.

998. Pour finir, et d'une manière plus générale, on partage le point de vue du professeur Jarrosson à propos de la véritable justification du principe de la prohibition de l'arbitrage en droit public qui reposerait sur la volonté « *de réserver le contentieux public aux juridictions de l'Etat et d'exclure toute compétence concurrente, c'est-à-dire de préserver le pouvoir de connaître ces questions au juge étatique* »²¹⁸². En conséquence, le recours par une personne publique à l'arbitrage, en dehors des exceptions prévues, est entaché d'une nullité d'ordre public²¹⁸³, tant pour le compromis²¹⁸⁴ que pour les clauses compromissoires²¹⁸⁵. La juridiction administrative normalement compétente doit statuer sans tenir compte de l'arbitrage indûment rendu, qui ne doit donc pas être exécuté²¹⁸⁶.

b) Le recours exceptionnel à l'arbitrage est encadré juridiquement

999. La prohibition de recourir à l'arbitrage n'est pas absolue car, en droit administratif français, le recours à l'arbitrage peut être autorisé pour des raisons pratiques si un texte juridique de rang législatif prévoit une telle faculté. Dans sa décision du 2 décembre 2004, le Conseil constitutionnel a confirmé que « *le principe de l'interdiction du recours à l'arbitrage par les personnes publiques* » a valeur législative et non constitutionnelle²¹⁸⁷. L'analyse juridique de l'autorisation de recourir à l'arbitrage montre que cette autorisation repose sur deux ordres de considérations loin de la volonté des parties contractantes. Selon le professeur Richer, il s'agit de « *désencombrer la juridiction administrative* » et de « *rapprocher la gestion administrative et la gestion commerciale* »²¹⁸⁸. La place attribuée à

²¹⁸⁰ CE, avis du 6 mars 1986, EDCE 1987, n° 38, P. 178.

²¹⁸¹ Concl. F. Gazier sous CE, 13 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, D. 1958, P. 517.

²¹⁸² Ch. JARROSSON, « L'arbitrage en droit public », précité, P. 19.

²¹⁸³ Voir, J.-C. BONICHOT et al., *Les grandes arrêts du contentieux administratif*, Dalloz 2007, P. 1155.

²¹⁸⁴ CE, 19 mai 1893, *Ville d'Aix-les-Bains*, Lebon P. 442.

²¹⁸⁵ CE, 17 juillet 1946, *Ministre des Travaux publics*, Lebon P. 473.

²¹⁸⁶ CE, 28 avril 1948, *OPHLM de Seine-et-Oise*, Lebon P. 180.

²¹⁸⁷ C.C., Déc. n° 2004-506 DC du 02 décembre 2004, Loi de simplification du droit, Rec. P. 211. Considération n° 32.

²¹⁸⁸ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 288.

l'arbitrage par les textes rendus dans cette matière est très limitée, même si certains auteurs pensent que la tendance est plutôt à son extension²¹⁸⁹.

1000. En pratique, le recours autorisé à l'arbitrage trouve son domaine d'application dans les contrats nationaux et internationaux. Concernant les contrats nationaux, par exemple, l'article 128 du Code des marchés publics, issu de l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, prévoit que « *l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du code de procédure civile* ». La portée de cette disposition est très limitée puisque ne sont concernés d'une part que les marchés de travaux et de fournitures et d'autre part, uniquement les litiges relatifs à la liquidation des dépenses. De cette formulation on peut aussi déduire que cette dérogation ne s'applique pas aux établissements publics nationaux. Ce qui signifie que certaines catégories de personnes publiques sont exclues de la possibilité de bénéficier de cette dérogation. Toutefois, l'article 2060 du Code civil apporte une souplesse à l'égard des établissements publics à caractère industriel et commercial car pour eux, le recours à l'arbitrage est autorisé mais seulement par l'intervention d'un décret. L'article L. 311-6 du Code de justice administrative fait une liste des cas dans lesquels le recours à l'arbitrage est autorisé²¹⁹⁰. La justification d'une telle autorisation dans de telles situations se trouve dans l'importance de mettre fin rapidement au conflit potentiel en raison de la nature des activités en cause qui exigent, pour des raisons pratiques et économiques, une solution juridictionnelle rapide. En tous cas, il nous semble que le juge administratif a retenu une interprétation restrictive à l'égard de l'application de cet article²¹⁹¹ : les Cours

²¹⁸⁹ Voir notamment, S. BRACONNIER, « Arbitrage et contrats publics d'affaires : Vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité », in. *Mélange Guibal*, CREAM 2006, t.2, P. 319 ; M. Audit, « Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative », *Revue de l'arbitrage* 2004, P. 541.

²¹⁹⁰ L'article L. 311-6 du CJA prévoit que « Par dérogation aux dispositions du présent code déterminant la compétence des juridictions de premier ressort, il est possible de recourir à l'arbitrage dans les cas prévus par :

1° L'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, repris à l'article 132 du nouveau code des marchés publics ;

2° L'article 7 de la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 portant dispositions diverses relatives à la réforme de la procédure civile ;

3° L'article L. 321-4 du code de la recherche ;

4° Les articles L. 2102-6, L. 2111-14 et L. 2141-5 du code des transports.

5° L'article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales ;

6° L'article 28 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications ;

7° L'article 24 de la loi n° 95-877 du 3 août 1995 portant transposition de la directive 93/7 du 15 mars 1993 du Conseil des Communautés européennes relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre.

²¹⁹¹ Voir, D. POUYAUD, « CONTENTIEUX DES CONTRATS ADMINISTRATIFS. – Exécution et fin du contrat », précité.

administratives d'appel de Lyon et de Marseille avaient considéré que l'arbitrage n'était possible que dans les cas expressément visés par cet article²¹⁹². S'ajoutent aux cas énumérés dans l'article précité les dispositions de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat qui autorisent aussi un tel recours. Toutefois, le recours à l'arbitrage à l'égard de ce type de contrats n'est pas sans limite car l'article 90 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics²¹⁹³, exige pour les marchés de partenariat de l'Etat l'intervention d'un décret, pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie, pour pouvoir procéder à ce mode alternatif de règlement des litiges.

1001. Concernant les contrats internationaux, il est notable que l'application de l'interdiction de recourir à l'arbitrage par les personnes publiques est moins rigide. Dans ce cadre deux textes législatifs peuvent nous intéresser. Le premier est l'article L. 321-4 du Code de la recherche qui prévoit que « *Les établissements publics à caractère scientifique et technologique peuvent être autorisés à (...) recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats de recherche passés avec des organismes étrangers après approbation du conseil d'administration* ». Le second est l'article 9 de la Loi n° 86-972 du 19 août 1986 qui prévoit que « *Par dérogation à l'article 2060 du code civil, l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats* ». La portée de cette disposition reste cependant limitée car « *ne sont visés que les contrats conclus conjointement par les collectivités mentionnées, à condition qu'ils aient pour objet une opération d'intérêt national* »²¹⁹⁴. En conséquence, l'autonomie contractuelle des collectivités territoriales va être gravement réduite en raison de sa dépendance de la volonté étatique. Enfin, il faut citer que certaines conventions internationales comportent aussi la possibilité pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage, comme c'est le cas pour la convention de *Genève* du 21 avril 1961 et celle de *Washington* du 18 mars 1965.

1002. Pour résumer, on peut déduire que si le recours à l'arbitrage a été reconnu d'une manière exceptionnelle, c'est parce que les domaines dans lesquels il est autorisé exigent une

²¹⁹² CAA Lyon, 27 décembre 2007, *SA Lagarde et Meregnani*, req. n° 03LY01017 : Juris-Data n° 2007-356210 ; BJCP 2008, P. 128, concl. D. Besle ; *AJDA*, 2008, P. 698, note C. Vinet ; CAA Marseille, 6 novembre 2008, *Sté Cameline* : BJCP 2009, P. 89

²¹⁹³ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n° 0169 du 24 juillet 2015, P. 12602, texte n° 38. Il convient de signaler que cette Ordonnance entrera en vigueur le 1^{er} avril 2016.

²¹⁹⁴ Voir, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 290.

souplesse à l'égard du règlement définitif des litiges qui pourraient se produire au cours de l'exécution des engagements contractuels. Ainsi, une telle reconnaissance n'a pas effectivement pour objet d'assurer un rôle plus étendu à la liberté contractuelle, mais elle a plutôt pour but de protéger l'intérêt général de manière optimale et loin d'une rigidité inutile.

CONCLUSION

1003. Conclure sur le sujet de la liberté contractuelle en droit administratif français n'est pas chose aisée. Cela dépend, essentiellement, de la façon de poser la problématique. Ainsi, si la question est de savoir si les personnes publiques disposent, à l'instar des particuliers, d'une liberté contractuelle, la réponse, dans le meilleur des cas, est qu'il s'agit d'une liberté à caractère particulier²¹⁹⁵. En effet, en pratique, cette liberté est très restreinte, ses manifestations sont marginales, ce qui empêche véritablement de parler de « *liberté heureuse* »²¹⁹⁶. Mais si la question est de savoir si le droit administratif français, à partir de ses particularités, de son originalité ainsi que de ses règles normatives, permet de reconnaître une telle liberté en faveur des personnes publiques, alors la réponse est négative. L'intérêt général, les prérogatives de la puissance publique, la compétence, la souveraineté, l'efficacité de la commande publique, la bonne utilisation des deniers publics et les principes fondamentaux de la commande publique, etc., constituent des obstacles fondamentaux non seulement à la reconnaissance de la liberté contractuelle aux personnes publiques mais également à son exercice effectif par ces dernières. Ainsi, certains auteurs ont pu conclure au sujet de la liberté contractuelle des personnes publiques qu'« *en théorie elle existe mais, dans la pratique, personne ne l'a jamais vraiment rencontrée* »²¹⁹⁷.

1004. Effectivement, en droit administratif, le problème de la liberté contractuelle des personnes publiques est celui de son exercice car si l'idée de la liberté contractuelle est fondée sur la règle selon laquelle « *tout ce qui n'est pas interdit est permis* », pour les personnes publiques, on l'a déjà montré, la règle est plutôt que « *tout ce qui n'est pas autorisé est interdit* ».

1005. A ce stade final de notre étude, il convient de signaler que la problématique de la liberté contractuelle en droit administratif français est d'un usage plus politique que juridique. En effet, il est clair qu'une partie des parlementaires français cherche à satisfaire un double objectif via la reconnaissance de la liberté contractuelle en faveur des personnes publiques. D'un côté, la reconnaissance de la liberté contractuelle en faveur des collectivités territoriales élargit le domaine dans lequel ces dernières peuvent s'administrer librement, ce

²¹⁹⁵ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., précité, P. 5.

²¹⁹⁶ Voir, C. BRECHON-MOULENES, « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA*, 1998, P. 650.

²¹⁹⁷ Ph. DELELIS, « Contrat de partenariat et exploitation du service public », *AJDA*, 2010, P. 2246.

qui donne aux collectivités locales la possibilité de se détacher davantage de la tutelle de l'Etat ; d'un autre côté, cette reconnaissance participe à l'unification des règles applicables aux contrats administratifs et privés. En d'autres termes, la reconnaissance de la liberté contractuelle participe à une généralisation des règles applicables aux contrats de droit privé, inspirés par des principes relevant du libéralisme économique, aux contrats de droit administratif. Mais la question qui se pose ici est de savoir si la volonté politique, seule, est capable d'atteindre ces objectifs.

1006. Il nous semble que des tels objectifs rencontrent des difficultés en raison, notamment, de la « culture » ancrée de l'intérêt général en France. En effet, la notion de liberté contractuelle est par nature privatiste, subjective, et sa reconnaissance a pour but de servir des intérêts particuliers. En revanche, les activités menées par les personnes publiques ont pour finalité la réalisation de l'intérêt général qui, ancré dans l'histoire juridique française depuis plus de deux siècles, est de nature objective : il exprime « *la volonté générale* »²¹⁹⁸ qui dépasse chaque individu. Ainsi, l'exercice de la liberté contractuelle par les personnes publiques est par nature contradictoire avec leur finalité car la liberté contractuelle est censée servir la personne qui en dispose tandis que l'intérêt général n'est pas censé servir la personne publique mais l'ensemble de la société. Nous avons déjà constaté qu'au bénéfice de l'intérêt général il est toujours loisible d'apporter à la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des atteintes empêchant son exercice. En conséquence, la seule volonté politique n'est pas suffisante pour assurer une reconnaissance « utile » de la liberté contractuelle en faveur des personnes publiques.

1007. Cependant, si en l'état actuel du droit cette reconnaissance « utile » de la liberté contractuelle en faveur des personnes publiques n'est pas assurée, la question se pose de savoir si elle est possible à l'avenir ? En effet, une telle hypothèse est toujours envisageable mais elle exige avant tout une révision fondamentale de la « culture » juridique française de l'intérêt général. A notre avis, l'acception actuelle de l'intérêt général rend une telle hypothèse irréalisable.

1008. En réalité, afin d'aboutir à une reconnaissance « utile » de la liberté contractuelle en faveur des personnes publiques, il faudrait que l'intérêt général ait une acception similaire à celui que lui octroie le droit anglo-saxon. A la différence du concept

²¹⁹⁸ Rousseau, *Du contrat social*, précité.

français, l'intérêt général y est considéré comme l'ensemble des intérêts particuliers²¹⁹⁹. Selon cette approche, l'intérêt général n'est recherché qu'inconsciemment, et toujours par le biais de la recherche des intérêts particuliers. Une telle conception de l'intérêt général permettrait aux personnes publiques de jouir d'un certain niveau de liberté contractuelle.

1009. La différence fondamentale du concept de l'intérêt général dans ces deux régimes juridiques et la différence dans leurs modes de fonctionnement donne lieu, à notre avis, à une étude intéressante de droit comparé entre la notion de liberté contractuelle en droit public français et en droit anglo-saxon. Une telle étude permettrait, en principe, de mieux identifier la nature de la relation contractuelle entre la personne publique et son contractant d'une part, et le domaine dans lequel la liberté contractuelle peut être exercée par la personne publique d'autre part.

²¹⁹⁹ Voir, Adam SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Londres, 1776.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES ET THESES

- BENABENT (A.)**, *Droit des obligations*, 13^e éd., Montchrestien, 2012.
- BLUMANN (C.)**, *La Renonciation en droit administratif français*, LGDJ, 1974.
- BONICHOT (J.-C.)**, **CASSIA (P.)**, **POUJADE (B.)**, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 2007.
- BRACONNIER (S.)**, *Précis du droit des marchés publics*, 2^e éd., Le Moniteur, 2007.
- BROYELLE (C.)**, *Contentieux administratif*, LGDJ, 2^e éd., 2013.
- BUCHER (Ch.-E.)**, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, Dalloz, 2011.
- CARBONNIER (J.)**, *Droit civil*, t. 4 : *Les obligations*, PUF, 1996.
- CARRE de MALBERG (R.)**, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, Paris, 1920. réédite, CNRS, Paris, 1962, t.1.
- CHAPUS (R.)**, *Droit administratif général*, 6^e éd., Montchrestien, 1992.
- CHAPUS (R.)**, *Droit administratif général*, t.1, 13^e éd., Montchrestien, 1999.
- CHAPUS (R.)**, *Droit administratif général*, t.1, 14^e éd., Montchrestien, 2000.
- CHAPUS (R.)**, *Droit administratif général*, t.1, 15^e édition. Montchrestien, 2001.
- CHAPUS (R.)**, *Droit du contentieux administratif*, 10^e éd., Montchrestien, 2002.
- CHAPUS (R.)**, *Droit du contentieux administratif*, 12^e éd., Montchrestien, 2006.
- CHARDIN (N.)**, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, LGDJ, 1988.
- CHEVALLIER (J.)**, *Le service public*, PUF, 1971.
- CHICOT (P.-Y.)**, *La compétence internationale des collectivités territoriales françaises*, L'Harmattan, 2005.
- COLLART-DUTILLEUL (F.)**, **DELEBECQUE (Ph.)**, *Contrats civils et commerciaux*, 6^e éd., Dalloz, 2002.
- DAMAREY (S.)**, *Le juge administratif, juge financier*, Thèse, Dalloz, 2001.
- DAUDIN (H.)**, *La liberté de la volonté : signification des doctrines classiques*, PUF, 1950.
- DEBBASCH (Ch.)**, **RICCI (J.-Cl.)**, *Contentieux administratif*, 7^e éd., Dalloz, 1999.

- De LAUBADERE (A.),** *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t.1, LGDJ, 1956.
- De LAUBADERE (A.),** *Traité de droit administratif*, LGDJ, 1967.
- De LAUBADERE (A.), MODERNE (F.), DELVOLVE (P.),** *Traité des contrats administratifs*, LGDJ 1983, t.1, 1984, t.2.
- DELVOLVE (P.),** *Droit public de l'économie*, Dalloz, coll. Précis, 1998.
- DOUENCE (J.-Cl.),** *L'action économique locale : Décentralisation ou recentralisation ?*, Economica, 1988.
- DREYFUS (J.-D.),** *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan, Paris, 1997.
- DUFAU (V.),** *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif : L'administration sous la contrainte*, L'Harmattan, 2000.
- DUGUIT (L.),** *Etudes de droit public*, t.1, A. Fontemoing, Paris, 1901.
- DUGUIT (L.),** *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, réédité par Dalloz, 2003.
- DUGUIT (L.),** *Les transformations du droit public*, A. Colin, Paris 1913, réédité par La mémoire du droit, Paris 1999.
- DUGUIT (L.),** *Traité de droit constitutionnel*, t.1, éd. E. de Brocard, Paris, 3^e éd., 1927.
- DUGUIT (L.),** *Traité de droit constitutionnel*, t.2, Fontemoing, 1928.
- DUGUIT (L.),** *Traité de droit constitutionnel*, t.3, éd. E. de Brocard, Paris, 3^e éd., 1930.
- FABRE-MAGNAN (M.),** *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2008.
- FAURE (B.),** *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, LGDJ, 1998.
- FAVOREU (L.), PHILIP (L.),** *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13^e, éd., 2005.
- FAVOREU (L.), PHILIP (L.),** *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 14^e éd., 2007.
- FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.),** *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 9^e éd., 2006.
- FLOGAÏTIS (S.),** *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, LGDJ, 1979.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.),** *Les Obligations*, t. 1 : *L'acte juridique*, 7^e éd., Armand Colin, 1996.
- FRANGI (M.),** *Constitution et droit privé : les droits individuels et économiques*, PUAM, Economica, Coll. 1992.

- FRIER (P.-L.), PETIT (J.),** *Précis de droit administratif*, 6^e éd., Montchrestien 2010.
- GAHDOUN (P.Y.),** *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008.
- GAUDEMET (E.), GAUDEMET (J.), DESBOIS (H.),** *Théorie générale des obligations*, Sirey, Paris, 1965.
- GAUDEMET (Y.), STIRN (B.), DAL FARRA (Th.), ROLLIN (F.),** *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 1997.
- GHESTIN (J.),** *La formation du contrat*, LGDJ, 1993, P. 28.
- GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.),** *Traité de Droit civil – Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994.
- GOUNOT (E.),** *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris, Rousseau, 1912.
- GROLEAU (Ch.),** *Mesure de la liberté des collectivités publiques quant Au choix du mode de conclusion du contrat et quant au choix du cocontractant*, Thèse Rennes, dactyl., 1959.
- GUETTIER (Ch.),** *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., PUF, 2008.
- GUETTIER (Ch.),** *Droit des contrats administratifs*, 3^e éd. PUF, 2011.
- GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.),** *Droit du service public*, Montchrestien, 3^e éd. 2011, P. 444.
- HAURIOU (M.),** *Les Principes de droit public*, Sirey, Paris, 2^e éd., 1916.
- HAURIOU (M.),** *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd. 1933, réédité par Dalloz, 2002.
- HENNETTE-VAUCHEZ (S.), ROMAN (D.),** *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 2^e éd., Dalloz, 2015.
- HOEPFFNER (H.),** *La modification du contrat administratif*, Thèse, LGDJ, 2009.
- HOUTEER (C.),** *Recherches sur les bases constitutionnelles de la décentralisation territoriale*, Thèse, Toulouse, 1987, t.1.
- JEZE (G.),** *Les contrats administratifs*, Paris, Giard, t.1, 1927.
- JEZE (G.),** *Les principes généraux du droit administratif*, Dalloz, 2005, t.1.
- JOYAU (M.),** *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises, Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, LGDJ, 1998.
- KANT (E.),** *Les fondements de la métaphysique des mœurs*, (trad. BARNI), éd. Lagrange, Paris, 1848.
- LACHAUME (J.-F.),** *Grands services publics*, Masson, 1989.

LACHAUME (J.-F.), BOITEAU, (C.), PAULIAT (H.), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3^e édition, 2004.

LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t.2, Berger-Levrault, Paris, 1896.

LAGUERRE (A.), *Concurrence dans les marchés publics*, Berger Levrault, L'Administration nouvelle, 1989.

LARROUMET (Ch.), *Droit civil*, T.III, *Les obligations*, 3^e éd., Economica, Paris, 1996.

LINOTTE (D.), MESTRE (A.), ROMI (R.), *Services publics et droit public économique*, Litec, 1992.

LINOTTE (D.), ROMI (R.), *Services publics et droit public économique*, 4^e éd., Litec, 2001.

LLORENS (F.), *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, LGDJ, 1981.

MAHOUACHI (M.), *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Thèse, PUAM, 2002.

MARTY (P.), RAYNAUD (P.), *Droit civil, Les obligations*, t.1, Les sources, éd. Sirey, Paris, 2^e éd., 1988.

MASPETIOL (R.), LAROQUE (P.), *La tutelle administrative*, Sirey, Paris, 1930.

MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2004.

MESCHERIAKOFF (A.-S.), *Droit public économique*, PUF, 1994.

MICHOUD (L.), *Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1924, 2^e vol.

MICLO (F.), *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Economica, Coll. Droit public positif, 1982.

MODERNE (F.), *La sous-traitance des marchés publics*, Dalloz, 1995.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Editeur Chatelain, Amsterdam, 1749, 4 vols.

MULLER-QUOY (I.), *Le juge administratif et l'autonomie des collectivités locales*, Thèse, Toulouse, 1994.

PEQUIGNOT (G.), *La théorie générale du contrat administratif*, Thèse, Pédone, Paris, 1945.

PISIER-KOUCHNER (E.), *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, LGDJ, 1972.

PHILIP (L.), *Finances publiques*, 4^e éd., Cujas, Paris, 1992.

- Poirot-Mazères (I.),** *La représentation en droit administratif français*, Thèse, Toulouse, 1989.
- PONCE (C.),** *Le Consensualisme dans les contrats administratifs*, Thèse, Strasbourg, 1956.
- PONTIER (J.-M.),** *L'Etat et les collectivités locales, la répartition des compétences*, LGDJ, 1978.
- POUYAUD (D.),** *La nullité des contrats administratifs*, Thèse, LGDJ, 1991.
- PY (P.),** *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, LGDJ, *Bibl. Dr. Pub.*, 1976, t. 124.
- RANOUIL (V.),** *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980.
- RICHER (L.),** *Droit des contrats administratifs*, 4^e éd., LGDJ, 2004.
- RICHER (L.),** *Droit des contrats administratifs*, 5^e éd., LGDJ, 2006.
- RICHER (L.),** *Droit des contrats administratifs*, 8^e éd., LGDJ, 2012.
- RICHER (L.),** *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., LGDJ, 2014.
- RIEG (A.),** *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, 1961.
- RIPERT (H.),** *Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles*, V. Giard & E. Brière, 1905.
- RIVERO (J.),** *Les mesures d'ordre intérieur administratives, Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Thèse, Sirey, Paris, 1934.
- ROBERT (J.),** *Droit de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 1993.
- ROUAULT (M.-Ch.),** *Droit administratif*, Gualino éditeur, 2005.
- ROUAULT (M.-Ch.),** *L'essentiel du droit administratif général*, Gualino, 7^e éd., 2009.
- ROUSSEAU (D.),** *Droit du contentieux constitutionnel*, 7^e éd., Montchrestien, 2006.
- ROUSSEAU (J.-J.),** *DU CONTRAT SOCIAL ; OU PRINCIPES DU DROIT POLITIQUE*, Editeur Marc-Michel Rey, Amsterdam, 1762.
- SCHWARTZENBERG (R.-G.),** *L'autorité de la chose décidée*, LGDJ, 1969.
- Sfez (L.),** *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, 1966.
- SMITH (A.),** *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Londres, 1776.
- VEDEL (G.),** *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Sirey, Paris, 1934.
- VEDEL (G.), DELVOLVE (P.),** *Droit administratif*, éd. Thémis, Paris, 1982.
- VENEZIA (J.-C.),** *Le pouvoir discrétionnaire*, Thèse, LGDJ, 1958.
- WALINE (M.),** *L'individualisme et le droit*, 2^e éd. Domat-Montchrestien, Paris, 1949.

II- ARTICLES D'OUVRAGES COLLECTIFS ET MELANGES

A. COLSON (A.), « Contrat et négociation », in. *Mélange Guibal*, t.1, CREAM 2006, P. 13.

BRACONNIER (S.), « Arbitrage et contrats publics d'affaires : Vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité », in. *Mélange Guibal*, t.2, CREAM 2006, P. 319.

CHABANOL (D.), « Le choix du contractant : pouvoir discrétionnaire ou lié ? », in, *Mél. Guibal*, t.1, CREAM, 2006, P. 84.

De LAUBADERE (A.), « Le doyen Maurice Hauriou et Léon Duguit », in *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, Pédone, Paris, 1969, P. 214 et s.

FORT (F.-X.), « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », in *Mélange Guibal*, t.1, CREAM 2006, P. 30.

HAURIOU (A.), « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », in. *Mélange Carré de Malberg*, Sirey, Paris 1933, P. 233.

HERAUD (G.), « La conception du pouvoir constituant dans l'œuvre de Carré de Malberg », in. *Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Dalloz, Paris, 1966, P. 85 et s.

LOUIS-LUCAS (P.), « La liberté contractuelle en droit international privé français », in *Mélanges en l'honneur de J. DABIN*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1963, P. 749.

MATHIEU (B.), « La sécurité juridique, un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Mélanges Patrice Gélard, Droit constitutionnel*, Montchrestien, LGDJ, 1999, P. 304.

MATHIEU (B.), « L'utilisation de principes législatifs du Code civil comme norme de référence dans le cadre du contrôle de constitutionnalité », in *Code civil et constitution(s)*, Journée d'études du 25 mars 2004, à l'Assemblée nationale, sous la dir. De M. VERPEAUX, PUAM, Aix-en-Provence, Economica, Paris, 2005, P. 36.

MOLFESSIS (N.), « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, t.1, Lille, 1996, Journées nationales association H. CAPITANT, éd. LGDJ. 1997, P. 65.

MOREAU (L.), « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in. *Mélange Guibal*, CREAM, t.2, 2006, P. 171.

NICINSKI (S.), « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », in. *Mélange en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, t.1, CREAM, 2006, P. 47.

PEYRICAL (J.-M.), « Les avenants source d'unification du droit des contrats publics », in. *Mél. Guibal*, t.1, CREAM 2006, P. 825.

RIBOT (C.), « La commande publique éco-responsable », in. *Mélange Guibal*, t.2, CREAM 2006, P. 285.

RIVERO (J.), « Le juge administratif gardien de la légalité administrative, ou gardien administratif de la légalité ? », in. *Mélanges Waline*, LGDJ, 1974, P. 701.

ROLIN (F.), « L'habilitation à contracter », in. *Mélange en l'honneur du professeur Michel Guibal*, t.1, CREAM 2006, P. 192.

ROUCHETTE (G.), « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in. *Études offertes à René RODIÈRE*, éd. Dalloz, 1981, P. 248.

TERNEYRE (Ph.), « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ? », in. *Mélange en l'honneur Gustave Peiser*, PUG, 1995, P. 473.

TESOKA (L.), « Les conventions entre collectivités territoriales », in *Mélange Guibal*, t.2, CREAM, 2006, P. 103.

VEDEL (G.), « Remarques sur la notion de clause exorbitante », in. *Mélanges Mestre*, 1956, P. 559.

VENEZIA (J.-C.), « Réflexions sur le rôle de la volonté en droit administratif », in. *Études offertes à Pierre Kayser*, t.2, PUAM, 1979, P. 383.

WALINE (J.), « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in. *Études offertes à Jacques Ghestin, le Contrat au début du XXI siècle*, LGDJ, 2001, P. 976.

III- ARTICLES DE REVUES

ABATUCCI (S.), « Sous-traitance dans les marchés publics. Nature et étendue du paiement direct », *Dr. adm.* 1999, chron. n° 20.

ALLAIRE (F.), « Dépasser le droit des marchés publics », *AJDA*, 2009, P. 1697.

AMSELEK (P.), « Sur le particularisme de la légalité budgétaire », *Rev. Sce. Fin.*, 1970, P. 653.

ANTOINE (J.), « L'arbitrage en droit administratif », *LPA* 6 août 2003, n° 156, P. 4.

AUBY (J.-B.), « Le mouvement de « pénalisation » de l'action publique », *D.A.*, 1998, P. 1.

- AUBY (J.-F.)**, « La délégation de service : Premier bilan et perspectives », *RDP*, 1996, P. 1107.
- AUBY (J.-M.)**, « L'arbitrage en matière administrative », *AJDA*, 1955, P. 81.
- AUBY (J.-M.)**, « Les recours administratifs préalables », *AJDA*, 1997, P. 11.
- AUDIT (M.)**, « Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative », *Revue de l'arbitrage*, 2004, P. 541.
- BACHELIER (G.)**, « Le référé-liberté », *RFDA*, 2002, P. 261.
- BARELLA (X.)**, « La coopération décentralisée à la recherche d'une sécurité juridique renforcée », *AJDA*, 2008, P. 1585.
- BELDA (B.)**, « Faut-il généraliser le recours administratif préalable obligatoire », *RDP*, 2008, P. 1487.
- BENOIT (F.-P.)**, « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *JCP* 1963, I, 1775.
- BONNOTTE (Ch.)**, « Les conventions de service public et le temps », *RFDA*, 2005, P. 89.
- BOUBLI (B.)**, « Réflexions sur les obligations des parties dans la sous-traitance des marchés de travaux immobiliers », *RD. imm.*, 1988, P. 391.
- BRACONNIER (S.)**, « Les limites de l'opération de qualification des contrats administratifs, L'exemple des polices d'abonnement conclues par les collectivités locales avec les gestionnaires de services publics industriels et commerciaux », *AJDA*, 2006, P. 2100.
- BRACONNIER (S.)**, « L'indemnisation des préjudices nés de la rupture anticipée d'un contrat public d'affaire pour motif d'intérêt général », *AJDA*, 2009, P. 2035.
- BRECHON-MOULENES (Ch.)**, « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA*, 1998, P. 646.
- BRECHON-MOULENES (Ch.)**, « Choix des procédures, choix dans les procédures », *AJDA*, 1998, P. 758.
- BRENET (F.)**, « Résiliation du contrat administratif par le cocontractant de l'Administration », *Dr. adm.* n° 2, Février 2015, comm. 12.
- BROUSSOLLE (Y.)**, « Le paradoxe du principe de la liberté contractuelle », *JCP G*, 1995, n° 13, II 22404, P. 121.
- BRUERE (J.-C.)**, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RDP*, 1996, P. 1715.
- CATILLON (G.)**, « Précisions sur la nature des normes techniques et leur utilisation dans les marchés publics. A propos du décret du 16 juin 2009 relatif à la normalisation », *Contrats et marchés publ.* 2009, n° 11, étude n° 11.

- CHAPUISAT (J.)**, « Autonomie territoriale et régionalisation politique », *AJDA*, 1983. P. 62.
- CHAPUISAT (J.)**, « La répartition des compétences », *AJDA*, 1983, P. 81.
- CHARVERON (S.)**, « Les conditions de passation d'un avenant », *MTPB*, 27 juin 1997, n° 4883, P. 69.
- CHAVRIER (G.)**, « Réflexions sur la transaction administrative », *RFDA*, 2000, P. 548.
- DAL FARRA (Th.)**, « Un aspect du risque pénal dans la passation de la commande publique », *Gaz. Pal.* 1999. 1. Doctr. P. 759.
- DAL FARRA (Th.)**, « La transaction administrative », *CP-ACCP* mars 2007, P. 34.
- DELACOUR (E.)**, « L'interdiction de déléguer le pouvoir de police administrative », *La gazette des communes, des départements, des régions*, 27 septembre 1999, n° 36, P. 38.
- DELACOUR (E.)**, « Les fondements et les orientations de la réforme de la commande publique : Du marché public à l'achat public », *Contrats et marchés publi.* n° 5, mai 2005, étude n° 6.
- DELACOUR (E.)**, « Les évolutions des fondements du droit des contrats des collectivités territoriales depuis la décentralisation de 1982 ». *Contrats et marchés publ.* n° 5, mai 2007, étude n° 5.
- De LAUBADERE (A.)**, « Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », *RDP*, 1954, P. 36.
- De LAUBADERE (A.)**, « Interventionnisme économique et contrat », *RFAP*, 1979, n° 11, P. 791.
- DELELIS (Ph.)**, « Contrat de partenariat et exploitation du service public », *AJDA*, 2010, P. 2246.
- DELVOLVE (J.-L.)**, « Une véritable révolution...inaboutie (remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative) », *Revue de l'arbitrage*, 2007, P. 373.
- DELVOLVE (P.)**, « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA*, 1996, P. 685.
- DELVOLVE (P.)**, « Marchés publics : des « contrat-maison » », *Rev. Dr. UE*, 2002, P. 55.
- De SAINT MARC (R.-D.)**, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, P. 971.
- DEVES (Cl.)**, « Les droits d'entrée », *AJDA*, 1996, P. 632.
- DIDRICHE (O.)**, « Les multiples acceptions de la notion de « régie » dans les collectivités territoriales », *AJCT*, 2014, P. 184.
- DIEU (F.)**, « L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuels », *AJDA*, 2007, P. 782.

DOUENCE (J.-Cl.), TERNEYRE (Ph.), « Marchés publics et délégations de service public : nouvelles modifications législatives », *RFDA*, 1995, P. 977.

DRAGO (G.), « Service public national et services publics constitutionnels », *JCP A*, 2007, P. 26.

DRAGO (R.), « Droits fondamentaux et personnes publiques », *AJDA*, 1998, numéro spécial, P. 130.

DREYFUS (J.-D.), « Marchés de moins de 4000 euros : le cadeau empoisonné fait aux acheteurs publics », *AJDA* 2005, P. 30.

DREYFUS (J.-D.), « Code des marchés et PME : le choix de la discrimination positive », *AJDA*, 2006, P. 1769.

DREYFUS (J.-D.), « Les contrôles sur les contrats des collectivités territoriales », *Contrats et marchés publ.*, mai 2007, étude n° 8.

DREYFUS (J.-D.), « Les conditions de validité des conventions de mandat conclues en matière de recettes et de dépenses publiques des collectivités territoriales », *AJDA*, 2008, P. 788.

DUCAROUGE (F.), « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *RFDA*, 1996, P. 87.

DUFFY (A.), « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », *RDP*, 2006, P. 1574.

DUPUY (P.-M.), « La coopération régionale transfrontalière et le droit international », *AFDI*, 1977, P. 844.

ECKERT (G.), « La garantie à première demande dans les marchés publics », *Contrats et marchés publ.* n° 10, octobre 2001, étude n° 9.

ECKERT (G.), « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats et Marchés publ.* Octobre 2010, étude n° 9.

FATÔME (E.), « Le nouveau cadre légal », *AJDA*, 1996, P. 578.

FANTÔME (E.), « Les avenants », *AJDA*, 1998, P. 760.

FAVOREU (L.), « Le Droit constitutionnel jurisprudentiel », *RDP*, 1989, P. 462.

FAVOREU (L.), « Service public et Constitution », *AJDA*, 1997, n° spécial, P. 17.

FAVOREU (L.), « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.* 2001, chron. P. 1739.

FONGUE (C.), VERET (D.), « La signature électronique va-t-elle révolutionner le formalisme des marchés publics », *Gaz. Pal.* 2001, P. 9.

GARTNER (F.), « L'extension de la répression pénale aux personnes publiques », *RFDA*, 1994, P. 134.

GAZAGNES (Ph.), « Les conséquences des recours contentieux sur la pérennité des contrats des collectivités locales », *Gaz. Pal.*, 10 juin 1999, P. 753.

GHESTIN (J.), « La notion de contrat », *D.*, 1990, chron. P. 148.

GLIOZZO (T.), « L'utilisation des critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offres », *AJDA*, 2002, P. 1471.

GOHON (J.-P.), « Le délit de favoritisme », *AJDA*, 1994, P. 109.

GRUBER (A.), « La coopération locale à l'heure de l'Union européenne : les nouvelles formes de regroupements des collectivités décentralisées », *LPA*, 2 février 1994, n° 14, P. 6.

GUETTIER (Ch.), « Protection du concessionnaire de service public contre la concurrence », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 51, 20 Décembre 2007, P. 2592.

GUILLAUME-HOFNUNG (M.), « La médiation », *AJDA*, 1997, P. 30.

HAÏM (V.), « Le choix du juge dans le contentieux des contrats administratifs », *AJDA*, 1992, P. 316.

HASTINGS-MARCHADIER (A.), « Les contrats de droit privé des personnes publiques et la liberté contractuelle », *AJDA*, 1998, P. 683.

HAURIOU (M.), « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *Revue générale du droit*, 1898. 18. 22.

HAURIOU (M.), de **BEZIN (G.)**, « La déclaration de volonté dans le droit administratif français », *RTDC*, 1903, P 546.

HAURIOU (M.), « La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat », *RTDC*, 1923, P. 342.

HECQUARD-THERON (M.), « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », *AJDA*, 1993, P. 452.

HELIN (J.-Cl.), « Le département et le droit de l'interventionnisme économique », *RFDA*, 1985, P. 719.

HOEPFFNER (H.), « Le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégation de service public – à propos de l'avis du Conseil d'Etat du 19 avril 2005 », *Contrats et marchés publics*, n° 12, décembre 2006, étude n° 19.

HUET (J.), « La détermination des clauses abusives dans les contrats de service public », *LPA*, 6 février 1998, n° 7, P. 7.

- HUILLIER (J.-L.)**, « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ? », *D.* 1953, chron. 87.
- JACQUINOT (N.)**, « La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ? », *AJDA*, 2003, P. 658.
- JARROSSON (Ch.)**, « L'arbitrage en droit public », *AJDA*, 1997, P. 17.
- JOSSAUD (A.)**, « Marchés publics, Dialoguer n'est pas négocier », *AJDA*, 2005, P. 1718.
- KARPENSCHIF (M.)**, **SALAMAND (W.)**, « CCAG Travaux : une réforme entre progrès et régression », *Contrats et marchés publi.* 2010, n° 3, étude n° 3.
- KELSEN (H.)**, *La théorie juridique de la convention*, *APD*, 1940. P. 32.
- LAFORE (R.)**, « L'action à l'étranger des collectivités territoriales », *RDP*, 1988, P. 770.
- LAROQUE (M.)**, « La contractualisation comme technique de tutelle : l'exemple du secteur social », *AJDA*, 2003, P. 976.
- LEFEVRE (M.)**, « Stationnement : les limites de la concession », *MTPB*, 17 juin 1994, n° 4725, P. 65.
- LEMAIRE (S.)**, **JARROSSON (C.)**, **RICHER (L.)**, « Pour un projet viable de réforme de l'arbitrage en droit administratif », *AJDA*, 2008, P. 31.
- LEVENEUR (L.)**, « La liberté contractuelle en droit privé », *AJDA*, 1998, P. 676.
- LIMOZIN-LAMOTHE (Ph.)**, « Les avenants : observations complémentaires », *AJDA*, 1998, P. 767.
- LINDITCH (F.)**, « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », *AJDA*, 1996, P. 103.
- LINDITCH (F.)**, « De la durée des marchés publics en général, et leur tacite reconduction en particulier, dans le nouveau Code des marchés publics », *Contrats et Marchés publ.*, n° 4, avril 2002, chron. n° 5.
- LLORENS (F.)**, « Le pouvoir de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs », *RFDA*, 1984, P. 49.
- LLORENS (F.)**, « Le recours des personnes publiques à la vente d'immeubles en l'état futur d'achèvement », *CJEG*, 1991, P. 253.
- LLORENS (F.)**, « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », *Contrats et marchés publ.* n° 5, mai 2007, étude n° 6.
- LLORENS (F.)**, « Des nouvelles du pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *Contrats et marchés publ.*, n° 11, novembre 2014, repère 10.
- LOMBARD (M.)**, « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D.* 1994, chron., P. 163.

LOUVARIS (A.), « Les contrats des collectivités territoriales et le droit de la concurrence », *Contrats et marchés publics*, mai 2007, étude n° 9, P. 39.

LYON-CAEN (A.), « Sur la transaction en droit administrative », *AJDA*, 1997, P. 48.

MACAGNO (F.), « Le Grenelle II et la nature administrative des contrats d'achat d'électricité », *Contrats et marchés publics* n°1, janvier 2011, étude n° 1.

MARCOU (G.), « Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales », *AJDA*, 2003, P. 984.

MARCOU (G.), « La procédure de normalisation et l'innovation », *RFDA*, 2011, P. 135.

MATHIEU (B.), « Les validations législatives devant le juge constitutionnel », *RFDA*, 1995, P. 784.

MAUGÛE (Ch.), « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, P. 694.

MAUGÛE (Ch.), « Les réalités du cadre contractuel dans l'action administrative », *AJDA*, 1999, n° spécial, P. 36.

MAUGÛE (Ch.), **DERUY (L.)**, « Les concessions de marchés publics et de délégations de service public », *BJSCP*, 1999, P. 494.

MAYAUD (Y.), « Délibération collégiale et responsabilité personnelle du maire à propos d'une prime discriminatoire de naissance », *RSC*, 2003, P. 556.

MELLA (E.), « Les compétences des organes des collectivités territoriales en matière contractuelle », *Contrats et Marchés publ.* mai 2007, étude n° 7, P. 27.

MELLERAY (F.), « Du pouvoir de résiliation unilatérale d'un contrat administratif par le cocontractant de l'administration », *AJDA*, 2015, P. 396.

MENEMENIS (A.), **RICHER (L.)**, « Dialogue et négociation dans la procédure de dialogue compétitif », *CP-ACCP*, juin 2005, n° 45, P. 33.

MESCHERIAKOFF (A.-S.), « Délit de favoritisme », *LPA*, 15 février 1995, n° 20, P. 6.

MESTRE (J.), « L'économie du contrat », *RTD civ.*, 1996, n° 4, P. 903.

MILLER (G.), **LEYAT (A.)**, « Les chambres régionales et territoriales des comptes et le contrôle des délégations de service public », *AJDA*, 2007, P. 1696.

MODERNE (F.), « Incertitudes sur la sous-traitance dans le projet de réforme du Code des marchés publics », *Gaz. Pal.*, 1997, III, P. 1437.

MODERNE (F.), « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », *RFDA*, 2006, P. 2.

MODERNE (F.), « Sécurité juridique et sécurité financière », *RFDA*, 2006, P. 492.

MOLFESSIS (N.), « Le Conseil constitutionnel redécouvre le droit civil », *RTD civ.* 1998, n° 3, P. 796.

MOREAU (D.), « Les risques de requalification des subventions aux associations en marchés ou en délégations de service publics », *AJDA*, 2002, P. 902.

MOREAU (J.), « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police et contrat », *AJDA*, 1965, P. 3.

MOREAU (J.), « Les matières contractuelles », *AJDA*, 1998, P. 748.

MOREAU (J.), « De la compétence des juridictions pénales pour apprécier la légalité des actes administratifs. Bilan de dix années de jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation », *JCP A* 2005, P. 1200.

MUNOZ (F.), « Pour une logique de la conciliation », *AJDA*, 1997, P. 41.

NEMERY (J.-Cl.), « Le nouveau régime juridique des interventions économiques des collectivités locales », *AJDA*, 1983, P. 65.

OGIER-BERNAUD (V.), « La liberté contractuelle et le principe de faveur face au juge constitutionnel », *D.*, 2004, somm. comm., P. 1280.

OLIVIER (F.), « La place de la négociation dans le code des marchés publics », *Contrats et marchés publ.*, novembre 2004, P. 32.

PANCRAZI (G.), « Les difficultés d'application du délit d'avantage injustifié dans les marchés et les conventions de délégation de service public », *Gaz. Pal.* 1995. 1. Doctr. P. 279.

PAYNOT-ROUVILLOIS (A.), « Personnalité morale et volonté », *D.* 1999, n° 28, P. 22.

PEYRICAL (J.-M.), « Transfert de biens entre collectivités publiques », *AJDA*, 2002, P. 1158.

PEYRICAL (J.-M.), « L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions », *AJDA*, 2009, P. 972.

PICARD (E.), « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, P. 653.

PIGNON (S.), « La réforme de la commande publique », *AJDA*, 2002, P. 33.

PIGNON (S.), « Le dialogue compétitif : une opportunité pour les acteurs de la commande publique », *AJDA*, 2004, P. 1521.

PONTIER (J.-M.), « Semper Manet. Sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, P. 1446.

PONTIER (J.-M.), « Contractualisation et planification », *RDP*, 1993, P. 655.

PONTIER (J.-M.), « La personnalité publique, notion anisotrope », *RFDA*, 2007, P. 980.

PORTIER (N.), « Un nouveau mode de relations entre l'Etat et ses partenaires : l'exemple de l'aménagement du territoire », *AJDA*, 2003, P 987.

POULET-GIBOT LECLERC (N.), « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, P. 553.

POUYAUD (D.), « Concurrence, transparence et libre administration », A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 sur la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *RFDA*, 1993, P. 906.

PRÉTOT (X.), « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit du travail : l'articulation de la loi et de la négociation collective », *Droit social*, 2003, n° 3, P. 260.

RAPP (L.), « *Chronique d'une mort annoncée* », *MTPB*, 27 février 1998, n° 4918, P. 21.

RICHER (L.), « Le marché public : problèmes actuels de définition », *CJEG*, 1986, P. 37.

RICHER (L.), « Délégation de service public », *AJDA*, 1995, P. 297.

RICHER (L.), « La fin de la convention de délégation », *AJDA*, 1996, P. 653.

RICHER (L.), « Présence du contrat », *AJDA* 1999, n° spécial, P. 34.

RICHER (L.), « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA*, 2003, P. 975.

RICHER (L.), « Le code du silence, à propos du Code des marchés publics de 2004 », *RDP*, 2004, P. 1572.

RIVERO (J.), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, 1953, P. 279.

RIVERO (J.), « Personnes de droit public et arbitrages », *Revue de l'arbitrage*, 1973, P. 263.

ROLIN (F.), « La liberté contractuelle des personnes publiques », *Revue des Contrats*, 2004, P 426.

ROUSSEAU (D.), « Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire », *RFDA*, 1995. P. 876.

ROUSSEL (C.), « L'incidence du non-respect des normes techniques dans les marchés publics », *AJDA*, 2003, P. 1696.

ROUX (A.), « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », *RFDA*, 1992, P.435.

RUELLAN (A.), « Le délit de favoritisme est-il applicable aux marchés des entités soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ? », *AJDA*, 2008, P. 1139.

SAUNIER (S.), « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », *RFDA*, 2007, P. 611.

SAUVEPLANE (M.), « Le juge administratif et la déclaration de nullité d'une transaction », *RFDA*, 2003, P. 1181.

SAVOYE (J.), « De la répression du délit de favoritisme et autres infractions en matière de marchés publics », *D.* 1999. chron. 169.

SCHOETTL (J.-E.), « La loi (Fillon I) devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 2003, n° 14, P. 11.

STRIN (B.), « La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? », *AJDA*, 1998, P. 673.

SUR-LE-LIBOUX (M.-Th), « Les prix et les services », *AJDA*, 1996, P. 642.

SYMCHOWICZ (N.), « La notion de délégation de service public », *AJDA*, 1998, P. 195.

SYMCHOWICZ (N.), « Les renoncements de la personne publique à l'application du contrat », *AJDA* 1998, n° spécial, P. 770.

SYMCHOWICZ (N.), « Contrats administratifs et mise en concurrence : la question des cessions », *AJDA*, 2000, P. 104.

TERNEYRE (Ph.), « L'apport au droit des marchés publics de la loi anticorruption », *RFDA*, 1993, P. 952.

TERNEYRE (Ph.), « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, numéro spécial, P. 44.

TERNEYRE (Ph.), « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, P. 667.

TERNEYRE (Ph.), « Le financement des marchés publics de travaux », *RD imm.*, 1998, P. 529.

TERNEYRE (Ph.), « Les conventions de délégation globale de stationnement », *BJCP*, 1999, n° 5, P. 405.

TERNEYRE (Ph.), « Secteur public et concurrence : la convergence des principes », *AJDA*, 2007, P. 1909.

TERRE-FORNACCIARI (D.), « L'autonomie de la volonté », *Rev. Sc. morale et politique*, 1995, P. 256.

TEYSSIÉ (B.), « Loi et contrat collectif de travail : variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cah. Cons. Const.*, n° 17, 2004, P. 103.

TIBERGHIEU (F.), « Le Conseil d'Etat et le droit communautaire des contrats », *Gazette du Palais*, janvier-février, 2009, P. 302.

TRUCHET (D.), « Les personnes publiques disposent-elles en droit français, de la liberté d'entreprendre ? », *Dalloz affaires*, n° 24, 1996, P. 731.

VASSEUR (M.), « Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », *RTDC*, 1964, P. 31.

VEDEL (G.), « Le problème de l'arbitrage entre gouvernement ou personnes de droit public et personnes de droit privé », *Revue de l'arbitrage*, 1961, P. 117.

VERPEAUX (M.), « La liberté », *AJDA*, 1998, n° spécial, P. 144.

VINCENT (Cl.), « L'avenir de la concession après le vote de la loi Sapin », *LPA.*, 23 avril 1993, n° 49, P. 6.

WALINE (J.), « Les contrats entre personnes publiques », *RFDA*, 2006, P. 230.

YANNAKOPULOS (C.), « L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif », *RDP*, 2008, P. 448.

IV- JURISPRUDENCE CITEE

Conseil constitutionnel :

- C.C., Déc. n° 61-3 F.N.R., 8 septembre 1961, Prix agricoles, Rec., P. 48 ; *AJDA*, 1961, P. 543, note A. de Laubadère.

- C.C., Déc. n° 61-4 F.N.R., 18 octobre 1961, Amendement « prix d'agricole », Rec., P. 50 ; *AJDA*, 1961, P. 626, note A. de Laubadère.

- C.C., Déc. n° 62-21 L., 4 décembre 1962, Loi sur les loyers, Rec., P. 34.

- C.C., Déc. n° 66-39 L., 8 juillet 1966, Action des travailleurs sans emploi, Rec., P. 28.

- C.C., Déc. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association, Rec. P. 29.

- C.C., Déc. n° 73-80 L., 28 novembre 1973, Baux ruraux, Rec., P. 45 ; *AJDA*, 1974, P. 229, note J. Rivero.

- C.C., Déc. n° 76-92 L., 6 octobre 1976, *RDP*, 1977, P. 64, note L. Favoreu et L. Philip.

- C.C., Déc. n° 79-105 DC, 25 juillet 1979, Droit de grève à la radio et à la télévision, Rec., P. 33 ; *AJDA*, 1980, P. 91, note A. Legrand.

- C.C., Déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, Rec., P. 18.

- C.C., Déc. n° 82-149 DC du 28 décembre 1982, Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale, considérant n° 11-12-13, Rec. P. 76.

- C.C., Déc. n° 83-160 DC du 19 juillet 1983, Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, Rec. P. 43.
- C.C., Déc. n° 84-137 L., 4 juin 1984, Les rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel, Rec., P. 34.
- C.C., Déc. n° 84-172 DC, 26 juillet 1984, Contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage, Rec., P. 58.
- C.C., Déc. n° 84-184 DC du 29 décembre 1984, Loi de finances pour 1985, Rec. P. 94.
- C.C., Déc. n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales, Rec. P. 36.
- C.C., Déc. n° 85-189 DC du 17 juillet 1985, Loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement, Rec. P. 49.
- C.C., Déc. n° 86-207 DC du 26 juin 1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, Rec. P. 61.
- C.C., Déc. n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, La liberté de communication, Rec., P. 141.
- C.C., Déc. n° 87-229 DC du 22 juillet 1987, Loi relative aux établissements d'hospitalisation et à l'équipement sanitaire, Rec. P. 44.
- C.C., Déc. n° 87-230 DC du 28 juillet 1987, Loi portant diverses mesures d'ordre social, Rec. P. 48.
- C.C., Déc. n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, Rec., P. 17.
- C.C., Déc. n° 88-244, DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie, Rec. P. 119.
- C.C., Déc. n° 89-254 DC du 04 juillet 1989, Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations, Rec. P. 41.
- C.C., Déc. n° 89-267 DC, 22 janvier 1990, Loi relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social, Rec., P. 27.
- C.C., Déc. n° 90-274 DC du 29 mai 1990, Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement, Rec., P. 61.
- C.C., Déc. n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, Rec., P. 11.
- C.C., Déc. n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales, Rec. P. 24.
- C.C., Déc. n° 92-316 DC, 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Rec., P. 14.

- C.C., Déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration, Rec. P. 224.
- C.C., Déc. n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, Loi complétant le code du domaine de l'état et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, Rec. P. 96.
- C.C., Déc. n° 94-348 DC du 3 août 1994, Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et transposition des directives communautaires, Rec., P. 117 ; *RFDC*, 1994, P. 832, obs. P. Gaïa.
- C.C., Déc. n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, La loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, Rec. p. 183 ; *Les petites affiches*, 20 octobre 1995 (126), P. 8, obs., B. Mathieu et M. Verpeaux.
- C.C., Déc. n° 95-369 DC du 28 décembre 1995, Loi de finances pour 1996, cons. n° 4, Rec. P. 257.
- C.C., Déc. n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, Loi relative à l'entreprise nationale France télécom, Rec. P. 107.
- C.C., Déc. n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, Rec. P. 128.
- C.C., Déc. n° 96-385 DC du 30 décembre 1996, Loi de finances pour 1997, Rec., P 145 ; *LPA.*, 7 mars 1997, n° 29, P. 5, note B. Mathieu.
- C.C., Déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Loi créant les plans d'épargne retraite, Rec., P. 31 ; *RFDC*, 1997, P. 328, note L. Favoreu ; *LPA*, 1997, n° 52, P. 5, note A. Sauret ; *LPA*, 17 octobre 1997 n° 125, P. 10, note B. Mathieu et M. Verpeaux.
- C.C., Déc. n° 97-391 DC du 07 novembre 1997, Loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier, Rec. P. 232.
- C.C., Déc. n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, Loi de finances pour 1998, cons. n° 17, Rec. P. 333.
- C.C., Déc. n° 98-401 DC, 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, Rec., P. 258.
- C.C., Déc. n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999, Rec. P. 315.
- C.C., Déc. n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle, Rec., P. 100 ; *AJDA*, 1999, P. 700, note J.-E. Schoëttl.
- C.C., Déc. n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail, Rec., P 33.

- C.C., Déc. n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, Loi sur la solidarité et le renouvellement urbain, Rec., P 176.
- C.C., Déc. n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, Rec., P 190.
- C.C., Déc. n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000, Loi de finances pour 2001, Rec. P. 211.
- C.C., Déc. n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, Rec. P. 145.
- C.C., Déc. n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002, Rec. P. 164.
- C.C., Déc. n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, Loi de finances pour 2002, Rec. P. 180.
- C.C., Déc. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, Rec. P. 49.
- C.C., Déc., n° 2002-460 DC, du 22 août 2002, Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, Rec., P. 198.
- C.C., Déc. n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, Loi de finances pour 2003, Rec. P. 583.
- C.C., Déc. n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, Rec., P. 43.
- C.C., Déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, Rec. P. 382 ; *RFDC*, 2003, P. 772, note Fatôme et Richer.
- C.C., Déc. n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2004, Rec. P. 467.
- C.C., Déc. n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, Rec. P. 473.
- C.C., Déc. n° 2004-490 DC du 12 février 2004, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, Rec. P. 41.
- C.C., Déc. n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, Loi de simplification du droit, à propos de la ratification implicite de diverses dispositions d'une ordonnance du 17 juin 2004 ayant trait à la passation de contrats de partenariat public-privé, Rec., P. 211.
- C.C., Déc. n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances pour 2006, Rec. P. 168.
- C.C., Déc. n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, Rec. P. 50.
- C.C., Déc. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, Rec. P. 120.
- C.C., Déc. n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, Rec. P. 129.

- C.C., Déc. n° 2007-546 DC du 25 janvier 2007, Loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et modifiant le code de la santé publique, Rec. P. 55.
- C.C., Déc. n° 2007-556 DC du 16 août 2007, Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, Rec. P. 319.
- C.C. Déc. n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat, Rec. P. 341.
- C.C., Déc. n° 2008-568 DC du 7 août 2008, Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, Rec. P. 352.
- C.C., Déc. n° 2008-569 DC du 07 août 2008, Loi instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire, Rec. P. 359.
- C.C., Déc. n° 2009-575 DC du 12 février 2009, Loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, Rec. P. 48.
- C.C., Déc. n° 2009-578 DC du 18 mars 2009, Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, Rec. P 73.
- C.C., Déc. n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, Rec., P 140.
- C.C., Déc. n° 2009-592 DC du 19 novembre 2009, Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, Rec. P. 193.
- C.C. Déc. n° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, Commune de Besançon et autre (Instruction CNI et passeports), Rec. P. 248.
- C.C., Déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, Rec., P. 122.
- C.C., Déc. n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, Société Système U Centrale Nationale et autre (Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence), JORF du 13 mai 2011, P. 8400, texte n°71.
- C.C., Déc. n° 2011-141 QPC du 24 juin 2011, Société Électricité de France (Police de l'eau : retrait ou modification d'une autorisation), JORF du 25 juin 2011, P. 10842, texte n°72.
- C.C., Déc. n° 2011-177 QPC du 7 octobre 2011, Définition du lotissement, JORF du 8 octobre 2011, P. 17020, texte n°76.
- C.C., Déc. n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JORF du 23 mars 2012, P. 5253, texte n°2.

- C.C., Déc. n° 2012-651 DC du 22 mars 2012, Loi de programmation relative à l'exécution des peines, Rec. P. 155.
- C.C., Déc. n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, Association Temps de Vie (Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise), JORF du 15 mai 2012, P. 9096, texte n°2.
- C.C., Déc. n° 2012-659 DC du 13 décembre 2012, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2013, cons. n° 79, Rec. P. 680.
- C.C., Déc. n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, Loi relative à la sécurisation de l'emploi, cons. n° 6, JORF du 16 juin 2013 p. 9976, texte n°2.
- C.C., Déc. n° 2013-322 QPC du 14 juin 2013, M. Philippe W. [Statut des maîtres sous contrat des établissements d'enseignement privés], cons. n° 7, JORF du 16 juin 2013 P. 10026.

Conseil d'Etat

Arrêts :

- CE, 17 mars 1864, *Paul Dupont*, D. 1864, 3, 87.
- CE, 15 avril 1869, *section de Saint-Lovand*, S.1869.2.95.
- CE, 22 juin 1883, *Ministre de la Marine c/ Corbet*, Lebon, 589.
- CE, 23 décembre 1887, *De Dreux- Brézé, évêque de Moulins*, Lebon, P. 842.
- CE, 17 mars 1893, *Compagnie du Nord, de l'Est et autres*, Lebon, P. 245, concl. Romieu.
- CE, 19 mai 1893, *Ville d'Aix-les-Bains*, Lebon P. 442.
- CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. P. 333. S. 1901, III, 73, note Hauriou.
- CE, 10 janvier 1902, *Cie nouvelle du Gaz de Déville-Lès-Rouen*, Lebon, P. 5.
- CE, 12 décembre 1902, S. 1905, III, P. 93.
- CE, 11 décembre 1903, *Commune de Gorre*, Lebon, P. 770 ; S. 1906, III, P. 49, note Hauriou.
- CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux*, Lebon, P. 54.
- CE, 4 août 1905, *Martin*, Lebon, P. 749 ; GAJA, P. 88 ; D. 1907, 3, 49, concl. Romieu.
- CE, 4 mai 1906, *Babin*, Rec. P. 363.
- CE, 29 juin 1906, *Carteron*, S. 1907, III, 97.
- CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, req. n° 19167, Lebon, P. 962.

- CE, 31 mai 1907, *Deplanque*, Lebon, P. 513, concl. Romieu ; S., 1907, 3, P. 113, note Hauriou ; *D.* 1907, 3, 82, concl. Romieu.
- CE, 26 novembre 1908, *Commune de Labastide-Saint-Pierre*, S. 1909, 3, 81, concl. Tessier, note Hauriou.
- CE, 24 décembre 1909, *Commune de la Bassée*, Rec. P. 1024, S. 1910, III, 49, note Hauriou.
- CE, 4 mars 1910, *Thérond*, Rec. P. 193, concl. Pichat, GAJA n° 22, P. 130.
- CE, 11 mars 1910, *Cie générale française des Tramways*, Lebon P. 216. concl. Blum ; GAJA, P. 135 ; *D.* 1912, 3, 49, concl. Blum ; S. 1911. 3. 1, concl. Blum, note Hauriou ; *RDP*, 1910, P. 270, note Jèze.
- CE, 4 juin 1910, *Compagnie d'assurances Le Soleil*, Lebon, P. 446, concl. Feuilloley.
- CE, 8 avril 1911, *Commune d'Ousse-Suzan*, note M. Hauriou in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du tribunal des conflits*, rééd. La Mémoire du droit 2000, t.1, P. 491.
- CE, 29 décembre 1911, *Commune de Saint-Pierre d'Albigny*, Rec. 1259.
- CE, 15 mars 1912, *Commune de Correntz*, Rec. P. 374.
- CE, 11 juillet 1913, *Compagnie des chemins de fer du Sud de la France*, Lebon, P. 854.
- CE, 19 décembre 1913, *Drapeyron*, Lebon, P. 1280.
- CE, 19 février 1915, *Ville de Loudun*, Rec. 41.
- CE, 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, III, P. 17, note Maurice Hauriou ; *GAJA.*, 15^e éd. n° 31 ; *D.* 1916. 3. 25, concl. Chardenet.
- CE, 10 août 1917, *Commune de Vivonne*, Rec. P. 634.
- CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, Rec. P. 790.
- CE, 7 mars 1923, *Lossifoglu*, Lebon, P. 222.
- CE, 27 février 1925, *Dolfini*, Lebon, P. 220.
- CE, 29 mai 1925, *Décatoire*, Lebon, P. 534.
- CE, 6 novembre 1925, *Lefèvres-Utile*, Lebon, P. 868.
- CE, 23 décembre 1925, *Houssin*, Lebon, P. 1049.
- CE, 29 octobre 1926, *Ville de Saint-Etienne*, Lebon P. 911.
- CE, 17 décembre 1926, *Sté des chantiers de l'Adour*, Lebon, P. 1124.
- CE, 24 juin 1927, *Ville de Castelnaudary*, Lebon P. 703.
- CE, 18 novembre 1927, *Sté l'Energie industrielle*, Lebon, P. 1062.
- CE, 9 décembre 1927, *Gargiulo*, Lebon, P. 1198.
- CE, 14 mars 1928, *Gagnieux*, Lebon, P. 356.
- CE, 30 mars 1928, *Ville de Louhans*, Lebon, P. 481.
- CE, 11 octobre 1929, *Compagnie de navigation Sud-Atlantique*, Lebon, P. 892.

- CE, Sect. 25 octobre 1929, *Portebois*, Rec. P. 930.
- CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. 583, *RDP*, 1930, P. 530, concl. Josse, S. 1931, III, P. 73, note Alibert.
- CE, 25 novembre 1931, *Dame Baudoin*, Rec. P. 1029.
- CE, Ass. 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, req. n° 12045, Rec. p. 595; *D. P.* 1932, 3, P. 26, concl. M. Josse.
- CE, 28 octobre 1932, *Lafitte*, Sirey, 1933, 3, P.65.
- CE, 23 juin 1933, *Planche*, *RDP*, 1934, P. 267.
- CE, 30 juin 1933, *Sté Le Centre électrique*, Lebon, P. 707.
- CE, 22 novembre 1933, *Chauvin*, Rec. P. 1076.
- CE, 24 novembre 1933, *Zénard*, Rec. P. 1100, S. 1934, III, P.105, concl. Detton, note Mestre.
- CE, 14 février 1934, *Sté d'entreprise coopérative française*, Lebon, P. 222.
- CE, 21 novembre 1934, *Sté Dupart*, Lebon P. 1085.
- CE, 2 janvier 1935, *Varlond-Arragon*, Lebon, P. 10.
- CE, 27 février 1935, *Sté des eaux et du gaz de Courtenay*, Lebon P. 256.
- CE, 10 juillet 1935, *Blazy*, Lebon, P. 790.
- CE, 11 décembre 1935, *Compagnie fermière de Luchon*, Lebon, P. 1169.
- CE, 4 janvier 1936, *Metz*, Lebon, P. 20.
- CE, 15 mai 1936, *Macquard*, Lebon, P. 552.
- CE, sect., 19 juin 1936, *Sieur Cromeck*, Lebon, P. 672.
- CE, 30 octobre 1936, *Sibille*, Lebon, P. 936.
- CE, 21 avril 1937, *Nadaud et Ménu*, Lebon, P. 415.
- CE, 7 mai 1937, *Sté Samson et Spitzner*, Lebon, P. 480.
- CE, 5 novembre 1937, *Caire*, Lebon, P. 899.
- CE, 30 novembre 1938, *Roudier*, Lebon, P. 900.
- CE, 8 novembre 1940, *Commune de Maussane*, Lebon, P. 205.
- CE, 16 mai 1941, *Brégegère*, Lebon, P. 86.
- CE, 11 juillet 1941, *Grenouiller*, Lebon, P. 124.
- CE, 13 février 1942, *Sté ouvrière « Les limousins de Paris »*, Lebon, P. 52.
- CE, 20 mars 1942, *Dame veuve Bastit*, Lebon, P. 92.
- CE, 12 mai 1942, *Commune de Luc-en-Diois*, Lebon, P. 148.
- CE, 5 mars 1943, *Ville de Nîmes*, Lebon, P. 260.
- CE, 28 juillet 1943, *Giret*, Rec. P. 206.

- CE, 5 novembre 1943, *Leneveu*, Rec. P. 243.
- CE, 10 décembre 1943, *Sté d'assainissement*, Lebon, P. 287.
- CE, 21 janvier 1944, *Sté d'entreprises et de construction en béton armé*, Lebon, P. 23.
- CE, 23 juin 1944, *Ville de Toulon*, Lebon, P. 180 ; *RDP*, 1988, P. 1427 ; *RDP*, 1945, P. 101.
- CE, 28 mars 1945, *Clauzier*, Lebon, P. 69.
- CE, 17 juillet 1946, *Ministre des Travaux publics*, Lebon, P. 473.
- CE, 23 octobre 1946, *Sté chauffage*, Lebon, P. 474.
- CE, 21 mars 1947, *Peyrelade*, Rec. P. 120.
- CE, 30 avril 1947, *Sté des carrières ophitiques*, Lebon, P. 287.
- CE, 28 avril 1948, *OPHLM de Seine-et-Oise*, Lebon, P. 180.
- CE, Ass. 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore*, Rec. P. 289 ; Grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 15^e éd. 2005, n° 682, P. 392.
- CE, 4 février 1949, *Villaret*, Rec. P. 52.
- CE, 30 juillet 1949, *Syndicat intercommunal d'électrification de Plombières-les-Dijon*, Lebon, P. 402.
- CE, Section, 13 janvier 1950, *Société nationale des chemins de fer français c/ Chambre de commerce de Perpignan*, Lebon, P. 30.
- CE, Sect. 5 mai 1950, *Buisson*, Rec. P. 258.
- CE, 24 juin 1950, *Sté électrique de Madagascar*, Lebon, P. 235.
- CE, 5 juillet 1950, *Sté française de constructions et d'aménagements industriels et Caisse franco-néerlandaise de cautionnement*, req. n° 69532 et 69612, Lebon, P. 416.
- CE, 20 octobre 1950, *Stein*, Lebon, P. 505.
- CE, 5 janvier 1951, *Commune de Lesparrou*, Lebon, P. 3.
- CE, 28 mai 1952, *Commune de Sainte-Barbe du Tlelat*, Lebon P. 282.
- CE, 28 octobre 1953, *Sté Comptoir des textiles bruts et manufacturés*, req. n° 89449, Lebon T. 721.
- CE, 7 mai 1954, *Min. Fin. et des Aff. Econ.*, Rec. P. 257.
- CE, 4 juin 1954, *Affortit et Vingtain*, Lebon, P. 342, concl. Chardeau.
- CE, 25 juin 1954, *Syndicat national de la meunerie à seigle*, Lebon 379.
- CE, 10 juillet 1954, *Heulin*, Lebon, P. 462.
- CE, 17 février 1956, *Siméon*, Rec. P. 74.
- CE, 20 avril 1956, *Bertin*, req. n°98637, Lebon, P. 167.
- CE, Sect. 11 mai 1956, *Cie des transports en commun de la région de Douai*, *AJDA*, 1956, P. 275, concl. Laurent.

- CE, 6 juillet 1956, *Ministre Commerce et Industrie* : RDP, 1956, P. 1380.
- CE, 4 janvier 1957, *Lamborot*, Lebon, P. 12 ; *AJDA*, 1957, P. 108.
- CE, 27 mars 1957, *Carsalade*, Lebon, P. 216.
- CE, sect., 21 mai 1957, *Roger*, req. n° 33132, Lebon, P. 223 ; *AJDA*, 1957, P. 206, concl. Grévisse.
- CE, Ass., 13 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, Lebon, P. 678 ; *AJDA*, 1958, P. 91 ; *RPDA*, 1958, P. 80, note Borella.
- CE, 8 janvier 1958, *Crouzat*, Lebon, P. 14.
- CE, 24 janvier 1958, *Soc. Gencel*, Lebon, P. 44.
- CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac Laval*, Rec., P. 246 ; *AJDA*, 1958, P. 282, concl. Kahn ; *D.* 1958, P. 730, note A. de Laubadère.
- CE, 5 mai 1958, *Association syndicale autorisée pour l'assainissement des marais de la Fosse*, Lebon, P. 260.
- CE, 23 mai 1958, *Consorts Amoudruz*, Lebon, P. 301.
- CE, Sect., 20 juin 1958, *SNCF*, Lebon, P. 367.
- CE, 7 novembre 1958, *Sté Électricité et eaux de Madagascar*, Lebon, P. 530, concl. Heumann.
- CE, 18 mars 1959, *Peter*, Lebon, P. 189.
- CE, 18 avril 1959, *SITAU*, Lebon, P. 219.
- CE, 3 juin 1960, *Min. DN c/SNAN*, Lebon, P. 391.
- CE, 8 février 1961, *Watel-Dehaynin*, Lebon, P. 83.
- CE, 10 février 1961, *Ville de Béziers*, Lebon, P. 113.
- CE, 3 mai 1961, *Sté Entreprise Thomas Kotland et Office HLM département Seine*, Lebon, P. 290.
- CE, 4 octobre 1961, *Dame Veuve Verneuil*, Rec. P. 533.
- CE, 10 décembre 1962, *Association de pêche et de pisciculture d'Orléans*, Lebon, P. 675.
- CE, 22 mai 1963, *Compagnie générale français*, *AJDA*, 1963, P. 554.
- CE, 11 décembre 1963, *Synd. défense en vue de l'établissement voie ferrée Bort-Eygurande*, Lebon, P. 610 ; *JCP G* 1964, II, 13753, note J. Dufau.
- CE, sect., 10 juillet 1964, *Centre médico-pédagogique Beaulieu*, Lebon, P. 399 ; *D.* 1965, p. 84, concl. J. Rigaud.
- CE, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, Rec. P. 562, *AJDA*, 1964, P. 686, chron.
- CE, 22 janvier 1965, *Sté Des Etablissements Michel Aubrun*, Lebon, P. 50.
- CE, 21 janvier 1966, *Ville Avignon* : RDP, 1966, P. 992.

- CE, 16 février 1966, *Bernard*, Lebon, P. 113.
- CE, sect., 20 mai 1966, *Centre national du commerce extérieur*, Rec. P. 341 ; *RDP*, 1966, P. 765, note M. Waline.
- CE, 20 mai 1966, *Hautbois*, Lebon 346.
- CE, 5 juillet 1967, *Commune de Donville-les-Bains*, Lebon, P. 297.
- CE, sect., 17 novembre 1967, *Roudier de la Brille*, Lebon, P. 428 ; *AJDA*, 1968, P. 98.
- CE, 9 février 1968, *Canaut*, Lebon, P. 105.
- CE, 20 mars 1968, *Ville de Paris*, Lebon T. 1100.
- CE, 3 juillet 1968, *Lavigne et Le Mée* : *AJDA* 1969, P. 253, concl. Braibant.
- CE, 13 juillet 1968, *Stoskopf*, Lebon, P. 460.
- CE, 6 novembre 1968, *Commune de Licq-Atherey*, req. n° 89009.
- CE, Sec. 14 février 1969, *Association syndicale nationale des médecins exerçant en groupe ou en équipe*, req. n° 71978.
- CE, 4 juillet 1969, *Laurent*, Rec. P. 362.
- CE, 4 juillet 1969, *Trouvé*, Lebon, P. 360.
- CE, 10 avril 1970, *Sieur Beau et Lagarde*, Lebon, P. 243.
- CE, Ass. 16 octobre 1970, *Commune de Saint-Vallier*, Rec. P. 583.
- CE, sect., 11 décembre 1970, *Société des Etablissements Sonauto et autres*, Lebon P. 748.
- CE, sect., 29 janvier 1971, *Emery et autres*, Lebon P. 80 ; *AJDA*, 1971, P. 409, concl. Vught.
- CE, sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui*, Lebon, P. 235, concl. Rougevin-Baville.
- CE, 26 novembre 1971, *SIMA*, *RDP*, 1972, P. 239, concl. Gentot.
- CE, sect., 2 mars 1973, *Syndicat national de commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, Rec. P. 181, concl. Braibant.
- CE, sect., 12 octobre 1973, *SEITA*, req. n° 82316 : *Dr. soc.* 1974, 163.
- CE, 7 décembre 1973, *Le Couteur et Sloan*, req. n° 80357, Rec. P. 704.
- CE, 22 mai 1974, *Sté Paul Millet*, Lebon, P. 310.
- CE, ass. 18 octobre 1974, *Veuve Rodet*, Lebon P. 494.
- CE, 30 octobre 1974, *Commune de Saint Pierre des Bois*, *RDP*, 1975, P. 310.
- CE, 26 février 1975, *Sté du port de pêche de Lorient*, Lebon, P. 155.
- CE, 11 juin 1975, *La Régie Autonome Des Transports Parisiens*, req. n° 88029, *CJEG*, 1975, 178.
- CE, 20 juin 1975, *Leverrier*, Rec. P. 382.
- CE, 17 octobre 1975, *Commune de Canari*, Lebon, P. 516 ; *AJDA*, 1975, P. 233.
- CE, 26 novembre 1975, *Société entreprise Py*, Lebon, P. 1133.

- CE, 7 janvier 1976, *Ville Amiens*, Lebon, P. 11.
- CE, 20 février 1976, *Min. de la Défense c/ Laboratoires René-Derveaux*, req. n° 93030, Lebon, P. 110.
- CE, 28 avril 1976, *Schmitt*, req. n° 94780.
- CE, 4 juin 1976, *Desforets*, Lebon, P. 301.
- CE, 4 juin 1976, *Sté toulousaine immobilière*, Lebon, P. 303.
- CE, 12 juin 1976, *Sté, Pierre Pasquet*, Lebon, P. 1000.
- CE, 6 octobre 1976, *Koch*, Lebon, P. 396.
- CE, 22 décembre 1976, *Depusse*, Lebon, P. 575.
- CE, 6 juillet 1977, *Syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés*, req. n° 87539, Lebon, P. 306 ; *AJDA*, 1978, P. 105 ; Cahier du CFPC 1978, n° 2, P. 97, obs. F. Moderne.
- CE, sect., 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, Rec. P. 24 ; *AJDA*, 1979, P. 37, concl. R. Denoix de Saint Marc.
- CE, sect., 17 mars 1978, *SA Entreprise Renaudin*, Lebon, P. 140, concl. J.-M. Galabert.
- CE, 7 avril 1978, *Blum*, req. n° 5559, *Dr. adm.* 1978, comm. n° 168.
- CE, 28 avril 1978, req. n° 98557.
- CE, 23 juin 1978, *Consorts Michel*, Lebon, P. 277 ; *AJDA*, 1997, P. 43, note F. Moderne.
- CE, sect., 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo*, Lebon P. 401.
- CE, 8 décembre 1978, *Bergerioux*, Lebon, P. 500.
- CE, 28 janvier 1979, *Sté des ateliers Delestrade*, Lebon, P. 68.
- CE, 13 juin 1979, *Société Olméga*, Lebon, P. 794.
- CE, 28 mars 1980, *Société Cabinet 2000*, req. n° 07703 ; *RDP*, 1981, P. 523.
- CE, 5 juin 1980, *Delmas*, Rec. P. 632.
- CE, 21 juin 1980, *Syndicat intercommunal d'organisation des sports d'hiver de Peyresourde-Balestas*, Lebon, P. 438 ; *AJDA*, 1981, P. 271.
- CE, sect., 3 octobre 1980, *Fédération française des professionnels immobiliers et commerciaux*, req. n° 12955. Lebon. P. 348.
- CE, 31 octobre 1980, *Sté du port de pêche de Lorient*, Lebon, P. 399.
- CE, 7 novembre 1980, *Commune de Falicon et Ministre de l'équipement et de l'aménagement du territoire C./ Bana*, Rec. P. 629.
- CE, 23 janvier 1981, *Commune d'Aunay-sur-Odon et autres*, Lebon P. 25.
- CE, 30 mars 1981, *S.A. Ets Jean Bernard*, *RDP*, 1982, P. 538.
- CE., Ass., 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, req. n° 12851, Lebon. P. 198 ; *AJDA*, 1981, P. 429, note Bruno Genevois.

- CE, 29 mai 1981, *SA Roussey*, Lebon, P. 813.
- CE, 2 octobre 1981, *Commune de Borce*, Lebon, P. 654.
- CE, 18 décembre 1981, *Denis et Queinnec : Dr. adm.* 1982, comm. 17.
- CE, 8 janvier 1982, *SA Entr. Quillery Sain-Maur*, Lebon T. 665.
- CE, 17 mars 1982, *Sté Périgourdine d'étanchéité et de construction*, req. n° 23440, Lebon, P. 123; *AJDA*, 1982, P. 727 concl. Boyon.
- CE, 22 mai 1982, *SA Soprema*, Lebon T. 665.
- CE, 24 novembre 1982, *Héritiers Malonda*, Rec. P. 258.
- CE, 8 décembre 1982, *Sté Losfeld-industries c. ministre de la défense*, req. n° 33375 ; *AJDA*, 1983, P. 263, note Subra de Bieusses.
- CE, 10 décembre 1982, *Epoux Pagotto*, Rec. P. 415.
- CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, req. n° 34027, Lebon, P. 33 ; *RDP*, 1984, P. 212, note J.-M. Auby ; *RFDA* 1984, P. 45, note F. Llorens.
- CE, 18 février 1983, *COREP de la Gironde c/ Cne de Saint-Médard-en-Jalles*, req. n° 47204, Lebon, P. 72.
- CE, 22 avril 1983, *Auffret et Dumoulin*, req. n° 21509, Lebon, P. 160.
- CE, 27 mai 1983, *Cne de la Queue-en-Brie*, req. n° 23757.
- CE, 30 Septembre 1983, *La Fédération départementale des associations agréées de pêche de l'Ain et autres*, req. n° 31875, 31910, 31945, 31948, 32034.
- CE, 30 septembre 1983, *SARL Comexp*, Lebon, P. 393.
- CE, 27 juillet 1984, *Société OTH méditerranée*, req. n° 44895 ; *RDP*, 1985, P. 247.
- CE, 26 octobre 1984, *Cne d'Heume-l'Église*, req. n° 49919, Lebon, P. 341; *RFDA*, 1985, P. 247, concl. Thiriez.
- CE, 20 décembre 1984, *Commune de Grâce-Uzel*, *RDP*, 1985, P. 220.
- CE, 8 mars 1985, *Les amis de la terre*, Rec. P. 382.
- CE, 17 avril 1985, *O.P.H.L.M. de la Meuse c/M. Amiel*, *RDP*, 1985, P. 1706.
- CE, 26 avril 1985, *CHR de Limoges c/Banque de la construction et des travaux publics*, *RDP*, 1985, P. 1711, obs. F. Llorens.
- CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, Rec. P. 141 ; *AJDA*, 1985, P. 620, note Fantôme et Moreau ; *RFDA*, 1986, P. 21, concl. Genevois ; *RDP*, 1986, P. 21, note Llorens.
- CE, 31 mai 1985, *Labrunie*, req. n° 32537 ; *RDP*, 1985, P. 1726.
- CE, 21 juin 1985, *Sté de canalisation Bornhauser Molinari*, *RDP*, 1986, P. 1761.
- CE, 11 octobre 1985, *Cie gén. de construction téléphonique*, req. n° 38788, Lebon, P. 281.
- CE, 6 novembre 1985, *Cne de Chécy*, req. n° 46587, Lebon T. 684.

- CE, 10 janvier 1986, *Société des travaux du Midi*, Lebon, P. 608.
- CE, 7 février 1986, *Association FO Consommateurs et autres*, Lebon, P. 31.
- CE, 21 mars 1986, *Meyrignac c/ Commune de Vaux-le-Pénil*, Lebon, P. 611 ; *RDP*, 1986, P. 1736.
- CE, 11 avril 1986, *SIDVIC*, *Rev. de jur. Communale*, juillet-août 1986.
- CE, 13 juin 1986, *OPHLM du Pas-de-Calais*, Lebon, P. 722.
- CE, 23 juin 1986, *Thomas, RFDA*, 1987, P. 195, concl. Stirn.
- CE, 27 juin 1986, *Compagnie française des conduites d'eau CFCE*, req. n° 47775.
- CE, 25 juillet 1986, *Rougeaux / c. Commune de Saint-Sauveur-sur-Ecole*, req. n° 56646 ; *Dr. Adm.*, P. 460 ; *RDP*, 1987, P. 1456, note R. Drago.
- CE, 7 novembre 1986, *Ville de Toulouse*, Lebon, P. 608 ; *D.* 1987, somm., P. 284, obs. Ph. Terneyre ; *Petites affiches*, 30 décembre 1986, note F. Moderne.
- CE, 3 décembre 1986, *Ville de Béziers*, req. n° 53929, Lebon T. 430 ; *D.* 1987. Somm. 307, obs. Terneyre.
- CE, 14 janvier 1987, *Commissaire de la République de la Meuse*, req. n° 5855, Lebon T. 820.
- CE, Ass., 2 février 1987, *Sté TV6*, *Rec. P.* 28 ; *AJDA*, 1987, P. 314, chron., *D.* 1987, IR, P. 51 ; *RFDA*, 1987, P. 29, concl. Fornacciari.
- CE, sect., 27 février 1987, *Commune de Grand-Bourg de Marie Galante*, req. n° 54847, Lebon, P. 80; *RFDA*, 1987, P. 212, concl. Strin.
- CE, 6 mars 1987, *OPHLM de Châtillon-sous-Bagneux*, req. n° 37731 ; *D.* 1987, somm., P. 432, obs. Ph. Terneyre.
- CE, 20 mars 1987, *Société des établissements Louis Mehault et fils c. Commune de Guer*, *RDP*, 1988, P. 1414.
- CE, 13 mai 1987, *Sté Citra-France*, req. n° 35374, Lebon T. P.822 ; *D.* 1987, somm. P. 433, obs. Ph. Terneyre.
- CE, 13 mai 1987, *Sté Wanner Isofi Isolation*, req. n° 39120, Lebon, P. 171.
- CE, 13 mai 1987, *Syndicat national professionnel des médecins du travail*, req. n° 13751.
- CE, 15 mai 1987, *Hôpital rural de Breil-sur-Roya*, *RDP*, 1988, P. 1427.
- CE, 10 juillet 1987, *C.N.R.S. c. Sté Stribick*, req. n° 60843.
- CE, 2 octobre 1987, *Synd. intercommunal du Bassin d'Arcachon*, req. n° 61544.
- CE, 16 octobre 1987, *Cne du Rheu c/ Mme Chesnais*, req. n° 80776.
- CE, 13 novembre 1987, *Cabrera*, *Mon. TP*, 4 mars 1988, P. 51.

- CE, 13 janvier 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales*, req. n° 68166, Lebon, P.7, concl. Roux ; *RFDA*, 1988, P. 282, concl. Roux ; *AJDA*, 1988, P. 142 et 160, chron. Azibert et de Boisdeffre ; *ACL* 1989, n° 16.
- CE, 20 janvier 1988, *Sté d'Etude et de réalisation des applications du froid*, Lebon, P. 29.
- CE, 29 janvier 1988, *SA Montenay*, req. n° 78086 ; *RDP*, 1988, P. 1455.
- CE, 19 février 1988, *Préfet de Seine-Saint-Denis c/ Commune de Courneuve*, req. n° 68341.
- CE, 9 mars 1988, *Entreprise J. Lefèbvre c/ Commune de Malintrat*, req. n° 76218 ; *MTPB*, 11 novembre 1988, P. 62.
- CE, 18 mars 1988, *Loupias et autres c/ Commune de Montreuil-Bellay*, Lebon, P. 668.
- CE, 15 avril 1988, *Entreprise Hypotra*, req. n° 52618 ; *RDP*, 1988, P. 1428.
- CE, 2 novembre 1988, *Préfet des Hauts-de-Seine c/ OPHLM de Malakoff*, req. n° 64954, Lebon T. 891.
- CE, 9 novembre 1988, *Commune de Freistroff*, req. n° 69450 ; *RDP*, 1989, P. 1806.
- CE, 18 novembre 1988, *Min. de l'Intérieur c/ SARL Les voyages Brounais*, req. n° 76131, Lebon T. 964 ; *RD publ.* 1989. P. 1800, obs. Llorens.
- CE, 28 décembre 1988, *SA Prométal*, Lebon, P. 476 ; *AJDA*, 1989, P. 258, note Sablier et Caro.
- CE, 20 janvier 1989, *SA GBA Berry-Loire*, Lebon, P. 26.
- CE, 27 janvier 1989, *Sté SOPREMA*, req. n° 80975 ; *Dr. adm.*, 1989, comm. 97.
- CE, Sect., 3 mars 1989, *Société des Autoroutes de la région Rhône-Alpes*, Lebon, P. 69, concl. Guillaume ; *AJDA*, 1989, P. 391, note Dufau ; *Revue de l'Arbitrage* 1992, P. 279, obs. Gaudemet.
- CE, 6 mars 1989, *Union des transporteurs en commun de voyageurs des Bouches-du-Rhône*, req. n° 34015, Lebon T. P. 956 ; *Juris-Data* n° 1989-641785.
- CE, 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français*, req. n° 50176 ; *AJDA*, 1989, P. 407, obs. X. Prétot.
- CE, 31 mars 1989, *Commune de Septèmes-les-Vallons*, Lebon, P. 102.
- CE, 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, Lebon, P. 105.
- CE, Ass., 21 avril 1989, *Fédération nationale des organismes de gestion des établissements d'enseignement catholique et autres*, Lebon, P. 117.
- CE, 2 juin 1989, *Sté Phinelec*, Lebon, P. 782 ; *AJDA*, 1989, P. 721, note Sablier et Caro ; *CJEG*, 1989, P. 329, note Moderne ; *RDP*, 1989, P. 1809, obs. F. Llorens.
- CE, 2 juin 1989, *Ville de Boissy-Saint-Léger c/ Sté Nouvelle de Constructions Industrialisées*, req. n° 65631, Lebon T. 785.

- CE, Ass., 23 juin 1989, *Vériter*, req. n° 84799, Lebon, P. 146, concl. Lévis ; *AJDA*, 1989, P. 424.
- CE, 11 octobre 1989, *Sté Protection murs et pignons et a.*, req. n° 50744 ; Juris-Data n° 1989-046077.
- CE, 27 octobre 1989, *De Peretti c/ Cne Sarlat*, Rec. P. 509 ; Juris-Data n° 1989-645250.
- CE, 23 mars 1990, *Ville de Garches c/ Sté Rouméas*, req. n° 49364 ; *RDP*, 1991, P. 294, obs. Llorens.
- CE, 21 mai 1990, *Sté Roudet*, req. n° 79506.
- CE, 26 septembre 1990, *Pillet*, Rec. P. 255, *FRDA*, 1990, P. 1102.
- CE, 28 septembre 1990, *Commune de Cabesse*, *RDP*, 1992, P. 1179.
- CE, 23 novembre 1990, *M. Baumgartner*, req. n° 72129.
- CE, 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées*, req. n° 57679, Lebon, P. 41 ; *RDP*, 1991, P. 1137, note Auby, *JCP* 1991. II. 21378, note Fatôme ; *RFDA*, 1992, P. 48, concl. Pochard ; *CJEG*, 1991, P. 251, étude Llorens ; *AJDA*, 1991, P. 579, obs. Delcros.
- CE, 4 mars 1991, *Département de la Haute- Loire*, req. n° 81446, Lebon T. 1044 ; *RDP*, 1992, P. 1537.
- CE, 13 mars 1991, *Entreprise Labaudinière*, req. n° 80846, Juris Data n° 1991-044022 ; *RDP*, 1992, P. 1537.
- CE, 25 mars 1991, *Copel*, req. n° 90747 ; *CJEG*, 1993, P. 238, concl. Abraham.
- CE, 3 avril 1991, *Syndicat intercommunal du plateau d'Autrans-Meaudre, Dr. adm.*, 1998, hors-série, comm. n° 122.
- CE, sect., 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie (Réunion)*, req. n° 117717, Lebon, P. 302.
- CE, 8 janvier 1992, *Préfet, commissaire de la République du Dpt des Yvelines*, req. n° 85439.
- CE, 31 janvier 1992, *Sté de génie civil de l'Ouest et a.*, req. n° 58053 et 58483 ; *RDI*, 1992, P. 208, obs. Llorens et Terneyre.
- CE, 10 juin 1992, *SA Gentil et Berthon*, req. n° 37115.
- CE, 19 juin 1992, *Min. Aff. étr. c/ Royère*, req. n° 106186.
- CE, 31 juillet 1992, *Sté Muraccioli et Cne de Cervione*, req. n° 74282, Lebon T. 1113.
- CE, 21 septembre 1992, *Commune de Bagnoles sur Cèze*, Lebon T. P. 1105.
- CE, 16 décembre 1992, *SA International décor*, Lebon T. 1101.
- CE, Ass., 3 mars 1993, *Assoc. des amis de la forêt de Saint-Germain*, req. n° 126719 et 126821 ; *AJDA*, 1993, P. 387, chron. Maugué et Touvet ; *CJEG*, 1993. P. 360, concl. Sanson.

- CE, 30 juin 1993, *Min. délégué*, Lebon, P. 856.
- CE, 26 novembre 1993, *SA Nouveau port Saint-Jean-Cap-Ferrat*, req. n° 85161 ; *Dr. adm.* 1993, n° 563 ; *RDP*, 1994, P. 863, obs. F. Llorens.
- CE, 3 décembre 1993, *Cie générale de chauffe c/ CH Pointe-à-Pitre*, req. n° 81834 : *AJDA*, 1994, P. 485, note V. Haïm ; *Mon. TP* 18 février 1994, P. 40.
- CE, 19 janvier 1994, *SCI Les Alpilles c/ M. Gaillard*, req. n° 119275.
- CE, 25 février 1994, *Sté Sofap Marignan*, *RFDA*, 1994, P. 510, concl. Arrighi de Casanova ; *CJEG*, 1994, P. 569, note Fantôme et Richer.
- CE, 23 mars 1994, *Synd. Intercommunal à vocation unique pour l'étude et pour la réalisation du golf de Cognac*, req. n° 101079 et 116391, Lebon, P. 158.
- CE, 1^{er} avril 1994, *Sté Etablissements J. Richard Ducros*, Lebon, P. 177 ; *RD imm.*, 1994, P. 444, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.
- CE, 1^{er} avril 1994, *Ville de Menton c. Société Scetauparc Exploitation*, req. n° 144152 et 144241, Lebon. P. 176 ; *RDP*, 1994, P. 1827.
- CE, Ass. 29 avril 1994, *Colombani*, req. n° 105401 ; *RFDA*, 1994, P. 479.
- CE, 8 juin 1994, *Société Codiam*, Lebon, P. 294.
- CE, Ass., 10 juin 1994, *Cne de Cabourg*, req. n° 141633, Lebon, P. 300, concl. Lasvignes ; *RFDA*, 1994, P. 728, concl. Lasvignes ; *AJDA*, 1994, P. 560, chron. Maugué et Touvet ; *LPA*, 1995, n° 9, p. 14.
- CE, 29 juillet 1994, *Communauté urbaine de Lyon*, Lebon, P. 1033 ; *RD imm.*, 1994, P. 657, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.
- CE, 12 octobre 1994, *Visconti*, req. n° 123672, Lebon, P. 442.
- CE, 13 janvier 1995, *Chambre de commerce et d'industrie de la Vienne*, *Rec.* P. 7.
- CE, 30 janvier 1995, *Sté Viafrance*, *RD imm.*, 1995, P. 318, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.
- CE, sect., 10 février 1995, *Chambre syndicale du transport aérien*, Lebon, P. 69.
- CE, 10 mars 1995, *Association des pilotes professionnels français*, Lebon T. 645.
- CE, 22 mars 1995, *Dadillon*, req. n° 155718, Lebon, P. 138.
- CE, 30 juin 1995, *Union des syndicats CGT de la Caisse des dépôts*, req. n° 150716, *CJEG*, 1996, P. 23, concl. Bonichot.
- CE, 28 juillet 1995, *Préfet de la région d'Île-de-France, préfet de Paris c/ Sté de gérance Jeanne d'Arc*, req. n° 143438, Lebon, P. 321.
- CE, 16 octobre 1995, *Société SCREG Ile-de-France*, req. n° 129236.

- CE, sect., 3 novembre 1995, *CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, req. n° 157304, Lebon 394, concl. Chantepy; *RFDA*, 1995, P. 1077, concl. Chantepy ; *CJEG* 1996, P. 67, concl. Chantepy.
- CE, 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne*, Rec. P. 391 ; *RFDA*, 1995, P. 1077, concl. Chantepy ; *AJDA*, 1995, P. 946, chr. J.-H. Stahl et D. Chauvaux.
- CE, 8 décembre 1995, *Commune de Saint-Tropez*, req. n° 144029, Lebon, P. 432.
- CE, 8 décembre 1995, *Département de La Réunion*, Lebon P. 436.
- CE, 17 janvier 1996, *SA Atelier Mériguet-Carrère*, req. n° 151357, Lebon, P. 5.
- CE, 8 mars 1996, *Commune de Petit-Bourg*, req. n° 165075.
- CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, req. n° 168325, Lebon, P. 137; *AJDA*, 1996, P. 806, chron. Chauvaux et Girardot ; *RFDA*, 1996, P. 715, concl. Chantepy ; *ibid.* P. 718, note Terneyre ; *Dr. adm.* 1996, n° 355, note J.-B. Auby.
- CE, 10 mai 1996, *Fédération nationale des travaux publics*, Rec. P. 164.
- CE, 19 juin 1996, req. n° 163080.
- CE, 31 juillet 1996, *Sté des téléphériques du Mont-blanc*, Rec. P. 334 ; *AJDA*, 1996, P. 788, note Gilli ; *JCP* 1997, 22790, concl. Delarue.
- CE, 30 septembre 1996, *Département des Ardennes, RD imm.*, 1997, P. 73, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.
- CE, 30 septembre 1996, *Sté Stéphanoise des Eaux et Ville de Saint-Étienne*, req. n° 156176, Lebon, P. 355; *Dr. adm.* 1996, n° 557, note Devès ; *ACL* 1997, n° 48; *JCP* 1997. IV. 603, obs. Rouault.
- CE, Ass. 30 octobre 1996, *Mme Wajs et Monnier*, Rec. P. 387 ; *AJDA*, 1996, P. 1041 et P. 973, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; *CJEG* n° 529, P. 52, concl. J.-D. Combrexelle.
- CE, 30 octobre 1996, *Selmi*, Rec. T. 746.
- CE, 16 décembre 1996, *Conseil régional de l'ordre des architectes de la Martinique*, req. n° 158234, Lebon, P. 493 ; *D.* 1997. P. 297, obs. P. Terneyre.
- CE, 14 mars 1997, *Dpt des Alpes-Maritimes*, req. n° 143800, Lebon, P. 79; *AJFP*, 1997. 5, chron. Marillia; *Cah. fonct. publ.* n° 159, p. 18, concl. Touvet.
- CE, 14 mars 1997, *Préfet du Maine-et-Loire*, req. n° 146011 ; *Marchés publics* 1997/4, P. 29, concl. Bergeal.
- CE, 28 mai 1997, *FEHAP*, req. n° 167403 ; *AJFP*, 1997, P.13.
- CE, 6 juin 1997, *SA Industrielle de nettoyage*, req. n° 129437.
- CE, 3 novembre 1997, *Société Intermarbres*, Lebon, P. 393.

- CE, sect., 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais*, req. n° 169907, Lebon, P. 406 ; *RFDA*, 1997, P. 1228, concl. Stahl ; *AJDA*, 1997, P. 945, chron. Girardot et Reynaud ; *AJDA*, 1998, P. 247, note Guézou ; *RDP*, 1998, P. 256, note Gaudemet.
- CE, 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, req. n° 170606, Rec. P. 706 ; *JCP*, 1998, éd. G., II, 10139, note X. Prétot.
- CE, 29 décembre 1997, *Dpt de Paris*, req. n° 159693, Lebon, P. 503 ; Mon. TP 2 mai 1998, TO, P. 395, concl. Bergeal, P. 47, obs. Fabre ; *RDI*, 1998, P. 242, obs. Llorens et Terneyre ; *D.* 1998, Somm. P. 360, obs. Terneyre ; *Marchés publics* n° 2/98, P. 17 ; *Dr. adm.* 1998, n° 84.
- CE, 14 janvier 1998, *Porelli*, req. n° 161091, Lebon, P. 10 ; *BJCP*, 1998, P. 51, concl. Savoie, obs. R. S.
- CE, sect., 28 janvier 1998, Société Borg Warner, n° 138650, Lebon, P. 20 ; *AJDA*, 1998, P. 287 ; *CJEG*, 1998, P. 269, chron. F. Moderne.
- CE, 25 février 1998, *Préfet de la Haute-Corse*, req. n° 168726 ; *ACL* 1999, n° 132.
- CE, 13 mars 1998, *Dpt du Pas-de-Calais*, req. n° 167764, Lebon, P. 1013 ; *BJCP*, 1998, P. 97.
- CE, 27 avril 1998, *Cornette de Saint Cyr*, req. n° 184473 ; *AJDA*, 1998, P. 831, concl. Maugüé ; *Revue de droit sanitaire et social*, 1999, P. 507, concl. Dubouis.
- CE, sect., 20 mai 1998, *Cté de cnes du Piémont-de-Barr et Service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin*, req. n° 188239, Lebon, P. 201 ; *AJDA*, 1998, P. 632 ; *ibid.* P. 553, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; *D.* 1998, P. 183 ; *RDI*, 1998, P. 357, obs. F. Llorens et P. Terneyre ; *RFDA*, 1998, P. 609, concl. H. Savoie.
- CE, 20 mai 1998, *Cie générale des eaux*, Lebon, P. 213.
- CE, 20 mai 1998, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, req. n° 179784 et 180959.
- CE, 22 juin 1998, *Préfet du Puy-de-Dôme*, req. n° 173025 ; *BJCP*, 1998, 36, concl. Bergeal.
- CE, 28 juillet 1998, *Garde des Sceaux c/ Sté Genicorp*, req. n° 177952, Lebon T. 1017 ; *RDI*, 1999, P. 87, obs. F. Llorens.
- CE, 29 juillet 1998, *Sté Holbat*, req. n° 151357.
- CE, 29 juillet 1998, *Synd. mixte des transports de l'agglomération clermontoise, Stés Spie Batignolles et ANF Industries*, req. n° 194412 et 194418, Lebon T. 1098 ; *BJCP*, 1999, P. 191, concl. Savoie, note R.S. ; *Dr. adm.* 1998, n° 302, note Devès.
- CE, 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, req. n° 149662 ; *RFDA*, 1999, P. 128, concl. Stahl ; *JCP* 1999, II, 10045, note Haïm ; *AJDA*, 1998, P. 1041, chron. Fombeur et Raynaud ; *AJFP*, 1999, P. 4, note Boutelet.

- CE, 6 novembre 1998, *Assistance publique – Hôpitaux de Marseille*, req. n° 194960, Lebon T. 1098.
- CE, 30 décembre 1998, *Entreprise Chagnaud SA*, Lebon T. 721.
- CE, 8 février 1999, *Commune de Cap d’Ail*, *AJDA*, 1999, P. 283.
- CE, 8 février 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Cne de La Ciotat*, req. n° 150931, Lebon, P. 19.
- CE, Ass., 5 mars 1999, *Président de l’Assemblée nationale*, req. n° 163328 ; *RFDA*, 1999, P. 333, concl. C. Bergeal ; *AJDA*, 1999, P. 409, notes Fabien Raynaud et Pascale Fombeur.
- CE, 12 mars 1999, *SA Méribel 92*, req. n° 176694, Lebon, P. 61.
- CE, 17 mars 1999, *Synd. intercnal eau et assainissement Pointe-à-Pitre*, req. n° 165595 : *Juris-Data* n° 1999-050077.
- CE, 7 avril 1999, *Cne de Guilhaud-Granges*, req. n° 156008, Lebon T. 878; *AJDA*, 1999, P. 517, concl. Bergeal; *RFDA* 1999, P. 1134, note Douence et P. 1147, note Vidal.
- CE, sect., 14 avril 1999, *France Telecom*, req. n° 187570.
- CE, 21 juin 1999, *Banque populaire Bretagne-Atlantique*, req. n° 151917, Lebon, P. 206 ; *BJCP*, 1999, P. 590, concl. Savoie ; *RFDA*, 1999, P. 874 ; *Dr. adm.* 1999, comm. 219 ; *RDI*, 1999, P. 640 obs. Llorens ; *Gaz. Pal.* 9 et 10 février 2000, P. 29.
- CE, 4 juin 1999, *Sarl Maison Dulac*, req. n° 155825 et 160390.
- CE, 30 juin 1999, *Dpt de l’Orne, Sté Gespace France*, req. n° 169336 et 169545, Lebon, P. 227; *BJCP*, 1999, P. 602, concl. Bergeal, obs. R.S.; *AJDA*, 1999, P. 747.
- CE, 30 juin 1999, *Synd. mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais (SMITOM)*, req. n° 198147, Lebon, P. 229 ; *AJDA*, 1999. P. 714, concl. Bergeal, note Peyrical ; *BJCP*, 1999. P. 607, obs. Ch. M. ; *RFDA*, 1999. P. 1133, obs. Douence, et 1147, obs. Vidal; *ACL* 1999, n° 47.
- CE, 11 octobre 1999, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, *BJCP*, 2000, n° 9, P. 100.
- CE, 23 février 2000, *Préfet de la Lozère*, req. n° 190898.
- CE, 20 mars 2000, *M. Pierre*, req. n° 202295 ; *AJDA*, P. 756, not. Yves Jégouzo.
- CE, Sect., 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden*, Lebon, P. 227 ; *CJEG*, 2000, P. 473, concl. Bergeal.
- CE, 21 juin 2000, *S.A.R.L. plage « chez Joseph », Fédération nationale des plages restaurants*, req. n° 212100 et 212101 ; *RFDA*, 2000, P. 802 ; *CJEG*, octobre 2000, n° 596, P. 374, concl. C. Bergeal.

- CE, 21 juin 2000, *Synd. intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise*, req. n° 209319, Lebon, P. 283; *BJCP*, 2000, P. 361, concl. Bergeal ; *RFDA*, 2000, P. 1031, concl. Bergeal.
- CE, 28 juillet 2000, *Jaquier*, req. n° 202792, Lebon T. 1091.
- CE, 28 juillet 2000, *Laboratoires Paucourt et Glaxo-Wellcome*, req. n° 208103.
- CE, 16 octobre 2000, *Sté Stereau*, req. n° 213958: Lebon T. 1091; *RDI*, 2001, P. 62, obs. F. Llorens.
- CE, 8 novembre 2000, *Société Discount Assur*, req. n° 218212.
- CE, 29 novembre 2000, *Commune de Païta*, req. n° 205143, Lebon, P. 573; *Dr. adm.* 2001, n° 7; *AJDA*, 2001, P. 101; *ACL* 2001, n° 67.
- CE, 15 décembre 2000, *Banque de France*, req. n° 203331.
- CE, 15 décembre 2000, *M. Lacroix c/Association départementale hydraulique de Haute-Savoie*, *BJCP*, 2001, n° 18, P. 448 ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. n° 44.
- CE, 18 janvier 2001, *Cne Venelles, Morbelli*, req. n° 229247 ; *Juris-Data* n° 2001-061707 ; *Dr. adm.* 2001, comm. 155.
- CE, 19 mars 2001, *Région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, req. n° 207626.
- CE, 19 mars 2001, *Syndicat National des Industriels et Professionnels de l'aviation générale*, req. n° 202349 ; *Revue trimestriel de droit commercial*, 2001, P. 870.
- CE, 24 mai 2001, *Avrillier*, *ACCP*, sept. 2001, n° 3.
- CE, 28 mai 2001, *M. Ferrand, Sté OTH Sud-Ouest*, *BJCP*, 2001, n° 18, P. 446.
- CE, 15 juin 2001, *Synd. intercomm. d'assainissement de Saint-Martin-de-Ré et de la Flotte-en-Ré*, req. n° 223481, Lebon, P. 265 ; *Dr. adm.* 2001, n° 185, note D. P. ; *AJDA*, 2001, P. 1090, note Markus.
- CE, Ass. 29 juin 2001, *M. Berton*, Lebon P. 296 ; *AJDA*, 2001, P. 648, chron. Guyomar et Collin ; *CJEG* 2002, P. 84, concl. Boissard.
- CE, Ass., 5 juillet 2001, *FNSEA*, Rec. P. 340.
- CE, sect., 11 juillet 2001, *Sté des Eaux du Nord*, req. n° 221458, Lebon, P. 348, concl. Bergeal; *Dr. adm.* 2001, n° 210; *BJCP* 2001, P. 519, concl. Bergeal, obs. Terneyre; *AJDA*, 2001, P. 853, chron. Guyomar et Collin ; *AJDA*, 2001, P. 893, note Guglielmi.
- CE, 25 juillet 2001, *Cne de Gravelines*, req. n° 299666, Lebon, P. 391.
- CE, 27 juillet 2001, *Compagnie générale des eaux*, Lebon, P. 406 ; *BJDCP*, n° 20, P. 21, concl. Piveteau; *ACCP*, n° 5. P. 31.
- CE, 19 octobre 2001, *Région La Réunion et Sté SETEC TPI*, req. n° 234298 et 234366.
- CE, 19 octobre 2001, *Société Alstom*, *BJDCP*, 2002, n° 20, P. 39, concl. Piveteau.

- CE, 19 octobre 2001, *Syndicat intercommunal Guzet-Neige*, req. n° 212677 ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. n° 240.
- CE, 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, req. n° 239840.
- CE, 28 décembre 2001, *CNED*, req. n° 204618 ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. n° 58.
- CE, 13 mars 2002, *Union fédérale des consommateurs*, req. n° 177509 et 180544: *AJDA*, 2002, P. 976, note Guglielmi et Koubi ; *BJCP*, 2002, P. 231, concl. Schwartz; *ACL* 2003, n° 41.
- CE, 25 mars 2002, *Sté GTM International et Sté GTM Réunion*, req. n° 187885, Lebon, P. 113 ; *Dr. adm.* 2002, n° 84, obs. Ménéménis.
- CE, 29 avril 2002, *Groupement des associations de l'ouest parisien et autres*, Lebon T. 810, 891 et 895 ; *Contrats et Marchés publ.* 2002, n° 177.
- CE, 29 juillet 2002, *Centre hospitalier d'Armentières*, *AJDA*, 2002, P. 1451, note Dreyfus.
- CE, 8 août 2002, *M. Herminio*, req. n° 249409.
- CE, 2 octobre 2002, *SARL EVEN MEDIA Et La SARL COPPER COMMUNICATION*, req. n° 231228 ; *AJDA*, 2002, P. 1499.
- CE, 13 novembre 2002, *Commune du Mans*, req. n° 245354, Lebon T. 814.
- CE, 30 décembre 2002, *Dpt des Côtes-d'Armor*, req. n° 218110 ; Lebon T. 630 ; *AJDA*, 2003, P. 394, note Dreyfus ; *Contrats et Marchés publ.* 2003, n° 48, obs. Delacour ; *BJCP*, 2003. P. 273, obs. Benjamin.
- CE, 30 décembre 2002, *M. Jeandey*, req. n° 239380: *RDI*, 2003, P. 200, obs. Soler-Couteaux; *BJDU* 2003. 612, concl. Piveteau.
- CE, 12 février 2003, *Min. de l'Économie*, req. n° 234917: *BJCL* 2003. 441, concl. Guyomar; *ACL* 2004, n° 122.
- CE, Ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, req. n° 238039 ; *RFDA* 2003, P. 619 ; *Revue de droit immobilier* 2003, P. 269, chron. Michel Degoffe et Jean-David Dreyfus.
- CE, 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux (UNSPIC)*, req. n° 233372, Lebon, P.107 ; *Recueil Dalloz* 2003 P. 851 ; *AJDA* 2003, P. 722, chron. F. Donnat et D. Casas.
- CE, 14 mars 2003, *Sté Air Lib*, req. n° 251610, Lebon T. 861; *AJDA*, 2003. P. 1052, note Dreyfus ; *ACL* 2004, n° 53.
- CE, 23 avril 2003, *Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, req. n° 251946, Lebon T. 912 ; *ACL* 2004, n° 24.

- CE, 22 mai 2003, *LA COMMUNE DE THEOULE-SUR-MER*, req. n° 256848.
- CE, 23 mai 2003, *Communauté des communes Artois-Lys*, Rec. P. 234 ; *Dr. adm.* 2003, n° 208, note M. Lombard ; *RFDA*, 2004, P. 299, note B. Faure.
- CE, 28 mai 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, req. n° 248429 ; *Contrats et marchés publ.* août/sept, 2003, P. 26.
- CE, 23 juin 2003, *Min. de l'Économie c/ Banque Worms*, req. n° 232665 ; *Contrats et Marchés publ.* 2003, n° 176, obs. Eckert ; *Dr. adm.* 2003, n° 168, obs. GLC.
- CE, 30 juillet 2003, *Commune de Lens*, req. n° 223445, Lebon, P. 862 ; *BJCP* 2003. P. 462, concl. Piveteau, obs. Ch. M.; *AJDA*, 2003. P. 1727, note Dreyfus.
- CE, 29 septembre 2003, *Figeac Athlétisme Club*, req. n° 240639.
- CE, 3 octobre 2003, *Cne de Ramatuelle*, req. n° 248523, Lebon T. 624; *BJCP*, 2004, P. 50, concl. Mitjavile, obs. R.S.
- CE, 17 octobre 2003, *District de Bastia*, req. n° 223296 ; *JCP A*, n° 47, 17 novembre 2003, P. 1510, note F. Linditch.
- CE, 17 octobre 2003, *Ministre de l'intérieur et syndicat intercommunal d'assainissement du Beausset*, Lebon, P. 411 ; *BJCP*, 2004, P. 20, concl. Le Châtelier.
- CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, *BJDCP*, 2004, n° 33, P. 136, concl. Piveteau ; *AJDA*, 2004, P. 394, obs. Dreyfus.
- CE, Ass., 12 décembre 2003, *Département des Landes*, req. n° 236442 ; *AJDA*, 2004, P. 195, chron. Donnat et Casas ; *JCP Adm.* 2004, P. 1021, note Taillefait ; *RFDA*, 2004, P. 518, concl. Séners, note Douence.
- CE, 4 février 2004, *M. et Mme Lucien A*, req. n° 252914.
- CE, 9 février 2004, *Cté urbaine de Nantes*, req. n° 259369, Lebon T. 763.
- CE, 3 mars 2004, *Cne de Châteaudun*, req. n° 258602, Lebon T. 649 ; *AJDA*, 2004 P. 1711, note Vincent-Legoux.
- CE, 7 avril 2004, *Cne de Cabourg*, req. n° 239000, Lebon, P. 163.
- CE, 23 juin 2004, *SCI Paris*, req. n° 253917.
- CE, 30 juin 2004, *Min. de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer c/ M. Fourgeaud*, req. n° 261919, Lebon T. 859 ; *AJDA*, 2004, P. 1771, obs. Dreyfus ; *Contrats et Marchés publ.* 2004, n° 192, obs. Pietri.
- CE, 1^{er} juillet 2004, *Société Section Syndicale des Collecteurs Carcassiers du Syndicat les Professionnels du pneu*, req. n° 269268.
- CE, 6 octobre 2004, *Sté «La communication hospitalière» et Assistance publique-hôpitaux de Paris*, req. n° 263083, Lebon T. 772 ; *AJDA*, 2004, P. 2338, note S. Hul.

- CE, 13 octobre 2004, *Commune de Montélimar*, *AJDA* 2004, P. 2107, note J.-D. Dreyfus ; *Rev. Contrats*, avril 2005, P. 425, obs. F. Rolin ; *Juris-Data* n° 2004-067353 ; *Contrats et Marchés publ.* 2004, comm. 10, concl. D. Casas ; *ACCP* n° 39, déc. 2004, P. 63, note L. Janicot.
- CE, 10 novembre 2004, *Entreprise Paul Milet*, req. n° 256031.
- CE, 13 décembre 2004, *M. André F et autres*, req. n° 274622.
- CE, 29 décembre 2004, *Sté SOCCRAM*, req. n° 239681: *Coll. terr.* avril 2005, n° 19, obs. Glaser; *BJCP*, 2005, P. 216, concl. Casas, obs. Ch. M.; *AJDA*, 2005, P. 607, note Dreyfus.
- CE, 2 février 2005, *Fondation Assistance aux animaux*, req. n° 262097.
- CE, 16 février 2005, *S.A.R.L MEDIATION ET ARGUMENTS*, req. n° 277584.
- CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP) et autres*, Lebon, P. 71 ; *BJDCP* 2005, n° 40, P. 187, concl. Casas ; *RFDA*, 2005, P. 483, concl. Casas ; *AJDA*, 2005, P. 668, note Dreyfus.
- CE, 4 avril 2005, *Cne de Castellar*, req. n° 265784, Lebon, P. 141; *BJCP* 2005. 208, concl. Boulouis, obs. Ch. M.; *Contrats et Marchés publ.* 2005, n° 149, obs. Olivier.
- CE, 8 avril 2005, *Société Radiometer*, Lebon T. 698 et 964 ; *AJDA*, 2005, P. 1589 ; *Dr. adm.* 2005, n° 128.
- CE, 9 mai 2005, *Sté Schüco International*, req. n° 266060, Lebon T. 816 ; *BJCP* 2005, P. 292, concl. Boulouis, obs. Ph. T.
- CE, 8 juin 2005, M. Tomaselli, *Cne de Ramatuelle*, Req. n° 255987 et 256200, Lebon T. 875; *BJCP* 2005, P. 381, concl. Boulouis, obs. C.M.
- CE, 8 juillet 2005, *Communauté d'agglomération de Moulins*, req. n° 268610 ; *BDCP* n° 43, 2005, P. 436, concl. D. Casas.
- CE, 8 juillet 2005, *Jedjiga*, req. n° 259615.
- CE, 5 août 2005, *CONFEDERATION GENERALE DU TRAVAIL*, req. n° 283472.
- CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, req. n° 278732, Lebon P. 423; *BJCP* 2006. 10, concl. Casas, obs. Ch. M.; *Dr. adm.* 2005, n° 168, obs. Ménéménis; *AJDA*, 2005, P. 2128, obs. Dreyfus; *Contrats et Marchés publ.* 2005, n° 11, obs. Lichère ; *JCP Adm.* 2005. P. 1748, note Linditch.
- CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, req. n° 278646, Lebon T. 966.
- CE, 23 novembre 2005, *Sté Axialogic*, req. n° 267494, Lebon, T. 966.
- CE, 30 novembre 2005, *Syndicat des Médecins d'Aix et Région et autres*, req. n° 278291, 278969, 279320, 279345, 279438, 279515, 279536, 279537.

- CE, 28 décembre 2005, *Section Syndicale Des Collecteurs Carcassiers du Syndicat les Professionnels du Pneu*, req. n° 264778.
- CE, 6 janvier 2006, *Société LEBANESE COMMUNICATION GROUP*, req. n° 279596.
- CE, 17 février 2006, *Sté Valco*, req. n° 277166 ; *Contrats et marchés publ.*, 2006, n° 4, comm. n° 101, P. 14, note W. Zimmer.
- CE, Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG*, req. n° 288460, Lebon. P. 154 ; *RFDA* 2006, P. 463, concl. Y. Aguila ; *AJDA* 2006, P. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica.
- CE, 28 avril 2006, *Sté Abraham Bâtiment Travaux publics et Collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon*, req. n° 286443 ; *AJDA*, 2006, P. 905 ; *RDI*, 2006, P. 221, obs. J.-D. Dreyfus.
- CE, 10 mai 2006, *Sté Bronzo*, req. n° 281976 ; *AJDA*, 2006, P. 1619, note Lacrouts ; *Contrats et Marchés publ.* 2006, n° 204, obs. Pietri.
- CE, 19 mai 2006, *Fédération des Employés et Cadres CGT-FO*, req. n° 274395.
- CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, req. n° 275531, *JCP A* 2006, n° 1133, note F. Linditch ; *Dr. adm.* 2006, comm. 129, note M. Bazex.
- CE, 7 juin 2006, *Asselin*, req. n° 286350 ; *Dr. adm.* 2006, n° 137 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 332, note J.-P. Pietri.
- CE, 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*, req. n° 286107 ; *AJDA*, 2006. P. 2064, note More.
- CE, 11 septembre 2006, *Cne de Saran c/ Sté Gallaud*, req. n° 257545 ; *Contrats et Marchés publ.* 2006, n° 286, obs. Pietri.
- CE, 11 septembre 2006, *Cne Théoule-sur-Mer*, req. n° 255273, Lebon, P. 395 ; *AJDA*, 2006, P. 2125, note J.-D. Dreyfus ; *JCP G* 2006, I, 201 chron. B. Plessix, comm. P. Cassia ; *GACA*, P. 1230.
- CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, Lebon, P. 434 ; *AJDA*, 2006, P. 2340, concl. D. Casas ; *Mon. TP* 24 novembre 2006, P. 116, note M. Dreiffuss.
- CE, 27 octobre 2006, *Commune Saint-Paul-en-Pareds*, req. n° 244353 ; *Juris-Data* n° 2006-070993 ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 26, note E. Delacour.
- CE 17 novembre 2006, *ANPE*, req. n° 290712 ; *AJDA*, 2007. P. 257, note Subra de Bieusses ; *Dr. adm.* 2007, n° 23, obs. Alonso Garcia.
- CE, 24 novembre 2006, *Sté Group 4 Falck Sécurité*, req. n° 275412, *Juris-Data* n° 2006-071104 ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 6, note W. Zimmer.
- CE, 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, Lebon P. 540.

- CE, 15 décembre 2006, *Sté Corsica Ferries*, req. n° 298618 ; *AJDA*, 2007, P. 185, note J.-D. Dreyfus ; *ibid.* P. 1105, chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney et S. Nicinski.
- CE, 29 décembre 2006, *Sté Bertele Snc*, req. n° 273783, Lebon T. 948 ; *BJCP*, 2007. P. 97, concl. Boulouis.
- CE, 10 janvier 2007, *Société Pompes funèbres et conseillers funéraires du Roussillon*, req. n° 284063, *AJDA*, 2007, P. 636.
- CE, sect., 22 février 2007, *Assoc. du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, req. n° 264541, Lebon, P. 92, concl. Vérot ; *AJDA*, 2007, P. 793, chron. Lenica et Boucher ; *JCP Adm.* 2007, note Guglielmi et Koubi.
- CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, req. n° 284736, Lebon, P. 155 ; *AJDA*, 2007, P. 1020, chron. Lenica et Boucher ; *Contrats et Marchés publ.* 2007, n° 191, obs. Eckert ; *BJCP* 2007. P. 283, concl. Séners, obs. R. S. ; *Dr. adm.* 2007, n° 95, note Bazex et Blazy ; *RFDA*, 2007. P. 812, concl. Séners et note Douence ; *RDP*, 2007, P. 1367, note Bui-Xuan.
- CE, 6 avril 2007, *Département de l'Isère*, req. n° 298584, Lebon T. 745 ; *BJCP* 2007. 293, concl. Boulouis, obs. R. S.
- CE, 28 juin 2007, *Société Découverte de la Baie du Mont Saint-Michel et autres*, req. n° 306954.
- CE, 9 juillet 2007, *Synd. EGF-BTP et a.*, req. n° 297711, Lebon P. 298 ; *ACCP* 2007/69, note Richer ; *BJCP* 2007. 366, concl. Boulouis ; *Contrats et Marchés publ.* 2007, n° 240, obs. Zimmer ; *JCP Adm.* 2007. P. 2213, note Linditch.
- CE, 13 juillet 2007, *Synd. d'agglomération nouvelle Ouest Provence*, req. n° 296096, Lebon T. 692 ; *Contrats et Marchés publ.* 2007, no°266, obs. Zimmer.
- CE, Ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, req. n° 291545, Lebon, P. 360 ; *RFDA*, 2007, P. 696, concl. Casas ; *RDP*, 2007, P. 1402, concl. Casas, note Melleray ; *RFDA*, 2007, P. 923, note Pouyaud ; *AJDA*, 2007, P. 1577, chron. Lenica et Boucher.
- CE, 19 septembre 2007, *Cté d'agglomération de Saint-Étienne métropole*, req. n° 296192, Lebon T. 952 ; *AJDA*, 2007, P. 1781.
- CE, 26 septembre 2007, *Dpt du Gard – Sté d'aménagement et d'équipement du dpt du Gard*, req. n° 255993, Lebon T. 943 ; *Contrats et Marchés publ.* 2007, n° 295, obs. Olivier ; *RFDA*, 2008. P. 277, concl. Boulouis, note Moderne.
- CE, 5 octobre 2007, *Sté UGC-Ciné-cité*, req. n° 298773 : *AJDA*, 2007, P. 2260, note Dreyfus.
- CE, 10 octobre 2007, *Sté SPS Tarbes*, req. n° 255213 : *Juris-Data* n° 2007-072507.

- CE, 29 octobre 2007, *Cté d'agglomération du Pays Voironnais*, req. n° 301065.
- CE, 9 novembre 2007, *Sté ISOSEC*, req. n° 288289.
- CE, 19 décembre 2007, *Société Sogeparc-cgst-compagnie générale de stationnement*, req. n° 260327.
- CE, 26 mars 2008, *Communauté urbaine de Lyon*, req. n° 303779, Lebon T. 808; *Contrats et Marchés publ.* 2008, n° 125, obs. Pietri.
- CE, 14 avril 2008, *M. Jasenko*, req. n° 314157.
- CE, 14 mai 2008, *Communauté de cnes de Millau-Grands Causses*, req. n° 280370, Lebon T. 890 ; *AJDA*, 2008, P. 966.
- CE, 19 mai 2008, *AFORST*, req. n° 305970.
- CE, 23 mai 2008, *Musée Rodin*, req. n° 306153, Lebon T. 805; *AJDA*, 2008. P. 1029.
- CE, 6 juin 2008, *Syndicat Des Transports D'Ile-de-France*, req. n° 300935.
- CE, Ass., 11 juillet 2008, *Sté Krupp Hazemag*, req. n° 287354, Lebon, P. 273 ; *AJDA*, 2008, P. 1588.
- CE, 8 août 2008, *Cne de Nanterre*, req. n° 309136, Lebon T. 635; *Contrats et Marchés publ.* 2008, n° 229, obs. Pietri.
- CE, 8 août 2008, *CH Edmond-Garcin*, req. n° 309652, Lebon T. 807; *Contrats et Marchés publ.* 2008, n° 228, obs. Pietri.
- CE, 8 août 2008, *Région Bourgogne*, req. n° 307143: *Contrats et Marchés publ.* 2008, comm. n° 226, obs. Pietri; *Dr. adm.* 2008, comm. n° 148, obs. Labayle-Pabet et Garderes ; *RDI*, 2008. P. 503, obs. Noguellou.
- CE, sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, req. n° 305420, Lebon, P. 324 ; *RFDA*, 2008, P. 1128, concl. Dacosta, note Delvolvé.
- CE, 22 octobre 2008, *Sté Vinci Construction France SAS et a.*, req. n° 313676 ; *BJCP*, 2009, P. 249.
- CE, 24 octobre 2008, *Synd. intercommunal d'eau et d'assainissement de Mayotte, SNC Sogea Mayotte*, req. n° 300034, Lebon T. 809.
- CE, 29 octobre 2008, *Cne de Sainte-Marie-aux-Mines*, req. n° 273569 ; RCGT 2010. 199, chron. Mozol; *AJDA*, 2009, P. 116.
- CE, 5 novembre 2008, *Cne de Saint-Nazaire, Cté d'agglomération de la région nazairienne et de l'estuaire – Sté Abri services SARL*, req. n° 310484 et 310544, Lebon T. 635; *Contrats et Marchés publ.* 2008, n° 299, obs. Zimmer.
- CE, 7 novembre 2008, *Dpt de la Vendée*, req. n° 291794, Lebon T. 805; *AJDA*, 2008 P. 2454, note Richer.

- CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte d'assainissement de la région du Pic-saint-Loup*, req. n° 290540, BJDGP 2009, n° 63, P. 151, concl. Da Costa.
- CE, 15 décembre 2008, *Cté intercommunale des villes solidaires*, req. n° 312350, Lebon T. 816 ; ACL 2009, n° 61, obs. Douence ; *BJCP*, 2009. 136, concl. Dacosta, obs. Ch. M.; *Contrats et Marchés publ.*, février 2009, p. 31, note Eckert ; *RLCT* 2009, n° 1312, note Tifine.
- CE, 15 décembre 2008, *Cté urbaine de Dunkerque – Ville de Dunkerque*, req. n° 310380 ; *Contrats et Marchés publ.* 2009, n° 36, note Olivier.
- CE, 29 décembre 2008, *L'Office Public D'habitations A Loyer Modéré (OPHLM) De Puteaux*, req. n° 296930.
- CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, Lebon, P. 4 ; *BJDGP*, 2009, n° 64, P. 201, concl. Dacosta ; *AJDA*, 2009, P. 602, obs. Dreyfus.
- CE, 4 février 2009, *Cne de Toulon*, req. n° 311344, Lebon T. 841 ; *AJDA*, 2009, P. 233.
- CE, 4 mars 2009, *Synd. nat. des industries d'information de santé*, req. n° 300481, Lebon, P. 76 ; *BJCP*, 2009. P. 237, concl. Courrèges ; *Contrats et Marchés publ.* 2009, n° 120, note Soler-Couteaux ; *Dr. adm.* 2009, comm. n° 71, note Hoepffner ; *RDI*, 2009. P. 423, note Noguellou.
- CE, 6 mars 2009, *Cne de Savigny-sur-Orge*, req. n° 315138, *AJDA*, 2009, P. 1380, note Deliancourt.
- CE, 6 mars 2009, *Synd. mixte de la région d'Auray-Belz-Quiberon*, req. n° 321217, Lebon T. 840 ; *AJDA*, 2009, P. 457.
- CE, 1^{er} avril 2009, *Sté des autoroutes du sud de la France*, req. n° 315586 ; *AJDA*, 2009, P. 684.
- CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux (CGE) c/ Commune d'Olivet*, req. n° 271737 et 271782, Rec. P. 116 ; *RFDA*, 2009, P. 449, concl. Edouard Geffray.
- CE, 20 mai 2009, *Commune de Fort-de-France*, req. n° 311379.
- CE, 3 juin 2009, *GIE Carte du professionnel de santé*, req. n° 319103.
- CE, 5 juin 2009, *Cne de Richardménil*, req. n° 295837, Lebon T. 832 ; *AJDA*, 2009, P. 1133.
- CE, 5 juin 2009, *Sté Avenance-enseignement et santé*, req. n° 298641, Lebon T. 826; *RJEP* janvier 2010, P. 22, note Moreau.
- CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, req. n° 317671, Lebon T. 840; *AJDA*, 2009, P. 1174; *BJCP*, 2009. P. 424.
- CE, 10 juin 2009, *Région de Lorraine*, req. n° 324153, Lebon T. 831 ; *AJDA*, 2009, P. 1175; *RDI*, 2009, P. 472, obs. R. Noguellou.

- CE, 10 juillet 2009, *Dpt de l'Aisne. Min. de la santé et des sports*, req. n° 324156, Lebon T. 829 ; *Contrats et Marchés publ.* 2009, n° 270, note Eckert ; *Dr. adm.* 2009, comm. n° 127, note Marson ; *RFDA*, 2009. P. 146, note Clamour.
- CE, 22 juillet 2009, *OPAC de la Sarthe*, req. n° 300313 ; *RDI*, 2009, P. 592, note Noguellou.
- CE, 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble, Sté Gaz Électricité de Grenoble*, req. n° 296964, Lebon T. 642 ; *BJCP* 2009, P. 460, concl. Boulouis, obs. M. ; *RJEP* mars 2010, n° 13, concl. Boulouis ; *RLCT* 2009, n° 1476, concl. Glaser ; *DGCT* 2010. Chron. n° 19.
- CE, 11 août 2009, *Cté urbaine de Nantes métropole*, req. n° 319949, Lebon T. 831 ; *AJDA*, 2009, P. 2181, note Dreyfus ; *Contrats et Marchés publ.* 2009, n° 348, note Olivier.
- CE, 11 août 2009, *Sté Maison Comba*, req. n° 303517, Lebon T. 833 ; *BJCP* 2009, P. 470, concl. Dacosta, obs. Ch. M. ; *JCP Adm.* 2009, n° 2261, note Vila ; *AJDA*, 2010, P. 954, note Subra de Bieusses ; *DGCT* 2010. Chron. n° 27.
- CE, 11 août 2009, *Sté Val'Horizon – Synd. Emeraude, synd. mixte pour la collecte et le traitement des déchets de la vallée de Montmorency*, req. n° 325465.
- CE, 18 novembre 2009, *Sté 2H Energy*, req. n° 311179.
- CE, 9 décembre 2009, *Dpt de l'Eure*, req. n° 328803, Lebon T. 832 ; *BJCP* 2010, P. 78, concl. Boulouis.
- CE, 23 décembre 2009, *Ét. public du musée et du domaine national de Versailles*, req. n° 328827, Lebon, P. 502 ; *AJDA*, 2010. P. 6 ; *BJCP* 2010. P. 103, concl. Dacosta, obs. Ch. M. ; *JCP Adm.* 2010, n° 2103, note Dieu ; *Contrats publics*, mars 2010, p. 83, note Le Bouedec ; *AJDA*, 2010. P. 500, note Dreyfus ; *Dr. adm.* 2010, n° 36, note Eckert.
- CE, 23 décembre 2009, *Sté des pompes funèbres OGF*, req. n° 305478 ; *BJCP*, 2010, P. 112, obs. Ph. T. et R. S.
- CE, 30 décembre 2009, *Sté Aquitaine BIO Teste*, req. n° 319343, Lebon T. 839.
- CE, 10 février 2010, *Perez*, Lebon, P. 17 ; *JCP* 2010. P. 2068, concl. Boulouis ; *BJCP* 2010, n° 70, P. 189, concl. Boulouis ; *AJDA*, 2010, P. 541, note Dreyfus.
- CE, 17 février 2010, *Communauté des communes Flandre Lys*, req. n° 325520.
- CE, 24 février 2010, *Cté de cnes de l'Enclave des Papes*, req. n° 333569, Lebon, P. 60 ; *BJCP*, 2010. P. 203, concl. Boulouis.
- CE, 5 mars 2010, *M. Pascal A*, req. n° 335764.
- CE, 17 mars 2010, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, req. n° 308676.
- CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, req. n° 334279 ; *BJCP*, 2010, P. 241, concl. Boulouis.

- CE, 31 mars 2010, *Synd. mixte de la région d'Auray-Belz-Quiberon*, req. n° 333970 ; *Contrats et Marchés publ.* 2010. Chron. n° 209, note Llorens.
- CE, 9 avril 2010, *Société Vivendi*, req. n° 313557 ; BJDCEP 2010, P. 254, concl. Boulouis.
- CE, 5 mai 2010, *Bernard*, req. n° 301420 : Juris-Data n° 2010-006284 ; RJEP 2010, comm. 59, note C. Chamard-Heim ; *Contrats et Marchés publ.* 2010, comm. 260, note G. Eckert.
- CE, 5 mai 2010, *Christian A et la Société ICD-VIE*, req. n° 307089.
- CE, 21 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, req. n° 333737.
- CE, 21 mai 2010, *Cne de Bordeaux*, req. n° 334845, Lebon T. 858 ; *Contrats et Marchés publ.* 2010, n° 259, note Eckert ; ACCP juillet 2012. note Terrier ; DGCT 2011, n° 52, obs. Douence.
- CE, 26 mai 2010, *Société SARL BRIC'OLERON*, req. n° 338595.
- CE, 18 juin 2010, *Cté urbaine de Strasbourg, Sté Sèche Éco Industrie*, req. n° 336120, Lebon T. 847; *Contrats et Marchés publ.* 2010, n° 293, note Eckert ; *Dr. adm.* 2010, n° 128, note Brenet ; *JCP Adm.* 2010, n° 2272, obs. Linditch ; *BJCP* 2010, P. 354, concl. Dacosta, obs. R.S.; DGCT 2011, n° 53, obs. Douence.
- CE, 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule*, req. n° 318617, Lebon T. 660 ; Juris-Data n° 2010-019539 ; BJDCEP 2010, n° 73, P. 417, concl. Dacosta.
- CE, 29 octobre 2010, *Société METROPOLE TELEVISION M6*, req. n° 334914.
- CE, 29 octobre 2010, *Synd. mixte d'assainissement de la région ouest de Versailles (SMAROV)*, req. n° 340212, Lebon T. 849; *Contrats et Marchés publ.* 2010, n° 403, note Devillers ; *AJDA*, 2011. P. 514, note Le Port et Hul.
- CE, 10 novembre 2010, *Etablissement public national des produits de la mer (France Agrimer)*, req. n° 340944, Lebon T. 858; *AJDA*, 2012, P. 1314 ; *AJCT*, 2012, P. 566, obs. A.-S. Juilles.
- CE, 10 novembre 2010, *Min. de la Défense*, req. n° 341132, Lebon T. 858, 885.
- CE, 19 novembre 2010, *M. et Mlle Dingreville*, req. n° 320169, Lebon, T. 699 ; *Contrats et Marchés publ.* 2011, n° 22, note Eckert.
- CE, 19 janvier 2011, *Grand Port maritime du Havre*, req. n° 343435, Lebon, P. 11; *AJDA*, 2011, P. 135; *ibid.* P. 800, note J.-D. Dreyfus; *RDI*, 2011, P. 275, obs. R. Noguellou.
- CE, 19 janvier 2011, *Sté Entreprise Mateos*, req. n° 316783, Lebon T. 1012.
- CE, 19 janvier 2011, *Sté TEP-Technique d'Environnement et Propreté*, req. n° 340773 et 340780.

- CE, 11 février 2011, *Association des Riverains de France*, req. n° 325103, 325104, 325106 ; *Cahier du Conseil constitutionnel*, 2012, P. 173.
- CE, 24 février 2011, *Union nationale des footballeurs professionnels et autres*, req. n° 340122.
- CE, 15 avril 2011, *Société Electricité de France*, req. n° 346459.
- CE, 20 avril 2011, *Cne de Baie-Mahault*, req. n° 342850: *AJDA*, 2011, P. 1109, note Grand; *Dr. adm.* 2011, n° 57, note Brenet.
- CE, 20 avril 2011, *Syndicat des Agences de Presse Télévisée et le Syndicat des Producteurs Indépendants*, req. n° 341051.
- CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, req. n° 344244, Lebon T.1006 ; *AJDA*, 2011, P. 870 ; *AJCT*, 2011, P. 411, obs. S. Hul ; *BJCP*, 2011. P. 263, concl. Dacosta ; *Contrats et Marchés publ.* 2011, n° 165, note Zimmer.
- CE, 29 avril 2011, *Garde des Sceaux, min. de la Justice et des Libertés*, req. n° 344617, Lebon T. 1005 ; *AJDA*, 2011, P. 877 ; *AJCT*, 2011, P. 410, obs. J.-D. Dreyfus.
- CE, 4 mai 2011, *CCI de Nîmes*, req. n° 334280, Lebon, P. 205 ; *RDI*, 2011, P. 396, note Braconnier ; *BJDCP* 2011, n° 77, P. 285, concl. B. Dacosta.
- CE, 20 mai 2011, *Commune du Lavandou et Biver*, req. n° 328338 et 328642.
- CE, 20 mai 2011, *Conseil National de l'Ordre des Médecins*, req. n° 347098 ; *Cahier du Conseil constitutionnel*, 2012, P.173 ; *Constitutions*, 2011, P. 405.
- CE, 23 mai 2011, *Commune d'Ajaccio*, req. n° 339406, Lebon T. 1007; *Contrats et Marchés publ.* 2011, n° 246, note Devillers.
- CE, 23 mai 2011, *Cne de Six-Fours-les-Plages*, req. n° 342520, Lebon, P. 255 ; *AJCT*, 2011, P. 467, obs. Fausser ; *AJDA*, 2011, P. 1515, note Dreyfus ; *BJCP* 2011, P. 258, concl. Boulouis, obs. R. S.; *Dr. adm.* 2011, n° 79, note Pugeault ; *JCP Adm.* 2011. 2329, note Linditch ; *DGCT* 2012, n° 68, obs. Douence.
- CE, 23 mai 2011, *Dpt de la Guyane*, req. n° 314715 ; *AJDA*, 2011, P. 1564, note Ziani ; *DGCT* 2012, n° 66, obs. Douence.
- CE, 1^{er} juin 2011, *Cne de Saint-Benoît*, req. n° 345649, Lebon T. 1006; *Contrats et Marchés publ.* 2011, n° 196, note Zimmer ; *AJDA*, 2011, P. 1118 ; *AJCT*, 2011, P. 466, obs. O. Didriche.
- CE, 1^{er} juin 2011, *Sté Koné*, req. n° 346405, Lebon, P. 266 ; *Contrats et Marchés publ.* 2011, n° 219, note Pietri ; *AJDA*, 2011, P. 1108 ; *AJCT*, 2011, P. 568, obs. S. Hul ; *RTD eur.* 2011, P. 893, obs. J.-P. Kovar.

- CE, 24 juin 2011, *Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val-d'Oise et des Yvelines et Sté Seni*, req. n° 346665 ; *AJDA*, 2011, P. 1296.
- CE, 12 septembre 2011, *M. et Mme A*, req. n° 347444.
- CE, 21 septembre 2011, *Dpt des Hauts-de-Seine*, req. n° 349149, Lebon T. 1005 ; *BJCP* 2011. P. 442, concl. Boulouis ; *Contrats et Marchés publ.* 2011, n° 315, note Zimmer.
- CE, 28 septembre 2011, *Centre hospitalier intercommunal de Poisser-St-Germain-en-Laye*, req. n° 338894 : *Juris-Data* n° 2011-020404.
- CE, 30 septembre 2011, *Dpt de la Haute-Savoie et Sté GTS*, req. n° 350153, Lebon T. 813 ; *AJDA*, 2011, P. 1875 ; *BJCP* 2011. P. 448, concl. Dacosta.
- CE, 30 septembre 2011, *Région Picardie*, req. n° 350431, Lebon T. P. 1010 ; *BJCP*, 2011. P. 455, concl. Dacosta ; *Contrats et Marchés publ.* 2011, n° 316, note Pietri ; *Dr. adm.* 2011, n° 96, note Brenet.
- CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation de l'agriculture et de la pêche*, req. n° 337062 ; *BJDCP* 2012, n° 20, P. 51, concl. Lieber.
- CE, 27 octobre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, req. n° 350935 ; *BJDCP* 2012, n° 80, P. 9, concl. N. Boulouis.
- CE, 23 novembre 2011, *Cté urbaine de Nice-Côte d'Azur*, req. n° 351570, Lebon T. 1009.
- CE, 23 novembre 2011, *Sté GIHP Lorraine Transports*, req. n° 349746 : Lebon T. 1002 : *AJDA*, 2011, P. 2542 ; *AJCT*, 2012, P. 260, obs. O. Didriche.
- CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la Défense et des anciens combattants*, req. n° 353121, Lebon T. 1008 ; *BJCP*, 2012. P. 86, concl. Boulouis ; *Contrats et Marchés publ.* 2012, n° 11, note Eckert.
- CE, 30 novembre 2011, *Sté DPM Protection*, req. n° 350788, Lebon, P. 597 ; *AJDA*, 2012, P. 270, note M. Dreifuss ; *ibid.* 2011, P. 2383 ; *RDI*, 2012, P. 91, obs. R. Noguellou.
- CE, 7 décembre 2011, *Société Métropole Télévision*, req. n° 321349.
- CE, 14 décembre 2011, *Syndicat des Agences de Presse Télévisée*, req. n° 342985.
- CE, 23 décembre 2011, *Dpt de la Guadeloupe*, req. n° 350231, Lebon T. 1021 ; *AJDA*, 2012, P. 7.
- CE, 16 janvier 2012, *Dpt de l'Essonne*, req. n° 353629.
- CE, 30 janvier 2012, *Gilbert A*, req. n° 342355.
- CE, 1^{er} mars 2012, *Dpt de la Corse-du-Sud*, req. n° 354159.
- CE, 12 mars 2012, *Dynacité, Sté Dalkia France*, req. n° 354355 à 354558 ; *BJCP* 2012. P. 188, concl. Boulouis ; *Contrats et Marchés publ.* 2012, n° 145, note Pietri.

- CE, 11 avril 2012, *ASSOCIATION SYNDICALE AUTORISEE DU HAMEAU DE LA JONCHERE*, req. n° 342052.
- CE, 11 avril 2012, *Synd. Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres*, req. n° 354652, Lebon T. 858 ; *AJDA*, 2013, P. 891 ; *AJCT*, 2013, P. 466, obs. S. Hul.
- CE, 9 mai 2012, *Cne de Saint-Benoît*, req. n° 356455, Lebon T. 844.
- CE, 9 mai 2012, *Cne de Saint-Maur-des-Fossés*, req. n° 355756, Lebon, P. 213 ; *AJDA*, 2012 P. 1404, note Dreyfus ; *BJCP*, 2012. P. 343, concl. Dacosta.
- CE, 9 mai 2012, *Synd. départemental des ordures ménagères de l'Aude*, req. n° 355665, Lebon, P. 192 ; *RDI*, 2012, P. 403, obs. Noguellou ; *AJDA*, 2012, P. 1688, note Martin ; *RFDA*, 2012, P. 683, note Delvolvé ; *BJCL* 2012. 511, concl. Dacosta.
- CE, 23 mai 2012, *Maison de retraite publique de la Vallée des Baux*, req. n° 351157.
- CE, 23 mai 2012, *RATP*, *RFDA*, 2012, P. 1181, note S. Nicinski.
- CE, 30 mai 2012, *SIVOM de Ville franche-Sur-Mer et la Commune De Saint-Jean-Cap-Ferrat*, req. n° 354951.
- CE, 25 juin 2012, *FEDERATION NATIONALE INDEPENDANTE DES MUTUELLES*, req. n° 355844.
- CE, 29 juin 2012, *Sté Pro 2C*, req. n° 357976, Lebon, P. 258 ; *AJDA*, 2012, P. 1314 ; *ibid.* P. 2420, étude M. Laazouzi ; *RDI*, 2012, P. 560, obs. S. Braconnier.
- CE, 4 juillet 2012, *Cabinet Froment-Meurice et associés*, req. n° 353305.
- CE, 4 juillet 2012, *Min. de la Défense et des Anciens Combattants*, req. n° 352714 ; *Contrats et Marchés publ.* 2012, n° 271, note Pietri.
- CE, 4 juillet 2012, *M. Nicolas A*, req. n° 350122.
- CE, 27 juillet 2012, *Association Union des agents sportifs du football*, req. n° 361328.
- CE, 19 septembre 2012, *Confédération Générale du Travail - Force Ouvrière et autres*, req. n° 357814.
- CE, 26 septembre 2012, *GIE «Groupement des poursuites extérieures»*, req. n° 359389.
- CE, 3 octobre 2012, *Sté Déménagements Le Gard - Hauts-de-Seine*, req. n° 360952, Lebon T. 858 ; *AJDA*, 2012, P. 1883 ; *AJCT*, 2013, P. 96, obs. S. Hul.
- CE, 10 octobre 2012, *Cne de Baie-Mahault*, req. n° 340647 ; *RDI*, 2012, P. 622, note Noguellou ; *BJCP* 2013, P. 27, concl. Dacosta, obs. S.N.
- CE, 29 octobre 2012, *Association Union des agents sportifs du football et autres*, req. n° 361327.
- CE, 7 novembre 2012, *Polynésie française*, req. n° 360252 ; *BJCP*, 2013. P. 3, concl. Dacosta.

- CE, 21 novembre 2012, *Région Languedoc-Roussillon*, req. n° 329903 ; *JCP A* 2013, P. 2043, concl. E. Crepey.
- CE, 26 novembre 2012, *M. Daniel B*, req. n° 342485.
- CE, 3 décembre 2012, *Synd. mixte de Besançon et de sa région pour le traitement des ordures ménagères (Sybert)*, req. n° 360333.
- CE, 18 décembre 2012, *Dpt de la Guadeloupe*, req. n° 362532, Lebon T. 844.
- CE, 28 janvier 2013, *Département du Rhône*, req. n° 356670.
- CE, 15 février 2013, *Société SFR*, BJDCP 2013, n° 89, P. 295, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2013, com. 105, obs. Pietri.
- CE, 20 février 2013, *Société Laboratoire Biomnis*, req. n° 363656 ; BJDCP 2013, n° 89, P. 257, concl. G. Pellissier.
- CE, 11 mars 2013, *Ass. des chambres françaises de commerce et d'industrie et Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie*, req. n° 364551 et 364603 ; *AJDA*, 2013, P. 600 ; *AJCT*, 2013, P. 419, obs. S. Hul.
- CE, 11 mars 2013, *Min. de la Défense c/ Sté Aéromécanic*, req. n° 364827 ; *Contrats et Marchés publ.* 2013, note Eckert.
- CE, 20 mars 2013, *Syndicat des médecins d'Aix et région*, req. n° 345885.
- CE, 25 mars 2013, *Dpt de l'Hérault*, req. n° 364824 ; *Contrats et Marchés publ.* 2013, n° 133, note Eckert.
- CE, 7 mai 2013, *Département de Paris, Ville de Paris*, req. n° 364833.
- CE, 7 mai 2013, *Sté auxiliaire de parcs de la région parisienne*, req. n° 365043, Lebon T. 137 ; *AJCT*, 2013, P. 462, obs. Burel ; *AJDA*, 2013, P. 1271, chron. Domino et Bretonneau ; *JCP Adm.* 2013, P. 2297, note Vila.
- CE, 7 mai 2013, *Sté Segex et Sté Aximum*, req. n° 365706.
- CE, 29 mai 2013, *Min. de l'Intérieur c/ Sté Artéis*, req. n° 366606.
- CE, 5 juin 2013, *Société MSO Sablirot*, req. n° 366671.
- CE, 5 juillet 2013, *Société Véolia Transport Valenciennes Transvilles*, req. n° 367760, *Juris-Data* n° 2013-013827 ; *Contrats et Marchés publ.* 2013, comm. 262, note J.-P. Pietri ; *AJDA*, 2013, P. 2454, note Schultz.
- CE, 10 juillet 2013, *Sté Banque Calédonienne d'investissement*, req. n° 361122 ; *Contrats et Marchés publ.* 2013, n° 249, note Eckert.
- CE, 17 juillet 2013, *Commune d'Aubagne*, req. n° 368943.
- CE, 17 juillet 2013, *Commune de Tairapu-Est*, req. n° 368780.
- CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise*, req. n° 368846, *BJCP* 2014. 43, concl. Dacosta.

- CE, 29 octobre 2013, *Dpt du Gard*, req. n° 371233.
- CE, 29 octobre 2013, *Val-d'Oise Habitat, Contrats et marchés publ.* 2014, com. 4, obs. P. Devillers.
- CE, 21 février 2014, *Société AD3 et Les Lavandières, Centre départemental gériatrique de l'Indre*, req. n° 373096 et 373116.
- CE, 26 mars 2014, *Cne de Chaumont*, req. n° 374387, *Contrats et Marchés publ.* 2014, n° 135, note Zimmer.
- CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne c/ Bonhomme*, req n° 358994 ; *BJDCP* 2014, n° 94, P. 205 ; *RFDA*, 2014, P. 245, concl. B. Dacosta, note Delvolvé ; *AJDA*, 2014, P. 1035, chron. Bretonneau et Lessi ; *Dr. adm.* 2014, comm. 36, obs. F. Brenet.
- CE, 11 avril 2014, *Min. Défense c/ Sté Legrand Bâtitisseurs*, req. n° 375245, *Contrats et Marchés publ.* 2014, n° 171, note Zimmer; *Dr. adm.* juillet 2014, n° 44, note Brenet.
- CE, 4 juin 2014, *Commune d'Aubigny-les-Pothées*, req. n° 368895.
- CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, req. n° 370644 ; *Juris-Data* n° 2014-023183 ; *AJDA*, 2015, P. 396 ; *AJCT*, 2015, P. 38.
- CE, 7 novembre 2014, *Association pour la recherche sur le diabète*, req. n° 383872.
- CE, 2 février 2015, *Maire de la commune d'Aix-en-Provence*, req. n° 373520.
- CE, 22 mai 2015, *Syndicat départemental d'électricité et de gaz de la Charente et autres*, req. n° 370129.

Avis du Conseil d'Etat :

- CE, avis, 6 mars 1986, EDCE 1987, n° 38, P. 178.
- CE, Section de l'Intérieur, avis, 7 octobre 1986, req. n° 340.609, *Les grandes avis du Conseil d'Etat*, 1^{er} édition 1997, n° 24, commentaire T. DAL FARRA.
- CE, avis, 15 juillet 1992, req. n° 352281, RATP, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz 2002, P. 616.
- CE, sect. TP, avis, 7 juillet 1994, req. n° 356089, *RFDA*, 1994, P 1146, note Rodrigues ; *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 2002, P. 315, note Vigouroux.
- CE, avis, 25 octobre 1994, req. n° 365.381, relatif au contrôle de légalité des conventions de coopération.
- CE, Section de l'intérieur et Section des travaux publics réunies, avis, 31 janvier 1995, req. n° 356960 ; *AJDA*, 1997, P. 139.

- CE, avis, 10 juin 1996, *Département de la Côte d'Or*, Rec. P. 198, *RFDA*, 1997, P. 83, note J. Cl. Douence.
- CE, sect. TP, avis, 21 janvier 1997, req. n° 359996, E.D.C.E., 1998, P. 184.
- CE, avis, 16 septembre 1999, req. n° 362908.
- CE, avis, 8 juin 2000, req. n° 364803 ; *AJDA*, 2000, P. 758, obs. Richer ; *Contrats et Marchés publ.* novembre 2000, P. 4, note Llorens.
- CE, avis, 8 novembre 2000, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*, req. n° 222208, Lebon, P. 492, concl. Bergeal ; *Contrats et Marchés publ.* 2001, n° 8, obs. Soler-Couteaux.
- CE, Ass., avis, 16 mai 2002, req. n° 366305.
- CE, avis, 29 juillet 2002, *Sté. MAJ Blanchisseries de Pantin*, req. n° 246921, Rec. P. 297 ; *BJDCP* 2002, n° 25, P. 427, concl. Piveteau, obs. Ch. M.
- CE, Ass., avis, 6 décembre 2002, *Synd. intercnal éts second cycle du second degré district l'Hay-les-Roses* : *Juris-Data* n° 2002-064591 ; Lebon, P. 433 ; *AJDA*, 2003, P. 280 ; *RFDA*, 2003, P. 291, concl. Le Châtelier, note B. Pacteau.
- CE, sect. TP, avis, 9 avril 2005, req. n° 371234.
- CE, sect. TP, avis, 19 avril 2005, Req. n° 371234: Rapport annuel 2006 du Conseil d'État, P. 197; *BJCP* 2006, P. 107, obs. R. S. et Ph. T.
- CE, Ass., avis, 13 février 2007, req. n° 373.788.
- CE, avis, 3 novembre 2009, req. n° 383248.
- CE, avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, req. n° 355446 ; *AJDA*, 2012, P. 1109, note P. Cassia.

Rapport annuel du Conseil d'Etat :

- E.D.C.E., n° 38, 1987, P. 54.
- Rapport public annuel 1993, *Régler autrement les conflits : Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La Documentation française, 1993.
- Rapport public annuel 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française. 2006.
- Rapport public annuel 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de norme*, La documentation française, 2008.

Cours administratives d'appel :

- CAA Nancy, 13 juin 1989, *Deiana*, req. n° 89NC00031 ; *Dr. adm.* 1998, hors série, comm. 543, P. 173.
- CAA Bordeaux, 20 décembre 1990, *Département des Pyrénées-Atlantiques*, req. n° 89BX01164 ; Rép. de jurispr. communal, mars-avril 1991, P. 1.
- CAA Paris, 6 juin 1991, *CHD Stell*, req. n° 89PA02634, Lebon T. 1047.
- CAA de Nancy, 30 avril 1992, *S.A. Tibe*, Lebon T. 1121.
- CAA Paris, 4 juin 1992, *SA Tahiti Moorea service*, req. n° 90PA01067, *CJEG*, 1993, 331, note Delpirou.
- CAA Nantes, 18 février 1993, *Dpt. du Finistère*, req. n° 90NT00396.
- CAA Bordeaux, 1^{er} juin 1993, *Ville de Toulouse et Société bordelaise de crédit industriel et commercial*, Lebon, P. 448.
- CAA Paris, 12 juin 1995, *Sté Levaux*, Lebon, P. 529.
- CAA Paris, 28 septembre 1995, *Épx Lestienne et Commune de Viroflay*, Lebon T. 980.
- CAA Lyon, 7 novembre 1996, *Préfet de la Haute-Corse*, req. n° 96LY00416, *AJDA* 1997, P. 303, chron. Erstein.
- CAA Paris, 20 mars 1997, *Sté GTM International*, req. n° 95PA02166.
- CAA Bordeaux, 15 décembre 1997, *SA Thermotique c/ Ville de Nice*, req. n° 94BX01637, Lebon T. 581 ; *Dr. adm.* 1998, n° 196.
- CAA Lyon, 20 mai 1999, *Société Comalait Industries*, req. n° 95LY00795 ; DP aff., octobre 1999, P. 4.
- CAA Marseille, 7 décembre 1999, *Sté Var expansion*, *BJDCP* 2000, n° 11, P. 245.
- CAA Nantes, 30 décembre 1999, *Sté Biwater*, Lettre J.-Cl. Dr. publ. affaires, juin 2000.
- CAA Lyon, 27 janvier 2000, *Commune de Cantaron*, req. n° 95LY00644.
- CAA Nancy, 17 février 2000, *Commune de Champigny-sur-Vesle c/ M. Michel Lebeau*, req. n° 95NC001123.
- CAA Douai, 17 mai 2000, *Commune de Lens*, req. n° 98DA01231 ; *BJCP*, 2000, n° 14, P. 79.
- CAA Marseille, 22 janvier 2001, *Préfet de Corse du sud*, req. n° 98MA00196.
- CAA Nantes, 6 juin 2001, *Sté Solétanche Bachy France*, req. n° 97NT02503.
- CAA Bordeaux, 19 mars 2002, *Communauté urbaine de Bordeaux*, req. n° 97BX01384 ; *Contrats et Marchés publ.* 2002, n° 165, obs. Llorens.

- CAA Bordeaux, 23 juillet 2002, *Commune de Fouras*, req. n° 01BX00654 et 02BX00087 ; *AJDA*, 2002, P. 924, si le contenu du contrat ne l'exclut pas.
- CAA Douai, 31 octobre 2002, *SA Quille*, req. n° 99DA01074.
- CAA Nantes, 27 juin 2003, *Cne de Contres*, req. n° 00NT00635, Lebon T. 862.
- CAA Bordeaux, 31 juillet 2003, *SA Charles et Monysset*, *Contrats et marchés publ.*, 2001, comm. 20, note F. Llorens.
- CAA Paris, 3 octobre 2003, *Sté Pieux Ouest*, req. n° 99-00461.
- CAA Lyon, 4 décembre 2003, *Région Bourgogne*, req. n° 99LY02358.
- CAA Bordeaux, 30 décembre 2003, *GIE Union pour le développement du transport en commun de la Réunion*, *Contrats et marchés publ.*, mai 2004, P. 20, note G. Eckert.
- CAA Bordeaux, 27 avril 2004, *Ville de Toulouse*, req. n° 00-1587.
- CAA Lyon, 7 juillet 2004, *SA Périmètre*, n° 98LY01896.
- CAA Bordeaux, 1^{er} mars 2005, *Carrière et Molinier*, req. n° 01BX00788 ; *AJDA*, 2005, P. 1846, obs. Tassone.
- CAA Marseille, 29 mars 2005, *SAGIM*, req. n° 01MA01669.
- CAA de Bordeaux, 11 octobre 2005, *Département de la Dordogne*, req. n° 00BX01892.
- CAA Douai, 18 octobre 2005, *Commune de Caudry*, *AJDA*, 2006, P. 221, note Subra de Bieusses.
- CAA Lyon, 11 mai 2006, *Sté Qualia*, req. n° 01LY00279 ; *BJCP* 2006, P. 349, concl. Besle, obs. Ch. M.
- CAA Paris, 13 juin 2006, *Cne d'Asnières-sur-Seine*, req. n° 03PA03602 ; *AJDA*, 2006, P. 1844, note Dreifuss.
- CAA Lyon, 29 septembre 2006, *Préfet de l'Ain*, req. n° 00LY02073 : *BJCP* 2006. 7, concl. Besle, obs. Ch. M.
- CAA Marseille, 26 mars 2007, *Cne de Briançon, Sté d'exploitation du casino de Briançon*, req. n° 04MA00412 ; *BJCP* 2008, P. 421.
- CAA Lyon, 28 juin 2007, *Cne d'Annecy*, req. n° 03LY01596 : *BJCP* 2007, P. 422.
- CAA Lyon, 18 juillet 2007, *Commune Tignes*, req. n° 05LY00461.
- CAA Lyon, 27 décembre 2007, *SA Lagarde et Meregnani*, req. n° 03LY01017 : *Juris-Data* n° 2007-356210 ; *BJCP* 2008, P. 128, concl. D. Besle ; *AJDA*, 2008, P. 698, note C. Vinet.
- CAA Marseille, 6 novembre 2008, *Sté Cameline* : *BJCP* 2009, P. 89.
- CAA Marseille, 9 avril 2009, *Cne d'Orange*, req. n° 07MA02807 ; *AJDA* 2009, P. 1418, note Marcovici.

- CAA Lyon, 14 mai 2009, *SEMERAP*, req. n° 07LY02163 ; *AJDA*, 2009. P. 1831, note Dreyfus.
- CAA de Nantes, 27 octobre 2009, *Préfet d'Eure-et-Loir*, req. n° 09NT00293.
- CAA Bordeaux, 29 juillet 2010, *Sté Logistique Grand Sud Ouest* ; req. n° 10BX00071 ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 352.
- CAA Marseille, 20 décembre 2010, *Société Siorat*, req. n° 08MA01775.
- CAA Lyon, 7 avril 2011, *Dpt du Rhône*, req. n° 09LY02983 ; *Contrats et Marchés publ.* 2011, n° 164, note Llorens.
- CAA Lyon, 15 décembre 2011, *Assoc. des contribuables actifs lyonnais*, req. n° 11LY00242 ; *Contrats et Marchés publ.* 2012, n° 42, note Zimmer.
- CAA Versailles, 18 octobre 2012, *Sté Altair Sécurité*, req. n° 10VE03167.
- CAA Douai, 19 juin 2012, *M. B et M. C*, req. n° 10DA01598.
- CAA Douai, 17 janvier 2013, *Commune d'Hazebrouck*, req. n° 12DA00780; *Contrats et Marchés publ.* 2013, n° 67, note Eckert.
- CAA Nantes, 7 juin 2013, *Sté Phytorem SA*, req. n° 11NT03240.
- CAA Lyon, 3 octobre 2013, *Société Faure Vercors*, req. n° 12LY02248.
- CAA Nantes, 31 octobre 2013, *SARL SONOTER TP*, req. n° 12NT01444 : *Juris-Data* n° 2013-028579 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 13, note M. Ubaud-Bergeron.
- CAA Paris, 21 octobre 2014, *Logicial OPH*, req. n° 13PA01615.

Tribunaux administratifs :

- Cons. de préf., de Lille, 18 mai 1953, *Maire de Mouveaux contre Lagache*, *Dalloz* 1953, P. 470.
- TA Grenoble, 9 avril 1980, *Sté, d'aménagement touristique de l'Alep d'Huez*, *D.* 1981, P. 581, note Servouin.
- TA Versailles 7 déc. 1984, *Préfet du Val d'Oise c/ Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*, *AJDA*, 1985, P. 287, note J.C.
- TA Paris, 9 octobre 1985, *Bodin*, *Rec. P.* 525.
- TA Versailles, 17 janvier 1986, *Commissaire de la République du département de Seine-et-Marne*, *Lebon*, P. 303.
- TA Versailles, 12 décembre 1991, *Préfet du Val d'Oise*, *CJEG* 1992, 126.
- TA Orléans, 22 octobre 1992, *Préfet du Cher c/ Commune de Bourges*, *JCP* 1993, éd. G., IV, 2061.

- TA Lille, 23 février 1995, *Préfet du Nord* ; *RFDA*, 1996, P. 423, concl. Boulay.
- TA Paris, 28 août 1995, *Sté RS Automation industrie*, Lebon, P. 895.
- TA Paris, 19 décembre 1995, *Préfet de la Seine-Saint-Denis c / Sodetat*, M.P. n° 7/1995-96, P. 44.
- TA Lille, 2 juillet 1998, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, Préfet du Nord c/ Synd. Intercommunal des Transports publics de la région de Douai*, req. n° 98.640 ; *BJCP* 1998, n° 1, P. 72, concl. Célérier, obs. R.S.
- TA Dijon, 5 janvier 1999, M. Denis Roycourt et Assoc. Auxerre Écologie, req. n° 985227 ; *BJCP* 1999, P. 295, concl. Lointier, obs. R.S.
- TA Versailles, 4^e ch., 13 décembre 1999, *Sté Entrepose Echafaudages c/SCI Atrium*, D. 2000, inf. rap., P. 46.
- TA Paris, 4 avril 2000, *Préfet de Paris*, req. n° 99915308/6.
- TA Versailles, 17 avril 2000, *Société d'aménagement des monts*, *BJCP* 2000, n° 14, P. 79.
- TA Rouen, 19 juin 2000, *Sté Herk*, *Contrats et marchés publ.*, 2001, comm. 13, note F. Llorens.
- TA Nancy, 26 septembre 2000, *Préfet des Vosges*, req. n° 00496, *Contrats et marchés publ.*, décembre 2000, P. 19, note F. Llorens.
- TA Strasbourg, 26 septembre 2000, *Préfet de la Moselle c/ District rural de Cattenom Sté. Edmond Schnitzler*, *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 10, obs. F. Olivier.
- TA Cergy-Pontoise, 23 janvier 2001, *Préfet de la Seine-Saint-Denis*, req. n° 00-9661/3, *BJCP*, 2001, n° 17, P. 356.
- TA Bastia 6 février 2003, Département de la Haute-Corse, *AJDA* 2003, P. 738, note S. Palmier.
- TA Amiens, 15 mai 2007, *Bonningue*, req. n° 04-2892.

Chambres régionales des comptes :

- CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, avis, 6 juin 2002, Commune d'Aubagne.
- CRC Picard, ROD, 1^{er} juillet 2002, Commune de Coye-la Forêt.
- CRC Lorraine, avis de contrôle budgétaire, 17 juillet 2003, Commune de Vittel, Rec. C. comptes P. 286 ; *RFDA*, 2006, P. 833.
- CRC Champagne-Ardenne, avis, 16 mars 2005, Commune d'Etrépagny.
- CRC Nord-Pas-de-Calais, avis, 18 mai 2005, Commune de Béthune.

Tribunal des conflits :

- TC, 11 janvier 1937, *Chavon*, S. 1938, 3, P. 57, note Alibert.
- TC, 10 juillet 1956, *Sté des Steeple-chases de France*, Lebon, P. 587.
- TC, 29 juin 1987, *Ficheux*, Rec. T. 776.
- TC, 24 juin 1996, *Préfet de l'Essonne*, Lebon, P. 546.
- TC, 22 janvier 2001, *Centre hospitalier de Montpellier c/ Sté Babcock et Pillard*, req. n° 01-03196 ; BJCP, 2001, n° 18, P. 448.
- TC, 23 février 2004, *Sté Leasecom, Contrats et marchés publ.*, 2004, n° 63.
- TC, 17 décembre 2007, *Société Lixxbail*, req. C 3651.
- TC, 15 décembre 2008, *Voisin*, AJDA, 2009, P. 369, chron. Lieber et Botteghi.

Jurisprudence européenne :

- CJCE, 22 septembre 1988, aff. 45/87, *Commission c. Irlande*, Rec. P. I-4929.
- CJCE, 20 mars 1990, aff. 21/88, *Du Pont de Nemours Italiana*, Rec. P. I-889.
- CJCE, 22 juin 1993, *Commission c/ Danemark*, Rec. CJCE, P. I-3353 ; *Dr. adm.*, 1993, comm. n° 418; *RD imm.*, 1993, P. 555, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *D.* 1994, somm., P. 83, obs. Ph. Terneyre.
- CJCE, 24 janvier 1995, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-359/93: Rec. CJCE I-157; *D.* 1996, 21, note Bergerès.
- CJCE, 18 mai 1995, *Commission c/ Italie*: aff. C-57/94.
- CJCE, 28 mars 1996, *Commission c/ Allemagne*: aff. C-318/94.
- CJCE, 28 octobre 1999, *Commission c/ Autriche*, BJCP, 2000, n° 9, P. 145.
- CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, concl. Cosmas, Rec. I-8121.
- CJCE, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz*. Aff. C-94/99, concl. Léger, Rec. I-11037.
- CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98, Rec. I-10770, concl. Fennely, AJDA, 2001, P. 106, note Richer ; BJCP, 2001. P. 132, concl. Fennely, obs. C.M.
- CJCE, 1^{er} février 2001, *Commission c/ France*, D. 2001, n° 8, P. 673.
- CJCE, ord., 3 décembre 2001, *Bent Moustén Vestergaard*, aff. C-59/00: BJCP 2002. P. 345, obs. R. S.
- CJCE, 12 décembre 2002, *Universale Bau AG*, aff. C-470/99, ACCP 2003, n° 20, P. 63, comm. E. Fatôme et L. Richer.
- CJCE, 10 avril 2003, *Commission c/Allemagne*, aff. C-20/01 et C-28/01, Rec. p. I-3609.

- CJCE, 14 septembre 2004, *Commission c/ Italie*, aff. C-385/02; *Dr. adm.* 2005, n° 6, obs. Ménéménis; *Contrats et Marchés publ.* 2004, n° 223, obs. Zimmer.
- CJCE, 18 novembre 2004, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-126/03: Rec. CJCE I-11197.
- CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, Rec. P. I-1; *AJDA*, 2005. 898, note Rolin; *Dr. adm.* 2005, n° 36, obs. Alonso Garcia et Maillard ; *Contrats et Marchés publ.* 2005, n° 68, obs. Eckert.
- CJCE, 3 mars 2005, *Fabricom SA c/ Etat Belge* : aff C.21/03 et C.34/03.
- CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, aff. C 458/03; *Dr. adm.* 2005, n° 167, obs. Ménéménis.
- CJCE, 10 novembre 2005, *Commission c/ Autriche*, aff. C-29/04 ; *Contrats et Marchés publ.* 2005, n° 2, obs. Eckert.
- CJCE, 6 avril 2006, *Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori (ANAV)*, aff. C-410/04 ; *Contrats et Marchés publ.* 2006, n° 131, obs. Zimmer.
- CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux e.a.*, aff. C-220/05, *AJDA*, 2007, P. 167.
- CJCE, 19 avril 2007, *Asociacion Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, aff. C-295/05; *BJCP* 2007. 297, obs. R.S.; *Dr. adm.* 2007, n° 101, obs. Ménéménis; *JCP Adm.* 2007. P. 2151, note de Fenoyl.
- CJCE, 14 juin 2007, *Medipac-Kazantzidis*, aff. C-6/05.
- CJCE, 18 décembre 2007, *Asociacion Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, aff. C-220/06.
- CJCE, 18 décembre 2007, *Frigerio Luigi et C. Snc*, aff. C-357/06 ; *Contrats et Marchés publ.* 2008, n° 31, obs. Eckert.
- CJCE, 21 février 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-412/04 ; *Contrats et Marchés publ.* 2008, n° 52, obs. Zimmer ; *RDI*, 2008. P. 209, obs. Noguellou.
- CJCE, 8 avril 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-337/05 ; *AJDA*, 2008. P. 1834, obs. Peyret.
- CJCE, 10 avril 2008, *Termoraggi SpA c/ Cne di Monza*: aff. C-323/07.
- CJCE, 15 mai 2008, *SECAP SpA c/ Cne di Torino*, aff. C-147/06 et C-148/06, Rec. CJCE I-3565.
- CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C-454/06, *BJCP* 2008, P. 336; *AJDA*, 2008, P. 2008, note Dreyfus.
- CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-371/05 ; *Contrats et Marchés publ.* 2008, n° 183, obs. Zimmer ; *RDI*, 2008. P. 500, obs. Noguellou ; *RJEP*, 2008, comm n° 51, note Donnat.

- CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller*, aff. C-451/08 ; *Contrats et Marchés publ.* 2010. Chron. 164, note Zimmer.
- CJUE, 22 avril 2010, *Commission c/ Espagne*, aff. C-423/07: Rec. CJUE I-3429.
- CJUE, 27 octobre 2011, *Commission c/ Grèce*, aff. C-601/10: *Contrats et Marchés publ.* 2012, n° 12, note Eckert.
- CJUE, 13 décembre 2012, *Forposta SA*: aff. C-465/11.
- CJUE, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*: aff. C-159/11.
- CJUE, ord., 20 juin 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c/ Cne di Castelvechio Subequo et cne di Barisciano*: aff. C-352/12.
- CEDH, 9 décembre 1994, *Aff. Raffineries grecques Stran c/ Grèce*, Rec., vol. 301, P. 65.

Cour de Cassation :

- Cass., 6 mars 1876, D.P., 1876, 1, P. 193 ; Sirey, 1876, 1, P. 161 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 12^e éd. 2008, p. 183.
- Cass., 7 novembre 1892, *veuve Dessales c/ Veillas et Chamussy*, Dalloz 1893, I, P. 61.
- Cass. Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, *D.* 1991, P. 449, note Ghestin ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^e éd. 2008, P. 137.
- Cass. Com., 5 janvier 1953, *Gagneux*, Bull. III, n° 3, P. 2.
- Cass. Civ. 1^{re}, 19 février 1968, bull. civ., I, n° 69, P. 54.
- Cass. Civ., 3^e, 19 janvier 1982, *SA Infraco c/ SNCF*, n° 80-13.597 ; *D.* 1982, P. 385, note Bénabent.
- Cass. Soc., 23 juillet 1985, Bull. civ. V, n° 428.
- Cass. Civ. 3^e, 6 décembre 1995, Bull. 1995, III, n° 250, P. 168.
- Cass. Com., 3 janvier 1996, inédit, *RJDA*, 1996, n° 490, P. 353.
- Cass. Com., 16 janvier 1996, Bull. 1996. IV, n° 21, P. 15.
- Cass. Civ. 1^{re}, 3 juillet 1996, cités par J. Mestre, « L'économie du contrat », *RTD civ.*, 1996, n° 4, PP. 901-904.
- Cass., Com., 7 avril 1998, n° 96-13.219.
- Cass. Civ., 3^e, 4 novembre 1999, *La Société Prudence Gréole*, Mon. TP, 11 février 2000, P. 69.
- Cass. Crim., 12 décembre 2000, *BJCP*, 2001, n° 15, P. 147, conclusions de l'avocat général D. COMMARET.
- Cass. Crim., 13 décembre 2000: Bull. crim. n° 374, pourvoi n° 99-86.876.

- Cass. Crim., 19 novembre 2003; *D.* 2004. Somm. 2753, obs. Roujou de Boubée; *Dr. pénal* 2004. n° 32, obs. Véron.
- Cass. Crim., 10 mars 2004, Bull. crim. n° 64, pourvoi n° 02-85.285.
- Cass. Crim., 7 avril 2004 ; Bull. crim. n° 93, pourvoi n° 03-85.698.
- Cass. Crim., 20 avril 2005; Bull. crim. n° 139, pourvoi n° 04-83.017 ; *D.* 2005. IR 2454 ; *JCP* 2005. IV. 2352.
- Cass. Crim., 14 février 2007, Bull. crim. n° 47; *AJDA*, 2007. 853, note Dreyfus; *AJ pénal*, 2007, P. 183.
- Cass. Crim., 15 mai 2008, pourvoi n° 07-88.369.
- Cass. Crim., 25 juin 2008, pourvoi n° 07-88.373 ; *Dr. adm.* 2008, n° 133.
- Cass. Crim., 10 septembre 2008 ; *Dr. pénal* 2008, n° 158, obs. Véron ; *ibid.* 2009. Chron. 9, obs. Linditch.
- Cass. Crim., 4 mai 2011, Bull. crim. n° 91, pourvoi n° 10-87.447.
- Cass. Crim. ; 29 juin 2011, Bull. crim. n° 153; *Gaz. Pal.* 2011. 2, P. 2222, note Lasserre Capdeville, et P. 3444, note Dreyer.
- Cass. Crim., 16 novembre 2011, pourvoi n° 11-80.433 ; *Dr. pénal* 2012. Comm. 29.

V- CONCLUSIONS, NOTES ET OBSERVATIONS

Conclusions :

BERGEAL (C.), concl. sous CE, 22 juin 1998, *Préfet du Puy-de-Dôme*, req. n° 173025 ; *BJCP* 1998. 36.

BERGEAL (C.), concl. sous CE, 25 mars 2002, *Société GTM-International*, req. n° 187885 ; *BJCP* n° 23, 2002, P. 326.

CHANTEPY (Y.), concl. sous CE, avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte –d’Or* : *Juris-Data* n° 1996-050479.

CHARDENET (P.), concl. sous CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d’éclairage de Bordeaux*, Lebon, P. 125 ; *RDP*, 1916, P. 206 et 388, note Jèze.

DACOSTA (B.), concl. sous CE, 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule*, *Revue juridique de l’économie publique*, n° 685, Avril 2011, comm. 18.

DENOIX DE SAINT MARC (R.), concl. sous CE, Sect. 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, *AJDA*, 1979, P. 37.

FORNACCIARI (M.), concl. sous CE, 17 décembre 1986, *Syndicat de l'armagnac et des vins du Gers*, *RFDA*, 1987, P. 21.

GAZIER (F.), concl. sous CE, 13 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, *D.* 1958, P. 517.

GEFFRAY (E.), concl. sous CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux c/Commune d'Olivet*, req. n° 271737 et 271782, *RFDA*, 2009, P. 452.

GENEVOIS (B.), concl. sous CE, sect. 19 décembre 1980, *Réveillod*, *Rec. P.* 479.

JEANNENEY (P.-A.), concl. sous CE, 8 mars 1985, *Les amis de la terre*, *RFDA*, 1985, P. 364.

LE CHATELIER, (G.), concl. sous CE, ass., avis, 6 décembre 2002, *Synd. intercnal éts second cycle du second degré district l'Hay-les-Roses*, *RFDA*, 2003, P. 291.

ODENT (R.), concl. sous CE, 25 novembre 1949, *Sté technique des appareils centrifuges industriels*, *S.* 1950, 3, 33.

ROMIEU (J.), concl. sous CE, 6 février 1903, *Terrier*, *Lebon*, P. 94 ; *D.*, 1904, 3, P. 65 ; *S.* 1903, 3, P. 27, note Hauriou.

ROMIEU (J.), concl. sous CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux*, *Lebon*, P. 55.

STIRN (B.), concl. sous CE, 23 juin 1986, *Thomas*, *RFDA*, 1987, P. 194.

TARDIEU (J.), concl. sous CE, 6 décembre 1907, *Compagnie du Nord et autres*, *Rec. P.* 914.

TARDIEU (J.), concl. sous CE, 7 août 1909, *Winkell*, *Rec. P.* 826, s. 1909, 3, P. 145.

Notes et observations :

AUBY (J.-B.), note sous CE, 1^{er} avril 1994, *Ville de Menton c/ Société Scetauparc Exploitation*, *RDP*, 1994, P. 1827.

GAÏA (P.), obs., sur C.C., Déc. n° 94-348 DC du 3 août 1994, La loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et transposition des directives communautaires, *RFDC*, 1994, P. 834.

DELVOLVE (P.), note sous CE, Sect., 6 novembre 2002, *Mme Soulier*, *RFDA*, 2003, P. 225.

DREYFUS (J.-D.), note sous CE, 29 décembre 2004, req. n° 239681 ; *AJDA*, 2005, P. 608.

FAVOREU (F.), note sur C.C., Déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Fonds de pension, *RFDC*, 1997, P. 333.

GEFFRAY (E.) et LIEBER (S.-J.), note sous CE, ass., 11 juillet 2008, *Sté Krupp Hazemag*, req. n° 287354, Lebon, P. 273 ; *AJDA*, 2008, P. 1588.

GENEVOIS (B.), note sous CE, Ass., 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, *AJDA*, 1981, P. 431.

MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), obs., sur C.C., Déc. n° 94-348 DC du 3 août 1994, Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et transposition des directives communautaires, *LPA*, 28 avril 1995, n° 51, P. 6.

MOREAU (J.), note sous CE 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*, *AJDA*, 1985, P. 272.

MOREAU (J.), note sous CE, 8 mars 1985, *Les amis de la terre*, *AJDA*, 1985, P. 383.

SCHOETTL (J.-E.), obs. sur, C.C., Déc. n° 98-401 DC, 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, *AJDA* 1998, P. 498.

VI- DIVERS

ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1988.

BENOIT (F.-P.), « Les attributions générales », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, n° 4012-12.

BENOIT (J.), « Statut général des élus locaux. Responsabilité pénale des élus : favoritisme et prise illégale d'intérêt », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2009.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987, P. 476.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 5^e éd., PUF, 1996, P. 84.

CUVILLIER (A.), *Nouveau vocabulaire philosophique*, éd. Armand-Collin, Paris, 1976.

DUFAU (J.), « Marchés de travaux publics, Régime juridique, formation et exécution du marché », *Juris-classeur administratif*, Fasc. n° 521, février 1993, P. 15.

DUFAU (J.), « Concession de service public », *Juris-classeur administratif*, février 1997, Fasc. n° 530.

ESMEIN (P.), *Obligations*, T. IV, 1^e partie, in M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, éd. LGDJ, 1952, 2^e éd., P. 17.

- FAVOREU (F.)**, Jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RFDC*, 1993, n°14, P 378.
- FOLLIOU-LALLIOT (L.)**, « EXÉCUTION DU CONTRAT ADMINISTRATIF. – Obligations contractuelles et pouvoirs de l'Administration », *Juris-classeur administratif*, 1^{er} décembre 2008, Fasc. n° 608.
- FOULQUIE (P.)**, « La volonté », Coll. Que sais-je ?, PUF, n° 353, 7^e éd., 1963, P. 7.
- GAHDOUN (P.-Y.)**, *LIBERTÉS. – Liberté contractuelle*, *Juris-classeur civil*, 31 décembre 2008, fasc. n° 20.
- HAÏM (V.)**; « Prix et règlement des marchés », *Juris-classeur administratif*, août 1998, fasc. n° 650, P. 4.
- HAURIOU (M.)**, « Les idées de M. Duguit », *Recueil de législation de Toulouse*, 1911, P. 27.
- HAURIOU (M.)**, « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », *Revue de Métaphysique et Morale* 1928, réédité M. Hauriou, Aux sources du droit, Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Textes et documents, Centre de philosophie politique et juridique, URA-CNRS, Université de Caen, 1990, p. 72 et s.
- HAURIOU (M.)**, « *La puissance publique et le service public* », préface à la 11^e édition du Précis de droit administratif et de droit public général, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002.
- LASSERRE CAPDEVILLE (J.)**, « Favoritisme (Marchés publics), Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz octobre 2010.
- LORIOU (M.)**, « L'exécution des marchés publics », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, n° 111.
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.)**, Chronique de jurisprudence constitutionnelle, *LPA*, 17 octobre 1997 n° 125, P. 10.
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.)**, Chronique de jurisprudence constitutionnelle, *LPA*, 1998, n° 144, P. 20.
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.)**, Chronique de jurisprudence constitutionnelle, *LPA*, 2002, n° 186, P. 8.
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.)**, Chronique de la jurisprudence constitutionnelle, *JCP*, 2002, P. 2016.
- MAUGÛE (Ch.)**, « Autorisation de plaider » ; *Juris-classeur administratif*, Fasc. n° 1083.
- MORIN (G.)**, *La désagrégation de la théorie contractuelle du Code*, Arch. Phil. du Dr., 1940, P. 8.

- MOURIESSE (X.)**, « Crédit-bail », Juris-classeur Contrats et marchés publics, fasc. n° 612.
- PIREYRE (B.-A.)**, « Marchés publics (favoritisme) », Répertoire pénal Dalloz, 1998.
- POURCEL (E.)**, « Sanctions », Juris-classeur Contrats et marchés publics, fasc. n° 120.
- ROUSSEAU (D.)**, Chronique de jurisprudence constitutionnelle, *RDP*, 1992, P. 41.
- ROUSSEAU (D.)**, Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1997-1998, *RDP*, 1999, P. 54.
- ROUSSEAU (D.)**, Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1999-2000, *RDP*, 2001, P. 61.
- POUYAUD (D.)**, « CONTENTIEUX DES CONTRATS ADMINISTRATIFS. – Exécution et fin du contrat », Juri-Classeur administratif, 1^{er} février 2011, fasc. n° 1127.
- TCHEN (V.)**, « Contentieux constitutionnels des droits fondamentaux », Juris-classeur administratif, fasc. 1440, n° 276.
- TRUCHET (D.)**, Recours administratif : Rép. Contentieux administratif, Dalloz, n° 1.
- VEDEL (G.)**, *Cours de droit administratif*, 1953-1954, P.672, cité par Pierre PY, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, Bibl. Dr. Publ., T. 124, LGDJ, 1976, P. 22.

INDEX ANALYTIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Acte :

- administratif : 22, 36, 234, 388
- contractuel : 24, 37, 214, 378, 418, 483, 487
- détachable : 922, 934, 935
- réglementaire : 192, 376
- unilatéral : 24, 37, 350, 378, 398, 418, 479, 483, 487, 503, 505, 509, 519, 862, 872, 899

Adjudication : 621

Affermage : 637, 731, 754, 901, 932, 986

Aléas : 603

Allotissement : 635 et s, 650, 654

Amortissement : 130, 726, 727

Approbation : 161, 165, 353, 760, 807, 851, 886, 1001

Autonomie :

- de la volonté : 208 et s
- contractuelle : 373, 1001

Avenant : 27, 285, 557, 731, 738, 840, 860 et s

B

BOAMP : 597

Bouleversement du contrat : 894

C

Candidature : 579 et s, 604, 631, 632, 650, 927

Cession :

- de contrat : 759, 846
- de créance : 832, 835, 836, 857

Choix du cocontractant : 531 et s

Clause :

- abusive : 290, 770 et s
- obligatoire : 151, 286, 758 et s
- compromissaire : 1001
- exorbitante du droit commun : 704
- financière : 734 et s
- générale de compétence : 367, 419, 423 et s
- illicite : 762 et s
- réglementaire : 329, 752, 929

Commission d'appel d'offres : 631, 651, 881, 933

Compétence :

- contractuelle : 428, 430, 444, 457, 463, 465, 468
- régaliennne : 509, 517

Conciliation : 118, 251, 323, 387, 391, 399, 974, 976, 977, 987, 988

Concours : 161, 688, 709, 768

Consentement : 95, 243, 279, 281, 294, 510

Contrat :

- d'occupation du domaine public : 701, 871
- de partenariat : 27, 699, 759, 932, 951, 975, 1000
- de plan (contrat - projet) : 79, 498 et s
- entre personnes publiques : 493, 499, 503, 515
- type : 189, 521

Contrôle :

- administratif : 444, 904, 906 et s
- juridictionnel : 183 et s, 363, 556, 630, 642

D

Décentralisation : 130, 218, 241, 242, 268, 431, 473, 479, 481, 492, 716, 981

Déchéance : 760

Déféré préfectoral : 935, 984

Délai : 154, 166, 205, 284, 313, 442, 519, 574, 585, 619, 623, 631, 738, 786, 820, 826, 894, 914, 925, 925 et s, 933 et s, 946, 949, 968, 980

Délit de favoritisme : 656 et s

Directive communautaire : 539, 541, 544, 545, 680, 774

Domages et intérêts : 945, 948

Droit :

- d'entrée : 749
- subjectif : 214, 215

E

Économie générale du contrat :

- bouleversement : 892, 893, 895, 901
- modification : 730, 899

Efficacité : 27, 29, 40, 42, 207, 523, 535, 540, 547, 550, 795, 850, 903, 918, 943, 981, 1003

Équilibre financier : 118, 462, 690, 870, 871, 961

Erreur manifeste d'appréciation : 726

Exécution personnelle : 839

F

Formalité : 134, 550, 566, 570, 877 et s, 926

G

Garanties : 150, 335 et s, 506, 581, 618, 651, 826 et s, 996

Gérance : 366

H

Habilitation : 37, 151, 152, 154, 162, 165, 175, 180 et s, 296, 329, 358, 438 et s

I

Imprévision : 294, 764

Incompétence : 436

In house : 639 et s

Interdiction de contracter : 476

Intérêt :

- à agir : 649
- général : 301 et s
- moratoire : 742, 827, 833, 983

Intuitu personae : 27, 29, 610, 612 et s, 689, 691, 841, 849

L

Liberté :

- d'entreprendre : 4, 17, 72 et s, 93 et s, 321, 323, 726
- fondamentale : 202, 203, 264
- tarifaire : 750

Libre administration : 17, 19, 79, 92, 130 et s, 151, 161 et s, 183, 187, 241, 264 et s, 425, 431, 726

M

Mieux-disant : 587

Mise en demeure : 958

Mise en régie : 953, 954, 956, 961

Mise sous séquestre : 956

Mode de gestion : 36, 361 et s, 409, 610

Mode alternatif : 44, 526, 939, 974 et s

Modification :

- substantielle : 574
- unilatérale : 294, 296, 297, 306, 397, 400, 405 et s, 759, 764, 863 et s

N

Négociation : 27, 42, 80, 97, 98, 107, 131, 281, 286, 492, 499, 501, 525, 529, 554, 558, 596, 618, 622, 623, 666, 668, 670 et s, 726

Non-discriminatoire : 539

Non -rétroactivité : 66, 333 et s

Nullité du contrat : 201, 424, 927

O

Obligation de contracter : 79, 155, 157

Offre économiquement la plus avantageuse : 284, 535, 541, 550, 552, 578 et s, 685

Opérateur économique : 586, 604, 629, 924

Ordre public : 8, 11, 75, 118, 177, 189, 210, 228, 232, 355 et s, 410, 503, 504, 510, 513, 514, 763 et s, 855, 959, 983, 984, 997

P

Paiement :

- différé : 741
- direct : 157, 766, 846, 847, 852, 854, 855, 856

Pénalités : 759, 760, 945 et s

Planification : 479 et s

Principe :

- de continuité du service public : 389 et s
- de mutabilité du service public : 402 et s, 458, 867, 898
- de spécialité : 450 et s

Prix :

- ferme : 736
- forfaitaire : 739
- provisoire : 738
- révisable : 737
- unitaire : 739

Procédure adaptée : 595

Procédure négociée : 606, 685, 686

Proportionnel : 107, 117, 125, 314, 331, 604, 712, 893, 927, 948, 961

Publicité : 565 et s

Q

QPC : 206 et s, 266, 316, 330, 341

Quasi-régie : 640, 642

R

Reconduction : 724, 725, 729, 773

Redevances : 284, 290, 379, 745, 746, 748, 756, 851

Référé contractuel : 925, 926, 927, 929

Référé précontractuel : 199, 200, 646 et s, 923, 925

Régie : 315, 353, 364, 369, 376, 384, 490, 516, 911, 916

Renonciation : 161, 166, 742, 766, 855, 983

Requalification : 702 et s

Résiliation :

- pour faute : 201, 749, 846, 939, 957 et s
- pour motif d'intérêt général : 297, 397, 411 et s, 957 et s

S

Sanction :

- coercitive : 952 et s
- de substitution : 952, 962
- injustifiée : 967
- pécuniaire ou financière : 945 et s

Simplification : 27, 601, 835

Sous- traitance : 766, 800, 841 et s

Sujétions imprévues : 748, 901

T

Tacite reconduction : 725, 729

Tiers : 198 et s, 310, 329, 361, 506, 641, 645 et s, 693, 831, 846, 848, 849, 854, 921 et s, 954, 985 et s

Tutelle : 130, 140, 241, 364, 434, 477, 480, 482, 492, 500, 502, 1005

U

Urgence : 200, 203, 204, 604, 607, 620, 660, 687, 738, 781, 908

Usager : 750, 753, 756, 774

V

Vente en l'état futur d'achèvement : 777, 786 et s

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	13
INTRODUCTION	15
PREMIERE PARTIE	39
LA LIBERTE CONTRACTUELLE DES PERSONNES PUBLIQUES :	
UNE RECONNAISSANCE DIFFICILE	39
TITRE I.....	43
LA LIBERTE CONTRACTUELLE DES PERSONNES PUBLIQUES, UNE LIBERTE CONTESTEE	43
Chapitre I	45
L'ambiguïté de la valeur juridique de la liberté contractuelle	45
Section I.....	46
La contestation de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle des personnes publiques	46
Sous-section I	47
Une réfutation certaine de sa valeur constitutionnelle par le juge constitutionnel	47
A) La présence non garantie de la liberté contractuelle avant la décision du 3 août 1994.....	47
a) L'absence de protection de la liberté contractuelle par des expressions similaires	47
b) Les atteintes constantes aux éléments constitutifs de la liberté contractuelle	51
B) L'absence incontestable de la garantie et de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle.....	52
a) Un refus initial absolu	53
b) Une confirmation postérieure.....	56
Sous-section II	61
Une reconnaissance douteuse de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle des personnes publiques	61
A) Une orientation jurisprudentielle tendant à atténuer la rigidité initiale	61
a) Les fondements constitutionnels pour une liberté non constitutionnelle....	61
I- La liberté d'entreprendre	63
II- Le principe de participation des travailleurs à la détermination des conditions collectives de travail	64
III- Le droit de la propriété.....	65
b) Une atténuation illusoire vers la reconnaissance d'un principe.....	67
B) Une reconnaissance imprécise.....	71
a) La liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.....	72
b) Une reconnaissance avec une faible protection	76
c) Une reconnaissance inapplicable aux personnes publiques.....	81

Section II	88
La liberté contractuelle est un principe reconnu et dérogé par le juge administratif	88
Sous-section I	89
La reconnaissance prudente de la liberté contractuelle	89
A) La liberté contractuelle est un principe général du droit	89
a) Une protection sans reconnaissance.....	90
b) Une reconnaissance en faveur des particuliers	91
B) Une reconnaissance partielle en faveur des personnes publiques	96
a) La liberté contractuelle des collectivités territoriales	97
b) La liberté contractuelle et les organes de l'Etat	102
Sous-section II	105
Le manque de protection sérieuse de la liberté contractuelle par le juge administratif.....	105
A) La dérogation par la voie réglementaire	105
a) L'encadrement de l'aptitude du pouvoir réglementaire par le contrôle juridictionnel	106
b) La limitation du pouvoir du juge administratif en face du pouvoir réglementaire	110
B) La dérogation par la voie législative.....	113
a) Le référé – précontractuel et contractuel.....	113
b) Le référé – liberté	115
Chapitre II	119
Le désaveu du principe de l'autonomie de la volonté des personnes publiques.....	119
Section I.....	120
L'incompatibilité du principe de l'autonomie de la volonté avec le droit administratif	120
Sous-section I	121
Les tentatives de consécration du principe	121
A) L'autonomie de la volonté dans la pensée de Léon Duguit.....	121
B) La valeur souveraine de l'autonomie de la volonté selon Carré de Malberg	124
C) L'autonomie de la volonté dans l'esprit de Maurice Hauriou	125
Sous-section II	128
La négation doctrinale de l'autonomie de la volonté des personnes publiques.....	128
A) Les fondements de la théorie négatrice de l'autonomie de la volonté en droit administratif	129
a) Une approche négatrice développée par André Hauriou	130
b) Le refus catégorique de l'autonomie de la volonté par Georges Vedel	131
c) La similitude de l'approche de Jean Rivero avec celle de Georges Vedel	133
B) Une divergence doctrinale envers l'autonomie de la volonté des personnes publiques	134
a) Une doctrine plus ou moins négatrice.....	134
b) Une doctrine récente plus riche à propos de l'autonomie de la volonté ...	136

Section II	139
Le non-accord des conséquences de l'autonomie de la volonté avec les spécificités des personnes publiques	139
Sous-section I	140
La réfutation de la reconnaissance d'une liberté au profit des personnes publiques.....	140
A) Des fondements inadaptés à la spécificité des personnes publiques	140
a) Le caractère inhumain des personnes publiques	141
b) La nature administrative et non-fondamentale des droits des personnes publiques	144
B) Le pouvoir discrétionnaire est l'alternative réelle de la liberté contractuelle des personnes publiques.....	148
a) Une convergence terminologique entre l'autonomie de la volonté et le pouvoir discrétionnaire.....	148
b) Une marge d'appréciation ne doit pas être comprise comme une liberté contractuelle	149
Sous-section II	151
Des principes attachés à l'autonomie de la volonté avec des effets quasi-infirmés	151
A) Le principe de consensualisme se concilie mal avec les contrats administratifs.....	152
a) La domination du régime exorbitant du droit commun	152
b) L'atténuation du consensualisme par les règles normatives	154
B) La force obligatoire du contrat est un principe infirmé dans les contrats administratifs.....	156
a) L'origine civile de la force obligatoire du contrat	156
b) Le principe de la force obligatoire s'applique difficilement aux contrats administratifs	158
TITRE II	163
LA LIBERTE CONTRACTUELLE, UNE NOTION PEU ADAPTEE AUX PARTICULARITES DES PERSONNES PUBLIQUES	163
Chapitre I	165
La difficile compatibilité entre liberté contractuelle et intérêt général.....	165
Section I.....	166
La sécurité juridique des engagements contractuels est un principe non protégé.....	166
Sous-section I	167
La sécurité juridique est le fondement du respect des engagements contractuels des personnes publiques.....	167
A) Le lien entre la liberté contractuelle et la sécurité juridique est indissociable.....	167
a) La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle via la sécurité juridique	168
b) La protection de la liberté contractuelle via la sécurité juridique par le juge administratif	171
B) Le respect des engagements contractuels en droit administratif est le résultat de la sécurité juridique	173

a) Une interprétation probable de la jurisprudence constitutionnelle	173
b) Une interprétation confirmée par le Conseil d'Etat	177
Sous-section II	179
La dérogation au principe de la sécurité juridique des engagements contractuels ..	179
A) La non-rétroactivité des lois n'est pas sérieusement appliquée	180
a) La limitation de la protection constitutionnelle de la non-rétroactivité des lois	180
b) Une protection fragile aussi pour les contrats et conventions en cours d'exécution	182
B) La dérogation au principe de non-rétroactivité est autorisée même dans la jurisprudence du Conseil d'Etat	186
a) La portée du principe	186
b) Une dérogation autorisée pour un motif d'intérêt général	188
Section II	192
La prépondérance de l'intérêt du service public sur la liberté contractuelle	192
Sous-section I	193
La délimitation du choix du mode de gestion du service public	193
A) Le cas du choix entre la gestion directe et la gestion déléguée	194
a) Des fondements inévitables de la « liberté » du choix	195
b) Des restrictions considérables de la liberté de choix	197
I- Restrictions jurisprudentielles	197
II- Restrictions législatives	198
B) Des activités de service public non déléguables en raison de leur nature	199
a) Des activités attachées à l'exercice de prérogatives de puissance publique	200
b) Les activités attachées à la souveraineté	203
Sous-section II	205
La prééminence des principes régissant le fonctionnement du service public sur la liberté contractuelle	205
A) Le désaccord entre la liberté contractuelle et la continuité du service public	206
a) La valeur constitutionnelle du principe de continuité du service public ..	206
b) La prépondérance des impacts résultant de la continuité du service public sur ceux résultant de la liberté contractuelle	209
B) L'incompatibilité de la liberté contractuelle avec la mutabilité du service public	212
a) La modification unilatérale des contrats en cours en application du principe de mutabilité du service public	213
b) La résiliation unilatérale des contrats administratifs en application du principe de mutabilité du service public	215
Chapitre II	219
La compétence des personnes publiques comme défi à la liberté contractuelle	219
Section I	220
La différenciation de l'aptitude contractuelle des personnes publiques	220

Sous-section I	221
La clause générale de compétence n'est pas une reconnaissance de la liberté contractuelle.....	221
A) La complexité de l'exercice de la compétence produit des effets négatifs sur la liberté contractuelle.....	222
a) La compétence n'est pas attachée à la personnalité morale.....	222
b) La non exclusivité de la compétence d'un certain échelon de collectivités territoriales	224
c) La disparition de la liberté contractuelle dans le cas de la délégation de compétence.....	226
B) L'habilitation est un autre élément restrictif de la liberté contractuelle	227
a) L'habilitation financière.....	227
b) La répartition des compétences entre les organes locaux	229
Sous-section II	233
Le manque d'harmonie entre la liberté contractuelle et le principe de spécialité ...	233
A) La spécialité fonctionnelle est une restriction de la liberté contractuelle....	234
a) Les implications du principe de spécialité et ses effets sur la liberté contractuelle	235
b) Une souplesse inévitable mais conditionnée par le juge administratif	236
B) La spécialité territoriale est une limitation de l'intervention contractuelle des personnes publiques	240
a) La négation de la qualité de sujet de droit international aux collectivités locales.....	241
b) L'autorisation d'une action à l'étranger très limitée en faveur des collectivités territoriales	244
Section II	246
L'imposition de la voie d'exercice de la compétence	246
Sous-section I	247
L'imposition de la voie contractuelle pour la planification et l'exercice des certaines compétences locales	247
A) L'imposition de conventions entre collectivités publiques afin d'exercer leurs compétences	248
a) Des dispositions législatives pourraient être trompeuses.....	248
b) Des dispositions qui imposent la voie contractuelle.....	251
B) La domination de la volonté étatique dans sa relation contractuelle avec les collectivités territoriales.....	252
a) La consécration de la voie contractuelle entre l'Etat et les collectivités territoriales	252
b) L'invisibilité de la liberté contractuelle des collectivités territoriales face à la volonté étatique	254
Sous-section II	256
Des compétences non exerçables par la voie contractuelle.....	256
A) La limitation du recours à la voie contractuelle par une disposition législative	257

B) L'exclusion de la voie contractuelle en raison de la nature de la compétence	260
a) Les compétences régaliennes	260
b) Les compétences attachées aux domaines à statut légal et réglementaire	267
SECONDE PARTIE	273
LA LIBERTE CONTRACTUELLE :	
UN CONTENU INCERTAIN EN RAISON DU REGIME DU CONTRAT	273
TITRE I.....	277
L'ASPECT RESIDUEL DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE AU COURS DE LA FORMATION DU CONTRAT	277
Chapitre I	279
Les contraintes de choix du cocontractant par la personne publique.....	279
Section I.....	280
La réglementation précise de la procédure de passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public	280
Sous-section I	281
L'obligation de respecter les principes régissant la procédure de passation	281
A) La consécration de l'obligation de respect des principes de la commande publique.....	281
a) Les sources textuelles	282
b) L'étendue de l'application des principes de passation par la jurisprudence	283
B) La mise en œuvre des principes de la commande publique dans les procédures de passation	288
a) L'obligation de définition préalable des besoins de l'acheteur public.....	288
I- La détermination des besoins	288
II- Les spécifications techniques	291
b) L'obligation de respecter la publicité et la mise en concurrence	293
I- La publicité.....	293
II- La mise en concurrence	296
C) La contrainte de choisir l'offre la plus avantageuse	299
a) Règles et critères de sélection des candidatures	300
b) Critères de sélection de l'offre la plus avantageuse.....	302
I- Les critères de sélection	302
II- La pondération des critères.....	304
Sous-section II	306
L'assouplissement des formalités applicables au choix du cocontractant est très limité.....	306
A) L'assouplissement résultant d'un montant inférieur au seuil	307
a) Modalités de passation librement fixées	307

b) L'encadrement de l'hypothèse de l'absence d'obligation de publicité et de mise en concurrence	308
B) L'assouplissement découlant de la nature des besoins et des circonstances	309
C) Le cas de la délégation de service public	314
a) La place du principe de l'intuitu personae dans la délégation de service public	314
b) L'atténuation de l'impact du principe de l'intuitu personae sur le choix du délégataire de service public	317
Section II	321
L'impact restrictif de l'application du principe de l'égalité de traitement des candidats sur le choix du cocontractant	321
Sous-section I	322
La discrimination dans le choix du cocontractant est en principe condamnée	322
A) L'interdiction de la discrimination négative	323
a) La discrimination négative directe	323
b) La discrimination négative indirecte	325
B) La réglementation de la discrimination positive	327
a) L'imposition d'une pratique discriminatoire favorisant certaines catégories	328
b) Le cas des contrats « in-house »	330
Sous-section II	334
La protection juridictionnelle des tiers illégalement évincés	334
A) Le référé précontractuel est une voie de recours ouverte aux tiers évincés ..	334
B) L'impact restrictif du délit de favoritisme sur le choix du cocontractant	341
Chapitre II	345
Les bornes de la détermination du contenu du contrat	345
Section I	346
La supériorité de la finalité du contrat sur la volonté des parties contractantes	346
Sous-section I	347
La réglementation de la négociation	347
A) La négociation n'est pas une faculté reconnue automatiquement aux acheteurs publics	348
B) Le recours à la négociation n'est possible que dans certains cas qui la justifient	351
C) La négociation et la convention de délégation de service public	356
Sous-section II	359
La qualification du contrat n'est pas abandonnée à la volonté des parties contractantes	359
A) L'imposition de la qualification par la voie législative	359
B) Les pouvoirs étendus de requalification du contrat par le juge administratif ..	362
a) Les critères jurisprudentiels de la qualification	363
b) L'application étendue du pouvoir de requalification du contrat par le juge administratif	365

Section II	370
La réglementation des clauses contractuelles.....	370
Sous-section I	372
La réglementation de la clause relative à la durée.....	372
A) La clause de durée dans les marchés publics.....	372
B) L'encadrement de la durée des conventions de délégation de service public.....	375
Sous-section II	381
La réglementation des clauses financières.....	381
A) La détermination de la contrepartie de la prestation est réglementée.....	382
B) L'utilisation des clauses financières dans les conventions de délégation de service public est encadrée.....	386
Sous-section III.....	392
La réglementation de l'utilisation de certaines clauses	392
A) Les clauses obligatoires	392
B) Les clauses illicites ou interdites	394
a) Les clauses portant atteinte à l'ordre public	394
b) Les clauses abusives	397
Section III.....	400
La limitation du recours à certains types de contrats	400
Sous-section I	401
Le recours au crédit-bail sur le domaine public est en principe interdit.....	401
A) L'origine de la prohibition de recourir au crédit-bail.....	402
B) L'autorisation législative limitée de recourir au crédit-bail	403
Sous-section II.....	405
La limitation de recourir au contrat de vente en l'état futur d'achèvement (VEFA)	405
A) La licéité du recours à la VEFA par les collectivités publiques.....	405
B) La limitation du recours à la VEFA.....	407
TITRE II	411
L'ABSENCE D'EFFICACITE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE DANS L'EXECUTION DU CONTRAT	411
Chapitre I	413
L'exercice de la liberté contractuelle est limité au cours de l'exécution du contrat.....	413
Section I.....	414
L'étendue de la réglementation aux conditions d'exécution des engagements contractuels.....	414
Sous-section I	415
La disparation progressive du caractère obligatoire des cahiers des charges types et la montée des règles générales obligatoires.....	415
A) Le statut juridique actuelle des cahiers des charges	415
B) Vers un autre mode d'obligation	417
Sous-section II	419
La réglementation de l'exécution financière des marchés publics	419

A) Les acomptes et les avances	420
B) Les garanties d'exécution	421
C) La réglementation du financement	424
Section II	426
La réglementation de l'exécution technique	426
Sous-section I	427
La limitation du recours à la sous-traitance	427
A) Le recours conditionné à la sous-traitance	429
a) L'utilisation encadrée de la sous-traitance pour l'exécution des marchés publics	429
b) La sous-délégation du service public est aussi conditionnée	432
B) La réglementation des effets du recours à la sous-traitance	434
Sous-section II	438
La limitation du recours des parties contractantes aux avenants	438
A) La modification unilatérale du contrat par la personne publique	439
a) La reconnaissance du pouvoir de modification unilatérale	439
b) La mise en œuvre du pouvoir de modification unilatérale du contrat	441
B) Le recours conditionné à l'avenant	443
a) La soumission de la conclusion de l'avenant à des règles de forme	444
I- Les formalités rédactionnelles	445
II- Les formalités procédurales	446
b) La conclusion des avenants est soumise à des règles de fond strictes	450
I- Le recours conditionné à l'avenant dans les marchés publics	450
II- L'étendue du régime juridique restrictif des avenants aux conventions de délégation de service public	454
Section III	457
La menace sur la stabilité des relations contractuelles par les divers moyens de contrôle exercés	457
Sous-section I	458
Les contrôles non contentieux des contrats des personnes publiques	458
A) Le contrôle administratif de l'exécution du contrat administratif	458
a) Les modes de contrôle exercés à l'égard des marchés publics	459
b) Le contrôle administratif des délégations de service public	461
B) Le contrôle non juridictionnel des chambres régionales des comptes	462
Sous-section II	466
Le contrôle contentieux des contrats des personnes publiques	466
A) Les contentieux suscités par des tiers	466
B) La menace sur la stabilité des relations contractuelles par le contrôle préfectoral	473
Chapitre II	477
La liberté contractuelle est contrainte lors de l'inexécution du contrat et à la fin des relations contractuelles	477

Section I.....	478
La primauté de l'intérêt général sur la liberté contractuelle dans l'encadrement des conséquences potentielles de la non-exécution.....	478
Sous-section I.....	479
L'extension et l'incapacité de renoncer aux pouvoirs de l'administration en cas d'inexécution imputable au cocontractant.....	479
A) Les sanctions financières.....	480
B) Les sanctions coercitives.....	484
C) La sanction-résiliation.....	487
Sous-section II.....	492
L'encadrement des moyens utilisables par le cocontractant en cas d'inexécution des obligations par la personne publique contractante.....	492
A) Les obligations contractuelles de l'administration contractante.....	492
B) La sanction de l'inexécution des obligations de la personne publique contractante.....	495
Section II.....	497
La limitation de la possibilité de recourir aux modes alternatifs de règlement des litiges contractuels.....	497
Sous-section I.....	499
Le règlement amiable des différends est encadré juridiquement.....	499
A) Le règlement des conflits par les procédés internes aux parties contractantes.....	500
a) Vers une généralisation du caractère obligatoire du recours administratif préalable.....	500
b) Un rôle plus étendu de la liberté contractuelle dans la transaction.....	501
B) Le règlement des conflits par l'intervention d'un tiers.....	505
Sous-section II.....	508
Le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits ayant caractère juridictionnel est très limité.....	508
A) La possibilité des parties contractantes de choisir le juge administratif territorialement compétent est encadrée juridiquement.....	508
B) Le recours à l'arbitrage est en principe prohibé.....	510
a) La justification de la prohibition.....	511
b) Le recours exceptionnel à l'arbitrage est encadré juridiquement.....	513
CONCLUSION.....	517
BIBLIOGRAPHIE.....	521
INDEX ANALYTIQUE.....	585
TABLE DES MATIERES.....	591

**Résumé :**

Conclure sur le sujet de la liberté contractuelle en droit administratif français n'est pas chose aisée. Cela dépend, essentiellement, de la façon de poser la problématique. Ainsi, si la question est de savoir si les personnes publiques disposent, à l'instar des particuliers, d'une liberté contractuelle, la réponse, dans le meilleur des cas, est qu'il s'agit d'une liberté à caractère particulier. En effet, en pratique, cette liberté est très restreinte, ses manifestations sont marginales, ce qui empêche véritablement de parler de « *liberté heureuse* ». Mais si la question est de savoir si le droit administratif français, à partir de ses particularités, de son originalité ainsi que de ses règles normatives, permet de reconnaître une telle liberté en faveur des personnes publiques, alors la réponse est négative. L'intérêt général, les prérogatives de la puissance publique, la compétence, la souveraineté, l'efficacité de la commande publique, la bonne utilisation des deniers publics et les principes fondamentaux de la commande publique, etc., constituent des obstacles fondamentaux non seulement à la reconnaissance de la liberté contractuelle aux personnes publiques mais également à son exercice effectif par ces dernières. Ainsi, certains auteurs ont pu conclure au sujet de la liberté contractuelle des personnes publiques qu'« *en théorie elle existe mais, dans la pratique, personne ne l'a jamais vraiment rencontrée* ».

Descripteurs : contrat administratif, compétence, intérêt général, liberté contractuelle, prérogatives de puissance publique, bonne utilisation des deniers publics, efficacité de la commande publique.

Title and Abstract :

“The concept of freedom of contract in French administrative law”

Concluding on the subject of freedom of contract in French administrative law is not easy. It depends essentially on how to raise the issue. So if the question is whether public persons have, as individuals, contractual freedom, the answer, in the best case is that this is a special character to freedom. Indeed, in practice, this freedom is very limited, its manifestations are marginal, which prevents us from truly speaking of a "happy freedom." But if the question is whether the French administrative law, from its peculiarities, its originality and its normative rules can recognize such freedom in favor of public entities, then the answer is negative. The public interest, the prerogatives of public power, competence, sovereignty, efficiency of public procurement, proper use of public money and the fundamental principles of public procurement, etc., are fundamental obstacles not only to the recognition of freedom of contract to public persons but also to the effective exercise by them. Some authors have concluded on the contractual freedom of public persons that "in theory it exists but in practice, nobody really ever met it."

Keywords : administrative contract, competence, public interest, contractual freedom, prerogatives of public power, proper use of public money, efficiency of public procurement.