

**FICHE 2 - LE CONTRAT ADMINISTRATIF**

Pour fonctionner, l'administration recourt au procédé contractuel : ainsi pour acheter des fournitures ou encore pour déterminer les modalités d'exécution du service public par une personne privée ou publique. De plus en plus la contractualisation s'est développée et les raisons en sont diverses (meilleure acceptation des décisions à l'issue d'une négociation, meilleure prise en compte des exigences des collectivités locales dans le contexte de la décentralisation). Ce constat effectué, il appartient bien sûr d'identifier d'abord le contrat administratif sachant que l'administration peut également passer des contrats de droit privé.

Ensuite, il convient de souligner la diversité desdits contrats administratifs avant d'évoquer leur régime juridique.

***I - L'IDENTIFICATION DU CONTRAT ADMINISTRATIF***

Certains contrats sont administratifs par détermination de la loi (en vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII, les contrats relatifs à l'exécution d'un travail public, de même des contrats comportant occupation du domaine public en vertu du décret-loi du 17 juin 1938, les ventes d'immeubles de l'État).

Mais c'est la jurisprudence qui a permis d'élaborer des critères de distinction entre contrat administratif et contrat de droit privé.

**A - Le critère organique**

Un contrat ne peut être administratif que si un au moins des cocontractants est une personne publique ; sauf exception, un contrat passé entre deux personnes privées ne sera pas administratif (CE 17 décembre 1999 société Ansaldo industria SA).

Il y a des exceptions : un contrat passé entre deux personnes privées peut être administratif lorsque l'une d'elles agit pour le compte d'une personne publique en vertu d'un mandat au sens des articles 1984 et suivants du code civil soit express soit implicite (CE 30 mai 1975 Soc. d'équipement de la région montpelliéraine TC 7 juillet 1975 commune d'Agde). Cette jurisprudence du mandat considérée comme limitée aux marchés de travaux publics a été étendue aux autres types de contrats (CE 18 juin 1976 Culard pour un contrat de prêt).

Le tribunal des conflits a aussi admis que les contrats conclus entre une société d'économie mixte concessionnaire d'une autoroute c'est-à-dire d'un ouvrage public et des entrepreneurs, tous deux personnes de droit privé, étaient des contrats de droit public (TC 8 juillet 1963 Entreprise Peyrot).

Le tribunal a estimé que ces marchés étaient, vu leur objet, nécessairement conclus pour le compte de l'État. En fait, par l'emploi de la formule – pour le compte de – le tribunal a voulu pour des raisons sans doute plus pratiques que juridiques, soumettre tous les marchés liés aux travaux routiers, au régime juridique des travaux publics.

Cette jurisprudence a été étendue en dehors de la construction des routes et autoroutes à la construction des tunnels (TC 12 novembre 1984, société économie mixte tunnel Sainte-Marie) mais pas à la construction des voies ferrées (TC 17 janvier 1972 SNCF c/ Entreprise Solon).

Les contrats passés entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers sont toujours des contrats de droit privé (CE, Ets Companon-Rey, 13 octobre 1961 ; TC, Dame Bertrand, 17 décembre 1962). Cette jurisprudence est très importante, car elle soumet au droit privé les abonnements d'eau, de gaz, d'électricité, de téléphone, l'accès aux transports publics.

Le tribunal des conflits a estimé récemment qu'un contrat entre deux personnes publiques revêt, en principe, un caractère administratif même si les autres conditions ne sont pas remplies. Il faut cependant réserver le cas où ce contrat ne concerne que des « rapports de droit privé » (TC, 21 mars 1983, UAP c/ ministère P. et T), dans ce cas la présomption est renversée.

## *B - Les critères matériels*

### *a) Le critère du service public*

Il peut s'agir de contrats ayant pour objet de confier au cocontractant l'exécution même d'un service public (CE 20 avril 1956 époux Bertin, le contrat a eu pour objet de confier aux intéressés l'exécution même du service public du rapatriement des réfugiés).

Il peut aussi s'agir de contrats comportant une participation directe du cocontractant à l'exécution du service public. Ce critère est heureusement abandonné compte tenu de son maniement délicat en matière d'identification des agents publics puisque désormais tous les agents des services publics administratifs ont la qualité d'agent public quels que soient le contenu et l'objet du contrat qui les unit à la personne publique (TC 25 mars 1996 préfet de la région Rhône-Alpes affaire dite Berkani, décision revenant sur la jurisprudence TC 25 novembre 1963 Dame veuve Mazerand).

Il peut s'agir aussi de contrats constituant par eux-mêmes une modalité d'exécution du service public (CE 20 avril 1956 Grimouard).

### *b) Le critère de l'exorbitance*

Le contrat comporte des clauses exorbitantes du droit commun (CE 31 juillet 1912 société des Granits porphyroïdes des Vosges).

La clause exorbitante est assez difficile à identifier, mais sont considérées comme de telles clauses celles qui mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique (ex. : pouvoir de sanction comme la résiliation unilatérale TC 5 juillet 1999 Union des groupements d'achats publics), qui sont inhabituelles dans les conventions entre particuliers (ex. : contrôle sur les tarifs, les résultats financiers,

le personnel TC 7 juillet 1980 société d'exploitation touristique de la Haute-Maurienne, mais il a été jugé que la clause d'un contrat selon laquelle une commune s'engageait à rembourser un prêt le cas échéant via l'institution d'impositions directes n'était pas exorbitante, Cass. Civ. 18 février 1992 Cie La Mondiale c/ ville de Roubaix LPA 17 avril 1992 note B. Poujade ou que la soumission d'un marché au code des marchés publics n'était pas, par elle-même, de nature à introduire des clauses exorbitantes dans le contrat TC 5 juillet 1999 commune de Sauve) ; le renvoi à un cahier des charges n'est une clause exorbitante qu'à la condition où ce cahier des charges contient une clause exorbitante (TC 5 juillet 1999 UGAP précité).

### *c) Le contrat soumis à un régime exorbitant de droit commun*

(CE 19 janvier 1979 société exploitation électrique de la rivière du Sant : un contrat conclu "obligatoirement" entre EDF et des producteurs est administratif).

## ***II – LA DIVERSITE DES CONTRATS***

Comme l'a montré le professeur L. Richer (in *Droit des contrats administratifs* LGDJ, 2<sup>e</sup> édition, p. 64 et s.), l'usage du contrat administratif peut être extrêmement divers et pour reprendre sa typologie, peuvent être distingués "les contrats d'encadrement" (contrats d'organisation du service public comme les contrats de délégation de service public ou les conventions de mise en œuvre de la décentralisation CE 31 mai 1989 département de la Moselle, contrat "de programmation de l'action administrative" comme les contrats de plan Etat-Régions CE 8 janvier 1988 ministère du Plan et de l'Aménagement du territoire c/ communauté urbaine de Strasbourg), les "contrats-moyens" (qui procurent des moyens matériels, humains ou financiers à l'administration comme un contrat de recrutement d'agents publics, de prestations de services, contrats d'emprunt, offre de concours), les "contrats-buts" (pour la réalisation d'un but d'intérêt général comme les contrats d'aide aux personnes privées en matière d'intervention économique, CE 26 juin 1974 société Maison des isolants de France, ou les contrats d'occupation du domaine public).

Seront rappelées les caractéristiques de quelques contrats précédemment évoqués.

### *A - Les marchés publics*

Dans cette hypothèse, l'administration passe un contrat avec un entrepreneur pour la réalisation, par exemple, de travaux dans les conditions du code des marchés publics. L'acquittement d'un prix par la personne publique permet de distinguer le marché du contrat de délégation de service public (cf. CE préfet des Bouches-du-Rhône du 15 avril 1996, CE 8 février 1999 préfet des Bouches-du-Rhône c/ commune de La Ciotat, CE 30 juin 1999 Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères Centre ouest seine-et-marnais) où le cocontractant voit sa rémunération substantiellement assurée par les recettes de l'exploitation (recettes tirées des usagers).

Le formalisme pour la passation de ces marchés est fonction de seuils financiers qui ont été modifiés par le décret du 7 mars 2001 et le décret du 7 janvier 2004. Au-delà d'un seuil de prestations de 90 000 euros HT, la passation des marchés publics donne lieu à des procédures de publicité et de mise en concurrence, accentuées au-delà de 230 000 euros HT. Mais dès le premier euro de dépense, il convient de mettre en œuvre un minimum de publicité : affichage, publicité locale, information par internet, etc. Seuls des marchés d'un seuil inférieur à 4 000 euros HT sont dispensés d'une procédure de publication et de mise en concurrence.

Afin de veiller à la régularité de la passation des marchés publics, divers mécanismes ou organes ont été mis en place : utilisation du référé précontractuel de l'art. L. 22 du code des TA et CAA pour veiller au respect des obligations de publicité et de mise en concurrence, mission d'enquête interministérielle sur les marchés, service central de lutte contre la corruption, juge pénal.

### **B - La concession de travaux publics et de service public**

C'est l'exemple le plus ancien du contrat de délégation de service public. La personne publique peut conclure un contrat de concession de travaux publics et de service public, où le concessionnaire va assurer la réalisation des ouvrages publics et en assurer l'exploitation en se rémunérant sur les usagers de l'ouvrage ou du service. A l'expiration de la concession les ouvrages reviendront à la collectivité concédante en application des clauses du cahier des charges. La procédure de passation de ces contrats est réglementée, notamment par la loi Sapin du 29 janvier 1993 qui prévoit une procédure de publicité tout en laissant le choix du concessionnaire à l'autorité concédante.

### **C - L'offre de concours**

C'est un contrat assez particulier qualifié de contrat unilatéral c'est-à-dire ne comportant d'engagement que pour une des parties, l'auteur de l'offre. Ce dernier s'engage à contribuer à une opération de travail public à laquelle il a un intérêt, soit en apportant une somme d'argent ou un terrain ou en prêtant du personnel. Dès que l'offre est acceptée, son auteur ne peut plus la retirer, mais la collectivité bénéficiaire n'est pas tenue de réaliser les travaux.

## **III – LE REGIME JURIDIQUE DU CONTRAT ADMINISTRATIF**

Les contrats administratifs comme l'ont relevé MM. Lebreton et Manson (Le contrat administratif - Documentation française 1999 - p. 19) « relèvent d'une jurisprudence qui a, pour une part, emprunté au droit commun un certain nombre de principes et forgé, pour une autre part, des concepts propres tenant compte des spécificités de la relation contractuelle publique ».

### **A - La formation du contrat**

Il faut noter que la liberté contractuelle (liberté de recourir au procédé contractuel, de choisir le cocontractant et de déterminer le contenu du contrat) n'est pas entendue de la même façon qu'en droit privé.

L'administration est soumise à un certain nombre de contraintes dans la passation de ses contrats même si le Conseil d'État reconnaît dans un arrêt récent (CE 28 janvier 1998 société Borg Warner) un "principe de liberté contractuelle" dont les personnes publiques peuvent se prévaloir dans les limites fixées par le législateur.

Le contrat administratif suppose l'existence et la rencontre de deux consentements ; aussi le contrat doit-il être signé par la personne habilitée (ex : le maire pour la commune sur autorisation du conseil municipal par délibération ayant fait l'objet d'une transmission au préfet cf. CE 8 février 1999 commune de Cap-d'Ail) et intervenir dans le domaine de compétences de la personne morale de droit public (TA Paris, 14 décembre 1999, préfet de la région Ile-de-France : un établissement public agissant dans le cadre d'une région française ne peut passer un contrat sauf à méconnaître la spécialisation de ses attributions hors des limites de cette région et en l'absence d'un intérêt régional direct).

### **B - Les modes de passation des contrats sont divers**

Pour les marchés publics, l'administration pouvait recourir à l'adjudication. Dans cette hypothèse, l'administration ouvrait la soumission à tous les intéressés (adjudication ouverte) ou à certaines entreprises seulement (adjudication restreinte) et proclamait adjudicataire celui qui avait proposé le prix le plus bas. Ce procédé contractuel a été supprimé.

Le principe maintenant est que les marchés sont passés sur appel d'offres. Il est fait appel à la concurrence, mais l'administration est libre de choisir son cocontractant en fonction de plusieurs paramètres à savoir le prix, mais aussi la qualité des prestations ou les garanties proposées par les entreprises ; c'est donc plutôt le mieux-disant que le moins-disant qui sera choisi. En effet « *la personne publique choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats* ».

Il est possible de recourir :

1) **au marché négocié** (autrefois appelé marché de gré à gré). Dans le cadre d'un marché négocié, le représentant de l'acheteur public engage, sans formalités autres que celles de la publicité préalable, les discussions qui lui paraissent utiles avec les candidats de son choix et attribue librement le marché au candidat qui lui paraît le meilleur.

2) **au dialogue compétitif**. Il s'agit d'une procédure à laquelle la personne publique peut recourir lorsqu'elle n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier du projet.

La passation des marchés comme des délégations de service public est de plus en plus encadrée notamment du fait de la transposition des directives communautaires en matière de passation des marchés publics de fournitures ou de travaux.

3) **aux marchés de conception-réalisation.** Ils portent à la fois sur la définition du projet et sur l'exécution des travaux pour la réalisation de certains ouvrages.

4) **au concours.** C'est une procédure par laquelle la personne publique choisit après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours, un marché.

La passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications est soumise à une réglementation européenne spécifique.

De nombreux textes en droit interne sont intervenus pour améliorer la transparence et l'effectivité de la concurrence.

La loi du 26 janvier 1990 renforce les moyens de contrôle de la régularité de passation des marchés en créant une mission interministérielle d'enquête pour contrôler la régularité des marchés passés par les collectivités, les établissements publics et les sociétés d'économie mixte dont la mission sera étendue au contrôle de la régularité de la passation des délégations de service public.

La loi du 4 janvier 1992, relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux, organise un contrôle juridictionnel pouvant intervenir avant la conclusion d'un contrat en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence par le biais de la procédure de référé précontractuel (CE 3 novembre 1995 CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées) qui permet au juge administratif statuant en la forme des référés de suspendre la signature ou l'exécution d'un contrat, d'enjoindre à l'autorité de se conformer à ses obligations, voire d'annuler les décisions s'y rapportant ou de supprimer les clauses contractuelles irrégulières.

La loi du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et pour la transparence de la vie économique et des procédures publiques, contient diverses dispositions relatives aux délégations de service public et oblige notamment les personnes publiques à recourir à des procédures de publicité permettant la présentation d'offres concurrentes avant l'octroi de toute délégation.

Le juge administratif veille de surcroît au respect des règles du droit de la concurrence tant national que communautaire (cf. CE 3 novembre 1997 société Million et Marais pour un contrat de concession de pompes funèbres qui ne doit pas placer l'entreprise en situation d'abus de position dominante ; CE 26 mars 1999 société Eda pour des contrats de gestion du domaine public).

Il veille aussi à ce que la formation du contrat soit exempte de vices du consentement (cf. l'erreur, le dol qui n'est reconnu que rarement, encore que récemment, le tribunal administratif de Paris a fait droit à la requête de la SNCF et condamné solidairement des entreprises de travaux publics qui s'étaient préalablement entendues en matière de prix, tout en ordonnant une expertise en vue de déterminer si le montant du préjudice qu'aurait subi la SNCF « correspond au surcoût entre le prix payé par l'établissement public et le prix payé s'il avait été déterminé par le libre jeu de la concurrence » (TA Paris 17 décembre 1998 SNCF c/Bouygues et autres DA 1999 n° 97 D 1999 p. 313 note JD Dreyfus, la violence).

Le contrat peut avoir une forme écrite ou verbale (cf. CE 20 avril 1956 époux Bertin pour un engagement verbal), sauf dans les cas où les textes imposent la forme écrite (code des marchés publics, par exemple art. 39 et art. 250). Le contrat peut comporter peu de clauses, mais peut aussi être accompagné de documents annexes comme les cahiers des charges.

Ces cahiers des charges déterminent la plus grande partie des obligations contractuelles et le cocontractant de l'administration, qui ne peut en discuter les clauses, se doit d'en respecter les dispositions (cf. cahier des clauses administratives générales qui fixe les dispositions administratives applicables à toute une catégorie de marchés comme le CCAG applicable aux marchés publics de travaux, approuvé par décret du 21 janvier 1976 ou cahier des clauses techniques générales qui fixe les dispositions techniques applicables à toutes les prestations de même nature ou encore cahier des clauses administratives particulières qui fixe les dispositions propres à chaque marché et les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations prévues au marché).

### C- L'exécution du contrat administratif

L'administration va bénéficier de certaines prérogatives qui trouvent leur fondement dans les nécessités des services publics, mais le cocontractant bénéficie en contrepartie de certaines garanties essentiellement financières (le respect de l'équilibre financier du contrat).

### D - Les prérogatives de l'administration

L'administration les détient, même si elles ne sont pas prévues par le contrat, et ne peut y renoncer (règles générales applicables aux contrats administratifs CE 2 février 1983 Union des transports publics urbains et régionaux).

- **le pouvoir de direction et de contrôle** : l'administration a le pouvoir de contrôler l'activité du cocontractant et de lui donner des ordres pour assurer la bonne exécution (cf. les ordres de service dans les marchés publics).
- **le pouvoir de modification unilatérale** à condition cependant que les nécessités du service public l'exigent (CE 10 janvier 1902 Gaz. de Déville-lès-Rouen obligation pour le concessionnaire d'éclairage de passer du gaz à l'électricité ; CE 21 mars 1910 Compagnie générale des tramways), que les modifications n'excèdent pas certaines limites, et que l'équilibre financier du contrat soit respecté. Cette possibilité de modification unilatérale a été réaffirmée dans l'arrêt CE 2 février 1983 Union des transports publics.
- **le pouvoir de sanction** : en cas de faute dans l'exécution et à condition qu'il y ait eu une mise en demeure préalable. Ce pouvoir existe de plein droit et de façon unilatérale (CE 31 mai 1907 Deplanque). Les sanctions peuvent être soit des sanctions pécuniaires (amendes, dommages-intérêts, pénalités) soit des sanctions coercitives variables suivant les types de contrats (mise sous séquestre pour la concession, mise en régie

pour le marché de travaux publics) ou enfin des sanctions résolutoires (résiliation sanction cf. CE 30 septembre 1983 société Comexp).

- **le pouvoir de résiliation unilatérale**, dans l'intérêt du service, le cocontractant ayant seulement droit à l'indemnisation (CE. 2 mai 1958 Distillerie de Magnac-Laval ; CE 2 février 1987 société TV) ; seraient nulles les clauses d'un contrat qui auraient pour objet d'exclure cette résiliation (CE. 6 mai 1985 association Eurolat).

### *E - Les droits du cocontractant à l'équilibre financier du contrat*

Le particulier a droit à l'obtention de la rémunération convenue et au rétablissement de l'équilibre financier du contrat dans l'hypothèse où ce dernier serait rompu.

Il a droit au paiement de la rémunération fixée initialement (prix versé par l'administration, redevance prélevée sur les usages du service pour une concession) qui ne peut être modifiée unilatéralement par l'administration.

Il a droit au rétablissement de l'équilibre financier en cas de prestations nouvelles imposées par l'administration.

Il y a droit aussi en cas de survenance de faits imprévus.

#### *a) Théorie du fait du prince*

Lorsque l'administration cocontractante use de ses prérogatives et prend une mesure qui ne touche pas le contrat lui-même mais qui a des répercussions sur lui (augmentation du taux des impositions décidé par l'État qui rend plus onéreuse l'exécution d'un marché passé avec lui) ; la théorie ne joue pas lorsque la mesure émane d'une personne publique autre que l'administration cocontractante qui ne doit pas intervenir en tant que partie au contrat. Lorsque la théorie joue, l'indemnisation est alors intégrale (CE 8 novembre 1957 Soc. chimique).

#### *b) Théorie de l'imprévision*

Il y a application de la théorie de l'imprévision en cas de survenance de faits nouveaux étrangers à la volonté des parties entraînant un bouleversement des conditions économiques d'exécution du contrat. Le juge administratif admet une possibilité d'indemnisation dans certaines conditions (cf. CE Cie générale d'éclairage de Bordeaux 30 mars 1916, l'augmentation considérable du prix du charbon nécessaire à la fabrication du gaz par le concessionnaire oblige l'administration à aider pécuniairement le concessionnaire en situation gravement déficitaire).

Il faut que l'aléa soit indépendant de la volonté des parties, imprévisible (guerre, crise économique grave, dévaluation monétaire) et difficilement résistible. Cette théorie ne s'applique que si le bouleversement présente un caractère temporaire. L'indemnité d'imprévision, fixée sous le contrôle du juge, va couvrir une partie du déficit qu'il a subi (90 à 95 %). L'état d'imprévision, toujours temporaire, prendra fin soit par le rétablissement de l'équilibre du contrat, soit par sa résiliation. Le cocontractant n'a droit à l'indemnité que s'il a poursuivi



l'exécution du contrat malgré les difficultés rencontrées (CE 5 novembre 1982 société Propétrol).

La théorie de l'imprévision s'applique moins fréquemment aujourd'hui dans la mesure où de très nombreux contrats passés par l'administration contiennent des clauses de révision des prix. Mais la théorie s'appliquera encore lorsque ces clauses s'avéreront insuffisantes ou lorsqu'elles n'existent pas.

### *c) L'enrichissement sans cause*

C'est la Cour de cassation qui a forgé la théorie de l'enrichissement sans cause qui permet à un demandeur d'obtenir d'un défendeur une indemnité à la condition qu'il se soit appauvri, que corrélativement le défendeur se soit enrichi, qu'il y ait un lien de causalité entre les deux phénomènes, une absence de juste cause à ce transfert de richesse, et une absence de toute autre action en réparation à la disposition du demandeur.

Le Conseil d'État a accepté de transposer cette théorie de l'enrichissement sans cause, qu'il qualifie de « principe général applicable, même sans texte » au droit administratif (CE Sect. 14.4.1961 société Sud-Aviation). Cette théorie joue en marge d'un marché de travaux publics, pour indemniser les « travaux utiles », non prévus contractuellement, que l'entrepreneur a exécutés spontanément ou à la suite d'un ordre verbal irrégulier (CE Sect. 17.10.1975 commune de Canari).

### *F - La fin du contrat administratif*

Le contrat administratif expire normalement avec la réalisation de son objet (par exemple avec la livraison d'un bien dans le cas d'un marché de fournitures), ou à la survenance de son terme (variable cf. la différence entre une concession et un affermage).

Mais il peut aussi disparaître prématurément de multiples façons : par accord des parties ; par « rachat contractuel » de l'administration, prévu par le contrat ; par résiliation unilatérale de l'administration, dans l'intérêt du service (cf. supra) ou à titre de sanction ; ou sur décision du juge, à la demande du cocontractant en cas de modification unilatérale excessive de l'objet du contrat, de faute grave de l'administration ou de force majeure, ou bien à la demande de l'administration lorsqu'il s'agit de prononcer la déchéance d'une concession de service public et qu'aucune clause contractuelle ne lui permet de l'infliger elle-même.