

Université Jean-Moulin Lyon 3  
Faculté de droit  
Année universitaire 2011/2012

## **Les contrats entre personnes publiques**

Mémoire de recherche présenté en vue de l'obtention  
du Master 2 Droit public fondamental  
Co-habilité Lyon II – Lyon III – Saint Etienne

par

Hugo DEVILLERS

sous la direction de Bertrand DACOSTA  
maître des requêtes au Conseil d'État  
professeur associé à l'université Lyon 2



## **AVANT-PROPOS**

L'Équipe de droit public de Lyon (EA 666) a décidé, il y a quelques années, de lancer une collection des « *Mémoires de l'Équipe de droit public* » destinée à publier les meilleurs mémoires des masters 2 recherche qui lui sont rattachés.

Cette démarche constitue à présent un élément à part entière de la politique scientifique l'Équipe dont l'objectif est de valoriser les meilleurs travaux de recherche réalisés au cours d'une année universitaire.

Certes, ces travaux n'ont pas la dimension d'une thèse mais ils constituent un travail original dont la qualité est attestée par les responsables des masters concernés. Ces mémoires participent également au rayonnement de l'Équipe de droit public, composée de 4 Centres : le Centre de Droit Constitutionnel ; le Centre d'Études Fiscales et Financières ; l'Institut de droit de l'environnement ; l'Équipe d'Études Administratives.

C'est dans ce cadre que s'inscrit le mémoire de Monsieur Hugo DEVILLERS, désormais titulaire d'un contrat doctoral au sein de la Faculté de droit de Lyon 3.

Ce mémoire, qui porte sur « *Les contrats entre personnes publiques* », a été préparé sous la direction de Monsieur Bertrand DA COSTA, maître des requêtes au Conseil d'État, Professeur associé à l'université Lyon 2. Il a été soutenu en 2012 dans le cadre du Master 2 Recherche Droit public fondamental, cohabilité entre les universités de Lyon 2, Lyon 3 et Saint-Etienne.

Cette recherche vise à démontrer, par une analyse fine et très bien construite, que le contrat administratif conclu entre personnes publiques ne saurait parfaitement s'assimiler à un contrat administratif classique duquel il se distingue par certains aspects.

La qualité de ce travail a été reconnue au sein du Master et de l'Équipe de droit public. Il paraissait alors indispensable d'en assurer sa diffusion au-delà des murs de notre faculté de droit ; c'est chose faite au travers de la présente publication.

**Philippe BLACHER**  
*Professeur de droit public*  
*Directeur de l'Équipe de droit public*  
*Université Jean Moulin – Lyon 3*



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



Je souhaite remercier vivement Monsieur Bertrand Dacosta, maître des requêtes au Conseil d'État et professeur associé à l'université Lyon 2, pour les conseils prodigués lors de la rédaction de ce mémoire, pour sa bienveillance et sa disponibilité, ainsi que pour la transmission de certaines de ses conclusions.

Je tiens ensuite à remercier Madame le professeur Sylvie Caudal d'avoir accepté de juger ce travail. Que l'ensemble des professeurs du Master 2 recherche droit public fondamental trouvent ici l'expression de ma profonde gratitude.

Enfin, je remercie ma mère pour sa confiance.





## Liste des abréviations

ACCP	Actualité de la commande et des contrats publics
AJCT	Actualité Juridique Collectivités Territoriales
AJDA	Actualité Juridique Droit administratif
BJDCP	Bulletin juridique des contrats publics
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGI	Code général des impôts
Civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de Cassation
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz (devenus Revue juridique de l'entreprise publique)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation
Crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation
D.	Recueil Dalloz
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
Dr. Admin.	Revue Droit Administratif
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'État
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de jurisprudence
LPF	Livre des procédures fiscales
RA	Revue administrative
RDP	Revue du droit public et de la science politique
Rec.	Recueil des décisions du Conseil d'État (Recueil Lebon)
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RJEP	Revue juridique de l'entreprise publique
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey (Dalloz-Sirey à partir de 1965)
Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la cour de Cassation
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits



# Sommaire

Introduction.....	11
<b>TITRE 1 Une qualification et une exécution des contrats entre personnes publiques dérogeant pour une part au régime général des contrats administratifs .....</b>	<b>23</b>
Chapitre 1 La qualification juridique des contrats entre personnes publiques : des spécificités bien réelles mais tendant à se réduire .....	23
Section 1 La nature contractuelle de certains accords passés entre personnes publiques mise en doute .....	24
Section 2 Le caractère spécifique de la méthode de qualification des contrats entre personnes publiques mis en question .....	40
Chapitre 2 Un régime d'exécution des contrats entre personnes publiques nourri de particularismes justifiés et relatifs .....	53
Section 1 Des pouvoirs d'intervention sous liberté surveillée.....	54
Section 2 Une paralysie paradoxale.....	67
<b>TITRE 2 Une banalisation des contrats entre personnes publiques de nature économique et une soumission accrue au droit public économique et de la concurrence .....</b>	<b>77</b>
Chapitre 1 La possibilité de conclure des contrats de la commande publique entre personnes publiques.....	77
Section 1 Un contexte interne et communautaire favorable à la candidature des personnes publiques dans les contrats de la commande publique.....	78
Section 2 L'affirmation de la liberté de candidature des personnes publiques.....	86
Section 3 Une forme d'indépendance des législations au service des contrats entre personnes publiques de nature économique.....	97
Chapitre 2 Des limites à la banalisation du régime des contrats de la commande publique entre personnes publiques.....	103
Section 1 Une exception basée sur le défaut d'autonomie du titulaire du marché ou de la délégation : le contrat de quasi-régie.....	104
Section 2 Exceptions fondées sur la non intervention de l'opérateur sur le marché concurrentiel.....	117
Conclusion.....	131
Bibliographie.....	135
Table des matières.....	143



## Introduction

« Le contrat (...) doit comporter une définition unique, commune à toutes les disciplines »<sup>1</sup>. Chère aux auteurs du *Traité des contrats administratifs*, cette exigence d'unité du droit relève du défi en matière de contrats conclus entre personnes publiques. Fidèle cependant à cette tradition qui refuse toute opposition systématique entre droit privé et droit administratif, c'est le code civil qu'en premier lieu nous allons interroger.

L'article 1101 de ce code dispose que le contrat est « *une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». C'est par la négative qu'il faut appréhender cette définition dont l'apparente simplicité ne doit tromper personne. S'ils en prennent parfois le nom ou la forme, les actes qui lient les différents services d'une même personne morale ne sont pas à proprement parler des contrats. Seuls les accords conclus entre deux personnes juridiquement identifiées seront ici étudiés. Ainsi faut-il soustraire de l'appellation « contrat » les diverses « conventions » ou « accords » conclus entre des administrations qui ne possèdent pas la personnalité morale. Un débat a pu être engagé sur la question de savoir si un acte conclu entre des entités qui, bien que la détenant, entretiennent entre elles des relations trop étroites pour que soit constituée l'authentique rencontre de plusieurs volontés, peut être qualifié de contrat<sup>2</sup>. Dans ce parterre de « faux-contrats » dont la floraison est déjà ancienne, les conventions d'objectifs signées entre le Conseil d'État et les juridictions administratives<sup>3</sup> ou celles conclues entre un ministre et un préfet<sup>4</sup> font figure d'illustrations certes intéressantes, mais demeurent étrangères à notre champ d'étude<sup>5</sup>. Il convient par ailleurs d'écartier les actes qui, se situant à la rencontre de plusieurs volontés, ne créent pas d'obligations, et constituent ce que J.-F. Sestier nomme des « actes infra-contractuels »<sup>6</sup>. Dans le cadre d'une réflexion, même sommaire, sur les contrats entre personnes publiques, une telle question conduit à s'interroger sur ce qui relève d'une véritable obligation juridique et ce qui n'en relève pas. D'autre part, la définition classique du contrat peut être distinguée de celle de convention. En droit civil, la

---

<sup>1</sup>V. de LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, Tome premier, Paris, LGDJ, 1984, p. 28.

<sup>2</sup>V. B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, LGDJ, 1976, Bibliothèque de droit public. La question des contrats de quasi-régie, dits « in house » en fournit un exemple. Certains estiment qu'ils ne sont pas, à proprement parler des contrats (V. P. DELVOLVE, « Marchés publics : des contrats contrats-maison », *Rev. dr. UE*, 2002, p.53). Nous évoquerons cette importante problématique dans le Titre 2.

<sup>3</sup>« Cette seule idée d'un contrat signé par l'État avec lui-même témoigne à elle seule d'une grande audace juridique » in L. RICHER, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA* 2003, p. 973, spéc. p. 974.

<sup>4</sup>Sur ce point, v. N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA* 1999, p. 551, spéc. p. 556.

<sup>5</sup>V. en ce sens, Y. JEGOUZO, « L'administration contractuelle en question », *Mélanges Franck Moderne : Mouvement du droit public*, Dalloz, 2004, p. 543, spéc. p. 548.

<sup>6</sup>J.-F. SESTIER, *Le développement des techniques administratives conventionnelles*, Thèse, Lyon 3, Lyon, 1988, p. 866.

convention est « l'acte juridique formé par plusieurs volontés en vue de produire des effets de droit »<sup>7</sup>. Si la convention crée des obligations, il faut alors parler de contrat. Pour L. Duguit et les auteurs qui se réfèrent à son analyse, le contrat est une « convention créatrice de situations juridiques subjectives »<sup>8</sup>. Ainsi, pour une partie de la doctrine, les conventions qui créent des situations objectives et présentent des effets réglementaires ne sont pas des contrats<sup>9</sup>. Les juridictions ne reconnaissent pas cette distinction, aussi emploierons-nous les deux termes indifféremment. Il demeure que ce débat est revivifié par l'existence de nombreux contrats entre personnes publiques présentant des effets réglementaires. Enfin, le juge administratif ne retient pas une conception formaliste de la notion de contrat. Bien au contraire, il s'attache à l'essentiel : l'expression concordante de deux volontés suffit à former un contrat<sup>10</sup>.

Nous nous bornerons à évoquer le cas des contrats administratifs. Les critères de leur identification bénéficient désormais d'une heureuse stabilité : ce sont des contrats conclus par au moins une personne publique ou son mandataire, qui ont pour objet l'exécution même du service public<sup>11</sup>, la coopération à un tel service<sup>12</sup>, ou qui en constituent une modalité d'exécution<sup>13</sup>. En l'absence d'un tel objet, le contrat administratif doit contenir des clauses exorbitantes du droit commun<sup>14</sup> ou être soumis à un régime exorbitant<sup>15</sup>. Notons dès à présent que la définition des contrats entre personnes publiques procède d'une méthode qui, pour n'être pas totalement dénuée de lien avec les critères classiques, n'en présente pas moins de réelles originalités. La loi est aussi intervenue pour conférer aux marchés publics<sup>16</sup> et à d'autres contrats encore le statut de contrats administratifs.

Enfin, l'univers des personnes publiques est principalement composé par les collectivités territoriales au premier rang desquelles se situe l'État, les établissements publics, ainsi que certaines

---

<sup>7</sup>B. FAGES, *Droit des obligations*, 2ème édition, Paris, LGDJ, 2009, p. 19, §21.

<sup>8</sup>V. de LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre, *op. cit.*, p.41.

<sup>9</sup>*Ibid.*

<sup>10</sup>v. CAA de Paris, 18 avril 1989 *Ville d'Aulnay-sous-Bois* n° 89PA00080 ; CE 20 mars 1996 *Commune de Saint-Céré* n° 150038, *Rec.* p. 87 : « Eu égard à la volonté exprimée par les deux communes (...), dans les délibérations de leurs conseils municipaux (...) de se lier par des obligations réciproques, le litige (...) doit être regardé comme portant sur l'exécution d'un contrat ».

<sup>11</sup>CE 20 avril 1956 *Bertin*, *GAJA*, p. 469.

<sup>12</sup>CE 4 juin 1954 *Affortit et Vingtain*, *Rec.* p. 342, concl. Chardeau.

<sup>13</sup>CE 20 avril 1956 *Ministre de l'agriculture c/ Grimouard*, *GAJA*, p. 469.

<sup>14</sup>CE 31 juillet 1912 *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, *Rec.* p. 909, concl. Blum ; *D.* 1916, 3, p. 35, concl. Blum ; *S.* 1917, 3, p. 15, concl. Blum ; *RDP* 1914, p. 145, note Jèze. TC 27 juillet 1950 *Peulaboëuf*, *Rec.* p. 668.

<sup>15</sup>CE sect. 19 janvier 1973 *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, *CJEG* 1973, p. 239, concl. Rougevin-Baville, note Carron ; *Rev. Adm.* 1973, p. 633, note Amsselek.

<sup>16</sup>Art. 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF).

entités *sui generis* comme la Banque de France<sup>17</sup>, les groupements d'intérêts publics<sup>18</sup> et les autorités administratives indépendantes<sup>19</sup>. Le contrat entre personnes publiques présente cette particularité de ne lier que des personnes morales dont le but existentiel est la poursuite d'une mission d'intérêt général. La confrontation de deux ou plusieurs intérêts publics à l'intérieur d'un même contrat peut, par une sorte d'effet de miroir, renseigner utilement le juriste sur la conception contemporaine de l'intérêt général qui se trouve ici doublement présent. En outre, une telle réflexion s'inscrit dans le cadre d'une recherche plus globale sur la place du critère organique dans le droit administratif français. Dans une telle perspective, il faut noter qu'une personne privée peut ne contenir que du capital public<sup>20</sup>, et qu'à l'inverse, une personne publique peut posséder du capital privé<sup>21</sup>. Le débat sur les continuités et les ruptures du contrat administratif nourrira nos développements. Ainsi nous appartiendra-t-il de montrer ce qui distingue et ce qui rapproche un tel contrat lorsqu'il est conclu avec une personne privée, et lorsqu'il ne lie que des personnes publiques.

La contractualisation des rapports entre personnes publiques ne relève pas de l'évidence. Au cours de notre histoire, le contrat n'a principalement constitué qu'un instrument juridique au service des échanges commerciaux, même si J.-F. Sestier invite son lecteur à nuancer le caractère péremptoire d'une telle affirmation<sup>22</sup>. Or, pendant tout le XIX<sup>ème</sup> siècle et conformément aux postulats libéraux qui dominent cette période<sup>23</sup>, les collectivités publiques ne prenaient pas elles-mêmes en charge des activités économiques. Il eût été aberrant pour les contemporains de M. Hauriou qu'une collectivité publique rendît un service ou vendît un produit à une autre. Ce n'est d'ailleurs que très récemment que les personnes publiques se sont vues accorder la possibilité de soumissionner à un contrat de la commande publique<sup>24</sup>. Qu'en était-il des contrats n'ayant pas d'objet économique ? Pendant longtemps, explique J.-C. Douence, « un contrat conclu entre deux personnes publiques n'était pas rigoureusement inconcevable mais les structures administratives de l'époque ne pouvaient en faire qu'un phénomène exceptionnel et par conséquent négligeable »<sup>25</sup>. Le

<sup>17</sup>CE 22 mars 2000 *Syndicat national autonome du personnel de la Banque de France*, Rec. p. 125, *AJDA* 2000, p. 410, chr. Guyomar et Collin.

<sup>18</sup>TC 14 janvier 2000 *GIP « Habitat et intervention sociales pour les mal-logés et les sans-abri »*, *AJDA* 2000, p. 410, chr. Guyomar et Collin.

<sup>19</sup>B. SEILLER, *Droit administratif, 2. L'action administrative*, Flammarion, Champ université, 2011, p. 16.

<sup>20</sup>C'est le cas des sociétés publiques locales d'aménagement prévues par l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme et des sociétés publiques locales prévues par l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales.

<sup>21</sup>Art. 98 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit : « *Le groupement d'intérêt public est une personne morale de droit public dotée de l'autonomie administrative et financière. Il est constitué par convention approuvée par l'Etat soit entre plusieurs personnes morales de droit public, soit entre l'une ou plusieurs d'entre elles et une ou plusieurs personnes morales de droit privé* ».

<sup>22</sup>J.-F. SESTIER, *op. cit.*, p. 23.

<sup>23</sup>« Le libéralisme est un des grands faits du XIX<sup>ème</sup> siècle qu'il domine tout entier ». in R. RÉMOND, *Le XIX<sup>ème</sup> siècle 1815-1914*, Le Seuil, Points Histoire, 1974, p. 21.

<sup>24</sup>CE avis 8 novembre 2000 *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, Rec. p. 492, concl. Bergeal ; *RFDA* 2001, p. 112, concl. Bergeal ; *CJEG* 2001, p. 58, note Degoffe et J.-D. Dreyfus.

<sup>25</sup>J.-C. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », *Mélanges Stassinopoulos*, 1974, p. 114.

lien qui existe entre le degré de centralisation de l'État et la difficulté éprouvée par les collectivités publiques de contracter entre elles frappe par son évidence. L'organisation centralisée de l'État telle que conçue par N. Bonaparte constitua longtemps le socle sur lequel s'établit l'administration de notre pays. Sous le Consulat et l'Empire, les seuls contrats noués par l'administration étaient les marchés de fournitures ou de travaux publics. Quant à l'accord de volonté entre administration et administré, il n'existait pas<sup>26</sup>. Actuellement remise en cause, cette conception verticale du pouvoir est toutefois une tendance lourde de notre histoire.

Il ne faudrait pas inférer de ce très rapide panorama historique une inexistence absolue des conventions conclues entre personnes publiques avant les années 1980. Sous l'Ancien régime, des contrats lient l'université, des villes et le Roi<sup>27</sup>. Plus tard, M. Hauriou relèvera que les progrès balbutiants de la décentralisation administrative<sup>28</sup> entraînent une multiplication « des accords conclus entre administrations pour assurer la marche des services publics »<sup>29</sup>. Un arrêt du 11 janvier 1905 illustre d'une manière discrète que la conclusion de contrats entre l'État et une commune pouvait, au tout début du siècle dernier, donner lieu à contentieux<sup>30</sup>. Mais c'est la dynamique de décentralisation, dont la loi du 2 mars 1982 constitue le premier acte, qui préside à l'essor des contrats conclus entre personnes publiques<sup>31</sup>. Il est vrai qu'avant les lois « Deferre », les communes et les départements pouvaient déjà conclure des contrats avec d'autres personnes publiques, mais elles devaient préalablement recueillir l'assentiment du Préfet. Ainsi, l'« accroissement des tâches de la puissance publique, (...) la multiplication des services dotés de la personnalité morale, (...) le développement des compétences locales, (...) l'introduction des notions de concertation, de conciliation, de persuasion, au sein de l'Administration »<sup>32</sup> sont autant de conséquences directes de la décentralisation qui ont mécaniquement conduit les personnes publiques à contracter entre elles.

Dès lors, le législateur s'est appliqué à créer les cadres contractuels qui, propices à la sécurité juridique chère à tout contractant, ont été nécessaires au transfert des compétences qu'imposait la loi du 2 mars 1982. Illustrant cette incitation à contracter, les conventions de mise à disposition et les conventions de transfert de service<sup>33</sup> ont très directement participé à la mise en œuvre de la décentralisation. L'État a souhaité accompagner avec douceur ce processus de dévolution en conservant un droit de regard sur les politiques publiques menées par les collectivités décentralisées

<sup>26</sup>V. J.-F. SESTIER, *op. cit.*, pp. 57 et suivantes.

<sup>27</sup>D. POUYAUD, « Contrats entre personnes publiques », fascicule n° 675, *Juriclasser administratif*, §1.

<sup>28</sup>Induits par la loi municipale du 5 avril 1884 et la loi relative aux départements du 10 août 1871.

<sup>29</sup>M. HAURIOU, « note sous CE 20 janvier 1899 Administration des pompes funèbres », S. 1899, 3, p. 113.

<sup>30</sup>CE 11 janvier 1905 *Gras*, S. 1905, III, p. 102.

<sup>31</sup>V. en ce sens A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, Tome I, 2ème édition, LGDJ, 1984, Paris, p. 449.

<sup>32</sup>N. POULET-GIBOT LECLERC, *art. cit.*, p. 552.

<sup>33</sup>V. notamment J.-F. SESTIER, *op. cit.*, pp. 250 à 254.



en matière économique et d'aménagement du territoire. Dans cet esprit ont été conçus les contrats de plan. De la même manière, les contrats de programme<sup>34</sup>, d'entreprises<sup>35</sup>, d'objectifs<sup>36</sup>, ou de présence territoriale<sup>37</sup> ont été conclus entre l'État et des grandes entreprises publiques dans des domaines stratégiques. Cependant, la privatisation et la modification du statut de la plupart de ces grands groupes, devenus pour la plupart des sociétés de droit privé, s'oppose désormais à ce qu'ils soient qualifiés de personnes publiques.

D'autres facteurs expliquent la multiplication de tels contrats. Certaines matières paraissent incompatibles avec l'emploi de procédés unilatéraux. Le secteur économique est sans conteste de ceux-là<sup>38</sup> même si la police économique doit être exercée par voie unilatérale<sup>39</sup>. Plus généralement, « la difficulté de mener à bien des politiques publiques de façon isolée (...) suppose (...) des actions conjointes et des financements coordonnés »<sup>40</sup>. D'une part, l'État confie certaines de ses compétences aux collectivités territoriales les mieux à même de les exercer ; de l'autre, il réserve l'utilisation des procédés unilatéraux aux domaines dans lesquels ils sont vraiment efficaces. Mais sous un apparent respect des libertés de chacun, le procédé contractuel permet souvent à l'État de faire avancer ses intérêts jusqu'à rétablir parfois une forme de tutelle<sup>41</sup>.

Les contrats entre personnes publiques couvrent aujourd'hui de très nombreux domaines : enseignement supérieur<sup>42</sup>, aménagement du territoire<sup>43</sup>, urbanisme<sup>44</sup>, planification économique, prévention de la délinquance<sup>45</sup>, commande publique<sup>46</sup> etc., sans même parler des très nombreuses conventions par lesquelles les administrations gèrent leur patrimoine<sup>47</sup>. Peu de matières sont épargnées par cette lame de fond.

G. Marcou en distingue trois catégories. En premier lieu, « les contrats qui ont pour objet

---

<sup>34</sup>Conclus avec EDF, SNCF, ORTF, Charbonnages de France v. H. JACQUOT, « La réforme de la SNCF et l'apparition d'une nouvelle notion de l'entreprise publique », *Dr. Soc.* 1970, p. 337.

<sup>35</sup>Conclus avec Air France, CDF-Chimie.

<sup>36</sup>Conclus avec GDF entre 1991 et 1993 v. Décret n° 93-51 du 14 janvier 1991.

<sup>37</sup>Conclu avec La Poste, v. Loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales.

<sup>38</sup>J.-C. DOUENCE, *art. cit.*, p. 115.

<sup>39</sup>A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *op. cit.*, p. 48.

<sup>40</sup>B. SEILLER, *op. cit.*, p. 26.

<sup>41</sup>M. LAROQUE, « La contractualisation comme technique de tutelle : l'exemple du secteur social », *AJDA* 2003, p. 976.

<sup>42</sup>J.-P. FINANCE, « Les contrats d'établissement dans le domaine de l'enseignement supérieur », *AJDA* 2003, p. 989.

<sup>43</sup>V. N. PORTIER, « Un nouveau mode de relations entre l'État et ses partenaires : l'exemple de l'aménagement du territoire », *AJDA* 2003, p. 986 et D. POUYAUD, *art. cit.* § 8.

<sup>44</sup>V. par exemple, art. L. 110 du Code de l'urbanisme. V. aussi, sur le régime des concessions d'aménagement conclues entre personnes publiques, F. BARLOY, « Quelques observations sur la présence du contrat en droit de l'urbanisme », *Mélanges en l'honneur du professeur Guibal*, Tome II, Presses de la faculté de droit de Montpellier, Montpellier, 2006, p. 47.

<sup>45</sup>Art. 1, al. 7, loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, sur ce sujet, v. X. LATOUR, « Quel partenariat entre la commune et le département en matière de prévention de la délinquance », *AJDA* 2008, p. 1924.

<sup>46</sup>V. CE avis 8 novembre 2000 *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, précité.

<sup>47</sup>V. sur cette question, N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, LGDJ, 2011, Bibliothèque de droit public.

une prestation et pour lesquels se pose la question de l'application du code des marchés publics »<sup>48</sup>. Il réserve ensuite une place aux « contrats de coopération entre l'État et les collectivités territoriales mais aussi entre ces dernières et qui ont pour objet la programmation de l'action publique. L'exemple bien connu est celui du contrat de plan État-Région »<sup>49</sup>. La loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification a toiletté le régime de ces contrats. L'État et les régions peuvent coopérer dans la mise en place de projets répondant aux exigences du plan de la nation. D'autres collectivités territoriales ainsi que des entreprises publiques ou privées<sup>50</sup> peuvent s'insérer dans cette relation à condition qu'elles participent elles aussi au financement. Depuis 2006, les contrats de projets<sup>51</sup> prennent acte de la suppression du plan de la nation et remplacent les contrats de plan. Le choix du mode contractuel traduit l'esprit décentralisateur qui inspira cette pratique. Elle est aussi l'expression de la velléité planificatrice d'un État attentif à ce que le plan de la nation voté par le Parlement soit concrètement mis en œuvre sur le territoire. Par le biais de cet instrument juridique à double facette, l'État conserve un droit de regard sur les politiques économiques et d'aménagement dont la compétence a été, pour une large part, dévolue aux régions. En dernier lieu, G. Marcou distingue « les contrats qui ont pour objet de permettre un exercice optimum des compétences »<sup>52</sup>. A ce titre, les conventions de transfert de services<sup>53</sup> ont mis concrètement en œuvre les transferts de compétences à destination des collectivités territoriales. Conclues entre le Préfet et le président du conseil général, elles établissent la liste des services du premier placés sous l'autorité du second. Les conventions de mise à disposition de services ont elles aussi permis une gestion contractuelle des services de l'État mis à disposition des collectivités concernées<sup>54</sup>. Les rapports contractuels infra-étatiques horizontaux ne sont pas en reste : les collectivités peuvent conclure entre elles des conventions analogues afin de se faciliter l'exercice des compétences<sup>55</sup>. Enfin, le législateur a pris en compte la difficulté résultant du transfert massif des compétences vers les communes, parfois très petites, et a élaboré un régime de conventions permettant aux services techniques de l'État de venir en aide aux communes, que ce soit dans le cadre du code des marchés publics<sup>56</sup>, ou non<sup>57</sup>.

De manière plus fondamentale, le phénomène de contractualisation des relations entre

<sup>48</sup>G. MARCOU, *art. cit.*, p. 982.

<sup>49</sup>*Ibid.*

<sup>50</sup>Art. 11 loi précitée, al. 1 : « L'État 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 ».

<sup>51</sup>Décision du Comité interministériel d'aménagement et de compétitivité des territoires (CIACT) du 6 mars 2006.

<sup>52</sup>G. MARCOU, *art. cit.*, p. 982.

<sup>53</sup>Art. 26 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

<sup>54</sup>Art. 10 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État.

<sup>55</sup>Art. L. 5111-1 du Code général des collectivités territoriales.

<sup>56</sup>Art. 7 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République.

<sup>57</sup>Art. 7-1 de cette même loi.

personnes publiques s'inscrit dans une logique de « remise en cause de la prééminence de l'État central agissant par la voie du commandement et de la contrainte »<sup>58</sup>. B. Seiller rappelle que « l'administration ne peut plus procéder aujourd'hui comme au temps de Napoléon » et estime que « le procédé contractuel traduit la répugnance actuelle des personnes publiques à affirmer leur autorité, à utiliser explicitement les moyens exorbitants mis à leur disposition pour faire prévaloir leur volonté et la promotion de l'intérêt général »<sup>59</sup>. Le temps où l'État central imposait de manière autoritaire sa propre définition d'un intérêt général conçu de manière presque métaphysique est révolu. J.-B. Auby montre que le droit administratif contemporain doit faire face à une « désétatisation de la société »<sup>60</sup> qui se traduit notamment par la place croissante accordée au marché et par l'émergence de la démocratie administrative. Par conséquent, les procédés autoritaires et unilatéraux perdent en légitimité, l'appareil d'État se fragmente en une myriade d'entités publiques spécialisées aux compétences diverses<sup>61</sup>, et la gestion des affaires publiques se contractualise. Les critiques souvent violentes et parfois injustifiées contre la lourdeur de l'appareil d'État, l'inertie de l'Administration et son incapacité supposée à adapter les principes généraux aux cas particuliers conduisent les collectivités publiques à singulariser la règle de droit et à recueillir le consentement de chacun. L'État-puissance devenu État-coopération ou État-providence se drapait désormais le plus possible des habits de l'État-cocontractant. Certes, l'accroissement constant de son rôle<sup>62</sup>, puis de celui des collectivités décentralisées, a permis à l'intérêt public de triompher de bien des difficultés politiques, économiques, sociales, sanitaires ou sécuritaires. Mais l'enrichissement des prérogatives des personnes publiques et leur immixtion dans des domaines sensibles ont paradoxalement rendu plus difficile la gestion solitaire des problèmes posés et ont conduit à un enchevêtrement des compétences dont le contrat entre personnes publiques constitue aujourd'hui l'un des remèdes. En outre, les personnes publiques, et singulièrement les établissements publics, ont acquis des compétences et une expertise reconnues de tous qui les autorisent à présenter avec succès leur candidature aux contrats de la commande publique. Ainsi retrouve-t-on les deux principaux domaines d'élection des contrats entre personnes publiques : l'organisation des compétences et la commande publique.

Par ailleurs, il conviendra de vérifier que ces contrats, souvent présentés comme égaux, ne présentent pas, par certains aspects de leur qualification ou de leur régime d'exécution, des

---

<sup>58</sup>R. DENOIX DE SAINT-MARC, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA* 2003, p. 970.

<sup>59</sup>B. SEILLER, *op. cit.*, p. 26.

<sup>60</sup>J.-B. AUBY, « La bataille de San Romano Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001, p. 912, spéc. p. 914.

<sup>61</sup>Sur la fragmentation de l'appareil d'État v. *ibid.*, p. 916.

<sup>62</sup>« C'est (...) une manière de révolution qui s'est accomplie, bien que de façon si progressive qu'elle est souvent passée inaperçue des contemporains ». in R. RÉMOND, *op. cit.*, p. 105.

similitudes avec les contrats de droit privé. Sans anticiper sur les développements qui suivront, il faut dès à présent noter que le contrat conclu entre personnes publiques est souvent qualifié d'administratif en ce qu'il est relatif à la gestion du service public, ce qui est aux antipodes du contrat de droit privé. Cependant, les clauses exorbitantes du droit privé en sont la plupart du temps absentes. Le régime d'exécution du contrat perd lui aussi en « exorbitance » en ce sens que les pouvoirs d'intervention du cocontractant sont *a priori* peu utilisés à l'encontre d'une autre personne publique, ou sont soumises à un contrôle renforcé du juge. L'idée d'un rapprochement théorique entre l'exécution du contrat entre personnes publiques et celle du contrat de droit privé pourrait conduire le juriste à une relecture des théories fondant le droit administratif sur son caractère exorbitant<sup>63</sup>, et désavouerait pour une part les thèses souscrites par les tenants de l'école de la puissance publique. Dans cette optique, c'est l'objet du contrat qui le soumettrait au droit administratif, et non les prérogatives de puissance publique utilisées par l'une des parties. Il conviendra d'interroger la doctrine et la jurisprudence sur cette importante question. Mais dès à présent, un paradoxe peut être relevé : lorsque deux personnes publiques se rencontrent, l'on tend instinctivement à penser que leurs relations s'enracinent dans un droit particulièrement exorbitant et diamétralement opposé aux principes civilistes. Or, comme l'indique D. Broussole, il semble que « confronté à un autre intérêt public, l'intérêt public d'une personne public peut ressembler étrangement à ce qu'on n'ose appeler son intérêt privé »<sup>64</sup>. Dans cette optique, la privatisation des contrats de l'administration<sup>65</sup> et le rapprochement insidieux du droit public vers le droit privé, ne constituent-ils pas la négation même de l'exorbitance ?

Au delà de cette question, les matières dans lesquelles interviennent les contrats entre personnes publiques peuvent laisser penser que le rôle joué par les personnes publiques dans l'économie de marché se banalise. A la manière de sociétés de droit privé, les personnes morales de droit public se sont vues reconnaître la possibilité d'intervenir sur le marché et de déposer leur candidature aux délégations de service public et marchés publics<sup>66</sup>. Dans ce cadre, les collectivités publiques qui contractent avec des personnes publiques donneuses d'ordres ou délégantes de service public, sont soumises aux exigences du droit de la concurrence. Sans doute doit-on se féliciter de cette jurisprudence pragmatique qui, insufflant un vent de concurrence bénéfique pour les deniers publics, conduit les personnes privées à se montrer davantage compétitives pour obtenir les

---

<sup>63</sup>Cette question est abondamment traitée dans F. MELLERAY (études réunies par), *L'exorbitance du droit administratif en question*, Poitiers, LGDJ, 2004, 312 pages.

<sup>64</sup>D.BROUSSOLLE, « Conventions entre personnes publiques et décentralisation L'exemple des dessertes ferroviaires », *AJDA* 1989, p. 747, spéc. p. 755.

<sup>65</sup>V. F. CHAUVIN, « Vers la privatisation des contrats de l'administration ? Limites et paradoxes d'une évolution contrastée », *Mélanges Henri Blaise*, Economica, 1995, p. 95.

<sup>66</sup>CE avis 8 novembre 2000 *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, précité.

marchés, et, conséquemment, à réduire leurs tarifs. Mais l'imbrication croissante du privé et du public, du droit administratif et du droit civil et commercial, en un mot, la banalisation de l'intérêt général peuvent dangereusement rouvrir le débat glissant de l'existence et de la légitimité du droit administratif. Les contempteurs de ce droit ne manquent pas de s'interroger : si les collectivités publiques agissent comme des personnes privées, pourquoi leur appliquer un droit spécial ? J.-M. Peyricat traduit ce risque en ces termes : « le fait que les collectivités publiques participent à la gestion d'autres collectivités publiques, en leur donnant les moyens nécessaires à cette gestion ou en l'exécutant elles-mêmes, (...) ne traduit-il pas (...) une forme particulièrement développée de l'intérêt financier de l'action publique, action dont l'adjectif « publique » apparaît dès lors dévoyé ? »<sup>67</sup>.

Ainsi, il nous incombera de décrire les frontières qui, complexes et fluctuantes, structurent, encadrent et définissent le champ du droit des contrats administratifs entre personnes publiques. Pour exister, celui-ci doit se différencier du régime des contrats administratifs classiques et de celui des contrats de droit privé auquel il ressemble par certains aspects. A ce titre, le débat sur l'application aux personnes publiques contractant entre elles de la théorie de l'autonomie de la volonté s'avère central. Pour certains auteurs, une telle opinion relève de l'hérésie. L. Duguit adopte un point de vue critique à l'égard d'une notion qui, telle qu'elle est présentée en droit administratif, présente pour lui un caractère métaphysique et demeure attachée à l'idée de droit subjectif qu'il combat<sup>68</sup>. Cette opinion ne manque toutefois pas de nuance. Il semble plutôt assimiler l'autonomie de la volonté à la compétence<sup>69</sup>. J. Rivero a bien noté que la compétence du droit public est d'une autre nature que la capacité du droit civil car elle implique que l'Administration agisse dans un but exclusif d'intérêt général<sup>70</sup>. Partant de prémisses similaires, J.-C. Douence<sup>71</sup>, D. Broussolle<sup>72</sup> ou L. Richer<sup>73</sup> estiment que dans le cadre d'un contrat entre personnes publiques, la volonté ne saurait être autonome. Certains auteurs s'engagent plus loin encore dans cette négation et nient jusqu'à la possibilité pour une personne publique de détenir une volonté propre<sup>74</sup>. Dans une telle perspective, l'intérêt général n'est plus un simple cadre dans lequel doit s'inscrire l'action administrative ; il est une prescription qui implique un comportement déterminé.

Une analyse différente peut toutefois être soutenue. J.-F. Sestier a montré que s'il existe des

---

<sup>67</sup>PEYRICAT J.-M. « Les contrats de prestation entre collectivités publiques Réflexions et interrogations », *AJDA* 2000, p. 581, spéc. p. 591.

<sup>68</sup>V. S. SAUNIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », *RFDA* 2007 p. 609.

<sup>69</sup>*Ibid.*

<sup>70</sup>J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDJ* 1953, p. 279.

<sup>71</sup>J.-C. DOUENCE, *art. cit.*, p. 124

<sup>72</sup>D. BROUSSOLLE, *art. cit.*, p. 748.

<sup>73</sup>L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 7ème édition, 2010, p. 23, § 23.

<sup>74</sup>T. FLEURY, « La liberté contractuelle des personnes publiques Questions critiques à l'aune de quelques décisions récentes », *AJDA* 2012, p. 231.

spécificités dans l'exécution des contrats de droit privé et de droit public, il n'y a pas entre eux une différence de nature<sup>75</sup>. L'auteur est cependant partisan d'une vision modeste de l'autonomie de la volonté : elle n'est pas, selon lui, la créatrice de l'obligation juridique, mais simplement « l'utilisatrice » du droit conventionnel<sup>76</sup>. S'il faut constater un certain déclin de l'autonomie de la volonté, en ce sens que les prescriptions législatives et le rôle du juge sont plus forts aujourd'hui qu'hier, ce phénomène n'est toutefois pas propre au contrat administratif. Dans la même veine, J.-D. Dreyfus défend que l'autonomie de la volonté « est une conséquence attachée à la reconnaissance de la personnalité juridique qu'elle soit publique ou privée »<sup>77</sup>. Ainsi rejette-t-il la totale objectivisation de la cause que prônent certains auteurs<sup>78</sup> et affirme-t-il que, comme le contrat de droit privé, le contrat entre personnes publiques est fondé sur la notion d'autonomie de la volonté.

En tout état de cause, il semble que les contrats entre personnes publiques bénéficient de la liberté contractuelle telle qu'énoncée par les sages de la rue de Montpensier<sup>79</sup>. Plusieurs étapes émaillent cette reconnaissance. Après quelques hésitations<sup>80</sup>, la consécration de la liberté contractuelle est intervenue par une décision du 19 décembre 2000 qui indique qu'elle « découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »<sup>81</sup>. Le Conseil constitutionnel a consacré la pleine application de ce principe aux personnes publiques dans sa décision du 30 novembre 2006 concernant la loi relative au secteur de l'énergie<sup>82</sup>.

La protection accordée par le Conseil constitutionnel à l'article 4 bénéficie certes au principe de liberté contractuelle, mais n'est pas absolue pour autant. D'abord, le principe peut se heurter à ceux qui ont été énoncés par le Conseil constitutionnel en matière de contrats de la commande publique (liberté d'accès, transparence des procédures et égalité de traitement des candidats) qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration<sup>83</sup>. Ensuite, cette liberté peut être limitée par des exigences liées à l'intérêt général<sup>84</sup> ou par un objectif à valeur constitutionnelle<sup>85</sup>. De surcroît, la loi,

<sup>75</sup>J.-F. SESTIER, *op. cit.*, p. 579.

<sup>76</sup>*Ibid.*, p. 571.

<sup>77</sup>J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, Paris, L'Harmattan, collection logiques juridiques, 1997, p. 359.

<sup>78</sup>Comme J.-C. DOUENCE, *art cit.*

<sup>79</sup>Pour une analyse récente sur cette question, v. J.-M. PONTIER, « La liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* 2013, p. 837.

<sup>80</sup>Le principe de stabilité des contrats en cours fut d'abord consacré de manière indirecte dans une décision énonçant 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 » (Cons. Const. 10 juin 1998, n° 98-401 DC, consid. 29). Décision confirmée dans cons. const. 13 janvier 2000, n° 99-423 DC, consid. 40 et 42.

<sup>81</sup>Cons. Const. 19 décembre 2000, n° 2000-437 DC, Consid. 37 ; confirmé par Cons Const 30 novembre 2006, n° 2006-543 DC, consid. 29.

<sup>82</sup>n° 2006-543 DC, Loi relative au secteur de l'énergie, *AJDA* 2007, p. 192, note Marcou ; *D.* 2007, p. 1760, note Verpeaux ; *GDCC* 15<sup>ème</sup> édition, 2009, n° 46 ; *RFDA* 2006, p. 1163, note Bellesize.

<sup>83</sup>Cons. Const. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit.

<sup>84</sup>Cons. Const. 30 novembre 2006, n° 2006-543 DC, Loi relative au secteur de l'énergie, consid. 31.

<sup>85</sup>Cons. Constit 18 mars 2009 n° 2009-578 DC Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion,

même silencieuse, peut, pour ces mêmes raisons, s'appliquer de manière rétroactive aux contrats en cours<sup>86</sup>.

Cette protection vaut-elle pour les contrats entre personnes publiques ? Dans une décision du 19 juillet 1983<sup>87</sup>, le Conseil constitutionnel a reconnu que « *de façon générale, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que l'État passe des conventions avec les diverses collectivités territoriales de la République telles que les communes, les départements, les régions ou les territoires d'outre-mer* ». La combinaison de ces jurisprudences peut conduire à penser que les personnes publiques peuvent librement conclure entre elles des contrats qui bénéficient de la liberté contractuelle.

La reconnaissance de la liberté contractuelle au profit des personnes publiques ne convainc pas ceux qui, comme T. Fleury, sont attachés à conserver au langage juridique une signification et un sens simples et clairs. Selon lui, dès lors que l'intérêt général et le principe de spécialité guident l'action des collectivités publiques, « l'antinomie est (...) irréductible et indépassable, car elle relève du seul domaine de la logique : une action ne peut être prescrite et libre »<sup>88</sup>. En outre, la liberté contractuelle est indissociable de l'autonomie de la volonté dont il estime l'application contestable en droit administratif. En somme, le Conseil constitutionnel aurait dévoyé le sens à donner à la notion de liberté telle qu'elle est définie par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et qui a un caractère éminemment subjectif. Selon l'auteur, la décision de 1983 précitée ne fonde la possibilité accordée aux personnes publiques de contracter entre elles que sur la *compétence* accordée à ces dernières par la loi. Elle ne prend nullement partie sur la question de la liberté contractuelle.

Pour sa part, le Conseil d'État a pu relativiser la portée concrète de la liberté contractuelle des personnes publiques. Dans l'arrêt *Société KPMG* précité, la Haute juridiction administrative a estimé que seules des dispositions législatives pouvaient porter atteinte à une situation contractuelle en cours, et qu'en ce cas, des mesures transitoires devaient être prises. Mais cette solution ne vaut que « *sous réserve des règles générales applicables aux contrats administratifs* ». Ainsi, pour J.-Y. Gahdoun, « la réserve de compétence du parlement ne saurait s'appliquer aux contrats administratifs »<sup>89</sup>. Le principe de mutabilité qui implique que l'autorité administrative puisse à tout

---

consid. 9 et suivants.

<sup>86</sup>Pour un exemple connu, v. CE ass. 24 mars 2006 *Société KPMG et Société Ernst et Young et autres* Rec. p. 154 : dans cette décision, le Conseil d'État accepte que la loi autorise implicitement l'application de la norme nouvelle à des situations contractuelles en cours, pour des raisons d'ordre public économique et moyennant les dispositions transitoires qu'impose le respect du principe de sécurité juridique.

<sup>87</sup>Cons. Const. 19 juillet 1983, n° 83-160 DC, Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, consid. 4.

<sup>88</sup>T. FLEURY, *art. cit.*, p. 234.

<sup>89</sup>P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2008, Nouvelle bibliothèque de thèses.

moment modifier des clauses contractuelles légalement négociées et conclues ou résilier un contrat fait échec à l'application de la liberté contractuelle du cocontractant de l'administration, c'est-à-dire à celle d'une personne publique dans le cadre des contrats qui nous intéressent. T. Fleury indique que dans ce cas, la personne publique cocontractante de l'administration « ne ser(a) pas protégée par cette jurisprudence : (sa) « liberté contractuelle » demeure à la merci du principe de mutabilité des contrats administratifs »<sup>90</sup>.

Pour finir, ce sujet éclaire d'une lumière nouvelle la question de l'égalité des collectivités territoriales de la République. Nous l'avons évoqué, il devient plutôt malaisé pour l'État d'abuser des procédés unilatéraux à destination des collectivités territoriales. De surcroît, l'alinéa 5 de l'article 72, qui dispose qu'« aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre », implique que les relations entre collectivités soient le plus possible négociées<sup>91</sup>.

A ce titre, la contractualisation des relations entre l'État et les collectivités territoriales peut parfois s'analyser comme une « technique de tutelle »<sup>92</sup>. Bien des contrats établissent une forme de distinction entre les collectivités qui, de ce fait, ne sont pas placées sur un plan d'égalité. Le caractère égalitaire des relations établies entre les parties publiques sera un des indices qui nous permettra d'affirmer ou d'infirmer l'hypothèse selon laquelle les contrats administratifs conclus entre personnes publiques sont des instruments juridiques originaux. Ainsi la question de l'égalité des personnes publiques guidera-t-elle nos réflexions.

Dès lors, les contrats administratifs entre personnes publiques forment-ils une catégorie spécifique de contrats administratifs ?

La qualification comme le régime commandant l'exécution de ces contrats présentent de réelles originalités, mais qui tendent à s'étioler (Titre 1). En outre, les personnes publiques contractant entre elles dans le cadre de contrats de la commande publique se voient, sauf exceptions notables, soumises au droit public économique et aux principes issues du droit de la concurrence (Titre 2). C'est ce double mouvement de banalisation des contrats entre personnes publiques qu'il nous faut maintenant étudier.

---

<sup>90</sup>T. FLEURY, *art. cit.*, p. 234.

<sup>91</sup>« Une collectivité ne peut donc être liée à l'égard d'une autre collectivité que si elle y a consenti » in J. WALINE, « Les contrats entre personnes publiques », *RFDA* 2006, p. 229, spéc. p. 230.

<sup>92</sup>*Ibid.*



# **TITRE 1 Une qualification et une exécution des contrats entre personnes publiques dérogeant pour une part au régime général des contrats administratifs**

De prime abord, les contrats entre personnes publiques paraissent occuper une place spécifique dans l'univers contractuel et dans le monde des contrats administratifs. Nous ressentons instinctivement que, chargées de mettre en œuvre les missions d'intérêt général qui sont les leurs, les personnes publiques transmettent aux contrats qu'elles concluent entre elles un objet et un régime singuliers. Le débat sur la place respective du critère organique et du critère finaliste du droit administratif est alors relancé. Est-ce l'intérêt général qui, ici doublement présent, insuffle une « administrativité » renforcée aux conventions en question, ou bien émane-t-elle de la qualité particulière des cocontractants ? Nous aurons bien du mal à répondre à cette problématique qui interroge les fondements même du droit public.

Nous nous bornerons à tenter de déterminer la portée et l'ampleur de ces spécificités dans la qualification de ces contrats (Chapitre 1) et dans leur régime d'exécution (Chapitre 2). Définis et soumis par des dispositions législatives et réglementaires à des règles précises et spéciales, les contrats de la commande publique ne présentent que peu de difficultés à cet égard et ne seront quasiment pas abordés dans cette première partie.

## **Chapitre 1 La qualification juridique des contrats entre personnes publiques : des spécificités bien réelles mais tendant à se réduire**

Un double effort de qualification doit être ici mené. Il s'agit d'abord de cerner la nature des conventions conclues entre personnes publiques au regard de ce qu'est un contrat. A la question de savoir si tous les actes appelés « contrats entre personnes publiques » peuvent être qualifiés d'authentiques conventions créatrices d'obligations juridiques, il nous faudra répondre de manière particulièrement nuancée (Section 1). En second lieu, la méthode de qualification des contrats *administratifs* entre personnes publiques sera comparée au procédé classique de qualification du contrat administratif conclu avec une personne privée (Section 2).

## **Section 1 La nature contractuelle de certains accords passés entre personnes publiques mise en doute**

La nature authentiquement contractuelle des actes conclus entre personnes publiques n'est pas toujours sujet à débat. A cet égard, les contrats de la commande publique – qu'ils soient conclus avec une personne privée ou non – ne sont sources d'aucune difficulté. Ainsi, et dans un premier temps, nous limiterons nos observations aux contrats relatifs à « la programmation de l'action publique » ainsi qu'à ceux « qui ont pour objet de permettre un exercice optimal des compétences »<sup>93</sup>. La double question de la validité et de la nature de ce type de contrats entre personnes publiques doit d'abord être posée (§1). Ce n'est qu'ensuite qu'il conviendra de se demander si ces actes contiennent de vraies obligations juridiques (§2).

### **§1 La validité et la nature des contrats entre personnes publiques**

La véritable nature juridique des accords entre personnes publiques relatifs à la programmation de l'action publique et/ou impliquant une réorganisation des compétences et du service public doit être interrogée (B-). Mais seuls ces derniers posent réellement un problème au regard de leur validité (A-).

#### *A- La validité des contrats entre personnes publiques régissant l'organisation des compétences*

Selon M. Hauriou, « il est d'ordre public que les autorités ne renoncent pas à leur pouvoir et ne laissent pas lier leur pouvoir par des conventions. Si des conventions du commerce juridique sont conclues qui semblent contraires, elles doivent s'interpréter en ce sens que le pouvoir n'est pas lié, mais que son exercice opéré à l'encontre de la convention donnera lieu à indemnité »<sup>94</sup>. D'autres auteurs estiment que l'organisation du service public est « une matière qui échappe, par nature, au contrat »<sup>95</sup> ou même que « l'acte administratif touchant à l'organisation du service public est un acte réglementaire »<sup>96</sup>. Peut-on, comme se le demandent E. Fatôme et J. Moreau, estimer que cette matière ne peut être contractuelle que dans le cadre des contrats entre personnes publiques ?<sup>97</sup>

<sup>93</sup>Sur cette notion v. G. MARCOU, « Les contrats entre l'État et les collectivités territoriales Réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs », *AJDA* 2003, p. 982. V. *supra*, introduction.

<sup>94</sup>M. HAURIOU, note sous CE 29 juin 1906 *Carteron*, S. 1907 III, p. 97.

<sup>95</sup>A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1984, p. 46.

<sup>96</sup>M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 2011, p. 570.

<sup>97</sup>E. FATOME, J. MOREAU, « Les relations contractuelles entre collectivités publiques L'analyse juridique dans le

Cette question se pose avec plus d'acuité encore lorsque le contrat a pour objet de répartir les compétences entre collectivités. Ces conventions sont monnaie courante<sup>98</sup>. Or, si, comme l'affirme J.-D. Dreyfus, la contractualisation des relations entre personnes publiques « est une conséquence de la personnalisation, de la reconnaissance au profit des collectivités publiques d'une personnalité juridique autonome »<sup>99</sup>, il en va autrement lorsqu'est en cause la répartition de leurs compétences. Un solide fondement juridique est donc requis pour justifier une technique qui, en la matière, ne va pas de soi. Pour J.-C. Douence, étant donné qu'« une compétence est en principe indisponible » et que « l'administration ne peut lier son droit d'organiser et donc de modifier l'organisation des services publics »<sup>100</sup>, il faut qu'une loi ou un règlement<sup>101</sup> l'autorise à organiser par contrat l'exercice de ses compétences.

Le droit constitutionnel encadre la possibilité pour une loi d'autoriser la passation de tels contrats. De manière générale, le Conseil constitutionnel admet que les collectivités contractent librement entre elles afin d'harmoniser l'exercice de leurs compétences respectives<sup>102</sup>. Toutefois, le législateur ne peut faire dépendre l'exercice de sa compétence de la conclusion de contrats entre collectivités publiques<sup>103</sup>. La question des collectivités chefs de file montre que le Conseil constitutionnel s'attache à protéger les pouvoirs du législateur en matière de répartition des compétences des collectivités territoriales<sup>104</sup>. Un tel contrat ne saurait « avoir ni pour objet ni pour effet de priver le législateur français des compétences que lui confère la constitution »<sup>105</sup>. Ainsi, le législateur doit-il épuiser sa propre compétence lorsque la convention dont il autorise l'existence a

contexte de la décentralisation », *AJDA* 1990, p. 142, spéc. p. 144.

<sup>98</sup>« On en arrive ainsi à une définition de la compétence des collectivités locales non plus par la loi mais par le contrat » in J. RAVANEL, « Les pouvoirs des collectivités locales en matière d'aide aux entreprises », *EDCE* 1989, n° 41, p. 159. V. aussi en ce sens N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA* 1999, p. 552. A cet égard, il n'est que de citer les conventions induites par la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État dite « loi Defferre ».

<sup>99</sup> J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 194.

<sup>100</sup>J.-C. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », *Mélanges Stassinopoulos*, 1974, p. 114, spéc. p. 123.

<sup>101</sup>A ce sujet, J.-C. Douence note que « l'aménagement des règles de compétences relève du pouvoir réglementaire autonome pour autant qu'il ne porte pas atteinte à des règles ou des principes fondamentaux réservés à la loi ». v. J.-C. DOUENCE, *art. cit.*, spéc. p. 124. Aujourd'hui, le principe de libre administration des collectivités territoriales relève de l'article 34 de la constitution et semble interdire dans la plupart des cas qu'un tel aménagement soit confié à un simple décret. De fait, la plupart des textes ayant autorisé la conclusion de contrats entre personnes publiques relatifs à l'exercice des compétences sont des lois.

<sup>102</sup>C'est, en substance ce qu'a reconnu le Conseil constitutionnel dans la décision n° 83-160 DC du 19 juillet 1983 précitée en indiquant « qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que de telles conventions (entre l'État et les diverses collectivités territoriales de la République telles que les communes, les départements, les régions et les territoires d'outre-mer) aient pour objet d'harmoniser l'action des administrations respectives de l'État 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 ».

<sup>103</sup>V. décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995 Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

<sup>104</sup>Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995 précitée.

<sup>105</sup>Décision n° 83-160 DC du 19 juillet 1983 relative à la conclusion d'une convention fiscale entre l'État et la Nouvelle-Calédonie (*JO* 21 juillet, p. 2251, *AJDA* 1984, n° 1, p. 28, note J.-P. Jamevic ; *JCP* 1984 étude Labayle).

trait à la libre administration des collectivités territoriales<sup>106</sup>, ou qu'elle touche à l'organisation de la sécurité sociale<sup>107</sup>. C'est en effet la loi qui, aux termes de l'article 34 de la Constitution, « *détermine les principes généraux* » de ces deux matières. De ce fait, lorsqu'il s'aventure dans un des domaines qui relèvent de cette disposition constitutionnelle, le législateur doit fixer un cadre juridique suffisamment complet, sauf à voir son incompétence négative sanctionnée par le Conseil constitutionnel. La Haute institution sanctionne également le respect de l'article 72 de la constitution qui prohibe toute tutelle exercée par une collectivité sur une autre. « *Ces dispositions, indique le Conseil, habilite la loi à désigner une collectivité territoriale pour organiser et non pour déterminer les modalités de l'action commune de plusieurs collectivités* »<sup>108</sup>. Une fois ces principes respectés, la loi peut, dans certains cas, confier à une convention le soin d'en fixer les modalités de mise en œuvre, dès lors que cette convention, approuvée par décret, a un caractère réglementaire<sup>109</sup>.

Pour J.-D. Dreyfus, l'article L. 5111-1<sup>110</sup> du code général des collectivités territoriales est une « habilitation globale, générale, donnée à ces collectivités de conclure des conventions portant sur leurs compétences »<sup>111</sup>. Du reste, de nombreuses lois permettent que les personnes publiques établissent entre elles des relations contractuelles portant sur la gestion de leurs compétences<sup>112</sup>.

Quant au pouvoir réglementaire autonome, l'auteur indique qu'il peut, sous réserve de respecter les principes de la libre administration des collectivités territoriales, « habiliter ces dernières à recourir au procédé contractuel pour aménager leurs compétences »<sup>113</sup>.

Les contrats relatifs à l'exercice des compétences sont donc licites dès lors que, selon les cas, une loi ou un règlement autorisent ou ratifient leur conclusion. Il peuvent en outre devenir une nécessité législative en tant qu'ils remplacent parfois les décrets d'application<sup>114</sup>.

Mais il encoire s'agit-il de savoir jusqu'à quel point il peut être ainsi dérogé à la répartition des compétences. E. Fatôme et J. Moreau apportent en la matière un élément de réponse. Lorsque la compétence confiée est l'apanage exclusif d'une collectivité, son transfert pur et simple est illicite<sup>115</sup>.

<sup>106</sup>V. décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995 précitée : « *Il appartient au législateur en vertu de l'article 34 de la constitution de déterminer les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales (...) ; par suite, il ne saurait renvoyer à une convention conclue entre des collectivités territoriales le soin de désigner l'une d'entre elles comme chef de file sans définir les pouvoirs et les responsabilités afférents à cette fonction* ».

<sup>107</sup>V. par exemple, décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990.

<sup>108</sup>Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat.

<sup>109</sup>J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 201-202.

<sup>110</sup>« *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* ».

<sup>111</sup>J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 203.

<sup>112</sup>V. *supra*, introduction.

<sup>113</sup>J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 207.

<sup>114</sup>V. *infra*, les conventions de transfert de service tiennent explicitement lieu de décret.

<sup>115</sup>V. en ce sens, N. PORTIER, « Un nouveau mode de relations entre l'Etat et ses partenaires : l'exemple de

Si en revanche, il s'agit seulement, pour la collectivité initialement compétente, de « s'engager à exercer sa compétence d'une manière déterminée et, de la part de celle qui ne l'est pas, à lui consentir tel ou tel avantage, notamment financier, en contre-partie »<sup>116</sup>, l'exercice de la compétence est licite.

Les contrats de plan État/régions induisent souvent une réorganisation assez poussée des compétences des régions, ce qui est source d'inquiétudes<sup>117</sup>. Dès 1985, J.-M. Pontier montre qu'ils obligent les régions à financer des opérations qui ne relèvent que du domaine de l'État<sup>118</sup>. Mais ce type de contrats, comme d'autres, pose aussi la question de leur nature contractuelle ou réglementaire.

### *B- La nature contractuelle ou réglementaire des contrats entre personnes publiques*

Plus que d'autres actes juridiques, les conventions conclues entre personnes publiques fournissent à la dialectique contrat/acte unilatéral un riche objet d'étude.

Pour certains auteurs, la plupart des contrats conclus entre personnes publiques, et singulièrement ceux qui, passés sans réelles négociations, portent sur l'organisation du service public et la répartition des compétences, seraient des contrats d'adhésion<sup>119</sup>. Cette remarque n'a qu'une portée juridique limitée car les contrats d'adhésion n'en sont pas moins de véritables contrats, dotés d'effets juridiques et reconnus comme tels par le juge<sup>120</sup>. Du reste, le contrat conclu entre personnes publiques n'est pas le seul domaine d'élection du contrat d'adhésion<sup>121</sup>.

Il demeure qu'« il convient de faire un tri entre (les conventions) qui expriment véritablement une volonté contractuelle, et celles qui ne sont que des actes unilatéraux déguisés, ou auxquels la collectivité concernée a été associée sans que l'on puisse parler pour autant de contrat »<sup>122</sup>. La double question de la nature et des effets réglementaires de ces conventions se pose

---

l'aménagement du territoire », *AJDA* 2003, p. 986 : « Au cas où (la contractualisation) s'opérerait sur (les compétences exclusives) des collectivités locales, l'État a-t-il la légitimité nécessaire pour financer des projets relevant de leur compétence exclusive ? ».

<sup>116</sup>E. FATOME, J. MOREAU, « Les relations contractuelles entre collectivités publiques L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation », *AJDA* 1990, p. 142, spéc. p. 145.

<sup>117</sup>« Cette logique contractuelle et ces financements croisés ne tiennent pas compte de la répartition des compétences opérée par le législateur » in « La contractualisation des relations entre personnes publiques », *RFDA* 199, p. 551.

<sup>118</sup>« Peut-on dire que dans les contrats de plan est respectée la logique selon laquelle la région doit supporter les charges afférentes à ses compétences et à ses seules compétences ? Tel n'est pas en réalité le cas. (...) Plus généralement, on peut se demander si la contractualisation des rapports, à la supposer réelle, ne remet pas en cause la répartition des compétences (...) si l'on veut bien admettre comme corollaire de la répartition des compétences la répartition des charges afférentes à l'exercice de ces compétences » in J.-M. PONTIER : « Les contrats de plan entre l'État et les régions », *AJDA* 1985, p.331, spéc. p. 340.

<sup>119</sup>V. par exemple N. POULET-GIBOT LECLERC, *art. cit.*, p. 564.

<sup>120</sup>R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome I, 14<sup>ème</sup> édition, Paris, Montchrestien, 2000, p. 483.

<sup>121</sup>L. RICHER, *op. cit.*, p. 150.

<sup>122</sup>J.-M. PONTIER, « La responsabilité contractuelle de l'État dans ses relations avec les collectivités territoriales », note sous CE 21 décembre 2007 Région du Limousin, *JCPA* et CT 2007 n° 2050, spéc. p. 35.

alors.

Dans un arrêt rendu le 31 mars 1989 *Département de la Moselle*<sup>123</sup>, le Conseil d'État donne explicitement aux conventions de transfert de service la qualification de contrats. Le Président du Conseil général du département requérant avait décidé de cesser d'assurer les obligations souscrites dans une telle convention conclue avec le Préfet. Le Conseil d'État se place sur le terrain du plein contentieux et, modifiant sa jurisprudence antérieure, accepte d'annuler, à la demande d'une partie, la décision contraire aux clauses du contrat, sans se contenter de rechercher si cette mesure était de nature à ouvrir droit à indemnité. Cette solution n'était pas évidente car les contrats de transfert de service sont les *duplicatas* d'une convention-type approuvée par décret. Conclues entre l'État et le Conseil général, ils ne donnent pas lieu à négociation, et se bornent à constater la liste des services placés sous l'autorité du Président du Conseil général. Un dernier aspect permet d'être dubitatif quant à la nature authentiquement contractuelle de ces actes : si les parties ne parviennent pas à trouver un terrain d'entente, un décret vient régler les modalités du partage des services<sup>124</sup>. En première instance, ces considérations avaient conduit le Tribunal administratif de Strasbourg à statuer en excès de pouvoir et à qualifier la « convention » d'acte unilatéral. Il était difficile pour lui d'y voir un accord de volontés. Mais le Conseil d'État refuse clairement de s'inscrire dans cette perspective et statue en tant que « juge du contrat ».

Cet arrêt pose également la question non plus de la nature contractuelle de l'acte juridique en lui-même au regard de son caractère négocié ou non, mais des effets réglementaires de certaines de ses clauses<sup>125</sup>. Dans cette affaire, le Conseil d'État « s'attache à donner (à la qualification contractuelle) toute sa portée et à en tirer toutes les conséquences »<sup>126</sup>. En clair, il ne mobilise pas la théorie de la clause réglementaire. Pour certains, le Conseil d'État aurait toutefois pu choisir de statuer en excès de pouvoir, en utilisant (pour ne pas dire, en instrumentalisant) cette théorie. Selon E. Fatôme et J. Moreau, le juge pouvait « partir de l'objet de la convention en cause, à savoir l'organisation du service public ; (...) constater ensuite qu'un tel objet n'était pas réellement contractuel ; (...) et enfin se fonder sur ce caractère réglementaire pour reconnaître aux collectivités

---

<sup>123</sup>CE sect. 31 mars 1989 *Département de la Moselle*, RFDA 1989, p. 466, concl. Fornacciari ; AJDA 1989, p. 339 ; RDP 1989, p. 1171, note Llorens.

<sup>124</sup>V. M. FORNACCIARI, « Les pouvoirs d'annulation du juge des contrats conclus entre deux personnes publiques », conclusions sur CE, sect. 31 mars 1989 *Département de la Moselle*, RFDA 1989, p. 466, spéc. p. 467 et 468.

<sup>125</sup>Il s'agit d'une clause qui définit « les conditions d'organisation et de fonctionnement du service » in L. RICHER, *op. cit.*, p. 228, § 432 et qui, de ce fait, produit des effets envers les tiers. La clause réglementaire, contrairement à l'acte réglementaire, est traitée par le juge comme une clause contractuelle, même si certains éléments du régime de l'acte unilatéral y sont introduits. La clause réglementaire peut être invoquée par un usager du service à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir (CE 21 décembre 1906 *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de Croix-de-Seguey-Tivoli*, GAJA, n° 16) et peut même être contestée directement par lui devant le juge de l'excès de pouvoir (CE 10 juillet 1996 *Cayzele* Rec. p. 274 ; AJDA 807, chron. Chauvaux et Girardot, p. 732 ; RFDA 1987, p. 89, note Delvolvé ; CJEG 1996, p. 382, note Terneyre.).V. *infra*.

<sup>126</sup>E. FATOME, J. MOREAU, *art. cit.*, p. 143.

publiques, parties à des conventions de ce type, le droit d'intenter un recours pour excès de pouvoir contre les décisions de leur cocontractant prise en violation de ces clauses réglementaires »<sup>127</sup>, en vertu d'une conception élargie de la jurisprudence *Société de livraisons industrielles et commerciales*<sup>128</sup>, ou *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de Croix-de-Seguey-Tivoli*<sup>129</sup> et à la faveur d'un revirement de jurisprudence qu'auraient justifié les faits de l'espèce. Au contraire, le Conseil d'État demeure sur le terrain du contentieux de pleine juridiction – reconnaissant ainsi la pleine qualité de *parties* aux cocontractants publics – et ne fait nullement mention de la notion de clause réglementaire. Souhaitant mettre en cause la décision du Président du Conseil général, il préfère ainsi modifier fondamentalement la règle de droit – en reconnaissant au juge le pouvoir d'annuler, à la demande d'une partie, la décision d'exécution dans le cadre d'un recours de plein contentieux<sup>130</sup> – plutôt que de se placer sur le terrain de l'excès de pouvoir<sup>131</sup>.

Plus généralement, et au delà de la solution apportée par cet arrêt, il faut se demander si certaines des clauses d'un contrat conclu entre personnes publiques portant sur l'organisation du service public n'ont pas par principe, ou par définition, soit une nature, soit simplement des effets réglementaires. En 1974, J.-C. Douence soutient la thèse selon laquelle « toutes les conventions entre personnes publiques se présentent comme des « actes mixtes » de forme contractuelle et de contenu réglementaire »<sup>132</sup>. Selon l'auteur, toute règle qui régit le pouvoir est par définition une règle de droit objectif et « ne pourrait perdre ce caractère que par une atteinte grave au principe de l'État de droit »<sup>133</sup>. Dès lors, les contrats ayant pour objet l'organisation et le fonctionnement des services publics contiennent des règles qui s'imposent non seulement aux parties, mais à tous. La cause des obligations se trouve objectivée : elle ne se situe plus dans les obligations de l'autre partie, mais dans la mise en œuvre du service public<sup>134</sup>. Ce procédé d'action présente un caractère à la fois nouveau et irréductible tant au contrat classique qu'à la décision unilatérale<sup>135</sup>. J.-C. Douence pense

---

<sup>127</sup>*Ibid.* p. 144.

<sup>128</sup>CE 24 avril 1964 *Société de livraisons industrielles et commerciales*, *Rec.* p. 239 ; *AJDA* 1964, p. 308, concl. Combarrous. Seule la recevabilité des recours pour excès de pouvoir formés par les tiers contre un acte d'exécution du contrat est normalement admise comme l'indique clairement le Commissaire du gouvernement Genevois sur l'arrêt CE sect. 9 décembre 1983 *Ville de Paris*, *Rec.* p. 499.

<sup>129</sup>CE 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de Croix-de-Seguey-Tivoli*, *GAJA*, p. 97. Cette jurisprudence permet aux tiers mais non aux parties de contester la conformité d'un acte administratif à une clause réglementaire.

<sup>130</sup>V. *infra*.

<sup>131</sup>Depuis lors est intervenue la décision *Cayzele* du 10 juillet 1996 (*Rec.* p. 274 ; *AJDA* 807, chron. Chauvaux et Girardot, p. 732 ; *RFDA* 1987, p. 89, note Delvolvé ; *CJEG* 1996, p. 382, note Terneyre.) qui a ouvert le recours pour excès de pouvoir dirigé contre une clause réglementaire aux usagers du service public. Mais cette jurisprudence n'aurait pas été applicable dans un litige opposant deux parties au contrat. En tout état de cause, c'était ici l'acte d'exécution du contrat qui était directement contesté, et non le contrat en lui-même.

<sup>132</sup>J.-C. DOUENCE, *art. cit.*, p. 120.

<sup>133</sup>*Ibid.*, p. 121.

<sup>134</sup>*Ibid.*, p. 122.

<sup>135</sup>*Ibid.*

que le caractère réglementaire de ces actes remet en cause la notion de contrat. « Tout pousse à admettre, estime l'auteur, que ces actes mixtes qui se présentent vis-à-vis des tiers comme des actes créant unilatéralement des droits et des obligations soient assimilés sur ce point à des décisions administratives »<sup>136</sup>. Il prophétise un rapprochement entre contentieux contractuel et contentieux de la légalité<sup>137</sup>, dont la jurisprudence nous a depuis donné maints exemples. En somme, J.-C. Douence applique aux contrats entre personnes publiques la théorie de l'acte mixte énoncée par Y. Madiot<sup>138</sup>. Selon ce dernier, certains contrats, comme la concession de service public, comprennent des « dispositions (qui) possèdent une nature réglementaire, (et) d'autres une nature contractuelle, indépendamment des relations établies entre le concédant, le concessionnaire et les usagers »<sup>139</sup>. Il s'agit donc d'actes mixtes, c'est-à-dire des « acte(s) (...) qui associe(nt), par fusion ou juxtaposition, des éléments contractuels à des éléments réglementaires »<sup>140</sup>. Dans une telle perspective, les clauses réglementaires sont celles qui contiennent des éléments qui pourraient être présents si le service était géré en régie<sup>141</sup>. Y. Madiot écarte ainsi la thèse de la double nature de la concession en vertu de laquelle « si, au regard des usagers, l'acte de concession est véritablement la loi du service, il reste un contrat dans les relations entre concédant et concessionnaire »<sup>142</sup>.

Pour sa part, J.-D. Dreyfus rejette l'opinion selon laquelle toute clause contenue dans une convention conclue entre personnes publiques serait réglementaire. Du reste, il critique la théorie de l'acte mixte (appliquée aux concessions de service public comme aux contrats entre personnes publiques) telle qu'elle est conçue par Y. Madiot et J.-C. Douence. J.-D. Dreyfus indique que toutes les clauses, portant ou non sur l'organisation du service public, présentent un caractère contractuel entre les parties, « sans que cela préjuge de leur nature – éventuellement réglementaire – vis-à-vis des tiers »<sup>143</sup>. Par ces termes, J.-D. Dreyfus rattache sa pensée à la thèse de la double nature.

Cette position doctrinale est fondée sur la reconnaissance de l'autonomie de la volonté des personnes publiques. Ainsi rejette-t-il la notion de cause objective telle qu'énoncée par J.-C. Douence. Dès lors, et quoi qu'il en soit, les relations que les parties publiques entretiennent entre elles ne sauraient échapper au cadre contractuel, lieu de la rencontre des volontés autonomes. Si certaines stipulations relatives à l'organisation du service public peuvent modifier la situation

---

<sup>136</sup>*Ibid.*, p. 121.

<sup>137</sup>*Ibid.*, p. 128.

<sup>138</sup>*Ibid.*, p. 116.

<sup>139</sup>Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherche sur la notion d'acte mixte en droit français*, Paris, LGDJ, 1971, p. 152.

<sup>140</sup>*Ibid.*, p. 243.

<sup>141</sup>*Ibid.*, p. 153.

<sup>142</sup>*Ibid.*, p. 151.

<sup>143</sup>J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 363 : « On n'y trouve, appliquées aux cocontractants, que des clauses contractuelles ».



juridique des tiers et, de ce fait, être qualifiées de réglementaires, il n'y a là rien de systématique. Au surplus, cette situation n'ôte en rien le caractère contractuel des relations entre parties publiques.

Il demeure que de nombreuses clauses contenues par des contrats entre personnes publiques présentent, vis-à-vis des tiers, des *effets* réglementaires et fixent à leur encontre des obligations juridiques. Si l'arrêt *Département de la Moselle* ne fait pas mention de l'aspect réglementaire de certaines des clauses de la convention en cause, M. Fornacciari remarque, dans ses conclusions précitées, que « la convention contient à l'évidence des clauses que la doctrine (...) appelle réglementaires »<sup>144</sup>. J.-M. Pontier a montré que les contrats de plan État/Régions peuvent faire intervenir des communes et des départements dans les projets et les financements sans que ceux-ci ne soient signataires du contrat. Certes, « le contrat de plan ne ferait que couronner une procédure informelle mise en œuvre bien avant sa signature »<sup>145</sup>, mais il demeure que ce procédé ne répond pas à la logique contractuelle et à l'effet relatif des contrats tel que prévu à l'article 1165 du Code civil. De ce fait, bien qu'ayant une nature contractuelle entre les parties<sup>146</sup>, certaines des clauses du contrat fixent des obligations à l'égard des tiers. Dans le même sens, les contrats de desserte ferroviaire contiennent des clauses réglementaires qui fixent les horaires et la fréquence des trains. Toutefois, « la révision de ces clauses ne peut être que bilatérale, assure D. Broussolle.(...) Inutile d'imaginer des actes administratifs unilatéraux à auteurs conjoints. Ces clauses ont une source contractuelle »<sup>147</sup>. Elles s'apparentent à celles rencontrées dans les concessions de service public.

Toutefois, il ressort de la législation sur les contrats de plan telle qu'interprétée par une jurisprudence parfois extensive que le caractère réglementaire des clauses de certains de ces contrats n'est pas reconnu, bien qu'elles en possèdent les caractéristiques essentielles. Le Commissaire du gouvernement S. Daël exprime l'idée qu'« en affirmant que les contrats de plan<sup>148</sup> sont réputés ne contenir que des clauses contractuelles, le législateur a certainement écarté la possibilité d'y inclure des clauses réglementaires »<sup>149</sup>.

Il convient donc de relativiser la particularité des contrats entre personnes publiques en la matière. Contrairement au souhait exprimé par J.-C. Douence, le juge refuse toute forme d'automatisme. Aux termes d'une approche concrète, il décide des effets que les stipulations ont à

---

<sup>144</sup>M. FORNACCIARI, *conclusions citées*, p. 467.

<sup>145</sup>J.-M. PONTIER, « Les contrats de plan entre l'État et les régions », *AJDA* 1985, p. 331, spéc. p. 337.

<sup>146</sup>Le juge saisi en cas de litige entre les parties est le juge du contrat.

<sup>147</sup>D. BROUSSOLLE, « Conventions entre PP et décentralisation L'exemple des dessertes ferroviaires », *AJDA* 1989, p. 747, spéc. p. 753.

<sup>148</sup>Art. 12 de la Loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, « *Ils sont réputés ne contenir que des clauses contractuelles.* »

<sup>149</sup>S. DAEL, « Le régime juridique des contrats de plan entre l'État et les régions », conclusions sur CE ass, 8 janvier 1988 Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg et autres, *RFDA* 1988, p. 25, spéc. p.27.

l'égard des tiers. Il est vrai que parfois, toutes les clauses sont réglementaires<sup>150</sup>. Mais, même dans ce cas, « le fait qu'un acte de forme contractuelle contienne des clauses de nature réglementaire, voire même soit réglementaire dans toutes ses dispositions, ne suffit pas à le transformer en acte unilatéral »<sup>151</sup>. Le juge rejette la théorie de l'acte mixte et traite les actes ainsi qualifiés par certains comme des contrats<sup>152</sup>, même si la distinction entre acte réglementaire et clause réglementaire s'est réduite du fait de la jurisprudence *Cayzele*.

Il s'agit à présent de se demander si les contrats entre personnes publiques sont ou non des actes créateurs de droits et d'obligations juridiques.

## **§2 Contrat ou déclaration d'intention : l'effet obligatoire des accords passés entre administrations**

Le contrat est source d'obligations juridiques. En cela, il se distingue de la déclaration d'intention qui est un « accord dont il apparaît qu'il ne contient pas des engagements fermes des parties, mais seulement des promesses ou des engagements moraux »<sup>153</sup>. La question de la nature contractuelle des conventions entre personnes publiques s'est spécifiquement posée à l'égard des contrats de plan État-Région<sup>154</sup>, supplantés par les contrats de projets État-Région<sup>155</sup>. Ces derniers sont des contrats par lesquels l'État et une région s'engagent sur le financement et la programmation de projets en matière de compétitivité et d'attractivité du territoire, de promotion du développement durable et de cohésion sociale et territoriale. Les incertitudes qui ont agité doctrine et jurisprudence à l'égard des contrats de plan soumis à la loi 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, (dont l'article 12 dispose qu'« ils sont réputés ne contenir que des clauses contractuelles »), n'ont pas disparu avec la création des contrats de projets qui, eux, ne sont pas *a priori* soumis à ces dispositions. Loin de n'avoir qu'une vertu purement historique<sup>156</sup>, l'étude des premiers présente donc un intérêt certain pour l'analyse des seconds. Tout au contraire, les interrogations suscitées par le caractère peu contraignant des contrats de plan sont loin d'avoir disparu avec les contrats de projets. Les observations qui suivent sont donc valables pour ces deux types

<sup>150</sup>V. CE 14 janvier 1998, *Syndicat national du personnel des affaires sanitaires et sociales Force ouvrière*, Rec. p. 9, à propos d'un GIP réunissant l'État et des caisses d'assurance maladie.

<sup>151</sup>F. LLORENS, note de jurisprudence, *RDJ* 1989 p. 1171.

<sup>152</sup>L. RICHER, *op. cit.*, p. 66, § 103.

<sup>153</sup>de LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLLE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, Tome premier, Paris, LGDJ, 1984, p. 35.

<sup>154</sup>V. PONTIER Jean-Marie, *Les contrats de plan entre l'État et les régions*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, Collection Que sais-je.

<sup>155</sup>Par une décision du Comité interministériel d'aménagement et de compétitivité du territoire du 6 mars 2006.

<sup>156</sup>V. J.-M. PONTIER, « Des CPER aux CPER : les contrats de projet 2007-2013 », *AJDA* 2008, p. 1653 : la nouvelle terminologie ne permet pas selon lui « de dissiper les incertitudes liées à la méthode ».

d'instruments.

A en croire G. Marcou, les acteurs politiques et juridiques qui négocient et rédigent les contrats de plan « sont les premiers à douter que ces documents constituent réellement des contrats »<sup>157</sup> ! Pour certains, il semble s'agir de ce que J.-F. Sestier nomme des « actes infra-contractuels »<sup>158</sup>. Il convient de s'assurer de la pertinence du triple fondement qui sous-tend cette opinion : les contrats de plan sont soumis à la règle de l'annualité budgétaire qui a pour effet de soumettre l'exécution des stipulations à l'ouverture des crédits nécessaires (A-), ils ne sont pas susceptibles d'être le fondement d'une action en responsabilité contractuelle (B-), enfin, ils ne sont pas assez précis (C-).

#### *A- Des contrats contenant des obligations de moyens*

En premier lieu, la règle de l'annualité budgétaire empêcherait les parties au contrat de plan de s'engager pour plus d'un an. En effet, l'alinéa 2 de l'article 12 de la loi 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification dispose que « *dans la limites des dotations ouvertes par la loi de finances de l'année, correspondant le cas échéant aux autorisations de programme prévues par l'article 4 de la présente loi, les dotations en capital, subventions, prêts, garanties d'emprunt, agréments fiscaux et toutes aides financières sont accordées par l'État dans le cadre des contrats de plan* ». Cette règle de l'annualité budgétaire est rappelée par la décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982 dans laquelle le Conseil constitutionnel valide la loi sus-mentionnée.

Ainsi les clauses des contrats de plan semblent-elles enfermées dans le carcan rigide des autorisations budgétaires émises par le Parlement<sup>159</sup>. Les obligations financières sont, pour N. Poulet-Gibot Leclerc, « soumises aux délibérations annuelles des assemblées compétentes. Les contrats de plan produisent peu d'effets juridiques immédiats, leur contenu est très peu normatif »<sup>160</sup>.

Il semble que cette « sans véritable portée »<sup>161</sup>, cette objection puisse être renversée. En premier lieu, il demeure que l'effet juridique des contrats entre personnes publiques soumis à la règle de l'annualité budgétaire n'est pas contesté pour la première année, qui, dans la plupart des cas, bénéficiera des crédits nécessaires.

<sup>157</sup>G. MARCOU, *art. cit.*, p. 983.

<sup>158</sup>J.- F. SESTIER, *op. cit.*, p. 866.

<sup>159</sup>R. DENOIX DE SAINT-MARC, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA* 2003, p. 970, spéc. p. 971 : « Une forme plus achevée du partenariat est celle du contrat. Mais l'usage de cette notion ne laisse pas d'être ambigu parce qu'il n'est pas toujours facile de savoir si l'on a affaire à un véritable acte juridique liant les parties ou à une simple déclaration d'intention. (...) On sait que le Conseil d'État a jugé que les contrats de plan État-Région de la loi du 29 juillet 1982 n'emportent par eux-mêmes aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions qui y sont mentionnées, car les dotations en capital et subventions qu'ils prévoient ne peuvent être allouées que dans la limites des dotations figurant dans la loi de finances ».

<sup>160</sup>N. POULET-GIBOT LECLERC, *art. cit.*, p. 563.

<sup>161</sup>J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p.73.

Surtout, J.-D. Dreyfus démontre de manière convaincante que la règle de l'annualité budgétaire ne fait pas du contrat de plan un acte dépourvu de toute force juridique, mais le conduit à ne contenir que des obligations de moyens et non de résultats. S'appuyant sur les travaux de A. Hauriou<sup>162</sup> relatifs au droit de l'aléatoire et du conditionné, J.-D. Dreyfus note que « nombre de contrats entre personnes publiques paraissent relever du conditionné<sup>163</sup>. Ainsi, « les contrats entre personnes publiques seront très souvent régis par le droit de l'aléatoire. (...) Beaucoup de contrats entre personnes publiques donnent naissance, entre les parties, à des obligations de moyens »<sup>164</sup>. Or, qui pourrait affirmer qu'un contrat ne contenant que des obligations de moyens serait, de ce seul fait, dépourvu d'effets juridiques contraignants ? Dans le même sens, J. Moreau estime que « l'objection (tirée de l'annualité budgétaire) n'est pas négligeable, mais elle signifie que le contrat de plan met à la charge des signataires des obligations de moyens et non des obligations de résultats ; ceci ne lui ôte pas a priori le caractère de contrat synallagmatique »<sup>165</sup>.

Dans cette perspective, la responsabilité contractuelle de l'une des parties devrait pouvoir être engagée si elle ne fait pas tout ce qui est en son pouvoir pour respecter les engagements souscrits dans le contrat. C'est, en substance, ce qu'énonce l'assemblée du Conseil d'État dans une décision controversée et diversement commentée *Ministre du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg* le 8 janvier 1988<sup>166</sup> que nous allons évoquer plus en détails. Malgré tout, la possibilité d'engager la responsabilité contractuelle de l'une des parties à un contrat de plan fait elle aussi l'objet d'un débat.

#### *B- La possibilité d'une mise en cause de la responsabilité contractuelle des parties*

La jurisprudence et la doctrine ont tardé à apporter une réponse claire au sujet de l'engagement de la responsabilité contractuelle d'une partie à un contrat de plan. Mais il n'y a pas en la matière d'opposition de principe. A ce stade, deux remarques s'imposent. En premier lieu, il ne faut pas déduire de la quasi-inexistence de contentieux en la matière que les contrats de plan n'aurait pas de force juridique, de même qu'il faut se garder d'une vision exclusivement contentieuse du droit. Cet état de fait s'explique diversement. D'une part, « les cocontractants ont souvent pris soin d'y introduire des clauses d'exonération de responsabilité ou des clauses de sauvegarde »<sup>167</sup>. Dans ce

<sup>162</sup>V. A. HAURIUO, « Droit administratif de l'aléatoire », *Mélanges Trotabas*, LGDJ, 1970, p. 197.

<sup>163</sup>J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 124.

<sup>164</sup>*Ibid.* Pour une opinion inverse rejetant la distinction obligation de résultat / obligation de moyens, v. J.- F. SESTIER, *op. cit.*, p. 616.

<sup>165</sup>J. MOREAU, « Les contrats de plan État-Régions technique nouvelle d'aménagement du territoire ? », *AJDA* 1989, p. 737, spéc. p. 739. V. aussi F. MODERNE, « L'évolution du droit administratif : les conventions entre personnes publiques », *RFDA* 1984, p. 1, spéc. p. 17.

<sup>166</sup>*Rec.* p. 3 ; *AJDA* 1988, p. 137, chron. Azibert et Boisdeffre ; *Revue Adm.* 1988, p. 141, note Terneyre, *RFDA* 1988 conclusions Daël ; *JCP* 1988, II 21084, note Drago.

<sup>167</sup>J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 84.

cas, « si le non-respect de ces engagements a peu de chance d'être sanctionné, c'est en vertu de la volonté des parties »<sup>168</sup>. D'autre part, « des raisons qui relèvent de la sociologie » expliquent cette « quasi-absence de contentieux (qui ne) doit pas conduire (pour autant) à nier le caractère juridique de la relation qui est établie entre les parties »<sup>169</sup>. Le caractère contraignant des contrats conclus entre personnes publiques et la juridicité de leurs clauses ne doivent pas être rejetés d'un revers de main sous prétexte que les cocontractants, répugnant au prétoire, préférèrent régler les conflits par des moyens amiables.

En deuxième lieu, une solution semble exclue. Pour certains<sup>170</sup>, l'État pourrait être déclaré responsable du non respect par les lois de finances des stipulations contenues dans le contrat de plan État-Régions. Mais cette possibilité doit probablement être écartée, ne serait-ce qu'en raison de la hiérarchie des normes et des organes. « Si le législateur ne peut se lier comme l'affirme solennellement la Haute assemblée, s'interroge Franck moderne, commet-il une faute contractuelle en refusant de respecter les clauses d'un contrat conclu par le pouvoir exécutif ? Ne peut-il au demeurant, l'exclure formellement dans la loi de finances elle-même ? »<sup>171</sup>.

Malgré ces tergiversations doctrinales, le Conseil d'État a, à quelques reprises, accepté que puisse être engagée la responsabilité contractuelle pour faute ou sans faute de l'une des parties (en l'occurrence l'État), démontrant avec force que le contrat de plan pouvait s'analyser comme un véritable acte juridique créateur d'obligations. Dans la décision précitée *Ministre du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg* du 8 janvier 1988, l'assemblée du contentieux indique à propos d'un contrat de plan État/Alsace et après avoir estimé qu'il s'agissait d'un authentique contrat<sup>172</sup>, que « *la méconnaissance des stipulations d'un contrat* (il était ici question d'une décision du Premier ministre contraire à l'engagement souscrit par l'État dans le contrat de plan) (...) *est susceptible d'engager, le cas échéant, la responsabilité d'une partie vis-à-vis de son cocontractant* ». Pour R. Drago, « le comportement du Premier ministre constitue donc un chef spécifique de responsabilité »<sup>173</sup>. Ainsi, la méconnaissance des stipulations du contrat est de nature à engager la responsabilité de l'État, sur le fondement d'une faute contractuelle. Dans cette affaire, le Conseil d'État n'a pas condamné l'État à réparer le préjudice causé à la Région Alsace, car l'action introduite était un recours pour excès de pouvoir exercé par des tiers contre une mesure

---

<sup>168</sup> *Ibid.*

<sup>169</sup> G. MARCOU, *art. cit.*, p. 984.

<sup>170</sup> M. BAZEX, « Contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA* 1984, p.68.

<sup>171</sup> F. MODERNE, *art. cit.*, p. 17.

<sup>172</sup> Précité : « *Ni les dispositions précitées de la loi du 29 juillet 1982, ni aucune autre disposition législative n'ont entendu conférer à une stipulation du contrat de plan (...) une portée autre que celle d'une stipulation contractuelle* ».

<sup>173</sup> R. DRAGO, note sous CE, ass. 8 janvier 1988 *Ministre du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, *JCP* 1988, n° 21083, 21084.

d'exécution (la lettre du Premier ministre), sur le fondement d'une stipulation contractuelle<sup>174</sup>. Dans le même sens, un arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux condamne une région pour manquement aux obligations contractées en faveur d'un syndicat mixte dans le cadre d'un « *contrat régional de plan au sens de l'article 16 de la loi n°82-653 du 29 juillet 1982* »<sup>175</sup>.

Dans une décision du 21 décembre 2007 *Région Limousin*<sup>176</sup>, le Conseil d'État a reconnu que « *si l'État a pu mettre fin unilatéralement à ses engagements contractuels pour un motif d'intérêt général, (...) ses cocontractants sont toutefois en droit d'obtenir réparation du préjudice résultant de la résiliation unilatérale de ces contrats particuliers par l'État, même en l'absence de toute faute de ce dernier, dès lors qu'aucune stipulation contractuelle n'y fait obstacle* »<sup>177</sup>. Si l'on admet que cet arrêt s'applique aux contrats de plan, il démontre qu'aucune objection de principe n'est faite à ce que soit engagée la responsabilité sans faute de l'une des parties publiques.

Ainsi, même si ces arrêts ne doivent pas masquer le fait que les collectivités publiques préfèrent régler à l'amiable les conflits qui les opposent à d'autres collectivités<sup>178</sup>, le Conseil d'État accepte que la responsabilité de l'une des parties à un contrat de plan puisse être engagée, à la condition toutefois que la convention soit suffisamment précise.

### *C- La précision des contrats : la question centrale*

La jurisprudence précitée atteste que les juridictions ne refusent pas par principe de reconnaître la validité d'une action en responsabilité contractuelle sur la base de tels contrats. Mais leur caractère imprécis est dénoncé par certains auteurs<sup>179</sup> qui estiment, à l'instar de J. Moreau, qu' «

---

<sup>174</sup>Contrairement à la Cour de cassation, le Conseil d'État, refuse d'admettre qu'un tiers puisse se prévaloir d'une clause non réglementaire d'un contrat. v. notamment CE 20 janvier 1978 *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, *Rec.* p. 22 ; *AJDA* 1979 p. 37, conclusions Denoix de Saint-Marc.

<sup>175</sup>CAA Bordeaux, 13 décembre 1993, *Syndicat mixte pour le développement d'activités économiques dans le Blayais*, cité dans Y. MADROT, note sous CE 25 octobre 1996, *Association estuaire écologie, RFDA* 1997 p. 343.

<sup>176</sup> *Rec.* p. 534 ; *BJCP* 2008, n° 57, p. 138 ; *RJEP* avril 2008, p. 15 conclusions Prada-Bordenave ; *AJDA* 2008, p. 481, note J.-D. Dreyfus ; *JCP A* 2008, p. 2050, note Pontier.

<sup>177</sup>Il faut nuancer la portée de cet arrêt car pour certains auteurs, comme pour la Commissaire du Gouvernement (PRADA-BORDENAVE, conclusions sur CE 21 décembre 2007 *Région du Limousin, RJEP*, n° 652, avril 2006, comm. 6), il ne s'agissait pas ici d'un contrat de plan (J.-M. PONTIER, « La responsabilité contractuelle de l'État dans ses relations avec les collectivités territoriales », *JCP A* 2008, n° 2050, p. 35). Mais pour S. Nicinski, cette solution peut être appliquée aux contrats de plan car elle cite l'arrêt dans le paragraphe consacré à ces contrats. V. S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, p. 170, § 380. Telle est aussi l'opinion de D. Pouyaud, auteur du fascicule 675 (Contrats entre personnes publiques) au jurisclassiseur administratif.

<sup>178</sup>Le contentieux n'est pas le seul moyen permettant de vérifier que les obligations prévues au contrat sont respectées. « L'une des innovations des derniers contrats, note G. Marcou, est qu'ils sont toujours accompagnés d'un dispositif institutionnel. Des comités de suivi ont été mis en place (...) Cela n'est pas contraire à la nature contractuelle des relations ; c'est conforme au contraire à la pratique contractuelle moderne dans les contrats complexes dont l'exécution se prolonge dans le temps » in G. MARCOU, *art. cit.*, p. 984.

<sup>179</sup>v. notamment sur cette critique F. MODERNE, *art. cit.*, p. 14 : « L'objet de ces contrats est beaucoup plus large que celui des contrats dits « de programme » ou « d'entreprise » auxquels le caractère contractuel était fréquemment refusé » ; S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 2ème édition, Montchrestien, 2010, Paris, p. 171, § 382 : « Des critiques demeuraient en ce que les contrats comportaient de nombreux thèmes dispersés ».

un contrat digne de ce nom doit porter sur un objet précis »<sup>180</sup> et que les contrats de plan portent sur des actions « beaucoup trop nombreuses »<sup>181</sup>. Cette critique unanime a été prise en compte par la création des nouveaux contrats de projets qui contiennent des objectifs beaucoup plus modestes<sup>182</sup>. Ils portent désormais sur trois pôles essentiels : compétitivité et attractivité du territoire, promotion du développement durable, cohésion sociale et territoriale<sup>183</sup>.

C'est au fil d'une jurisprudence complexe centrée autour du critère de la précision du contrat que Conseil d'État a accepté de déclarer recevable ou non le recours pour excès de pouvoir formé contre les actes détachables du contrat<sup>184</sup>. La décision précitée *Ministre du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*<sup>185</sup> juge irrecevable le recours pour excès de pouvoir formé par des collectivités tiers, mais seulement en ce qu'il est fondé sur la méconnaissance de clauses contractuelles non réglementaires. Le Conseil d'État indique toutefois que ni « les dispositions précitées de la loi du 29 juillet 1982, ni aucune autre disposition législative n'ont entendu conférer à la stipulation dont s'agit du contrat de plan passé entre l'État et la région Alsace une portée autre que celle d'une stipulation contractuelle ». Cette affirmation repose sur une présomption issue de la loi du 29 juillet 1982<sup>186</sup> qui peut être renversée si les stipulations ne sont pas assez précises.

En tout état de cause, cette solution a été nuancée par la suite. L'arrêt du Conseil d'État du 25 octobre 1996 *Association estuaire écologie*<sup>187</sup> indique que « ce contrat de plan n'emporte, par lui-même, aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou opérations qu'il prévoit (...) et ne porte aux intérêts collectifs que l'association requérante a pour objet de défendre d'atteinte de nature à conférer à cette association un intérêt lui donnant qualité pour agir ». Cette décision assimile le contrat de plan à un acte préparatoire dont l'exécution effective est subordonnée à la conclusion d'autres conventions. En raison de son manque de précision, l'acte ainsi conclu ne met pas en cause de façon suffisamment directe les intérêts de l'association requérante, tiers au contrat de plan dont elle conteste la signature.

Les conclusions du Commissaire du Gouvernement J.-H. Stahl sur cette décision sont assez troublantes. Il écarte la possibilité d'ouvrir le recours « Cayzeele »<sup>188</sup> au requérant en rappelant que

<sup>180</sup>J. MOREAU, *art. cit.*, p. 739.

<sup>181</sup>*Ibid.*

<sup>182</sup>V. J.-M. PONTIER, « Des CPER aux CPER : les contrats de projet 2007-2013 », *AJDA* 2008, p. 1653.

<sup>183</sup>Sur ce sujet, v. S. NICINSKI, *op. cit.* p. 171, § 382.

<sup>184</sup>En vertu de la jurisprudence CE 4 août 1905 *Martin*, *GAJA* n° 15 concernant les actes préalables et CE sect. 24 avril 1964 *Société des livraisons industrielles et commerciales*, *AJDA* 1964, p. 308, concl. Combarrous, concernant les actes d'exécution.

<sup>185</sup>*Précité.*

<sup>186</sup>Art. 12 : « Ils sont réputés ne contenir que des clauses contractuelles ».

<sup>187</sup>CE 25 octobre 1996 *Association Estuaire Écologie*, *Rec.* p. 416 ; *RFDA* 1997, p. 339, concl. Stahl, note Madiot ; *D.* 1997, p. 441, note Le Noan.

<sup>188</sup>v. CE ass. 10 juillet 1996 *Cayzeele*, *Rec.* 274 ; *AJDA* 1996, p. 732, chronique Chauvaux et Girardot ; *CJEG* 1996 p.

le Conseil d'État traite « les contrats de plan comme de vrais contrats » et qu' « un contrat de plan est un véritable contrat » n'ayant pas d'effet réglementaire. Mais dans le même temps, il indique que ces contrats sont « généralement très peu normatifs »<sup>189</sup>, ce qui est quelque peu contradictoire avec la définition même d'un contrat qui, par nature, crée des effets de droit.

Abondamment commenté, cet arrêt a pu faire l'objet d'interprétations diverses. Deux interprétations s'opposent frontalement. Selon Ch. Le Noan, « Si, en 1988, la nature contractuelle de ces contrats était implicitement admise, elle est ici implicitement écartée »<sup>190</sup> en raison précisément de son assimilation à un acte préparatoire<sup>191</sup>. Aux dires de l'auteur, le contenu du contrat n'est pas « suffisamment précis pour être regardé comme instituant de réelles obligations entre les parties »<sup>192</sup>.

Y. Madiot adopte une position plus nuancée<sup>193</sup>. Le juge ne nie pas, dans cette décision, le caractère contractuel du contrat de plan, mais le vide de sa substance en refusant d'admettre qu'il puisse en lui-même léser les intérêts du requérant. J.-D. Dreyfus<sup>194</sup> développe une analyse assez similaire : selon lui, la portée de cette décision doit être minorée et remise dans son contexte. Il affirme que, si un contrat de plan ne se suffit pas à lui-même et doit être suivi d'autres actes pour être réellement appliqué<sup>195</sup>, il demeure que le Conseil d'État n'a pas totalement suivi son Commissaire du Gouvernement et qu'il ne s'est basé que sur le manque d'intérêt donnant qualité à agir de l'association pour rejeter la requête. Là où Ch. Le Noan estime que le contrat de plan ne fait pas suffisamment grief pour être contesté par un requérant quel qu'il soit, J.-D. Dreyfus restreint la portée de l'arrêt au cas d'espèce et à la question de l'intérêt à agir du requérant (même si, à l'évidence, la question de l'intérêt à agir n'est pas totalement indépendante de celle des effets juridiques du contrat).

Comment arbitrer cette guerre froide doctrinale ? Le Conseil d'État est venu concilier ces deux positions dans une décision du 19 novembre 1999 *Fédération syndicaliste Force Ouvrière des*

---

382, note Terneyre ; *RFDA* 1997, p. 89 note P. Delvolvé ; *Mélanges Guibal*, p. 345, commentaire J.-L. Mestre : les clauses réglementaires du contrat peuvent être attaquées par les tiers par un recours pour excès de pouvoir.

<sup>189</sup>J.-H. STAHL, « Les incertitudes de la force juridique des contrats de plan » conclusions sur CE 25 octobre 1996 Association Estuaire-écologie, *RFDA* 1997, p. 349, spéc. p. 340.

<sup>190</sup>CH. LE NOAN, note sous CE 25 octobre 1996 Association estuaire écologie, *D. Jurisprudence* 1997, p. 442, spéc. p. 445.

<sup>191</sup>*Ibid.*, p. 443.

<sup>192</sup>CH. LE NOAN, note *cit.*, p. 444.

<sup>193</sup>Y. MADIOT, note sous CE 25 octobre 1996 Association estuaire écologie, *RFDA* 1997, p. 343.

<sup>194</sup>J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 575.

<sup>195</sup>J.-D. Dreyfus affirme qu' « un accord entre personnes publiques ne se suffit pas à lui-même : aussi bien au cours de sa formation que de son exécution, une multitude d'actes complémentaires ou d'application doivent intervenir pour lui permettre de produire ses pleins effets. En conséquence, parler d'opération contractuelle entre personnes publiques, plutôt que de contrat, est loin d'être abusif ». in J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p.73. V. aussi Y. JEGOUZO, « L'administration contractuelle en question », *Mélanges Franck Moderne : Mouvement du droit public*, Dalloz, 2004, p. 543, spéc. p. 551 : « ces contrats ne se suffisent généralement pas à eux-mêmes pour être exécutoires » ; J.-F. SESTIER, *op. cit.*, p. 295 : « il suppose la passation d'autres contrats ».



travailleurs des postes et communications<sup>196</sup>, en énonçant que « le contrat de plan conclu entre l'État et La Poste<sup>197</sup> a une portée purement contractuelle, les tiers peuvent poursuivre l'annulation des actes qui en sont détachables », mais que « la recevabilité d'un tel recours est subordonnée à la condition que les stipulations du contrat de plan soient mises en cause soient de nature à léser le requérant dans ses intérêts de façon suffisamment certaine et directe ». La question demeure de savoir si les contrats qui ne sont pas soumis aux dispositions de la loi de 1982 (les contrats de projets notamment) se verront conférer le bénéfice de cette jurisprudence<sup>198</sup>.

Ainsi la recevabilité du recours et donc le caractère contractuel et contraignant des contrats de plan paraît-il subordonné à la présence de stipulations précises et aux effets identifiés<sup>199</sup>. Il n'est donc pas accordé par principe à tous les contrats de plan, comme semblerait le faire supposer les termes de la loi<sup>200</sup> mais au contraire consacré de manière « minimaliste »<sup>201</sup>. C'est, en substance, et avec toutes les réserves déjà indiquées quant à la portée de cet arrêt, ce qu'indique Mme Prada-Bordenave dans ses conclusions sur la décision *Région Limousin* précitée<sup>202</sup>. Cet arrêt établit une distinction entre le protocole d'accord qui n'est pas assez précis pour être autre chose qu'une déclaration d'intention et les conventions qui présentent le caractère d'authentiques contrats<sup>203</sup>. Ainsi, « si, par principe, rien n'empêche qu'ils puissent revêtir une nature authentiquement contractuelle, c'est à la condition qu'ils contiennent des clauses suffisamment précises, ayant une force obligatoire. Sans obligation, pas de contrat ; pas plus dans la sphère publique, entre administrations, que dans la sphère privée »<sup>204</sup>. Dans sa note précitée, J.-Y. Madiot invite le juriste

---

<sup>196</sup>RFDA 2000, p. 197.

<sup>197</sup>Alors établissement public national à caractère industriel et commercial.

<sup>198</sup>J.-M. Pontier plaide pour qu'elle soit abandonnée. V. *art. cit.*

<sup>199</sup>Le même débat vaut pour les contrats de transfert de service. L'arrêt du 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, reconnaît la nature contractuelle d'une telle convention conclue entre ce département et l'État. J.-D. Dreyfus en conclut que « les accords conclus entre personnes morales de droit public peuvent être de véritables contrats si leur contenu est suffisamment précis ». J.-D. DREYFUS, « Actualité des contrats entre personnes publiques », *AJDA* 2000, p. 575. Le Professeur Dreyfus cite également un arrêt de la CAA de Nancy *Département de la Marne* en date du 16 avril 1998 (BJCP 1999, n° 4, p. 369, conclusions J.-L. VINCENT) qui énonce que le non respect de l'État d'un engagement souscrit dans le cadre d'une convention de transfert de service est constitutif d'une faute de nature à engager sa responsabilité.

<sup>200</sup>Art. 12 de la Loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, « Ils sont réputés ne contenir que des clauses contractuelles. » Le Commissaire du Gouvernement S. Daël, avait déjà conditionné le caractère normatif des stipulations contractuelles à ce qu'elles soient détachables de l'exercice des relations internationales, et à ce que les crédits nécessaires soient ouverts. V. S. DAËL, *conclusions cit.*

<sup>201</sup>J.-M. PONTIER, « Des CPER aux CPER : les contrats de projet 2007-2013 », *AJDA* 2008, p. 1653.

<sup>202</sup>Mme PRADA-BORDENAVE, conclusions sur CE 21 décembre 2007 *Région Limousin*, *RJEP* avril 2008, comm. 16 : Pour elle, la région doit être indemnisée car il apparaît que « les conventions (...) sont assez précises et comportent des engagements financiers des parties (et qu'elles doivent) être considérées non pas comme de simples déclarations d'intention mais comme de vrais contrats susceptibles de faire naître des droits et des obligations entre les parties ».

<sup>203</sup>« Si le protocole d'accord du 21 février 2001, qui ne fixe qu'un objectif et prévoit sa concrétisation par des conventions ultérieures, constitue une simple déclaration commune d'intention sans portée juridique, les trois conventions signées les 13 novembre 2001 et 12 septembre 2002 présentent en revanche le caractère de contrats susceptibles de mettre en jeu la responsabilité contractuelle de l'État ».

<sup>204</sup>J.-D. DREYFUS, « Actualité des contrats entre personnes publiques », *AJDA* 2000, p. 575, spéc. p. 576.

attentif à lire entre les lignes de la décision *Association estuaire écologie*. Il tente de démontrer qu'en niant, dans une certaine mesure, l'effet contraignant du contrat de plan qui lui est soumis, le Conseil d'État « incite les parties, si elles le souhaitent, à élaborer un document véritablement contractuel, créateur de droits et d'obligations »<sup>205</sup>. Ainsi doit-on considérer avec J.-D. Dreyfus que « la balle est dans le camp des signataires. A eux de faire en sorte que l'accord ne soit pas composé que d'un catalogue de bonnes intentions. C'est leur liberté et leur responsabilité »<sup>206</sup>.

Ces réflexions sont tout à fait valables pour les contrats de projets qui présentent les mêmes incertitudes. Une différence notable doit être soulevée cependant : ils ne sont pas soumis à la loi du 29 juillet 1982 présumant le caractère contractuel des clauses des contrats de plan. Selon J.-M. Pontier, cette absence de qualification législative devrait conduire le Conseil d'État à revenir sur sa jurisprudence *Communauté Urbaine de Strasbourg*<sup>207</sup> et à poser une présomption inverse. Il est vrai que cette décision se fonde sur les dispositions de la loi précitée. Mais la combinaison de cet arrêt avec la décision *Association estuaire écologie* permet au juge de statuer au cas par cas sur le caractère contraignant de ces contrats. Cette méthode souple nous paraît parfaitement adaptée aux contrats de projets.

La qualification des contrats entre personnes publiques est elle aussi nourrie de particularismes qui tendent toutefois à s'estomper.

## **Section 2 La spécificité de la méthode de qualification des contrats entre personnes publiques mis en question**

La qualification juridique d'un contrat conclu entre personnes publiques n'a longtemps présenté aucune originalité, les juridictions faisant intervenir les critères alternatifs classiques de qualification du contrat administratif<sup>208</sup> : objet du contrat et clause ou régime exorbitants du droit commun. Conscient de la spécificité des contrats conclus entre personnes publiques le Tribunal des conflits, décide en 1983, et sous l'impulsion de son Commissaire du gouvernement, Daniel Labetoulle, de concevoir pour eux une méthode de qualification simple et novatrice.

La décision 21 mars 1983 du Tribunal des conflits *Union des assurances de Paris et autres assureurs du centre national pour l'exploitation des océans c/ Ministre des Postes et*

---

<sup>205</sup>Y. MADIOT, *art. cit.* p. 347.

<sup>206</sup>J.-D. DREYFUS, *art. cit.*, p. 576.

<sup>207</sup>J.-M. PONTIER, « Des CPER aux CPER : les contrats de projet 2007-2013 », *AJDA* 2008, p. 1653.

<sup>208</sup>V. en ce sens CE 2 août 1920 *Ville de Rennes*, Rec. p. 799 ; CE 13 février 1942 *Commune de Sarlat*, Rec. p. 49, D. 1942, p. 167, note P.-L.J., JCP 1943 II 2419, note Charlier, RDP, 1943 p. 349, concl. Léonard, note R. B., Gaz. Pal. 1942, 2.72.

*Télécommunications*<sup>209</sup> (dite *UAP*) indique « qu'un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif, impliquant la compétence des juridictions administratives pour connaître des litiges portant sur les manquements aux obligations en découlant, sauf dans les cas où, eu égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé ». La qualification des contrats entre personnes publiques repose donc sur une présomption réfragable d'administrativité, qui peut être renversée dans le cas où l'objet du contrat a un caractère privé. Au titre des « objets de droit privé », D. Labetoulle évoque le cas des « contrats liés à la gestion du domaine privé et contrats devant être regardés comme commerciaux »<sup>210</sup>, ainsi que les contrats soumis à un régime exorbitant du droit commun, bien que le Tribunal des conflits ne l'ait pas suivi sur ce dernier point<sup>211</sup>.

Cette nouvelle méthode dont la simplicité fut dans un premier temps saluée par la doctrine<sup>212</sup> exprime l'inadaptation des critères classiques du contrat administratif (§1). Mais, critiquée (§2), elle n'a bénéficié que d'une postérité limitée (§3).

### **§1 L'inadaptation des critères classiques du contrat administratif**

Il est acquis qu'un contrat auquel participe au moins une personne publique est administratif s'il comporte une clause exorbitante du droit commun, s'il est soumis à un régime exorbitant du droit commun ou s'il a pour objet l'exécution ou l'organisation du service public. Or « l'utilisation des critères traditionnels d'identification des contrats administratifs apparaît inadapté »<sup>213</sup> en matière de contrats conclus par des personnes publiques.

#### *A- L'inadaptation du critère de la clause exorbitante*

Dès avant la jurisprudence *UAP*, l'application du critère de la clause exorbitante aux contrats entre personnes publiques était la cible de sévères critiques. « Cette notion n'a guère de sens entre personnes publiques » déclare le Commissaire du gouvernement D. Labetoulle sans ses conclusions sur cet arrêt<sup>214</sup>. Classiquement les clauses exorbitantes sont celles qui sont soit inusuelles soit

---

<sup>209</sup>TC 21 mars 1983 *Union des assurances de Paris et autres assureurs du centre national pour l'exploitation des océans c/ Ministre des Postes et Télécommunications*, Rec. p. 537 ; *AJDA* 1983, p. 356, concl. Labetoulle ; *D.* 1984, p. 33, note Auby et Hubrecht.

<sup>210</sup>D. LABETOULLE, Conclusions sur TC 21 mars 1983 *Union des assurances de Paris et autres assureurs du centre national pour l'exploitation des océans c/ Ministre des Postes et Télécommunications*, *AJDA* 1983, p. 357, spéc. p. 358.

<sup>211</sup>J.-B. AUBY, H.-G. HUBRECHT, note sous TC 21 mars 1983 *Union des assurances de Paris*, *D. juris.* 1984, p. 33, spéc. p.38 : « Cette réserve n'apparaît pas du tout dans l'arrêt du tribunal des conflits ».

<sup>212</sup>F. MODERNE, *art. cit.*, pp. 18 et suivantes.

<sup>213</sup>P. MOREAU, « Comment qualifier un contrat conclu entre personnes publiques ? », *La semaine juridique A et CT* 2003, p. 331.

<sup>214</sup>*AJDA* 1983, p. 357, spéc. p. 358.

impossibles en droit privé<sup>215</sup>. Mais pour mieux mettre en lumière l'inadéquation de ce critère dans le cadre des contrats entre personnes publiques il peut être intéressant d'établir une autre distinction.

Une première catégorie est constituée des clauses qui introduisent dans le contrat administratif le caractère inégalitaire qui leur est propre. Il s'agit par exemple de la clause prévoyant le recouvrement des créances par voie d'état exécutoire<sup>216</sup> ou encore celle permettant à l'administration d'exiger le renvoi du personnel<sup>217</sup>. Il s'agit également des clauses qui ont trait aux pouvoirs exorbitants dont dispose l'administration lorsqu'elle contracte avec le particulier (modification unilatérale<sup>218</sup>, résiliation unilatérale<sup>219</sup>, contrôle, direction et surveillance<sup>220</sup>). Ces clauses qui « témoignent de l'inégalité des intérêts poursuivis par les parties contractantes »<sup>221</sup> ne semblent guère utiles dans le cadre d'un contrat entre personnes publiques, car, au premier abord, c'est dans le caractère égalitaire de la relation contractuelle que réside sa spécificité<sup>222</sup>.

En deuxième lieu, ces clauses peuvent avoir pour objet la « reprise des règles générales applicables au contrat administratif » manifestant « l'appartenance du contrat au droit public »<sup>223</sup>. Il peut s'agir de la clause par laquelle une commission municipale surveille le prix et la qualité des spectacles<sup>224</sup>, ou celle qui impose la tenue de spectacles « de haute tenue artistique et morale »<sup>225</sup>. Il s'agit ici d'imprimer au comportement de la partie privée la marque des missions d'intérêt général ou d'ordre public dont la personne publique contractante est la titulaire. Par ces clauses, la personne publique attire son cocontractant dans la sphère publique. Ici encore, la clause exorbitante perd son utilité dans le cadre d'un contrat conclu entre personnes publiques puisque, comme le rappellent MM. Auby et Hubrecht, « les relations entre deux personnes publiques sont soumises par définition à un régime minimum de droit public »<sup>226</sup>. Il en résulte que bien peu de contrats contiennent de telles clauses<sup>227</sup>.

---

<sup>215</sup> Clause impossible v. TC 15 novembre 1999 *Commune de Bourisp*, Rec. p. 430 ; DA 2004, n° 43 note Ménéménis. Clause inusuelle, v. CE ass. 26 février 1965 *Société du vélodrome du Parc des Princes*, Rec. p. 133 ; RDP 1965, p. 506 conclusions Bertrand, note Waline.

<sup>216</sup> TC 27 juillet 1950 *Peulaboeyf*, Rec. p. 668.

<sup>217</sup> TC 20 avril 1959 *Société nouvelle d'exploitation des plages piscines et patinoires*, Rec. p. 866 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 25 juin 1970 *Bull.* III, n° 441, p. 329.

<sup>218</sup> CA de Paris 24 octobre 1995, CJEG 1996, p. 26, note Savignat

<sup>219</sup> CE ass. 26 février 1965 *Société du vélodrome du parc des princes*, Rec. p. 133 ; RDP 1965, p. 506 conclusions Bertrand, note Waline ; Cass 1<sup>ère</sup> civ. 7 mars 1984, *Bull.* N° 91, p. 74 ; malgré quelques divergences ultérieures : Cass 1<sup>ère</sup> civ. 24 mars 1987, *Bull.* N° 110

<sup>220</sup> TC 22 juin 1998 *Agent judiciaire du Trésor c/ Miglierina*, Dr. Admin. N° 335

<sup>221</sup> J.-B. AUBY, H.-G. HUBRECHT, *art. cit.*, p. 34.

<sup>222</sup> V. *infra*.

<sup>223</sup> L. RICHER, *op. cit.*, p. 98

<sup>224</sup> Cass com 5 janvier 1953 *Gagneux*, *Bull.* III n° 3 p. 2

<sup>225</sup> CE 2 juillet 1962 *Cazatets c/ Ville de Limoges* Rec. p. 823.

<sup>226</sup> J.-B. AUBY, H.-G. HUBRECHT, *art. cit.*, p. 35.

<sup>227</sup> Sur cette affirmation -démentie par le Pr Dreyfus-, v. D. LABETOULLE *ibid.* : « il y en aura très rarement » ; J.-B. AUBY, H.-G. HUBRECHT, *art. cit.* p. 35 « Les contrats qui se développent actuellement ne contiennent le plus souvent pas de clauses exorbitantes » ; P. MOREAU, *art. cit.* : « rareté ».

MM. Auby et Hubrecht rappellent en outre que la théorie des contrats administratifs n'a eu de cesse que de s'émanciper de l'emprise intellectuelle qu'exerçaient sur elle les théories civilistes. Devant sans cesse justifier son existence et protéger son « pré-carré » de compétences contre les prétentions privatistes, le droit administratif a dû concevoir une série de critères spécifiques et efficaces pour fonder sa légitimité sur de solides bases juridiques. Ainsi rappellent-ils qu'un contrat conclu entre une personne publique et une personne privée est présumé de droit privé jusqu'à ce que soit apportée la preuve du contraire (par exemple, la présence d'une clause exorbitante). Or la situation est sensiblement différente dans le cadre d'un contrat entre personnes publiques, puisque ces relations « sont par définition comprises dans le champ d'application (du droit public) »<sup>228</sup>. La présomption doit donc s'inverser. Cet argument doit rappeler la formule demeurée célèbre du Commissaire du gouvernement Labetoulle : le contrat entre personnes publiques est « à la rencontre de deux gestions publiques »<sup>229</sup>.

C'est aussi la raison pour laquelle le critère du régime exorbitant du droit commun<sup>230</sup> est inopérant pour ces auteurs. En effet, la seule présence de deux personnes publiques fait présumer l'existence d'un tel régime<sup>231</sup> notamment lorsque la personne publique gère un service public à caractère administratif<sup>232</sup>.

### *B- L'inadaptation du critère de l'objet*

J.-M. Auby et H.-G. Hubrecht prononcent un jugement sans appel à l'encontre du critère de l'objet : « L'inadéquation théorique et fonctionnelle de cette branche de la clause objective paraît (...) fermement établie »<sup>233</sup>. Selon eux, ce critère constitue « une habilitation à pénétrer dans la sphère du service public, idée qui n'a de sens et de pertinence que dans la perspective des relations personnes publiques-personnes privées »<sup>234</sup>. D. Labetoulle estime lui aussi qu'il est inutile de se baser sur « un critère qui a toutes les chances d'être vérifié »<sup>235</sup>. La logique de cette argumentation frappe par sa simplicité : le principe de l'action de toute personne publique est l'intérêt général ; il est exceptionnel que l'administration agisse comme un particulier (sauf lorsqu'elle gère son domaine

<sup>228</sup>*Ibid.*

<sup>229</sup>D. LABETOULLE, *conclusions citées*, p. 358.

<sup>230</sup> Tel qu'introduit par la décision CE 19 janvier 1973 *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, *Rec.* p. 48, *AJDA* 1973, p. 383.

<sup>231</sup>J.-B. AUBY, H.-G. HUBRECHT, *art. cit.*, p. 35.

<sup>232</sup>A ce titre, il faut noter que, d'une manière surprenante, telle n'est pas l'analyse de D. Labetoulle qui, dans ses conclusions, proposait que le régime exorbitant du droit commun demeurât utilisé dans la qualification du contrat et que la présence d'un tel régime conduisît à retenir la qualification de contrat administratif, même si ces derniers étaient liés à la gestion du domaine privé, ou commerciaux, v. D. LABETOULLE, *concl. cit.*, p. 358. La même reconnaissance du rôle du critère du régime exorbitant semble être faite dans les conclusions de M. Hubert sur CE 11 mai 1990 *Bureau d'aide sociale de Blénod-lès-Pont-à-Mousson*, citées dans Fr. COLLY, note sous cet arrêt, *AJDA* 1990, p. 614

<sup>233</sup>J.-B. AUBY, H.-G. HUBRECHT, *art. cit.*, p. 35.

<sup>234</sup>*Ibid.*

<sup>235</sup>D. LABETOULLE, *concl. cit.*, p. 358.

privé, qu'elle passe des contrats commerciaux, hypothèses rentrant dans le cadre des « *rappports de droit privés* » évoqués par l'arrêt *UAP*). Dès lors, si l'on admet qu'un service public est une mission d'intérêt général rempli par une personne publique avec ou sans prérogatives de puissance publique<sup>236</sup>, il est normal de présumer qu'un contrat entre personnes publiques remplisse le critère de l'objet. Le simple fait qu'un contrat ait été conclu entre deux personnes publiques doit conduire à penser que son objet sera l'exécution d'une mission de service public.

A ces éléments, il faut ajouter qu'« à l'inverse, les contrats passés entre deux personnes privées étaient présumés de droit privé<sup>237</sup> » comme en atteste l'arrêt du Tribunal des conflits du 3 avril 1969 *Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés*<sup>238</sup>. Dans ses conclusions sur l'arrêt *UAP*, le Commissaire du gouvernement Labetoulle exprime sa volonté d'octroyer à la compétence administrative en matière de contrats entre personnes publiques une protection tout aussi efficace que celle de la compétence judiciaire en matière de contrats entre personnes privées, sans toutefois établir une symétrie parfaite. L'avenir montrera que la jurisprudence a pu avoir l'effet exactement inverse, ce qui n'est pas la moindre des critiques adressées à cette décision.

## **§2 De sérieuses critiques émises à l'encontre de la jurisprudence UAP**

Après une période de réactions plutôt favorables, certaines critiques émises par la doctrine<sup>239</sup> à l'endroit de la nouvelle méthode proposée par le Tribunal des conflits en 1983 ont pu conduire les juridictions administrative, judiciaire et des conflits à ne pas appliquer uniformément les nouveaux critères de l'arrêt *UAP*. « La tentation (fut) grande (en effet) de s'appuyer sur le critère alternatif pour établir de façon certaine le caractère administratif du contrat »<sup>240</sup> c'est à dire d'utiliser à nouveau les critères classiques du contrat administratif.

Dans sa thèse<sup>241</sup>, Jean-David Dreyfus, réfute certains des arguments qui plaident pour la mise en œuvre de la jurisprudence *UAP*, et propose une nouvelle méthode de qualification qui semble avoir trouvé un écho dans la jurisprudence ultérieure. Selon lui, la critique émise à

---

<sup>236</sup>V. CE 22 février 2007 *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, *Rec.* p. 92, conclusions Verrot ; *AJDA* 2007, p. 793, chronique Lenica et Boucher ; *JCP* 2007, I, 166, concl. Note Rouault.

<sup>237</sup>P. MOREAU, *art. cit.*

<sup>238</sup>TC 3 avril 1969 *Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés*, *Rec.* p. 682 ; *AJDA* 1969, p. 307, concl. Kahn, note de Laubadère ; *CJEG* 1969, J, 31, note A.C. ; *RDP* 1969, p. 695, note Waline. V. aussi CE sect. 13 décembre *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord et Merlin*, *Rec.* 623 ; *S.* 1964, p. 57 ; *D.* 1964, p. 55 concl. Braibant et CE sect. 15 mai 1991 *Association « Girondins de Bordeaux Football Club »*, *Rec.* p. 80, conclusions Pochard ; *AJDA* 1991, p. 724, conclusions Pochard ; *D.* 1992, p. 4 note Lachaume ; *RFDA* 1992, p. 203, note Simon.

<sup>239</sup>B. Seiller juge cette méthode « tautologique ». B. SEILLER, *Droit administratif, 2. L'action administrative*, Paris, Flammarion, 2011, p.181.

<sup>240</sup>Ph. LAGRANGE, « La qualification des contrats entre personnes publiques », *Droit Administratif*, mars 2000, p. 7, spéc. p. 11.

<sup>241</sup>J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 169.

l'encontre du critère de la clause exorbitante dans la qualification des contrats entre personnes publiques « paraît trop réductrice pour deux raisons : elle ne prend pas en compte de la réalité et est contestable au plan théorique »<sup>242</sup>. Il démontre en effet que, contrairement à ce que prétendent MM. Labetoulle, Auby et Hubrecht, de nombreux contrats conclus entre personnes publiques contiennent des clauses exorbitantes. En outre, le critère de la clause exorbitante peut s'avérer pertinent<sup>243</sup>, si l'on admet qu'un contrat entre personnes publiques ne consacre pas forcément une relation égalitaire entre les parties. Or, pour l'auteur, l'égalitarisme, postulat de base de la jurisprudence *UAP*, est « à l'évidence une approche assez réductrice »<sup>244</sup> qui, du reste, ne laisse que peu de place à la volonté des personnes publiques.

Aussi Jean-David Dreyfus estime-t-il que la méthode de qualification en deux étapes (présomption d'administrativité, puis renversement de celle-ci si les parties entretiennent des rapports de droit privé) doit s'enrichir d'une troisième. Dans l'hypothèse où le contrat ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé, il faut, à la faveur d'un troisième et dernier temps, faire resurgir les critères de « l'élément exorbitant du droit commun » et de « l'objet de service public »<sup>245</sup>. En somme, et pour l'auteur, si le contrat ne fait naître que des rapports de droit privé mais qu'il contient une clause exorbitante, il devrait être qualifié de contrat administratif. La mise en œuvre des critères classiques « aboutirait à ramener l'acte en cause dans la sphère publique »<sup>246</sup>. A défaut, la belle mécanique de l'arrêt *UAP* s'enraye et donne à voir un étrange paradoxe : « des contrats identiques ne pourraient jamais être administratifs lorsque conclus entre des personnes publiques, alors qu'ils peuvent l'être lorsqu'ils sont passés avec des personnes privées »<sup>247</sup>. En effet, la formulation du considérant de principe de la décision *UAP* semble contenir une faiblesse intrinsèque. Si l'on cesse le raisonnement après la deuxième étape, c'est-à-dire, si l'on constate que le contrat ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé, le contrat est qualifié de droit privé, même s'il contient des éléments exorbitants. Cette situation est d'autant plus surprenante que le Commissaire du gouvernement Labetoulle souhaitait éviter que les contrats entre personnes publiques n'« échappent à sphère publique »<sup>248</sup>. Bien entendu, le troisième stade de l'analyse proposée par J.-D. Dreyfus n'a pas d'utilité lorsque le contrat ne fait pas naître entre les parties que des rapports de droit privé.

---

<sup>242</sup>*Ibid.*

<sup>243</sup>Ce que reconnait à demi mot les deux auteurs précités (« Il n'est pas impossible que la jurisprudence soit amenée à introduire la considération des éléments exorbitants dans le schéma de la distinction ») J.-B. AUBY, H.-G. HUBRECHT, *art. cit.*, p. 38.

<sup>244</sup>J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 164.

<sup>245</sup>Notons ici que le critère de l'objet est, selon nous, inopérant dans la troisième étape puisqu'il est contenu *a contrario* dans la deuxième : le contrat ne doit faire naître *que* des rapports de droit privé entre les parties.

<sup>246</sup>*Ibid.*, p. 168.

<sup>247</sup>J.-B. AUBY, H.-G. HUBRECHT, *art. cit.*, p. 38.

<sup>248</sup>J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 164.

Un autre questionnement a agité la doctrine. Comment être certain que, eu égard à son objet, le contrat ne fait naître que des rapports de droit privé entre les parties ? Dans ses conclusions, le Commissaire du gouvernement Labetoulle donne quelques pistes en évoquant la gestion du domaine privé ou encore les contrats commerciaux. Mais la notion de contrat commercial n'est pas « un objet bien net »<sup>249</sup> ; ainsi peut-il être malaisé de le circonscrire avec précision. Les conclusions de D. Labetoulle permettent d'éclairer la décision du Tribunal des conflits mais ne fixent pas une liste de critères limitativement énumérés permettant de définir l'objet de droit privé. Ainsi, « il n'est pas impossible que la jurisprudence contourne la difficulté grâce à une interprétation restrictive de la notion d'objet »<sup>250</sup>. Pour Philippe Lagrange, c'est dans la difficile détermination de ce qu'est un objet de droit privé que « se trouve la principale faiblesse de la jurisprudence *UAP* »<sup>251</sup>.

Par ailleurs, la formulation du considérant de l'arrêt *UAP* laisse la part belle au critère de l'objet<sup>252</sup>, mais *a contrario*, et dans une deuxième étape seulement. Ainsi, si l'objet est de droit privé, la présomption établie lors de la première étape tombe. Mais très vite, la jurisprudence a invoqué le critère de l'objet dès le premier temps du raisonnement, et de manière positive<sup>253</sup>, mobilisant le critère du service public, et non l'objet de droit privé et remettant en cause sinon le sens et l'objectif de l'arrêt *UAP* du moins son esprit.

### §3 La postérité limitée de la solution *UAP*

Ces critiques ont préparé le terrain d'une certaine remise en cause de la jurisprudence *UAP*. Cette remise en cause est caractérisée par la résurgence de l'utilisation des critères alternatifs dans la qualification des contrats conclus entre personnes publiques. En outre, il est permis de penser que, par une application très orthodoxe de la solution énoncée dans la décision *UAP*, certains arrêts du Conseil d'État ont porté préjudice à la présomption d'administrativité, et que, dans un excès de zèle ou au contraire d'indépendance<sup>254</sup>, la Haute juridiction a ainsi contribué à sa désaffection.

Dans un arrêt plutôt critiqué<sup>255</sup> rendu le 11 mai 1990, *Bureau d'aide sociale de Blénod-lès-*

<sup>249</sup>J.-B. AUBY, H.-G. HUBRECHT, *art. cit.*, p. 37.

<sup>250</sup>*Ibid.*, p. 38.

<sup>251</sup>Ph. LAGRANGE, *art. cit.*, p. 11 : « Hors les cas évidents (...) que faire lorsque les doutes subsistent ? ».

<sup>252</sup>« sauf dans le cas où, eu égard à son objet, il ne ferait naître entre les parties que des rapports de droit privé ».

<sup>253</sup>TC 7 octobre 1991 *Centre régional des œuvres universitaires et scolaires (CROUS) de l'académie de Nancy-Metz* ; CAA Marseille 27 octobre 1998 *Département de l'Aude*, *BJCP* 1999, n° 6, p. 548 : le contrat relève ici du droit public « eu égard à la qualité des personnes contractantes et à son objet ».

<sup>254</sup>P. MOREAU, *art. cit.*, p. 332 : L'arrêt *BAS Pont-à-Mousson* est, pour cet auteur, une « espèce mal choisie pour montrer son indépendance ».

<sup>255</sup>Sur les critiques formées contre cette décision, v. F. COLLY, note sous CE 11 mai 1990 *Bureau d'aide sociale de Blénod-lès-Pont-à-Mousson*, *AJDA* 1990, p. 614 ; P. MOREAU, *art. cit.* ; Ph. LAGRANGE, *art. cit.*, p. 9 : « Le Conseil d'État, le premier, a pu jeter le trouble sur la portée réelle de la jurisprudence *UAP* » ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, observations sous CE 11 mai 1990 *Bureau d'aide sociale de Blénod-lès-Pont-à-Mousson*, *D.* 1991,



*Pont-à-Mousson*<sup>256</sup>, le Conseil d'État applique d'une manière « restrictive »<sup>257</sup> la méthode de l'arrêt *UAP* en considérant qu'un contrat par lequel un office public d'habitation à loyer modéré (OPHLM) donne à bail à un Bureau d'aide sociale des logements à des conditions avantageuses est un contrat de droit privé, alors même qu'il paraît contenir des clauses exorbitantes, et avoir pour objet un service public administratif. Auteur d'un commentaire critique de cette décision, F. Colly démontre que le Conseil d'État a artificiellement établi que le contrat ne faisait naître entre les parties que des rapports de droit privé en se basant sur le fait que la convention avait pour assise le domaine privé de l'OPHLM et que le bureau d'aide sociale conservait la responsabilité entière et exclusive du service public sans qu'il soit ni transféré ni confié à cet organisme<sup>258</sup>. Le Conseil d'État relève qu'en vertu de la convention, « le bureau d'aide sociale a la responsabilité entière et exclusive de tous les services » et que « dès lors, eu égard à son objet, le contrat dont il s'agit n'a fait naître (...) que des rapports de droit privé » et ressortit à la compétence des tribunaux judiciaires.

F. Colly estime que la Haute juridiction aurait dû prendre en compte le fait que le contrat avait aussi pour objet le service public de l'hébergement<sup>259</sup> et n'avait donc pas, selon la formule consacrée, « fait naître entre les parties *que* des rapports de droit privé »<sup>260</sup>. En effet, si l'on se réfère à la méthode de l'arrêt *UAP*, le critère de l'objet n'a pas qu'une utilisation positive (objet impliquant des rapports de droit privé) ; il a aussi un usage négatif. Ainsi, si le contrat a un objet de nature à faire naître des rapports de droit privé et un objet de nature à faire naître des rapports de droit public, il ne fait pas naître *que* des rapports de droit privé et le contrat doit être qualifié d'administratif. En outre, F. Colly a repéré dans la convention des clauses qui « sont assurément inusuelles dans des contrats privés et ont fort peu de chance de s'y rencontrer »<sup>261</sup>, c'est-à-dire des clauses exorbitantes.

Cet arrêt illustre donc parfaitement le caractère contestable d'une application trop stricte de la jurisprudence *UAP*. « Ici poussée un peu loin »<sup>262</sup>, elle aboutit au paradoxe dont nous avons parlé : si ce contrat avait été passé entre une personne publique et une personne privée, il aurait probablement été qualifié de contrat administratif<sup>263</sup>. F. Colly en conclut que « le critère des clauses

---

sommaire, p. 141.

<sup>256</sup>CE 11 mai 1990 *Bureau d'aide sociale de Blénod-lès-Pont-à-Mousson*, *Rec.* p. 123 ; *CJEG* 1990, p. 347, concl. Hubert ; *AJDA* 1990, p. 614, note Colly ; *D.* 1991, SC, p. 141, obs Soler-Coutteaux et Llorens.

<sup>257</sup>F. COLLY, *art. cit.*, p. 614.

<sup>258</sup>*Ibid.*, p. 615.

<sup>259</sup>La mission de service public est ici trahie par le « vil prix » fixé dans la convention, qui s'apparente davantage à une indemnité qu'à un réel prix de nature commerciale, et « qui exclut tout bénéfice pour l'office qui est un propriétaire transparent ». F. COLLY, *art. cit.*, pp. 615 et 616.

<sup>260</sup>Nous soulignons.

<sup>261</sup>F. COLLY, *art. cit.*, p. 616.

<sup>262</sup>*Ibid.*

<sup>263</sup>Son objet est bien la mise en place et la gestion du service public de l'hébergement, et le contrat contient des clauses exorbitantes.

exorbitantes a sa place pour l'examen (des contrats entre personnes publiques) et la recherche de leur nature »<sup>264</sup>.

Par la suite, certains arrêts font intervenir, de manière positive, le critère de l'objet, ainsi que celui de l'élément exorbitant. La méthode de qualification issue de l'arrêt *UAP* trouve ainsi un premier coup d'arrêt dans la décision *Centre régional des œuvres universitaires et scolaires (CROUS) de l'académie de Nancy-Metz* du Tribunal des conflits en date du 7 octobre 1991<sup>265</sup>. Si, dans un premier temps, le Tribunal des conflits restitue mot pour mot le considérant de principe qu'il a lui même posé en 1983, il ajoute que « *cette convention a eu pour objet l'exécution même du service public de logement des étudiants et revêt donc le caractère d'un contrat administratif* ». Ne se contentant pas de la présomption d'administrativité, la juridiction des conflits éprouve ici la nécessité de faire ré-émerger le critère de l'exécution du service public. Pour ce faire, elle doit examiner le contenu même du contrat, et pousse son analyse plus loin que la simple constatation que le contrat ne fait pas naître entre les parties que des rapports de droit privé. Dans une telle perspective, le Tribunal des conflits doit prouver que l'objet du contrat est l'exécution d'un service public. Or une présomption se définit par le renversement de la charge de la preuve. La présomption d'administrativité consiste ainsi dans la nécessité d'apporter la preuve que le contrat ne fait naître que des rapports de droit privé entre les parties et est donc de droit privé. Il est administratif jusqu'à preuve du contraire. Non l'inverse. De surcroît, les faits de l'espèce sont identiques à ceux qui avaient donné lieu à la décision *BAS de Blénod-lès-Pont-à-Mousson*. Certains auteurs ont pu apercevoir derrière cette décision la volonté des juridictions d'affirmer leurs indépendances respectives.

Le critère de la clause exorbitante a lui aussi ré-émergé à la faveur de l'arrêt du Tribunal des conflits du 15 novembre 1999 *Commune de Bourisp*. Le Tribunal des conflits estime ici « *qu'un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt un caractère administratif, sauf dans le cas où, eu égard à son objet, il ne ferait naître entre les parties que des rapports de droit privé ; que si la cession par une commune de biens immobiliers est en principe un contrat de droit privé, l'existence dans la convention de clauses exorbitantes de droit commun lui confère le caractère administratif* ». R. Chapus s'est étonné de cette décision car un contrat de droit privé du fait de son objet est en principe tel, même s'il comporte des clauses exorbitantes<sup>266</sup>. Toutefois, les auteurs des *Grands arrêts* minimisent le caractère surprenant de cette décision dont ils limitent la portée au cas des contrats ayant pour socle le domaine privé<sup>267</sup>. G. Pélissier relativise lui aussi l'apport de la décision

<sup>264</sup>F. COLLY, *art. cit.*, p. 616.

<sup>265</sup>TC 7 octobre 1991 *Centre régional des oeuvres universitaires et scolaires de l'académie de Nancy-Metz*, Rec. p. 472

<sup>266</sup>Chapus, *Droit administratif général*, t. 1 n° 720, p. 539, cité par P. MOREAU, *art. cit.* V. CE sect, 13 oct. 1961, Ets Companon Rey : Rec. CE, p. 567. - T. confl., 17 déc. 1962, Dame Bertrand : Rec. CE, p. 831.

<sup>267</sup>LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVE Pierre, GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la*

*Commune de Bourisp*. Il faut selon lui réserver une place à part aux contrats relatifs à la gestion du domaine privé, catégorie soumise à une jurisprudence de 1959<sup>268</sup>, et qui, au même titre que la jurisprudence *Dame Bertrand* précitée, aurait été en quelque sorte hermétique aux effets de la jurisprudence de 1983. Mais selon nous, cette analyse est fragile car, dans ses conclusions sur *UAP*, le Commissaire du gouvernement Labetoulle avait indiqué que la gestion du domaine privé était l'un des objets privilégiés des contrats ne faisant naître entre les parties que des rapports de droit privé. D'autres auteurs ont même pu estimer que la décision *Commune de Bourisp* s'inscrivait dans la droite ligne de la jurisprudence *UAP*<sup>269</sup> ce qui semble tout aussi contestable.

La rédaction de l'arrêt *Commune de Bourisp* illustre ainsi tant les limites de la jurisprudence *UAP* que la tentation « de faire application des critères matériels du contrat passé entre une personne publique et une personne privée »<sup>270</sup>. Le Tribunal des conflits se borne en premier lieu à réitérer le considérant de l'arrêt *UAP* (présomption d'administrativité), il constate ensuite que la cession de biens immobiliers fait naître entre les parties des rapports de droits privés (exception à cette présomption), mais il fait néanmoins application de l'un des critères traditionnels, de manière subsidiaire, et dans un troisième temps : « l'existence de clauses exorbitantes du droit commun ». En définitive, cette décision peut parfaitement s'analyser comme la prise en compte (consciente ou non) de la méthode revendiquée par J.-D. Dreyfus que nous avons exposée plus haut. Cette méthode a par exemple été reprise dans l'arrêt *UGAP*. Le Conseil d'État est ici confronté à un contrat ne faisant naître que des rapports de droit privé, mais ressent le besoin d'indiquer qu'il ne « comportait aucune clause exorbitante et n'avait pour effet de faire participer l'UGAP au service public de la Défense nationale »<sup>271</sup>. Évoquant en outre le critère du service public, il envisage donc la potentialité de la troisième étape du raisonnement faisant intervenir les critères traditionnels.

D'autres décisions, comme l'arrêt du Conseil d'État en date du 1er mars 2000 *Commune de Morestel*, utilisent les critères classiques comme autant de preuves permettant de démontrer que le contrat ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé<sup>272</sup>. Cette dernière méthode

---

*jurisprudence administrative*, 18<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 2011, p. 558.

<sup>268</sup>G. PELISSIER, *art. cit.*

<sup>269</sup>G. ECKERT, « Résiliation d'un contrat administratif par le juge administratif », note sous CE 24 novembre 2008 Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup, *CMP*, janvier 2009, p. 21.

<sup>270</sup>G. PELISSIER, « L'absence de terme n'entraîne pas la nullité du contrat conclu entre personnes publiques », *RJEP* n° 664, Mai 2009, comm. 21.

<sup>271</sup>v. notamment CE 3 novembre 2003 *Union des groupements d'achats publics*, *Droit Admin* mars 2004, commentaire Ménéménis : « Si un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt un caractère administratif, il en va autrement dans le cas où, eu égard à son objet, ce contrat ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé ; qu'en l'espèce, eu égard à l'objet de la convention (...) portant sur la seule fourniture de véhicules (...) un tel contrat ne présentait pas le caractère d'un contrat administratif ; que (la cour a pu) sans entacher son jugement d'erreur de droit, relever au surplus que cette convention ne comportait aucune clause exorbitante et n'avait pour effet de faire participer l'UGAP au service public de la Défense nationale ». Les trois stades d'analyse sont ici présents. La différence avec l'arrêt *Commune de Bourisp* provient du fait que dans celui-ci, il n'y a pas de clause exorbitante.

<sup>272</sup>CE 1 mars 2000 *Commune de Morestel*, Rec. p. 899 : Le contrat de prêt dont il est question n'a pas pour objet

constitue une conciliation tout à fait intéressante entre la présomption issue de l'arrêt *UAP* et les traditionnels critères de qualification des contrats administratifs. Il s'agit de mobiliser ces derniers non pas de manière directe, mais dans le but de renverser la présomption d'administrativité, comme autant d'« indices de ce que le contrat ne fait pas naître entre les parties que des rapports de droit privé »<sup>273</sup>. Il est intéressant de considérer avec M. Deguegue qu'« il est de bonne logique juridique de poser une présomption d'administrativité (...), d'y apporter une exception, et dans le cadre de celle-ci de revenir aux critères jurisprudentiels des contrats administratifs passés entre une personne publique et une personne privée »<sup>274</sup>. En réalité, l'arrêt *CROUS de Nancy-Metz* portait déjà en germe cette technique car on peut considérer que c'est parce que l'objet du contrat est le service public du logement que, précisément, il ne fait pas naître en les parties que des rapports de droit privé.

La dégradation de la logique *UAP* semble trouver un point d'aboutissement dans un arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille en date du 9 juillet 2007 *Commune d'Alet-les-bains*<sup>275</sup>. Il n'y est fait nulle mention du considérant émanant de la décision *UAP*. Comme l'indique J.-D. Dreyfus dans sa note sous cet arrêt, « on en revient donc au droit commun des contrats dans lequel les critères utilisés, clause exorbitante - exécution du service public, servent à établir, et non à écarter, la qualification administrative des contrats de l'administration »<sup>276</sup>. Cette décision ne saurait toutefois se voir conférer une portée absolue qu'elle n'a pas : il s'agit d'un arrêt rendu, par une cour administrative d'appel, et à propos d'un contrat de vente d'eau dont le régime est particulier.

L'arrêt *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup* du 24 novembre 2008 suscite quant à lui une double observation. D'abord, il n'y est même plus fait mention du considérant de principe de la décision *UAP*<sup>277</sup>. Il n'est pas mentionné que le contrat ne fait pas naître entre les parties que des rapports de droit privé. Le critère de l'objet est utilisé

---

l'exécution d'un service public, ne comporte pas de clauses exorbitantes ; il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé et n'est donc pas un contrat administratif. On peut également, estimer que la décision *CROUS de Nancy-Metz* utilise le critère de l'exécution même du service public afin de démontrer que le contrat ne fait pas naître que des rapports de droit privé. Cette analyse en revanche ne semble pas s'appliquer à l'arrêt *Commune de Bourisp* puisque c'est le critère des clauses exorbitantes qui permet de « rapatrier » le contrat dans la sphère publique, et non celui de l'objet.

<sup>273</sup>G. PELISSIER, *art. cit.*

<sup>274</sup>M. DEGUERGUE, note sous *TC 7 octobre 1991 Centre régional des œuvres universitaires et scolaires de l'académie de Nancy-Metz* : *Quot. Jur.*, n° 12, 11 février 1992, p. 9 cité par Ph. LAGRANGE, *art. cit.*, spéc. p. 10.

<sup>275</sup>CAA Marseille 9 juillet 2007 *Commune d'Alet-les-bains*, *AJDA* 2007, p. 2144, note Dreyfus. « *Ce contrat n'a pas pour objet l'organisation du service public de la distribution de l'eau potable sur le territoire de la commune de Limoux ; (...) il ne fait pas participer la commune d'ALET LES BAINS, simple fournisseur, à l'exécution même de ce service ; (...) il n'a pas été passé selon les règles prévues par le code des marchés publics ; qu'il ne comporte enfin aucune clause exorbitante du droit commun* ».

<sup>276</sup>J.-D. DREYFUS, « Le contrat de vente d'eau entre personnes publiques est, en principe, de nature privée », note sous CAA Marseille 9 juillet 2007 *Commune d'Alet-les-bains*, *AJDA* 2007, p. 2144.

<sup>277</sup>CE 24 novembre 2008 *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, *BJCP* 2009, p. 151, concl Dacosta ; *AJ* 2009 p. 319 note J.-D. Dreyfus ; *CMP* 2009, comm. 19, F. Melleray ; *RJEP* mai 2009 p. 14 note Pélissier : « *Une telle convention entre personnes publiques pour organiser leurs services publics, ayant à ce titre un caractère administratif...* »

positivement : le contrat a pour but d'organiser le service public. En second lieu, ce critère est appréhendé dans une acception nouvelle par rapport à la jurisprudence traditionnelle. En effet, le contrat conclu entre les deux personnes publiques en cause a pour objet l'*organisation* du service public, alors que la jurisprudence évoque traditionnellement l'exécution du service public, la modalité d'exécution ou la coopération à cette exécution<sup>278</sup>.

Certes, la Cour de cassation fait dans l'ensemble une « application rigoureuse de la jurisprudence *UAP* »<sup>279</sup> ce dont atteste l'arrêt du 16 mars 1999 *Chambre de commerce de Valence*<sup>280</sup>, mais c'est la Haute juridiction judiciaire qui, la première, a introduit le critère du régime exorbitant dans la qualification des contrats conclus entre personnes publiques. Dans un arrêt du 30 septembre 2003, la Cour de cassation<sup>281</sup> indique que le contrat par lequel un mandataire de la puissance publique contractant avec une personne publique dans « *un contexte administratif et selon des règles exorbitantes du droit commun* » doit être regardé comme administratif<sup>282</sup>. Si, dans le cadre des contrats entre personnes publiques, le critère du régime exorbitant n'avait jamais été utilisé dans la jurisprudence administrative depuis 1983, il était déjà présent dans les conclusions de MM. les Commissaires du gouvernement Labetoulle<sup>283</sup> et Hubert<sup>284</sup> sous les arrêts *UAP* et *BAS de Blénod-lès-Pont-à-Mousson*. Cela minimise quelque peu la portée de cette décision.

A ces remises en cause de la jurisprudence *UAP*, il faut ajouter les « blocs de compétence judiciaire »<sup>285</sup>. Quelqu'en soit ses clauses, un contrat conclu entre personnes publiques faisant de l'une l'usager d'un service public industriel et commercial, fait toujours naître des rapports de droit privé et doit, même en présence de clauses exorbitantes, être qualifié de contrat de droit privé<sup>286</sup>. La jurisprudence *UAP* n'a eu aucun effet sur ce principe fermement établi et l'a même, d'une certaine façon, renforcé. En effet, cette éventualité était prévue par le Commissaire du gouvernement D. Labetoulle dans ses conclusions sur l'arrêt *UAP*<sup>287</sup>. Ainsi donc, une seule certitude est de mise : les critères classiques du contrat ne trouvent jamais à s'appliquer lorsque la personne publique est l'usager d'un service public industriel et commercial, mais cette affirmation ne provient pas directement de la jurisprudence de 1983 mais d'une jurisprudence antérieure.

En définitive, il serait excessif d'affirmer que la jurisprudence *UAP* n'a plus de réelle

---

<sup>278</sup>L. RICHER, *op. cit.*, p. 102, § 168.

<sup>279</sup>. PELISSIER, *art. cit.*

<sup>280</sup>*Dr. Adm.* 2000, chron. 6, Lagrange.

<sup>281</sup>Cass. 1ère civ. 30 septembre 2000, n° 01-03717.

<sup>282</sup>J.-D. DREYFUS, « L'élément exorbitant, critère de qualification des contrats entre personnes publiques », note sous cass. 30 septembre 2003, *AJDA* 2003, p. 2205.

<sup>283</sup>D. LABETOULLE, *concl. précitées*, p. 358.

<sup>284</sup>M. HUBERT, conclusions sur CE 11 mai 1990 *BAS de Blénod-lès-Pont-à-Mousson c/ OPHLM de Meurthe-et-Moselle*, *CJEG* octobre 1990, p. 348.

<sup>285</sup>G. PELISSIER, *art. cit.*

<sup>286</sup>CE sect. 13 octobre 1961, *Établissements Campanon-Rey*, *Rec.* p. 567.

<sup>287</sup>D. LABETOULLE, *conclusions citées*, p. 358.

application concrète<sup>288</sup>. Les critères traditionnels viennent bien souvent en appui de la présomption d'administrativité. La rédaction de l'arrêt *Commune de Morestel* précité le montre bien : c'est parce qu'il ne contient pas de clause exorbitante et qu'il n'a pas pour objet l'exécution même d'un service public, que le contrat en cause ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé. La spécificité de la qualification des contrats entre personnes publiques reste donc entière, mais il convient toutefois de noter une tendance à la banalisation. P. Lagrange relève par exemple qu'après les décisions *BAS* et *CROUS de Nancy-Metz*, « on pouvait penser qu'en dépit de la jurisprudence *UAP* le rôle du juge restait à rechercher si, par application du critère alternatif, le contrat présentait ou non un caractère administratif, qu'il ait été conclu entre personnes publiques ou non »<sup>289</sup>.

La qualification du contrat entre personnes publiques connaît ainsi son lot d'incertitudes. La même remarque est valable en ce qui concerne le régime d'exécution de ces contrats.

---

<sup>288</sup>V. dans le même sens les conclusions de D. PIVETEAU sur CE 15 sept. 2004, *Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement*, Lebon 596, 628 et 631 qui parle de postérité « réelle mais tout de même limitée ».

<sup>289</sup>Ph. LAGRANGE, *art. cit.*, p. 9.

## Chapitre 2 Un régime d'exécution des contrats entre personnes publiques nourri de particularismes justifiés et relatifs

Si le droit civil des obligations contractuelles postule une libérale égalité<sup>290</sup> entre les parties, le régime du contrat administratif exprime au contraire l'essence inégalitaire du droit administratif. Les exigences qui s'attachent à la protection de l'intérêt général et à la gestion du service public excluent que les parties à un contrat administratif soient placées sur le même plan<sup>291</sup>. Ainsi est-il souhaitable que, dans un contrat administratif liant une personne publique à une personne privée, la seconde dispose de prérogatives – les pouvoirs d'intervention – dont la première est dépourvue. Ces pouvoirs permettent à l'administration de contrôler, diriger<sup>292</sup> et sanctionner<sup>293</sup> le comportement de son cocontractant privé, ainsi que de modifier ou résilier unilatéralement les clauses de la convention. Nous n'évoquerons ici que la résiliation et la modification exercées pour un motif d'intérêt général<sup>294</sup>.

A cet égard, une lecture même rapide de la jurisprudence illustre une fois encore la spécificité des contrats conclus entre personnes publiques. Classiques et incontestées dans le contrat administratif « traditionnel », les prérogatives d'intervention font l'objet d'un contrôle renforcé, d'une relative restriction, voire même d'une paralysie, lorsque la convention a pour objet l'organisation du service public (Section 1). Dès lors que ces prérogatives sont justifiées par un motif d'intérêt général et se fondent traditionnellement sur la mission d'organisation du service public dont les personnes publiques cocontractantes sont les garantes, le régime spécial applicable à l'exécution des contrats conclus entre personnes publiques qui ont précisément pour objet l'organisation du service public fait naître un paradoxe qu'il faut de tenter de dépasser (Section 2).

---

<sup>290</sup>B. FAGES, *Droit des obligations*, 2ème édition, LGDJ, Paris, p.26, §27 : « Ces contrats demeurent en principe soumis (...) au postulat libéral selon lequel des parties placées sur le même pied d'égalité sont capables de se protéger elles-mêmes. » Cette analyse doit être mise en perspective avec le droit de la consommation qui vise à restaurer l'égalité entre consommateur et professionnel.

<sup>291</sup>V. J. WALINE, *Droit administratif*, 23 ème édition, Paris, Précis Dalloz, 2010, p. 35, § 35.

<sup>292</sup>Ce pouvoir n'existe pas en dehors des clauses du contrat. V. CE 3 avril 1925 *Ville de Mascara*, *Rec.* p. 382.

<sup>293</sup>CE 31 mai 1907 *Delplanque*, *rec.* p. 513, concl. Romieu ; S. 1907, 3, p. 13, note Hauriou ; D. 1907, 2, p. 82, concl. Romieu.

<sup>294</sup>Par manque de jurisprudence en la matière, nous limiterons nos réflexions à la question de la modification et de la résiliation unilatérales. La modification unilatérale fait partie des « règles générales applicables aux contrats administratifs » : CE 2 février 1983 *Union des transports publics urbains et régionaux*, *RFDA* 1984, p. 45, note Llorens ; *RDP* 1984, p. 212, note Auby. La résiliation unilatérale ne peut faire l'objet d'une renonciation contractuelle : CE 6 mai 1985 *Association Eurolat*, *RFDA* 1986, p. 21, conclusions Genevois ; *AJDA* 1985, p. 620, note Fatôme et Moreau ; *RDP* 1986 p. 21, note Llorens.

## Section 1 Des pouvoirs d'intervention sous liberté surveillée

Les pouvoirs d'intervention des administrations qui contractent entre elles sont dans certains cas sinon prohibés, au moins limités. En tout état de cause, ils subissent un contrôle renforcé d'un juge qui détient parfois le monopole de l'exercice du pouvoir de résiliation du contrat (§1). Mais dès lors que l'usage de ces prérogatives n'est pas totalement impossible, il s'agit de déterminer la collectivité au profit de laquelle elles peuvent s'exercer (§2).

### **§1 Un contrôle renforcé sur les pouvoirs de modification et résiliation unilatérales dans les contrats entre personnes publiques ayant pour objet l'organisation du service public**

Dans les contrats entre personnes publiques qui ont pour objet l'organisation du service public, les pouvoirs de résiliation et de modification peuvent être limités, encadrés et étroitement contrôlés par le juge (A-). En outre, ce dernier a pu, dans un arrêt récent, s'octroyer la possibilité de résilier lui-même un tel contrat (B-).

#### *A- Des prérogatives fortement limitées ou sous étroit contrôle du juge*

Dans certains cas, la loi et le règlement réduisent fortement les prérogatives de modification et de résiliation unilatérales des personnes publiques qui contractent entre elles. A titre d'exemple, l'article 12 de la loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification dispose que les contrats de plan « *ne peuvent être résiliés par l'État, avant leur date normale d'expiration, que dans les formules et conditions qu'ils stipulent expressément* ». Ainsi, le pouvoir de résiliation unilatérale de l'administration est limité dans les contrats de plan, alors même que le Conseil d'État a, par la suite, réaffirmé la valeur de cette prérogative dans le cadre du contrat administratif classique : elle ne peut faire l'objet d'une renonciation contractuelle<sup>295</sup>. En outre, seul l'État peut théoriquement résilier le contrat de plan, ce qui remet en cause son caractère prétendument égalitaire.

Une disposition similaire est inscrite dans le décret n° 83-817 du 13 septembre 1983 portant approbation du cahier des charges de la Société nationale des chemins de fer français (SNCF). Ce cahier des charges dispose en son article 48 que « *toute réduction et toute suppression d'un service de transport de voyageurs sur une liaison faisant l'objet d'une convention entre la SNCF et une région ne peuvent résulter que d'un avenant à cette convention* ».

La jurisprudence témoigne aussi de cette réduction de la liberté contractuelle des

---

<sup>295</sup>CE 6 mai 1985 *Association Eurolat*, RFDA 1986, p. 21, conclusions Genevois ; AJDA 1985, p. 620, note Fatôme et Moreau ; RDP 1986 p. 21, note Llorens.



administrations contractantes. L'arrêt *Département de la Moselle* du 31 mars 1989<sup>296</sup> a bouleversé les règles contentieuses applicables aux décisions de modification et de résiliation unilatérales dans le cadre « *d'un contrat passé entre deux personnes publiques en application de l'article 26 de la loi du 2 mars 1982 et ayant pour objet l'organisation d'un service public* »<sup>297</sup> (appelé convention de transfert de service). Face à un tel contrat, le juge du contrat, saisi par une partie d'une demande en ce sens, peut annuler « *une mesure (...) contraire aux clauses du contrat* ». Le Conseil d'État énonce qu'« *il appartient au juge du contrat de sanctionner, par l'annulation de cette décision, l'atteinte ainsi portée par l'une des parties aux clauses du contrat* ». Il s'agit d'une dérogation à la règle fondamentale selon laquelle le juge du contrat doit se borner à rechercher si la mesure d'exécution litigieuse est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir un droit à indemnité<sup>298</sup>. Cet arrêt restreint ainsi la possibilité de résilier ou modifier une convention conclue entre personnes publiques car, dans le contrat administratif classique, et sous réserve désormais de la jurisprudence *Commune de Béziers* (II)<sup>299</sup> (qui ne s'applique qu'aux décisions de résiliation), une telle mesure, même illégale, implique certes l'indemnisation du cocontractant privé, mais n'est pas remise en cause par le juge du contrat.

Ceci dit, la décision *Département de la Moselle* ne se prononce pas clairement sur la légalité « dans l'absolu » de la modification ou de la résiliation unilatérale du contrat dont peut disposer l'une ou l'autre des personnes publiques contractantes. La Haute juridiction administrative se borne à indiquer que « *le président du conseil général de la Moselle a méconnu les stipulations de l'article 15 de la convention* » qui prévoyait que celle-ci ne pouvait être modifiée que par l'accord des deux parties. Toutefois, s'il annule la décision de modification en vertu des nouveaux pouvoirs qu'il s'est accordé, le Conseil d'État ne prend pas explicitement parti sur le débat relatif à l'existence du pouvoir de modification et de résiliation unilatérale dans le contrat entre personnes publiques.

Cette solution contentieuse est reprise dans l'arrêt *Département de l'Hérault* du 25 mai 1992<sup>300</sup>. Mais le Conseil d'État ne répond pas davantage à la question de l'existence des prérogatives dont nous parlons. Malgré ces doutes, la rédaction de ces deux arrêts a pu laisser penser que, dans le cadre d'un « *contrat passé entre deux personnes publiques en application de l'article 26 de la loi du*

<sup>296</sup>CE 31 mars 1989 *Département de la Moselle*, *Rec.* p. 105 ; *AJDA* 1989 p. 339 ; *RFDA* 1989 p. 466 concl. Forniacciari ; *RDJ* 1989, p. 1171, note Llorens.

<sup>297</sup>Appelé convention de transfert de service.

<sup>298</sup>v. CE 22 février 1980 *SA des sablières d'Aressy*, *Rec.* 1980, p. 110.

<sup>299</sup>CE 21 mars 2011 *Commune de Béziers*, *RFDA* 2001, p. 507 conclusions Cortot-Boucher, note Pouyaud ; *AJDA* 2011, p. 670, note Lallet ; *CP-ACCP* mai 2011, p. 64, note Le Chatelier ; *CMP* mai 2011, n° 150, note Pietri ; *DA* mai 2011, n°46, note Brenet et Melleray ; *JCP A* 2011, p. 2171, note Linditch ; *RDI* 2011, p. 270, note Braconnier ; *RFDA* 2011, p. 518, note Pouyaud : Une partie à un contrat administratif peut contester la validité de la résiliation de ce contrat. Le juge du contrat ainsi saisi de la demande de l'une des parties peut « *faire droit, dans la mesure où elle n'est pas sans objet, à la demande de reprise des relations contractuelles* ».

<sup>300</sup>CE 25 mai 1992 *Département de l'Hérault*, *AJDA* 1992, p. 480, note Maugué et Schwartz.

2 mars 1982 et ayant pour objet l'organisation d'un service public », il existait un principe général applicable sans texte de « non-application des règles générales des contrats administratifs »<sup>301</sup>.

Sur le plan contentieux, l'arrêt *Commune d'Ivry-sur-Seine* du 13 mai 1992<sup>302</sup> franchit une étape supplémentaire<sup>303</sup>. L'affaire donnant lieu à cette décision peut être simplement résumée : l'État signe une convention avec la ville d'Ivry-sur-Seine par laquelle il met du matériel informatique à disposition des écoles publiques de la commune. Cette dernière doit se charger de l'installation du matériel, des travaux de sécurité, et l'État de la livraison, de l'installation, du renouvellement et de la fourniture des logiciels, ainsi que des frais de fonctionnement. Faute des crédits nécessaires, l'État refuse de prendre en charge les frais de réparation lui incombant. Cette décision constitue, au gré des analyses et selon les auteurs, soit une « modification unilatérale »<sup>304</sup> soit une « résiliation unilatérale »<sup>305</sup> de la convention. Comme dans les deux arrêts cités précédemment, le Conseil d'État annule la décision du Préfet agissant au nom de l'État. En outre, il étend la solution contentieuse de l'arrêt *Département de la Moselle* à tous les « contrat(s) passé(s) entre deux personnes publiques et ayant pour objet l'organisation d'un service public » (et non plus aux seuls contrats de transfert de services) ; l'une des parties publiques détenant alors la possibilité de demander au juge de plein contentieux l'annulation « des mesures prises par l'autre partie comme contraires aux clauses du contrat ». Cette nouvelle voie de droit exclut tout recours pour excès de pouvoir contre la décision d'exécution qui, attaquée par une partie au contrat n'est, par définition, jamais détachable de l'exécution du contrat<sup>306</sup>.

Cet arrêt présente un intérêt capital. Il semble reconnaître la possibilité pour une partie à un contrat entre personnes publiques de résilier le contrat pour un motif d'intérêt général. Certes, la Haute juridiction annule la décision du Préfet modifiant (ou résiliant) la convention de mise à disposition de service conclue entre la ville et l'État. Elle estime en effet que « *le Préfet a été amené à refuser la prise en charge, par l'État, des frais de réparation des matériels informatiques affectés*

<sup>301</sup>E. FATOME, J. MOREAU, « Les relations contractuelles entre collectivités publiques L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation », *AJDA* 1990, p. 142, spéc. p. 147.

<sup>302</sup>CE sect. 13 mai 1992 *Commune d'Ivry-sur-Seine*, *Rec.* p. 198 ; *JCP* 1993 II 22014 note Haïm ; *AJDA* 1992, p. 480, note Maugué et Schwartz.

<sup>303</sup>C. MAUGUE et R. SCHWARTZ montrent dans leur commentaire que l'arrêt *Commune d'Ivry* constitue une réelle amplification de la solution posée par *Département de la Moselle* car cette dernière n'était pour eux qu'« une solution ponctuelle, limitée au seul contexte de la décentralisation et justifiée davantage par des considérations d'opportunité que par des raisons de droit ». Ch. MAUGUE et R. SCHWARTZ, note sous CE sect. 13 mai 1992 *Commune d'Ivry-sur-Seine* et CE 25 mai 1992 *Département de l'Hérault*, *AJDA* 1992 p. 480, spéc. p. 481.

<sup>304</sup>Ch. MAUGUE et R. SCHWARTZ, *art. cit.*, p. 480 ; D. POUYAUD, *Jurisclasseur administratif*, fascicule 675, § 156.

<sup>305</sup>V. les conclusions inédites de Mme DENIS-LINTON sur CE sect. 13 mai 1992 *Commune d'Ivry-sur-Seine* citées dans J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, p. 342.

<sup>306</sup>V. en ce sens, pour les contrats conclus entre une personne publique et une personne privée CE sect. 9 décembre 1983 *Ville de Paris*, *Rec.* p. 499, conclusions Genevois ; *AJDA* 1984, p. 82, chronique Lasserre et Delarue, et pour les contrats entre personnes publiques, CE 15 02 1993 *Commune de Nay-Bourdette*, *RFDA* 1994, p. 493, note Lachaume. Les tiers peuvent en revanche attaquer en excès de pouvoir les actes détachables de l'exécution du contrat, comme en témoigne l'arrêt *Ville de Paris* précité.

aux établissements scolaires, faute de crédits nécessaires à cet effet ; qu'un tel motif n'étant pas de nature à exonérer l'État des obligations qu'il avait contractées (...) la décision (...) doit être annulée ». Mais *a contrario*, il semble que le Préfet aurait pu modifier unilatéralement la convention s'il avait fondé sa décision sur un authentique motif d'intérêt général.

Les conclusions rendues par Mme Denis-Linton sur cet arrêt éclairent le juriste en mal de certitudes. Elle assure que « l'une ou l'autre des parties (peut) la résilier à tout moment pour un motif d'intérêt général »<sup>307</sup>. Commentateurs autorisés de cette décision, C. Maugué et R. Schwartz, adoptent une opinion plus nuancée en estimant que, « lorsqu'elle passe un contrat avec une autre collectivité pour l'organisation d'un service public, une personne publique ne dispose plus des pouvoirs traditionnels que sont le pouvoir de modification et le pouvoir de dénonciation, ou plutôt elle n'en dispose que sous le contrôle étroit du juge (la rédaction de (cette) décision (...) n'exclut pas tout pouvoir de modification unilatérale, mais censure une décision de modification fondée uniquement sur un motif financier) »<sup>308</sup>. Ainsi, et même si la notion de « *mesures (...) contrares aux clauses du contrat* » présente un aspect assez large, toute faculté de résiliation ou modification n'est pas totalement impossible dès lors qu'elle répond à la classique exigence de la poursuite d'un intérêt public<sup>309</sup>. La particularité de ces contrats réside dans le fait que ces pouvoirs s'exercent sous le regard d'un juge scrupuleux qui ne manque plus d'annuler purement et simplement les mesures illégales. Selon B. Dacosta, cette faculté accordée au juge justifie précisément l'exercice d'un pouvoir de résiliation qui est désormais soumis à un contrôle juridictionnel renforcé<sup>310</sup>. Toutefois, nous l'avons dit, cette spécificité est à relativiser depuis qu'est intervenu l'arrêt *Commune de Béziers* (II) qui permet au juge du contrat, d'ordonner « *la reprise des relations contractuelles* » et ainsi, de remettre en cause une décision de résiliation unilatérale.

Comme nous allons le voir, la jurisprudence ultérieure s'inscrit dans le droit fil de ces arrêts<sup>311</sup>. Toutefois, une décision récente a jeté le trouble et ravivé les débats sur cette question

#### *B- Une décision conférant au juge le pouvoir de résilier unilatéralement un contrat conclu entre personnes publiques*

L'arrêt *Syndicat mixte d'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*<sup>312</sup> dont

---

<sup>307</sup>V. Mme DENIS-LINTON, *conclusions citées*.

<sup>308</sup>Ch. MAUGUE et R. SCHWARTZ, *art. cit.*, p. 481. dans le même sens J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 343.

<sup>309</sup>V. dans le même sens J.-D. DREYFUS, *op. cit.* p. 343. V. aussi CE 21 décembre 2007 *Région du Limousin* et autres, *Rec.* p. 534 ; *BJCP* 2008, n° 57, p. 138 ; *RJEP* avril 2008, p. 15, conclusions Prada-Bordenave ; *AJDA* 2008, p. 481 note Dreyfus ; *JCPA* 2008, p. 2050, note Pontier.

<sup>310</sup>B. DACOSTA, conclusions sur CE 24 novembre 2008 *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, *BJCP* 2009, p. 151.

<sup>311</sup>V. par exemple CE 21 décembre 2007 *Région du Limousin précité*.

<sup>312</sup>CE 24 novembre 2008 *Syndicat mixte d'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, *BJDCP* 2009 n° 63, p. 51 concl. Dacosta, *AJDA* 2009 p. 319 note Dreyfus.

l'interprétation est difficile et incertaine, établit une solution originale. Dans cette affaire, une convention conclue entre la ville de Montpellier et le syndicat requérant autorise la ville à puiser de l'eau dans la nappe phréatique dans laquelle le syndicat dispose de deux captages, sous réserve, pour la ville, de restituer à l'autre partie un volume d'eau fixé par contrat à un prix inférieur au coût de revient. Ne parvenant pas à s'entendre sur la revalorisation de ce prix, la ville de Montpellier saisit le Tribunal administratif de cette ville afin qu'il constate la nullité de la convention, selon elle illégale en tant qu'elle ne comporte pas de terme déterminé. En outre, elle demande au juge de prononcer la résiliation de la convention. La Cour administrative d'appel de Marseille prononce le 5 décembre 2005 la nullité de la convention<sup>313</sup>. Le Conseil d'État est saisi en cassation de cette affaire. Il indique « *qu'une telle convention conclue entre deux personnes publiques pour organiser leurs services publics* » est un contrat administratif<sup>314</sup>, qu'elle « *peut faire l'objet d'une résiliation par le juge administratif pour un motif d'intérêt général ou en raison d'un bouleversement de son économie* », et « *qu'aucun principe régissant le fonctionnement du service public n'impose qu'une telle convention qui, ainsi qu'il vient d'être dit, peut faire l'objet d'une résiliation, comporte un terme déterminé* ». D'importantes questions sont ici soulevées.

D'une part, il s'agit de savoir si la possibilité qu'a le juge de prononcer la résiliation d'un contrat « est limitée, conformément au souhait du Commissaire du gouvernement, aux seuls contrats conclus entre personnes publiques ou si elle vaut aussi pour les contrats conclus avec une personne privée »<sup>315</sup>. D'autre part, il importe de savoir si, dans le cas où cette possibilité leur est réservée, les cocontractants publics peuvent user concurremment du pouvoir de résiliation, au delà même de ce cas de figure. Plusieurs réponses ont été données.

Certains auteurs, comme L. Richer, étendent la faculté ainsi accordée au juge de résilier lui-même la convention à tous les contrats administratifs. L'auteur démontre que, par leur caractère « équivoque »<sup>316</sup>, les solutions jurisprudentielles rendues en matière de pouvoir de résiliation du juge ne permettent pas d'établir de solide certitude. Un arrêt du Conseil d'État du 20 avril 1956, *Ville de Nice*<sup>317</sup>, indique que la résiliation « *sortira son plein et entier effet* » une fois la décision du juge rendue, ce qui a pu être interprété comme la consécration d'une possibilité accordée à

---

<sup>313</sup>CAA Marseille 5 décembre 2005, *Ville de Montpellier*, N° 03MA00232 : un contrat conclu entre deux personnes publiques et qui a pour objet l'organisation d'un service public « *ne saurait, sans qu'il soit porté une atteinte excessive aux principes qui régissent le fonctionnement du service public et notamment au principe d'adaptabilité, être fixée sans aucune limitation* » et que « *l'absence de toute stipulation limitant la durée de la convention du 16 avril 1980 a pour effet d'entacher de nullité l'ensemble de ses clauses* ».

<sup>314</sup>V. *supra*.

<sup>315</sup>F. MELLERAY, « Un contrat administratif conclu sans limitation de durée entre deux personnes publiques n'est pas pour autant nul », note sous CE 24 novembre 2008 *Syndicat mixte d'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup, Droit Administratif*, n° 2 février 2009, comm. 19.

<sup>316</sup>L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, § 461, p. 246.

<sup>317</sup>RDP 1956, p. 375, conclusions Long ; AJDA 1956, p. 266, note P. Weil.

l'administration de demander au juge de résilier le contrat. Ainsi, et même si L. Richer juge « contestable que le juge puisse résilier sur le fondement de motifs, qui pour être légitimes, n'en sont pas moins de pure opportunité »<sup>318</sup>, il estime que l'arrêt du 24 novembre 2008 habilite le juge du contrat à prononcer, sur demande de l'administration, la résiliation de tout contrat administratif quel qu'il soit, en cas de bouleversement de l'économie du contrat. Bien entendu, dans cette hypothèse, les collectivités publiques détiennent elles aussi le droit d'user de leurs pouvoirs d'intervention, parallèlement à la compétence ainsi accordée au juge.

Dans le même sens, G. Eckert indique que l'arrêt en question ne fait qu'appliquer une jurisprudence traditionnelle selon laquelle « l'une ou l'autre des parties au contrat peut saisir le juge du contrat d'une demande de résiliation lorsque l'équilibre de celui-ci paraît définitivement bouleversé »<sup>319</sup>, ce que l'auteur corrobore en citant la décision du Conseil d'État du 9 décembre 1932 *Compagnie des tramways de Cherbourg*<sup>320</sup>. Cet arrêt indique que, dans le cadre de la théorie de l'imprévision, et lorsqu'aucune solution n'a pu être adoptée par les parties, ces dernières peuvent demander au juge de prononcer la résiliation du contrat<sup>321</sup>. Ainsi, la décision *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de Pic-Saint-Loup*, qui évoque un « bouleversement de l'économie » du contrat, peut-elle, à la lumière de ces arrêts, être rattachée à des théories anciennes et générales. Dans une telle perspective, l'arrêt de 2008 ne s'écarterait guère du régime d'exécution des contrats administratifs « classiques ».

De manière logique, les tenants de cette position ne semblent pas estimer que la possibilité offerte par le juge de résilier lui-même la convention fasse obstacle à ce que l'une des parties à un contrat entre personnes publiques use elle aussi, et concurremment, de ce pouvoir. En ce sens, G. Pélissier estime que dans un contrat entre personnes publiques, « les deux parties détiennent ce pouvoir de résiliation unilatérale, au nom des intérêts généraux qu'elles défendent »<sup>322</sup>, ce qui tend à gommer toute différence existant entre un contrat administratif conclu avec une personne privée ou passé entre personnes publiques. Dans le même ordre d'idée, il estime que les particularités contentieuses applicables aux actes d'exécution édictés par une personne publique dans le cadre d'un

<sup>318</sup>L. RICHER, droit des contrats administratifs, § 461, p. 246.

<sup>319</sup>G. ECKERT, « Résiliation d'un contrat administratif par le juge administratif », note sous CE 24 novembre 2008 *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, *CMP* janvier 2009, comm. 7, p. 21, *spoéc.* p. 22.

<sup>320</sup>*RDP* 1933, p. 117 conclusions Josse et note Jèze.

<sup>321</sup>Une application assez récente indique qu'« au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat et que les conditions économiques nouvelles ont en outre créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre le concessionnaire, comme d'ailleurs le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu » V. CE 14 juin 2000 *Commune de Staffelfelden*, *rec.* p. 227.

<sup>322</sup>G. PELISSIER, « L'absence de terme n'entraîne pas la nullité du contrat conclu entre personnes publiques », commentaire de CE 24 novembre 2008 *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup* ; *RJEP* n° 664, mai 2009, comm. 21.

contrat conclu avec une autre personne publique, c'est-à-dire la possibilité pour le juge d'annuler la mesure litigieuse contraire aux clauses du contrat « tient plus à la spécificité de l'objet du contrat, l'organisation du service public, qu'à la qualité des parties, puisqu'elle se retrouve dans le cadre de certains contrats qui ne sont pas conclus entre personnes publiques »<sup>323</sup>. Le critère organique est donc absent de son raisonnement. J.-D. Dreyfus affirme quant à lui que, dans l'affaire *Pic-Saint-Loup*, « l'administration disposait du pouvoir de résiliation »<sup>324</sup>. L'auteur rejoint ici l'opinion déjà évoquée émise quelques années plus tôt par le Commissaire du gouvernement Denis-Linton sous l'arrêt *Commune d'Ivry-sur-Seine*<sup>325</sup>.

Une autre interprétation de cet arrêt peut toutefois être donnée. En premier lieu, il est permis de penser que la capacité que s'octroie le juge de prononcer lui-même la résiliation, « pour un motif d'intérêt général ou en raison d'un bouleversement de (...) l'économie (du contrat) » est une particularité reconnue aux seuls contrats entre personnes publiques relatifs à l'organisation des services publics. Il est en effet admis que, par principe, l'administration ne peut pas demander au juge de prendre une décision qu'elle-même peut édicter<sup>326</sup>. Une telle opinion ressort des conclusions de B. Dacosta qui indique que « dans le cas *spécifique* d'un contrat conclu entre deux personnes publiques et ayant pour objet l'organisation d'un service public, permettre au juge de prononcer la résiliation ne nous semble pas injustifié »<sup>327</sup>. Cette opinion est également soutenue par J.-D. Dreyfus<sup>328</sup>. Si ce dernier estime en effet que la commune requérante avait simultanément la possibilité de résilier le contrat (ce qui n'est pas une spécificité des contrats conclus entre personnes publiques), il montre néanmoins que le fait que le juge puisse lui aussi résilier le contrat est une caractéristique propre au régime applicable à ce type de conventions.

Mais c'est la portée de l'arrêt au regard de l'exercice du pouvoir de résiliation de l'administration contractante dans ce type de contrat qui nous intéresse ici. Et à ce titre, il est permis de soutenir que cet arrêt consacre *a contrario* l'impossibilité des parties publiques de résilier le contrat formé entre elles. En effet, le Conseil d'État rappelle dans un premier temps que la convention conclue entre personnes publiques et ayant pour objet l'organisation du service public peut être résiliée par le juge, avant d'indiquer dans un second temps qu' « aucun principe régissant

<sup>323</sup>*Ibid.*

<sup>324</sup>J.-D. DREYFUS, « Les contrats entre personnes publiques peuvent être à durée indéterminée », note sous CE 24 novembre 2008 Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup, *AIDA* 2009, p. 319, spéc. p. 321.

<sup>325</sup>« L'une ou l'autre des parties (peut) la résilier à tout moment pour un motif d'intérêt général », conclusions inédites de Mme DENIS-LINTON sur CE sect. 13 mai 1992 Commune d'Ivry-sur-Seine citées dans J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, p. 342.

<sup>326</sup>CE 30 mai 1913 *Préfet de l'Eure*, *Rec.* p. 583 ; *S.* 1915, 3, p. 39 note Hauriou.

<sup>327</sup>B. DACOSTA, *conclusions citées*. Nous soulignons.

<sup>328</sup>Pour cet auteur, le Conseil d'État a ici entendu « apport(er) un nouveau tempérament à sa jurisprudence traditionnelle dans le cas *spécifique* d'un contrat conclu entre deux personnes publiques et ayant pour objet l'organisation du service public (en admettant) que le juge puisse prononcer la résiliation » in J.-D. DREYFUS, *art. cit.*, p. 321.

le fonctionnement du service public n'impose qu'une telle convention qui, ainsi qu'il vient d'être dit, peut faire l'objet d'une résiliation, comporte un terme déterminé ». La formule « ainsi qu'il vient d'être dit » pourrait faire supposer que seule la résiliation prononcée par le juge est possible dans un tel contrat. Dans cette hypothèse, cette décision démontrerait la difficulté qu'éprouve le juge administratif à conférer à l'une des parties, ou aux deux, un pouvoir de résiliation unilatérale, dès lors que la relation qu'elles entretiennent est égalitaire. En définitive, il est difficile d'établir dans la décision *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de Pic-Saint-Loup* une quelconque discrimination entre les parties qui sont toutes deux en charge d'un intérêt public local. Cette égalité indépassable des parties peut, pour une part, expliquer le compromis établi par le Conseil d'État qui préfère donner au juge le rôle d'un « arbitre entre les intérêts généraux »<sup>329</sup> plutôt que de permettre aux deux contractants de résilier à leur guise la convention, en vertu d'un intérêt général qu'elles définiraient elles-mêmes.

Si, dans ses conclusions, B. Dacosta envisage la possibilité que la formation de jugement retienne l'idée d'une prohibition pure et simple du pouvoir de résiliation<sup>330</sup>, il semble plutôt favorable à ce que les parties disposent d'un tel pouvoir. Il s'exercerait parallèlement à la possibilité accordée au juge de résilier lui-même la convention et serait justifié par « la liberté contractuelle, mais aussi l'intérêt général »<sup>331</sup>. Il est donc bien malaisé d'établir une règle générale à partir de cet arrêt. Même à penser que la possibilité de saisir le juge afin qu'il prononce la résiliation du contrat serait une spécificité du régime applicable aux contrats conclus entre personnes publiques, il est difficile d'affirmer avec certitude que cela préjuge en quoi que ce soit de la possibilité pour les parties publiques de résilier elles-mêmes la convention. Cependant, la possibilité de saisir le juge diminue l'intérêt que représente pour les parties l'exercice du pouvoir de résiliation unilatérale. Pour J.-D. Dreyfus, cet arrêt doit être interprété comme confirmant « l'idée selon laquelle le rôle dévolu au juge ne peut que croître lorsque l'on est en présence de conventions entre personnes publiques »<sup>332</sup> ce qui revient à reconnaître que, par symétrie, la liberté d'intervention des cocontractants publics ne peut qu'y diminuer.

Ainsi l'exécution des contrats conclus entre personnes publiques organisant le service public est-elle soumise à un régime spécifique. Le rôle du juge y est plus important. Le contrôle qu'il

---

<sup>329</sup>G. PELISSIER, *art. cit.*

<sup>330</sup>B. DACOSTA, *conclusions citées* : « En tout état de cause, à supposer même que, dans ce cas très précis, une résiliation unilatérale soit exclue, resterait la possibilité de demander au juge de la prononcer. L'engagement sans limitation de durée n'est donc pas un engagement irrévocable ! ».

<sup>331</sup>*Ibid.* « La circonstance que le contrat soit conclu entre deux personnes publiques n'exclut donc pas une résiliation unilatérale pour un motif d'intérêt général ».

<sup>332</sup>J.-D. DREYFUS, « Les contrats entre personnes publiques peuvent être à durée indéterminée », note sous CE 24 novembre 2008 *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, *AJDA* 2009, p. 319, spéc. p. 321.

exerce sur les mesures de résiliation et modification y est renforcé. De plus, il peut lui même exercer ces pouvoirs dont la possession par les administrations contractantes présente alors un caractère incertain dont la doctrine se fait l'écho<sup>333</sup>. Mais ces prérogatives s'exercent de manière normale dans les contrats de la commande publique, quel que soit la nature publique ou privée de l'opérateur<sup>334</sup>. En outre, nous avons montré que même lorsque le contrat avait pour objet l'organisation du service, la jurisprudence avait pu admettre, certes parfois à demi-mot, que l'une des parties publiques puisse le résilier ou le modifier unilatéralement, rompant ainsi la base prétendument égalitaire d'un tel accord de volonté. Cette position paraît conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>335</sup>. Il convient alors de concevoir une méthode qui définisse qui de l'une ou de l'autre des parties publiques conserve ces prérogatives<sup>336</sup>.

## **§2 La difficile détermination de la collectivité détentrice des pouvoirs de résiliation et modification**

J.-C. Douence distingue à cet égard plusieurs cas de figure. Il écarte l'utilisation du critère organique car elle conduirait à reconnaître mécaniquement aux deux ou plusieurs parties publiques la possibilité de résilier ou de modifier le contrat. Ainsi l'auteur admet-il que s'opère une discrimination entre les parties à certains contrats entre personnes publiques. Selon lui, « seule la personne publique qui a la maîtrise du service public (ou la maîtrise de l'ouvrage) peut invoquer le pouvoir de modification unilatérale dans les limites de ce qu'exige le bien du service, et sous réserve d'une indemnisation éventuelle du cocontractant »<sup>337</sup>. De la sorte, pour J.-C. Douence, le pouvoir de modification est bel et bien l'expression du pouvoir de l'administration de gérer et organiser le service public dont elle a la charge. Il convient toutefois d'établir une distinction entre des parties

---

<sup>333</sup> « *même si l'on considérait* – ce qui n'est pas notre position – que tout pouvoir de modification et de résiliation unilatérale sans faute devait être écarté dans le cadre des conventions administratives entre personnes publiques,... » in J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 338. Nous soulignons ; « A supposer que cette non application des règles générales des contrats administratifs constitue un principe général applicable sans texte, ce qu'il est tentant d'admettre... » in E. FATOME, J. MOREAU, « Les relations contractuelles entre collectivités publiques L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation », *AJDA* 1990, p. 142, spéc. p. 145.

<sup>334</sup> Le régime spécial applicable aux pouvoirs d'intervention ne s'applique pas « lorsque l'une effectue au profit de l'autre des prestations dans le cadre d'un marché public, ou, plus généralement, lorsqu'une personne publique confie une mission à une autre personne publique, comme elle aurait pu la confier à une personne privée. Le « donneur d'ordre » doit disposer des mêmes prérogatives, quel que soit son partenaire » in B. DACOSTA, Conclusions sur CE 24 novembre 2008 Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup, *BJCP* 2009, p. 151.

<sup>335</sup> Décision n° 99-419 DC du 09 novembre 1999 Loi relative au pacte civil de solidarité « *Si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants* » (Cons. 61).

<sup>336</sup> En effet, « une solution doit en tout cas être écartée : les parties peuvent, en leur seule qualité de personnes publiques, modifier, l'une et l'autre et à leur guise, la convention qui les lie. Le procédé serait en effet vidé de toute signification » in J.-C. DOUENCE, *art. cit.*, p. 126.

<sup>337</sup> *Ibid.* p. 126.



publiques qui ne sont pas sur un pied d'égalité. L'auteur distingue celle qui « a la maîtrise du service public » de celle qui ne l'a pas. Il décline ce raisonnement dans une série d'exemples. Lorsqu'une commune contracte avec un établissement spécialisé afin que ce dernier réalise une opération d'urbanisme, la commune « conserve, au moins théoriquement, la maîtrise et la responsabilité finale de l'opération (et) (...) conserve les prérogatives normales du concédant dans la concession de service public ou de travaux publics »<sup>338</sup>. Dans le cadre d'un contrat de plan en revanche, l'État et la communauté urbaine (en 1974, les contrats de plan État-Région n'existent pas) disposent simultanément de la possibilité de modifier le contrat, mais seulement dans leurs domaines respectifs de compétences : « en cas de besoin, l'État peut modifier ses engagements relatifs aux opérations dont il est maître d'ouvrage, (...) symétriquement, la communauté peut ne pas réaliser les opérations dont elle est maître d'ouvrage »<sup>339</sup>. Mais l'auteur reconnaît que « comme les obligations mutuelles sont étroitement liées, il est difficile d'envisager une modification unilatérale qui n'entraîne pas un bouleversement du contrat et il est préférable de procéder à des révisions d'un commun accord »<sup>340</sup>. Pour résumer, les pouvoirs d'intervention peuvent être accordés à la personne publique qui est principalement en charge du service public. En outre, chacune des parties publiques peut détenir ces prérogatives, mais dans des domaines différents. Il ne peut y avoir de concurrence.

Cette analyse a été actualisée dans la thèse de J.-D. Dreyfus. L'auteur y invoque la notion de « personne responsable du service public »<sup>341</sup> définie comme celle qui « pourrait être tenue pour responsable d'une mauvaise exécution du service »<sup>342</sup>. Celle-ci peut bénéficier des pouvoirs classiquement attribués à l'administration dans le contrat administratif conclu avec une personne privée. Il étend l'analyse aux autres prérogatives de l'administration en estimant que le pouvoir de contrôle (au sens du choix des modalités d'exécution du contrat) pourrait s'exercer par la personne responsable du service. Il ajoute qu'« éliminer toute idée de responsabilité principale du service donc de prérogatives reconnues à une - et à une seule - des personnes publiques dans le cadre des contrats entre administrations pourrait à terme s'avérer dangereux car déresponsabilisant »<sup>343</sup>.

Cette analyse, pour intellectuellement satisfaisante qu'elle soit, doit être étayée par la jurisprudence pour être convaincante.

La décision *Ville de Saint-Malo*, bien qu'ancienne, illustre l'analyse de MM. Douence et Dreyfus. Dans cette affaire, l'État avait concédé à la Ville de Saint-Malo un port de plaisance avant de « modifier au détriment de la ville les conditions d'exploitation et de diminuer les recettes de

---

<sup>338</sup>*Ibid.* p. 127.

<sup>339</sup>*Ibid.*

<sup>340</sup>*Ibid.*

<sup>341</sup>J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 338.

<sup>342</sup>*Ibid.*

<sup>343</sup>J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 337.

*cette exploitation* ». Le Conseil d'État se borne à ordonner une expertise afin que soit évalué le dommage causé sans se préoccuper de savoir « si cette concession étant conclus entre deux collectivités publiques, cela devait entraîner des conséquences au niveau des pouvoirs de l'administration concédante »<sup>344</sup>. L'État concédant se trouvait bien ici dans la position du responsable principal du service. Mais cet arrêt est assez ancien ; ainsi serait-il présomptueux de lui donner une portée qu'il n'a pas ou n'a plus. En outre, il s'agit ici d'un contrat de concession<sup>345</sup>.

L'arrêt *Commune d'Ivry-sur-Seine* fournit des éléments intéressants. Le juge ne préjuge pas de la possibilité pour le Préfet de résilier la convention pour un motif d'intérêt général<sup>346</sup>. Il semble en outre que dans cette affaire ce soit bien l'État qui ait disposé de la « responsabilité principale du service » au sens de J.-D. Dreyfus, car il avait mis à la disposition de la commune des matériels informatiques dont il refuse par la suite d'assurer, comme le contrat l'y contraint, les frais de fonctionnement (assurance, maintenance, remplacement). Il a donc le droit de modifier la convention, à condition bien sûr que ce soit pour un motif d'intérêt général, et non pour un simple motif financier.

Une intéressante décision de la Cour administrative d'appel de Nantes en date du 30 décembre 2005 *Établissement public Loire*<sup>347</sup> donne un éclairage particulier sur la question des pouvoirs détenus par l'administration dans un contrat entre personnes publiques. Dans cette affaire, l'État conclut avec l'établissement public Loire et l'Agence de l'eau Loire-Bretagne un protocole d'accord (13 février 1986) ainsi qu'une charte (6 juillet 1994) analysés par la Cour comme l'un de ces « *contrats particuliers* » prévus par la loi du 29 juillet 1982 et dont les stipulations sont d'une nature authentiquement contractuelle. Le Préfet résilie unilatéralement ces contrats en raison de l'adoption par l'État d'un autre programme inter-régional.

Rappelons que la loi de 1982 dispose en son article 12 que « *les contrats de plan ne peuvent être résiliés par l'État, avant leur date normale d'expiration, que dans les formes et les conditions qu'ils stipulent expressément* ». Si la Cour cite *in extenso* cet article, elle indique toutefois que la résiliation du Préfet s'est faite « *pour un motif d'intérêt général et par application des règles générales s'appliquant à tous les contrats administratifs* », sans se référer à d'éventuelles stipulations qui, prévues au contrat, auraient prévu et encadré l'exercice de ce pouvoir. Cet arrêt ne manque donc pas de surprendre. Les magistrats nantais valident la résiliation des deux conventions pour un motif d'intérêt général. Le régime général des contrats administratifs s'appliquerait donc aux contrats de plan conclus entre personnes publiques, en dehors même de toute disposition

<sup>344</sup>J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 341.

<sup>345</sup>Ce type de contrat semble être à l'abri de tout régime spécial d'exécution.

<sup>346</sup>V. *supra* Section 1, §1.

<sup>347</sup>CAA Nantes 30 décembre 2005 *Établissement public Loire*, n° 04NT00123 ; *AJDA* 2006, p. 1165, note Dreyfus.

législative<sup>348</sup>. Bien entendu, il peut toujours être rétorqué que les deux contrats en questions ne constituaient pas d'authentiques contrats de plan soumis à l'exigence fixée par l'article 12 de la loi de 1982 mais que, « *contrats particuliers* », ils n'avaient pas à prévoir les modalités d'exercice de leur résiliation. Mais dans ce cas, pourquoi cet article a-t-il été cité dans la décision ?

Un autre enseignement peut être tiré de cette décision. La Cour rappelle que c'est l'établissement public Loire qui « devait (...) assurer la maîtrise d'ouvrage » du barrage prévu par le protocole d'accord et par la charte. Or le pouvoir de résiliation unilatérale est reconnu à l'État, et non à l'établissement public. Autrement dit, soit ces contrats sont analysés comme des contrats de plan et l'exercice du pouvoir de résiliation devait se fonder sur les stipulations du contrat, mais dans ce cas, le pouvoir de résiliation appartenait légalement à l'État, et seulement à l'État ; soit il ne s'agit pas d'un contrat de plan, la résiliation pouvait intervenir par application des règles générales du contrat administratif, et la possibilité de résilier le contrat devait, selon la théorie de MM. Dreyfus et Douence, n'appartenir qu'à l'établissement public. Dans cette seconde interprétation, la thèse selon laquelle seule la personne publique détenant la responsabilité principale du service ou la maîtrise d'ouvrage peut résilier ou modifier unilatéralement le contrat n'a pas trouvé à s'appliquer. Mais il est aussi possible de penser que dans un contrat de plan, ou dans une convention issue d'un tel contrat, l'État, détient par définition la responsabilité principale du service, auquel cas la théorie des auteurs précités demeure valable.

Peut-être faut-il formuler une autre hypothèse. Au delà de la notion de personne responsable principale du service<sup>349</sup>, certains arrêts donnent à penser que, dans le cadre de certains contrats conclus entre des collectivités de niveaux différents, entre l'État et une région par exemple, l'intérêt général national puisse primer sur l'intérêt général local<sup>350</sup>. Dans une décision du 21 décembre 2007 *Région du Limousin*<sup>351</sup>, le Conseil d'État admet que l'État puisse résilier une convention pour un

<sup>348</sup>Laurent Richer, en citant l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes, reconnaît implicitement que le protocole d'accord et la charte constituent des contrats de plan. Mais pour lui cet arrêt démontre « qu'il est conforme à l'intention du législateur de 1982 d'appliquer aux contrats de plan les règles générales du contrat administratif » in L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, §117, p. 74. J.-D. Dreyfus estime qu'« il n'y a là aucun particularisme du contrat inter-administratif » in J.-D. DREYFUS, « L'abandon d'un engagement contractuel entre personnes publiques ouvre droit à indemnités », note sous CAA Nantes 30 décembre 2005 Établissement public Loire ; *AJDA* 2006, p. 1165, spéc. p. 1168.

<sup>349</sup>Il faut cependant remarquer que la théorie de la responsabilité principale du service fait l'objet d'un certain rejet de la part de la doctrine, notamment « autorisée ». Ainsi G. Péliissier note-t-il que « la seule différence entre un contrat conclu entre deux personnes publiques et un contrat passé entre une personne publique et une personne privée est que, dans le premier cas, les deux parties détiennent ce pouvoir de résiliation unilatérale, au nom des intérêts généraux qu'elles défendent alors que, dans le second cas; il n'appartient bien évidemment qu'à la personne publique » in G. PELISSIER, « L'absence de terme n'entraîne pas la nullité du contrat conclu entre personnes publiques », commentaire à propos de CE 24 novembre 2008, Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup, *RJEP* n° 664 mai 2009, comm. 21.

<sup>350</sup>Dans le même sens, v. N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA* 1999, p. 552, spéc. p. 563.

<sup>351</sup>CE 21 décembre 2007 *Région du Limousin* et autres, *Rec.* p. 534 ; *BJCP* 2008, n° 57, p. 138 ; *RJEP* avril 2008, p. 15, conclusions Prada-Bordenave ; *AJDA* 2008, p. 481 note Dreyfus ; *JCPA* 2008, p. 2050, note Pontier.

motif d'intérêt général, et lui impose d'indemniser sur le fondement de la responsabilité sans faute les préjudices subis par les cocontractants publics. Dans ses conclusions, Mme Prada-Bordenave, Commissaire du gouvernement, affirme que « l'État n'a pas utilisé l'un des modes contractuels de modification ou résiliation des conventions. Il a, au motif de l'intérêt général, modifié de manière unilatérale le projet et donc les conventions »<sup>352</sup>. Il ne s'agit donc pas du simple exercice d'un pouvoir prévu par des clauses du contrat. Non seulement le Conseil d'État a ici reconnu la possibilité pour l'État de résilier une convention inter-administrative, mais il a admis que le « *coût élevé et la faible rentabilité socio-économique* » du projet puisse en servir de fondement ce qui, convenons-en, n'est guère éloigné d'un motif exclusivement financier. Les règles générales du contrat administratif « classique » trouvent donc ici aussi à s'appliquer et c'est l'État qui dispose du pouvoir de résiliation unilatérale et engage sa responsabilité sans faute.

Le contrat liant l'État, la SNCF et les régions Centre, Limousin et Midi-Pyrénées était-il un contrat de plan, en cela soumis aux dispositions de l'article 12 de la loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification subordonnant l'exercice de la résiliation par l'État à la définition de ses formes et conditions dans le contrat ? Le Commissaire du gouvernement Prada-Bordenave affirme que « l'opération devait être réalisée hors contrat de plan ». En outre, la loi précitée n'est pas mentionnée dans la décision. Mais S. Nicinski dans son ouvrage de référence *Droit public des affaires*<sup>353</sup> évoque cette jurisprudence dans un développement consacré aux contrats de plan. Cette seconde interprétation tendrait à faire penser que l'article 12 de la loi de 1982 n'est plus appliqué par les juridictions administratives ; ces dernières préférant faire usage des règles générales du contrat administratif. Cela rejoindrait l'opinion de J.-D. Dreyfus ; selon lui, l'exception posée par la loi au pouvoir de résiliation unilatérale doit être interprétée strictement. Ainsi serait-il nécessaire qu'un texte d'application écarte expressément cette prérogative pour qu'elle soit abandonnée par le juge<sup>354</sup>.

Mais cette question est subsidiaire. Qu'il ne s'agisse pas d'un contrat de plan soumis à l'article 12, ou que cet article ne soit plus appliqué, une question demeure : les régions auraient-elles pu, elles aussi, résilier unilatéralement ces conventions pour des motifs tenant à l'intérêt général ? Il semble que non et que seul l'État détienne ce pouvoir. Si cette interprétation était la bonne, il en découlerait que l'État contractant avec une région ou une autre partie publique pourrait user des mêmes prérogatives que celles qu'il utilise dans le cadre de contrat conclus avec des cocontractants privés.

En dépit des solutions apportées par ces arrêts, il faut se souvenir que dans la plupart des cas, les pouvoirs de résiliation et de modification unilatérales sont soumis à un régime particulier.

<sup>352</sup>Conclusions Prada-Bordenave, *RJEP* avril 2008, p. 15.

<sup>353</sup>S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, §381, 380, p. 170.

<sup>354</sup>J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 344.

Selon une interprétation extrême – et que nous ne retenons pas – de la jurisprudence précitée, ces pouvoirs n'existeraient plus dans le cadre de certains contrats. Mais, au mieux, leur exercice est, dans ces contrats, strictement contrôlé par le juge. Ainsi la jurisprudence fait-elle montre d'une méfiance paradoxale à l'égard de l'exécution de ces conventions.

## **Section 2 Une paralysie paradoxale**

La loi ou la jurisprudence ont donc pu soumettre le régime d'exécution des contrats conclus entre personnes publiques à de remarquables spécificités. Les pouvoirs de modification et de résiliation sont particulièrement contrôlés par le juge. Sous réserve des diverses interprétations que l'on peut avoir de certains arrêts, il n'y a pas par principe de prohibition pure et simple, mais un encadrement ou une limitation. Or, il est généralement soutenu que ces pouvoirs trouvent leur fondement théorique dans les exigences liées au service public et à son organisation, et, plus généralement, dans la mission d'intérêt général que poursuit l'administration. A première vue, le rôle renforcé que détient le juge ne manque pas d'étonner. Le régime de relative paralysie que subissent ces prérogatives dans les contrats ayant pour objet l'organisation du service public constitue un paradoxe dont il convient d'exposer les termes (§1), et qu'il faut tenter de dépasser (§2).

### **§1 Les termes du paradoxe**

La confrontation entre le régime des contrats entre personnes publiques et les fondements traditionnels des pouvoirs de modification et de résiliation (A-) est au cœur d'un paradoxe qui remet au premier plan la question de l'inégalité des parties (B-).

#### *A- Les fondements traditionnels des pouvoirs de modification et de résiliation dans le contrat administratif*

La plupart des auteurs fondent les pouvoirs de l'administration contractante sur la notion d'intérêt général ou sur les exigences liées à la continuité du service public et son organisation. Dans un article publié en 1954<sup>355</sup>, A. de Laubadère pose la question du fondement théorique du pouvoir de modification unilatérale du contrat administratif. Il y rappelle les termes d'un débat ancien qui voit s'affronter les tenants d'un pouvoir de modification unilatérale conféré à tous les contrats (Hauriou, Bonnard, Waline), ceux qui comme G. Jèze plaident pour un pouvoir de modification limité aux

---

<sup>355</sup>A. de LAUBADERE, « Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », *RDP* 1954, p. 36.

contrats de concession de service public et aux marchés de travaux publics, et ceux enfin qui, comme J. L'Huillier et son sens des formules, voient dans ce pouvoir d'intervention « un faux dogme proposé à la foi des juristes »<sup>356</sup>. Toujours est-il que pour ces auteurs, - sauf pour J. L'Huillier qui, reconnaissant de manière exceptionnelle le pouvoir de modification unilatérale, fonde celui-ci sur l'article 1135 du Code civil -, la modification unilatérale, lorsqu'elle existe, est liée au pouvoir d'organisation du service public. G. Jèze estime par exemple que c'est précisément parce qu'elle n'est qu'une application par la personne publique de « son pouvoir réglementaire en matière d'organisation des services publics »<sup>357</sup> que la possibilité de modifier unilatéralement le contrat est limitée aux seuls contrats de concession de service public et marchés de travaux publics. Poursuivant cette réflexion, A. de Laubadère montre au fil d'une étude minutieuse de la jurisprudence que « le pouvoir qui appartient à l'autorité administrative – (...) en vertu de sa compétence générale pour fixer l'organisation des services publics – implique le pouvoir de modifier en conséquences les dispositions des contrats de concessions déjà conclus »<sup>358</sup>. Plus loin, il indique que le fondement direct des pouvoirs de l'administration sont sa « compétence exclusive pour organiser le service public lui-même » ainsi que « les compétences de l'administration à l'égard du travail public »<sup>359</sup>, opération d'intérêt général s'il en est, avant d'en conclure que « le véritable fondement des pouvoirs de l'administration étant dans tous les cas sa compétence exclusive d'organisation des services publics, l'administration peut toujours (...) imposer des changements aux obligations de son cocontractant parce qu'elle ne fait alors qu'user de ses pouvoirs à l'égard du service public lui-même »<sup>360</sup>.

Depuis lors, de nombreux d'auteurs ont inscrit leurs réflexions dans le sillon tracé par cette analyse, qui, amalgamant souvent pouvoir de résiliation unilatérale et pouvoir de modification unilatérale à l'intérieur d'une même catégorie juridique<sup>361</sup>, consiste à établir le fondement de ces pouvoirs dans les exigences du service public et de son organisation – il faut citer J.-C. Douence<sup>362</sup>,

---

<sup>356</sup> J. L'HUILLIER, « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ? », *D.*, 1953, chron..., p. 87.

<sup>357</sup> G. JEZE, note *RDJ*, 1945, p. 257, cité par de LAUBADERE, *art. cit.*, *RDJ* 1954, p. 36, spéc. p. 42.

<sup>358</sup> A. de LAUBADERE, *art. cit.*, p. 50.

<sup>359</sup> *Ibid.*

<sup>360</sup> A. de LAUBADERE, *art. cit.*, p. 63.

<sup>361</sup> Si certains auteurs, comme J.-M. Auby ( J.- M. AUBY note sous CE 2 février 1983 *Union des transports publics urbains et régionaux*, *RDJ* 1984, p. 212) distinguent la modification unilatérale de la résiliation, la doctrine et la jurisprudence modernes semblent assimiler les deux, comme en témoignent les termes des conclusions de Mme Prada-Bordenave sur une décision du Conseil d'État *Région Limousin* (PRADA-BORDENAVE, conclusions sur CE 21 décembre 2007 Région Limousin, *RJEP* n° 652, avril 2008, comm. 16). J.-D. Dreyfus dans sa thèse emploie les deux termes indifféremment (« le pouvoir de modification (et de résiliation) unilatérale ») J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, p. 334.

<sup>362</sup> J.-C. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », *Mélanges Stassinopoulos*, 1974, p. 114, spéc. p.126. Selon lui, le pouvoir de modification unilatérale « découle directement ou indirectement du pouvoir de régler les conditions d'exécution du service ».

N. Poulet-Gibot-Leclerc<sup>363</sup>, Laurent Richer<sup>364</sup>, ainsi que les auteurs des *Grands arrêts*<sup>365</sup> – ou dans la notion, plus large, d'intérêt général, comme l'indiquent E. Fatôme et J. Moreau<sup>366</sup>.

Mais un paradoxe apparaît. Si les pouvoirs de l'administration contractante sont justifiés par les exigences liées à l'organisation du service public, pourquoi les parties aux conventions entre personnes publiques *ayant précisément cet objet* subiraient-elles, sinon une pure et simple disparition de ces prérogatives, du moins un contrôle renforcé, ou leur relative paralysie ? Il est frappant de constater que les solutions jurisprudentielles évoquées qui ont pour effet de renforcer le contrôle sur l'exercice des prérogatives de modification et résiliation unilatérales par une personne publique contractant avec une consœur, ont précisément pour champ d'application le « *contrat passé entre deux personnes publiques et ayant pour objet l'organisation d'un service public* »<sup>367</sup>.

Le paradoxe d'un contrat entre personnes publiques dans lequel le pouvoir de résiliation est limité pose la question de l'égalité des parties au contrat.

### *B- Un paradoxe mettant la question de l'égalité des parties au premier plan*

La question de l'égalité des parties au contrat conclu entre personnes publiques est essentielle. Dans un contrat administratif classique, les pouvoirs d'intervention de l'administration trouveraient leur fondement dans l'intérêt général et les exigences liées au service public et à son organisation. Cette théorie crée une distinction entre la partie publique détentrice de prérogatives exorbitantes, et son cocontractant privé qui, ne poursuivant que son propre intérêt, doit, le cas

<sup>363</sup>N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA* 1999, p. 552, spéc. p. 563.

<sup>364</sup>L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, p. 254, § 482.

<sup>365</sup>M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 2011, p.126, 127 : « Le pouvoir de modification débouche sur le pouvoir de résiliation unilatérale ». En outre, ces deux prérogatives accordées à l'administration contractante sont liées à l'exigence de « mutabilité des services publics ».

<sup>366</sup>E. FATOME, J. MOREAU, « Les relations contractuelles entre collectivités publiques L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation », *AJDA* 1990, p. 142, spéc. p. 147.

<sup>367</sup> Formulation tirée de l'arrêt CE sect. 13 mai 1992 *Commune d'Ivry-sur-Seine* (*Rec.* p. 198 ; *JCP* 1993 II 22014 note Haïm). La solution portée par l'arrêt CE 24 novembre 2008 *Syndicat mixte d'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup* (*BJDCP* 2009 n° 63, p. 51 concl. Dacosta, *AJDA* 2009 p. 319 note Dreyfus) s'applique à toute « *convention conclue entre deux personnes publiques pour organiser leur services publics* », ce qui revient sensiblement au même.

Néanmoins, le champ d'application de la solution portée par l'arrêt *Commune d'Ivry-sur-Seine* est source d'interrogations. En effet, la solution qui émane de cette décision est valable. Pour V. Haïm, « la référence au service public justifierait la compétence du juge administratif tandis que celle à la présence de deux personnes publiques servirait de fondement au pouvoir reconnu au juge de prononcer une annulation » Si l'on suit cet auteur, le critère du service public ne constituerait pas le fondement de la solution contentieuse donnée par le Conseil d'État ; il s'agirait simplement d'un critère permettant de déterminer l'ordre juridictionnel compétent. Cette analyse ne manque pas de surprendre quiconque se souvient qu'en 1992 la grille d'analyse issue de la jurisprudence *UAP* émeure la technique privilégiée pour déterminer le caractère administratif du contrat conclu entre personnes publiques, laquelle grille d'analyse ne fait pas - ou très peu - intervenir le critère matériel. En réalité, il paraît plus juste de se ranger à l'opinion défendue par C. Maugué et R. Schwartz et de considérer que « c'est la combinaison d'un critère organique – une convention passée entre deux personnes publiques – et d'un critère matériel – une convention ayant pour objet l'organisation d'un service public – qui délimite le champ d'application de la dérogation au principe général selon lequel le juge du contrat ne dispose que de pouvoirs d'indemnisation ».

échéant et moyennant indemnisation, se soumettre aux choix imposés par l'administration. Cette situation asymétrique est l'expression de l'indépassable inégalité qui régit les relations entre partie publique et partie privée en droit administratif. Le cadre du contrat entre personnes publiques serait pour sa part égalitaire<sup>368</sup>, ce qui expliquerait que, si les pouvoirs de modification et résiliation unilatérales n'en sont pas absents, ils doivent toutefois s'exercer sous l'étroit contrôle du juge, ou être monopolisés par celui-ci. A ce titre, les conclusions de Mme Denis-Linton sur l'arrêt *Commune d'Ivry-sur-Seine* sont éloquentes en ce qu'elles font de l'égalité des parties la clef de voûte de la construction procédurale établie par cette décision. Selon elle, dès lors que les collectivités publiques se placent sur un pied d'égalité, la *justification* traditionnelle des pouvoirs d'intervention de l'administration contractante disparaît<sup>369</sup>. La question de l'égalité des parties prend dans ses propos une importance centrale. Dès lors deux conceptions s'opposent l'une à l'autre.

Selon la première, qui semble être celle de Mme Denis-Linton, le cocontractant privé de l'administration ne peut poursuivre de lui-même un but d'intérêt général, comme la personne publique. Cette situation instaure une inégalité entre les parties d'un contrat administratif conclu entre une personne publique et une personne privée. Or, dans un contrat entre administrations, le but poursuivi par les parties est, par définition, un but d'intérêt général<sup>370</sup>. Ainsi le plein et libre exercice des prérogatives de l'administration ne se justifie-il *que* dans le cadre d'une relation inégalitaire. En effet, l'intérêt général et les exigences liées au service public et à son organisation ne nécessitent pas de protection particulière dans le cadre d'un contrat conclu entre des parties qui ont pour rôle existentiel de poursuivre ces intérêts. Dans une telle perspective, l'inégalité des parties explique et justifie l'application du régime du contrat administratif alors que l'égalité des cocontractants explique et justifie que soit conçu un régime particulier impliquant un pouvoir renforcé du juge et une limitation des pouvoirs des administrations.

En revanche, il peut être défendu que, sauf à renverser les liens de causalité, l'inégalité des parties ne constitue en rien un fondement des pouvoirs d'intervention de l'administration contractante. L. Richer indique que l'inégalité n'est qu'une *caractéristique* (et non une *justification*) du contrat administratif, « caractéristique (qui) se trouve naturellement infléchie lorsque le contrat est conclu entre deux personnes publiques »<sup>371</sup>. Autrement dit, l'inégalité des parties au contrat

<sup>368</sup>Ch. MAUGUE et R. SCHWARTZ, note sous CE sect. 13 mai 1992 *Commune d'Ivry-sur-Seine* et CE 25 mai 1992 *Département de l'Hérault*, *AJDA* 1992 p. 480, spéc. p. 482 : « on assiste à la consécration d'une situation d'égalité entre des collectivités publiques contractantes ».

<sup>369</sup>Conclusions M. DENIS-LINTON sur CE sect. 13 mai 1992 *Commune d'Ivry-sur-Seine* inédites, rapportées dans Ch. MAUGUE et R. SCHWARTZ, note sous CE sect. 13 mai 1992 *Commune d'Ivry-sur-Seine* et CE 25 mai 1992 *Département de l'Hérault*, *AJDA* 1992 p. 480, spéc. p. 481-482.

<sup>370</sup>N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA* 1999, p. 552, spéc. p. 563 : les pouvoirs d'intervention « trouvent (...) difficilement leur justification dans les conventions entre personnes publiques : chaque cocontractant est au service de l'intérêt général ».

<sup>371</sup>L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, § 29, p. 28.



administratif ne justifie pas les pouvoirs d'intervention dont l'administration qui contracte avec une personne privée dispose librement sous réserve de poursuivre un but d'intérêt général ; elle n'est que la conséquence du fait que, dans un contrat administratif conclu avec une personne privée, l'administration possède des prérogatives dont son cocontractant ne dispose pas. Il existe donc une inégalité dans l'exécution du contrat, prévue par les règles générales applicables aux contrats administratifs. Mais en théorie, l'existence des pouvoirs d'intervention demeure justifiée par la notion d'intérêt général et par le pouvoir d'organisation des services publics. Dès lors que l'inégalité n'est pas le fondement des pouvoirs d'intervention de l'administration, affirmer que ces prérogatives doivent être paralysées, particulièrement contrôlées, ou monopolisées par le juge parce que les parties publiques sont sur un pied d'égalité, paraîtrait erroné. Autrement dit, c'est l'amenuisement des prérogatives de l'administration dans le contrat inter-administratif qui impliquerait une certaine égalité entre les parties mais la question du fondement d'une telle diminution demeurerait posée.

Certains auteurs<sup>372</sup> rejettent toute idée d'égalitarisme entre les parties au contrat conclu entre personnes publiques. J.-D. Dreyfus conteste que l'on puisse les priver des pouvoirs d'intervention classiques<sup>373</sup> : ces derniers sont justifiés par les « données d'intérêt général » et ne sauraient disparaître dans des contrats dans lesquels ces « données » sont particulièrement présentes.

Ainsi, la double question du fondement et de l'existence des pouvoirs d'intervention des administrations contractantes dans le cadre d'un contrat entre personnes publiques demeure. Le débat est clairement posé par J.-D. Dreyfus qui établit que « comme le fondement du pouvoir de modification unilatérale du contrat administratif réside dans les « données d'intérêt général », il n'y a aucune raison pour dénier son existence dans le cadre des conventions entre personnes publiques ; en effet, l'intérêt public y est en quelque sorte doublement présent »<sup>374</sup>. Ainsi, comment dénouer cette difficile question ? Si l'on admet les pouvoirs d'intervention comme dans un contrat classique, il faut admettre que les relations entre deux personnes publiques ne sont pas égalitaires, ce qui peut dans bien des cas poser le problème de la tutelle exercée entre collectivités, contraire à la Constitution. Si, au contraire, on ne les admet pas, l'on risque de déconnecter ces prérogatives spéciales accordées à la personne publique dans le contrat administratif de ce qui les fonde, c'est-à-dire l'intérêt général et la gestion du service public.

---

<sup>372</sup>V. N. POULET-GIBOT LECLERC, *art. cit.*, p. 563.

<sup>373</sup>« Les pouvoirs traditionnels peuvent et doivent continuer à exister (...) puisque ce qui leur sert de fondement et de justification – les données d'intérêt général – s'y retrouvent avec la même force » in J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 348.

<sup>374</sup>J.-D. DREYFUS, *op. cit.*, p. 337.

## §2 Une tentative de dépasser le paradoxe

Nous nous plaçons ici dans l'hypothèse où les pouvoirs de résiliation et de modification sont limités dans les contrats entre personnes publiques, notamment par un contrôle renforcé du juge. Si, en effet, ces pouvoirs étaient clairement admis (comme certains arrêts peuvent le laisser parfois penser), il n'y aurait pas de paradoxe. Celui-ci peut être doublement dépassé. En premier lieu, il est permis de considérer que l'organisation du service public et, au sens large, l'intérêt général ne constituent plus les fondements des prérogatives accordées à l'administration dans l'exécution du contrat administratif (A-). Surtout, il est toujours possible d'expliquer la relative paralysie des pouvoirs d'intervention des administrations dans le cadre de certains des contrats qu'elles forment entre elles par le fait que les deux intérêts généraux, égaux, s'opposent l'un à l'autre (B-).

### *A- La déconnexion de la notion d'organisation du service public avec les pouvoirs d'intervention*

Qu'on l'approuve ou le déplore, la jurisprudence limitant la liberté d'exercice des pouvoirs de résiliation et modification unilatérales dans le cadre de certains contrats constitue un affaiblissement de la liberté contractuelle des personnes publiques et limite leur faculté à organiser comme elles l'entendent les services publics dont elles ont la charge. La préservation de la continuité du service public dont les pouvoirs de modification et de résiliation unilatérales semblent constituer l'expression se trouve contrôlée, voire confiée dans les mains du juge du contrat. Dès lors, l'on pourrait considérer que ces solutions jurisprudentielles illustrent un phénomène plus général tendant à ce que ces prérogatives se voient déconnectés de la notion d'organisation du service public. Il serait donc permis de considérer que cette notion ne permettrait plus de justifier les pouvoirs de résiliation et de modification unilatérales dans le contrat administratif. Le régime appliqué aux contrats conclus entre personnes publiques ne serait qu'une des illustrations de ce phénomène. D'autres arguments étayaient cette position.

Dans sa note consacrée à l'arrêt *Union des transports publics urbains et régionaux* du 2 février 1983, F. Llorens affirme-t-il qu'« il ne semble plus que l'on puisse fonder (le pouvoir de modification unilatérale) sur l'idée de service public. Sa généralité même paraît indiquer qu'il procède plutôt de la nature des contrats administratifs et de la liberté d'action dont doivent bénéficier en toute circonstance les personnes publiques »<sup>375</sup>. Il est particulièrement frappant de noter que si le Conseil d'État ne rattache pas cette prérogative à « *la consistance des services et à*

<sup>375</sup>F. LLORENS, « Le pouvoir de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs », commentaire sous CE 2 février 1983 *Union des transports publics urbains et régionaux*, *RFDA* 1984, p. 45, spéc. p. 49.

leurs modalités d'exploitation », il admet « que l'usage de cette prérogative peut entraîner une révision des clauses financières du contrat ».

Le Conseil d'État a réitéré cette position. Il a en effet admis, de manière certes limitée, que dans certains contrats les clauses financières puissent être modifiées par le biais d'une décision unilatérale de l'administration. En témoigne l'arrêt *M. Visconti* du 12 octobre 1994<sup>376</sup> et *M. Bernard*<sup>377</sup> du 5 mai 2010 par lesquels le Conseil d'État autorise la personne publique à modifier unilatéralement les conditions pécuniaires d'une convention d'occupation du domaine public. Or il semble que les clauses financières n'intéressent pas – du moins directement – la gestion du service public. Ainsi, si le pouvoir de modification était exclusivement lié à l'organisation du service public, cette possibilité serait strictement impossible.

Dans le même ordre d'idée, le pouvoir de résiliation ou de modification existe pour tous les contrats administratifs, même s'ils ne mettent pas en jeu le service public. Un contrat conclu par au moins une personne publique peut être qualifié de contrat administratif même si il n'a pas pour objet l'organisation ou la participation au service public, dès lors qu'il contient des clauses exorbitantes. A. de Laubadère reconnaît que « dans certains contrats administratifs le pouvoir de résiliation est en même temps fondé sur d'autres principes particuliers, par exemple en matière de concession de voirie sur le principe de la précarité des occupations domaniales »<sup>378</sup>.

Une thèse différente est développée par Y. Madiot. Pour l'auteur, le pouvoir de modification unilatérale de l'administration est limité aux clauses réglementaires du contrat de concession de service public, clauses qui ne présentent pas de caractère contractuel, même en ce qui concerne les relations entre parties. Il estime que « sur le plan de l'analyse juridique, l'administration peut modifier les clauses réglementaires du cahier des charges »<sup>379</sup>.

Enfin et surtout, le régime des contrats entre personnes publiques nous renseigne sur ce qui justifie l'exercice du pouvoir de résiliation sans faute. Dans la décision *Région du Limousin*<sup>380</sup>, le Conseil d'État justifie la résiliation des contrats par l'État par un motif d'intérêt général qui est « la faible rentabilité socio-économique du projet », ce qui s'apparente à un motif d'ordre financier. En outre et surtout, dans la décision *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, le Conseil d'État s'octroie la possibilité de résilier lui-même le contrat pour un motif tenant soit à l'intérêt général soit au bouleversement de l'économie du contrat. Cette dernière notion

---

<sup>376</sup>N° 123672.

<sup>377</sup>N° 301422.

<sup>378</sup>A. de LAUBADERE, *art. cit.*, p. 47.

<sup>379</sup>Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherche sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, LGDJ, 1971, p.166.

<sup>380</sup>CE 21 décembre 2007 *Région du Limousin et autres*, *Rec.* p. 534 ; *BJCP* 2008, n° 57, p. 138 ; *RJEP* avril 2008, p. 15, conclusions Prada-Bordenave ; *AJDA* 2008, p. 481 note Dreyfus ; *JCPA* 2008, p. 2050, note Pontier.

n'est pas identique à celle d'intérêt général.

Enfin, même à penser les pouvoirs de résiliation et de modification unilatérale du contrat administratif conclu entre personnes publiques existant, cela n'empêche pas de considérer que ces conventions appartiennent à un genre atypique de contrats, non soumis aux règles traditionnelles, et que le fondement des règles spéciales qui leur sont applicables doit se trouver hors du champ traditionnel du droit administratif. Cette opinion ressort de l'analyse de D. Broussolle : « avouons notre angoisse (...) : soit la physique séculaire des contrats administratifs est inversée et n'a plus aucun sens (...) ; soit elle ne s'applique point aux conventions entre personnes publiques, conventions *sui generis* qui ressortissent pourtant nécessairement à la compétence des juridictions administratives eu égard à leur objet de service public et aux parties (...) »<sup>381</sup>.

Mais cette position extrême peut être renversée.

#### *B- La confirmation du lien entretenu entre organisation du service public et pouvoirs d'intervention*

Le fait que, dans le cadre d'un contrat entre personnes publiques, les pouvoirs de résiliation et de modification unilatérales se voient appliquer des règles particulières, et que, dans un certain nombre de cas, de telles prérogatives soient supprimées par la loi ou mises en œuvre par le seul juge du contrat paraît paradoxal dès lors que ces dits contrats ont le plus souvent pour objet la gestion même du service public et qu'il se situent – citons à nouveau l'expression de D. Labetoulle – « à la rencontre de deux gestions publiques »<sup>382</sup>. Or, nous l'avons dit, il est coutumier de fonder les prérogatives dont nous parlons sur les notions d'intérêt général et de service public. Mais il est tout de même possible de confirmer l'idée selon laquelle l'intérêt général ou le pouvoir d'organisation du service public fondent ces prérogatives exorbitantes accordées à l'administration.

Ce régime particulier peut se baser sur une idée fort simple. L'intérêt général ou les exigences liées aux principes régissant l'exécution du service public ne nécessitent pas une protection particulière dès lors que, par nature et par définition, les personnes publiques présentes au contrat ont pour mission de préserver ces intérêts. Autrement dit, la relative paralysie des pouvoirs d'intervention des personnes publiques contractant entre elles s'explique précisément par le fait que chacune d'elles doit assurer la continuité du service public et que, par principe, les intérêts généraux en présence doivent se concilier sans que l'un ne puisse primer sur l'autre. Il est à ce titre saisissant que, concluant sur l'arrêt *Département de la Moselle*, M. Forniacciarri fonde sa proposition de renforcer le contrôle du juge sur les décisions de modification unilatérale sur « l'intérêt du bon

<sup>381</sup>D. BROUSSOLLE, « Conventions entre personnes publiques et décentralisation L'exemple des dessertes ferroviaires », *AJDA* 1989, p. 747.

<sup>382</sup>D. LABETOULLE, conclusions sur TC 1983 Union des assurances de Paris, *AJDA* 1983, p. 357.

fonctionnement du service public »<sup>383</sup>. Les intérêts qui s'affrontent potentiellement dans le contrat conclu entre deux personnes publiques ne sont pas des intérêts particuliers ordinaires mais des intérêts généraux dont la protection est l'un des rôles existentiels du droit public moderne. J.-C. Douence montre que le juge administratif doit avoir des égards particuliers vis-à-vis de l'intérêt général : le pouvoir de modification est une « prérogative fondée sur l'intérêt public, il se heurte dans la convention à un autre intérêt public également légitime et non à un intérêt privé qui peut être sacrifié moyennant indemnisation »<sup>384</sup>. Cette constatation implique que, dans nombre de contrats conclus entre personnes publiques, les deux volontés en présence doivent être également protégées. Elle explique le bien-fondé de la solution rendue dans la décision *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup* qui permet au juge d'opérer la difficile conciliation entre les parties publiques au contrat. Ce recours au juge évite l'écrasement d'un intérêt général par un autre, en ce sens que la résiliation d'un contrat entre personnes publiques portant sur l'organisation d'un service public met, par définition, toujours à mal un intérêt public. Dans le même sens, G. Péliissier analyse le pouvoir du juge conféré par l'arrêt précité comme une démonstration de ce que, confronté à un contrat conclu entre deux personnes publiques, le juge administratif du contrat « apparaît davantage comme l'arbitre entre les intérêts généraux dont sont porteuses les parties que comme celui des volontés contractuelles qu'il est en général »<sup>385</sup>. Autrement dit, le régime spécifique applicable aux contrats conclus entre personnes publiques ne remet pas en cause le fondement traditionnel des pouvoirs de résiliation et de modification unilatérales, mais au contraire, le confirme.

Malgré les incertitudes nombreuses qui caractérisent la qualification et le régime d'exécution des contrats entre personnes publiques, il faut relativiser le particularisme de tels contrats. En dépit de certaines interprétations extensives qu'a pu énoncer la doctrine, les pouvoirs de modification et de résiliation ne disparaissent jamais totalement : au pire sont-ils exercés par le juge ; au mieux font-ils l'objet d'un contrôle renforcé. Il est cependant un domaine dans lequel le régime applicable à l'exécution des contrats entre personnes publiques fait l'objet d'une très réelle spécificité : l'indemnisation du cocontractant ayant subi une résiliation ou une modification unilatérale. L'arrêt du 4 mai 2011 *CCI de Nîmes Uzès Bagnols Le Vigan*<sup>386</sup> indique que : « *L'étendue et les modalités de*

<sup>383</sup>M. FORNACCIARI, « Les pouvoirs d'annulation du juge des contrats conclus entre deux personnes publiques », conclusions sur CE section, 31 mars 1989 Département de la Moselle, *RFDA* 1989, p. 466, spéc. p. 472.

<sup>384</sup>J.-C. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », *Mélanges Stassinopoulos*, 1974, p. 114, spéc. p. 127.

<sup>385</sup>G. PELISSIER, « L'absence de terme n'entraîne pas la nullité du contrat conclu entre personnes publiques », commentaire de CE 24 novembre 2008 *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup* ; *RJEP* n° 664, mai 2009, comm. 21.

<sup>386</sup>CE 4 mai 2011 *CCI de Nîmes Uzès Bagnols Le Vigan*, N° 334280. Cet arrêt est rendu à propos d'une concession de

*cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice* » Il s'agit là de la simple application de la règle selon laquelle une personne publique ne saurait consentir une libéralité. Mais l'arrêt poursuit : « *rien ne s'oppose en revanche à ce que ces stipulations prévoient une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi par le cocontractant privé de l'administration* ». En clair, l'indemnisation du cocontractant public de l'administration doit atteindre un seuil minimal en dessous duquel il est impossible de descendre. Il n'en est rien dans le cadre du contrat administratif conclu avec une personne privée.

Dans un autre domaine, une forme de banalisation est constatée en matière de contrats entre personnes publiques de la commande publique, c'est-à-dire de contrats par lesquels une personne publique attribue un marché public ou une délégation de service publique à une autre personne publique.

---

service public qui, nous l'avons dit, relève du régime d'exécution classique des contrats administratifs. Cependant, la règle ainsi fixée est clairement applicable aux autres contrats conclus entre personnes publiques.

## **TITRE 2 Banalisation des contrats entre personnes publiques de nature économique et soumission accrue au droit public économique et de la concurrence**

L'existence même de contrats par lesquels une personne publique rend une prestation économique à une autre peut surprendre. La place que celles-ci occupent dans l'économie de marché est ainsi interrogée. Pourtant, les collectivités ont bel et bien été incitées à agir sur le marché concurrentiel, notamment par une jurisprudence libérale leur permettant de conclure avec d'autres entités publiques des marchés publics et des délégations de service public (Chapitre 1). Le droit de la commande publique s'applique en principe à de tels contrats, mais des exceptions notables et bienvenues ont écarté certains d'entre eux de ce droit complexe et exigeant (Chapitre 2).

### **Chapitre 1 La possibilité de conclure des contrats de la commande publique entre personnes publiques**

Sous l'influence du droit communautaire, la jurisprudence a continuellement élargi les possibilités offertes aux personnes publiques d'intégrer le marché concurrentiel et, à cette fin, de conclure entre elles des contrats. Ainsi, le contexte juridique tant interne que communautaire a-t-il contribué à la création d'un cadre normatif favorable à la candidature des personnes publiques aux contrats de la commande publique (Section 1). Le Conseil d'État affirme désormais qu'aucun principe ne s'oppose à de telles candidatures (Section 2) et a, du reste, encouragé ce mouvement en établissant une forme d'indépendance des législations, ou en ne traitant pas la simple candidature d'une personne publique comme la prise en charge d'une activité économique (Section 3).

## **Section 1 Un contexte interne et communautaire favorable à la candidature des personnes publiques aux contrats de la commande publique**

La reconnaissance d'une liberté de candidature des personnes publiques aux marchés publics et aux délégations de service public s'est établie dans un contexte juridique favorable qu'il convient à présent d'évoquer. La jurisprudence de ces dernières dizaines d'années a fait l'objet d'un double mouvement : tandis que le principe de liberté du commerce et de l'industrie a, au fil du temps, perdu son caractère absolu, et cessé de s'apparenter à une règle de non-concurrence (§1), la neutralité du droit communautaire à l'égard du statut juridique des acteurs économiques et l'émergence d'un principe de libre concurrence sont venus encadrer les modalités de l'intervention des personnes publiques sur le marché (§2). Enfin, l'arrêt *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eaux (CMESE)* rendu en 2000 par le Conseil d'État prépare le terrain d'une reconnaissance plus générale (§3).

### **§1 Une perte de vitesse du principe de liberté du commerce et de l'industrie**

Il est coutumier de faire remonter le principe de liberté du commerce et de l'industrie à la loi révolutionnaire (dite « loi d'Allardes ») des 2 et 17 mars 1791, ainsi libellée : « *il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue (...) aux règlements de police qui sont ou pourront être faits* ». Ces dispositions ont longtemps été interprétées *a contrario* comme interdisant les personnes publiques de prendre en charge une activité économique et, *a fortiori*, de conclure entre elles des contrats de nature économique. Dans un premier temps en effet, le Conseil d'État n'acceptait la création d'un service public que si la loi le permettait expressément, ou que si des « circonstances exceptionnelles » le justifiaient<sup>387</sup>.

A la faveur de la décision du 30 mai 1930 *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*<sup>388</sup>, le Conseil d'État assouplit les conditions relatives à l'intervention des collectivités

<sup>387</sup> CE 29 mars 1901 *Casanova*, *Sirey* 1901.3, p. 73, note Hauriou : « *si les conseils municipaux peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, intervenir pour procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés, il résulte de l'instruction qu'aucune circonstance de cette nature n'existait à Olmeto, où exerçait deux médecins* ». Pour R. Alibert, il s'agit d'une « incapacité commerciale », voire d'une « excommunication majeure » R. ALIBERT, *Sirey* 1933, *Jurisprudence administrative*, p. 11, cité dans Rapport Public du Conseil d'État 2002 *Collectivités publiques et concurrence*, p. 254.

<sup>388</sup> CE sect. 30 mai 1930 *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *Rec.* p. 583 ; *RDP* 1930, p. 530, conclusions Josse ; *Sirey* 1931. 3, p. 73, conclusions Josse, note Alibert ; *RJEP* février 2011.1, commentaire Lombard : La Haute juridiction y rappelle que « *les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée* », avant de considérer « *que les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un*



publiques sur le marché. Clé de voûte de l'arrêt, la notion de « *circonstances particulières de temps et de lieu* » a par la suite été interprétée comme recouvrant l'exigence d'une carence de l'initiative privée. R. Alibert s'est réjoui de cet assouplissement. Selon lui, « le texte (la loi d'Allardes) est très clair et accorde d'une manière incontestable la liberté commerciale. Mais il ne la réserve pas aux individus et l'on pourrait conclure de sa généralité qu'il profite aux personnes morales aussi bien qu'aux autres (...). Seule une interprétation de grande envergure a permis au Conseil d'État d'écarter la solution que l'exégèse juridique eût paru commander »<sup>389</sup>.

Au fil des arrêts, la jurisprudence a souplement interprété la condition d'une carence de l'initiative privée. M. Lombard indique que, dès avant la décision *Ordre des avocats au barreau de Paris*<sup>390</sup> de 2006 (qui a réduit davantage encore les conditions d'intervention économique des collectivités publiques), « la carence de l'initiative privée, qui est au cœur de la jurisprudence *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* n'était pas toujours une condition de l'exercice d'activités économiques par les personnes publiques »<sup>391</sup>. Dans son rapport public de 2002, le Conseil d'État montre en outre que « la deuxième condition, tirée de l'intérêt public, a fait preuve au cours du temps d'une plasticité de même ordre »<sup>392</sup>. En effet, les activités vitales pour la population et celles qui ont trait à l'ordre public<sup>393</sup> bénéficient d'un traitement favorable. En revanche, l'exercice des activités jugées moins fondamentales doit se soumettre aux deux conditions traditionnelles posées par la jurisprudence de 1930 (carence d'une initiative privée et intérêt public).

Une fois le principe de l'intervention de la personnes publique sur un marché admis, la juridiction administrative regarde avec bienveillance l'extension de son champ d'activité dès lors qu'elle constitue « le complément utile du service public »<sup>394</sup>. Des arrêts déjà anciens en attestent<sup>395</sup>. De même, la jurisprudence a peu à peu accepté que l'extension du service public n'ait pour unique objectif que la rentabilité de l'activité principale<sup>396</sup>.

Aujourd'hui, le principe général du droit que constitue la liberté du commerce et de

---

*intérêt public justifie leur intervention en cette matière* ».

<sup>389</sup>R. ALIBERT, note sous CE 30 mai 1930 *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *Sirey* 1931. 3, p. 73.

<sup>390</sup>CE ass. 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *BJCP* 2006, n° 47, p. 295, concl. Casas ; *AJDA* 2006, p. 1592, chron. Landais et Lenica ; *CP-ACCP* n° 59, oct. 2006, p. 78, note Renouard ; *Dr. Admin.* Août 2006, n° 129, note Basex ; *CMP* juill. 2006, comm. 202, note Eckert.

<sup>391</sup>M. LOMBARD, « 80 ans après l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* : pavane pour une infante défunte », *RJEP* n° 683, Février 2011, repère 2.

<sup>392</sup>Rapport Public du Conseil d'État 2002 *Collectivités publiques et concurrence*, p. 256.

<sup>393</sup>Par exemple en matière de salubrité publique : CE ass. 19 mai 1933 *Blanc*, *Rec.* p. 540 ; *S.* 1933, 3, p. 1, note Josse ; ou de parc de stationnement dans l'intérêt de la circulation : CE 18 décembre 1959 *Delansorme*, *Rec.* p. 592.

<sup>394</sup>Rapport Public du Conseil d'État 2002 *Collectivités publiques et concurrence*, p. 257.

<sup>395</sup>CE 12 avril 1935 *Société anonyme des glaciers toulousaines*, *Rec.* p. 511 (fabrique de glace, complément utile de l'abattoir public) ; CE 27 février 1942 *Mollet*, *Rec.* p. 64 (construction de la cité universitaire de Paris) ; CE 18 décembre 1959 *Delansorme*, *Rec.* p. 592 (adjonction d'une station-service à un parc de stationnement).

<sup>396</sup>Par exemple, une collectivité publique a pu être autorisée à vendre des fournitures funéraires en tant que cette activité permettait « d'assurer l'équilibre financier de la régie » : CE 4 juin 1954 *Dame Berthod*, *Rec.* p. 335.

l'industrie<sup>397</sup> est l'une des libertés publiques qu'il appartient au législateur de protéger<sup>398</sup> et peut faire l'objet d'un référé liberté au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative<sup>399</sup>.

Au fil des décisions, le principe de spécialité a lui aussi bénéficié des largesses de la jurisprudence. Dans un avis du 7 juillet 1994, la section des travaux publics du Conseil d'État a indiqué que les établissements publics, surtout à caractère industriel et commercial, pouvaient se livrer à des activités économiques non prévues dans leurs statuts si elles étaient le complément normal de sa mission et si elles étaient d'intérêt général<sup>400</sup>. Ainsi ce principe est-il « interprété sans rigueur excessive »<sup>401</sup>.

La jurisprudence s'est donc progressivement détachée d'une approche rigoriste du principe de liberté du commerce et de l'industrie<sup>402</sup>. L'arrêt d'assemblée du Conseil d'État en date du 31 mai 2006 *Ordre des avocats au barreau de Paris* précité montre que les collectivités publiques sont de plus en plus libres d'agir dans l'économie. Désormais, la carence de l'initiative privée n'est plus qu'un indice parmi d'autres permettant d'établir que l'intérêt public nécessaire à toute prise en charge d'un nouveau service public est avéré. Cette décision est intervenue après la reconnaissance de la liberté de candidature des personnes publiques aux contrats de la commande publique. C'est pour cette raison que nous l'évoquerons en détail plus tard.

A l'inverse, la neutralité du droit communautaire à l'égard du statut juridique des opérateurs économiques et l'émergence d'un principe de libre concurrence sont venus encadrer plus strictement les modalités de l'intervention des collectivités publiques.

## **§2 La neutralité du droit communautaire et l'émergence d'un principe de libre concurrence**

Pour sa part, le droit communautaire postule une parfaite neutralité entre acteurs publics et privés. Ce principe est incompatible avec une interprétation trop rigide de la liberté du commerce et de l'industrie. De la même manière que la Cour de justice des communautés européennes a, dans un

<sup>397</sup>CE Ass. 22 juin 1951 *Daudignac D.* 1951, p. 589, conclusions Gazier, note J.C.

<sup>398</sup>CE 28 octobre 1960 *de Laboulaye*, Rec. p. 570 ; *AJDA* 1961, p. 20 conclusions Heumann.

<sup>399</sup>CE 8 juin 2005 *Commune de Houilles*, n° 281084, Rec. p. 1036.

<sup>400</sup>CE, section des travaux publics, avis n° 356.089, 7 juillet 1994, Rapport public 1994, p. 409, *EDCE* n° 46, La documentation française.

<sup>401</sup>Y. LAIDIE, « La concurrence entre établissements publics et opérateurs privés dans l'accès aux contrats publics », *Dr.admin.* Avril 2001, chronique n°8, p. 4, spéc. p. 6.

<sup>402</sup>Cet assouplissement est saluée par M. Lombard qui reste toutefois vigilante. Elle écrit en 1994 qu'« il faut pourtant aller plus loin que le constat de cette quasi-désuétude, et porter le fer, si besoin est, pour achever l'ouvrage du temps » in M. LOMBARD, « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *Dalloz-Sirey* 1994, chronique, p. 163.

arrêt *Hofner*<sup>403</sup>, estimé que « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement », l'article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne reprenant l'article 22 du Traité de Rome dispose que « les traités ne préjugent en rien le régime de propriété dans les États membres ». En outre, le droit communautaire admet dans son principe qu'une personne publique puisse prolonger son activité de service par une activité commerciale<sup>404</sup>. Bien évidemment, ce principe « a pour corollaire le principe d'égalité des conditions de concurrence entre opérateurs publics et privés »<sup>405</sup> ; la liberté d'intervention n'est possible que parce que s'applique une stricte égalité entre opérateurs publics et privés.

Dans l'arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999<sup>406</sup>, la Cour de justice juge que les anciennes directives marché (92/50/CEE et 93/36/CEE) s'appliquent aux contrats conclus entre pouvoirs adjudicateurs (donc, potentiellement, entre personnes publiques) dès lors que les seuils requis sont dépassés, et sans que la nature publique de l'adjudicataire ne puisse y faire obstacle. Le caractère public ou privé de la personne morale candidate n'a guère d'influence sur la qualification du contrat, ce qui peut être résumé par la formule suivante, issue de cet arrêt : « La directive 93/36 est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non »<sup>407</sup>. L'arrêt *ARGE* du 7 décembre 2000 réaffirme cette solution en indiquant que « si le législateur communautaire avait eu l'intention d'obliger les pouvoirs adjudicateurs à exclure (les soumissionnaires bénéficiant de subventions publiques), il l'aurait expressément énoncé »<sup>408</sup>.

Dès avant l'arrêt *Teckal*, la volonté des juridictions internes de soumettre les marchés publics au droit communautaire a illustré la réception de la notion de neutralité à l'égard des opérateurs économiques par le droit national. Dans l'arrêt du Conseil d'État du 20 mai 1998 *Communauté de*

<sup>403</sup>CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH*, Aff. C-41/90.

<sup>404</sup>CJCE 19 mai 1993 *Corbeau*, Rec. p. 2163 : ainsi l'article 90 du traité CE " permet(-il) aux Etats membres de conférer à des entreprises, qu'ils chargent de la gestion des services d'intérêt économique général, des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l'application des règles du traité sur la concurrence, dans la mesure où des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie aux entreprises titulaires des droits exclusifs. "

<sup>405</sup>M. LOMBARD, « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D.* 1994, chronique, p. 163, spéc. p. 166.

<sup>406</sup>CJCE 18 novembre 1999 *Teckal*, aff. C- 107/ 98, Rec. I-8121, concl. Cosmas ; *BJCP* 2000, p. 43 concl. Cosmas.

<sup>407</sup>L'arrêt réserve une exception à ce principe dans le cas où « à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détient », recouvrant l'hypothèse d'un contrat de quasi-régie. *V. infra*, section 2.

<sup>408</sup>CJCE 7 décembre 2000 *ARGE Gewässerschutz*, aff. C-94/99, Rec. I-11037, concl. Léger.

*communes du Piémont de Barr*<sup>409</sup> la Haute juridiction administrative énonce que « *si le code des marchés publics ne s'applique pas à un contrat, tel que celui envisagé en l'espèce, conclu entre deux établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) dont l'un est adhérent à l'autre, (...) un tel contrat doit être regardé comme un marché public au sens de la directive (...) et faire l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence* »<sup>410</sup>. Ainsi, dans cette décision, le Conseil d'État continue à réserver une place particulière aux contrats conclus entre deux EPCI au regard de l'applicabilité du code des marchés publics, mais il reconnaît que la directive professe une totale indifférence à leur égard, et qu'elle les traite comme n'importe quel autre marché public. Cette solution limitée et quelque peu hybride illustre la délicate situation dans laquelle se trouvent les juridictions internes en 1998. Le Conseil d'État admet la neutralité du droit communautaire sans toutefois en tirer toutes les conséquences dans l'ordre juridique interne. L. Richer note à cet égard que la distinction faite ici entre le code et les directives n'a de sens que pour les marchés inférieurs aux seuils communautaires car, « à partir du moment où les normes communautaires doivent être respectées, elles imposent l'ouverture à tout candidat, même public, et, par conséquent, le respect du code des marchés publics dans son intégralité »<sup>411</sup>. C'est seulement l'avis du 8 novembre 2000 *Société Jean-Louis Bernard Consultants*<sup>412</sup> qui énoncera avec clarté et sobriété 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* » et qui, implicitement, soumettra de tels contrats au code des marchés publics.

Le droit de l'Union semble ainsi professer l'absolu rejet de ce qui pourrait s'apparenter à un critère organique, au profit d'un critère matériel<sup>413</sup> dans la définition du champ d'application du droit de la commande publique. La Cour de justice accepte sans problème l'intervention des collectivités publiques dans les procédures de passation des marchés, et les soumet au droit commun de la commande publique, constitué par les directives et par le principe de transparence dégagé de manière prétorienne<sup>414</sup>. Dès lors, comment concilier la tradition juridique française de restriction de l'accès des collectivités au marché – quitte à ce qu'une fois sur le marché, ces collectivités se trouvent privilégiées –, avec la conception unioniste qui ne limite pas l'accès des personnes publiques au marché mais qui fixe des conditions plus exigeantes en matière d'égalité de concurrence ?

<sup>409</sup>CE 20 mai 1998 *Communauté de communes du Piémont de Barr*, *RFDA* 1998, p. 609, concl. Savoie.

<sup>410</sup>Alors que le Commissaire du Gouvernement H. Savoie refusait très clairement d'appliquer le code aux contrats conclus entre personnes publiques. *RFDA* 1998, p.609.

<sup>411</sup>L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, p. 375, §749.

<sup>412</sup>CE avis 8 novembre 2000 *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, Rec. p. 492, concl. Bergeal ; *RFDA* 2001, p. 112, concl. Bergeal ; *CJEG* 2001, p. 58, note Degoffé et J.-D. Dreyfus.

<sup>413</sup>Notons que le contrat de quasi-régie « s'apparente à un contrat avec soi-même, c'est-à-dire que ce n'est pas vraiment un contrat » (P. DELVOLLE, « Marchés publics : des contrats contrats-maison », *Rev. dr. UE*, 2002, p.53), ce qui tend à relativiser la portée de cette exception.

<sup>414</sup>CJCE 7 décembre 2000 *Telaustria*, C-324/98, Rec. I-10770, concl. Fennely, *AJDA* 2001, p. 106, note Richer.

M. Lombard évoque ce contraste en 1994 : « on admet en droit français, que l'accès des opérateurs publics au marché puisse être tout à la fois limité et privilégié. (...) L'accès des opérateurs publics au marché en droit communautaire, ne connaît aucune limitation de principe, sans doute parce qu'il ne saurait, sauf exception, s'accompagner de privilèges spécifiques. (...) L'accès des opérateurs publics au marché y apparaît illimité parce que non privilégié »<sup>415</sup>. Ainsi le droit communautaire rejette-t-il toute règle de non-concurrence pour lui préférer un principe d'égalité de concurrence, applicable sans distinction à tous les opérateurs, qu'ils soient publics ou privés<sup>416</sup>.

Le droit public français s'est peu à peu adapté à cette nouvelle philosophie qui a encouragé la conclusion de nombreux contrats entre personnes publiques. Dans un arrêt du 3 novembre 1997 *Société Million et Marais*<sup>417</sup>, la section du contentieux intègre au bloc de légalité l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative aux prix et à la concurrence, désormais codifiée aux articles L. 420-1 et suivants du code de commerce. De ces dispositions découle un « principe de liberté de la concurrence »<sup>418</sup>. Le juge des référés pré-contractuel a pour mission d'en assurer le respect<sup>419</sup>. Le principe d'égalité de concurrence n'est pas l'unique apanage de l'ordonnance de 1986, puisqu'il découle également du droit de la commande publique<sup>420</sup> et du droit communautaire. La cloison entre droit de la concurrence et droit de la commande publique n'est rien moins qu'étanche. Les règles encadrant la passation et l'exécution des contrats de la commande publique « ne peuvent dorénavant plus s'envisager sans prendre en considération ces importantes évolutions »<sup>421</sup> qui associent toujours davantage droit de la concurrence et droit des marchés publics. Pour D. Casas, le principe de libre concurrence « est sans doute plus difficile à saisir car il est constitué non de textes mais de principes plus généraux qui en sont issus. (...) Il s'agit de poser en principe que lorsqu'une personne publique intervient sur un marché, elle ne peut le faire qu'à condition de respecter une certaine « égalité des armes » avec les autres opérateurs de ce même marché »<sup>422</sup>. D. Casas ajoute que ce principe relève

<sup>415</sup>M. LOMBARD, *art. cit.*, p. 164.

<sup>416</sup>V. sur ce sujet E. FATOME et A. MENEMENIS, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA* 2006, p. 67, spéc. p. 69 : « La logique du droit communautaire est celle de la concurrence égale, davantage que celle de la non-concurrence, telle qu'elle peut être déduite de principes de droit interne comme la liberté du commerce et de l'industrie ».

<sup>417</sup>CE sect. 3 novembre 1996 *Société Million et Marais*, *Rec.* p. 406, conclusions Stahl ; *CJEG* 1997, p. 441, concl. Stahl ; *RFDA* 1997, p. 1228, concl. Stahl ; *AJDA* 1997, p. 945, chronique Girardot et Raynaud ; *RDP* 1998, p. 256, note Gaudemet.

<sup>418</sup>CE 1er avril 1998 *Union hospitalière privée*, N° 188529, 188539.

<sup>419</sup>CE 2 juillet 1999 *Société Bouygues*.

<sup>420</sup>V. Cons. Const. 26 juin 2003 n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit : « 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 1er 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 ».

<sup>421</sup>C. PILONE, « Réflexions autour de la notion de contrat « in house » », *Mélanges en l'honneur du Professeur Guibal*, Tome 1, Montpellier, 2006, *Université de Montpellier*, p. 701, spéc. p. 705.

<sup>422</sup>D. CASAS, « Assistance des services de l'État et concurrence : le rôle de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat », conclusions sur CE ass. 31 mai 2006 *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *RFDA* 2006, p.

de l'application au droit économique du vieux et vénérable principe d'égalité, bien connu en droit public.

Les juridictions internes ont pris en compte ce contexte juridique très favorable et ont consacré dans leur jurisprudence la liberté de candidature des personnes publiques à des marchés publics ou des délégations de service public.

### **§3 Le terrain d'une reconnaissance générale de la validité des candidatures publiques préparé par l'arrêt du Conseil d'État *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eaux***

Le passage d'une optique de non-concurrence à celle d'égalité concurrence est mis en lumière par les conclusions de Catherine Bergeal sur l'arrêt du Conseil d'État du 16 octobre 2000 *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eaux (CMESE)*<sup>423</sup>. Cette décision constitue la première étape de la reconnaissance de la liberté de candidature des personnes publiques aux contrats de la commande publique, et prépare le terrain à la consécration plus générale qui intervient avec l'avis contentieux du 8 novembre 2000 *Société Jean-Louis Bernard Consultants*<sup>424</sup>.

La question posée par l'arrêt du 16 octobre est celle de savoir si une personne publique peut être candidate à une délégation de service public sans violer la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté de la concurrence. Répondre de manière positive à cette question complexe reviendrait à nier que le principe de liberté du commerce et de l'industrie puisse s'appliquer en la matière, ou du moins, qu'il puisse jouer dans son acception traditionnelle. En effet, dès lors qu'une personne publique soumet sa candidature à un contrat dont la passation impose une mise en concurrence, c'est *a fortiori* qu'il n'y a pas de carence de l'initiative privée. Comme l'indique C. Bergeal, il s'agit là d'une « vieille question qui se présente (...) sous des habits neufs »<sup>425</sup>, en raison notamment de l'influence toujours plus forte du droit communautaire mais aussi de l'émergence d'une jurisprudence administrative cohérente en matière de liberté de la concurrence (qu'illustre notamment l'arrêt précité *Million et Marais* que C. Bergeal ne manque pas de citer dès les premières lignes de ses conclusions). Dans ses conclusions, C. Bergeal montre qu'une restriction trop forte à l'intervention des personnes publiques sur le marché – dans le cas d'espèce, une impossibilité pour

---

1048, spéc. p. 1051.

<sup>423</sup>RFDA 2001, p. 106, conclusions Bergeal.

<sup>424</sup>CE avis 8 novembre 2000 *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, Rec. p. 492, concl. Bergeal ; RFDA 2001, p. 112, concl. Bergeal ; CJEG 2001, p. 58, note Degoffé et J.-D. Dreyfus.

<sup>425</sup>C. BERGEAL, « La candidature d'une personne publique à un contrat public », conclusions sur Conseil d'État, 16 octobre 2000 *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, RFDA 2001, p. 106.

une personne publique de se voir attribuer un contrat de délégation de service public – exprimerait une conception erronée, désuète et contraire à la Loi Sapin et de la liberté du commerce et de l'industrie. Erronée tout d'abord, car pour C. Bergeal, ce principe « n'a jamais concerné que le cas de la création d'un service public ou de l'extension de son champ d'intervention »<sup>426</sup>. Dès lors, « un établissement public ne peut (...) se voir, a priori, interdire de soumissionner à un marché public »<sup>427</sup>. Cette solution « condamne (ainsi) (...) l'extension au domaine des marchés publics de la jurisprudence relative à la création des services publics sur la carence du secteur privé, qu'avait opéré la Commission centrale des marchés »<sup>428</sup>. Désuète ensuite car, pour le Commissaire du Gouvernement « le droit français de l'intervention économique publique, qui reposait sur un principe de non concurrence entre les activités publiques et privées, a désormais pour fondement un principe d'égalité de concurrence entre les opérateurs économiques intervenant sur un marché, quel que soit leur statut public ou privé »<sup>429</sup>. Enfin, et nous y reviendrons par la suite, elle indique que la Loi Sapin prévoit implicitement son application aux personnes publiques, selon un principe traditionnel que l'on pourrait traduire par l'adage : « tout ce qui n'est pas interdit est autorisé ». Le Conseil d'État suit son Commissaire du Gouvernement et énonce que « *le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle, par lui-même, à ce qu'un établissement public se porte candidat à l'obtention d'une délégation de service public proposée par une collectivité territoriale* ». Cet arrêt constitue une première étape dans la reconnaissance de la validité des contrats entre personnes publiques de nature économique. La personne publique n'est désormais plus cantonnée à ses missions de puissance publique et devient un opérateur économique avec des droits mais aussi des obligations particulières, notamment en matière de libre concurrence. Malgré tout le Conseil d'État statue ici en tant que juge des référés pré-contractuels et « laisse le lecteur sur sa faim »<sup>430</sup> car il ne renseigne pas sur les conditions que doit observer un opérateur public pour respecter le principe de liberté de la concurrence. Cette question ne relève pas de l'office du juge d'attribution qu'est le juge du référé pré-contractuel. En outre, il ne concerne que le cas des délégations de service public.

Mais l'avis du 8 novembre 2000 *Société Jean-Louis Bernard Consultants*<sup>431</sup> rendu aux conclusions de la même C. Bergeal reconnaît la liberté de candidature des personnes publiques et répond à la plupart des questions laissées en suspens. Il importe à présent de le commenter.

---

<sup>426</sup>C. BERGEAL, *concl. cit.*, spéc. p. 109

<sup>427</sup>*Ibid.*

<sup>428</sup>*Ibid.*

<sup>429</sup>*Ibid.*

<sup>430</sup>Y. LAIDIE, *art. cit.*, p. 8.

<sup>431</sup>CE avis 8 novembre 2000 *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, Rec. p. 492, concl. Bergeal ; *RFDA* 2001, p. 112, concl. Bergeal ; *CJEG* 2001, p. 58, note Degoffe et J.-D. Dreyfus.

## Section 2 L'affirmation de la liberté de candidature des personnes publiques

Dans l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, le Conseil d'État reconnaît aux personnes publiques la possibilité de se porter candidates aux contrats de délégation de service public et de marchés publics (§1). D'aucuns ont pu en déduire l'abandon du principe de liberté du commerce et de l'industrie. Mais cet avis doit être mis dans la perspective nouvellement ouverte par la décision *Ordre des avocats au barreau de Paris* de 2006 (§2).

### §1 La possibilité pour les personnes publiques d'être candidates aux contrats de la commande publique

L'avis contentieux du 8 novembre 2000 *Société Jean-Louis Bernard Consultants*<sup>432</sup> s'engage plus avant dans la reconnaissance d'un droit à la candidature des personnes publiques. En 1998, le district de l'agglomération dijonnaise lançait une procédure de mise en concurrence pour attribuer un marché d'études. Celui-ci est attribué à l'Institut géographique national au détriment des six autres sociétés candidates, dont la société requérante. Saisi en excès de pouvoir de la légalité des actes détachables du contrat, le tribunal administratif de Dijon pose au Conseil d'État la question suivante<sup>433</sup> : « *Le principe de la liberté de la concurrence, qui découle de l'ordonnance du 1er décembre 1986, fait-il obstacle à ce qu'un marché soit attribué à un établissement public administratif qui, du fait de son statut, n'est pas soumis aux mêmes obligations fiscales et sociales que ses concurrents ?* ». La réponse large et claire donnée à cette question (A-) a fait l'objet de critiques pour l'essentiel peu fondées (B-).

#### A- Une réponse large et claire

Le Conseil d'État répond dans l'avis 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* ». Par ces mots, il « reconnaît (...) l'existence d'un principe de liberté de candidature des personnes publiques à l'attribution d'un contrat public »<sup>434</sup>. Ce principe ainsi posé implique la soumission pleine et entière de ces contrats aux dispositions du code

<sup>432</sup>CE avis 8 novembre 2000 *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, Rec. p. 492, concl. Bergeal ; *RFDA* 2001, p. 112, concl. Bergeal ; *CJEG* 2001, p. 58, note Degoffe et J.-D. Dreyfus.

<sup>433</sup>L. 113-1 du CJA : « *Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'État ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai* ».

<sup>434</sup>Y. LAIDIE, *art. cit.*, p. 7.



des marchés publics et de la Loi Sapin<sup>435</sup>, et conduit à la réforme du code des marchés publics qui, depuis le 7 mars 2001<sup>436</sup> énonce la possibilité de passer un marché avec une personne publique. Une réforme du même type du CGCT prévoit depuis la loi du 11 décembre 2001 l'hypothèse d'un « *déléataire public* ».

La première réponse donnée au 1°) de l'avis (que nous venons de citer) dépasse à plus d'un titre la question posée par le Tribunal administratif de Dijon. D'une part, l'autorisation de principe de candidater à un marché public ou à une délégation de service public est conférée à toutes les personnes publiques, quelles qu'elles soient, et pas seulement aux établissements publics administratifs. Les conditions posées par la suite constituent l'application au cas d'espèce des diverses exigences qui conditionnent la légalité de la candidature de la personne publique. D'autre part, alors que le Tribunal administratif avait circonscrit sa question dans le cadre du « principe de liberté de la concurrence qui découle de l'ordonnance du 1er décembre 1986 », la réponse du Conseil d'État établit qu'aucun texte et aucun principe n'interdit une telle candidature et ne rattache pas la liberté de la concurrence à la seule ordonnance de 1986. Optant pour une réponse large, il indique au contraire qu'elle découle « *notamment* » de ce texte. Enfin, contrairement à la question posée par le juge du fond, l'avis contentieux ne concerne pas la question des seuls marchés publics, mais prend aussi parti sur les délégations de service public<sup>437</sup>, ne faisant, sur ce dernier point, que reprendre la solution donnée par le Conseil d'État dans son arrêt de 2000 *CMESE*.

A l'instar de certains tribunaux administratifs, la commission centrale des marchés avait rejeté le principe de liberté de candidature des personnes publiques aux contrats de la commande publique<sup>438</sup>. La solution de l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants* n'allait donc pas de soi.

Toutefois, le principe ainsi posé n'est à l'évidence pas absolu. La candidature publique n'est valable que si elle respecte le principe d'égalité de concurrence entre les candidats. Ainsi, l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants* indique dans un deuxième temps en quoi la candidature de l'établissement public administratif respecte la liberté de la concurrence, puis donne une « sorte de

---

<sup>435</sup>Notons que l'avis de prend pas explicitement partie sur cette question. Mais il ressortait des conclusions précitées de C. Bergeal que la Loi Sapin et le code des marchés publics devaient s'appliquer à ces contrats, avant même que ces deux textes ne le prévoient expressément.

<sup>436</sup>L'arrêt CE 28 avril 2003 *Fédération nationale des géomètres experts (CMP 2003, comm. 119 ; Dr. adm. 2003, comm. 143, note A. Ménéménis)* estime légal le décret du 7 mars 2001 en ce qu'il reconnaît le principe de liberté de candidature des personnes publiques à une procédure de passation d'un marché public.

<sup>437</sup>Pour Y. Laidié, l'avis s'adresse de façon générale à « tout contrat public dont la passation est soumise à une mise en concurrence ». Y. LAIDIE, *art. cit.*, p. 7.

<sup>438</sup>Dans un jugement *M. Monnot c/ Commune de Boussières* req. n° 970232, le Tribunal administratif de Besançon avait censuré la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre entre une commune et la direction départementale de l'agriculture au motif que l'intervention de cette dernière portait atteinte au libre exercice de la profession d'architecte et que les services de l'État, ne supportant pas les mêmes obligations en matière fiscale et sociale, faisaient subir aux opérateurs privés une concurrence déloyale et contraire au principe de libre concurrence consacrée par les principes généraux du droit et par le droit communautaire.

mode d'emploi, de portée générale, délivré à l'intention »<sup>439</sup> des établissements publics administratifs.

Tout d'abord en effet, le Conseil d'État se penche sur la question posée par le Tribunal administratif de Dijon et examine si le régime social et fiscal applicable à tout établissement public (la distinction administratif / industriel et commercial disparaît ici) est de nature à fausser la concurrence et, par suite, à l'empêcher de candidater à un marché public ou une délégation de service public. Pour le Conseil d'État, le régime fiscal des établissements publics n'a rien d'avantageux. En effet, l'article 1654 du code général des impôts oblige les organismes publics ou para-publics à s'acquitter des mêmes obligations fiscales que les entreprises privées qui effectueraient les mêmes opérations. L'article 256 B du même code n'exonère les personnes publiques de taxe sur la valeur ajoutée qu'à la condition que ce « *non-assujettissement n'entraîne pas de distorsion dans les conditions de la concurrence* ». Pour le Commissaire du Gouvernement C. Bergeal, « le réalisme du droit fiscal assure ainsi l'égalité des charges sur le marché concurrentiel »<sup>440</sup>. Ainsi la Haute juridiction estime-t-elle que « *les établissements publics, (...) sont tenus à des obligations fiscales comparables à celles auxquelles sont soumises ces entreprises privées. Le régime fiscal applicable aux personnes publiques n'est donc pas, par lui-même, de nature à fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence* ».

S'agissant des obligations sociales, le Conseil d'État reconnaît que les agents des établissements publics administratifs sont soumis à des règles différentes de celles applicables aux employés des entreprises privées<sup>441</sup>, mais affirme qu'elles « *n'ont ni pour objet ni pour effet de placer les établissements publics administratifs dans une situation nécessairement plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les entreprises privées et ne sont donc pas de nature à fausser la concurrence entre ces établissements et ces entreprises lors de l'obtention d'un marché public ou d'une délégation de service public* ». Sur ce point, il semble que la Haute juridiction administrative se soit basée sur l'avis du Conseil de la concurrence du 25 juin 1996 invoqué par C. Bergeal, et qui énonce qu' « *aucune étude ne permet actuellement de dire de façon indiscutable si l'emploi d'un personnel fonctionnaire plutôt que salarié de droit privé représente un avantage ou un handicap du point de vue des coûts globaux* ». Il faut déduire de cette solution qu' *a fortiori*, le régime applicable aux agents des établissements publics industriels et commerciaux qui

<sup>439</sup>M. GUYOMAR, P. COLLIN, « Conditions relatives à la candidature d'un établissement public administratif à un marché public ou à une délégation de service public », note sous CE avis 8 novembre 2000 Société Jean-Louis Bernard Consultants, *AJDA* 2000, p. 987, spéc. p. 990.

<sup>440</sup>C. BERGEAL, « La candidature d'une personnes publique à un contrat public », conclusions sur CE avis 8 novembre 2000 Société Jean-Louis Bernard Consultant, *RFDA* 2001, p.112, spéc. p. 117.

<sup>441</sup>« *Les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi* », v. TC 25 mars 1996 *Berkani, Rec.* p. 535 concl. Martin, *RFDA* 1996, p. 598, note Saint-Jours.

sont, en principe, des agents soumis au droit privé<sup>442</sup>, ne pose pas de problème au regard du principe de liberté de la concurrence.

Enfin, l'avis rassemble en une ultime formule les conditions relatives au prix dont le respect conditionne la possibilité pour un établissement public administratif de candidater à un marché ou à une délégation de service public. Il indique que « *l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié* ». La question de l'élaboration du prix devient ainsi, comme dans l'arrêt *ARGE* précité<sup>443</sup> un élément déterminant du respect de la libre concurrence.

« L'avis n'impose rien d'impraticable »<sup>444</sup> en la matière. Le Conseil d'État exige implicitement que l'établissement public candidat tienne une comptabilité séparée. Cette exigence tient à la suspicion dont font l'objet les collectivités publiques et dont le Rapport public du Conseil de 2002 précité ne manque pas de rappeler la teneur<sup>445</sup>. Ainsi, par une comptabilité analytique, il s'agirait, de « vérifier que les subventions – ou des avantages indirects tels que la mise à disposition de locaux – ne servent pas à compenser une sous-estimation du prix proposé par un tel établissement »<sup>446</sup>. Il faut toutefois remarquer que, « en principe, pour les établissements publics administratifs, la soumission à l'impôt pour leurs activités commerciales accessoires exige déjà la tenue d'une comptabilité séparée »<sup>447</sup>. En outre, l'article L. 2224-1 dispose que « *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 qui tend à minimiser le caractère contraignant de cette exigence et à permettre l'application de cet avis au delà des seuls établissements publics à caractère administratif.

---

<sup>442</sup>CE sect. 8 mars 1957 *Jalenques de Labeau*, Rec. p. 158 ; S. 1957, p. 276, concl. Mosset ; D. 1957, p. 378 ; JCP 1957, II, n° 9987, note Dufau ; AJDA 1957, p. 184 chr. Fourmier et Braibant.

<sup>443</sup>V. § 18 sur la question de savoir si le prix reflète bien les « *coûts calculés sur une base économique réelle* ».

<sup>444</sup>M. GUYOMAR, P. COLLIN, *art. cit.*, p. 991.

<sup>445</sup>Il évoque notamment « leur indifférence à l'éventuelle médiocrité de leurs résultats (...) toujours épongées par l'actionnaire public ; (...) leurs pratiques de prix qui ne révéleraient pas la réalité des coûts », in Rapport Public du Conseil d'État 2002 *Collectivités publiques et concurrence*, p. 266. v. aussi J.-M. PEYRICAL « Les contrats de prestation entre collectivités publiques Réflexions et interrogations », AJDA 2000, p. 581 : « *Le doute est permis quant aux capacités desdites collectivités d'atteindre dans chaque cas un stade de compétitivité suffisant* ».

<sup>446</sup>Y. LAIDIÉ, *art. cit.*, p. 9.

<sup>447</sup>C. BERGEAL, *conclusions. citées.*, p. 119.

Ces exigences sont à la charge de la personne publique délégante ou adjudicatrice. Ainsi, « *il appartient à l'autorité délégatrice de contrôler, lors de l'examen des offres, le respect de l'égal accès des candidats aux marchés publics* », ce qui suppose que « *le refus d'exercer (ce) contrôle constitue un manquement aux obligations de mise en concurrence* »<sup>448</sup>. De manière plus solennelle, le Conseil d'État a énoncé, dans l'arrêt *Fédération nationale des géomètres experts* du 28 avril 2003 qu' « *il appartient à la personne publique responsable du marché de s'assurer, lorsqu'elle engage une procédure de passation d'un marché public, que les règles de libre concurrence sont effectivement respectées* »<sup>449</sup>. De ces conditions doit naître une grande vigilance de la part des acteurs publics, « en particulier pour ce qui est de la détermination des prix proposés »<sup>450</sup>, d'autant qu'à la différence des sociétés commerciales, les personnes publiques « n'ont pas l'obligation de dégager un minimum de profit pour survivre »<sup>451</sup>.

### *B- Des critiques dépassables pour l'essentiel*

Certains auteurs n'ont pas manqué de critiquer les solutions apportées par l'avis en matière sociale et fiscale. La réponse donnée par le Conseil d'État à la question du statut du personnel ne semble pas avoir totalement convaincu Y. Laidié qui considère qu'« il est difficile d'adopter une position tranchée à cet égard »<sup>452</sup>. Une telle opinion est toutefois contraire à celle du conseil de la concurrence qui, dans un avis du 8 décembre 1999, a relevé que les personnes publiques étaient désavantagés par « *une moindre flexibilité dans l'adaptation de leurs effectifs* »<sup>453</sup>, ce que soutient également Laurent Richer dans son manuel<sup>454</sup>.

En revanche, ce dernier indique que la similitude fiscale n'est souvent que « théorique » et « partielle »<sup>455</sup>. Là encore, cette critique doit être minimisée. Le Conseil d'État lui-même ne nie pas que dans certains cas des distorsions de concurrence puissent avoir lieu puisqu'il indique que le régime fiscal n'est pas « *par lui-même* » particulièrement avantageux. L'avis réserve la possibilité

<sup>448</sup>TA Lille, Ord. 5 juillet 2001 Société Saur France, n° 0102663, note Degoffe, *RDI* 2002, p. 69 ; Pour un exemple en matière de délégation de service public v. CAA Douai 9 juin 2005, Compagnie générale des eaux, n°03DA00269.

<sup>449</sup>CE 28 avril 2003 *Syndicat national des géomètres experts*, *CMP* 2003, comm. 119 ; *Dr. adm.* 2003, comm. 143, note A. Ménéménis.

<sup>450</sup>Rapport Public du Conseil d'État 2002 *Collectivités publiques et concurrence*, p.267.

<sup>451</sup>M. LOMBARD, art. cit., p. 168.

<sup>452</sup>Y. LAIDIE, art. cit., p. 9.

<sup>453</sup>Cons. Conc. avis n° 99-A-21 du 8 décembre 1999 relatif à une demande d'avis de l'Union des syndicats de l'industrie routière française concernant l'intervention des parcs départementaux de l'équipement dans le secteur de la production d'émulsions de bitume et des travaux routiers : « *les parcs, en raison de leur statut et de leur mission publics, supportent des surcoûts que ne connaissent pas les entreprises privées, du fait notamment d'une moindre flexibilité dans l'adaptation de leurs effectifs et de leur situation structurelle de surinvestissement nécessaire pour faire face à des situations de crise. Ces surcoûts n'ont fait l'objet d'aucune estimation et ne peuvent, de ce fait, être mis en regard des économies de charges réalisées par ailleurs.* »

<sup>454</sup>L. RICHER, op. cit., p. 375, § 750 : « *En d'autres domaines, les différences sont au détriment des personnes publiques (statut des agents par exemple).* »

<sup>455</sup>L. RICHER, *ibid.*, p. 375, § 750 : « *Il est permis de trouver cet avis un peu formel.* »

pour tout requérant de prouver le contraire, en démontrant que la personne publique bénéficie d'un « *avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public* ».

D'autres critiques concernent ce que l'avis ne dit pas. A ce titre, l'impossibilité de recourir aux voies d'exécution forcée contre les personnes publiques<sup>456</sup> est, pour certains, de nature à constituer « un privilège dont ne bénéficient pas leurs concurrents éventuels sur le marché »<sup>457</sup>. Dans son rapport public de 2002, le Conseil d'État s'efforce de justifier la position retenue dans l'avis contentieux. Il reconnaît l'importance de l'immunité dont bénéficient les personnes publiques mais se veut confiant quant à l'obligation pesant sur les collectivités publiques d'honorer leurs dettes. En effet, la procédure d'inscription d'office et la possibilité conférée au juge administratif de prononcer des astreintes contre la personne publique débitrice permet au créancier de recouvrer efficacement la somme qui lui est due. Certes, « les voies d'exécution de droit commun restent exclues contre les personnes publiques (mais) (...) celles-ci sont néanmoins soumises à des procédures particulières qui aboutissent à l'exécution de leurs obligations pécuniaires »<sup>458</sup>. Dès lors, parler d'un avantage ou d'un privilège paraît abusif.

Certaines inquiétudes se nourrissent de l'impossibilité pour les collectivités publiques de faire l'objet d'une procédure collective, c'est-à-dire d'une liquidation ou d'un redressement judiciaires<sup>459</sup>. En outre, et de ce fait, la personne publique n'est pas tenue de cotiser au régime de garantie des salaires (ou association pour la gestion du régime d'assurance des créances salariales : AGS) puisque ce fonds verse les salaires et indemnités de rupture des salariés que l'entreprise ayant déposé le bilan ne peut plus régler. Mais là encore, l'argument n'emporte pas la conviction. De cette exonération résulte en effet une absence de protection des agents de la collectivité dès lors qu'elle est en cessation de paiement. Or, comme l'indique M. Lombard, cette dernière hypothèse n'est pas un cas d'école « compte tenu notamment des contraintes introduites par le régime communautaire des aides d'État »<sup>460</sup>. C'est donc la collectivité publique qui s'avère désavantagée.

Un autre argument est fréquemment mentionné. Le service public détiendrait une image

---

<sup>456</sup>Elle a été étendue aux collectivités territoriales : Cass., 2ème civ. 16 décembre 1965 *Commune d'Azay-le-Rideau c/ Lepert*, Bull. Civ. II, n° 1038, p. 734 et aux établissements publics fussent-ils industriels et commerciaux, à condition qu'ils soient dotés d'un comptable public. Cette immunité est attachée à la personnalité publique ce qui explique que les personnes privées même gestionnaires d'un service public ne peuvent s'en prévaloir : Cass. 2ème civ. 15 novembre 1995 *Cusset c/ Caisse régionale d'assurance vieillesse d'Alsace-Moselle*, Bull. Civ. 11, n° 284, p. 168.

<sup>457</sup>LOMBARD, *art. cit.*, p. 167.

<sup>458</sup>Rapport Public du Conseil d'État 2002 *Collectivités publiques et concurrence*, p. 270.

<sup>459</sup>Art. L. 631-2 du code de commerce : « *La procédure de redressement judiciaire est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé* ». L'art. L. 640-2 du code de commerce dispose la même chose en matière de liquidation judiciaire.

<sup>460</sup>M. LOMBARD, *art. cit.*, p. 167.

particulièrement favorable qui serait de nature à rompre l'égle concurrence entre les candidats. Dans une décision du 18 septembre 1991, le Conseil de la concurrence a estimé que « *les annonces publicitaires figurant dans les annuaires officiels des P. et T. constituent une activité associée à celle du service public de l'information des usagers empruntant partiellement au prestige de ce même service public* »<sup>461</sup>. Dans le même sens, L. Richer regrette que « de nombreux avantages ne (soient) pas mentionnés par le Conseil d'État, ne serait-ce qu'en terme d'influence et d'image »<sup>462</sup>. M. Lombard remarque toutefois que cet argument « dont la portée apparaît discutable » n'a plus été repris dans la jurisprudence<sup>463</sup>. Dans son rapport public de 2002<sup>464</sup>, le Conseil d'État ne manque pas d'ironiser sur ce « bel hommage rendu au service public » et dénie toute pertinence<sup>465</sup> à cet argument assez peu convaincant.

Enfin, il convient de mentionner la règle de la prescription quadriennale inscrite à l'article 1 de la loi du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics<sup>466</sup>. Toujours dans ce même rapport public, le Conseil d'État rappelle que cette prescription n'est pas d'ordre public<sup>467</sup> et que, de ce fait, elle ne saurait faire obstacle à ce qu'une collectivité publique ne puisse candidater à un marché public ou à une délégation de service public. La Haute juridiction mène le même raisonnement en ce qui concerne l'expropriation pour cause d'utilité publique.

En réalité, il semble difficile de critiquer l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants* en ce qu'il permettrait, par des conditions interprétées largement, de porter atteinte à la libre concurrence. En tout état de cause, le Conseil d'État indique dans le rapport public précité que « l'égalité absolue entre les candidats n'est pas une condition nécessaire au respect de la libre concurrence »<sup>468</sup>. S'appuyant sur les solutions apportées par le Conseil de la concurrence et le

<sup>461</sup>Cons. Conc. N° 90-D-31 relative à des pratiques relevées sur le marché de la publicité dans les pages jaunes des annuaires officiels des abonnés au téléphone, Éditions Lamy, *Avis et décisions du Conseil de la concurrence*, n° 407, cité dans M. LOMBARD, « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *Dalloz-Sirey* 1994, chronique, p. 163.

<sup>462</sup>L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 7ème édition, etc p. 375, § 750.

<sup>463</sup>M. LOMBARD, *art. cit.*, p. 167.

<sup>464</sup>Rapport Public du Conseil d'État 2002 *Collectivités publiques et concurrence*, p. 266.

<sup>465</sup>L'on pourrait ajouter qu'il existe également de grandes différences en terme d'image et d'influence entre la filiale d'un grand groupe et la petite et moyenne entreprise candidatant pour la première fois à une délégation de service public ou à un marché public.

<sup>466</sup>« Sont prescrites, au profit de l'État, des départements et des communes, sans préjudice des déchéances particulières édictées par la loi, et sous réserve des dispositions de la présente loi, toutes créances qui n'ont pas été payées dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis.

*Sont prescrites, dans le même délai et sous la même réserve, les créances sur les établissements publics dotés d'un comptable public ».*

<sup>467</sup>CE 6 juin 1984 *Commune de Bandol et de Sanary-sur-Mer*, n° 45876, *Dr. Admin.* 1985, n° 133.

<sup>468</sup>Rapport Public du Conseil d'État 2002 *Collectivités publiques et concurrence*, p. 267. V. dans le même sens C. BERGEAL, *conclusions citées* et C. BRECHON-MOULENES, « Les groupements momentanés d'entreprises condamnés à rester les mal aimés du droit public ? », *Le Moniteur*, octobre 2000, cité dans Rapport Public du Conseil d'État 2002 *Collectivités publiques et concurrence*, p. 267 : « Le principe est la liberté et seuls les abus sont interdits ».

Conseil d'État, il rappelle que « dès lors que leur intervention sur le marché peut être regardée comme régulière au regard des critères précédemment examinés (liberté du commerce et de l'industrie, spécialité, égale concurrence), les opérateurs à statut public doivent pouvoir tirer profit de leur propre statut »<sup>469</sup>. En matière de délégation de service public par exemple, l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales dispose que la commission de l'article L. 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre notamment au regard de leur capacité à assurer la continuité du service public et disposant de garanties professionnelles et financières suffisantes. Cette formulation est de nature à avantager les collectivités publiques qui, par définition, ont pour mission essentielle de garantir la continuité des services publics. Mais, si les différents candidats publics et privés ne sont pas sur un pied d'égalité en la matière, il ne s'agit pas d'une distorsion de nature à fausser le jeu de la concurrence. De ce point de vue, D. Casas montre dans ses conclusions sur l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* que le principe de concurrence « n'est que l'application du bon vieux principe d'égalité à la question particulière de l'intervention économique des personnes publiques »<sup>470</sup>. Or, le principe d'égalité n'est pas absolu mais prend en compte les différences de situations<sup>471</sup>. Il en est donc de même en matière de concurrence. De la même manière, et si l'on renverse le raisonnement, les collectivités publiques se voient appliquer des règles plus contraignantes que les personnes privées. Pour n'en citer qu'une, la plupart des personnes publiques sont elles-mêmes des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices soumises aux procédures prévues par le code des marchés publics<sup>472</sup>.

L'avis du 8 novembre 2000 *Société Jean-Louis Bernard Consultants* peut toutefois être critiqué sur une base différente. A l'origine, il semble que, dans l'esprit du législateur et du juge, le code des marchés publics n'ait pas été un instrument juridique prévu pour s'appliquer aux contrats conclus entre personnes publiques. Déjà dans l'arrêt du 20 mai 1998 *Communauté de communes du Piémont de Barr*, le Conseil d'État avait refusé de l'appliquer à un tel contrat. En ce sens, et pour le Commissaire du Gouvernement H. Savoie « certaines dispositions de ce code ne (...) paraissent très clairement susceptibles de ne s'appliquer qu'à des entrepreneurs privés », en particulier les « règles relatives aux conditions d'exécution des marchés qui paraissent (...) difficilement opposables à une personne publique »<sup>473</sup>. Autrement dit, si le Commissaire du Gouvernement avait rejeté l'application

---

<sup>469</sup>Rapport Public du Conseil d'État 2002 *Collectivités publiques et concurrence*, p. 267.

<sup>470</sup>D. CASAS, *conclusions citées*, spéc. p. 1051.

<sup>471</sup>CE sect. 10 mai 1974 *Denoyez et Chorques*, *Rec.* p. 274 ; *D.* 1975, p. 393, note Tedeschi ; *AJDA* 1974, p. 298, chronique Franc et Boyon ; *RDJ* 1974, p. 467, note M. Waline ; *RA* 1974, p. 440, note Moderne

<sup>472</sup>Art. 2 du code des marchés publics : « *Les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent code sont : 1° L'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ; 2° Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.* »

<sup>473</sup>H. SAVOIE, « L'application de la directive aux contrats entre personnes publiques », conclusions sur CE sect. 20 mai 1998 *Communauté de communes du Piémont de Barr* et autre, *RFDA* 1998, p. 609, spéc. p. 613.

du code des marchés publics, c'était moins en vertu de considérations tirées du droit de la concurrence (il conclut à l'application des procédures de publicité et de mise en concurrence issues des directives) que pour des raisons fonctionnelles, ayant trait aux difficultés pouvant être occasionnées par l'exécution du marché par la personne publique. A ce titre, deux principales difficultés peuvent apparaître.

D'une part, l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales dispose que « lorsque 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 ». J.-M. Peyrical estime que l'« on peut se demander si la collectivité délégataire, même agissant au travers d'une régie financière autonome, saura intégrer dans ses calculs financiers l'amortissement des ouvrages ainsi que, le cas échéant, le remboursement des emprunts réalisés »<sup>474</sup>. A l'évidence la difficulté est plus grande encore lorsque le délégataire est une régie non autonome. D'autre part, « une régie financièrement autonome ne peut compter que sur des ressources propres ou, à l'instar des entreprises, sur ses actionnaires pour y faire face. Et, dans le cas de la gestion des services publics industriels et commerciaux, les régies en question ne peuvent qu'exceptionnellement se faire aider par le budget de la collectivité »<sup>475</sup>. En effet, l'article L. 2224-1 dispose que « 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 ». L'article L. 2224-1 permet que, dans des cas très précis, le budget de la commune vienne abonder celui du service public à caractère industriel et commercial mais, comme le rappelle l'auteur, « ces exceptions (paraissent) difficilement applicables au cas d'espèce s'agissant de la gestion de services publics relevant d'autres collectivités »<sup>476</sup>. Autrement dit, la gestion par une collectivité publique du service public industriel et commercial d'une autre collectivité doit s'effectuer dans des conditions économiques particulièrement bonnes. Le délégataire public en proie à des difficultés qui ferait appel à des ressources fiscales ou à celles de sa collectivité de rattachement violerait, dans le premier cas les règles de concurrence établies par l'avis du 8 novembre 2000 *Société Jean-Louis Bernard Consultants*<sup>477</sup>, et dans le deuxième, l'article L. 2224-1 précité.

---

<sup>474</sup>J.-M. PEYRICAL, « Les contrats de prestation entre collectivités publiques Réflexions et interrogations », *AJDA* 2000, p. 581, spéc. p. 586.

<sup>475</sup>*Ibid.*

<sup>476</sup>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.

<sup>477</sup>« Le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public ».



En tout état de cause, la liberté de candidature accordée aux personnes publiques est clairement acquise puisque le code des marchés publics<sup>478</sup> tout comme la nouvelle rédaction de la loi Sapin<sup>479</sup> intègrent désormais cette possibilité. Découvrant dans l'avis contentieux une rupture avec la jurisprudence *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*<sup>480</sup>, certains auteurs ont estimé que le principe de liberté du commerce et de l'industrie avait été purement et simplement abandonné au profit d'un simple principe d'égalité de concurrence<sup>481</sup> et ce, même en dehors du cadre de la commande publique. En réalité, il semble que l'interprétation selon laquelle « mieux valait être plus strict sur les conditions de la concurrence, quitte à accepter que des personnes publiques puissent répondre librement à l'appel du marché »<sup>482</sup> s'est avérée « plus fondée sur les conclusions du Commissaire du Gouvernement, que sur le contenu même de l'avis »<sup>483</sup>. Indépendamment de la question des contrats de la commande publique, un arrêt postérieur a remis en selle le principe de liberté du commerce et de l'industrie.

### **§3 Les interrogations suscitées par la remise en selle du principe de liberté du commerce et de l'industrie**

Par l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris*<sup>484</sup> rendu par le Conseil d'État le 31 mai 2006, la Haute juridiction administrative opère une conciliation bienvenue entre la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté de la concurrence. Hormis la création d'un sanctuaire comprenant certaines activités qui rentrent, « par leur nature ou leur objet, (...) dans les attributions de ces collectivités telles que la loi les avait définies ou concourent à l'exécution de missions de service public qui leur incombent d'ores et déjà »<sup>485</sup>, cette décision dépoussière la jurisprudence *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*. En énonçant que « *si (les personnes publiques) entendent, (...), prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement*

<sup>478</sup> Article 1er du Code des marchés publics en vigueur.

<sup>479</sup> Article 1411-1 du CGCT : « 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 ».

<sup>480</sup> M. GUYOMAR, P. COLLIN, *art. cit.*, p. 988.

<sup>481</sup> « Interprétant de manière trop extensive les décisions rendues au début des années 2000, certains ont parfois voulu déduire qu'en affirmant son contrôle sur l'égalité des conditions de concurrence entre personnes publiques et privées évoluant sur un même marché, le Conseil d'État avait entendu abandonner sa jurisprudence traditionnelle sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie », J.-D. DREYFUS, « L'intervention économique des collectivités publiques : mode d'emploi », note sous CE ass. 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *AJDA* 2006, p. 1592, spéc. p. 1595.

<sup>482</sup> Rapport Public du Conseil d'État 2002 *Collectivités publiques et concurrence*, p. 263.

<sup>483</sup> *Ibid.*

<sup>484</sup> CE ass. 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *BJCP* 2006, n° 47, p. 295, concl. Casas ; *AJDA* 2006, p. 1592, chron. Landais et Lenica ; *CP-ACCP* n° 59, oct. 2006, p. 78, note Renouard ; *Dr. Admin.* Août 2006, n° 129, note Basex ; *CMP* juill. 2006, comm. 202, note Eckert.

<sup>485</sup> J.-D. DREYFUS, « L'intervention économique des collectivités publiques : mode d'emploi », note sous CE ass. 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *AJDA* 2006, p. 1592.

le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence », le Conseil d'État indique que le principe de liberté du commerce et de l'industrie n'est pas abandonné par l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants*<sup>486</sup>. Ce faisant, il « condamne (...) une interprétation extensive (de l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants*) fondée sur les conclusions de Madame Bergeal »<sup>487</sup>, tout en prenant en compte l'apport de l'avis contentieux.

Le principe de liberté du commerce et de l'industrie est toutefois modernisé. L'arrêt du 31 mai 2006 « consacre (...) l'affaiblissement, probablement définitif, du motif tiré de la carence de l'initiative privée »<sup>488</sup>. Le critère fondamental de l'intervention d'une personne publique dans l'économie devient l'intérêt public, critère qui peut être *notamment* rempli s'il existe une telle carence<sup>489</sup>. Ainsi l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* constitue-t-il l'adaptation rendue nécessaire par l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants*.

Enfin, l'arrêt du 31 mai 2006 rappelle les exigences de respect du droit de la concurrence<sup>490</sup>. Suivant sur ce point les conclusions de D. Casas, il établit les rôles respectivement joués par le principe de liberté du commerce et de l'industrie, et le droit de la concurrence, en présentant de manière pédagogique un cadre juridique qui séduit par sa simplicité : la personne publique peut intervenir sur le marché si, porteuse d'un intérêt public, elle agit conformément aux règles délimitant sa compétence. Une fois que cette intervention est admise dans son principe, elle doit respecter le droit de la concurrence qui fixe les modalités de cette intervention. Il semble clair que « les deux questions ne se situent pas sur le même plan. L'une est au niveau des principes, l'autre des modalités »<sup>491</sup>. Cette distinction favorise incontestablement l'intervention des personnes publiques sur le marché<sup>492</sup>, et les incite à conclure entre elles des contrats à objet économique.

<sup>486</sup>D. CASAS, *conclusions citées*, p.1051-1052. Il reprend la thèse défendue dans le Rapport public du Conseil d'État précité.

<sup>487</sup>G. ECKERT, « Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat », note sous CE ass. 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris, CMP* juillet 2006, p. 12, spéc. p. 13.

<sup>488</sup>J.-D. DREYFUS, *art. cit.*, p.1594. L'arrêt indique que « 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 ».

<sup>489</sup>Cette solution ne surprend guère. Déjà dans ses conclusions sur l'arrêt *Ville de Montmagny*, le président Kahn indiquait que « l'insuffisance de l'initiative privée, dans son acception traditionnelle n'est plus la condition légale de l'intervention des communes ». En outre, dans l'arrêt *Territoire de la Polynésie française* du 9 novembre 1988 (Rec. p. 406 ; *RD* 1989, p. 242, concl. E. Guillaume ; *D.* 1990, p. 201, note Llorens et Soler-Couteaux.), le Conseil d'État avait affirmé que la seule insuffisance de l'initiative privée n'était pas susceptible de justifier l'intervention publique (v. aussi CE 18 mai 2005, *Territoire de la Polynésie française, AJDA* 2005, p. 2130, note Nicinski). Il faut en outre noter que le droit communautaire est beaucoup plus attentif à la notion de défaillance du marché, comme condition à l'intervention économique des personnes publiques. V. par ex CJCE 20 février 2001, *Anadir*, aff. C-205/99, point 34 ; Rec. CJCE 2001, I, p. 1271. Ainsi, G. Eckert s'interroge-t-il : « on peut (...) se demander si l'équilibre ainsi recherché est compatible avec les exigences communautaires ou si celui-ci n'imposait pas de revisiter les principes en cause ».

<sup>490</sup>« 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 ».

<sup>491</sup>D. CASAS, *conclusions citées*, p. 1052.

<sup>492</sup>S. NICINSKI, *Droit public des affaires, op cit.* p. 438, § 931.

Toute la question posée par cet arrêt est de savoir dans quelle mesure les principes qu'il énonce de manière générale sont amenés à s'appliquer aux contrats conclus entre personnes publiques. Au delà même de la liberté de candidature aux marchés publics et délégations de service public accordée aux personnes publiques par l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, l'abandon, dans l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris*, du critère des circonstances particulières de temps et de lieu semble favoriser les candidatures publiques à de tels contrats. En effet, s'il y a mise en concurrence c'est, par définition, qu'il n'y pas de carence ou d'insuffisance de l'initiative privée<sup>493</sup>. Mais l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* relance la question de savoir si la liberté du commerce et de l'industrie s'applique de manière identique aux candidatures publiques ou s'il existe en la matière quelques spécificités, voire une indépendance des législations.

### **Section 3 Une forme d'indépendance des législations au service des contrats entre personnes publiques de nature économique**

A la suite de ces deux arrêts fondamentaux, il incombait à la Haute juridiction administrative d'établir une conciliation cohérente entre l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants* et l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris*. Selon G. Eckert<sup>494</sup>, deux possibilités s'ouvraient alors au Conseil d'État. En premier lieu, l'application de l'adage *specialia generalibus derogant* pouvait conduire à considérer que la jurisprudence *Société Jean-Louis Bernard Consultants* devait prévaloir sur celle de 2006. Relatif à la candidature des personnes publiques aux marchés et aux délégations de service public, l'avis à la portée spécifique devait primer sur l'arrêt qui avait, en des termes généraux, traité des conditions d'intervention de toute personne publique sur le marché, indépendamment des aspects contractuels de la question<sup>495</sup>. La deuxième solution consistait à penser que l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* était revenue sur la solution posée par l'avis contentieux. En ce sens, il était illogique d'établir une distinction entre une intervention publique à destination d'une personne privée et à destination d'une personne publique<sup>496</sup>.

Une troisième solution pouvait être celle de la conciliation. Comme l'évoquait G. Clamour, « l'enchaînement dans le temps de l'avis *Jean-Louis Bernard Consultant* et de l'arrêt *Ordre des*

---

<sup>493</sup>TA Strasbourg 29 décembre 1995, *Commune de Woippy*, LPA 23 août 1996, concl. Portal.

<sup>494</sup>G. ECKERT, « Candidature d'une personne publique : le Conseil d'État confirme l'avis Société Jean-Louis Bernard Consultants », commentaire sous CE 10 juill. 2009 Département de l' Aisne et Ministre de la Santé et des Sports, *CMP*, n° 8, Août 2009, comm. 270.

<sup>495</sup>Cette option a été choisie par la Cour administrative d'appel de Douai dans deux arrêts : CAA Douai, 16 nov. 2006, n° 05DA00341, *Contrats, conc. consom.* 2007, chron. 2, G. Marson ; CAA Douai, 10 avr. 2007, n° 05DA00188, SAUR France : *Contrats, conc. Consom.* 2007, chron. 3, G. Marson.

<sup>496</sup>Cette solution a été adoptée dans un arrêt CAA Bordeaux, 15 juill. 2008, n° 07BX00373, Sté MERCERON TP : *CMP* 2008, comm. 227, note G. Eckert.

*avocats au barreau de Paris conduit à lire le premier à la lumière du second en retenant que, s'agissant de l'accès des personnes publiques à la commande publique, l'avis contentieux règle la question des contraintes extrinsèques et l'arrêt d'assemblée celle des contraintes intrinsèques pesant sur les personnes publiques* »<sup>497</sup>.

Un référé pré-contractuel formé contre une procédure d'appel d'offre relative à un marché public de contrôle de la qualité de l'eau donne au Conseil d'État l'occasion de se prononcer sur cette question. Dans cette affaire, l'Institut Pasteur de Lille conteste l'attribution par les DDASS du Nord et du Pas-de-Calais de plusieurs lots au laboratoire d'analyse et de recherche du Département de l'Aisne. L'institut conteste la candidature du Laboratoire en raison de son défaut d'intérêt public local. Le Tribunal administratif de Lille annule la procédure en considérant qu'en effet le Laboratoire ne poursuit pas un intérêt public local et que les modalités de son intervention ne respectent pas les règles de libre concurrence.

Par un arrêt subtil, le Conseil d'État<sup>498</sup> casse l'ordonnance du juge du fond en estimant que *« dès lors qu'il ne s'agit pas de la prise en charge par le Département de l'Aisne d'une activité économique mais uniquement de la candidature d'un de ses services, dans le respect des règles de la concurrence, à un marché public passé par des services de l'État, le juge des référés du Tribunal administratif de Lille a commis une erreur de droit en subordonnant la légalité de cette candidature à l'existence d'un intérêt public »*. Il ajoute plus loin *« que la simple candidature d'une personne publique, dans le respect des règles de la concurrence, à l'attribution d'un marché public, n'est pas subordonnée à une carence de l'initiative privée, ni, ainsi qu'il a été dit, à l'existence d'un intérêt public »*.

Le Conseil d'État établit ainsi une stricte distinction entre la prise en charge d'une activité économique et la simple candidature à un marché public. Celle-ci présente un intérêt : la candidature doit être présentée dans le respect des règles de concurrence, mais le principe de liberté du commerce et de l'industrie ne s'y applique pas<sup>499</sup>. Pour G. Eckert, cette distinction est compatible avec le droit communautaire et interne de la concurrence, qui s'applique à *« toutes les activités de production, de distribution et de services » stricto sensu*, et non aux simples *« offres »*.

D'autres auteurs se sont montrés bien plus critiques à l'égard de la distinction ainsi établie entre prise en charge d'une activité économique et simple candidature. Contraire à la jurisprudence, cette distinction est, pour G. Clamour, *« en décalage avec le contexte concurrentiel de l'achat*

---

<sup>497</sup>G. CLAMOUR, « L'accès des personnes publiques à la commande publique », note sous CE, 10 juill. 2009 Département de l'Aisne et Ministre de la Santé et des Sports, *RFDA* 2010, p. 146.

<sup>498</sup>CE 10 juillet 2009 *Département de l'Aisne*, *BJDCP* 2009, n° 67, p. 444, concl. Lenica ; *CMP* 2009, com. 270, obs. Eckert ; *DA* 2009, com. 128 obs. Marson ; *AJDA* 2009, p. 2006, note Dreyfus.

<sup>499</sup>G. ECKERT, *art. cit.*

public »<sup>500</sup>. Il indique que « jusqu'à présent le lien était toujours établi entre l'arrêt de 1930 et l'accès des personnes publiques à la commande publique »<sup>501</sup>. Le Conseil de la concurrence, avant même l'édition de cet arrêt, s'était prononcé en défaveur d'une séparation entre candidature et prise en charge d'une activité économique dans une décision du 2 juin 2009<sup>502</sup>. Cette distinction est d'autant plus contestable pour l'auteur qu'en l'espèce le marché avait bel et bien été attribué. Le Commissaire du Gouvernement F. Lenica s'était d'ailleurs lui-même montré défavorable à une telle distinction et avait estimé dans ses conclusions que « la décision de prise en charge d'une activité économique ne se traduira en effet par aucun acte susceptible d'un recours pour excès de pouvoir, mais uniquement par des agissements ou un comportement sur un marché »<sup>503</sup>. Partant de ce constat, il avait demandé au Conseil d'État de contrôler la licéité de l'intervention du Laboratoire non seulement vis-à-vis des règles de libre concurrence mais aussi au regard du principe de liberté du commerce et de l'industrie, « condition de recevabilité de sa candidature à un contrat de la commande publique »<sup>504</sup>. En somme, il estimait que la candidature à un marché public constituait la prise en charge d'une activité économique. Cet aspect des conclusions de F. Lenica peut toutefois surprendre car le juge des référés précontractuels ne peut pas contrôler le respect des règles de compétence<sup>505</sup> et doit se borner à sanctionner la méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence pesant sur les pouvoirs adjudicateurs<sup>506</sup>. Mais il s'agit ici d'un contexte particulier.

Après avoir établi la distinction entre prise en charge et candidature, le Conseil d'État contrôle la conformité de la candidature du Laboratoire au regard des règles de libre concurrence<sup>507</sup>. Ce contrôle outrepassé le simple cadre de la violation des règles de concurrence liées à la passation des contrats de la commande publique et intègre d'autres éléments (issus notamment des articles L. 420-1 et suivants du code de commerce). Ainsi, il devient plus difficile « de maintenir la jurisprudence n'autorisant pas le juge de l'article L. 551-1 du code de justice administrative à censurer une pratique anticoncurrentielle d'un candidat telle par exemple qu'un abus de position

<sup>500</sup>G. CLAMOUR, *art. cit.*, p. 149.

<sup>501</sup>*Ibid.*, p. 147.

<sup>502</sup>« Il est, en effet, de pratique décisionnelle et de jurisprudence constantes qu'en déposant des offres en réponse à un appel public à candidatures (ou à un appel d'offres dans le cadre d'un marché public), les entreprises exercent une activité qui, parce qu'elle relève du champ défini par l'article L. 410-1 du code de commerce peut être qualifiée au regard des règles de concurrence par l'Autorité de la concurrence et les juridictions judiciaires qui la contrôlent » : Cons. conc. déc. n° 09-D-18, 2 juin 2009, relative aux pratiques mises en oeuvre à l'occasion de la constitution du groupement momentané d'entreprises RTM-Veolia en vue de sa candidature à la délégation de service public de la CUMPM pour l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille, pt 26.

<sup>503</sup>F. LENICA, Conclusions sur CE, 10 juill. 2009 Département de l' Aisne et Ministre de la Santé et des Sports, *BJDCP* 2009, n° 67, p. 444.

<sup>504</sup>*Ibid.*

<sup>505</sup> G. MARSON, Commentaire sous CE, 10 juill. 2009 Département de l' Aisne et Ministre de la Santé et des Sports, *Dr. Admin.* Octobre 2009, n° 10, comm. p. 127.

<sup>506</sup> Art. L. 551-1 du code de justice administrative. V. aussi CE 30 juin 1999 *Demathieu et Bard*, *Rec. Tables*, p. 890 ; CE 21 juin 2000 *Syndicat intercommunal de la côte d'amour et de la presqu'île guérandaise*, *Rec.*, p. 283.

<sup>507</sup>Il indique à plusieurs reprises que la candidature est faite « dans le respect des règles de concurrence ».

dominante »<sup>508</sup>.

En revanche, nous l'avons vu, le principe de liberté du commerce et de l'industrie est inapplicable en matière de candidature d'une personne publique à un contrat public. Contrairement à l'analyse effectuée par F. Lenica dans ses conclusions, et par un argument juridiquement implacable mais dont certains auteurs soulignent le caractère inopportun, la Haute juridiction permet aux personnes publiques de présenter leur candidature sans avoir à démontrer qu'elles poursuivent un intérêt public. Pour le Commissaire du Gouvernement, cette solution revient à « sacrifier l'essentiel à l'accessoire »<sup>509</sup>.

Une question importante demeure. Le manquement au principe de liberté du commerce et de l'industrie pourra-t-il être sanctionné, une fois le contrat conclu, dans le cadre d'un référé contractuel ou d'un recours indemnitaire formé devant le juge du contrat ? Si c'est le cas, « c'est différer dans le temps l'examen d'une question importante »<sup>510</sup> que de refuser de contrôler lors du référé précontractuel la présence d'un intérêt public dans la démarche de la collectivité publique, mais cela ne revient en aucune manière à abandonner ce principe cardinal en matière d'interventionnisme économique.

L. Richer semble être le tenant d'une autre interprétation. Il estime qu'il s'agit là de « l'application de la théorie de l'indépendance des législations, (le Conseil d'État) considérant que la violation du principe (de liberté du commerce et de l'industrie) n'est pas sanctionnée dans le cadre du contrôle de la validité des marchés publics »<sup>511</sup>. Dans une telle perspective, la solution donnée par le Conseil d'État le 10 juillet 2009 ne peut trouver sa seule explication dans le caractère limité de l'office du juge des référés pré-contractuels. L'intérêt public ne jouerait plus son rôle de frein à la candidature des personnes publiques, et ce, quelque soit la formation de jugement saisie.

Un dernier point doit être relevé. Dans ses conclusions<sup>512</sup>, F. Lenica souhaitait que le Conseil d'État cassât le jugement du Tribunal administratif uniquement en ce qu'il subordonnait la licéité de la candidature du Laboratoire à la démonstration d'un intérêt public *local*. Pour le Commissaire du Gouvernement, un intérêt public suffisait car à défaut, la décision aurait donné une « prime au localisme »<sup>513</sup> incompatible avec les exigences communautaires. Certes, nous l'avons constaté, le Conseil d'État estime que le contrôle de l'intérêt public ou de la compétence de la collectivité ne relève pas de son office. Mais G. Clamour ne manque pas de relever que seule l'expression « *intérêt*

<sup>508</sup>Jurisprudence issue des arrêts CE 5 juin 2007, *Société Corsica Ferries*, n° 305280 et CE 24 octobre 2001 *Collectivité territoriale de Corse*, n° 236293. G. MARSON, Commentaire sous CE, 10 juill. 2009 Département de l' Aisne et Ministre de la Santé et des Sports, *Dr. Admin.* Octobre 2009, n° 10, comm. p. 127.

<sup>509</sup>F. LENICA, *conclusions citées*.

<sup>510</sup>G. CLAMOUR, *art. cit.*, p. 48.

<sup>511</sup>L. RICHER, *op. cit.*, p. 376, § 750.

<sup>512</sup>F. LENICA, *conclusions citées*.

<sup>513</sup>*Ibid.*

*public* » est (de manière négative il est vrai, et pour mieux écarter la notion) présente dans la décision *Département de l'Aisne*, et non celle d'« intérêt public local ». Le Conseil d'État aurait donc, dans l'absolu, et sur ce point seulement, suivi son Commissaire du Gouvernement<sup>514</sup>. Il s'agit, pour l'auteur d'une « atténuation implicite des conditions de prise en charge d'une activité économique par une personne publique (...) par abstraction des conditions »<sup>515</sup>. Certes, l'intérêt public (tout comme la compétence) n'est qu'une condition posée à la prise en charge de l'activité économique et ne conditionnera qu'une fois le contrat conclu la légalité de l'intervention économique du Laboratoire. Mais en ne faisant pas référence à l'expression d'intérêt public local, l'arrêt révèle une appréciation purement abstraite de cette notion et nous renseigne sur la forme qu'il doit revêtir. Ainsi, la prise en charge par une personne publique d'une prestation quelconque, dans le cadre d'un marché public (ou d'une délégation de service public) pourra s'effectuer hors du territoire de la personne publique adjudicataire ou délégataire. Dans l'hypothèse où le juge pourrait, hors du cadre spécifique du référé pré-contractuel, contrôler la présence d'un intérêt public, celui-ci ne serait plus apprécié *ratione loci*, mais uniquement *ratione materiae*. Il s'agit là d'une preuve supplémentaire qu'une forme d'indépendance des législations est à l'œuvre. Ce phénomène est de nature à permettre l'émergence de candidatures publiques aux contrats de la commande publique.

Cette indépendance des législations illustre un mouvement certain de banalisation de l'action publique sur le marché. Mais cette banalisation n'est pas absolue. Dans certains domaines, droit de l'Union comme droit français acceptent que des dérogations au droit de la commande publique libèrent les personnes publiques contractant entre elles des obligations auxquelles elles se soumettent lorsqu'elles contractent avec des personnes privées.

---

<sup>514</sup>Cette question était mise en perspective par les faits de l'arrêt car le Laboratoire était situé dans une autre région que celle du pouvoir adjudicateur (en effet, l'Aisne se situe en Picardie alors que le Nord et le Pas-de-Calais se situent dans la région Nord-Pas-de-Calais).

<sup>515</sup> G. CLAMOUR, *art. cit.*, p. 150.





## Chapitre 2 Des limites à la banalisation du régime des contrats de la commande publique entre personnes publiques

Nous l'avons dit, les règles de la commande publique s'appliquent par principe aux contrats conclus entre pouvoirs adjudicateurs<sup>516</sup>. La Cour de justice des communautés européennes indique dans son arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999 que « *la directive 93/36 est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non* »<sup>517</sup>. Le Conseil d'État avait déjà adopté une solution similaire dans l'arrêt *Communauté de communes du Piémont de Barr*<sup>518</sup> mais n'avait toutefois pas reconnu l'applicabilité du code des marchés publics. Par suite, la révision du 17 mars 2001 a modifié l'article 1 de ce code qui s'applique désormais aux opérateurs économiques publics ou privé. Il en est de même en matière de délégation de service public, ce dont témoigne l'article L. 1411-1 du CGCT<sup>519</sup>.

Toutefois, des d'exceptions ont quelque peu brisé cette uniformité. Les dérogations à l'application des règles de publicité et de mise en concurrence sont principalement justifiées par le fait que certains contrats n'emportent pas d'intervention sur le marché concurrentiel. Par définition, la mise en concurrence est alors sans objet. Si ces exceptions ne s'adressent pas aux seuls contrats conclus entre personnes publiques, ces derniers en constituent le domaine privilégié<sup>520</sup>. Il faut distinguer celles qui, implicitement basées sur l'idée de non intervention sur le marché, trouvent plus spécifiquement leur fondement dans l'absence d'autonomie du titulaire du contrat à l'égard du pouvoir adjudicateur (Section 1) et celles qui, apparues plus récemment, bénéficient de l'émergence de la notion d'opérateur se situant hors du marché concurrentiel (Section 2).

---

<sup>516</sup>Il n'existe pas d'identité parfaite entre une personne publique au sens du droit français et un pouvoir adjudicateur qui est défini par l'article 1 des directives 2004/17 et 2004/18 comme tout organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, doté de la personnalité juridique, et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

<sup>517</sup>CJCE 18 novembre 1999 *Teckal*, aff. C- 107/ 98, *Rec. I*-8121, concl. Cosmas ; v. aussi CJCE 7 décembre 2000 *ARGE Gewässerschutz*, aff. C-94/99, *Rec. I*-11037, concl. Léger ; CJCE 13 janvier 2005 *Commission c/ Espagne*, aff. C-84/03, v. pt 40 sur l'exclusion par la réglementation espagnole des relations entre collectivités publiques du champ des règles de la commande publique.

<sup>518</sup>CE 20 mai 1998 *Communauté de communes du Piémont de Barr*, *RFDA* 1998, p. 609, concl. Savoie : la Haute juridiction estime que la convention conclue entre un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) et un syndicat mixte aurait dû être précédée d'une publicité communautaire au sens de la directive 92/50 car ce texte n'opère pas de distinction en fonction du statut de l'attributaire du marché.

<sup>519</sup>Dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001.

<sup>520</sup>L. RICHER, *op. cit.*, p. 376, § 752.

## **Section1 Une exception basée sur le défaut d'autonomie du titulaire du marché ou de la délégation : le contrat de quasi-régie**

De même qu'elles peuvent choisir le mode de gestion du service public dont elles ont la charge<sup>521</sup>, les personnes publiques ont la faculté de faire appel à leurs propres services pour satisfaire leurs besoins<sup>522</sup>. Il s'agit là d'un principe de bon sens. Pour E. Fatôme et A. Ménéménis, « la liberté d'organiser ses activités est une condition de l'efficacité des personnes publiques comme des opérateurs privés. Il est donc important qu'elle soit reconnue aux unes comme aux autres »<sup>523</sup>. Le droit des marchés publics ne saurait en effet conduire une collectivité publique à mettre en concurrence ses propres services, au risque d'une « privatisation forcée de missions d'intérêt général »<sup>524</sup>.

Cette question se pose aussi lorsque les services en cause, bien qu'entretenant avec la personne publique des relations très étroites, ne sont pas gérés en régie. En principe, dès lors qu'un opérateur économique détient la personnalité morale, il convient de le mettre en concurrence. Cette situation a une incidence néfaste : elle incite les personnes publiques à « réinternaliser »<sup>525</sup> toutes leurs activités.

Mais une intéressante théorie permet de conclure un contrat relevant du champ d'application du droit de la commande publique et passé avec une entité contrôlée par la personne publique délégatrice ou adjudicatrice sans publicité ni mise en concurrence. C'est la Cour de justice des

---

<sup>521</sup>CE 18 mars 1988 *Loupias*, Rec. p. 668 : « Il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux de se prononcer sur l'opportunité des choix opérés par l'administration (...) en écartant (...) l'exploitation en régie directe au profit de l'affermage ».

CJCE CJUE 9 juin 2009, *Commission c/ RFA*, aff. C-480/06 ; *AJDA* 2009, p. 1131, chron. Broussy, Donnat, Lambert, p. 1715, note Dreyfus et Rodrigues ; *RDI* 2009, p. 469, obs. Noguellou ; *AJCT* 2010, p. 98 étude Dreyfus ; *JCP A* 2248, notes Lichère et Linditch. « le droit communautaire n'impose nullement aux autorités publiques, pour assurer en commun leurs missions de service public, de recourir à une forme particulière ». Il existe, dans certains pays, des dispositions imposant aux collectivités publiques de faire la démonstration que le service public pris en charge ne pourrait pas être mieux exécuté par le secteur privé (par exemple, le Federal Activities Inventory Reform Act aux États-Unis d'Amérique).

<sup>522</sup>CE 29 avril 1970 *Unipain*, Rec. p. 280 ; *AJDA* 1970, p. 340, concl. Braibant ; *RDP* 1970, p. 423, note Waline : une boulangerie militaire peut fournir du pain à des établissements pénitentiaires relevant de l'État sans violer la liberté du commerce et de l'industrie, car cette situation ne constitue que la satisfaction des besoins des services de l'État par ses propres moyens. V. aussi CE 26 janvier 2007 *Syndicat professionnel de la géomatique*, Rec. p. 20 ; *RJEP* 2007, p. 265, concl. Boulouis ; *AJDA* 2007, p. 744, note Nicinski : l'État peut créer pour ses propres besoins une base de données géographiques.

CJCE 11 janvier 2005 *Stadt Halle*, aff. C-26/03, Rec. I-1 ; *CP-ACCP*, mars 2005, n° 42, p. 2, D. Capitant ; *AJDA* 2005, p. 898, note Rolin : « une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services ».

<sup>523</sup>E. FATOME, A. MENEMENIS, *art. cit.*, p. 73.

<sup>524</sup>Conclusions V. Trstenjak sur CJCE 13 novembre 2008 *Coditel Brabant*, cité dans J.-D. DREYFUS, S. RODRIGUES, « La coopération intercommunale confortée par la CJCE ? », note sous CJCE 9 juin 2009 *Commission c/ Allemagne*, *AJDA* 2009, p. 1715, spéc. p. 1720.

<sup>525</sup>C. PILONE, « Réflexions autour de la notion de contrat « in house » », *Mélanges Guibal*, p. 701, spéc. p. 717.

communautés européennes qui a élaboré cette théorie dite du contrat « in house » (§1), laquelle a, par la suite, été appliquée et affinée par le droit national (§2).

### **§1 La création de la théorie du contrat de quasi-régie ou in house**

La Cour de justice a pris en compte la nécessaire liberté d'organisation des collectivités publiques et de leur satellites en élaborant la théorie du contrat dit « in house providing », en français « contrat de quasi-régie », ou contrat de « prestations intégrées ». Il s'agit de soustraire de l'application du droit de la commande publique les contrats conclus entre un pouvoir adjudicateur et une entité qui entretient de tels liens de dépendance avec celui-ci, que, bien que détenant la personnalité morale, l'entité peut être, au regard des impératifs du droit de la commande publique, considérée comme l'un de ses services. Cette théorie est applicable aux contrats qui sont soumis aux directives 2004/18 et 2004/17 mais aussi à ceux des contrats qui, comme les concessions de service, sont soumis aux exigences de transparence issues des principes généraux et des traités<sup>526</sup>.

L'application concrète du contrat de quasi-régie est rare. Toutefois, la manière dont la Cour de justice des communautés européennes définit cette théorie permet d'introduire nombre de contrats conclus entre personnes publiques dans son champ d'application. Aussi son étude présente-t-elle un intérêt théorique évident dans le cadre de nos réflexions.

Les critères de définition ont été posés dans le point 50 de l'arrêt *Teckal* rendu le 18 novembre 1999 par la Cour de justice des communautés européennes. Pour que les dispositions de la directive soient appliquées « *il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière. Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services (A-) et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent* »<sup>527</sup> (B-).

#### *A- L'exigence d'un contrôle analogue*

L'exception posée par la Cour de justice à l'application du droit de la commande publique est justifiée par le fait que, ne disposant pas d'autonomie à l'égard du pouvoir adjudicateur, l'attributaire

---

<sup>526</sup>CJCE 13 octobre 2005 *Parking Brixen*, aff. C-458/03, *Dr. Adm.* 2005, comm. 167, p. 22, note Ménéménis ; *CMP* 2005, comm. 306.

<sup>527</sup>CJCE 18 novembre 1999 *Teckal*, aff. C- 107/ 98, *Rec.* I-8121, concl. Cosmas ; *BJCP* 2000, p. 43 concl. Cosmas. Arrêt cité dans CJCE 7 décembre 2000 *ARGE Gewässerschutz*, aff. C-94/99, *Rec.* I-11037, concl. Léger, point 40.

est comme intégré à lui (il s'agit donc d'un « faux-tiers »<sup>528</sup>, d'un « opérateur dédié »<sup>529</sup>). Leurs relations contractuelles se voient alors appliquer le principe de la liberté d'organisation, comme si l'entité n'était qu'une régie de la collectivité publique<sup>530</sup>.

Il faut à présent définir la nature et les caractéristiques du contrôle (1-), puis, indiquer que la Cour de justice rejette l'application de la théorie du contrat de quasi-régie lorsque du capital privé s'immisce dans le patrimoine de l'opérateur économique (2-), ce qui est intéressant du point de vue de l'application de cette exception aux contrats conclus entre personnes publiques. Enfin, la possibilité d'un contrôle conjoint sur l'opérateur (3-) ouvre de nouvelle possibilité en matière de coopération entre collectivités territoriales.

### 1- La nature et les caractéristiques du contrôle

La Cour de justice ne manque jamais de rappeler que « toute exception à l'application de l'obligation (d'appliquer les directives relatives aux marchés) est (...) d'interprétation stricte »<sup>531</sup>. Ainsi, s'il découle de l'arrêt *Teckal* que le contrôle de l'acheteur public doit être « analogue » et non « en tout point identique à celui »<sup>532</sup> qu'il exerce sur ses propres services, l'explicite référence à la nature des relations qui existent à l'intérieur d'une même administration tend à s'assurer que l'attributaire ne dispose d'aucune autonomie à l'égard du pouvoir adjudicateur<sup>533</sup>. L'incapacité de l'attributaire du marché de déterminer ses propres prix peut en constituer un indice<sup>534</sup>. L'arrêt *Parking Brixen* du 13 octobre 2005 définit avec précision le sens à donner à la notion de contrôle analogue. La Cour de justice y énonce que le pouvoir adjudicateur doit disposer sur le titulaire d'une « influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de l'entité cocontractante »<sup>535</sup>. Dans les faits, ce critère est d'un usage complexe car, comme l'indique C. Pilone, « la démarche adoptée pour l'analyse de l'intensité du contrôle effectué par le pouvoir adjudicateur sur le prestataire de services s'entend de manière fonctionnelle et non pas formelle »<sup>536</sup>. Autrement dit, c'est par la méthode du faisceau d'indices que le juge, prenant « en considération la

---

<sup>528</sup>S. CHAVAROCHE-BOUFFERET, « Application du droit communautaire des marchés publics et réorganisation administrative des personnes publiques Vers un second souffle de l'hypothèse in house ? », *AJDA* 2008, p. 2147, spéc. p. 2148 : « Le marché ou la concession in house consiste à confier une tâche à un tiers qui, en réalité, n'en est pas véritablement un ».

<sup>529</sup>*Ibid.*, p. 2151 : « Confirmation de l'exigence du caractère dédié de l'entité ».

<sup>530</sup>D'où la traduction française du contrat in house retenue : la quasi-régie. Il existe donc un lien étroit entre « la technique du in house et les modalités d'organisation administrative d'un service déterminé » in *ibid.*, p. 2147.

<sup>531</sup>CJCE 11 janvier 2005 *Stadt Halle*, aff. C-26/03, *Rec. I-1* ; *CP-ACCP*, mars 2005, n° 42, p. 2, D. Capitant.

<sup>532</sup>CJCE 13 octobre 2005 *Parking Brixen*, aff. C458/03, *Rec. I-8612*, point 46.

<sup>533</sup>C. PILONE, *art. cit.*, p. 707.

<sup>534</sup>CJCE 18 décembre 2007 *Asociación Nacional de Empresas Forestales*, aff. C-295/05, point 60, *AJDA* 2008, p. 240, chron. Broussy, Donnat et Lambert.

<sup>535</sup>CJCE 13 octobre 2005 *Parking Brixen*, aff. C458/03, *Rec. I-8612*.

<sup>536</sup>C. PILONE, *art. cit.*, p. 714.

multitude des possibilités de contrôle détenues par la collectivité »<sup>537</sup>, détermine si l'entité dépend ou non des choix et décisions pris par la personne publique.

Ce sont les circonstances de l'affaire qui vont permettre à la juridiction de déterminer si l'exigence du contrôle analogue est rempli. L'arrêt *Carbotermo*<sup>538</sup> illustre cette méthode. La Cour constate que l'influence de la collectivité publique sur l'entité en cause s'opère par un intermédiaire qu'elle détient à 100 %. Mais elle ne se satisfait pas d'une simple étude du statut juridique de cette société. Il lui importe de vérifier l'existence d'un rapport concret de dépendance. Ainsi, elle poursuit son analyse pour constater que « l'intervention d'un tel intermédiaire peut, selon les circonstances du cas d'espèce, affaiblir le contrôle éventuellement exercé par le pouvoir adjudicateur sur une société par actions du simple fait de participer à son capital ». La Cour refuse d'appliquer l'exception in house.

Ainsi la mise en œuvre *in concreto* du critère du contrôle est-il une caractéristique essentielle de l'appréciation de la Cour. Elle implique que le contrôle soit étudié indépendamment de la situation juridique établie au moment de la signature du contrat et qu'il s'exerce de manière permanente sur l'opérateur. Dans la décision *Commission c/ Autriche*<sup>539</sup>, le contrat signé entre le pouvoir adjudicateur et l'attributaire (société à capital entièrement public), sans procédure de mise en concurrence, s'inscrivait probablement, au moment de la signature, dans la logique d'un contrat de quasi-régie. Mais dans un second temps, la société cède des parts à une société privée violant ainsi la jurisprudence *Stadt Halle*<sup>540</sup> (qui indique que dès lors qu'un patrimoine privé intègre son capital, l'opérateur ne peut se voir appliquer le régime de l'exception in house). Ces éléments de fait conduisent la Cour à rejeter l'application de la théorie du contrat de quasi-régie, et à imposer au pouvoir adjudicateur de procéder à une publicité et une mise en concurrence adaptées au montant du contrat.

## 2- L'exigence du contrôle analogue excluant toute immixtion d'un patrimoine privé

Toute immixtion de capital privé écarte définitivement la mise en œuvre de la théorie du contrat de quasi-régie. Cette exigence peut certes favoriser les contrats entre personnes publiques mais l'observation de la jurisprudence invite à une position nuancée.

Déjà en 2005, des éléments très divers pouvaient théoriquement permettre d'apporter la démonstration qu'existait un contrôle analogue à celui que le pouvoir adjudicateur exerçait sur ses propres services. Partant, d'aucuns ont estimé que le critère du contrôle était rempli lorsqu'une

<sup>537</sup>*Ibid.*

<sup>538</sup>CJCE 11 mai 2006 *Carbotermo*, aff. C-340/04, *Dr. Adm.* 2006, comm. 148, obs. A. Ménéménis ; *CMP* 2006, comm. 203.

<sup>539</sup>CJCE 10 novembre 2005 *Commission c/ Autriche*, aff. C-29/04.

<sup>540</sup>CJCE 11 janvier 2005 *Stadt Halle*, aff. C-26/03, *Rec.* I-1 ; *CP-ACCP*, mars 2005, n° 42, p. 2, D. Capitant. *V. infra.*

collectivité territoriale contractait avec une société d'économie mixte dont elle possédait la grande majorité - mais pas l'intégralité - des parts<sup>541</sup>. Dans un arrêt *Fédération française des entreprises gestionnaires de services aux équipements à l'énergie et à l'environnement*<sup>542</sup>, le Conseil d'État avait lui même validé cette thèse.

La Cour de justice des communautés européennes a énoncé l'opinion inverse dans sa décision *Stadt Halle*<sup>543</sup> : « *la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services* » (point 49). De ce fait, l'exception in house ne peut s'appliquer au cas d'espèce car la société avec laquelle le pouvoir adjudicateur a contracté est possédée à 24,9 % par une entreprise privée. Il importe de tirer plusieurs enseignements de cet arrêt capital.

En premier lieu, la Cour de justice des communautés européennes fait ici montre d'une logique plus personnaliste, c'est-à-dire attachée au critère de la personnalité juridique, au détriment de l'approche traditionnellement fonctionnaliste qu'elle utilise en la matière et qui est proposée par la juridiction allemande de renvoi<sup>544</sup>. Dans la perspective du juge allemand, la Cour aurait pu déterminer de manière concrète un taux de contrôle au dessus duquel l'exception in house ne pouvait plus jouer. Mais elle choisit une autre voie. L'exception du contrat de quasi-régie n'est applicable que si le cocontractant ne dispose que d'une personnalité juridique purement formelle, réduite à sa plus simple expression, et dépossédée de ses attributs. F. Rolin considère que, parmi les attributs de la personnalité juridique, l'autonomie de la volonté joue un rôle tellement essentiel, qu'une personne morale qui en est privée n'en est pas vraiment une<sup>545</sup>. Ainsi, et pour reprendre les termes de l'avocat général La Pergola, cette entité dénuée de volonté propre, et privée de personnalité réelle « n'a pas la nature d'un tiers »<sup>546-547</sup>. La Cour justifie la position retenue dans

<sup>541</sup>Des positions jurisprudentielles et des conclusions ambiguës laissaient penser que le juge de Luxembourg n'avait pas d'idée préconçue en la matière (V. M. de la Pergola, conclusions sous CJCE 10 novembre 1998, BFI Holding, aff. C-360/96, *Rec. CJCE* 1998, I, p. 6821, points 36, 37, 38 : une entité pourrait potentiellement bénéficier de l'exception in house si elle était « à tout le moins, majoritairement détenue par l'autorité publique »).

<sup>542</sup>CE, 9 juillet 2003 *Fédération française des entreprises gestionnaires de services aux équipements à l'énergie et à l'environnement*, n°239879.

<sup>543</sup>CJCE 11 janvier 2005 *Stadt Halle*, aff. C-26/03, *Rec. I-1* ; *CP-ACCP*, mars 2005, n° 42, p. 2, D. Capitant.

<sup>544</sup>Le juge allemand décrit avec précision le taux de participation de l'entreprise privée dans le capital de la société d'économie mixte et relève que « *la participation minoritaire privée dépassait le seuil de 10 % à partir duquel, conformément à la réglementation allemande sur les sociétés à responsabilité limitée, on est en présence d'une minorité qui dispose de certains droits déterminés* » (point 15). Par la même, il semble inviter la Cour de justice à statuer au regard des circonstances de fait et non à fixer une interdiction de portée générale.

<sup>545</sup>F. ROLIN, « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats in house », *AJDA* 2005, p. 898.

<sup>546</sup>LA PERGOLA, conclusions sur CJCE 10 novembre 1998 BFI Holding BV, point 38.

<sup>547</sup>Et le contrat n'est pas vraiment un contrat. V. P. DELVOLLE, « Marchés publics : des contrats maison », *RDUE* 2002, p. 53, spéc. p. 55.

l'arrêt *Stadt Halle* par le fait que « *le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des objectifs de nature différente* » (point 50). Il faut déduire *a contrario* de cette formule que la société d'économie mixte a une volonté autonome de celle de la personne adjudicatrice. Ainsi, pour F. Rolin, la Cour a choisi de rejeter l'approche fonctionnaliste qui lui était proposée par son avocat général et qui consistait à se demander au dessus de quel taux l'exception in house n'était plus possible, pour « réaffirmer le primat du critère de la personnalité morale »<sup>548</sup>. Ce faisant, la Cour renforce l'exigence d'un organisme totalement dédié.

Mais cet arrêt ne lève pas toutes les ambiguïtés en la matière. « On peut regretter, estime F. Rolin, que la motivation de l'arrêt s'abrite derrière des postulats finalistes (exigence d'une concurrence libre et non faussée, atteinte à l'égalité de traitement) alors que sa philosophie profonde repose sur une réaffirmation de la prévalence de la notion de personnalité morale et de ses attributs »<sup>549</sup>. D'autre part, la Cour justifie sa position sur le fondement du droit de la concurrence puisque les actionnaires privés de la société à laquelle serait appliquée l'approche in house bénéficieraient d'un avantage concurrentiel. Ainsi, il semble difficile d'affirmer que, dans cet arrêt, la Cour de Luxembourg rompe totalement avec une approche fonctionnelle de l'appréciation du critère du contrôle analogue.

Selon C. Pilone, la juridiction luxembourgeoise s'adonne à « un formalisme excessif », qui, « incohérent »<sup>550</sup>, exclut bon nombre d'organismes de droit privé poursuivant un but d'intérêt général du champ de l'exception in house<sup>551</sup>. A première vue, il apparaît que cette décision fait ainsi des contrats conclus entre personnes publiques le domaine privilégié des contrats de quasi-régie. Comme toujours, la vérité est plus subtile. Cet arrêt précipite en France la création des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) et des sociétés publiques locales (SPL)<sup>552</sup>, dont le capital est détenu à 100% par des personnes publiques. Or, ces sociétés relèvent du droit privé<sup>553</sup>. Ainsi, la vision restrictive qui est celle de la Cour de justice n'encourage pas forcément à la conclusion de contrats entre personnes publiques. En outre, une personne publique peut comporter du capital privé : le groupement d'intérêt public<sup>554</sup>.

<sup>548</sup>F. ROLIN, *art. cit.*, p. 900.

<sup>549</sup>*Ibid.*

<sup>550</sup>C. PILONE, *art. cit.*, p. 713.

<sup>551</sup>*Ibid.*

<sup>552</sup>V. M. KARPENSHIF, « SPLA, SPL, SLP. Un an après la Communication interprétative sur les partenariats public-privé institutionnalisés (PPP) : où en est-on du développement de l'économie mixte locale ? », *JCP A* 2010, n° 2230.

<sup>553</sup>Art. L. 1531-1 du CGCT : les sociétés publiques locales « revêtent la forme de société anonyme régie par (...) le code de commerce ».

<sup>554</sup>Art. 98 Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit : « *Le groupement d'intérêt public est une personne morale de droit public dotée de l'autonomie administrative et financière. Il est*

Par la suite, la Cour de justice des communautés européennes a précisé sa jurisprudence en matière d'immixtion de capital privé dans les sociétés contractant avec une personne publique. Ainsi, dans le cadre d'une concession de services<sup>555</sup>, un pouvoir adjudicateur ne peut pas être regardé comme entretenant une relation de quasi-régie avec une société dès lors que ses statuts prévoient que son capital peut être ouvert à des investisseurs privés<sup>556</sup>. Dans la même veine, la conclusion de gré à gré d'un contrat avec une société entièrement publique au moment de la signature, mais dont 49 % du capital a été progressivement ouvert aux capitaux privés, a pour objet de contourner les règles de mise en concurrence et s'avère contraire au droit communautaire<sup>557</sup>. Cette jurisprudence avantage principalement les contrats conclus avec des établissements publics et des groupements d'intérêt publics, mais aussi avec des personnes privées comme des SPL, SPLA et certaines associations.

Plus encore, un léger adoucissement de la jurisprudence a pu intéresser les tenants des partenariats publics privés institutionnalisés. Dans l'arrêt *Acoset*<sup>558</sup>, la Cour de justice admet la présence d'un associé privé dans le cas de figure où il a été choisi après une procédure d'appel d'offres. Elle indique en effet que « *les articles 43 CE, 49 CE et 86 CE ne s'opposent pas à l'attribution directe d'un service public impliquant la réalisation préalable de certains travaux, tel que celui en cause au principal, à (une) société spécialement créée aux fins de la fourniture de ce service et ayant un objet social unique, dans laquelle l'associé privé est sélectionné sur appel d'offres public* » (point 63). Mais la lecture de l'arrêt ne manque pas de décevoir quiconque espérerait y trouver autre chose qu'un simple gain de temps. La Cour de justice indique elle-même que « *dans la mesure où les critères de sélection de l'associé privé sont fondés non seulement sur les capitaux apportés, mais également sur la capacité technique de cet associé et sur les caractéristiques de son offre au regard des prestations spécifiques à fournir; et que cet associé se voit (...) confier l'activité opérationnelle du service en question et donc la gestion de celui-ci, l'on peut considérer que la sélection du concessionnaire résulte indirectement de celle dudit associé qui a eu lieu au terme d'une procédure respectant les principes du droit communautaire, en sorte qu'une seconde procédure de mise en concurrence en vue de la sélection du concessionnaire ne se justifierait pas* » (point 60). Autrement dit, il s'agit ici de choisir le concessionnaire plus tôt, et de

---

*constitué par convention approuvée par l'Etat soit entre plusieurs personnes morales de droit public, soit entre l'une ou plusieurs d'entre elles et une ou plusieurs personnes morales de droit privé* ».

<sup>555</sup>Il faut rappeler que la directive 2004/18 n'est pas applicable aux concessions de services mais que les dispositions des Traités et les principes généraux le sont. La jurisprudence sur l'exception in house « est pertinente tant pour l'interprétation des directives 2004/18 et 2004/17 que pour celle des articles 43 CE et 49 CE ainsi que des principes généraux dont ils constituent l'expression spécifique ».

<sup>556</sup>CJCE 13 octobre 2005 *Parking Brixen*, aff. C-458/03 ; *AJDA* 2005, p. 2335, chron. Broussy, Donnat et Lambert.

<sup>557</sup>CJCE 10 novembre 2005 *Commission c/ Autriche*, aff. C-29/04.

<sup>558</sup>CJCE 15 octobre 2009 *Acoset Spa*, aff. C-196/08.



l'intégrer à une structure sociétaire, mais non d'alléger les procédures et les exigences pesant sur l'autorité concédante. Rien ne s'oppose à ce que cette jurisprudence bénéficie à certains contrats conclus entre une collectivité territoriale et un groupement d'intérêt public dans lequel l'actionnaire privé aurait été choisi suite à une mise en concurrence.

Si la Cour de justice contrôle le statut des actionnaires des opérateurs, il importe peu que la structure soit, en tant que tel, de droit public ou de droit privé<sup>559</sup>. Mais il s'agit de lire entre les lignes d'une jurisprudence qui conserve une grande part d'ambiguïté. Selon certains auteurs, « dans l'esprit de la Cour, la forme commerciale (est) suspecte »<sup>560</sup>.

### 3- La possibilité d'un contrôle conjoint

Le contrôle analogue à celui que le pouvoir adjudicateur exerce sur ses propres services peut-il être un contrôle conjoint, c'est à dire partagé avec d'autres pouvoirs adjudicateurs ? La Cour de justice a admis cette possibilité dans son principe dans une importante affaire *Carbotermo*<sup>561</sup>. Elle a ainsi ouvert de nouvelles possibilités dans le domaine de la coopération des collectivités territoriales<sup>562</sup>. Ainsi, à l'occasion d'une affaire *Asociación Nacional de Empresas Forestales ASEMFO*<sup>563</sup>, la Cour de justice a pour la première fois appliqué positivement l'exception in house, en considérant que le critère du contrôle analogue était rempli<sup>564</sup>. Surtout, elle indique que la condition du contrôle analogue peut être remplie même à l'égard des marchés passés entre un pouvoir adjudicateur et une société dans laquelle il ne détient qu'un pour cent des parts, les autres parts étant détenues par d'autres pouvoirs adjudicateurs. La condition du contrôle analogue est donc plus aisée à remplir dès lors que d'autres pouvoirs adjudicateurs peuvent eux aussi contrôler l'entité. Ainsi, comme l'indique à ce propos S. Chavarochette-Boufferet, « la Cour de justice admet que l'influence décisive sur le groupement puisse être diluée »<sup>565</sup>. Cette jurisprudence est réaffirmée dans

<sup>559</sup>CJUE 10 septembre 2009 *Sea SRL c/ Cne di Ponte Nossa*, aff. C-573/07 : le fait pour l'opérateur économique d'être une société de capitaux n'exclut pas l'existence d'une relation in house, si le conseil d'administration de cette société voit son autorité restreinte au profit de structures décisionnelles composées de délégués des collectivités actionnaires.

<sup>560</sup>E. FATOME, A. MENEMENIS, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA* 2006, p. 67, spéc. p. 72.

<sup>561</sup>CJCE 11 mai 2006 *Carbotermo SpA*, C-340/04, « La circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, au sens du point 50 de l'arrêt Teckal, précité ».

<sup>562</sup>Jusqu'à concevoir une justification à la dérogation aux règles de la commande publique qui soit autonome par rapport à la théorie de l'exception in house. La Cour a donc montré son attachement à la coopération des collectivités infra-étatiques et à ce que ces dernières concluent des contrats entre elles.

<sup>563</sup>CJCE 18 décembre 2007 *Asociación Nacional de Empresas Forestales*, aff. C-295/05, *AJDA* 2008, p. 240, chron. Broussy, Donnat et Lambert.

<sup>564</sup>Point 57 : « Il résulte de la jurisprudence de la Cour que la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, en principe, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ».

<sup>565</sup>S. CHAVAROCLETTE-BOUFFERET, « Application du droit communautaire des marchés publics et réorganisation

l'arrêt *Coditel Brabant* qui énonce que « dans le cas où une autorité publique s'affilie à une société coopérative intercommunale dont tous les affiliés sont des autorités publiques, en vue de lui transférer la gestion d'un service public, le contrôle que les collectivités affiliées à cette société exercent sur celle-ci, pour être qualifié d'analogue au contrôle qu'elles exercent sur leurs propres services, peut être exercé conjointement par ces autorités, statuant, le cas échéant, à la majorité »<sup>566</sup>. Il découle de cette formulation que le contrôle exercé doit être collectif ; chaque collectivité pouvant intervenir sur l'opérateur et aucune d'entre elles ne le pouvant seule. Elle implique aussi que l'adhésion d'une collectivité à une structure intercommunale n'a pas à faire l'objet d'une mise en concurrence. Cette jurisprudence a donc une importance capitale en matière de coopération entre collectivités territoriale. Certes, ici encore, les contrats entre personnes publiques ne sont pas les seuls concernés par cette jurisprudence, mais les conventions conclus entre collectivités territoriales et établissements publics de coopération intercommunale en ont été, en France, les premiers bénéficiaires.

Il existe, dans la jurisprudence de la Cour de justice, une forme de méfiance à l'égard du patrimoine privé. Mise en relation avec la relative indulgence dont elle fait preuve en matière de coopération entre structures publiques, cette suspicion peut laisser penser que les contrats entre personnes publiques sont spécifiquement visés par la Haute juridiction de l'Union. Niant qu'un acteur privé puisse poursuivre l'intérêt général, la Cour semble présupposer l'existence d' « intérêts concordants »<sup>567</sup> entre les personnes publiques contractantes.

#### *B- La destination de l'activité*

La deuxième exigence énoncée dans l'arrêt *Teckal* implique de vérifier si l'entité « peut encore exercer une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs »<sup>568</sup>.

Le caractère dédié de l'opérateur peut recouvrir deux réalités distinctes. Bien entendu, l'opérateur peut réaliser des prestations de fournitures ou de services directement au profit de la collectivité publique. Mais il peut également exécuter une mission de service public au profit des tiers, dès lors que « seule la personne publique peut lui confier une telle mission »<sup>569</sup>. Cette indifférence à l'égard du bénéficiaire réel de la prestation, de la nature du contrat (en droit interne), de l'origine des rémunérations, et même du territoire sur lequel cette prestation est exécutée est

---

administrative des personnes publiques Vers un second souffle de l'hypothèse in house ? », *AJDA* 2008, p. 2147, spéc. p. 2140.

<sup>566</sup>CJCE 13 novembre 2008 *Coditel Brabant SA* aff. C-324/07, dispositif.

<sup>567</sup>S. CHAVAROCLETTE-BOUFFERET, *art. cit.*, p. 2140.

<sup>568</sup>Conclusions de Ph. LEGER sur CJCE 7 décembre 2000 ARGE, cité dans C. PILONE, *art. cit.*, p. 709.

<sup>569</sup>E. FATOME, A. MENEMENIS, *art. cit.*, p. 72.

illustré par l'arrêt *Carbotermo*<sup>570</sup> du 11 mai 2006.

Cet arrêt définit la notion d'une activité essentiellement réalisée avec la personne publique. Il indique au point 63 que l'« *on ne peut considérer que l'entreprise en cause réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient, au sens de l'arrêt Teckal, précité, que si l'activité de cette entreprise est consacrée principalement à cette collectivité, toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal* ». Lorsque plusieurs collectivités détiennent et contrôlent un organisme, l'activité à prendre en compte pour remplir ce critère est celle qu'il exécute à l'égard de toutes les collectivités, prise dans leur ensemble<sup>571</sup>. C'est la raison pour laquelle l'exception *in house*, nous l'avons vu, peut être appliquée dans le cadre d'une coopération entre personnes publiques, spécifiquement lorsqu'une entité (EPCI ou GIP, par exemple) contrôlée par plusieurs collectivités territoriales exécute un marché ou une délégation pour le compte de ces collectivités. Il s'agit de ce que la doctrine nomme la coopération ou mutualisation descendante<sup>572</sup>.

Là encore, la Cour statue aux termes d'une approche *in concreto*, assouplie au fil d'une jurisprudence parfois critiquée pour son caractère « disparate »<sup>573</sup>. En définitive, il s'agira de prouver que l'opérateur économique est véritablement dédié à l'autorité publique en démontrant qu'il consacre la majeure partie de ses activités à la satisfaction de ses besoins. Mais la Cour de justice n'a jamais délivré de taux au dessus duquel l'activité cesserait d'être marginale. Elle confirme ainsi « une approche active et matérielle (...) consacrant le primat de l'effectivité »<sup>574</sup>, et prend en compte les aspects quantitatifs et qualitatifs, ainsi que tous éléments qui seront de nature à emporter la conviction que l'organisme est réellement dédié à la collectivité publique<sup>575</sup>. E. Fatôme et A. Ménéménis déplorent une application trop stricte de cette exigence. Il suffirait d'exiger une séparation comptable et financière des activités mises en œuvre par l'opérateur<sup>576</sup>.

Pour S. Chavarochette-Boufferet, les différents critères de l'arrêt *Teckal* doivent être appréhendés à la lumière d'une ultime question : l'opérateur agit-il sur un marché concurrentiel ? S'il exerce l'essentiel de ses activités au bénéfice de la personne publique, et que l'entité ne dispose d'aucune forme d'autonomie, il ne saurait être considéré comme un opérateur économique agissant

<sup>570</sup>CJCE 11 mai 2006 *Carbotermo*, aff. C-340/04, *Dr. Adm.* 2006, comm. 148, obs. A. Ménéménis ; *CMP* 2006, comm. 203, point 67 : « Il est indifférent de savoir qui rémunère l'entreprise concernée, que ce soit la collectivité qui la détient ou les tiers usagers de prestations fournies en vertu de concessions ou d'autres relations juridiques établies par ladite collectivité. Il est également sans pertinence de savoir sur quel territoire lesdites prestations sont fournies ».

<sup>571</sup>Pour une application, v. CJCE 18 décembre 2007 *Asociación Nacional de Empresas Forestales*, aff. C-295/05, point 60, *AJDA* 2008, p. 240, chron. Broussy, Donnat et Lambert.

<sup>572</sup>V. *infra*.

<sup>573</sup>C. PILONE, *art. cit.*, p. 710.

<sup>574</sup>S. CHAVAROCHE-BOUFFERET, *art. cit.*, p. 2150.

<sup>575</sup>Approche visible dans le point 64 de l'arrêt *Carbotermo* : « Pour évaluer si tel est le cas, le juge compétent doit prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce, tant qualitatives que quantitatives ».

<sup>576</sup>E. FATOME, A. MENEMENIS, *art. cit.*, p. 72 : « on voit mal pourquoi un opérateur dédié pour certaines de ses activités (...) ne pourrait pas développer par ailleurs une activité économique concurrentielle, même non accessoire, s'il distinguait clairement ses deux activités ».

sur un marché concurrentiel, et les règles de concurrence et de transparence prévues pour réglementer ce marché n'ont pas vocation s'appliquer. Mais si elle dispose de cette autonomie, et quand bien même elle réaliserait une grande part de ses activités avec les collectivités publiques qui la contrôlent, elle peut être considérée comme l'acteur d'un marché concurrentiel, et ne peut pas bénéficier de l'exception *in house*. Ainsi peut-on considérer avec l'auteur que « c'est le statut de l'entité qui devient déterminant dans l'appréciation de la notion d'essentiel des activités »<sup>577</sup>. La place d'un opérateur sur le marché concurrentiel serait alors le critère ultime de cette jurisprudence. Cette notion est au coeur de la jurisprudence nationale.

## **§2 La réception et l'adaptation de cette théorie par la jurisprudence nationale relançant le débat sur l'exception *in house***

Le droit national de la commande publique s'est rapidement emparé de la théorie de l'exception *in house*. L'article 1411-12 tel que modifié par la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 dispose que les dispositions relatives aux délégations de service public ne s'appliquent pas « *lorsque ce service est confié à un établissement public ou à une société publique locale sur lesquels la personne publique exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalisent l'essentiel de leurs activités pour elle ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui contrôlent la société, à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement ou de la société* ». Cette disposition ne fait que retranscrire les exigences formulées par les arrêts *Teckal* et *Stadt Halle*, tout en réaffirmant le principe de spécialité. Mais elle ne concerne que les établissements publics et les sociétés publiques locales (SPL). Les SPL créées en réponse à la jurisprudence *Stadt Halle* par la loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement respectent les critères fixés par la jurisprudence européenne puisqu'elles sont composées à 100 % par du capital public. Elles relèvent ainsi *grosso modo* de l'hypothèse ayant donné lieu à l'arrêt *Coditel Brabant*.

Le Code des marchés publics n'a pas manqué de transposer la jurisprudence communautaire en son article 3, 1°. Mais il inclut une exception purement nationale<sup>578</sup> en indiquant 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°*

---

<sup>577</sup>*Ibid.* : « La Cour prend donc en compte la diversification des activités du prestataire qui, en dépit de son rattachement organique à une personne publique, témoigne au fond de sa qualité d'opérateur économique ».

<sup>578</sup> Ce qui relève uniquement du droit français est le fait que l'opérateur *in house* qui n'est pas un pouvoir adjudicateur doivent se soumettre aux règles de publicité et mise en concurrence mais la Cour de justice a estimé que s'il s'agit d'un pouvoir adjudicateur, il doit se soumettre à ces obligations. V. CJCE 18 novembre 2004 Commission c/ Allemagne, c-126/03, *Rec.* I-11197.

2005-649 du 6 juin 2005 ».

Le Conseil d'État a intégré les théories venues de Luxembourg. Il les a toutefois interprétées à sa manière et leur a conféré un sens théorique bien particulier. Par deux arrêts, le droit français intègre les deux figures de l'opérateur dédié<sup>579</sup>.

C'est par le célèbre arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*<sup>580</sup> que pour la première fois le Conseil d'État applique, à propos de relations menées entre des personnes publiques et une association, la théorie de l'opérateur in house. La section du contentieux reprend la définition communautaire de l'opérateur in house en énonçant que la passation d'un marché public ou d'une délégation de service public est inutile si l'objet statutaire de l'opérateur auquel les personnes publiques s'adressent, est, « sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer le service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services ». En la matière, la décision du Conseil d'État se montre orthodoxe à l'égard de la jurisprudence communautaire. L'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* reprend également l'idée qu'un opérateur dédié puisse faire l'objet d'un contrôle conjoint et être « mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public ».

Indépendamment de la théorie du contrat de quasi-régie, le Conseil d'État indique au surplus que les collectivités « peuvent toutefois ne pas passer un (marché public ou une délégation de service public) lorsque (...) le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel ».

L'aspect coopératif est particulièrement visible dans une autre décision qui relance le débat théorique sur le fondement de l'exclusion de certains contrats conclus entre personnes publiques du droit de la commande publique et des règles issues du principe de libre concurrence. Rendu dans un contexte doctrinal et jurisprudentiel favorable à la mutualisation<sup>581</sup>, l'arrêt *Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS)*<sup>582</sup> du Conseil d'État du 4 mars 2009 concerne un contrat conclu entre un groupement d'intérêt public (GIP)<sup>583</sup>, rassemblant onze établissements hospitaliers, et les membres de cet organisme. La convention ainsi conclue permet au GIP d'étudier, développer et mettre à disposition de ses membres des systèmes d'information. Les membres du groupement doivent-ils procéder à une mise en concurrence ou peuvent-ils conclure de gré à gré un marché ou

<sup>579</sup> CE sect. 6 avril 2007 *Commune d'Aix-en-Provence*, *BJDCP* 2007, n° 53, p. 283 concl. Séners ; *RFDA* 2007, p. 812, concl. Séners, note Douence ; *AJDA* 2007, p. 1020, chronique Lenica et Boucher ; *JCP A* 2007, p. 2128, note Pontier ; *JCP A* 2007, p. 2125, note Linditch ; *JCP A* 2007, p. 2111, note Karpenschiff ; *CMP* 2007 com. 191 note Eckert ; *Dr. Adm* 2007, p. 95, note Bazex et Blazy et CE 4 mars 2009 *Syndicat national des industries d'information de santé*, *JCP A* 2009, p. 2145, concl. Courrèges, note Devès ; *AJDA* 2009, p. 891, note Dreyfus ; *RFDA* 2009, p. 759, note Apollis.

<sup>580</sup> CE sect. 6 avril 2007 *Commune d'Aix-en-Provence*, précité.

<sup>581</sup> J.-D. DREYFUS, « La mutualisation peut-elle être soustraite aux règles du marché ? », *AJDA* 2009, p. 891.

<sup>582</sup> CE 4 mars 2009 *Syndicat national des industries d'information de santé*, précité.

<sup>583</sup> Le Groupement d'intérêt public est une personne publique : TC 14 janvier 2000 *GIP « Habitat et intervention sociales pour les mal-logés et les sans-abri »*, *AJDA* 2000, p. 410, chr. Guyomar et Collin.

une délégation avec cet organisme ? L'arrêt rendu prend compte tant la décision *Commune d'Aix-en-Provence* que les dernières évolutions communautaires concernant les opérateurs dédiés et le contrôle conjoint (*Carbotermo, Coditel Brabant*). Le Conseil d'État énonce que des collectivités publiques peuvent créer en commun un organisme chargé de leur fournir un certain nombre de prestations et qu' « 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, alors, comme un opérateur sur un marché concurrentiel ». Ainsi le GIP n'est-il qu'un « démembrement fonctionnel »<sup>584</sup> des personnes publiques. Dès lors, les relations qu'il entretient avec les collectivités membres bénéficient de l'immunité que l'arrêt *Coditel Brabant* avait notamment affirmée en matière de coopération institutionnelle.

Toutefois, alors que, nous venons de le voir, l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* distinguait, dans deux paragraphes séparés, la question de l'opérateur dédié de celle de l'opérateur n'agissant pas sur un marché concurrentiel, l'arrêt *SNIS* les confond et les mêle. C'est parce que l'opérateur est dédié qu'il n'agit pas sur le marché concurrentiel. Cette opinion est celle de nombreux auteurs<sup>585</sup> mais ne fait pas l'unanimité<sup>586</sup>. B. Apollis reconnaît que la solution apportée est opportune mais il en critique le fondement théorique. Selon lui, en confondant l'exception in house et le fait qu'un opérateur n'agisse pas sur le marché concurrentiel, l'arrêt du 4 mars 2009 crée un amalgame entre ce qui relève d'une exception à l'application du droit de la commande publique, exception accordée à un « opérateur agissant sur le marché concurrentiel »<sup>587</sup> (l'exception in house), et le régime appliqué à un opérateur (agissant hors du marché concurrentiel) qui ne se situe pas - par définition - dans le champ d'application du droit de la commande publique.

Cette confusion apparaissait déjà en germe dans l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* et dans les conclusions du Commissaire du Gouvernement Séners. Certes, F. Séners sépare avec précision les deux motifs d'exclusion de l'application des règles de la commande publique<sup>588</sup> (en l'occurrence

<sup>584</sup>J.-D. DREYFUS, *art. cit.*, p. 893.

<sup>585</sup>Et notamment de E. FATOME et A. MENEMENIS qui estiment que les arrêts statuant sur la théorie du in house « obéissent, au moins implicitement, à une même logique : si un opérateur externe est dédié, il peut être regardé comme un opérateur hors du jeu concurrentiel », in E. FATOME, A. MENEMENIS, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA* 2006, p. 67, spéc. pp. 71 et 72.

<sup>586</sup>L. Richer conteste cette position. V. L. RICHER, *op. cit.*, p. 379, § 757.

<sup>587</sup>B. APOLLIS, « Organisation des personnes publiques et obligation de mise en concurrence : les opérateurs dédiés sauvés par les contrats-maison ? », note sous CE 4 mars 2009 Syndicat national des industrie d'information de santé, *RFDA* 2009, p. 759, spéc. p. 763.

<sup>588</sup> « Les règles de concurrence qui fondent les procédures de délégation de service public et de marchés publics n'ont vocation à s'appliquer ni lorsqu'une collectivité publique confie l'exécution du service public à une personne privée qui a pour objet même de remplir cette mission et qui est sous son entier contrôle (hypothèse in house), ni lorsque la mission est dévolue à une personne qui est indépendante de l'administration mais qui n'est pas une entreprise opérant sur un marché concurrentiel au sens des règles de la concurrence », in F. SENERS, conclusions sur CE sect., 6 avril 2007,

la Loi Sapin). Mais il estime que l'un comme l'autre de ces deux fondements pouvait en l'espèce justifier l'exclusion de l'application de la loi Sapin. Autrement dit, si l'opérateur est dédié, c'est *a fortiori* qu'il agit hors du marché concurrentiel.

Mais il semble que la position de B. Apollis puisse être renversée. En effet, et par définition, l'opérateur dédié n'est pas autonome, et ne peut donc pas agir sur le marché. En définitive, et comme le confirment E. Fatôme et A. Ménéménis, l'opérateur dédié n'agit de manière guère plus autonome que si le service était géré en régie<sup>589</sup>. S. Chavarochette-Boufferet s'inscrit dans le droit fil de cette analyse en indiquant que la question de savoir si l'opérateur agit ou non sur le marché concurrentiel est le critère ultime à la lumière duquel doivent être interprétés les autres critères de l'opérateur dédié<sup>590</sup>.

Dans une telle perspective, les « relations-maison » seraient justifiées par le fait que la dépendance dans laquelle se trouve l'opérateur lui empêcherait toute action autonome sur le marché. Ainsi, l'immunité dont bénéficient les relations contractuelles conclues entre une collectivité publique et un opérateur dédié ne seraient que l'une des facettes d'un principe plus général : les marchés et délégations de services publics confiés à des opérateurs situés hors du marché concurrentiel échappent aux règles de la commande publique. Par sa portée, cette idée ne recouvre pas toutes les relations nouées entre personnes publiques car ces dernières peuvent agir sur le marché concurrentiel, ce dont témoigne l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants*. Inversement, des personnes privées peuvent ne pas agir sur un tel marché (l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* concernait une association). Mais, indépendamment de la théorie du contrat de quasi-régie, la jurisprudence interne comme communautaire s'est attachée à soustraire du champ d'application des règles du marché concurrentiel la coopération des personnes publiques autonomes.

## **Section 2 Exceptions fondées sur la non intervention de l'opérateur sur le marché concurrentiel**

L'article 1 de la directive 2004/18 dispose que les marchés publics sont des « *contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive* ». L'article 1 du code des marchés publics

---

Ville d'Aix-en-Provence, *RFDA* 2007, p. 812, spéc. p. 817.

<sup>589</sup> E. FATOME, A. MENEMENIS, *art. cit.*, p. 72. Ils plaident en outre pour que la Cour de justice autorise la diversification de l'activité, à condition que l'activité s'exerçant sur le marché concurrentiel fasse l'objet d'une comptabilité séparée.

<sup>590</sup> S. CHAVAROCLETTE-BOUFFERET, *art. cit.*, p. 2150.

reprend peu ou prou cette définition. A première vue, il semble que l'on puisse exclure du droit des marchés publics un certain nombre de contrats qui ne seraient pas conclus à titre onéreux, ou qui n'engageraient pas un « opérateur économique ». De fait, cette exclusion aurait pour conséquence mécanique de soustraire un certain nombre de contrats entre personnes publiques du droit des marchés publics.

Dès lors, comment définir un opérateur économique au sens communautaire ? Les directives relatives aux marchés publics se contentent d'énoncer que « *le terme d'opérateur économique couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de service* » et que ces termes « *désignent toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes et/ou organismes qui offre, respectivement, la réalisation de travaux, des produits ou des services sur le marché* »<sup>591</sup>. La définition de l'opérateur économique implique une certaine inopérance du critère organique *stricto sensu*. En effet, la jurisprudence communautaire a une vision très large de la notion d'entreprise<sup>592</sup> et, partant, de celle d'entrepreneur. D'autre part, l'opérateur économique peut être une entité publique ou un groupement de personnes publiques, ce dont, du reste, la jurisprudence nous avait déjà informé. Ainsi, le critère fondamental est moins celui de la nature de l'opérateur que celui de son intervention sur le marché. Il semble que les règles de publicité et mise en concurrence ne s'adressent pas à des entités n'opérant pas sur un marché et-ou qui ne concluent pas des contrats à titre onéreux. Mais comment définir un opérateur agissant sur le marché ? Il convient d'évoquer les réponses qu'ont données la jurisprudence (§1), le législateur et le pouvoir réglementaires (§2) à cette question fondamentale.

### **§1 Une exclusion jurisprudentielle de certains contrats du champ d'application du droit de la commande publique**

Dans un premier temps, la jurisprudence française a exprimé une conception singulière de la notion d'opérateur économique agissant sur un marché. Dans son avis *Fondation Jean Moulin* du 23 octobre 2003<sup>593</sup> le Conseil d'État justifie l'exclusion de l'application des règles de publicité et mise en concurrence par le fait que le cocontractant de l'administration n'était pas un opérateur économique en raison de la nature non lucrative des prestations effectuées « *les distinguant des*

---

<sup>591</sup>Art. 1, 8°, directive 2004/18 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

<sup>592</sup>CJCE 23 avril 1991 *Höfner et Elser c/ Macrotron*, aff. C-41/90 même si, rappellent E. Fatôme et A. Ménéménis, la cour « a su trouver dans l'exercice de prérogatives de puissance publique des limites à son extension indéfinie » (V. CJCE 19 janvier 1994 *SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol*, aff. C6364/92, D. 1995, p. 33 note L'Huillier), in E. FATOME, A. MENEMENIS, *art. cit.*, p. 70.

<sup>593</sup>EDCE, n° 55, p. 207 ; CP-ACCP 2004, n° 34, note Fatôme et Richer.



*prestations à caractère purement marchand* ». La solution du Conseil d'État est sujette à caution. L. Richer rappelle que « la notion d'opérateur économique n'est pas un critère de définition du marché public selon les directives et elle ne peut pas en être un car l'opérateur qui conclut un contrat à caractère onéreux est nécessairement un opérateur économique »<sup>594</sup>. Nous l'avons déjà dit, c'est donc davantage la notion d'intervention sur le marché concurrentiel qui permet d'écarter les règles de la commande publique.

Depuis lors, le Conseil d'État a choisi de fonder l'absence d'obligation de publicité et de mise en concurrence sur une idée qui, pour être voisine de celle d'« opérateur économique », semble davantage conforme à l'esprit du droit communautaire. L'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*<sup>595</sup> énonce que les collectivités publiques n'ont pas à passer un marché public ou une délégation de service public « lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel ». Le changement est subtil. Mais, comme le remarquent F. Lenica et J. Boucher, « on imagine mal que, s'agissant de notions aussi structurantes, ce glissement sémantique ne soit pas totalement assumé »<sup>596</sup>. Pour les deux auteurs, la notion de marché concurrentiel exprime la situation où le tiers n'est pas un opérateur économique (ce qui, on l'a vu, est difficile à définir et que d'ailleurs MM. Lenica et Boucher ne définissent pas), mais aussi et surtout celle où l'opérateur, bien qu'exerçant une activité économique, n'opère pas sur un marché « contestable »<sup>597</sup>. Ce marché peut ne pas être contestable en droit, ce qui est le cas d'un opérateur bénéficiant d'un droit exclusif. Il peut aussi ne pas être contestable en fait, soit que, pour des raisons techniques ou artistiques, l'opérateur soit, *de facto*, le seul à pouvoir remplir la prestation<sup>598</sup>, soit que les circonstances particulières et la nature de l'activité l'excluent du marché concurrentiel. A ce titre, la nature des activités des collectivités publiques permet de supposer que cette exception à l'application des règles de la commande publique a vocation à toucher nombre de contrats entre personnes publiques.

L'arrêt *Syndicat des industries d'information de santé*<sup>599</sup> rendu le 4 mars 2009 par le Conseil d'État semble apporter une hypothèse supplémentaire au caractère non contestable du marché. Si l'on suit le raisonnement de la Haute juridiction dans cet arrêt, le contrat de quasi-régie est exclu des règles de la commande publique précisément parce que l'opérateur, placé dans une relation de

---

<sup>594</sup> L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, p.381, § 761.

<sup>595</sup> CE sect. 6 avril 2007 *Commune d'Aix-en-Provence*, précité.

<sup>596</sup> F. LENICA, J. BOUCHER, « Relations entre collectivités publiques et personnes privées exerçant une mission de service public : mode d'emploi », *AJDA* 2007, p. 1020, spéc. p. 1022.

<sup>597</sup> *Ibid.*

<sup>598</sup> Les auteurs évoquent l'hypothèse de l'article 35 du code des marchés publics.

<sup>599</sup> CE 4 mars 2009 *Syndicat national des industries d'information de santé*, précité.

dépendance par rapport à la collectivité, n'intervient pas sur un marché concurrentiel. C'est, en substance ce qu'énonce L. Richer qui indique que « l'opérateur sur un marché concurrentiel renvoie à certaines situations particulières, comme l'existence d'un droit exclusif, ou d'un opérateur interne ou de quasi-régie »<sup>600</sup>. Autrement dit, il semble que ce soit parce que l'opérateur est dédié, et parce qu'il est lié à la personne publique par un contrat de quasi-régie, qu'il ne saurait être regardé comme une entité agissant sur le marché. L'hypothèse in house serait ainsi incluse dans une exception plus générale dont le critère fondamental serait la présence sur un marché.

Parmi les circonstances particulières évoquées par l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*, la question du coût (centrale à bien des égards en droit de la commande publique) est fondamentale car elle est de nature à exclure du droit de la commande publique les contrats à titre non onéreux. Un arrêt de la Cour de justice du 29 novembre 2007 *Commission c/ Italie*<sup>601</sup> a pu laisser penser qu'un simple remboursement n'était pas considéré comme un prix, ce qui peut faire penser que le but lucratif de l'entité est un critère à prendre en compte. Déjà l'avis *Fondation Jean Moulin* précité avait averti de l'importance à donner au caractère lucratif ou non du contrat conclu. L'arrêt *Commune du Veyrier-du-lac*<sup>602</sup> que nous évoquerons plus loin s'inscrit lui aussi dans cette logique. Le caractère lucratif de l'activité peut lui aussi écarter certains contrats entre personnes publiques de l'application des règles de la commande publique car les collectivités n'ont pas besoin de réaliser des profits pour survivre.

La reconnaissance qu'un opérateur est hors marché peut s'appuyer aussi sur la coopération entre collectivités publiques. Sans avoir eu recours à la théorie du contrat de quasi-régie<sup>603</sup>, la Cour de justice a récemment admis qu'un contrat puisse être conclu de gré à gré entre des collectivités infra-étatiques pour des raisons tenant à la nécessaire coopération qui s'était instaurée entre elles et aux enjeux d'intérêt publics qui étaient en cause.

L'arrêt *Commission c/ Allemagne* du 9 juin 2009<sup>604</sup> porte sur un contrat conclu de gré à gré entre quatre Landkreise (circonscriptions administratives allemandes) et la ville de Hambourg, par lequel est instaurée une mutualisation de la gestion des déchets. La ville de Hambourg doit construire et faire exploiter par une personne privée les installations nécessaires. En contrepartie, les quatre collectivités remboursent les charges résultant du coût supplémentaire et s'engagent à mettre leurs décharges à disposition de la ville de Hambourg. La Cour de justice rejette le recours en

---

<sup>600</sup>L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 381, § 761.

<sup>601</sup>Aff. C-619/06.

<sup>602</sup>CE 3 février 2012 *Commune de Veyrier-du-Lac*, n° 353737, *JCP A* 2012, actualités n° 86 ; *AJDA* 2012, p. 555, note Richer.

<sup>603</sup>Hypothèse bien connue de l'arrêt *Coditel Brabant*.

<sup>604</sup>CJUE 9 juin 2009 *Commission c/ Allemagne*, aff. C-480/06 ; com. Hoepffner *CMP*, n° 7, juillet 2009, comm. 226 ; note Dreyfus Rodrigues, *AJDA* 2009, p. 1715 ; note Proot, *JCP A*, juin 2009, n° 2158, p. 39.

manquement introduit par la Commission contre l'Allemagne en estimant que « *le droit communautaire n'impose nullement aux autorités publiques, pour assurer en commun leurs missions de service public, de recourir à une forme juridique particulière* ». « *D'autre part, pareille collaboration entre autorités publiques ne saurait remettre en cause l'objectif principal des règles communautaires en matière de marché public* » (point 47). Ce qui est particulièrement intéressant dans cet arrêt, c'est que la Cour indique clairement qu'il ne s'agit pas ici de la mise en œuvre de l'hypothèse *in house*<sup>605</sup> (« *les quatre landkreise concernés n'exercent aucun contrôle qui pourrait être qualifié d'analogie à celui qu'ils exercent sur leurs propres services (...) sur leur cocontractant* », point 36). Ainsi, la Cour de justice approuve l'argumentaire émis par l'Allemagne pour laquelle le contrat constitue une coopération interne à l'administration, qui ne déborde pas de la sphère publique<sup>606</sup>.

La Cour de justice statue aux termes d'une approche fonctionnaliste. Elle démêle l'écheveau contractuel qui lui est soumis « selon une technique s'apparentant davantage à la méthode traditionnelle du faisceau d'indices qu'à l'énoncé de conditions cumulatives ou alternatives »<sup>607</sup>. Il s'agit en premier lieu de s'assurer que le contrat exprime une véritable « *démarche de coopération* » (point 38) entre les parties publiques. Ainsi, une étude minutieuse du contrat permet à la juridiction de relever que les sommes versées par les collectivités ne correspondent pas à des prix mais à des « *remboursements* » (point 43). En outre, la ville de Hambourg s'engage à défendre les intérêts des landkreise en justice (point 40), alors que ceux-ci « *mettent à la disposition (...) de la ville de Hambourg les capacités de décharge qu'elles n'utilisent pas elles-mêmes* » (point 41). La logique de coopération est confirmée par le fait que la construction de l'installation n'a été décidée qu'après l'accord des landkreise (point 38). Cette coopération doit être en rapport direct avec l'objet du service public (point 41 et 47<sup>608</sup>). En somme, la démarche coopérative est avérée lorsque les obligations souscrites par les parties s'avèrent « *plus larges que la simple prestation de service* »<sup>609</sup>.

En deuxième lieu, le contrat doit avoir pour objet un service public. La Cour fait référence au point 37 au service public de l'élimination des déchets, « *mission commune* » incombant aux collectivités et dont l'exercice constitue la mise en œuvre de la directive 75/442/CEE. Un doute subsiste sur le point de savoir si la solution émise par la Cour est valable pour tous les services

---

<sup>605</sup>V. H. HOEPFFNER, « Mise en concurrence et intercommunalité », commentaire sous CJCE 9 juin 2009, Commission des CE c/ République fédérale d'Allemagne, *Contrats et Marchés Publics*, n° 7, juillet 2009, comm. 226.

<sup>606</sup>La Cour de justice relève que « *ledit contrat n'a été conclu que par des entités publiques, sans la participation d'une partie privée* ».

<sup>607</sup>J.-D. DREYFUS, S. RODRIGUES, « La coopération intercommunale confortée par la CJCE ? », note sous CJCE 9 juin 2009 Commission c/ Allemagne, *AJDA* 2009, p. 1715, spéc. p. 1718.

<sup>608</sup>« *Cette coopération est uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public* ».

<sup>609</sup>Ph. PROOT, « Coopération locale et mutualisation de services », note sous 9 juin 2009 Commission c/ Allemagne CJCE, *JCP A*, juin 2009, n° 2158, p. 39.

publics ou seulement pour ceux dont la gestion résulte d'une obligation communautaire<sup>610</sup>.

Pour H. Hoepffner, ces indices permettent de démontrer que la personne publique prestataire (ici la ville de Hambourg) « ne peut pas être considérée comme un prestataire de services *agissant sur un marché* »<sup>611</sup>. Il est vrai que la notion de marché n'est pas utilisée dans l'argumentaire de la Cour de justice. Néanmoins, l'opposition opérée entre d'une part « *la concurrence non faussée* », et de l'autre « *la mise en œuvre de la coopération (...) régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt général* » (point 47), tout comme le rappel au point 45 de la liberté d'organisation des collectivités peuvent laisser penser que la Cour de justice entend par cette décision déconnecter la gestion en commun des services publics des règles qui régissent le marché concurrentiel.

Par un document de travail en date du 4 octobre 2009, la Commission prend acte de cette décision et insiste sur les deux critères fondamentaux de la nouvelle exception posée : l'authentique coopération et la poursuite d'objectifs d'intérêt public. Même si cet aspect n'est pas explicitement énoncé, il est permis de penser que ces critères tendent *in fine* à démontrer que l'opérateur n'intervient pas sur un marché concurrentiel.

Ainsi, il semble que de nombreuses hypothèses d'opérateur hors marché ne fassent pas intervenir l'idée du défaut d'autonomie du prestataire. Toute la question est à présent de savoir si les différents mécanismes législatifs ou réglementaires sont conformes ou non aux principes sus évoqués.

## **§2 Des mécanismes législatifs et réglementaires plus ou moins conformes aux principes posés**

Législateur et pouvoir réglementaire ont pris en compte ce cadre théorique et l'ont appliqué à certaines formes de contrats entre personnes publiques.

Pour commencer, une disposition a fait l'objet d'une divergence d'interprétation entre la Commission européenne et la France. La Loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales modifiée par la loi du 19 février 2007 a introduit dans le code général des collectivités locales un article L. 5211-4-1-II. Cette disposition permet à une commune membre d'un Établissement public de coopération intercommunale (EPCI) de mettre à disposition toute ou partie de l'un de ses services, dans le cadre d'une bonne organisation des services. La possibilité inverse est également prévue dans les mêmes conditions - à savoir la mise à disposition de tout ou partie d'un

---

<sup>610</sup>V. H. HOEPFFNER, *art. cit.*

<sup>611</sup>*Ibid.* Nous soulignons.

des services de l'EPCI à la commune. Dans les deux cas, les modalités de rémunération et de remboursement sont prévus par convention.

Par un avis motivé<sup>612</sup>, la Commission européenne a critiqué la mise à disposition des services de la commune vers l'EPCI, hypothèse que l'on nomme « mutualisation ascendante ». Cette mise en cause ne concerne pas la « mutualisation descendante ». En effet, la mise à disposition des services de l'EPCI à l'une de ses communes membres peut s'analyser comme un contrat de quasi-régie, susceptible de se voir appliquer la jurisprudence *Coditel Brabant*, qui permet à une société intercommunale soumise au contrôle conjoint de ses membres d'accomplir des prestations à destination de ces derniers, à condition que les critères de l'arrêt *Teckal* sont remplis<sup>613</sup>. Mais la mutualisation ascendante présente un aspect différent puisque, par définition, l'EPCI ne saurait détenir un contrôle sur les collectivités qui le composent qui puisse se comparer à celui qu'il exerce sur ses propres services. Pour la Commission, « cette mise à disposition, dont les modalités et notamment la rémunération sont fixées par une convention entre, d'une part, la commune ou la collectivité territoriale et, d'autre part, l'EPCI ou le syndicat mixte concerné, revient à attribuer de gré à gré un marché public aux services communaux ou aux services de la collectivité territoriale sans respecter les procédures de passation prévues par le droit communautaire des marchés publics ».

J.-D. Dreyfus s'est montré critique vis-à-vis de cet avis. Selon lui, la mutualisation ascendante ne constitue pas un marché public car les services ne sont pas offerts sur un marché, comme en témoigne l'expression « bonne organisation du service ». Or, l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* le montre bien, l'obligation de publicité et mise en concurrence n'a pas lieu d'être dès lors que l'on ne se situe pas « sur un marché concurrentiel ». Il s'agit donc, pour l'auteur, d'une « convention d'organisation interne »<sup>614</sup>, « sans finalité lucrative »<sup>615</sup>, qui, de ce fait, « se situe en marge de la commande publique »<sup>616</sup>.

Suite à d'intenses discussions entre le gouvernement français et la Commission, le législateur a quelque peu modifié l'article L. 5211-4-1 du code général des collectivités territoriales par la loi du 16 décembre 2010 portant réforme des collectivités territoriales et la Commission a reconnu la conformité du dispositif aux règles communautaires. Les modifications sont subtiles : désormais, « les modalités d(u) remboursement sont définies par décret ». Le décret n° 2011-515 du 10 mai

---

<sup>612</sup>Commission des Communautés européennes, IP/07/922. V. J.-M. PASTOR « La Commission européenne conteste la mutualisation des services entre communes et intercommunalité », *AJDA* 2007, p. 1325.

<sup>613</sup>V. dans le même sens, B. KOEBEL, « Marchés publics conclus entre pouvoirs adjudicateurs : l'équilibre enfin ? », *JCP A* 2012, n° 2058.

<sup>614</sup>J.-D. DREYFUS, « Mutualisation des services et mise en concurrence », *AJDA* 2007, p. 1865, spéc. 1869.

<sup>615</sup>*Ibid.*, p. 1870.

<sup>616</sup>*Ibid.*

2011, codifié à l'article D. 5211-16 du CGCT dispose que « *le coût unitaire comprend les charges liées au fonctionnement du service et en particulier les charges de personnel, les fournitures, le coût de renouvellement des biens et les contrats de services rattachés, à l'exclusion de toute autre dépense non strictement liée au fonctionnement du service* ». Ainsi, il apparaît que la convention n'est pas conclue à titre onéreux, mais qu'au contraire « il n'est question que de paiement au franc le franc »<sup>617</sup>. Le nouveau régime ne constitue donc plus, aux yeux de la Commission, un marché public conclu à titre onéreux.

Ce dispositif ainsi instauré peut faire penser à l'article L. 5111-1 et L. 5111-1-1 du CGCT qui dispose que des conventions ayant pour objet des prestations de services peuvent être conclues entre des collectivités territoriales (sauf les communes) et des EPCI. Ces conventions sont soumises aux règles applicables aux marchés publics sauf lorsqu'elles portent sur des services non économiques d'intérêt général (L. 5111-1), ou qu'elles ont pour objet d'assurer l'exercice en commun d'une compétence appartenant aux collectivités concernées par la mise à disposition du service au profit d'un autre cocontractant ou par le regroupement des services et équipements existants de chaque cocontractant au sein d'un service unifié. La convention doit fixer les conditions de remboursement de ces mises à disposition ou mise en commun (L. 5111-1-1). Issue de la loi du 16 décembre 2010 portant réforme des collectivités territoriales, cette nouvelle rédaction exclut les communes du dispositif.

L'ancienne rédaction de cet article a fait l'objet de nombreux débats<sup>618</sup> car elle n'indiquait pas si les conventions ainsi conclues étaient soumises au droit des marchés publics. Certains pensaient qu'il s'agissait d'un dispositif *sui generis*, déconnecté du champ de la commande publique. Pour les tenants de cette interprétation, soit l'on était face à un contrat de la commande publique, soit l'on entrait dans le cadre de l'article L. 5111-1 du CGCT. C'est, d'une certaine manière, ce qu'avait jugé le Conseil d'État dans son arrêt *Communauté de communes du Piémont de Barr* en énonçant que la convention conclue entre l'EPCI et le syndicat mixte ne pouvait se voir appliquer l'article L. 5111-1 car elle était un marché public au sens communautaire<sup>619</sup>. Mais l'on pouvait aussi considérer qu'il n'y avait pas d'incompatibilité de principe entre l'application de l'article L. 5111-1 du CGCT et les règles imposant une publicité et une mise en concurrence. Telle était la ligne directrice des conclusions du Commissaire du Gouvernement Zupan sur le jugement du Tribunal administratif de Toulouse du 18 novembre 1999 *Préfet de la Haute-Garonne*<sup>620</sup>.

---

<sup>617</sup>*Ibid.*, p. 1869.

<sup>618</sup>*Ibid.*, p. 1868.

<sup>619</sup>« Ces dispositions, relatives à la création d'organismes publics de coopération entre collectivités territoriales, ne sont pas applicables au contrat litigieux prévu pour la gestion d'un service d'assainissement entre deux établissements publics de coopération intercommunale ».

<sup>620</sup>Conclusions citées dans J.-D. DREYFUS, *art. cit.*, p. 1868. Le jugement quant à lui ne prend pas réellement partie

En tout état de cause, la réforme du 16 décembre 2010 clôt cet intéressant débat puisque, désormais, ces conventions sont, en principe, et sauf si les conditions explicitées plus haut sont réunies, soumises aux dispositions applicables aux marchés publics. L'exception prévue à l'application du droit des marchés publics prévue par l'alinéa 3 de l'article L. 5111-1 s'avère elle aussi « euro-compatible ». En effet, elle recoupe les conditions fixées par l'arrêt *Commission c/ Allemagne* précité de la Cour de justice des communautés européennes du 6 juin 2009. Il s'agit en effet d'une coopération entre collectivités autonomes, non institutionnalisée, horizontale et qui permet de gérer en commun un service public<sup>621</sup>. Sans conteste, « le législateur a entendu tirer parti de l'arrêt *Commission c/ Allemagne* »<sup>622</sup>.

Une autre disposition législative est davantage sujette à caution. En vertu de l'article 12 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, dite « loi Deferre », telle que revisitée par la loi MURCEF du 11 décembre 2001, les services techniques de l'État peuvent apporter leur concours technique aux collectivités territoriales et leurs groupements et établissements publics, dans le respect du code des marchés publics<sup>623</sup>. De même, l'article 7 de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, réécrit lui aussi par la loi MURCEF, indique que les services de l'État peuvent, toujours dans le respect du code des marchés publics, « *concourir par leur appui technique aux projets de développement économique, social et culturel des collectivités territoriales et des établissements publics* ». Mais la loi MURCEF a introduit un article 7-1 qui dispose que les petites communes peuvent, « *pour des raisons de solidarité et d'aménagement du territoire* », bénéficier d'une assistance de l'État ; assistance qui n'est pas soumise au respect des règles instaurant une publicité et une mise en concurrence. Un décret précise les conditions à remplir pour être éligible à cette assistance technique qui, il faut le reconnaître, ne concerne que de petites communes.

Le législateur a justifié cette exclusion en indiquant qu'elle concerne des services d'intérêt général. Or, le droit de l'Union fait référence au rôle particulier des services d'intérêt économiques. L. Richer prend le contre-pied de cet argumentaire qui s'avère assez peu convaincant. La dérogation

---

sur cette question puisqu'il écarte la directive services en raison du fait que le moyen a été soulevé tardivement et alors même, souligne C. Emery, qu'il s'agissait d'un moyen d'ordre public. V. C. EMERY, « Intercommunalité et contrats entre personnes publiques », *AJDA* 2000 p. 592.

<sup>621</sup>Sur cette prise en compte de la jurisprudence communautaire, v. les conclusions inédites de B. Dacosta sur CE 3 février 2012 *Commune de Veyrier-du-lac*, n° 353737 : « Le législateur a entendu tirer parti de l'arrêt *Commission c/ Allemagne* ».

<sup>622</sup>B. DACOSTA, conclusions inédites sur CE 3 février 2012 *Commune de Veyrier-du-lac*.

<sup>623</sup>« *Les services de l'État, des régions et des départements peuvent, dans les conditions prévues par le code des marchés publics, apporter leur concours technique aux communes, à leurs établissements publics et aux établissements publics de coopération intercommunale ainsi qu'aux établissements publics associant exclusivement des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale pour l'exercice de leurs compétences* ».

n'est selon lui guère proportionnée au but d'intérêt général poursuivi. Certes, indique-t-il, seules de petites communes sont concernées par cette disposition, mais « l'État fournit la prestation sur tout le territoire, ce qui donne au marché une dimension nationale »<sup>624</sup>. En outre, l'auteur considère que cette disposition dissuade les collectivités de se regrouper afin de gérer leurs services publics de manière plus efficace<sup>625</sup>. L'on pourrait en outre soulever le fait que cette disposition contribue à la main-mise de l'État sur les petites communes. Malgré tout, l'auteur reconnaît que « les marchés de seuil communautaire (...) seront (...) très rares en ce domaine », et que « la faible importance de ces contrats leur permet, au moins dans certains cas, d'échapper au principe de transparence »<sup>626</sup>.

Enfin, un arrêt récent remet sur le devant de la scène le débat sur la conciliation des règles de publicité et de mise en concurrence avec la coopération nécessaire aux collectivités pour gérer au mieux leurs services publics. Dans l'arrêt *Commune de Veyrier-du-Lac* rendu par le Conseil d'État le 3 février 2012<sup>627</sup> était en cause une entente, mode ancien de coopération intercommunale. Décrite à l'article L. 5221-1<sup>628</sup>, cette pratique permet à des communes, EPCI ou syndicats mixtes, de s'entendre sur des objets d'utilité commune, et, le cas échéant, de conclure une convention permettant d'entreprendre ou conserver à frais commun des ouvrages ou installations d'utilité commune.

Dans le cadre d'une telle entente, la commune de Veyrier-du-Lac confie sans publicité ni mise en concurrence l'exploitation du service public d'eau potable à la communauté d'agglomération voisine d'Annecy. Le juge des référés pré-contractuels de première instance annule la passation en estimant que la convention qui s'apprête à être signée est une délégation de service public. La commune se pourvoit devant le Conseil d'État. Contrairement ce qui lui est proposé par son rapporteur public B. Dacosta, la Haute juridiction indique qu'une commune « *peut (...) conclure, hors règles de la commande publique, une convention constitutive d'une entente pour exercer en coopération avec des communes, et (des EPCI des missions de service public), notamment par la mutualisation de moyens dédiés à l'exploitation d'un service public* ». Mais pour se voir exempter des obligations de publicité et de mise en concurrence, l'entente ne doit pas permettre « *une*

---

<sup>624</sup>L. RICHER, « L'assistance technique de l'État aux communes peut-elle réellement s'affranchir de la concurrence », *AJDA* 2002, p. 1056, spéc. p.1057.

<sup>625</sup>*Ibid.*

<sup>626</sup>L. RICHER, *op. cit.*, p. 380, §760.

<sup>627</sup>CE 3 février 2012 *Commune de Veyrier-du-Lac*, n° 353737, *JCP A* 2012, actualités n° 86 ; *AJDA* 2012, p. 555, note Richer ; *AJCT* 2012, p. 205, note Hul ; *LPA*, 27 juil. 2012, p.6, com. Subra de Bieusses.

<sup>628</sup>Art. L. 5221-1 : « Deux ou plusieurs conseils municipaux, organes délibérants d'établissements publics de coopération intercommunale ou de syndicats mixtes peuvent provoquer entre eux, par l'entremise de leurs maires ou présidents, une entente sur les objets d'utilité communale ou intercommunale compris dans leurs attributions et qui intéressent à la fois leurs communes, leurs établissements publics de coopération intercommunale ou leurs syndicats mixtes respectifs.

*Ils 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 ».*



*intervention à des fins lucratives de l'une de ces personnes publiques, agissant tel un opérateur sur un marché concurrentiel* ». Le Conseil d'État applique cette règle à la convention en cause. Il trouve une justification opérationnelle à cette convention qui, selon lui, « n'a pas provoqué de transferts financiers indirects entre collectivités autre que ceux résultant strictement de la compensation de charges d'investissement et d'exploitation du service mutualisé ». Il en conclut qu'il n'y avait pas lieu de mettre en concurrence l'attribution de la délégation de service public.

Il importe de s'interroger sur le fondement d'une telle exclusion. Dès lors qu'il s'agit d'une coopération menée entre deux entités indépendantes et autonomes (la commune n'est pas adhérente de la communauté d'agglomération), l'hypothèse in house se trouve exclue. L'entente en cause dans cette affaire pouvait-elle s'analyser comme entrant dans le cadre juridique énoncé dans l'arrêt *Commission c/ Allemagne* ? C'est à cette analyse que s'adonne le juge de première instance ainsi que le rapporteur public. Tous deux aboutissent à la conclusion que la convention litigieuse n'exprime pas une démarche de coopération car « aucune contrepartie (à la prestation) n'est prévue » et que « la commune n'a pas davantage de prérogatives qu'une autorité délégante dans le cadre d'une concession »<sup>629</sup>. Or, la condition expressément fixée par la Cour de justice consistait précisément dans la démonstration d'une réelle et authentique coopération entre les parties, nourrie d'engagements réciproques. En principe, la démarche de coopération n'est authentique que si de réelles contreparties sont données par chacun des acteurs publics. De même, il ne résulte pas de la convention que les redevances perçues ne pourraient constituer que de simple remboursements, ce qui constitue également une condition essentielle exigée par la Cour de justice<sup>630</sup>.

En réalité, et s'il « rend un hommage verbal et implicite »<sup>631</sup> à l'arrêt *Commission c/ Allemagne*, le Conseil d'État fonde sa décision sur une autre base, plus nationale. « Le motif déterminant de la solution est ailleurs »<sup>632</sup> note L. Richer. En effet, l'arrêt du 3 février 2012 fait référence à la justification qui a déjà servi de fondement dans la jurisprudence *Commune d'Aix-en-Provence*, à savoir l'absence d'intervention de l'opérateur sur le marché concurrentiel. En 2012, la Haute juridiction administrative utilise toutefois un argument nouveau pour démontrer que l'opérateur n'agit pas sur un tel marché : il ne s'agit pas d'une « *intervention à des fins lucratives* »<sup>633</sup>. Doublement critiquable, cet élément dévoie quelque peu la jurisprudence *Commune d'Aix-en-*

<sup>629</sup>Le rapporteur public B. Dacosta va même plus loin en estimant qu'il ne s'agit même pas d'une entente. in B. DACOSTA, conclusions inédites sur CE 3 février 2012 Commune de Veyrier-du-Lac.

<sup>630</sup>« Il n'existait pas, selon nous, dans le dossier de première instance, d'éléments permettant de regarder le mécanisme comme un instrument de coopération susceptible d'être qualifié d'entente ».

<sup>631</sup>L. RICHER, « Un contrat d'entente intercommunale n'est pas une délégation de service public », note sous CE 3 février 2012 Commune de Veyrier-du-Lac, *AJDA* 2012, p. 555.

<sup>632</sup>*Ibid.*

<sup>633</sup>Cette formulation rappelle l'avis *Fondation Jean Moulin* du Conseil d'État, précité et *Commission c/ Italie* de la CJCE, précité.

Provence et rend « la compatibilité (de l'arrêt) avec l'état de la jurisprudence communautaire (...) plus que douteuse »<sup>634</sup>.

En premier lieu, B. Dacosta indique dans ses conclusions qu'« il ne résult(e) pas (...) de la convention que les redevances perçues auraient pour seul objet d'assurer le remboursement des frais engagés par la communauté d'agglomération »<sup>635</sup>. Autrement dit, cette activité est de nature à produire des bénéfices en faveur de la communauté. En tout état de cause, si cette circonstance pourrait présenter quelque intérêt si le contrat était un marché public<sup>636</sup> qui, par définition est conclu « à titre onéreux », elle est inopérante lorsqu'il s'agit comme ici d'une délégation de service public. En deuxième lieu, derrière la question des « *fins lucratives* », pointe l'idée selon laquelle les règles de publicité et de mise en concurrence ne s'appliquent pas parce que l'opérateur est une régie. L. Richer s'interroge : « comment admettre qu'une régie industrielle et commerciale n'est pas un opérateur économique et qu'elle n'intervient pas sur un marché concurrentiel quand elle contracte avec une commune autre que sa collectivité de rattachement ? »<sup>637</sup>.

À elle seule, cette décision éclaire la jurisprudence communautaire et nationale de ces dernières années. L'heure est aujourd'hui à une remise en cause de l'extension du champ d'application des obligations de publicité et mise en concurrence. Cette redéfinition exprime une double prise en compte. D'une part, les juridictions nationales comme communautaires prennent peu à peu conscience que les collectivités publiques doivent collaborer entre elles afin de gérer plus efficacement leurs services publics, et à meilleur marché<sup>638</sup>. Les enjeux qui agitent aujourd'hui les collectivités territoriales doivent nourrir une réflexion sur les moyens juridiques nécessaires à la mise en œuvre d'une coopération accrue, qui respecterait les principes fondamentaux communautaires et constitutionnels<sup>639</sup>.

En second lieu, jurisprudence communautaire et législateur français sont amenés à prendre en compte la possibilité offerte par les Traités de déroger au principe de non-discrimination et de libre prestation de services, en s'appuyant notamment sur l'article 14 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Celui-ci dispose que « *eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la*

---

<sup>634</sup>S. HUL, « Conventions d'entente : la « coopération non institutionnalisée/horizontale » vue par le Conseil d'État », *AJCT* 2012, p. 205.

<sup>635</sup>B. DACOSTA, *concl. citées*.

<sup>636</sup>Dans le même sens, v. L. RICHER, *art. cit.*

<sup>637</sup>*Ibid.*

<sup>638</sup>Ainsi, il faut admettre avec L. Richer que « la jurisprudence Hambourg, comme la jurisprudence sur le *in house*, a des fondements politiques », in L. RICHER, *art. cit.*

<sup>639</sup>Notons à ce sujet que dans ses conclusions contraires sur l'arrêt *Commune de Veyrier-du-Lac*, B. Dacosta plaide pour que le contrat soit qualifié de délégation de service public mais indique toutefois que « la solution retenue par le juge des référés peut sans doute sembler inopportune dans le cas d'espèce ». La commune aurait, par exemple pu adhérer à la communauté d'agglomération, dès lors qu'il y avait continuité géographique.

*promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, l'Union et ses États membres (...) veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions* ». Ainsi, peut-il être dérogé au principe de non discrimination dès lors que l'atteinte est proportionnée au besoin d'intérêt général<sup>640</sup>.

---

<sup>640</sup>CJCE 19 mai 1993 *Corbeau*, *AJDA* 1993, p. 865 ; CJCE 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, *Rec.* p. 1994 ; CJCE 23 octobre 1997 *Commission c/ France*, *Rec.* p. 39.



## Conclusion

Les contrats conclus entre personnes publiques sont sans conteste des instruments juridiques originaux. Il faut toutefois nuancer la portée des évidentes spécificités qui les nourrissent. Certes, le caractère peu contraignant ou l'aspect unilatéral de ces actes peuvent prêter à débat, mais le juge leur reconnaît le plus souvent la qualité de contrat. De plus, la méthode utilisée par le juge pour déterminer leur nature administrative ou privée présente certes quelque originalité, mais qui s'amenuise au fil de la jurisprudence, et dont il ne faut pas exagérer l'importance. Dans le même sens, leur régime d'exécution présente de bien réelles différences avec celui des contrats conclus avec une personne privée, mais de nombreux contrats administratifs ou de droit privé sont eux aussi soumis à des règles spéciales. Enfin, malgré l'émergence d'intéressantes théories qui permettent de préserver la liberté d'organisation des personnes publiques et la liberté de gestion des services publics dont elles ont la charge, les contrats de la commande publique conclus entre personnes publiques sont, par principe, soumis au droit commun de la commande publique. N'est-ce pas là la marque d'une forme de banalisation du contrat entre personnes publiques ?

Il est vrai que la juste place du contrat entre personnes publiques s'avère difficile à trouver. Il semble malaisé de leur appliquer sans distinction toutes les règles générales du contrat administratif. Cela reviendrait à nier tout rôle au critère organique. Le contrat administratif conclu avec une personne privée déroge par sa nature et son régime au contrat de droit civil ou commercial. De la même manière, le contrat administratif conclu entre personnes publiques ne saurait parfaitement s'assimiler à un contrat administratif classique duquel il se distingue par certains aspects. Il faut préserver ce *continuum*. En tout état de cause, il est toujours bon de rappeler que le contrat n'est qu'un instrument juridique au service des parties. Il est un serviteur, non un maître. Comme le rappelle J.-D. Dreyfus, « le contrat, c'est un contenant. Et ce n'est que cela » J.-D.<sup>641</sup>. Par conséquent, il est normal que son régime, sa définition, et sa nature même s'adaptent aux parties qui le concluent. A ce titre, le débat sur l'application de la théorie de l'acte mixte au contrat entre personnes publiques nous informe de la nature particulière d'un tel accord de volonté. Mais à l'inverse, les conventions conclues entre parties publiques ne doivent s'écarter démesurément de l'univers des contrats et du monde des contrats administratifs, sauf à ce que la notion même de contrat apparaisse galvaudée ou soit dévalorisée. Le double cadre du contrat civil et du contrat administratif doit demeurer l'horizon indépassable des contrats conclus entre personnes publiques.

Plus généralement, le risque d'une dilution des notions du droit administratif doit conduire

---

<sup>641</sup>J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 478.

tout juriste à une indispensable vigilance. Le contrat et le règlement, la règle de droit et la déclaration d'intention, l'activité d'intérêt général et l'activité purement lucrative, le régime applicable aux contrats administratifs et celui qui régit les conventions de droit privé ; voici autant de notions qui gagnent à demeurer clairement définies et précisément cloisonnées. L'existence du droit administratif est encore parfois contestée ; il doit donc se montrer exemplaire dans la définition des notions qu'il utilise pour ne pas donner à ses contempteurs les armes qui pourraient le vaincre. Or, nous l'avons remarqué, certaines notions ou principe du droit administratif présentent un caractère quelque peu ambigu lorsqu'elles sont employées pour qualifier ou définir le régime d'exécution du contrat entre personnes publiques.

La multiplication des contrats entre personnes publiques fait naître bien d'autres questionnements encore. Leur existence même interroge la conception contemporaine de l'intérêt général. Comment, au regard de cette notion, justifier la candidature des personnes publiques aux contrats de la commande publique ? Certes, la collectivité qui, aux termes d'une procédure de mise en concurrence, décide de conclure le contrat avec une autre personne publique bénéficie par définition d'une meilleure offre que celles proposées par les concurrents évincés. Mais la collectivité candidate ne poursuit le plus souvent que son intérêt financier.

L'utilisation du contrat pour organiser les services publics fait naître de nouvelles problématiques. La collectivité étatique n'ose plus – et souvent, ne peut plus – imposer unilatéralement un comportement déterminé aux collectivités décentralisées. L'État agit alors par voie contractuelle. Les premiers contrats de plan ou les conventions de transfert de service en sont des illustrations parlantes. Une mise en garde s'impose toutefois : « on ne peut pas gouverner par contrat »<sup>642</sup>. L'administration contractuelle implique un double mouvement de coopération entre les collectivités quant aux objectifs à atteindre et les moyens de les réaliser. Mais l'État doit aussi savoir user de la contrainte et faire respecter sa prééminence sur tout le territoire national.

Cependant, une conception naïve de l'« administration contractuelle » n'est pas de mise. Le contrat conclu entre l'État et des collectivités « inférieures » peut être un moyen déguisé de contraindre ces dernières à la coopération. L'attelage des termes « contraindre » et « coopération » est moins contradictoire qu'il n'y paraît. Dans bien des contrats qui engagent l'État et une autre personne publique, les collectivités contractantes ne sont pas placées sur un plan d'égalité. L'exemple le plus illustratif est à l'évidence le contrat de plan État-région (aujourd'hui contrat de projet). L'article 12 de la loi de 1982 indique que seul l'État peut résilier ce type de contrat, dans les conditions qu'il prévoit. A l'origine pourtant, le législateur souhaitait que ces contrats fussent conclus dans un « contexte général (...) non plus de subordination ou de tutelle, mais de

---

<sup>642</sup>R. DENOIX DE SAINT-MARC, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA* 2003, p. 970, spéc. p. 971.

contractualisation des rapports entre collectivités publiques que l'on (voulait) juridiquement égales entre elles »<sup>643</sup>. Mais pour nombre d'auteurs, ces contrats de plan ont permis de restaurer de manière voilée l'ancienne tutelle qu'exerçait l'État sur les collectivités territoriales avant la loi du 2 mars 1982. En clair, ces conventions ont rapidement été assimilées à des outils juridiques permettant l'exécution du plan national décidé par l'État. En ce sens, l'article 11 de la loi du 29 juillet 1982 dispose que les contrats de plan sont conclus « en vue de l'exécution du plan et de ses programmes prioritaires. Ces contrats portent sur les actions qui contribuent à la réalisation d'objectifs compatibles avec ceux du plan de la nation. » Ainsi J.-M. Pontier notait-il en 1989 que « les préoccupations régionales sur lesquelles on insiste ne doivent pas faire oublier que les contrats de plan procèdent de la politique nationale d'aménagement du territoire et non l'inverse »<sup>644</sup>. Les priorités retenues par les régions et inscrites dans les contrats de plan doivent être compatibles avec les grandes options inscrites dans le plan de la nation. Aujourd'hui, le plan de la nation a disparu et les contrats de plan ont été remplacés par des contrats de projets, mais l'objet de ces contrats demeure nimbé d'ambiguïté.

En dehors du cas des contrats de plan, et lorsque qu'une entité publique quelconque (collectivité territoriale ou établissement public, par exemple) contracte avec l'État, elle n'est pas forcément inférieure du point de vue du droit, mais l'est souvent *de facto*. En effet, « si l'on regarde les faits, il n'y a bien évidemment pas d'équivalence et d'égalité entre l'État et sa puissance financière et une petite commune », note N. Portier<sup>645</sup>.

Ainsi, nous l'avons vu, la question de l'égalité des parties est un des débats qui agite le plus la doctrine. Elle doit alerter chacun sur le fait que le contrat n'est pas un remède miracle. Ou s'il en est un, il comporte son lot d'effets indésirables et de contre-indications.

---

<sup>643</sup>E. FATOME, J. MOREAU, « Les relations contractuelles entre collectivités publiques, l'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation », *AJDA* 1990, p. 142

<sup>644</sup>J.-M. PONTIER, « Les contrats de plan État-région et l'aménagement du territoire », *AJDA* 1989, p. 743.

<sup>645</sup>N. PORTIER, « Un nouveau mode de relations entre l'État et ses partenaires : l'exemple de l'aménagement du territoire », *AJDA* 2003, p. 986





## Bibliographie

### OUVRAGES GENERAUX

CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome I, 14<sup>ème</sup> édition, Paris, Montchrestien, 2000, Collection Domat Droit public, 1399 pages

FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, LGDJ, 2009, 651 pages

GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, 514 pages

de LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, Tome premier, Paris, LGDJ, 1984, 1124 pages

LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVE Pierre, GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 2011, 1007 pages

NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, Montchrestien, 2010, 720 pages

RÉMOND René, *Le XIX<sup>ème</sup> siècle 1815-1914*, Paris, Le Seuil, 1974, Collection Points Histoire, 248 pages

RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, 7<sup>ème</sup> édition, Paris, LGDJ – Lextenso éditions, 2010, 713 pages

SEILLER Bertrand, *Droit administratif, 2. L'action administrative*, Paris, Flammarion, 2011, Collection Champ université, 355 pages

WALINE Jean, *Droit administratif*, 23<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 2010, 728 pages

### OUVRAGES SPECIALISES ET THESES

DREYFUS Jean-David, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, Paris, L'Harmattan, 1997, Collection logiques juridiques, 525 pages

MADIOT Yves, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherche sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, LGDJ, 1971, 390 pages

MELLERAY Fabrice (Études réunies par), *L'exorbitance du droit administratif en question*, Poitiers, LGDJ, 2004, 312 pages.

PONTIER Jean-Marie, *Les contrats de plan entre l'État et les régions*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, Collection Que sais-je, 127 pages

SESTIER Jean-François, *Le développement des techniques administratives conventionnelles*, Thèse, Lyon 3 dactyl., 1988, 948 pages.

## ARTICLES

- AUBY Jean-Bernard, « La bataille de San Romano Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001, p. 912
- BAZEX Michel, « Contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA* 1984, p.68
- BROUANT Jean-Philippe, « Les contrats d'agglomération : l'intercommunalité de projet à l'épreuve du principe de spécialité », *AJDA* 2004, p. 905
- BROUSSOLLE Denis, « Conventions entre personnes publiques et décentralisation L'exemple des dessertes ferroviaires », *AJDA* 1989, p. 747
- CAUDAL Sylvie, « Trente ans après la jurisprudence UAP. Retour sur les contrats entre personnes publiques », *AJDA* 2013, p. 834
- CHAVAROCLETTE-BOUFFERET Séverine, « Application du droit communautaire des marchés publics et réorganisation administrative des personnes publiques Vers un second souffle de l'hypothèse in house ? », *AJDA* 2008, p. 2147
- DELVOLVE Pierre, « Marchés publics : des contrats contrats-maison », *Rev. dr. UE*, 2002, p.53
- DENOIX DE SAINT-MARC Renaud, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA* 2003, p. 970
- DOUENCE Jean-Claude, « Les conventions entre personnes publiques », *Mélanges Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 114
- DREYFUS Jean-David, « Actualité des contrats entre personnes publiques », *AJDA* 2000, p. 575
- DREYFUS Jean-David, « L'ingénierie publique à la croisée des chemins », *Mélanges Franck Moderne : Mouvement du droit public*, Dalloz, 2004, p. 521
- DREYFUS Jean-David , « Mutualisation des services et mise en concurrence », *AJDA* 2007, p. 1865
- DREYFUS Jean-David, « La mutualisation peut-elle être soustraite aux règles du marché ? », *AJDA* 2009, p. 891
- DREYFUS Jean-David, « Contrats administratifs entre personnes publiques et théorie générale des contrats administratifs », *AJDA* 2013, p. 846
- ECKERT Gabriel, « Contrats entre personnes publiques et droit de la concurrence », *AJDA* 2013, p. 849
- EMERY Cyrille, « Intercommunalité et contrats entre personnes publiques », *AJDA* 2000 p. 592
- FATOME Éric et MENEMENIS Alain, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA* 2006, p. 67
- FATOME Éric, MOREAU Jacques, « Les relations contractuelles entre collectivités publiques L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation », *AJDA* 1990, p. 142

FINANCE Jean-Pierre, « Les contrats d'établissement dans le domaine de l'enseignement supérieur », *AJDA* 2003, p. 989

FLEURY Thibault, « La liberté contractuelle des personnes publiques Questions critiques à l'aune de quelques décisions récentes », *AJDA* 2012, p. 231

HAURIOU André, « Droit administratif de l'aléatoire », *Mélanges Trotabas*, LGDJ, 1970, p. 197

L'HUILLIER Jean, « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ? », *D.*, 1953, chron., p. 87

JEGOUZO Yves, « L'administration contractuelle en question », *Mélanges Franck Moderne : Mouvement du droit public*, Dalloz, 2004, p. 543

KARPENSCHIF Mickaël, « SPLA, SPL, SLP. Un an après la Communication interprétative sur les partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) : où en est-on du développement de l'économie mixte locale ? », *JCP A* 2010, n° 2230

KOEBEL Bruno, « Marchés publics conclus entre pouvoirs adjudicateurs : l'équilibre enfin ? », *JCP A* 2012, n° 2058

LABETOULLE Daniel, « Retour sur la jurisprudence UAP », *AJDA* 2013, p. 840

LAIDIE Yann, « La concurrence entre établissements publics et opérateurs privés dans l'accès aux contrats publics », *Dr. admin.* Avril 2001, chronique n°8, p. 4, spéc. p. 6

LAGRANGE Philippe, « La qualification des contrats entre personnes publiques », *Dr. Admin.*, mars 2000, p. 7

LAROQUE Michel, « La contractualisation comme technique de tutelle : l'exemple du secteur social », *AJDA* 2003, p. 976

de LAUBADERE André, « Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », *RDJ* 1954, p. 36

LOMBARD Martine, « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *Dalloz-Sirey* 1994, chronique, p. 163

LOMBARD Martine, « 80 ans après l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers : pavane pour une infante défunte », *RJEP* n° 683, Février 2011, repère 2

MARCOU Gérard, « Les contrats entre l'État et les collectivités territoriales Réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs », *AJDA* 2003, p. 982

MODERNE Franck, « L'évolution du droit administratif : les conventions entre personnes publiques », *RFDA* 1984, p. 1

MOREAU Jacques, « Les contrats de plan État-Régions technique nouvelle d'aménagement du territoire ? », *AJDA* 1989, p. 737

MOREAU Pierre, « Comment qualifier un contrat conclu entre personnes publiques ? », *La*

*semaine juridique A et CT* 2003, p. 331

PASTOR Jean-Marc, « La Commission européenne conteste la mutualisation des services entre communes et intercommunalité », *AJDA* 2007, p. 1325

PEYRICAL Jean-Marc, « Les contrats de prestation entre collectivités publiques Réflexions et interrogations », *AJDA* 2000, p. 581

PILONE Caroline, « Réflexions autour de la notion de contrat « in house » », *Mélanges en l'honneur du Professeur Guibal*, Tome 1, Montpellier, 2006, Université de Montpellier, p. 701

PONTIER Jean-Marie, « Les contrats de plan entre l'État et les régions », *AJDA* 1985, p. 331

PONTIER Jean-Marie, « Les contrats de plan État-région et l'aménagement du territoire », *AJDA* 1989, p. 743

PONTIER Jean-Marie, « Des CPER aux CPER : les contrats de projet 2007-2013 », *AJDA* 2008, p. 1653

PONTIER Jean-Marie, « La liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* 2013, p. 837

PORTIER Nicolas, « Un nouveau mode de relations entre l'Etat et ses partenaires : l'exemple de l'aménagement du territoire », *AJDA* 2003, p. 986

POULET-GIBOT LECLERC Nadine, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA* 1999, p. 552

RAVANEL, « Les pouvoirs des collectivités locales en matière d'aide aux entreprises », *EDCE* 1989, n° 41, p. 159

RICHER Laurent, « L'assistance technique de l'État aux communes peut-elle réellement s'affranchir de la concurrence », *AJDA* 2002, p. 1056

RICHER Laurent, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA* 2003, p. 973

ROLIN Frédéric, « Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats in house », *AJDA* 2005, p. 898

ROUX Christophe, « La personne publique candidate à la commande publique », *AJDA* 2013, p. 853

STIRN Bernard, « Les relations contractuelles entre collectivités publiques Le juge administratif et les contrats entre collectivités publiques », *AJDA* 1990, p. 139

TERNEYRE Philippe, « Sur la responsabilité pour les collectivités territoriales d'engager la responsabilité contractuelle de l'État pour manquement à ses obligations souscrites dans les contrats de plan », *Mélanges J.-C. Douence*, Dalloz, 2005 p. 452

UNTERMAIER-KERLÉO Élise, « Les contrats entre personnes publiques sont-ils des contrats ? », *AJDA* 2013, p. 843

## CONCLUSIONS

BERGEAL Catherine, « La candidature d'une personne publique à un contrat public », conclusions sur Conseil d'État, 16 octobre 2000 Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau, *RFDA* 2001, p. 106

BERGEAL Catherine, « La candidature d'une personnes publique à un contrat public », conclusions sur CE avis 8 novembre 2000 Société Jean-Louis Bernard Consultant, *RFDA* 2001, p.112

CASAS Didier, « Assistance des services de l'État et concurrence : le rôle de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat », conclusions sur CE ass. 31 mai 2006 Ordre des avocats au barreau de Paris, *RFDA* 2006, p. 1048

DACOSTA Bertrand, conclusions sur CE 24 novembre 2008 Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup, *BJCP* 2009, p. 151

DACOSTA Bertrand, conclusions inédites sur CE 3 février 2012 Commune de Veyrier-du-lac

DAEL Serges, « Le régime juridique des contrats de plan entre l'État et les régions », conclusions sur CE ass, 8 janvier 1988 Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg et autres, *RFDA* 1988, p. 25

FORNACCIARI Marc, « Les pouvoirs d'annulation du juge des contrats conclus entre deux personnes publiques », conclusions sur CE, sect. 31 mars 1989 Département de la Moselle, *RFDA* 1989, p. 466

HUBERT, conclusions sur CE 11 mai 1990 BAS de Blénod-lès-Pont-à-Mousson c/ OPHLM de Meurthe-et-Moselle, *CJEG* octobre 1990, p. 348

LABETOULLE Daniel, conclusions sur TC 21 mars 1983 Union des assurances de Paris et autres assureurs du centre national pour l'exploitation des océans c/ Ministre des Postes et Télécommunications, *AJDA* 1983, p. 357

LENICA Frédéric, conclusions sur CE, 10 juillet 2009 Département de l'Aisne et Ministre de la Santé et des Sports, *BJDCP* 2009, n° 67, p. 444

PIVETEAU Denis, conclusions sur CE 15 sept. 2004, Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement, *Lebon* 596, 628 et 631

PRADA-BORDENAVE, conclusions sur CE 21 décembre 2007 Région du Limousin, *RJEP*, n° 652, avril 2006, comm. 6

SAVOIE Henri, « L'application de la directive aux contrats entre personnes publiques », conclusions sur CE sect. 20 mai 1998 Communauté de communes du Piémont de Barr et autre, *RFDA* 1998, p. 609, spéc. p. 613

SENNERS François, « L'identification des organismes privés chargés d'une mission de service public », conclusions sur CE sect. 6 avril 2007 Ville d'Aix-en-Provence, *RFDA* 2007, p. 812

STAHL Jacques-Henri, « Les incertitudes de la force juridique des contrats de plan » conclusions sur CE 25 octobre 1996 Association Estuaire-écologie, *RFDA* 1997, p. 349

## NOTES

ALIBERT René, note sous CE 30 mai 1930 Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, *Sirey* 1931. 3, p. 73

APOLLIS Benoît, « Organisation des personnes publiques et obligation de mise en concurrence : les opérateurs dédiés sauvés par les contrats-maison ? », note sous CE 4 mars 2009 Syndicat national des industrie d'information de santé, *RFDA* 2009, p. 759, spéc. p. 763

AUBY Jean-Bernard, HUBRECHT Hubert-Gérald, note sous TC 21 mars 1983 Union des assurances de Paris, *D. juris.* 1984, p. 33

DRAGO Roland, note sous CE, ass. 8 janvier 1988 Ministre du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg, *JCP* 1988, n° 21083, 21084

CLAMOUR Ghislain, « L'accès des personnes publiques à la commande publique », note sous CE, 10 juill. 2009 Département de l' Aisne et Ministre de la Santé et des Sports, *RFDA* 2010, p. 146

COLLY François, note sous CE 11 mai 1990 Bureau d'aide sociale de Blénod-lès-Pont-à-Mousson, *AJDA* 1990, p. 614

DEGUERGUE Marise, note sous TC 7 octobre 1991 Centre régional des oeuvres universitaires et scolaires de l'académie de Nancy-Metz : *Quot. Jur.*, n° 12, 11 février 1992, p. 9

DREYFUS Jean-David, « L'élément exorbitant, critère de qualification des contrats entre personnes publiques », note sous cass. 30 septembre 2003, *AJDA* 2003, p. 2205

DREYFUS Jean-David, « L'intervention économique des collectivités publiques : mode d'emploi », note sous CE ass. 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, *AJDA* 2006, p. 1592

DREYFUS Jean-David, « Le contrat de vente d'eau entre personnes publiques est, en principe, de nature privée », note sous CAA Marseille 9 juillet 2007 Commune d'Alet-les-bains, *AJDA* 2007, p. 2144

DREYFUS Jean-David, « Les contrats entre personnes publiques peuvent être à durée indéterminée », note sous CE 24 novembre 2008 Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup, *AJDA* 2009, p. 319

DREYFUS Jean-David, S. RODRIGUES, « La coopération intercommunale confortée par la CJCE ? », note sous CJCE 9 juin 2009 Commission c/ Allemagne, *AJDA* 2009, p. 1715

ECKERT Gabriel, « Résiliation d'un contrat administratif par le juge administratif », note sous CE

24 novembre 2008 Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup, *CMP* janvier 2009, comm. 7, p. 21

ECKERT Gabriel, « Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat », note sous CE ass. 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, *CMP* juillet 2006, p. 12

ECKERT Gabriel, « Candidature d'une personne publique : le Conseil d'État confirme l'avis Société Jean-Louis Bernard Consultants », commentaire sous CE 10 juill. 2009 Département de l' Aisne et Ministre de la Santé et des Sports, *CMP*, n° 8, Août 2009, comm. 270

GUYOMAR Mathias, COLLIN Pierre, « Conditions relatives à la candidature d'un établissement public administratif à un marché public ou à une délégation de service public », note sous CE avis 8 novembre 2000 Société Jean-Louis Bernard Consultants, *AJDA* 2000, p. 987

HAURIOU Maurice, « note sous CE 20 janvier 1899 Administration des pompes funèbres », *S.* 1899, 3, p. 113

HAURIOU Maurice, note sous CE 29 juin 1906 Carteron, *S.* 1907 III, p. 97

HOEPFFNER Hélène, « Mise en concurrence et intercommunalité », commentaire sous CJCE 9 juin 2009, Commission des CE c/ République fédérale d'Allemagne, *Contrats et Marchés Publics*, n° 7, juillet 2009, comm. 226

HUL Sylvain, « Conventions d'entente : la « coopération non institutionnalisée/horizontale » vue par le Conseil d'État »; *AJCT* 2012, p. 205

LE NOAN Christine, note sous CE 25 octobre 1996 Association estuaire écologie, *D.* Jurisprudence 1997, p. 442

LLORENS François, « Le pouvoir de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs », commentaire sous CE 2 février 1983 Union des transports publics urbains et régionaux, *RFDA* 1984, p. 45

LLORENS François, « note de jurisprudence », note sous CE 31 mars 1989 *Département de la Moselle* RDP 1989 p. 1171

LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, observations sous CE 11 mai 1990 Bureau d'aide sociale de Blénod-lès-Pont-à-Mousson, *D.* 1991, sommaire, p. 141

MADIOT Yves, note sous CE 25 octobre 1996 Association estuaire écologie, *RFDA* 1997, p. 343

MARSON Grégory, Commentaire sous CE, 10 juill. 2009 Département de l' Aisne et Ministre de la Santé et des Sports, *Dr. Admin.* Octobre 2009, n° 10, comm. p. 127

MAUGUE Christine et SCHWARTZ, note sous CE sect. 13 mai 1992 Commune d'Ivry-sur-Seine et CE 25 mai 1992 Département de l'Hérault, *AJDA* 1992 p. 480

MELLERAY Fabrice, « Un contrat administratif conclu sans limitation de durée entre deux personnes publiques n'est pas pour autant nul », note sous CE 24 novembre 2008 Syndicat mixte

d'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup, *Droit Administratif*, n° 2 février 2009, comm. 19

PELISSIER Gilles, « L'absence de terme n'entraîne pas la nullité du contrat conclu entre personnes publiques », *RJEP* n° 664, Mai 2009, comm. 21

PONTIER Jean-Marie, « La responsabilité contractuelle de l'État dans ses relations avec les collectivités territoriales », note sous CE 21 décembre 2007 Région du Limousin, *JCPA* et CT 2007 n° 2050

PROOT Philippe, « Coopération locale et mutualisation de services », note sous 9 juin 2009 Commission c/ Allemagne CJCE, *JCP A*, juin 2009, n° 2158, p. 39

RICHER Laurent, « Un contrat d'entente intercommunale n'est pas une délégation de service public », note sous CE 3 février 2012 Commune de Veyrier-du-Lac, *AJDA* 2012, p. 555

### **RAPPORTS PUBLICS DU CONSEIL D'ÉTAT**

CONSEIL d'ÉTAT, *Rapport public Collectivités publiques et concurrence*, La documentation française, 2002, Collection Études et documents, 465 pages

CONSEIL d'ÉTAT, *Rapport public*, volume 2, La documentation française, 2008, Collection études et documents, 397 pages



## Table des matières

Liste des abréviations.....	7
Sommaire.....	9
Introduction.....	11

### **TITRE 1 Une qualification et une exécution des contrats entre personnes publiques dérogeant pour une part au régime général des contrats administratifs .....23**

Chapitre 1 La qualification juridique des contrats entre personnes publiques : des spécificités bien réelles mais tendant à se réduire .....	23
--	----

Section 1 La nature contractuelle de certains accords passés entre personnes publiques mise en doute .....	24
--	----

§1 La validité et la nature des contrats entre personnes publiques .....	24
--	----

A- La validité des contrats entre personnes publiques régissant l'organisation des compétences.....	24
---	----

B- La nature contractuelle ou réglementaire des contrats entre personnes publiques....	27
--	----

§2 Contrat ou déclaration d'intention : l'effet obligatoire des accords passés entre administrations.....	32
---	----

A- Des contrats contenant des obligations de moyens.....	33
--	----

B- La possibilité d'une mise en cause de la responsabilité contractuelle des parties....	34
--	----

C- La précision des contrats : une question centrale.....	36
---	----

Section 2 La spécificité de la méthode de qualification des contrats entre personnes publiques en question .....	40
--	----

§1 L'inadaptation des critères classiques du contrat administratif.....	41
---	----

A- L'inadaptation du critère de la clause exorbitante.....	41
--	----

B- L'inadaptation du critère de l'objet.....	43
--	----

§2- De sérieuses critiques émises à l'encontre de la jurisprudence UAP.....	44
---	----

§3 Une solution UAP à la postérité limitée.....	46
---	----

Chapitre 2 Un régime d'exécution des contrats entre personnes publiques nourri de particularismes justifiés et relatifs .....	53
---	----

Section 1 Des pouvoirs d'intervention sous liberté surveillée.....	54
--	----

§1- Un contrôle renforcé sur les pouvoirs de modification et résiliation unilatérales dans les contrats entre personnes publiques ayant pour objet l'organisation du service public.....	54
--	----

A- Des prérogatives fortement limitées ou sous étroit contrôle du juge.....	54
---	----

B- Une décision conférant au juge le pouvoir de résilier unilatéralement un contrat conclu entre personnes publiques.....	57
---	----

§2 La difficile détermination de la collectivité détentrice des pouvoirs de résiliation et modification .....	62
---	----

Section 2 Une paralysie paradoxale.....	67
---	----

§1 Les termes du paradoxe .....	67
---------------------------------	----

A- Les fondements traditionnels des pouvoirs de modification et de résiliation dans le contrat administratif.....	67
---	----

B- Un paradoxe mettant la question de l'égalité des parties au premier plan.....	69
--	----

§2- Une tentative de dépasser le paradoxe.....	72
--	----

A- La déconnexion de la notion d'organisation du service public avec les pouvoirs d'intervention.....	72
---	----

B- La confirmation du lien entretenu entre l'organisation du service public et les pouvoirs d'intervention .....	74
--	----

**TITRE 2 Une banalisation des contrats entre personnes publiques de nature économique et une soumission accrue au droit public économique et de la concurrence .....77**

Chapitre 1 Des personnes publiques incitées à agir sur le marché concurrentiel favorisant les contrats entre personnes publiques à caractère économique.....	77
Section 1 Un contexte interne et communautaire favorable à la candidature des personnes publiques dans les contrats de la commande publique.....	78
§1- Une perte de vitesse du principe de liberté du commerce et de l'industrie.....	78
§2- La neutralité du droit communautaire et l'émergence d'un principe de libre concurrence.....	80
§3 Le terrain d'une reconnaissance générale de la validité des candidatures publiques préparé par l'arrêt du Conseil d'État de 2000 Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eaux.....	84
Section 2 L'affirmation de la liberté de candidature des personnes publiques.....	86
§1- Une jurisprudence interne permettant aux personnes publiques d'être candidates aux contrats de la commande publique.....	86
A- Une réponse large et claire.....	86
B- Des critiques de la liberté de candidature dépassables pour l'essentiel.....	90
§3- Les interrogations suscitées par la remise en selle du principe de liberté du commerce et de l'industrie .....	95
Section 3 Une certaine forme d'indépendance des législations au service des contrats entre personnes publiques de nature économique.....	97
Chapitre 2 Des limites à la banalisation du régime des contrats entre personnes publiques.....	103
Section1 Une exception basée sur le défaut d'autonomie du titulaire du marché : le contrat de quasi-régie.....	104
§1 La création de la théorie du contrat de quasi-régie ou in house.....	105
A- L'exigence d'un contrôle analogue.....	105
1- La nature et les caractéristiques du contrôle.....	106
2- L'exigence du contrôle analogue excluant toute immixtion d'un patrimoine privé .....	107
3- La possibilité d'un contrôle conjoint .....	111
B- La destination de l'activité.....	112
§2 La réception et l'adaptation de cette théorie par la jurisprudence nationale relançant le débat sur l'exception in house.....	114
Section 2 Exceptions explicitement fondées sur l'absence d'engagement de l'opérateur sur le marché concurrentiel, sur l'intérêt public et sur la notion de coopération.....	117
§1 Une exclusion jurisprudentielle de certains contrats du champ d'application du droit de la commande publique.....	118
§2 Des mécanismes législatifs et réglementaires plus ou moins conformes aux principes posés .....	122
Conclusion.....	131
Bibliographie.....	135
Table des matières.....	143

## Collection des mémoires de l'Equipe de droit public de Lyon

- **N° 1 Culte, culture et domanialité publique – L'organisation de concerts dans les églises**  
Elise Untermaier, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2005.
- **N° 2 L'adoption : un défi potentiel pour une Union européenne en mutation**  
Amélie Demange, Mémoire pour le DEA de droit communautaire, sous la direction de Cyril Nourissat, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2005.
- **N° 3 L'octroi de Lyon, 5 fructidor an VIII – 28 avril 1816 – Les péripéties du rétablissement d'un impôt local supprimé par la Révolution**  
Agathe Leclerc, Mémoire pour le Master 2 Droit public Recherche mention Finances publiques et sociales, sous la direction de Catherine Fillon, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2006.
- **N° 4 Occupations d'églises et droit public**  
Maëlle Perrier, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 5 La rénovation parlementaire à travers l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi**  
Jean-François Kerléo, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Thierry Debard, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 6 Contribution à la définition des compétences intercommunales - Etude des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre du département du Rhône**  
Thomas Billet, Mémoire pour le Master 2 Recherche finances publiques et fiscalité, sous la direction de Jean-Luc Albert, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 7 L'insaisissabilité des biens des personnes publiques : vers la mise en place d'un critère fonctionnel ?**  
Christophe Roux, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2008.
- **N° 8 Les clauses relatives aux droits de l'homme dans les accords internationaux conclus pour la Communauté européenne - Ambitions et réalité**  
Loïc Robert, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Christine Ferrari-Breur, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.
- **N° 9 La protection du ciel nocturne - Le droit de l'environnement et la pollution lumineuse**  
Adeline Meynier, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.

- **N° 10 La protection de la biodiversité à Lyon**  
Mélanie Dajoux, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.
- **N° 11 Protection et gouvernance de l'eau dans le bassin versant de la Drôme**  
Julia Gudéfin, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 12 La collégialité et les juridictions administratives à compétence générale**  
Yvan Herzig, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 13 La liberté d'aller et venir à l'épreuve du domaine public naturel**  
Fanny Tarlet, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 14 Forêt et droit international - Les aspects juridiques de la protection internationale des forêts**  
Antoine Chatenet, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Stéphane Doumbé-Billé, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 15 Le contrôle parlementaire du pouvoir de nomination du Président de la République**  
Christophe Testard, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2011.
- **N° 16 La réglementation des semences et la protection de la biodiversité**  
Léonie Lombardo, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Philippe Billet, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2011.
- **N° 17 Les études d'impact des projets de lois : premier bilan de la réforme**  
Géraldine FAURE, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2012.
- **N° 18 Les cessions de biens publics immobiliers**  
Aurélien BARBATO, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Caroline Chamard-Heim, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2012.
- **N° 19 Les règles de droit public applicables aux personnes publiques transformées en sociétés anonymes. Conséquences juridiques de la privatisation statutaire des entreprises publiques.**  
Lucien Breteau, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2013.



**Imprimé par le Service Édition  
de l'Université Jean Moulin Lyon 3**