



Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics

Mathias Amilhat

► To cite this version:

Mathias Amilhat. Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics. Droit. Université de Lille, 2019. <tel-02509838>

HAL Id: tel-02509838

<https://hal.science/tel-02509838v1>

Submitted on 18 Mar 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

ComUE Lille Nord de France

***Pour une nouvelle théorie générale des contrats
publics***

**Habilitation à diriger les recherches soutenue le 15 novembre 2019 à
l'Université de Lille**

Mémoire présenté par

Mathias Amilhat

Maitre de conférences en droit public

GARANT :

Johanne SAISON

Professeur à l'Université de Lille

MEMBRES DU JURY :

Gabriel ECKERT

Professeur à Sciences Po Strasbourg

Hélène HOEPFFNER

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Fabrice MELLERAY

Professeur à Sciences Po Paris

Etienne MULLER

Professeur à l'Université de Strasbourg

Pour une nouvelle théorie générale des contrats
publics

« L'Université n'entend donner aucune approbation ni aucune improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs »

REMERCIEMENTS

N'étant pas très habile pour les remerciements et ayant un doute quant à la nécessité d'en intégrer dans un tel travail, ils ont failli être absents de ce mémoire. Il m'était cependant impossible de ne pas remercier le Professeur Johanne Saison qui m'a fait l'honneur d'accepter d'être ma « garante » dans cette aventure. Mon expérience lilloise n'aurait pas été la même si je ne l'avais pas rencontrée. Je remercie donc davantage encore l'amie que l'universitaire pour tout ce qu'elle m'a apporté.

Je souhaite également remercier les Professeurs Gabriel Eckert, Fabrice Melleray et Etienne Muller de m'avoir fait l'honneur de siéger dans mon jury. Je souhaite par ailleurs exprimer des remerciements particuliers au Professeur Hélène Hoepffner qui, en collègue et amie, a immédiatement accepté de siéger dans mon jury et s'est toujours rendue disponible pour répondre à mes questions.

Je remercie également le Professeur Jean-François Giacuzzo qui a su m'encourager dans ma démarche et a amicalement accepté de relire mon travail. Cela m'a rappelé les bons côtés de nos années de thèse ! Un mot également pour ma famille et ma belle-famille qui me soutiennent constamment dans mes projets, ainsi que pour ma « famille lilloise », Audrey, Eric et Fabien.

Enfin, et surtout, je remercie ma compagne Mélanie, qui m'inspire, m'accompagne et me soutient constamment.

TABLE DES ABREVIATIONS

AJ Contrats	Actualité juridique – Contrats
AJCA	Actualité juridique – Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution
AJCT	Actualité juridique – Collectivités territoriales
AJDA	Actualité Juridique – Droit Administratif
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics
CAA	Cour administrative d'appel
CCP	Code de la commande publique
CE	Conseil d'Etat
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CP-ACCP	Contrats publics – Actualité de la commande publique
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Contrats-Marchés publ.	Contrats et marchés publics
D	Recueil Dalloz
DA	Droit administratif
JCP A	Juris-Classeur périodique, édition Administrations et collectivités territoriales
JCP G	Juris-Classeur périodique, édition Générale
JOAN	Journal officiel de l'Assemblée nationale
PUM	Presses universitaires de Montpellier
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France à l'étranger
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'État (Lebon)
Rép. min.	Réponse ministérielle
RFDA	Revue française de droit administratif
RJEP	Revue juridique de l'économie publique

RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
Trib. UE.	Tribunal de première instance de l'Union européenne

SOMMAIRE

PARTIE I :

LA MISE EN CAUSE DE LA THEORIE

Titre 1 : L'affirmation de logiques concurrentes

Chapitre 1. La logique contractuelle : une logique dépassable

Chapitre 2. La logique concurrentielle : une logique insurmontable ?

Titre 2 : Le délitement du service public

Chapitre 1. Le maintien partiel de l'approche classique : le service public comme fondement

Chapitre 2. Le développement d'une approche nouvelle : le service public comme élément second

PARTIE II :

LA REDEFINITION DE LA THEORIE

Titre 1 : Une redéfinition inévitable

Chapitre 1. Une application malaisée au sein de la commande publique

Chapitre 2. Un maintien relatif hors de la commande publique

Titre 2 : Une redéfinition ambitieuse

Chapitre 1. La réaffirmation de la spécificité de l'action publique

Chapitre 2. Le développement d'une théorie plus accessible

Introduction

1. En 2010, Yves Gaudemet rédigeait un article intitulé « *Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire* »¹. Il s'interrogeait alors sur la possibilité de « *bâtir — ou, plus modestement, tenter de bâtir — une nouvelle théorie générale des contrats administratifs rendant compte du passé, pour y intégrer le présent et y inscrire l'avenir* ». Près de dix ans après, la nécessité est la même et les questions se posent avec davantage d'acuité : la théorie générale des contrats administratifs existe-t-elle encore ? Est-il toujours possible et utile de l'étudier ? Une nouvelle théorie générale est-elle envisageable et serait-elle pertinente ?

2. Le droit des contrats administratifs dans son ensemble n'est plus au cœur des réflexions doctrinales. Les travaux sont de plus en plus orientés vers le droit des contrats administratifs spéciaux, en particulier ceux de la commande publique². La notion de contrat administratif est elle-même en perte de vitesse et n'est plus suffisante pour expliquer le droit positif s'agissant des contrats passés par les personnes de la sphère publique. L'action publique s'est en effet transformée et l'unité du droit des contrats publics³ ne peut plus être opérée autour de la notion traditionnelle de contrat administratif entendue comme regroupant les contrats passés par des personnes publiques et présentant soit un lien suffisant avec le service public, soit des clauses dites « exorbitantes » du droit commun⁴. De plus, la multiplication des qualifications légales a fait perdre une partie de ses fonctions explicatives à cette notion : le lien s'est distendu entre le contrat administratif et le service public ou la puissance publique⁵.

3. Or, la notion de contrat administratif est intimement liée à son régime juridique. Elle a été développée pour justifier l'application de règles dérogatoires au droit privé et certains éléments de la théorie générale ont précédé la notion de contrat administratif. En effet « *jusque dans l'entre-deux guerres, on parle de traité, de concession, d'affermage, de marché,*

¹ Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP* 2010, p. 313

² L'adoption du Code de la commande publique à la suite de la transposition des directives européennes de 2014 n'a fait qu'accentuer un mouvement déjà en cours.

³ V. notamment la thèse de L. Marcus : *L'unité des contrats publics*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2010 ; v. également M. Amilhat, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, Bruylant 2014

⁴ En application des critères jurisprudentiels classiques de définition de cette notion.

⁵ Manifesté par l'exorbitance de certaines clauses.

*d'engagement : on ne met pas en avant une catégorie générique du contrat, sauf précisément pour les contrats de droit privé des personnes publiques »*⁶. C'est ce qui explique que la théorie générale des contrats administratifs ait été élaborée à partir du régime juridique initialement applicable aux seuls contrats de concession de services publics⁷. Ce lien entre la notion de contrat administratif et son régime juridique dérogatoire explique donc que la remise en cause de la notion ait des conséquences sur la définition et la portée de la théorie générale des contrats administratifs.

4. Les éléments constitutifs de cette théorie continuent toutefois d'être présentés dans les enseignements de droit administratif, ainsi que dans les ouvrages consacrés au droit des contrats passés par les personnes publiques. En effet, *« il faut bien avouer que, du point de vue pédagogique, il est très confortable de présenter le contrat administratif comme étant très différent du contrat privé. La différenciation permet de justifier l'existence du contrat administratif et son régime juridique »*⁸. La théorie générale, qu'elle soit présentée en tant que telle ou uniquement au travers de son contenu, continue donc d'offrir un intérêt pédagogique indéniable. Dans sa présentation classique, elle s'organise autour de deux ensembles de règles, théories et/ou principes. Le premier regroupe les droits et devoirs particuliers des cocontractants. Il s'agit principalement de droits reconnus au profit de la personne publique contractante : le pouvoir de direction et de contrôle, le pouvoir de sanction, les pouvoirs de modification et de résiliation unilatérales pour motif d'intérêt général et le rejet de l'exception d'inexécution. En contrepartie, le cocontractant de la personne publique bénéficie du droit au maintien de l'équilibre financier du contrat. Le second ensemble regroupe quant à lui les grandes « théories » incluses dans la théorie générale. Il s'agit des théories de l'imprévision, des sujétions techniques imprévues, du fait du prince et de la force majeure administrative⁹. Il faut cependant rappeler que cette théorie générale reste une construction doctrinale.

5. Georges Péquignot a été le premier à tenter d'établir une théorie générale des contrats administratifs¹⁰. Il souhaitait alors prolonger et surtout dépasser le travail fourni par Gaston

⁶ Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *préc.*

⁷ Il s'agit ici de l'ancienne qualification de concession entendue comme une catégorie de délégation de service public et non de celle retenue dans le cadre du droit de la commande publique. Sur cette question, v. not., H.-G. Hubrecht, *Les contrats de service public*, Thèse Bordeaux, 1980, p. 502

⁸ F. Brenet, « Existe-t-il des principes généraux gouvernant l'exécution des contrats de la commande publique », in V. Bouhier, D. Riccardi, *L'exécution des contrats administratifs*, Le Moniteur 2018, p. 209

⁹ Cette dernière s'inscrit en réalité « dans la logique de la théorie de l'imprévision ». L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 10^e éd. 2016, p. 283

¹⁰ G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, Pédone, 1945

Jèze¹¹ dans son « *ouvrage monumental* »¹². André de Laubadère¹³ a en partie prolongé ce travail mais, par la suite, les auteurs n'ont pas véritablement poursuivi le travail amorcé par Péquignot à propos de la théorie générale¹⁴. Cela s'explique à la fois par la réticence d'une partie de la doctrine à admettre qu'une théorie générale puisse exister et par le fait que la théorie ait déjà été définie et établie par des auteurs éminents. Il est d'ailleurs très difficile d'établir une théorie qui soit véritablement satisfaisante, tant du point de vue pratique que théorique. Dans son article Yves Gaudemet explique ainsi qu'« *une bonne théorie — au moins pour le droit — est celle qui recueille les faits et les solutions du droit positif, les ordonne, les organise en système et développe ce faisant une fonction proprement cognitive et explicative ; cette connaissance raisonnée du tout développant elle-même une fonction critique, une sorte de police, des solutions déviantes* »¹⁵. Et il s'interroge sur le fait de savoir si le droit des contrats administratifs est susceptible de théorie, d'autant qu'« *il n'y a jamais eu d'arrêt Blanco du droit des contrats, signifiant un droit des contrats administratifs volontairement et sciemment bâti comme tel en-dehors du droit des contrats du Code civil* »¹⁶.

6. Par ailleurs, le périmètre de la théorie générale des contrats administratifs suscite certaines interrogations. Celle-ci se concentre sur la phase d'exécution des contrats administratifs au travers des deux ensembles de règles, théories et principes précédemment évoqués. Toute la phase antérieure à la conclusion du contrat est ainsi éludée. Les questions relatives à la compétence pour conclure le contrat ou à la spécialité sont généralement écartées car elles ne sont pas spécifiques à la matière contractuelle. De la même manière, les règles applicables à la phase de passation des contrats administratifs ne sont traditionnellement pas considérées comme relevant de la théorie générale des contrats administratifs. Ceci s'explique par le fait que la phase passation ait « *longtemps été considérée comme une phase secondaire, d'ordre technique et procédurale et finalement assez étrangère au droit des contrats*

¹¹ G. Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration*, Giard, 3^{ème} éd., 1934. V. également, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, (4 t.) Giard, 1927-1932-1934-1936

¹² *Ibidem*, p. 4. Georges Péquignot explique en effet qu'il n'aurait pas pu établir sa théorie générale du contrat administratif sans le travail de Gaston Jèze. Il explique toutefois que Jèze n'a pas établi une théorie générale, ce qui explique que son œuvre ne soit pas intitulée « *Théorie générale du contrat administratif* » – comme chez Péquignot, mais « *Théorie générale des contrats administratifs* ». *Ibidem*, p. 5

¹³ E. Marcovici, « André de Laubadère, théoricien du droit des contrats administratifs », *RFDA* 2010, p. 1240

¹⁴ Yves Gaudemet relève une exception dans l'ouvrage de Laurent Richer mais en précisant qu'il s'agit pour l'auteur de replacer le contrat administratif au sein de la théorie générale du contrat. Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *préc.*

¹⁵ Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *préc.*

¹⁶ *Ibidem*

administratifs »¹⁷. Désormais la phase de passation occupe une place de plus en plus importante dans le droit des contrats administratifs mais elle est généralement abordée au travers du droit des contrats administratifs spéciaux, l'idée étant que les règles de passation ne sont pas généralisables et sont réservées à certaines catégories de contrats administratifs¹⁸.

7. Ceci explique qu'un malaise ressorte de la présentation faite par les auteurs lorsqu'il s'agit de la théorie générale. En effet, celle-ci n'est plus abordée en tant que telle mais, uniquement, au travers de ses éléments constitutifs. D'ailleurs certains auteurs comme François Brenet plaident depuis longtemps pour la consécration d'une théorie des contrats administratifs spéciaux¹⁹. Pour autant, les droits et devoirs particuliers des cocontractants n'ont été abandonnés ni par la doctrine, ni par la jurisprudence. Bien que leur mise en œuvre soit parfois remise en cause, les éléments constitutifs de la théorie générale des contrats administratifs continuent d'être étudiés et le juge administratif s'y réfère toujours²⁰. Il n'y a donc plus de présentation d'ensemble de la théorie générale, comme si cette dernière avait disparu, et son contenu continue d'être étudié, même si celui-ci est souvent limité dans sa mise en œuvre ou contractualisé. La situation en devient déconcertante et la théorie générale des contrats administratifs tend même à perdre sa fonction pédagogique.

8. Il est donc évident que la théorie générale des contrats administratifs ne peut plus et ne doit plus être présentée comme au milieu du XX^{ème} siècle. La question se pose alors de savoir si une théorie générale existe toujours. Il est en effet possible de considérer qu'il n'y a plus de théorie générale des contrats administratifs et que celle-ci n'a d'ailleurs peut-être jamais existé. Pourtant, l'existence d'une telle théorie n'est pas sans importance. Celle-ci marque la spécificité de l'action publique, y compris lorsque les personnes publiques agissent par voie contractuelle. Le maintien d'une théorie générale des contrats administratifs – ou, plus largement, des contrats publics – n'est donc pas sans intérêt. En admettant qu'une théorie générale est nécessaire, la question de son champ d'application se pose également afin de déterminer s'il s'agit d'une théorie générale des contrats administratifs, d'une théorie générale réservée à certains contrats

¹⁷ F. Brenet, « Existe-t-il des principes généraux gouvernant l'exécution des contrats de la commande publique », in V. Bouhier, D. Riccardi, *L'exécution des contrats administratifs*, Le Moniteur 2018, p. 209, spéc. p. 210. La question de l'intégration des règles de passation dans une théorie générale refondée devra être posée car, comme le relève l'auteur, « la question de la passation est devenue centrale ».

¹⁸ Ceux qui seront désignés comme relevant du champ concurrentiel. V. *infra*, n°138 et s.

¹⁹ F. Brenet, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, Thèse, Poitiers, 2002 ; « La théorie du contrat administratif. Evolutions récentes », *AJDA* 2003, p.919 ; « Les contrats administratifs », in *Traité de droit administratif*, in P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka, *Traité de droit administratif*, Dalloz 2011, t. 2, spéc. pp. 263 et s. L'auteur s'inspire sur ce sujet de la doctrine privatiste.

²⁰ V. les développements *infra*, n°107 et s.

administratifs spéciaux ou, à l'inverse, d'une théorie générale étendue à l'ensemble des contrats publics. Il faut donc rechercher, au travers d'une approche inductive, si une théorie générale des contrats passés par les personnes publiques ou de la sphère publique peut être identifiée.

9. Pour cela, il faut en premier lieu s'intéresser à définition traditionnelle de la théorie générale et à ses fondements. Dans la présentation classique, le régime spécifique des contrats administratifs repose sur une logique de service public. L'œuvre de Georges Péquignot est révélatrice de cette approche dans laquelle le service public est mobilisé pour justifier toutes les spécificités du droit des contrats administratifs. Pourtant, le service public connaît le même sort en matière de contrats administratifs que dans l'ensemble de la discipline. Il n'est plus, depuis longtemps, le fondement unique du droit administratif. Le régime juridique actuel des contrats administratifs repose donc sur des fondements pluriels dont les implications ne sont pas nécessairement les mêmes que celles qui pouvaient découler du service public lorsqu'il était mobilisé comme unique explication d'ensemble. Il est ainsi nécessaire de déterminer quels sont les fondements contemporains du droit des contrats administratifs pour comprendre la manière dont ils remettent en cause la théorie générale des contrats administratifs.

10. Ce sont ces fondements nouveaux qui doivent permettre, en second lieu, de redéfinir la théorie générale. Les évolutions récentes de la matière²¹ ne laissent pas place au doute : la définition classique de la théorie générale des contrats administratifs ne peut pas être maintenue. Pour ne pas abandonner la spécificité du droit des contrats passés par les personnes publiques ou de la sphère publique, il faut donc défendre le renouvellement de cette théorie générale, voire la création d'une nouvelle théorie.

²¹ En particulier l'adoption du Code de la commande publique

Partie 1. La mise en cause de la théorie

11. Il n'y a pas de remise en cause frontale de la théorie générale des contrats administratifs. Les différents éléments qui composent cette théorie – droits et devoirs des cocontractants et grandes « théories » du droit des contrats administratifs – ne sont pas directement ciblés par les réformes qui transforment la matière.

12. En réalité, la remise en cause est plus profonde et se situe au niveau des fondements de la théorie générale des contrats administratifs. Alors que le service public était présenté comme l'Alpha et l'Omega de la théorie générale des contrats administratifs, ce n'est aujourd'hui plus le cas. Il est concurrencé par d'autres fondements et perd de l'importance. Or, ce mouvement de remise en cause a des conséquences considérables sur certaines des composantes classiques de la théorie générale.

13. En premier lieu, la mise en cause de la théorie générale passe par l'affirmation de logiques concurrentes au service public qui bouleversent la théorie générale (**Titre 1**). En second lieu, elle s'exprime par un délitement du service public comme fondement essentiel de la théorie générale (**Titre 2**).

Titre 1. L'affirmation de logiques concurrentes

14. Longtemps idéalisé, voire réifié, le service public n'est plus à la mode. Preuve en est, il est aujourd'hui concurrencé et remis en cause par d'autres logiques qui poursuivent des objectifs distincts : la logique contractuelle d'un côté, la logique concurrentielle de l'autre. La première tend à banaliser le contrat administratif. Celui-ci doit avant tout être conçu comme un contrat et ce n'est donc qu'exceptionnellement que sa « nature administrative » doit pouvoir s'exprimer. La seconde va plus loin : elle ne s'intéresse pas aux spécificités éventuelles du régime juridique des contrats administratifs, que cela soit dans un sens positif ou négatif. La logique concurrentielle s'affirme en effet comme une logique supérieure qui l'emporte sur la logique traditionnelle du service public et peut conduire à une négation pure et simple de celle-ci.

15. Ces deux logiques ne suscitent cependant pas les mêmes difficultés au regard de la théorie générale des contrats administratifs. Alors que la logique contractuelle apparaît comme une logique dépassable (**Chapitre 1**), il est plus difficile d'envisager un dépassement de la logique concurrentielle (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La logique contractuelle : une logique dépassable

16. Historiquement la théorie générale des contrats administratifs a été développée pour affirmer la spécificité de certains contrats passés par les personnes publiques par rapport à ceux passés par les personnes privées. Il s'agit d'une construction doctrinale. La systématisation opérée par Jèze, Péquignot puis de Laubadère est donc en partie artificielle et permet avant tout de justifier la *summa divisio* entre le droit public et le droit privé²². Cette instrumentalisation de la théorie générale au service d'une certaine vision de l'action publique a ainsi conduit les auteurs classiques à occulter ou à minimiser la part contractuelle dans le contrat administratif, en grande partie parce que « *le contrat administratif n'est pas né contrat* »²³.

17. La logique contractuelle est toutefois présente depuis longtemps dans les études consacrées à la théorie générale des contrats administratifs, même si elle est restée supplantée par celle du service public²⁴. Désormais, la logique contractuelle n'est plus remise en cause. Au contraire, les contrats administratifs sont envisagés comme de véritables contrats²⁵. Pour autant, s'il apparaît que la logique contractuelle est de plus en plus présente (Section 1), il est assez peu probable que le contractuel prenne le pas sur l'administratif (Section 2). Cette logique devrait donc rester secondaire.

Section 1. Le renforcement du contractuel

18. L'affirmation de la logique contractuelle est de plus en plus importante dans le droit des contrats administratifs. Au-delà du mouvement de contractualisation qui conduit à faire figurer les droits et devoirs de la théorie générale dans les clauses du contrat, le renforcement du contractuel passe par l'affirmation de principes issus du droit commun des contrats qui viennent limiter ou tempérer la mise en œuvre de la théorie générale.

²² C. Friedrich, *Histoire doctrinale d'une mise en discours : des contrats de l'administration au contrat administratif (1800-1960)*, Thèse Toulouse 1 2016, spéc. p. XI ; B. Plessix, « La part de la doctrine dans la création du droit des contrats administratifs », *Revue de droit d'Assas* 2011, n° 4, p. 46

²³ Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP* 2010, n°2, p. 313

²⁴ Ainsi, par exemple, Georges Péquignot envisage successivement la liberté contractuelle et l'égalité des cocontractants lorsqu'il s'intéresse aux conditions de formation du contrat administratif. G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, Pédone, 1945, pp. 182 et s.

²⁵ Parmi les précurseurs d'une telle approche, v. not. F. Llorens, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, LGDJ 1981, Bibl. droit publ. t. 139

19. Le rejet initial des principes communs dans le droit des contrats administratifs. La présence des principes communs ne surprend pas dans la mesure où « *le contrat administratif est généralement considéré, et à juste titre, comme possédant une nature véritablement contractuelle* »²⁶. Pourtant, historiquement, une opposition existait entre les principes relevant du droit commun des contrats et ceux fondant le régime juridique des contrats administratifs. Ainsi, Georges Péquignot écrivait que « *le contrat administratif répugne à l'idée de stabilité contractuelle* »²⁷ alors que, dans le même temps, il considérait que « *la notion de contrat [...] répugne avec la notion de service public* »²⁸. La nature contractuelle du contrat administratif était même discutée²⁹. Une telle opposition n'est plus d'actualité : désormais la stabilité des relations contractuelles est mise en avant pour moduler les pouvoirs du juge dans le cadre du recours au fond en contestation de la validité du contrat³⁰, devant servir à protéger la liberté des parties au contrat³¹. Dans le même temps, le contrat est devenu un outil quasi « naturel » dans la gestion des services publics.

20. La place et le rôle des principes communs dans le droit des contrats administratifs. Il est évident « *qu'il existe au-delà du code civil un tronc commun de conceptions et de notions qui couvre uniment le droit civil et le droit administratif* » mais, alors que le droit des contrats administratifs s'est construit autour de l'idée d'une différenciation, il est désormais admis que « *l'exécution des contrats des personnes publiques n'est pas fondamentalement dérogatoire au droit commun* » et que « *les principes structurant du droit civil s'y appliquent, même s'ils peuvent parfois se combiner avec quelques règles originales* »³². Ces principes communs sont donc présentés par la doctrine comme occupant une place de plus en plus centrale dans le régime d'exécution des contrats administratifs : leur importance serait même supérieure à celle des

²⁶ F. Brenet, « Les contrats administratifs », in *Traité de droit administratif*, préc., p. 222

²⁷ G. Péquignot, *Théorie générale des contrats administratifs*, préc., p. 25

²⁸ *Ibidem*, p. 605

²⁹ G. Péquignot, *Théorie générale des contrats administratifs*, préc., p. 433 ; J. L'Huillier, « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration », *D.* 1953, chron. P. 87

³⁰ CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Département de Tarn-et-Garonne ; RFDA 2014, p. 425, concl. B. Dacosta, p. 438, note P. Delvolvé ; DA 2014, comm. 36, note F. Brenet ; JCP A 2014, 2152, note J.-F. Sestier ; JCP A 2014, 2153, note S. Hul ; Contrats-Marchés publ. 2014, repère 5, note F. Llorens et P. Soler-Couteaux, étude 5, Ph. Rees ; JCP G 2014, doct. 732, étude P. Bourdon ; RDI 2014, p. 344, note S. Braconnier ; RJEP 2014, comm. 31, note J.-F. Lafaix

³¹ M. Amilhat, « Liberté contractuelle, contrats publics et rôle du juge », in E. Malaret Garcia (dir.), *La portée du contrôle juridictionnel des décisions adoptées par les autorités à composition technique*, Thomson Civitas, (Ouvrage à paraître en 2019)

³² M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 2^e éd. 2017, pp. 305-306. Sur cette question, v. également : M. Waline, « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'Etat », in *Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Dalloz 1964, p. 631 ; J.-B. Seube, « Contrats privés - contrats administratifs : points de convergence ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, vol. I, PUM 2006, p. 367 ; J. Martin, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, thèse Paris 2, 2008

principes classiques de la théorie générale des contrats administratifs. Jean-Claude Ricci et Frédéric Lombard ont même récemment produit un ouvrage de « *droit administratif des obligations* »³³ l'idée étant, comme le relève Philippe Yolka à propos de cet ouvrage, qu'il faudrait désormais « *penser le droit administratif autrement* »³⁴.

21. A ce sujet, Pierre Delvolvé fait état des trois principes affirmés par les « dispositions préliminaires » du code civil après sa révision en 2016³⁵ : la liberté contractuelle³⁶, la bonne foi³⁷, et la force obligatoire des contrats³⁸. Ces principes s'appliquent en droit administratif et sont avancés comme fondant, au moins en partie, la théorie générale des contrats administratifs. C'est notamment le cas à propos de la théorie de l'imprévision. Certains auteurs estiment que l'application de cette théorie aux contrats administratifs qui n'ont pas pour objet la gestion d'une mission de service public découle de la mise en œuvre des principes d'équité, de bonne foi et de loyauté des relations contractuelles³⁹. En l'absence d'un lien suffisant avec le service public, ces contrats ne peuvent en effet se voir appliquer les règles de la théorie générale que si celles-ci reposent sur d'autres fondements. Il est toutefois nécessaire d'envisager ces principes pour mesurer leur importance et leur rôle véritables dans le régime d'exécution des contrats administratifs.

22. La liberté contractuelle : un principe devenu essentiel. La doctrine contemporaine lui offre une place prédominante⁴⁰ dans le régime juridique des contrats administratifs en affirmant que « *c'est [...] le contrat, et donc la commune intention des parties, qui détermine à titre principal son propre régime juridique [...], la nature administrative du contrat ne déterminant son régime juridique qu'à la marge* »⁴¹. Cette place particulière découle de la valeur constitutionnelle reconnue à la liberté contractuelle mais les auteurs admettent toutefois que celle-ci rencontre des limites, qu'il s'agisse de « *l'ordre public contractuel* »⁴² en général ou, plus précisément, des principes fondamentaux de la commande publique lorsque le contrat concerné entre dans leur champ d'application. Ces derniers « *paraissent au moins aussi*

³³ J.-C. Ricci, F. Lombard, *Droit administratif des obligations*, Dalloz, Sirey 2018

³⁴ P. Yolka, « Penser le droit administratif autrement ? », *AJDA* 2019, p. 1622

³⁵ P. Delvolvé, « Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif », *RFDA* 2016, p. 613

³⁶ Art. 1102 du code civil

³⁷ Art. 1104 du code civil

³⁸ Art. 1103 du code civil

³⁹ F. Brenet, « Les contrats administratifs », in *Traité de droit administratif*, préc., pp. 253-254

⁴⁰ A contrario, v. not. : T. Fleury, « La liberté contractuelle des personnes publiques », *RFDA* 2012, p. 231

⁴¹ F. Brenet, « Les contrats administratifs », in *Traité de droit administratif*, préc., p. 257 ; J.-M. Pontier, « La liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* 2013, p. 837

⁴² *Ibidem* ; sur cette question, v. également F. Moderne, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle », *RFDA* 2006, p. 2

importants pour les contrats publics que la liberté contractuelle »⁴³. Certes, le juge doit effectuer une opération de balancier pour déterminer quel principe constitutionnel doit l'emporter lorsque la liberté contractuelle entre en contradiction avec les principes fondamentaux de la commande publique mais, lorsque le contrat relève de leur champ d'application, ces principes s'imposent de manière systématique⁴⁴. Ce constat permet de rappeler que le rôle de la liberté contractuelle ne doit pas être surestimé : sa vocation principale est « *de donner leur exacte portée aux dispositions ou principes limitant la liberté des personnes publiques en matière contractuelle* »⁴⁵. C'est notamment le cas dans l'arrêt Borg Warner⁴⁶ ou, plus récemment, dans l'arrêt Société Grenke Location⁴⁷. La liberté contractuelle ne peut pas se substituer au service public pour expliquer l'ensemble des règles applicables aux contrats administratifs. Si la liberté contractuelle constitue un principe commun au droit des contrats, elle n'est donc qu'un principe secondaire parmi ceux qui s'imposent lors de l'exécution des contrats administratifs. Le renforcement du contractuel est, de ce point de vue, tout à fait relatif.

23. La bonne foi : un principe en voie de développement. La bonne foi occupe également une place de plus en plus importante dans le droit des contrats administratifs. Elle n'est pas invoquée en tant que telle par le juge administratif mais elle recoupe en grande partie « *le principe de loyauté des relations contractuelles qui a été proclamé avec éclat pour les contrats administratifs par l'arrêt Commune de Béziers* »⁴⁸. Mais la question reste posée de savoir si cette reconnaissance traduit un renforcement de la logique contractuelle. En droit privé, le contrat reposait traditionnellement sur une « *logique individualiste et libérale* » faisant la part belle à l'opposition des intérêts individuels des cocontractants et ce n'est qu'assez récemment que « *la loyauté, la solidarité et la fraternité* » ont commencé à être analysées comme étant susceptibles de se substituer « *à la volonté, à l'intangibilité et à la sécurité pour servir de nouvelle devise contractuelle* »⁴⁹. Dès lors, si le développement de la bonne foi et de la loyauté des relations contractuelles dans le droit des contrats administratifs constitue un renforcement

⁴³ P. Delvolvé, « Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif », *RFDA* 2016, p. 613

⁴⁴ M. Amilhat, « Liberté contractuelle, contrats publics et rôle du juge », *préc.*

⁴⁵ F.-X. Fort, « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, vol. I, *préc.*, p. 27, *spéc.* p. 33

⁴⁶ CE, 28 janvier 1998, *Borg Warner* ; *rec.* p. 20 ; *AJDA* 1998, p. 287 ; *CJEG* 1998, p. 69, note F. Moderne

⁴⁷ CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, n° 370644 ; *AJDA* 2014, p. 1975 ; *D.* 2015, p. 145, note S. Pugeault ; *AJCT* 2015, p. 38, obs. O. Didriche ; *AJCA* 2014, p. 327, obs. J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2015, p. 47, note C. Pros-Phalippon

⁴⁸ P. Delvolvé, « Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif », *Ibidem*

⁴⁹ J.-B. Seube, « Contrats privés - contrats administratifs : points de convergence ? », *préc.*, *spéc.* p. 369

de la logique contractuelle, il ne s'agit pas d'un alignement sur le droit privé. Le mouvement d'influence est commun entre les deux droits et il s'agit d'une évolution plus large du droit des contrats dans son ensemble. Le développement de la bonne foi et de la loyauté peut d'ailleurs s'analyser plus largement encore comme un mouvement affectant le droit public dans sa totalité⁵⁰.

24. De plus, si la bonne foi – par le truchement de la loyauté des relations contractuelles – occupe une place grandissante dans le droit des contrats administratifs, elle ne prend pas le pas sur les règles classiques de la théorie générale. Ainsi, les pouvoirs reconnus à l'administration dans le cadre de l'exécution du contrat ne peuvent pas être fondés sur la bonne foi et ne sont pas remis en cause par cette dernière. Au mieux la bonne foi peut-elle justifier les droits du cocontractant et, notamment, son droit à l'équilibre financier du contrat. Le développement de la logique contractuelle apparaît donc seulement comme une limite potentielle et non comme un fondement nouveau pour le régime d'exécution des contrats administratifs.

25. La force obligatoire et l'équité : des principes récurrents du droit des contrats administratifs. Le principe de la force obligatoire des contrats est aussi évoqué pour expliquer le régime d'exécution des contrats administratifs. Il ne s'agit pas d'une nouveauté : les auteurs classiques envisageaient déjà le principe de la force obligatoire comme s'appliquant aux contrats administratifs mais seulement lorsque les exigences du service public ne s'y opposaient pas. Toutefois, et même si les conséquences sont les mêmes, le raisonnement est aujourd'hui inverse : en principe le contrat administratif tient lieu de loi aux parties mais, par exception, les contraintes liées au service public peuvent justifier des aménagements à la force obligatoire. Il n'y a donc pas, de ce point de vue, un renforcement véritable de la logique contractuelle mais plutôt un changement de perspective dans l'explication qui est donnée s'agissant du régime d'exécution des contrats administratifs. L'autonomie de la volonté est ainsi mise en avant, au détriment des « *concepts de fonction et de but* »⁵¹ même si, en réalité, la jurisprudence se réfère traditionnellement et « *régulièrement à la commune intention des parties* »⁵². La place de la force obligatoire au sein du régime d'exécution des contrats administratifs ne semble donc pas

⁵⁰ La bonne foi joue ainsi un rôle fondamental dans le « droit à l'erreur » reconnu aux administrés par la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance (ESSoC). V. not. B. Plessix, « Le droit à l'erreur et le droit au contrôle », *RFDA* 2018, p. 847 ; C. Roux, « Le « droit à l'erreur » », *DA* 2018, alerte 1. Pour une approche plus large du principe de bonne foi en droit administratif, v. M. Lombard, *Le rôle de la bonne et mauvaise foi en droit administratif français*, thèse Strasbourg III, 1978 ; E. Carpano, « Le droit administratif est-il perméable à la bonne foi ? », *DA* 2005, ét. 2

⁵¹ L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 10^e éd. 2016, p. 28

⁵² *Ibidem*, p. 236

bouleversée par les évolutions de la matière et elle ne peut pas, davantage qu'auparavant, fonder les règles applicables dans le cadre de la théorie générale.

26. Les trois principes évoqués – liberté contractuelle, bonne foi et force obligatoire – ne sont pas les seuls à être mis en avant pour justifier un renforcement du contractuel dans le régime d'exécution des contrats administratifs. La notion d'équité est également évoquée. Elle implique un maintien objectif de l'équilibre contractuel sur le fondement des obligations réciproques acceptées initialement par les cocontractants, sans que le lien avec le service public n'ait à être recherché. Pour autant, cet appel à l'équité pour justifier une partie de la théorie générale ne doit pas non plus être assimilé à une privatisation du droit des contrats administratifs. A propos de l'arrêt *Compagnie générale des tramways*⁵³, Gaston Jèze évoquait déjà l'équité pour justifier le droit à l'équilibre financier du cocontractant⁵⁴. Par la suite, les auteurs du *Traité des contrats administratifs* ont eux aussi utilisé l'équité pour justifier la théorie de l'imprévision, en la combinant avec le fondement du service public⁵⁵. D'ailleurs, l'équité ne relève pas de la tradition du droit privé des contrats, elle s'inscrit au contraire dans un mouvement plus récent⁵⁶. Si l'équité participe au renforcement du contractuel ce n'est donc que de manière secondaire, pour justifier les droits reconnus aux cocontractants de l'administration en contrepartie des pouvoirs attribués à cette dernière lors de la phase d'exécution. Elle ne fonde pas les pouvoirs de la personne publique contractante et ne remplace pas sur ce point le fondement du service public⁵⁷.

27. Renforcement du contractuel et privatisation du droit des contrats administratifs : quelle réalité ? Il existe une proximité entre le droit administratif et le droit privé des contrats qui conduit parfois à conclure à une privatisation du droit des contrats passés par les personnes publiques. Cette proximité s'explique aisément si l'on considère que la « *différenciation des régimes n'affecte pas au final l'unité conceptuelle de la notion, qui, elle, repose essentiellement*

⁵³ CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec., p. 216 ; D. 1912, III, 49, concl. L. Blum ; RDP 1910, p.270, note G. Jèze ; S. 1911.3.1, note M. Hauriou

⁵⁴ G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, tome 3, *le fonctionnement des services publics*, 1926, Dalloz 2011, rééd., p. 370

⁵⁵ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^e éd. 1984, t. 2, spéc. p. 563 et pp. 609 et 610

⁵⁶ V. not. G. Clamour, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, préc., vol. II, p. 637, spéc. p. 677 ; C. Albigès, *De l'équité en droit privé*, LGDJ 2000, Bibl. de droit privé, t. 329

⁵⁷ Dans le même sens, le renforcement du contractuel passe par le recours à la notion d'économie du contrat : G. Clamour, *Ibidem*, pp. 677-678 ; P.-Y. Gadhoum, « Une seconde jeunesse pour la notion d'économie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, préc., t.1, p. 249

sur la manifestation de volontés et la force contraignante qui en découle »⁵⁸. D'ailleurs, cette unité conceptuelle se retrouve au travers de certaines règles applicables lors de l'exécution des contrats administratifs. Il est en effet assez courant que le juge administratif emprunte des règles au droit « commun »⁵⁹ ; il existe même des adages communs qui transcendent la distinction public / privé et expriment l'unité de la notion de contrat⁶⁰ !

28. Pour autant, ce rapprochement ne doit pas faire oublier la nature administrative du contrat administratif. Laferrière déjà expliquait à propos des marchés de l'Etat que ceux-ci sont « en même temps que des contrats, de véritables opérations administratives étroitement liées à la marche du service »⁶¹. Il ne s'agit pas de rejeter l'idée d'un renforcement du contractuel dans le droit des contrats administratifs : il y a indéniablement « un retour au contrat » mais ce dernier « ne doit pas se confondre avec une allégeance au droit privé »⁶². En effet, si « la tendance est incontestablement au rapprochement des théories générales », elle n'empêche pas « la spécialisation des régimes par matière contractuelle »⁶³. Il y a donc, malgré tout un maintien de la spécificité du droit des contrats administratifs.

Section 2. La prédominance de la nature administrative du contrat

29. Le renforcement du contractuel constitue une réalité et il peut « paraître séduisant de caractériser l'évolution qui s'est produite par une rencontre ou un rapprochement entre le droit public et le droit privé »⁶⁴. Pour autant, la nature administrative ou publique du contrat ne doit pas être oubliée et impose de rejeter l'idée selon laquelle la logique contractuelle constituerait le nouveau fondement du droit des contrats administratifs. Il est en effet indispensable de rappeler « l'irréductible spécificité des personnes publiques » et ne pas « passer d'un excès d'honneur (une exorbitance exagérée) à un excès d'indignité (la relativisation elle aussi

⁵⁸ M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 31. L'auteure cite sur ce point : F. Barloy, *Le contrat et la norme juridique en droit public français. Contribution à une théorie de l'unité du concept de contrat*, thèse Montpellier 1995

⁵⁹ V. not. N. Boulouis, « Regards d'un rapporteur public du côté du droit privé des contrats », *AJDA* 2009, p. 921

⁶⁰ H. Hoepffner, J. Klein, « Les adages communs au droit public et au droit privé », *RFDA* 2014, p. 201

⁶¹ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault 1888, tome 2, p. 134

⁶² G. Clamour, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, préc., vol. II, p. 637, spéc. p. 639

⁶³ A. Hastings-Marchadier, « Les contrats de droit privé des personnes publiques et la liberté contractuelle », *AJDA* 1998, p. 683

⁶⁴ J.-M. Pontier, « La liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* 2013, p. 837

exagérée) »⁶⁵. Certes, il n'est plus possible d'affirmer que le régime d'exécution des contrats administratifs est intrinsèquement inégalitaire et que celui des contrats de droit privé est égalitaire : l'équilibre contractuel est recherché dans les deux droits et l'unilatéralisme se retrouve dans l'un comme dans l'autre⁶⁶. Pour autant, le régime d'exécution des contrats administratifs continue de présenter des particularités.

30. La prévalence de l'administratif sur le contractuel. La convergence des droits public et privé des contrats autour de principes contractuels n'empêche pas la différenciation et il faut bien se garder de conclusions hâtives qui feraient du contrat administratif un contrat de droit privé presque comme les autres. Le maintien – même partiel – des règles emblématiques de la théorie générale des contrats administratifs permet d'éviter de tomber dans l'« *excès d'indignité* » précédemment évoqué. L'arrêt *Société Grenke Location*⁶⁷ en constitue d'ailleurs une parfaite illustration. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat admet qu'une personne privée cocontractante puisse, dans le cadre d'un contrat administratif, décider de sa résiliation unilatérale. Le juge administratif admet donc *l'exceptio non adimpleti contractus* alors que, traditionnellement, son rejet faisait partie des règles avancées pour démontrer la spécificité de la théorie générale des contrats administratifs. Peut-on en déduire un rapprochement avec le droit privé ? Certainement, mais il est « *limité* »⁶⁸ et relatif. L'exception n'est pas admise pour tous les contrats administratifs, elle l'est uniquement pour ceux qui n'ont pas « *pour objet l'exécution même du service public* »⁶⁹. Cela signifie donc, en premier lieu, qu'il existe des contrats administratifs dont la nature administrative prédomine en toutes hypothèses⁷⁰. Par ailleurs, s'agissant des contrats pour lesquels l'exception peut jouer, elle n'est admise que si sa mise en œuvre a été prévue par les parties au travers des clauses du contrat. Cela signifie donc, en deuxième lieu, qu'il ne s'agit pas d'une règle générale identique à celle qui s'applique en droit privé mais d'une simple possibilité offerte par l'outil contractuel. Enfin, et surtout, la mise en œuvre d'une telle exception n'est possible qu'après « *avoir mis à même, au préalable, la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public* »⁷¹. Cela veut donc dire, en troisième

⁶⁵ *Ibidem*

⁶⁶ C. Pros-Phalippon, « La recherche d'un meilleur équilibre contractuel par le contrat : la clause de résiliation au profit de la personne privée cocontractant », note sous CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, préc.

⁶⁷ CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, préc.

⁶⁸ C. Pros-Phalippon, *ibidem*

⁶⁹ CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, préc., cons. 2

⁷⁰ Sur cette question et sur la place particulière des contrats de service public, voir *infra*, not. n°100 et n°184 et s.

⁷¹ CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, préc., cons. 2

lieu, qu'une part d'exorbitance est préservée au profit du cocontractant personne publique. La nature administrative du contrat continue donc de primer sur son aspect contractuel.

31. Cette prédominance de l'administrativité du contrat sur son caractère contractuel se retrouve également à propos de la faculté reconnue aux personnes publiques d'effectuer une mise en régie ou de passer un marché de substitution lorsque le cocontractant ne respecte pas les obligations prévues par le contrat. Dans l'arrêt *Société Fosmax*⁷², le Conseil d'Etat affirme que ce pouvoir constitue une règle générale applicable aux contrats administratifs ; il en fait même « *une règle d'ordre public* »⁷³. Une telle consécration ne paraissait « *pas évidente* » selon le rapporteur public Gilles Pellissier⁷⁴. Au-delà de la règle consacrée, le raisonnement retenu par le juge administratif permet de mesurer à quel point la nature administrative du contrat est importante. Après avoir affirmé « *qu'il résulte des règles générales applicables aux contrats administratifs que le maître d'ouvrage de travaux publics qui a vainement mis en demeure son cocontractant d'exécuter les prestations qu'il s'est engagé à réaliser conformément aux stipulations du contrat, dispose de la faculté de faire exécuter celles-ci, aux frais et risques de son cocontractant, par une entreprise tierce ou par lui-même* », le Conseil d'Etat confronte la règle qu'il vient d'énoncer avec « l'aspect contractuel » du contrat administratif. Il affirme en effet que la mise en régie « *peut être prononcée même en l'absence de toute stipulation du contrat le prévoyant expressément* » et que « *les personnes publiques ne peuvent légalement y renoncer* ». En l'espèce, le Conseil d'Etat lie cette règle générale à la notion d'ouvrage public mais, quelques mois plus tard il applique cette même règle aux contrats de concessions en tant que règle applicable à l'ensemble des contrats administratifs, quel que soit leur objet⁷⁵. En toutes hypothèses, et même si cette règle n'a pas été codifiée dans le code de la commande publique, il s'agit d'une règle générale qui l'emporte sur d'éventuelles clauses du contrat.

32. Le maintien de la spécificité des contrats administratifs par la théorie générale. La consécration récente d'une telle règle permet de redonner un certain éclat aux règles générales applicables aux contrats administratifs et de rappeler qu'elles l'emportent sur le contenu de ces

⁷² CE, ass., 9 novembre 2016, *Société Fosmax*, n°388806 ; *RFDA* 2016, p. 1154, concl. G. Pellissier ; *RFDA* 2017, p. 111, note B. Delaunay ; *Contrats-Marchés publ.* 2017, comm. 25, obs. P. Devillers ; *BJCP* 2017, p. 3, note R. Noguellou

⁷³ Sur la question, v. not. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le régime d'ordre public des contrats administratifs », *Contrats-Marchés publ.* 2017, repère 5

⁷⁴ Concl. préc.

⁷⁵ CE, 14 févr. 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine*, n° 405157, Lebon p. 43 ; *AJDA* 2017, p. 1453, note J.-V. Maublanc ; *AJCT* 2017. 282, obs. P. Grimaud et Olivier Villemagne ; *AJ Contrat* 2017. 184, obs. J.-D. Dreyfus ; *RTD com.* 2017. 295, obs. F. Lombard ; *Contrats Marchés publ.* 2017, comm. 99, obs. G. Eckert

contrats. Tout comme le pouvoir de résiliation unilatérale⁷⁶ ou le pouvoir de sanction⁷⁷, la possibilité d'une mise en régie ou de la conclusion d'un marché de substitution lorsque le cocontractant n'exécute pas correctement ses obligations démontre la spécificité des contrats administratifs. Ces pouvoirs reconnus au bénéfice des personnes publiques ne relèvent pas du domaine contractuel : ils peuvent être prévus par le contrat mais ils ne peuvent pas être limités par lui. En somme, si le contrat prévoit de tels pouvoirs ce n'est que de manière superfétatoire sans que cela n'ait d'effet sur leur existence. Ainsi, il n'est nullement possible d'affirmer que ces pouvoirs relèveraient de la mise en œuvre d'une logique contractuelle à l'intérieur du régime juridique des contrats administratifs. Ils révèlent simplement la prévalence de la nature administrative du contrat et des spécificités liées aux objectifs poursuivis par l'action publique.

33. *Le rôle du discours dans la balance entre l'administratif et le contractuel.* Ce constat n'est pas inédit et les analyses doctrinales concernant la théorie générale des contrats administratifs prennent toujours soin de relever le maintien d'une part de spécificité. Toutefois, le constat systématique d'une banalisation du droit des contrats administratifs sans rechercher si une nouvelle forme d'exorbitance peut être identifiée paraît dangereuse. En effet, la mise en avant de la logique contractuelle et de la proximité avec le droit privé des contrats s'inscrit dans un mouvement plus général de banalisation de l'action publique qui conduit à discuter de la légitimité des personnes publiques pour décider et agir. Il y a 20 ans déjà, Christine Bréchon-Moulènes analysait la reconnaissance de la liberté contractuelle des personnes publiques comme le résultat d'une « *volonté politique* » car « *dans une économie de marché, la liberté contractuelle des personnes publiques semble indispensable à celle de leurs cocontractants privés* »⁷⁸. Ce raisonnement peut être poursuivi et élargi en considérant que l'affermissement de la logique contractuelle dans le droit des contrats administratifs, même si elle est limitée, est aussi le résultat d'une volonté politique qui a pour objectif de placer les personnes publiques au même niveau que leurs cocontractants.

34. En se contentant d'un examen neutre et désincarné de cette évolution, la doctrine a tendance à oublier que les règles de droit ne sont pas des objets neutres et que son rôle est aussi d'expliquer quelles sont les valeurs portées par ces règles. Souvent présenté comme une matière

⁷⁶ CE, ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac Laval*, rec. p. 246 ; AJ 1958, II, p. 282, concl. J. Kahn ; D. 1958, p. 730, note A. de Laubadère

⁷⁷ CE, 30 septembre 1983, *Société Comexp*, rec. p. 393. Cela vaut également pour les contrats de concession : CE, 12 novembre 2015, n° 387660, *Société le jardin d'acclimatation*, rec. p. 395 ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 16, note M. Ubaud-Bergeron ; AJDA 2016, p. 908, note C. Roux et p. 911, note P. Marcantoni ; BJCP 2016, p. 143, concl. O. Henrard

⁷⁸ C. Bréchon-Moulènes, « Liberté contractuelle des personnes publiques », AJDA 1998, p. 643

technique, le droit des contrats publics ne doit pas être réduit à cela. Historiquement, il y a bien eu une volonté politique de faire du droit des contrats administratifs un droit marqué par la logique de service public⁷⁹. Désormais le renforcement du contractuel permet d'intégrer une autre logique, empreinte d'ordolibéralisme⁸⁰, et face à laquelle le service public a bien du mal à résister. Les personnes publiques y sont envisagées comme des acteurs quasi-ordinaires de la vie économique, voire comme des acteurs dont il convient de se méfier et dont l'action doit être encadrée.

35. La prédominance de la nature administrative du contrat administratif sur sa nature contractuelle est donc menacée même si elle continue de primer. Par ailleurs, le développement de la logique contractuelle dans le régime d'exécution des contrats administratifs se double de l'intégration d'une autre logique, d'ordre concurrentiel, dont les effets sont plus importants encore. Si la première continue de céder le pas face à la nature administrative du contrat, la seconde semble plus difficile à surmonter.

⁷⁹ V. not. C. Friedrich, *Histoire doctrinale d'une mise en discours : des contrats de l'administration au contrat administratif (1800-1960)*, préc. ; B. Plessix, « La part de la doctrine dans la création du droit des contrats administratifs », *préc.*

⁸⁰ Sur ces questions, v. not. M. Caron, « Le recodage du droit public français par le néolibéralisme économique : de la théorie à la pratique », in F. Bottini (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, Mare et Martin, 2017, p. 45 ; C. Mongouachon, « L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences* n°4 -2011, p. 70

Chapitre 2. La logique concurrentielle : une logique insurmontable ?

36. La logique concurrentielle n'a pas présidé à l'élaboration de la théorie générale des contrats administratifs. Il ne faut cependant pas en déduire que cette logique serait absente des origines du droit des contrats passés par les personnes publiques. L'idée d'une mise en concurrence se retrouve très tôt⁸¹ mais, initialement, les procédures visant à choisir les cocontractants ne répondaient pas à une « logique concurrentielle » : elles visaient seulement à dépenser correctement l'argent public. La notion moderne de contrat administratif – développée au cours du XX^e siècle – a, quant à elle, été élaborée autour d'une logique spécifique de service public et de puissance publique⁸². *In fine* l'objectif restait le même : protéger les personnes publiques et, plus largement, les finances publiques⁸³. La mise en concurrence existait donc mais elle ne servait pas un objectif concurrentiel.

37. La remise en cause de la notion de contrat administratif par le droit de l'Union européenne a entraîné l'intégration d'une logique nouvelle dans le droit des contrats passés par les personnes publiques ou de la sphère publique⁸⁴. Désormais⁸⁵, le droit des contrats administratifs est irrigué par la logique ordolibérale et cherche à éviter au maximum que les personnes publiques affectent le fonctionnement du marché⁸⁶. Cette logique a profondément transformé les procédures de passation des contrats présentant un enjeu économique mais, désormais, ce sont ses effets sur le régime d'exécution des contrats administratifs qui interrogent.

38. La logique concurrentielle est intégrée au sommet de la hiérarchie des normes au travers des principes fondamentaux de la commande publique (Section 1). Cette place particulière explique, à l'inverse, que la logique du service public recule face aux principes concurrentiels. Ce mouvement pourrait toutefois rencontrer des limites (Section 2).

⁸¹ V., par ex. : J.-L. Mestre, *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de province*, LGDJ 1976, bibl. de droit public, t. 121, pp. 112 et s.

⁸² M. Amilhat, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, Bruylant 2014, p. 169

⁸³ Sur cette question, v. not. F. Allaire, « Dépasser le droit des marchés publics », *AJDA* 2009, p. 1696. Pour l'auteur, cette logique de protection des finances publiques a prévalu du début du XIX^e siècle jusque dans les années 1980

⁸⁴ M. Amilhat, *Ibidem*, pp. 171 et s.

⁸⁵ Ce constat n'est pas totalement nouveau et était déjà réalisé au début des années 1990 : M. Guibal, « Droit public des contrats et concurrence : le style européen », *JCP* 1993, I., 3667

⁸⁶ V. les références préc. *supra*, note 80

Section 1. Une logique intégrée par le truchement des principes fondamentaux de la commande publique

39. Des principes fondamentaux d'origine européenne. Les principes fondamentaux de la commande publique sont apparus en droit français avec l'adoption du code des marchés publics de 2001. L'article 1^{er} de ce texte consacrait pour la première fois « *les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ». Il s'agissait alors de réceptionner les principes dégagés par la Cour de justice de l'Union européenne à partir des décisions *Telaustria*⁸⁷ et *Bent Moustén*⁸⁸. Elle y affirmait en effet que les principes de non-discrimination et de transparence, ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures s'appliquaient également aux contrats de concession et aux marchés publics inférieurs aux seuils européens. Cela signifiait donc que ces principes devaient s'appliquer au-delà des seuls contrats visés par les directives sectorielles. Le code de 2001 ne s'appliquant qu'aux marchés publics relevant de son champ d'application, les juges administratif et constitutionnel ont donc dégagé la notion de commande publique afin d'y rattacher les principes de l'article 1^{er} du code et de réceptionner la jurisprudence communautaire⁸⁹.

40. Des principes intégrés au Code de la commande publique. Le Code de la commande publique poursuit ce mouvement en précisant dans son article L. 3 que « *les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique* », mais également qu'« *ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code* ». Les principes fondamentaux s'appliquent donc à l'ensemble des contrats de la commande publique et même au-delà⁹⁰ dans la mesure où ils ne sont que la reprise des principes européens dégagés en matière de contrats publics⁹¹. Ainsi, après une vaine résistance du Conseil

⁸⁷ CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*, rec. p. I-10745 ; *AJDA* 2001, p. 106, note L. Richer ; p. 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey

⁸⁸ CJCE, ord., 3 déc. 2001, aff. C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, rec. p. I-9507

⁸⁹ CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, rec. p. 29 ; *AJDA*, 2002, n°10, p. 755, note J.-D. Dreyfus ; Cons. const. n° 2002-460 DC, 22 août 2002, rec. 198 ; *AJDA* 2002, p. 1059, note J.-Y. Chérot et J. Trémeau ; Cons. const. n° 2002-461 DC 29 août 2002, rec. 204 ; Cons. const. n° 2003-473 DC, ; *AJDA* 2003, p.1391, note J.-E. Schoettl ; p. 1404, note E. Fatôme

⁹⁰ Sur ce décalage, v. not. : F. Melleray et R. Noguellou, « La codification des règles jurisprudentielles », *AJDA* 2019, p. 381 ; M. Amilhat, « Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique », *AJDA*, 2019, p. 793

⁹¹ Sur ces principes, M. Amilhat, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, préc., pp. 331 et s.

d'Etat⁹², il est désormais admis que ces principes s'appliquent aux conventions d'occupation du domaine en application de la jurisprudence *Promoimpresa* de la Cour de justice⁹³. L'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques prévoit désormais l'application de ces principes pour les conventions d'occupation du domaine public (même s'il ne s'y réfère pas expressément), tandis que leur application aux conventions d'occupation du domaine privé devrait être actée⁹⁴ (même si des interrogations demeurent⁹⁵). En réalité, seuls les contrats administratifs exclus du champ concurrentiel échappent à la mise en œuvre de ces principes et, en pratique, ils sont peu nombreux⁹⁶.

41. Des principes affectant la logique traditionnelle du droit français. Le droit de l'Union européenne, bien qu'il ne cherche pas à effectuer une remise en cause directe des logiques de service public et de puissance publique comme fondements de la notion de contrat administratif, demeure un droit fonctionnel qui s'inscrit dans une logique libérale⁹⁷. L'idée est que lorsqu'ils passent des contrats, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices influencent le marché : le droit de l'Union va donc les inciter à repenser l'achat public en termes d'efficacité économique afin d'éviter qu'ils ne faussent la concurrence par leurs interventions. Certains estiment que le droit de l'Union n'a fait que favoriser la prise en compte de la concurrence et n'a pas provoqué de changement majeur de ce point de vue dans la mesure où la réglementation française applicable en matière de marchés publics permettait déjà de protéger cette concurrence⁹⁸. Toutefois, le droit français reposait sur un idéal-type de politique industrielle, tandis que le droit de l'Union repose sur un idéal-type de concurrence⁹⁹. Il y a donc eu un véritable changement de logique en dépit d'objectifs qui peuvent paraître proches.

42. Ainsi, le droit français applicable en matière d'achat public jusqu'au début des années 1990 visait principalement à protéger les deniers publics et les intérêts industriels français, tandis que « *l'objectif de la saine concurrence* » porté par l'Union européenne « *est bien*

⁹² CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin* ; *AJDA* 2011, p. 18, étude S. Nicinski et E. Glaser

⁹³ CJUE, 14 juillet 2016, aff. C-458/14 et aff. C-67/15, *Promoimpresa* ; *AJDA* 2016, p. 2176, note R. Noguellou ; *AJCT* 2017, p. 109, obs. O. Didriche ; *RTD com.* 2017. 51, obs. F. Lombard ; *RTD eur.* 2017. 843, obs. A. Zians ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 291, note F. Llorens

⁹⁴ Rép. min. n° 12868 ; JOAN 2 octobre 2018, p. 8657

⁹⁵ M. Boul, « Une certitude et des doutes sur la sélection des occupants privatifs du domaine privé », *DA* 2019, comm. 21

⁹⁶ M. Amilhat, « Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique », *préc.*

⁹⁷ M. Guibal, « Droit public des contrats et concurrence : le style européen », *préc.*

⁹⁸ P. Delvolvé, « L'extension de la concurrence dans les marchés publics », in N. Catala (dir.), *L'Europe et les marchés publics*, Eyrolles, 1994, pp. 1 et s.

⁹⁹ H. Dumez, A. Jeunemaître, « L'Etat et le marché en Europe. Vers un Etat de droit économique ? », *Revue française de science politique*, 1992, n°2, pp. 263-274

l'efficience économique et pas seulement de faire une procédure lourde pour éviter les achats trop chers et les détournements »¹⁰⁰. L'objectif premier du droit des contrats publics n'est donc plus la protection des deniers publics mais de permettre aux opérateurs économiques des Etats membres d'exercer pleinement et librement leurs activités sur le marché européen. C'est ce qui explique qu'« *avec détermination et autorité, la Cour n'a jamais hésité à retenir l'interprétation la plus favorable aux intérêts des opérateurs économiques exerçant au sein du marché intérieur face aux pratiques protectionnistes de certaines administrations* »¹⁰¹. Or, si l'on pouvait penser que les principes fondamentaux produisaient avant tout leurs effets sur la phase de passation des contrats administratifs, il est désormais clairement admis qu'ils affectent également la phase d'exécution des contrats. Certes, ce ne sera le cas que lorsque l'exécution du contrat tend à remettre en cause le respect des principes assuré lors de la passation, mais cela conduit à remettre en cause le contenu ou la portée de certaines règles essentielles de la théorie générale des contrats administratifs¹⁰².

43. Avec l'insertion de la logique concurrentielle, l'objectif premier n'est plus le service public et sa bonne réalisation. Ce dépassement s'explique par la dimension européenne des principes fondamentaux de la commande publique : la France, en tant qu'Etat membre de l'Union, ne saurait se parer du service public pour déroger aux règles concurrentielles qui s'imposent de la même manière à tous ses partenaires. Une solution contraire empêcherait la bonne réalisation du marché intérieur et il ne faut pas oublier que les principes fondamentaux puisent leur fondement dans les dispositions des traités européens relatives à la libre circulation¹⁰³. Ainsi, « *le souci de la concurrence et de la transparence a submergé celui, classique, de la meilleure utilisation des deniers publics* »¹⁰⁴.

44. Cette immixtion d'une logique concurrentielle extrêmement forte pose nécessairement la question de la pérennité du service public comme fondement du régime juridique des contrats administratifs.

¹⁰⁰ G. Kalfèche, « Secteur public et concurrence : la convergence des droits, A propos des droits de la concurrence et de la commande publique », *AJDA* 2007, p. 2420.

¹⁰¹ D. Ruiz-Jarabo Colomer, « L'engagement contractuel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 370.

¹⁰² V. *infra*, n°110 et s.

¹⁰³ V. J.-F. Brisson, *Les fondements juridiques du droit des marchés publics*, Imprimerie Nationale, Collection marchés publics locaux, 2004, spéc. pp. 17 et s. ; L. Richer, *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, LGDJ, 2009, spéc. pp. 9 et s.

¹⁰⁴ J-B Auby, « La bataille de San Romano, réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001, p. 912.

Section 2. Une logique discutée et discutable

45. Lorsqu'un contrat entre dans le champ d'application de la logique concurrentielle européenne, celle-ci l'emporte sur les règles et principes classiques du droit des contrats administratifs. Le pouvoir de modification unilatérale, les théories de l'imprévision, ou encore celle des sujétions techniques imprévues sont profondément affectées – pour ne pas dire remises en cause – lorsque les règles concurrentielles entrent en jeu¹⁰⁵. Celles-ci s'expriment principalement au travers des principes fondamentaux de la commande publique et du régime des aides d'Etat.

46. *Un primat fondé sur la hiérarchie des normes.* D'un point de vue juridique ces solutions peuvent facilement se comprendre. En effet, les principes fondamentaux font l'objet d'une consécration constitutionnelle tout en découlant de principes européens¹⁰⁶. De la même manière, le droit des aides d'Etat repose également sur des normes européennes dont l'application s'impose en droit français¹⁰⁷. Le principe de primauté explique donc que les règles traditionnelles du droit français cèdent le pas, y compris lorsqu'elles sont fondées sur le service public. La valeur constitutionnelle du principe de continuité du service public n'y change rien¹⁰⁸, ce dernier n'étant pas – jusqu'à preuve du contraire – un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Pour autant, il ne faut pas considérer que la logique concurrentielle n'est pas susceptible de rencontrer certaines limites.

47. *Un primat pouvant rencontrer des limites.* L'existence de bornes capables de contenir la libre concurrence n'est pas une simple fiction. Les instances européennes, initialement rétives à l'idée que d'autres considérations puissent restreindre la concurrence, ont fait évoluer leur position¹⁰⁹. Pendant longtemps, la logique concurrentielle faisait de la neutralité « *le principe matriciel de la réglementation de la commande publique* »¹¹⁰. Les institutions européennes,

¹⁰⁵ V. *infra* n° 110 et s.

¹⁰⁶ V. *supra*, n° 39

¹⁰⁷ Art. 107 et s. du TFUE qui sont notamment relayés par les articles L. 1511-1 et s. du code général des collectivités territoriales s'agissant des aides versées par ces dernières

¹⁰⁸ Cons. const. 25 juill. 1979, n° 79-105 DC, *rec. cons. const.* 33 ; *AJDA* 1980, p. 191, note A. Legrand ; *RDP* 1979, p. 1705, note L. Favoreu

¹⁰⁹ L. Richer, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *Contrats-Marchés publ.* 2015, étude 2 ; v. également M. Amilhat, « Vers un droit public responsable ? De la règle de droit à son idéologie politique », in M. Bozzo-Rey, L. Carnoye, G. Delalieux (dir.), *Responsabiliser l'achat public ? Entre théories et pratiques*, Presses Universitaires du Septentrion, Coll. Capitalismes, éthique, institutions (à paraître)

¹¹⁰ A. Emorine, « Nouvelle commande publique et environnement. L'écoresponsabilité gagne du terrain », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 6, Novembre 2016, dossier 48

relayées par la Cour de justice et par les juridictions françaises, estimaient ainsi que « *la dépense publique, qui s'effectue à l'occasion d'un (contrat), ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût* »¹¹¹. Progressivement cependant, est apparue l'idée selon laquelle « *l'achat public est une décision d'une personne publique, c'est-à-dire, au moins en apparence, une décision politique au sens premier du terme* »¹¹². Certains acteurs, qu'il s'agisse de politiques ou d'associations, avaient ainsi dénoncé l'absence de prise en compte des considérations sociales et environnementales ainsi que le primat absolu de la concurrence au moment de l'adoption des directives de 2004.

48. Cette situation a évolué avec les directives de 2014 qui font de l'achat public responsable l'un des objectifs majeurs pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices. Les considérations sociales et environnementales sont évoquées dès les premières lignes de la directive « marchés publics » qui les envisage comme des « *objectifs sociétaux communs* ». Elle précise également que ces contrats doivent jouer « *un rôle essentiel dans la stratégie Europe 2020 [...] dans la mesure où ils constituent l'un des instruments fondés sur le marché à utiliser pour parvenir à une croissance intelligente, durable et inclusive, tout en garantissant une utilisation optimale des fonds publics* »¹¹³. La Commission européenne confirme cette nouvelle approche dans son rapport d'octobre 2017 où elle précise que l'achat public est un levier pour que les pouvoirs publics puissent « *apporter leur pierre à la construction d'une économie plus innovante, durable, inclusive et compétitive* »¹¹⁴. Le droit de l'Union européenne admet donc que la concurrence ne soit plus la seule clef de lecture en matière de contrats publics.

49. Ces évolutions ne doivent cependant pas être surinterprétées. Il est vrai que « *les objectifs environnementaux et sociaux ne relèvent plus de « politiques secondaires » ou « horizontales »* » et « *font partie des objectifs du droit des marchés publics au même titre que l'ouverture du marché intérieur* »¹¹⁵ ; mais il ne faut pas oublier que la Cour de justice de l'Union européenne « *a répété à plusieurs reprises que le principal objectif des règles de l'Union en matière de marchés publics est la libre circulation des services et l'ouverture à la*

¹¹¹ D. Piveteau, « L'illégalité du critère du « mieux-disant social » dans les marchés publics », concl. sous CE, 25 juill. 2001, n° 229666, Commune de Gravelines, AJDA 2002, p. 46

¹¹² N. Boulouis, « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », RFDA 2014, p. 617

¹¹³ Considérant 2 de la directive 2014/24

¹¹⁴ Commission européenne, communication du 3 octobre 2017 au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe*, COM(2017) 572 final

¹¹⁵ L. Richer, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », préc.

concurrence la plus large possible dans tous les États membres »¹¹⁶. La place accordée aux considérations sociales et environnementales ne fait donc que relativiser « *l'objectif d'ouverture à la concurrence* »¹¹⁷, sans le remettre en cause. La question reste de savoir quelle est la portée des nouvelles bornes fixées sur la logique concurrentielle. Il est en effet nécessaire de « *choisir* » ou d'« *établir une hiérarchie* » parmi les objectifs consacrés¹¹⁸. Or, les nouveaux textes n'abandonnent pas cette logique. Le respect des principes concurrentiels est rappelé par le premier considérant de la directive relative aux marchés publics et les principes fondamentaux de la commande publique sont repris à l'article L. 3 du titre préliminaire du code de la commande publique. Les considérations sociales et environnementales ne permettent donc d'envisager que des limites contenues à la logique concurrentielle.

50. De la même manière, la Cour de justice de l'Union européenne admet que des motifs liés à la protection de la santé publique justifient des entraves à la libre circulation sur le fondement de l'article 36 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹¹⁹. Toutefois, la Cour réalise un contrôle de la proportionnalité des mesures étatiques pour déterminer si les entraves permettent véritablement d'atteindre l'objectif de protection de la santé publique avancé. C'est ce qui explique que, dans l'arrêt *Medisanus*, la Cour rejette le motif de santé publique avancé par le gouvernement slovène¹²⁰. Davantage encore que les considérations sociales et environnementales, la santé publique ne constitue qu'un obstacle potentiel et circonscrit à la logique concurrentielle.

51. La possibilité de limites nouvelles. Pour autant, même si la logique concurrentielle reste prédominante, l'admission de nouveaux objectifs permet d'ouvrir de nouvelles perspectives. À l'image des considérations sociales et environnementales, la prise en compte du service public en matière de contrats publics pourrait permettre de tempérer les exigences issues de l'exigence concurrentielle. Afin de ne pas heurter le principe de primauté, il faudrait que la prise en compte soit effectuée au niveau européen. Deux difficultés apparaissent à ce sujet. La première réside dans la notion même de service public dans la mesure où celle-ci fonde une part importante du

¹¹⁶ Concl. M. P. Mengozzi sur CJUE, 19 juin 2014, aff. C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, pt 32.

¹¹⁷ L. Richer, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *préc.*

¹¹⁸ F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La commande publique, instrument stratégique au service des politiques publiques », *Contrats-Marchés publ.* 2017, repère 10

¹¹⁹ Pour des développements plus spécifiques sur la place de la santé publique dans le droit du marché intérieur, v. N. De Grove-Valdeyron, *Droit européen de la santé*, LGDJ, 2018

¹²⁰ CJUE, 8 juin 2017, aff. C-296/15, *Medisanus* ; *Contrats-Marchés publ.* 2017, comm. 228, note M. Ubaud-Bergeron ; *RTD eur.* 2018, p. 376, chron. L. Durviaux. Elle considère que « qu'aucun des éléments en possession de la Cour ne permet de conclure que le principe d'approvisionnement prioritaire en médicaments produits industriellement à partir de plasma slovène prélevé au sein des hôpitaux slovènes contribue, de manière décisive, à encourager la population slovène à donner volontairement et gratuitement son sang »

régime d'exécution des contrats administratifs. Or cette notion ne trouve pas de véritable équivalent au niveau européen tant la conception du « service public à la française » relève d'une approche particulière. Pour autant, le décalage avec le droit de l'Union n'est pas si important qu'il n'y paraît. En effet, l'Union européenne reconnaît l'existence de services particuliers grâce à des notions propres, qu'il s'agisse de la notion de service d'intérêt général, de celles de service d'intérêt économique général ou de service non économique d'intérêt général, ou encore de la notion de service universel. Certes ces notions reposent « *sur une conception purement matérielle des missions de service public* »¹²¹ mais elles ne remettent pas en cause l'existence de services particuliers dont la reconnaissance appartient aux Etats¹²² et permettent même un enrichissement des principes induits par les lois du service public¹²³.

52. Ainsi, en matière de contrats publics, l'utilisation des notions européennes précitées semble possible pour ériger des limites nouvelles à la logique concurrentielle. Ces limites pourraient alors s'inspirer du régime juridique des contrats administratifs français et reprendre certaines règles induites par le service public. Une telle solution permettrait de marquer la spécificité des contrats de service public au niveau européen mais il faudrait pour cela une réelle volonté d'agir en ce sens. Or, il s'agit de la seconde et principale difficulté car le régime juridique des contrats publics varie fortement d'un Etat membre à l'autre. Un accord sur la consécration de règles d'exécution particulières lorsqu'un contrat public porte sur une catégorie particulière de services paraît délicat à obtenir... toutefois l'intégration des considérations sociales et environnementales au sein du droit des contrats publics permet d'espérer que d'autres considérations puissent être intégrées, notamment si elles sont assises sur des notions qui existent déjà au niveau européen. D'ailleurs les directives sectorielles admettent la mise en œuvre d'un régime de passation allégé pour les marchés ayant pour objet des « services sociaux ou autres services spécifiques » et excluent de leur champ d'application certains marchés de

¹²¹ M. Lombard, « L'impact du droit de l'Union européenne sur le service public », in J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, E. Chevalier (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, coll. Administrative law / Droit administratif, 2^e éd. 2014, p. 1180

¹²² Pour un rappel de la liberté des Etats dans la définition des services d'intérêt économique général, v. Trib. UE, 19 avril 2016, *Costantini e.a. / Commission*, T-44/14, pt. 24. Le Tribunal se réfère en particulier aux arrêts suivants : CJUE, 20 avril 2010, *Federutility e.a.*, C-265/08, Rec, I-3377, pt. 29 ; Trib. UE, 12 févr. 2008, *BUPA e.a./Commission*, T-289/03, Rec, II-81, pts. 166 et 167

¹²³ En ce sens, v. notamment : V. Donier, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA* 2006, p. 1219 ; Y. Gaudemet, « Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrais et faux procès », in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges Jeanneau*, Dalloz 2002, p. 473 ; S. Ziani, *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ 2015, Bibl. de droit public, tome 285, pp. 347 et s. ; J. Sirinelli, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne, Une contribution à l'étude du droit administratif européen*, LGDJ 2011, Bibl. de droit public, t. 266, pp. 295 et s. ; M. Karpenschif, « Vers une définition communautaire du service public », *RFDA* 2008, p. 65

services¹²⁴. Si de telles règles existent pour la passation des contrats, rien ne s'oppose donc à ce que l'objet de service « public » ou d'intérêt général de certains contrats justifie la mise en œuvre de règles d'exécution particulières.

53. Les logiques contractuelle et concurrentielle s'opposent à la logique traditionnelle de service public. Ces changements pourraient être sans importance pour le droit des contrats administratifs si cette dernière ne constituait pas le fondement même de la théorie générale. Le développement de ces logiques concurrentes n'entraîne pas *ipso facto* une remise en cause de la théorie générale des contrats administratifs mais il participe à son affaiblissement. Ainsi, davantage que la théorie générale elle-même c'est le service public qui semble discuté comme fondement effectif et efficace du régime juridique applicable. La mise en œuvre de la théorie générale s'opère de plus en plus sans que le service public ne joue un rôle véritable.

¹²⁴ Article 10 de la Directive 2014/24/UE

Titre 2. Le délitement du service public

54. Le développement de logiques nouvelles au sein du droit des contrats administratifs s'accompagne d'une remise en cause progressive du service public comme fondement de la théorie générale. Alors que l'approche classique faisait de ce dernier la justification d'ensemble des différentes composantes de la théorie générale, il n'est désormais plus possible de mobiliser le service public de cette manière.

55. L'approche classique n'a cependant pas entièrement disparu. Le service public continue d'être avancé pour justifier certains éléments emblématiques de la théorie générale mais, en réalité, son utilisation est souvent artificielle. En tant que fondement, le service public est souvent utilisé par facilité ou par habitude, sans pouvoir fonder scientifiquement les différentes composantes de la théorie générale. De plus, il n'est plus avancé pour justifier l'ensemble des éléments de cette théorie. Son maintien comme fondement est donc tout relatif (Chapitre 1).

56. En réalité, le droit moderne des contrats publics révèle une approche nouvelle de la théorie générale des contrats administratifs. Celle-ci ne remet pas totalement en cause le service public mais elle fait appel à de nouveaux fondements qui se substituent ou accompagnent le service public dans la justification des composantes de la théorie générale. Ce dernier apparaît alors, et de plus en plus, comme une limite à la banalisation du régime juridique des contrats administratifs (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le maintien partiel de l'approche classique : le service public comme fondement

57. Le développement de logiques concurrentes a pour conséquence que le service public soit de moins en moins mis en avant pour justifier l'existence des règles spécifiques applicables aux contrats administratifs. Ainsi, à supposer qu'elle existe encore, il paraît désormais difficile d'expliquer la théorie générale des contrats administratifs en utilisant le service public. Pourtant la situation n'est pas si tranchée qu'elle n'y paraît. En effet, le service public continue d'être mobilisé pour expliquer certaines règles applicables aux contrats administratifs ou, pour le moins, à certains d'entre eux (Section 1).

58. Il s'agit cependant d'utilisations ponctuelles et bienvenues du service public qui ne doivent pas occulter la réalité. Du point de vue de la démonstration, son utilisation est assez peu satisfaisante et explique que le service public soit régulièrement dépassé par d'autres fondements dans sa fonction explicative ou qu'il soit complété par ces derniers (Section 2).

Section 1. Un fondement théorique en partie confirmé

59. Le service public continue d'être mobilisé pour expliquer certaines des règles et théories traditionnellement rattachées à la théorie générale des contrats administratifs. Ce sont alors les exigences liées au service public qui sont avancées pour justifier les règles applicables : les principes de continuité et de mutabilité ou d'adaptabilité sont mis en avant pour expliquer la nécessité de reconnaître certains pouvoirs à l'administration contractante ou pour justifier le maintien et l'adaptation du contrat face aux situations qu'il peut rencontrer. Cette utilisation du service public ne concerne pas toutes les règles et théories incluses dans la théorie générale des contrats administratifs mais certaines des plus emblématiques d'entre elles : les pouvoirs de résiliation et de modification unilatérale, le pouvoir de sanction, le pouvoir de contrôle mais également la théorie – administrative – de l'imprévision.

60. *Le service public comme fondement des pouvoirs de résiliation unilatérale et de modification unilatérale.* En premier lieu, le service public continue d'être utilisé pour justifier les pouvoirs de résiliation unilatérale et de modification unilatérale. Cette utilisation n'est pas anodine dans la mesure où ces pouvoirs constituent, en quelque sorte, le « noyau dur » de la théorie générale. Le pouvoir de résiliation unilatérale est « la première des prérogatives de l'administration à avoir été qualifiée de règle générale applicable aux contrats

administratifs »¹²⁵ dans l'arrêt *Distillerie de Magnac-Laval*¹²⁶. Le pouvoir de modification unilatérale n'a été consacré que plus tardivement¹²⁷, après avoir été longtemps discuté en doctrine¹²⁸. Désormais les auteurs considèrent que le pouvoir de résiliation unilatérale constitue « certainement le plus original des pouvoirs de l'administration avec le pouvoir de modification unilatérale pour motif d'intérêt général »¹²⁹. Ils sont, l'un comme l'autre, désormais consacrés par l'article L. 6 du Code de la commande publique mais ne s'appliquent qu'aux seuls contrats administratifs¹³⁰. Au sein de la doctrine, certains considèrent d'ailleurs que « le régime commun aux contrats administratifs, dans le domaine des pouvoirs de l'Administration, se limiterait aux pouvoirs de modification et de résiliation pour motif d'intérêt général » ce qui s'explique par le fait que « ces règles procèdent de l'essence même du droit administratif [...] afin de garantir, à tout moment et quelles que soient les circonstances, la prévalence de l'intérêt général sur les intérêts particuliers »¹³¹.

61. Le rattachement du pouvoir de résiliation au service public est ancien. Pour les auteurs du Traité des contrats administratifs cette reconnaissance repose sur l'idée qu'« il existe, dans le silence même du contrat, un droit de résiliation administrative sans faute du cocontractant, susceptible d'être utilisé par l'administration lorsque le contrat est devenu inutile au service public, inadapté à ses exigences »¹³². Georges Péquignot est plus explicite encore en affirmant que ce pouvoir « est l'un des droits de l'Administration le moins contesté en notre matière ; il est une conséquence de l'idée de service public qui est à la base du contrat administratif : si le service ou la collaboration au service, objet du contrat, devient tellement onéreux que l'intérêt public exige qu'une telle dépense soit supprimée, si une modification radicale du contrat

¹²⁵ F. Brenet, « Les contrats administratifs », in P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz 2011, t. 2, p. 249

¹²⁶ CE, ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, rec. p. 246 ; *AJDA* 1958, II, 282, concl. Kahn ; D. 1958, 730, note A. de Laubadère

¹²⁷ CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, rec. p. 33 ; *RFDA* 1984, p. 45, note F. Llorens ; *RDP* 1984, p. 212, note J.-M. Auby

¹²⁸ Il n'était qu'implicitement reconnu par les conclusions Blum sur l'arrêt CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, préc. et la doctrine considérait qu'il devait en réalité découler d'un texte pour être applicable. Sur ce débat, v. A. de Laubadère, « Du pouvoir de l'administration d'imposer des changements aux dispositions des contrats administratifs », *RDP* 1954, p. 36 mais surtout la critique de F.-P. Bénéot, « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *JCP G* 1963, I, 1775

¹²⁹ *Ibidem*

¹³⁰ Sur cette consécration, v. notamment le dossier consacré à ce sujet : « Le code de la commande publique », *RFDA* 2019, pp. 197 et s. Notamment les articles suivants : H. Hoepffner et P. Terneyre, « La place des principes dans le code de la commande publique », p. 206 ; C. Maugué et S. Roussel, « La codification de la jurisprudence dans le code de la commande publique : jusqu'où ? », p. 213 ; M. Ubaid-Bergeron, « Passation et exécution : le code de la commande publique innove-t-il ? », p. 219

¹³¹ G. Eckert, « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats-Marchés publ.* 2010, étude 9

¹³² A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé. *Traité des contrats administratifs*, préc., p. 658

*s'impose pour suivre de façon correcte la satisfaction des besoins publics, si le contrat constitue une gêne pour la réalisation des fins de l'Administration, il ne faut pas qu'il demeure comme un obstacle insurmontable. L'Administration possède le pouvoir discrétionnaire d'écarter cet obstacle »*¹³³. Ainsi, c'est le principe de mutabilité ou d'adaptabilité du service public qui est classiquement avancé pour justifier la reconnaissance du pouvoir de résiliation unilatérale au profit de l'administration. Or, ce fondement continue d'être mobilisé par le droit positif.

62. En effet, la question a pu se poser de savoir si le pouvoir de résiliation unilatérale concernait l'ensemble des contrats administratifs et ne devait pas être exclu pour certains d'entre eux¹³⁴. Le juge a néanmoins expressément reconnu ce pouvoir pour les contrats de concession de service public en dépit des investissements de longue durée réalisés par le concessionnaire¹³⁵. La question de l'existence du pouvoir de résiliation unilatérale s'est également posée pour les baux emphytéotiques administratifs dans la mesure où sa mise en œuvre prive d'intérêt de tels contrats. Pourtant, « *l'affirmation générale par l'article L. 2122-3 du CGPPP de 2006 du caractère précaire et révocable des occupations du domaine public paraît bien impliquer* » l'existence de ce pouvoir¹³⁶, ce que le Conseil d'Etat est venu confirmer¹³⁷. Enfin, le juge a reconnu l'existence du pouvoir de résiliation unilatérale en matière de contrats passés entre personnes publiques¹³⁸.

63. Pour autant le lien exigé avec le service public n'est pas nécessairement un lien étroit. En effet, le juge n'a pas précisé si, dans le cadre de contrats entre personnes publiques, le pouvoir de résiliation unilatérale appartient indifféremment aux deux personnes publiques¹³⁹. En l'absence de précisions sur ce point, cela semble être le cas y compris lorsque l'une des deux personnes publiques « *intervient comme prestataire d'une autre administration [...], c'est-à-*

¹³³ G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, préc., p. 391

¹³⁴ L. Richer, F. Lichère, préc., pp. 251-252

¹³⁵ CE, ass., 2 février 1987, *Société TV6 et a.*, rec. p. 28 ; *RFDA* 1987, p. 29, concl. M. Fornacciari ; *AJDA* 1987, p. 314, note M. Azibert et M. de Boisdeffre

¹³⁶ L. Richer, F. Lichère, *Ibidem*, p. 252

¹³⁷ CE, 1^{er} octobre 2013, n° 349099, *Sté Espace Habitat Construction* ; rec. p. 706 ; *DA* 2013, comm. 80, note F. Brenet ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 322, note P. Devillers ; *RDI* 2014, p. 46, obs. N. Foulquier ; *BJCP* 2014, p. 32, concl. V. Daumas, obs. N. Dourlens et R. de Moustier ; *AJDA* 2013, p. 2275, note J.F. Giacuzzo ; *JCP A* 2014, 2196, note H. Pauliat

¹³⁸ CE, 21 décembre 2007, *Région du Limousin*, rec. p. 534 ; *BJCP* n°57/2008, p. 138, concl. E. Prada-Bordenave ; CE, 4 juin 2014, *Commune d'Aubigny-les-Pothées*, n°368895, *Contrats-Marchés publ.* 2014, comm. 232, note J.-P. Pietri ; *BJCP* n°96, p. 335, concl. B. Dacosta

¹³⁹ V. également l'arrêt dit « Béziers III » : CE, 27 févr. 2015, n° 357028, *Commune de Béziers* ; *DA* 2015, comm. 40, note F. Brenet ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, comm. 101, note G. Eckert ; *AJDA* 2015, p. 1482, note P. Bourdon ; *BJCP* 2015, p. 247, concl. E. Cortot-Boucher ; *BJCL* 2015, p. 381, note J.-D. Dreyfus ; *JCP A* 2015, 2183, note J. Martin

dire comme un opérateur économique ordinaire »¹⁴⁰. Pour cette personne publique « opérateur économique », le lien avec le service public apparaît alors comme particulièrement distendu : il est en effet délicat de considérer que le lien de cette personne publique avec le service public est plus fort que celui qu'un opérateur privé aurait eu dans la même situation. Pourtant ce lien distendu n'empêche pas que le service public soit utilisé comme outil jurisprudentiel permettant de justifier le pouvoir de résiliation unilatérale reconnu en faveur de toutes les personnes publiques pour l'ensemble des contrats administratifs. De plus, le juge administratif considère qu'il est impossible de renoncer par le contrat au pouvoir de résiliation unilatérale. Ainsi dans l'arrêt **Association Eurolat et Crédit foncier**, le Conseil d'Etat exprime clairement que des clauses renonçant au pouvoir de résiliation sont « *incompatibles avec les principes de la domanialité publique comme avec les nécessités du fonctionnement d'un service public* » et « *doivent être regardées comme nulles* »¹⁴¹. Il établit donc un lien clair entre le pouvoir de résiliation unilatérale et le service public même si le lecteur perçoit immédiatement que ce lien est artificiel dans la mesure où tous les contrats administratifs ne présentent pas un lien, même lâche, avec le service public.

64. Le pouvoir de résiliation unilatérale n'étant, en définitive, qu'une forme de modification unilatérale du contrat conduisant à sa résiliation, le service public est également mobilisé pour justifier l'existence du pouvoir de modification. En effet « *cette finalité justifie son régime original, caractérisé par la mutabilité du contrat. Elle permet de garantir la continuité du service public et d'adapter ce dernier aux besoins de l'Administration, des usagers et à l'évolution des techniques. Ainsi, alors qu'en droit civil, la modification est une technique juridique subjective permettant aux parties d'améliorer la vie du contrat pour répondre à leurs besoins, en droit administratif, elle est une technique objective, dont l'utilisation est justifiée par les nécessités du service public* »¹⁴². Le pouvoir de modification entraîne ainsi « *une atteinte certaine à l'intangibilité du contrat* » tout en protégeant sa force obligatoire au travers de son économie générale¹⁴³. Le rattachement au service public n'empêche pas ici non plus qu'un champ d'application large soit reconnu s'agissant du pouvoir de modification unilatérale : il s'agit d'une règle générale applicable aux contrats administratifs, peu importe que lesdits

¹⁴⁰ F. Brenet, « Suite et fin de l'affaire Béziers », note sous CE, 27 févr. 2015, n° 357028, *Commune de Béziers* ; DA 2015, comm. 40

¹⁴¹ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat et Crédit Foncier*, rec. p. 141 ; RFDA 1986, p. 21, concl. B. Genevois ; AJDA 1985, p. 620, note E. Fatôme et J. Moreau ; RDP 1986, p. 21, note F. Llorens

¹⁴² H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 386

¹⁴³ M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 320-321. Dans le même sens, v. L. Rapp, *Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet*, *Contrats-Marchés publ.* 2008, étude 7

contrats aient directement pour objet le service public¹⁴⁴ ou qu'ils n'aient qu'un lien distant avec ce dernier.

65. Le pouvoir de modification unilatérale est menacé par le développement des exigences propres au droit de la commande publique¹⁴⁵ et par la contractualisation progressive des modifications apportées aux contrats administratifs. En effet, « *en pratique, l'Administration fait un usage modéré de son pouvoir de modification unilatérale, préférant favoriser la collaboration avec ses cocontractants* » en concluant des avenants¹⁴⁶. La relation contractuelle tend donc à l'emporter en pratique sur l'unilatéralité qui découle des principes de continuité et d'adaptabilité des services publics. Pourtant, en dépit de ce double mouvement, le pouvoir de modification unilatérale demeure une règle générale applicable aux contrats administratifs que le juge n'hésite pas à mobiliser¹⁴⁷. Il a ainsi récemment précisé que « *les mesures que le juge des référés [...] peut ordonner au cocontractant de l'administration pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement ne sont pas seulement celles qui découlent des obligations prévues dans le contrat initialement signé par les parties, mais également celles qui résultent de l'exercice, par l'administration, de son pouvoir de modification unilatérale du contrat* »¹⁴⁸. Malgré tout le lien entre le pouvoir de modification unilatérale et le service public reste parfois extrêmement lâche. Dans la mesure où il s'agit d'une règle générale applicable aux contrats administratifs, certains arrêts reconnaissent l'existence de ce pouvoir pour des contrats qui ne portent « *pas directement sur l'exploitation d'un service public et pour lesquels le principe de mutabilité du service public* » ne trouve pas réellement à s'appliquer¹⁴⁹. C'est notamment le cas pour les contrats qui permettent une occupation privative du domaine public. Par exemple, le juge administratif admet l'exercice du pouvoir de modification unilatérale dans le cadre d'une convention d'occupation du domaine public autorisant les propriétaires riverains d'un port à occuper une parcelle du plan d'eau du port située au droit de leur marina¹⁵⁰. Certes, comme le relève Gabriel Eckert dans son commentaire, le pouvoir de modification unilatérale

¹⁴⁴ CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, préc.

¹⁴⁵ V. infra n°124

¹⁴⁶ H. Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, LGDJ 2009, bibl. de droit public, t. 260, p. 164

¹⁴⁷ V. par ex : CE, 27 oct. 2010, n° 318617, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule*; RJE 2011, comm. 18, concl. B. Dacosta ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 7, note W. Zimmer ; CE, 5 juill. 2013, n° 367760, *Sté Véolia Transport Valenciennes Transvilles* ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 262, note J.-P. Pietri ; CAA Nancy, 13 févr. 2014, n° 13NC00578, *Société Véolia Eau* ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, comm. 118, note J.-P. Pietri ; CAA Nantes, 30 mars 2018, n° 16NT03892, *Société OHM* ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 140, obs. G. Eckert

¹⁴⁸ CE, 25 juin 2018, n° 418493, *ADEME* ; JCP A 2018, 2333, chron. O. Le Bot, n° 9 ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 198, note M. Ubaud-Bergeron

¹⁴⁹ F. Brenet, « Les contrats administratifs », in *Traité de droit administratif*, préc., p. 247

¹⁵⁰ CE, 5 mai 2010, n° 301420, *Bernard* ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 260, note G. Eckert

trouve ici « *son fondement dans le régime domanial* »¹⁵¹. Cela démontre toutefois que le service public ne suffit pas à fonder le pouvoir de modification unilatérale pour tous les contrats administratifs. De la même manière, le service public ne permet pas de fonder le pouvoir de modification unilatérale dans bon nombre de marchés publics alors que celui-ci est reconnu par le juge. Par exemple, le Conseil d'Etat admet l'exercice du pouvoir de modification unilatérale dans le cadre d'un marché informatique passé par l'ADEME pour la mise en place d'une application prenant en charge ses fonctions comptables, ses fonctions budgétaires et la gestion de ses achats¹⁵². Le contrat ne porte pas sur l'exécution du service public mais le juge administratif admet sans difficultés le pouvoir de modification unilatérale. Par conséquent, même si le service public continue de fonder le pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs, la question se pose de savoir si ce fondement n'est pas artificiel.

66. Le service public comme fondement du pouvoir de sanction. Un raisonnement similaire se retrouve à propos du pouvoir de sanction. En effet, le service public est également utilisé de manière traditionnelle pour justifier le pouvoir de sanction reconnu à l'administration afin qu'elle s'assure de la réalisation par le cocontractant de ses obligations contractuelles. Les auteurs expliquent classiquement que la différence entre le droit civil et le droit administratif sur ce point découle du fait que « *les sanctions du contrat administratif n'ont pas seulement pour objet de réprimer des manquements contractuels, mais aussi d'assurer la marche des services publics auxquels l'exécution du contrat était utile* »¹⁵³. Georges Péquignot l'envisage d'ailleurs comme un « *droit de sanction* » plutôt que comme un pouvoir¹⁵⁴. Il le lie à la règle – codifiée dans le code civil – selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi mais il explique que les obligations à la charge des parties acquièrent « *une force toute particulière au profit de l'Administration* » dans le cadre des contrats administratifs car ces obligations sont devenues « *particulièrement éminentes* » en raison du but de service public du contrat¹⁵⁵. Il ne s'agit pas seulement de sanctionner le défaut d'exécution correcte du contrat, ce droit de sanction permet également de sanctionner la « *faute contre le service public* » car en n'exécutant pas correctement ses obligations le cocontractant trouble « *la bonne marche* » de celui-ci¹⁵⁶.

¹⁵¹ G. Eckert, note sous l'arrêt *préc.*

¹⁵² CE, 25 juin 2018, n° 418493, *ADEME, préc.* Dans cette affaire le Conseil d'Etat admet qu'un référé mesures-utiles soit exercé pour permettre à l'agence d'assurer la mise en œuvre de son pouvoir de modification unilatérale.

¹⁵³ A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, *préc.*, p. 102

¹⁵⁴ G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, *préc.*, p. 320

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 320

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 320

67. Désormais, le pouvoir de sanction est généralement prévu par le contrat. Il s'inscrit ainsi dans le mouvement de contractualisation de la théorie générale des contrats administratifs. Or, l'existence de ce pouvoir en l'absence de clauses contractuelles varie en fonction de la catégorie de sanctions concernée. Ainsi, « *les pénalités ont un caractère contractuel [...] et forfaitaire* »¹⁵⁷, ce qui signifie qu'elles ne peuvent être prononcées que si elles sont prévues par le contrat¹⁵⁸. A l'inverse, le pouvoir de sanction existe même dans le silence du contrat tant pour les sanctions coercitives¹⁵⁹ que pour les sanctions résolutoires¹⁶⁰. Le Conseil d'Etat semble considérer que les premières relèvent des règles générales applicables aux contrats administratifs¹⁶¹ ; tandis qu'il a précisé récemment que les secondes existaient pour tous les contrats administratifs, y compris les contrats de concession¹⁶². La question du rattachement de ce pouvoir de sanction au service public se pose toutefois. Alors que la doctrine classique exprimait clairement l'idée selon laquelle le pouvoir de sanction était nécessaire à la continuité du service public, les auteurs contemporains ne s'attardent pas sur la question. Il semble donc possible de continuer de rattacher ce pouvoir de sanction au service public lorsqu'il est reconnu en l'absence de texte, mais il s'agit ici encore d'une appréhension large du lien existant entre le contrat en cause et le service public concerné. Le service public ne peut donc être qu'un fondement opportun en l'absence d'alternative sérieuse.

68. ***Le service public comme fondement du pouvoir de contrôle.*** Chez les auteurs classiques le service public est également avancé pour justifier le pouvoir de contrôle. Pour eux, l'existence du pouvoir de contrôle est liée au but de service public poursuivi dans le cadre des contrats administratifs. Ceux-ci ont pour objet de confier au cocontractant certaines missions qui participent à la bonne marche des services publics. Or, comme le souligne Léon Blum dans ses conclusions sur l'arrêt *Compagnie générale française des tramways* : « *l'Etat reste garant de l'exécution du service vis-à-vis de l'universalité des citoyens* »¹⁶³. Georges Péquignot en déduit que c'est le principe de continuité du service public qui justifie ce pouvoir de contrôle

¹⁵⁷ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 334

¹⁵⁸ Ces pénalités se distinguent de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle par le biais de dommages-intérêts sous le contrôle du juge, celle-ci pouvant être mise en œuvre sans que le contrat ne le prévoit. *Ibidem*, pp. 335 et s.

¹⁵⁹ CE, 9 janvier 1957, *Daval* ; *AJDA* 1957, II, 9, concl. Laurent

¹⁶⁰ CE, 30 septembre 1983, *SARL Comexp*, n°26611

¹⁶¹ Par une lecture combinée des arrêts : CE, ass., 9 novembre 2016, *Société Fosmax* et CE, 14 févr. 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine*, préc.

¹⁶² CE, 12 nov. 2015, n° 387660, *Société le jardin d'acclimatation*, rec. p. 395 ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 16, note M. Ubaud-Bergeron ; *AJDA* 2016, p. 908, note Ch. Roux et p. 911, note P. Marcantoni ; *BJCP* 2016, p. 143, concl. O. Henrard

¹⁶³ Concl. Blum sur CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, rec. p. 216, *D.* 1912.3.49, concl. Blum ; *S.* 1911.3.1, concl. Blum, note Hauriou ; *RDJ* 1910.270, note Jèze

car « c'est l'Administration qui, en dernière analyse, reste tenue d'assurer de façon continue et régulière le service et qui se trouve, pour cela, armée de pouvoirs exorbitants sur son cocontractant. Elle ne peut, de ce fait, exercer ses pouvoirs sans un contrôle effectif et efficace »¹⁶⁴. De la même manière, Gaston Jèze explique que « le pouvoir de contrôle existe par cela seul qu'il y a service public. C'est donc la nature juridique du service public qui est le fondement juridique du pouvoir de contrôle »¹⁶⁵. Les auteurs du Traité des contrats administratifs sont plus prudents quant au fondement du pouvoir de contrôle : ils considèrent qu'il faut « admettre qu'un tel pouvoir existe d'office dans les contrats administratifs » mais ils ne le rattachent pas expressément au service public¹⁶⁶. Désormais, l'existence du pouvoir de contrôle comme règle générale applicable aux contrats administratifs est davantage discutée¹⁶⁷. Les auteurs contemporains s'appuient en effet sur la jurisprudence pour indiquer que ce pouvoir n'existe pas dans l'ensemble des contrats administratifs. Certains arrêts recherchent la présence de clauses contractuelles¹⁶⁸ ou de textes¹⁶⁹ pour déterminer si ce pouvoir de contrôle existe et s'applique au contrat en cause, et aucun arrêt ne consacre ce pouvoir de manière générale¹⁷⁰. Le code de la commande publique ne mettra pas fin à ces discussions car son article L.6 offre une consécration mitigée au pouvoir de contrôle en indiquant qu'il s'exerce « selon les modalités fixées par le présent code, des dispositions particulières ou le contrat »¹⁷¹. Pour autant, même s'il ne s'agit pas d'une règle générale applicable aux contrats administratifs, un lien est maintenu entre le pouvoir de contrôle et le service public. En effet, dans l'arrêt

¹⁶⁴ G. Péquignot, *Théorie générale des contrats administratifs*, préc., p.307

¹⁶⁵ G. Jèze, *Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics*, LGDJ 1932, t. 2, p. 366

¹⁶⁶ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. 2, préc., p. 386. C'est en effet davantage le pouvoir de police qui semble être mobilisé même si ces auteurs distinguent le pouvoir de contrôle au sens large, qui relève de l'exercice classique du pouvoir de police, et le pouvoir de contrôle au sens strict qui s'exprime spécifiquement dans la relation contractuelle.

¹⁶⁷ A. Roblot-Troizier, « Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA* 2007, p. 990 ; H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 370 ; C. A. Dubreuil, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 347 ; M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 347 ; L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 267 et s.

¹⁶⁸ CE, 3 avril 1925, *Ville de Mascara*, rec. p. 382

¹⁶⁹ CAA Douai, 30 juin 2010, n° 08DA01191, *Sté Électricité Réseau Distribution France (ERDF) ; Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 390, note G. Eckert. L'arrêt souligne « qu'il ne résulte pas des dispositions des articles 6 et 15 de la loi du 8 avril 1946 portant nationalisation et création d'un monopole pour le transport et la distribution de l'électricité en France qu'un inventaire des biens de la concession exploitée par la société Saint Quentinnoise d'Eclairage devait être établi et remis à la commune concédante » et que par conséquent rien n'imposait un tel inventaire. Cela implique donc l'absence d'un pouvoir général de contrôle.

¹⁷⁰ L'arrêt Commune de Douai est généralement cité car il ne reconnaît ce pouvoir que pour les délégations de service public et non pour l'ensemble des contrats : CE, ass., 21 déc. 2012, n° 342788, *Commune de Douai* ; *JCP A* 2013, 204, note J.-B. Vila ; *JCP A* 2013, jurispr. 204, note J.-S. Boda, Ph. Guellier, J.-B. Vila ; *BJCP* 2013, p. 1365, concl. Dacosta ; *DA* 2013, comm. 20, note G. Eveillard ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 42, note G. Eckert ; *RFDA* 2013, p. 25, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2013, p. 524, étude E. Fatôme

¹⁷¹ En ce sens, v. F. Melleray, R. Noguellou, « La codification de règles jurisprudentielles », *AJDA* 2019, p. 381

Commune de Douai, le Conseil d'Etat affirme clairement « qu'il résulte des principes mêmes de la délégation de service public que le cocontractant du concédant doit lui communiquer toute information utile sur les biens de la délégation »¹⁷². Par cette affirmation, le juge indique donc que l'objet de service public justifie l'existence d'un pouvoir de contrôle. Ainsi, il est possible de considérer que le pouvoir de contrôle est toujours fondé sur l'objet de service public, ne serait-ce qu'*a minima* pour l'ensemble des contrats ayant pour objet l'exécution même d'un tel service.

69. Le service public comme fondement de la théorie de l'imprévision. Le service public continue enfin d'être mobilisé pour fonder – au moins en partie – la théorie de l'imprévision. La situation est ici assez comparable à celle qui prévaut en matière de pouvoir de contrôle. En effet, les auteurs classiques rattachent incontestablement la théorie de l'imprévision au service public. Ainsi, pour Péquignot « cette théorie ne trouve pas son fondement ailleurs que dans l'intérêt bien compris du service »¹⁷³. Le principe de continuité du service public implique en effet que l'administration puisse venir « secourir » son cocontractant lorsque des événements imprévus menacent la pérennité du service¹⁷⁴. Les auteurs du Traité des contrats administratifs vont dans le même sens en indiquant que la théorie de l'imprévision repose sur le principe de continuité du service public : il s'agit de l'idée « dominante » de cette théorie même si elle n'est pas « exclusive »¹⁷⁵. Cette approche se retrouve dans la doctrine contemporaine pour qui « la théorie de l'imprévision est avant tout fondée sur le principe de continuité du service public »¹⁷⁶. L'approche retenue repose sur une appréhension large du lien avec le service public : il n'est pas nécessaire que le contrat ait pour objet de confier la gestion du service public, il suffit qu'il soit conclu « pour les besoins d'un service public »¹⁷⁷. Cette approche large ne permet cependant pas de conclure que la théorie de l'imprévision pourrait s'appliquer à l'ensemble des contrats administratifs. La doctrine considère en effet, prenant appui sur une jurisprudence éclectique refusant son application¹⁷⁸, qu'un lien suffisant avec le service public

¹⁷² CE, ass., 21 déc. 2012, n° 342788, *Commune de Douai*, préc.

¹⁷³ G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, préc., p. 269

¹⁷⁴ *Ibidem*, pp. 517 et s.

¹⁷⁵ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, préc., p. 563

¹⁷⁶ L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 280

¹⁷⁷ *Ibidem*. Sur cette approche large et les difficultés qu'elle suscite, v. L. Clouzot, « La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude », *RFDA* 2010, p. 937

¹⁷⁸ Refusant l'application pour les marchés à livraison unique : CE 3 déc. 1920, *Fromassol*, rec. p. 1036 ; *RDP* 1921, p. 81, concl. Corneille. Refusant l'application pour des conventions domaniales : TA Rouen, 28 août 1998, *Société Renault*, *AJDA* 1998, p. 1047 ; *RTD com.* 1999, p. 78, obs. G. Orsoni ; TA Paris, 23 mars 2017, n° 1612143/4-3, *Société « Alexandre III »* ; CAA Nantes, 21 juin 2005, n° 04NT00068, *Société à responsabilité limitée Jual*

doit être établi pour que la théorie puisse jouer¹⁷⁹. En toute hypothèse, le service public – au travers du principe de continuité – continue de fonder la théorie de l'imprévision. Il y a donc, s'agissant de la théorie de l'imprévision également, un maintien du service public comme fondement.

70. Ainsi, le service public est maintenu de manière plus ou moins explicite – et plus ou moins convaincante – pour fonder un nombre important de règles attachées à la théorie générale des contrats administratifs. Pourtant, l'étude de ces règles fait d'ores et déjà apparaître le service public comme un fondement opportun, en grande partie artificiel.

Section 2. Un fondement théorique inadapté

71. L'utilisation du service public comme fondement de certains pouvoirs ou de certaines théories relevant de la théorie générale des contrats administratifs n'est pas satisfaisante. L'approche classique est avant tout une approche historique qui permet d'utiliser le service public comme un appareil servant à asseoir une forme de domination de la personne publique dans la relation contractuelle. Or, tous les contrats administratifs ne présentent pas un lien véritable avec le service public.

72. *Des liens variables entre contrat administratif et service public.* Le lien est indiscutable lorsque le contrat a pour objet l'exécution même d'un tel service, qu'il s'agisse d'une concession de service ayant pour objet un service public ou d'un marché public ayant un objet similaire. En revanche, ce lien est déjà plus délicat à établir lorsque les contrats de concession ou les marchés publics n'ont pas pour objet la réalisation d'activités de service public. Le lien entre un marché public de fournitures et le service public est ainsi déjà plus difficile à établir. De la même manière, les concessions de travaux et les marchés publics de travaux peuvent présenter un lien distendu avec le service public. Enfin, les marchés publics de services et les concessions de services ne portent pas nécessairement sur la prise en charge d'activités qualifiables de services publics¹⁸⁰. Dans cette hypothèse également le lien avec le service public, s'il existe, est difficile à établir. Pour autant ces catégories de contrats ne sont pas celles

¹⁷⁹ V. not. : C. Maugué, S. Roussel, « La codification de la jurisprudence dans le code de la commande publique : jusqu'où ? », *RFDA* 2019, p. 213

¹⁸⁰ C'est notamment le cas de certaines conventions de terminal : CE, 14 févr. 2017, Société de manutention portuaire d'Aquitaine, *préc.* Sur la qualification de ces conventions avec l'adoption de la loi d'orientation des mobilités, v. L. Rapp, « Conventions de terminal et concessions de service », *AJDA* 2019, p. 1017

qui posent le plus difficultés : le lien avec le service public peut se révéler quasiment inexistant pour d'autres catégories de contrats administratifs.

73. Le service public et les baux emphytéotiques administratifs. C'est notamment le cas des baux emphytéotiques administratifs. Ces baux – dont le champ d'application est réduit depuis l'adoption des Ordonnances de 2015 et 2016¹⁸¹ – peuvent être conclus en vue de la réalisation d'une activité d'intérêt général qualifiable de service public, mais ce n'est pas nécessairement le cas. Ainsi, l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales autorise ces dernières à conclure de tels baux « en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant » de leurs compétences « ou en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public »¹⁸². Or, l'affectation d'un bien immobilier à une association culturelle ne saurait être regardée comme présentant un lien avec un service public. De plus, s'agissant des opérations d'intérêt général, les BEA conclus par les collectivités territoriales ne peuvent plus avoir pour objet de confier « l'accomplissement d'une mission de service public » au cocontractant¹⁸³. Le droit de la commande publique impose, dans une telle hypothèse, la passation d'un marché public ou d'un contrat de concession¹⁸⁴. Les BEA conclus par l'Etat¹⁸⁵, outre le fait qu'ils devraient être de moins en moins nombreux, n'ont pas non plus nécessairement pour objet la réalisation d'une mission de service public. Il est donc extrêmement délicat – voire impossible – de justifier les prérogatives de l'administration en utilisant le service public pour de tels contrats.

74. Le service public et les contrats entre personnes publiques. De la même manière, ainsi que cela a été souligné, pour les contrats entre personnes publiques dans lesquels l'une intervient comme prestataire au profit de l'autre, le lien de la première avec un service public éventuel est également difficile à établir¹⁸⁶. En réalité, d'autres fondements semblent devoir être mobilisés pour justifier les prérogatives de cette personne publique cocontractante. L'intérêt général a alors l'avantage d'être une notion suffisamment imprécise pour ne pas

¹⁸¹ F. Llorens, P. Soler-Couteaux, « Quel avenir pour les AOT et les BEA après l'ordonnance du 23 juillet 2015 ? », *Contrats-Marchés publ.* 2016, repère 1 ; G. Clamour, « Le sort des contrats domaniaux », *RFDA* 2016, p. 270

¹⁸² CE, ass., 19 juill. 2011, n° 320796, *Vayssière c/ Cne Montreuil-sous-Bois*, rec. p. 395, concl. E. Geffray ; *RFDA* 2011, p. 967, concl. ; *AJDA* 2011, p. 1667, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *AJDA* 2011, p. 2010, note E. Fatôme et L. Richer ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 301, note G. Eckert ; *D.* 2011, p. 2375, note M. Touzeil-Divina ; *RDI* 2011, p. 628, note O. Fevrot ; *DA* 2011, comm. 92, note F. Brenet

¹⁸³ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 184

¹⁸⁴ Art. L. 1311-2 du CGCT

¹⁸⁵ BEA pour la réalisation de logements sociaux en application de l'article 7 de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés et Bea « valorisation » prévus par l'art. L. 2341-1 du CGPPP

¹⁸⁶ V. *supra* n°63

souffrir de contestations sérieuses¹⁸⁷. Ainsi les pouvoirs de résiliation et de modification unilatérale peuvent être justifiés par leur capacité à garantir « à tout moment et quelles que soient les circonstances, la prévalence de l'intérêt général sur les intérêts particuliers »¹⁸⁸.

75. Le service public et les conventions d'occupation du domaine. La question du lien avec le service public se pose également à propos des conventions d'occupation du domaine. La doctrine contemporaine établit un *distinguo* clair entre la gestion des propriétés publiques et celle des services publics¹⁸⁹. Cette différenciation est communément et aisément admise s'agissant des conventions d'occupation du domaine privé, même si elle s'oppose en cela aux arguments avancés par la doctrine classique. En effet, « *Georges Vedel, Charles Eisenmann et surtout Jean-Marie Auby qualifient la gestion du domaine privé de service public* »¹⁹⁰. La distinction est plus délicate s'agissant des conventions du domaine public pour lesquelles il est traditionnellement admis, à la suite de Jèze, que « *le domaine public, c'est un service public* »¹⁹¹. Pourtant, conformément à la jurisprudence¹⁹², il semble désormais admis que « *la gestion des propriétés publiques ne constitue pas un service public. Qu'elle porte sur le domaine privé ou sur le domaine public, elle est une relation patrimoniale que des propriétaires publics – ou les personnes dont elles habilitent la gestion – entretiennent avec leurs biens* »¹⁹³. D'ailleurs, cela permet de comprendre pourquoi la jurisprudence ne justifie pas par le service public mais « *plus largement, par l'intérêt public* » le pouvoir de modification unilatérale dans le cadre des conventions domaniales¹⁹⁴.

76. Ces différentes hypothèses tendent donc à démontrer que, bien qu'il continue à être mobilisé pour fonder certaines règles de la théorie générale des contrats administratifs, le service public n'est pas à même de justifier l'ensemble des situations révélant leur mise en œuvre. Cette utilisation du service public s'explique toutefois par son ancrage particulièrement fort dans la doctrine classique. Celui-ci n'a rien de surprenant dans la mesure où la théorie générale des contrats administratifs a été élaborée en généralisant les règles applicables à

¹⁸⁷ V. *infra* n°152 et s.

¹⁸⁸ G. Eckert, « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *préc.*

¹⁸⁹ V. not. J.-F. Giacuzzo, *La gestion des propriétés publiques en droit français*, LGDJ 2014, bibl. de droit public, t. 283, spéc. pp. 90 et s.

¹⁹⁰ *Ibidem*. L'auteur renvoi notamment aux travaux de Caroline Chamard-Heim sur la question

¹⁹¹ G. Jèze, note sous CE, 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique Orientale*, RDP 1944, p. 236

¹⁹² Ce serait notamment le sens de l'arrêt Jean Bouin, en dépit de sa remise en cause récente. CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, *préc.*

¹⁹³ J.-F. Giacuzzo, *Ibidem*, p. 103

¹⁹⁴ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, *préc.*, p. 388. L'auteur renvoie à l'arrêt : CE, 5 mai 2010, *Bernard*, n° 301420 ; BJCP 2010, p. 266, concl. N. Escault ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 260, note G. Eckert

certaines catégories de contrats administratifs. En effet « *le droit du contrat administratif a d'abord été un droit des contrats administratifs spéciaux* »¹⁹⁵ et la généralisation des règles s'est principalement opérée à partir du modèle des concessions de service public dont le lien avec ledit service public ne peut pas être raisonnablement discuté¹⁹⁶.

77. Pour autant, l'appréhension large du lien avec le service public qui est partiellement maintenue pour justifier certaines règles de la théorie générale n'est plus satisfaisante. Elle l'est d'autant moins que cette appréhension large est en opposition avec la conception extrêmement stricte et restreinte de ce même lien lorsqu'il est question de la notion de contrat administratif. La jurisprudence considère en effet traditionnellement que le critère matériel reposant sur le lien du contrat avec le service public n'est pas rempli lorsque celui-ci est seulement « *conclu pour la satisfaction des besoins d'un service public* »¹⁹⁷. Il existe ainsi un décalage important dans l'appréhension du lien avec le service public suivant s'il s'agit d'identifier un contrat administratif ou de justifier l'application de certaines règles issues de la théorie générale.

78. Le décalage observé et le manque de pertinence du recours au service public comme fondement de la théorie générale expliquent qu'une nouvelle approche soit progressivement développée pour tenter de trouver un fondement à la théorie générale des contrats administratifs.

¹⁹⁵ Y. Gaudemet, « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », *BJCP* 2004, p. 331

¹⁹⁶ H.-G. Hubrecht, *Les contrats de service public*, thèse Bordeaux 1980 ; R. Drago, « Paradoxes sur les contrats administratifs », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Defrénois, 1979, p. 151 ; F. Brenet, « Les contrats administratifs », in *Traité de droit administratif*, préc., pp. 242 et s.

¹⁹⁷ CE, 11 mai 1956, *Société française de transports Gondrand frères*, *rec.* p. 202 ; *AJDA* 1956, II, p. 247, concl. M. Long ; *D.* 1956, p. 433, note A. de Laubadère. Il s'agissait ici d'un contrat passé par l'Etat avec une société de transport pour le chargement et déchargement de marchandises. V. également : TC, 14 novembre 2016, n° 4065, Association professionnelle des hôteliers, restaurateurs, limonadiers (APHRL) ; *Contrats-Marchés publ.* 2017, comm. 35, note P. Devillers. En l'espèce le Tribunal des conflits précise que le contrat par lequel l'association met à disposition des locaux au profit de la région d'Ile-de-France pour accueillir un Lycée ne fait pas participer l'association à l'exécution du service public et n'est donc pas susceptible d'être qualifié de contrat administratif.

Chapitre 2. Le développement d'une approche nouvelle : le service public comme élément second

79. L'approche classique n'est plus suffisante pour justifier l'ensemble des éléments qui composent la théorie générale des contrats administratifs. Le lien entre le service public et les différents contrats varie d'une catégorie à l'autre et, dans un certain nombre d'hypothèses, ce lien est distendu, pour ne pas dire inexistant.

80. Ceci explique que d'autres fondements soient désormais avancés pour justifier le régime juridique des contrats administratifs, en substitution ou en complément du service public. Cela ne signifie pas pour autant que le service public ait disparu mais bien qu'il est dépassé et ne peut plus être utilisé seul pour fonder l'ensemble des composantes de la théorie générale (Section 1).

81. Face à cette multiplication des fondements de la théorie générale des contrats administratifs le service public tend à revêtir une fonction nouvelle. Il permet désormais de maintenir la spécificité du régime juridique des contrats administratifs, sorte de garde-fou face au mouvement de banalisation du régime juridique de ces contrats (Section 2).

Section 1. Le dépassement du service public comme explication d'ensemble

82. Le caractère inadapté du service public comme fondement de la théorie générale nécessite le recours à d'autres concepts. L'intérêt général, le droit à l'équilibre financier, l'équité, la bonne foi, la responsabilité, l'ordre public contractuel, voire le contrat lui-même peuvent ainsi être mobilisés pour justifier les règles et théories emblématiques du droit des contrats administratifs.

83. *L'intérêt général : une justification opportune pour dépasser le service public.* L'intérêt général apparaît probablement comme le fondement le plus adapté pour justifier la théorie générale tout en maintenant sa spécificité. Il ne faut en effet pas oublier que cette théorie a permis et permet de justifier la *summa divisio* entre le droit public et le droit privé s'agissant

des contrats passés par l'administration¹⁹⁸. En effet, même lorsque certaines règles et théories se retrouvent à la fois en droit public et en droit privé, une différenciation continue d'être opérée « *en raison principalement du but d'intérêt général que doit poursuivre toute personne publique* »¹⁹⁹. C'est notamment le cas pour le pouvoir de résiliation unilatérale et pour la théorie de l'imprévision²⁰⁰. Dans un cas comme dans l'autre, l'intérêt général permet d'expliquer les différences de régime entre le droit des contrats administratifs et le droit des contrats privés. Ainsi, dans le cadre des contrats administratifs, le pouvoir de résiliation unilatérale est un pouvoir exercé pour motif d'intérêt général qui est réservé aux seules personnes publiques contractantes. A la différence de ce que permet l'article 1211 du code civil pour les contrats à durée indéterminée²⁰¹, le pouvoir de résiliation unilatérale en matière de contrats administratifs n'est donc pas indistinctement reconnu au profit des deux cocontractants. En réalité, qu'il s'agisse du pouvoir de résiliation unilatérale pour faute ou pour motif d'intérêt général, son exercice permet « *de préserver l'intérêt général puisqu'un cocontractant gravement défaillant constitue une menace pour la bonne satisfaction de l'intérêt public* »²⁰². Pour autant, l'intérêt général n'efface pas nécessairement le service public dans l'explication de la théorie générale. En effet lorsqu'il est utilisé, il peut être adjoint au service public ou substitué à ce dernier. L'intérêt général et le service public sont ainsi avancés conjointement pour justifier les différences qui demeurent entre la théorie administrative de l'imprévision et celle consacrée dans le code civil depuis 2016²⁰³. Ils sont également mobilisés ensemble pour justifier l'application de la théorie de l'imprévision au-delà des seules concessions de service public²⁰⁴. Pour autant, dans d'autres circonstances, l'intérêt général semble se détacher véritablement du

¹⁹⁸ B. Plessix, « La part de la doctrine dans la création du droit des contrats administratifs », in *Revue de droit d'Assas*, 2011, n°4, p. 46 ; v. également la thèse de C. Friedrich, *Histoire doctrinale d'une mise en discours : des contrats de l'administration au contrat administratif*, Thèse Toulouse 1, 2016

¹⁹⁹ C.-A. Dubreuil, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 288

²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 288-289

²⁰¹ Cet article précise que « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable ».

²⁰² J.-F. Lafaix, « La codification et la fin des contrats », *RFDA* 2019, p. 227

²⁰³ Sur la consécration de cette théorie en droit privé et la comparaison avec le droit administratif, v. notamment : F. Buy et C.-A. Dubreuil, « Regards croisés droit public / droit privé : Théorie de l'imprévision, parle-t-on de la même chose ? », *JCP A* 2014, n°43, 2295 ; L. Richer, « Les marchés publics à l'aune de la réforme du droit des contrats », *CP-ACCP* 2016, p. 20 ; P. Delvolvé, « Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif », *préc.* ; F. Llorens, P. Soler-Couteaux, « La théorie administrative de l'imprévision est-elle dépassée ? », *Contrats-Marchés publ.* 2018, repère 3 ; N. Boulouis, F. Melleray, R. Noguellou, S. Pimont, « Contrats publics, contrats privés. Convergences et divergences après la réforme du droit des contrats », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2018, n°5, entretien 5

²⁰⁴ L. Clouzot, « La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude », *préc.* ; M. Ubaud-Bergeron, *La mutabilité du contrat administratif*, thèse Montpellier I 2004, spéc. p. 381

service public pour constituer une notion autonome. C'est notamment le cas s'agissant du pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général. Le juge administratif retient en effet « *une conception assez accueillante* » de l'intérêt général pouvant justifier la résiliation qui intègre à la fois « *l'intérêt du service public concédé* » lorsque tel est le cas mais qui va bien au-delà²⁰⁵. Ainsi « *l'intérêt général constitue le fondement et la limite du pouvoir de résiliation unilatérale. Il se confond avec l'intérêt du service public lorsqu'un service public est en cause [...], mais ne s'épuise pas dans le service public* »²⁰⁶. De la même manière, le service public constitue le fondement traditionnel du pouvoir de modification unilatérale mais « *la jurisprudence le justifie, plus largement, par « l'intérêt public »* » – sorte d'ersatz de l'intérêt général²⁰⁷ – pour permettre son utilisation « *par le gestionnaire du domaine public pour modifier les stipulations d'une convention domaniale* »²⁰⁸. Elle n'hésite pas également à employer directement l'expression et à faire reposer ce pouvoir de modification unilatérale sur l'intérêt général²⁰⁹.

84. Le recours à l'intérêt général comme complément ou substitut au service public pose néanmoins un problème de définition. La notion même d'intérêt général est particulièrement difficile à définir et ses défauts rejoignent ses qualités. Pour prendre l'exemple de la théorie de l'imprévision, l'intérêt général peut être utilisé pour justifier son application à des contrats qui ne sont pas des concessions de service public, « *notamment à des marchés de fournitures, de transports, et de travaux publics* »²¹⁰. Pourtant l'intérêt général ne suffit pas à étendre

²⁰⁵ M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 392. L'auteure évoque notamment la prise en compte de motifs financiers : CE, 18 mars 1963, *Cellier*, rec. p. 189 ; *AJDA* 1963, II, 484 ; CE, 23 mai 2011, *EPAD*, rec. 2011, tables, p. 924. Attention toutefois, la jurisprudence ne semble admettre la résiliation pour de tels motifs purement financiers qu'en ce qui concerne les conventions d'occupation du domaine public. En ce sens, F. Brenet, « Les contrats administratifs », in *Traité de droit administratif*, préc., p. 250

²⁰⁶ F. Brenet, *Ibidem*, p. 249

²⁰⁷ Le juge administratif ne distingue pas les deux notions mais il se pourrait que, comme le précise Maryse Deguerge, cette distinction devienne une réalité. M. Deguerge, « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », in *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz 2015, p. 131. L'auteure admet que le juge administratif emploie les notions « *l'une pour l'autre* » (p. 132) mais estime qu'une différenciation pourrait se mettre en place. Celle-ci résulterait « *d'un double mouvement : l'affadissement de l'intérêt général et l'hypertrophie des intérêts publics en compétition permanente avec les intérêts privés* » (p. 142). Ces intérêts publics sont ceux des différentes personnes publiques et découleraient des droits fondamentaux reconnus à ces personnes publiques (pp. 139 et s.).

²⁰⁸ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 388-389. L'auteure illustre cette utilisation de l'intérêt public par l'arrêt : CE, 5 mai 2010, *Bernard*, préc.

²⁰⁹ CE, 27 octobre 2010, n° 318617, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, le Cannet, Mandelieu-la-Napoule*, rec., tables, p. 850 ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 7, note W. Zimmer ; *DA* 2011, comm. 3, note F. Brenet ; *RJEP* 2011, comm. 18, concl. B. Dacosta. L'intérêt général est avancé alors même que le contrat en cause était une délégation de service public en matière de transports scolaires. Le juge aurait donc pu utiliser le service public comme fondement mais a préféré opter pour l'intérêt général

²¹⁰ L. Clouzot, *Ibidem*. L'auteure renvoie à la jurisprudence suivante : CE, 8 février 1918, *Gaz de Poissy*, *RDP* 1918, p. 237, concl. Corneille ; CE, 23 nov. 1956, *Hereil*, rec. p. 448 ; CE, 21 juillet 1917, *Compagnie générale*

l'application de la théorie de l'imprévision à l'ensemble des contrats administratifs : il faut que le contrat présente un lien suffisant avec le service public même s'il n'en constitue pas l'objet²¹¹. Il peut donc arriver que le service public serve d'étalon pour définir la notion d'intérêt général alors même que cette notion est utilisée pour dépasser le service public...L'intérêt général apparaît donc comme une notion suffisamment large pour pouvoir être avancée lorsque le service public se révèle être une notion insuffisante pour justifier tel pouvoir ou telle théorie relevant de la théorie générale des contrats administratifs. Toutefois, dans le même temps, l'intérêt général se révèle être une notion trop malléable et imprécise pour asseoir durablement et légitimement la théorie générale des contrats administratifs²¹². Ce sont ces « défauts » de l'intérêt général qui expliquent en partie qu'il ne soit pas le seul palliatif envisagé aux « défauts » du service public.

85. D'autres fondements sont en effet également mobilisés en substitut ou en complément du service public pour étayer les différentes composantes de la théorie générale des contrats administratifs.

86. *Le droit à l'équilibre financier : un complément utile au service public.* Parmi ces fondements, le droit à l'équilibre financier occupe une place importante dans la mesure où il agrège un certain nombre d'autres fondements. Ce droit – reconnu en cas d'événements imprévisibles ou exceptionnels – est ainsi parfois rattaché aux notions d'équité ou de solidarité contractuelle. Comme le soulignent les auteurs du Traité des contrats administratifs à propos des sujétions imprévues, « *le droit du cocontractant à une indemnisation au cas de sujétion exceptionnelle constitue une règle d'équité créée de manière prétorienne par la jurisprudence en fonction de certaines conditions et de certains caractères propres aux contrats administratifs* » et « *repose sur l'exigence d'une collaboration entre l'administration et son cocontractant* »²¹³. La même idée est avancée pour justifier la théorie de l'imprévision, celle-ci constituant un mécanisme de prévention de la force majeure administrative²¹⁴. L'équité apparaît ainsi comme la contrepartie des pouvoirs spécifiques reconnus à l'administration dans le cadre des contrats administratifs²¹⁵. Elle permet de considérer que les différentes règles reconnues

des automobiles postales, rec. p. 586 ; CE, 3 février 1924, *Grandchamp*, rec. p. 176 ; CE, 8 novembre 1932, *Grandrieux*, rec. p. 932

²¹¹ V. *supra*, n°69

²¹² A moins de proposer une définition suffisamment précise de l'intérêt général. V. *infra* n°152 et s.

²¹³ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. 2, préc., p. 505. Sur l'idée de collaboration ils renvoient à l'article de Marcel Waline, « L'évolution récente des rapports de l'État avec ses cocontractants », *RDP* 1951, p. 27

²¹⁴ *Ibidem*, pp. 562-563

²¹⁵ *Ibidem*, p. 564

dans le cadre de la théorie générale des contrats administratifs doivent être envisagées comme constituant un ensemble suffisamment cohérent.

87. Le « *solidarisme contractuel* » est également mis en avant pour justifier le droit à l'équilibre financier que cela soit à propos de la théorie de l'imprévision ou du droit à indemnisation pour résiliation en cas de force majeure²¹⁶. Dans le même ordre d'idées, l'équilibre contractuel est parfois avancé, tout comme les notions de bonne foi et de loyauté des relations contractuelles²¹⁷. L'utilisation de l'équité comme fondement du droit à l'équilibre financier a même pu se traduire par la mise en avant du « *juste prix* » comme fondement de la théorie de l'imprévision²¹⁸.

88. Cette idée d'équité ou de solidarité contractuelle se retrouve pour justifier la théorie du fait du prince et le droit à l'équilibre contractuel qui en découle. Celle-ci est en effet généralement présentée comme « *une hypothèse de responsabilité sans faute de l'Administration* »²¹⁹, voire comme reposant à la fois sur un mécanisme de responsabilité et sur l'équilibre financier du contrat²²⁰. Les auteurs du Traité expliquent ce double fondement par le fait que « *l'idée du rétablissement de l'équilibre du contrat constitue [...] la donnée qui justifie l'application, en la matière, d'une responsabilité sans faute* »²²¹. La théorie du fait du prince est donc justifiée par l'idée de solidarité et d'équité dans les relations contractuelles.

89. Dans une perspective quelque peu différente, l'équilibre contractuel et la stabilité contractuelle ont pu également être avancés pour justifier le droit à l'équilibre financier du cocontractant, notamment en cas de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision. Il existerait ainsi un fondement commun au droit public et au droit privé consistant à « *assurer ex-post l'optimum économique prévu ex-ante, quitte, pour les agents stratégiques, à renégocier le contrat* »²²². Le droit à l'équilibre contractuel apparaît ainsi comme un fondement adéquat pour justifier les grandes théories applicables en matière de contrats administratifs. Il n'est cependant pas adapté lorsqu'il s'agit de justifier les pouvoirs spécifiques reconnus à l'administration dans le cadre de ces contrats et ne peut donc être utilisé comme justification d'ensemble.

²¹⁶ M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, pp. 357 et s.

²¹⁷ F. Brenet, « Les contrats administratifs », préc., p. 251 et 254. Dans le même sens, v. F. Buy et C.-A. Dubreuil, « Regards croisés droit public / droit privé : Théorie de l'imprévision, parle-t-on de la même chose ? », préc. Sur la notion d'équilibre, v. L. Vidal, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruylant, 2005.

²¹⁸ J. Antoine, « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties », *RFDA* 2004, p. 80.

²¹⁹ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 417 ; v. également L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 295 et s.

²²⁰ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Ibidem*, pp. 553-554.

²²¹ *Ibidem*, p. 554.

²²² B. Plessix, « De Craponne à Bordeaux », *DA* 2016, repère 5.

90. L'ordre public : un substitut partiel au service public. A côté de ce droit à l'équilibre financier, l'ordre public contractuel est également devenu une option envisageable pour expliquer – en partie – les pouvoirs reconnus à l'administration et les grandes théories applicables aux contrats administratifs. Il ne s'agit pas d'une notion complètement nouvelle : Georges Péquignot, même s'il rattache le droit de contrôle de l'administration au service public, avançait déjà l'idée d'un ordre public contractuel en indiquant que ce droit « *est d'ordre public et de l'essence même du contrat administratif* »²²³. Pour autant, la doctrine publiciste a peu utilisé l'idée d'un ordre public contractuel pour expliquer les règles applicables aux contrats administratifs et leur force obligatoire²²⁴. Elle mobilise généralement l'ordre public contractuel pour envisager les clauses ou objets illicites dans les contrats administratifs, sans se questionner sur la possibilité qu'il fonde certaines des règles classiquement rattachées à la théorie générale des contrats administratifs²²⁵. La jurisprudence récente permet toutefois de considérer que le pouvoir d'adopter des sanctions coercitives – telles que la mise en régie – relève de l'ordre public contractuel²²⁶. Il est également possible de rattacher à l'ordre public contractuel le pouvoir de résiliation unilatérale depuis que le juge a considéré comme « *illicite sa renonciation* »²²⁷. François Llorens et Pierre Soler-Couteaux envisagent même d'étendre le champ d'application de l'ordre public contractuel comme fondement de la théorie générale. Ils considèrent qu'il est facilement envisageable de rattacher à cet ordre public contractuel le pouvoir de modification unilatérale mais, comme le relève Hélène Hoepffner, le Code de la commande publique semble implicitement admettre le contraire²²⁸. Ils sont en revanche plus circonspects sur le fait de savoir si le pouvoir de direction et de contrôle pourrait en faire partie, tandis qu'ils s'interrogent sur le fait de savoir si le « *« maintien de l'équilibre financier du contrat » dont les théories de l'imprévision, des sujétions imprévues et du fait du prince assurent la mise en œuvre* » pourrait être rattaché à l'ordre public contractuel²²⁹. Toutefois, il n'est pas

²²³ G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, préc., p. 310

²²⁴ F. Llorens, P. Soler-Couteaux, « Le régime d'ordre public des contrats administratifs », *préc.* A contrario, v. L. Janicot, « L'ordre public dans les contrats administratifs », in C.-A. Dubreuil, *L'ordre public*, Cujas 2013, p. 61 ; D. Riccardi, « Les transformations des régimes d'inexécution des contrats administratifs », *RFDA* 2018, p. 929. La question est également rapidement évoquée par C.-A. Dubreuil, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 298-299

²²⁵ M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 294 et s. ; H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 322 et s.

²²⁶ Par une lecture combinée des arrêts : CE, ass., 9 novembre 2016, *Société Fosmax* et CE, 14 févr. 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine*, préc.

²²⁷ F. Llorens, P. Soler-Couteaux, « Le régime d'ordre public des contrats administratifs », *préc.* Les auteurs citent les arrêts : CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat et Crédit Foncier*, préc. ; et CE, 1^{er} octobre 2013, *Société Espace habitat construction*, préc.

²²⁸ H. Hoepffner, « Exécution des marchés publics », *Contrats-Marchés publ.* 2019, dossier 7

²²⁹ F. Llorens, P. Soler-Couteaux, « Le régime d'ordre public des contrats administratifs », *préc.*

possible de faire reposer la théorie générale des contrats administratifs dans son ensemble sur cet ordre public contractuel. En effet, comme le souligne Hélène Hoepffner, la rédaction de l'article L.6 du Code de la commande publique impose de considérer que le droit à l'équilibre financier du cocontractant en cas de modification unilatérale ne relève pas de l'ordre public contractuel dans la mesure où son droit à indemnisation est reconnu « *sous réserve des stipulations du contrat* »²³⁰. L'ordre public contractuel ne peut donc être envisagé, lui aussi, que de manière circonscrite comme fondement de la théorie générale même s'il présente l'avantage d'éviter de rechercher si le contrat présente un lien suffisant avec le service public.

91. *Le contrat : une justification inadaptée.* Par ailleurs, il n'est pas rare que le contrat soit avancé comme fondement de certains pouvoirs ou de certaines théories relevant de la théorie générale²³¹. Ainsi, certains auteurs considèrent que le pouvoir de contrôle ne relève pas d'une éventuelle théorie générale des contrats administratifs mais n'existe que lorsque les clauses du contrat prévoient son exercice ou lorsqu'il est prévu par un texte²³². Gaston Jèze et Roger Bonnard avaient même avancé le fondement contractuel pour justifier la théorie du fait du prince en considérant qu'il s'agissait de la mise en œuvre d'une clause implicite acceptée par les cocontractants²³³ ! Pour autant, chercher à rattacher au contrat l'ensemble des droits classiquement affirmés dans le cadre de la théorie générale des contrats administratifs reviendrait à nier l'existence de règles véritablement « générales » ; c'est-à-dire qui s'appliquent à l'ensemble des contrats administratifs quel que soit le contenu de ces contrats. Le contrat n'apparaît donc pas comme un fondement adéquat et ne doit donc pouvoir jouer qu'à la marge, d'autant que certaines règles s'imposent même lorsque le contrat semble les écarter²³⁴.

92. *La puissance publique : un fondement insuffisant.* Enfin, même si ce fondement n'est plus réellement avancé aujourd'hui, la puissance publique a pu être avancée pour justifier les prérogatives reconnues à l'administration dans l'exécution des contrats qu'elle passe. C'est évidemment chez Maurice Hauriou que cette justification se retrouve. Celui-ci considère ainsi que, parmi les règles applicables aux marchés de travaux, certaines ne sont que l'application du

²³⁰ H. Hoepffner, « Exécution des marchés publics », *préc.*

²³¹ G. Eckert, « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *préc.*

²³² L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, *préc.*, p. 269. Ils s'appuient notamment sur la position avancée par Francis-Paul Benoît, à contre-courant de la doctrine majoritaire à l'époque : F.-P. Benoît, *Le droit administratif français*, Dalloz 1968, n°1161 et s. Sur les interrogations quant à l'existence et au fondement de ce pouvoir de contrôle, v. les développements *supra*, n°68 et l'article : A. Roblot-Troizier, « Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *préc.*

²³³ R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^e éd. 1943, p. 641 ; G. Jèze, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, t. II, p. 681

²³⁴ Notamment le pouvoir de résiliation unilatérale

droit commun tandis que d'autres « *sont exorbitantes du droit commun et placent l'entrepreneur dans une situation plus mauvaise* ». Ce sont « *évidemment les plus intéressantes, puisqu'en elles apparaît le caractère de puissance publique de l'opération* »²³⁵. Il intègre notamment parmi ces règles les modifications décidées en cours d'exécution, la résiliation qu'elle soit ou non prononcée pour faute ou encore la mise en régie. Il est toujours possible de considérer que de telles règles expriment la puissance publique mais celle-ci est relativisée par l'équilibre contractuel recherché en faveur du cocontractant. En réalité, si la puissance publique s'exprime par l'exercice de certaines prérogatives c'est au nom d'autres fondements, qu'il s'agisse de l'objet de service public du contrat, du but d'intérêt général poursuivi par l'opération contractuelle ou encore par la nécessité de faire respecter l'ordre public contractuel. Surtout, les droits du cocontractant – exprimés notamment dans le cadre des théories de l'imprévision, du fait du prince, de la force majeure ou des sujétions techniques imprévues – ne peuvent pas être rattachés à la puissance publique²³⁶. La puissance publique pourrait donc être mobilisée mais seulement de manière ponctuelle et concomitamment à d'autres fondements.

93. Ainsi, pris indépendamment, aucun de ces fondements ne permet de justifier la théorie générale des contrats administratifs dans son ensemble. Pour autant leur existence révèle, si tant est que cette théorie existe, qu'elle ne peut reposer que sur une myriade de fondements dont le service public n'est qu'une composante. La dilution de la catégorie des délégations de service public à l'intérieur de celle des contrats de concession devrait d'ailleurs accentuer ce phénomène d'éparpillement des fondements de la théorie générale²³⁷. Malgré tout, le dépassement du service public n'induit pas un effacement complet et il semble devoir jouer le rôle d'un cran de sûreté permettant d'éviter une remise en cause totale de la spécificité du régime juridique des contrats administratifs.

²³⁵ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 4^e éd. 1900, pp. 716 et s.

²³⁶ Ils peuvent seulement être envisagés comme la conséquence de l'exercice de la puissance publique dans certaines hypothèses, sachant que lorsque les événements imprévisibles affectant le contrat ne sont pas le fait de l'administration il n'y a pas d'expression de la puissance publique à proprement parler.

²³⁷ Le Conseil d'Etat a acté ce changement en ne recherchant pas l'existence d'un service public pour qualifier des concessions de service, qu'il s'agisse d'une convention de terminal CE, 14 février 2017, n° 405157, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine*, préc. ; ou d'un contrat de mobilier urbain : CE, 25 mai 2018, n° 416825, *Société Philippe Védiaud Publicité* ; AJDA 2018, p. 1725, note M. Haulbert ; JCP A 2018, act. 495 ; JCP A 2018, 2260, note J.-B. Vila ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 165, note G. Eckert

Section 2. Le maintien du service public comme limite à la banalisation

94. Le service public ne peut plus être considéré comme le fondement de la théorie générale des contrats administratifs. Les règles qui en découlent reposent en effet sur une pluralité de fondements qui le complètent et le concurrencent. La question se pose alors de savoir si ce dépassement du service public ne risque pas de lui faire perdre progressivement tout rôle au sein de la théorie générale des contrats administratifs.

95. Ce n'est cependant pas le cas : le service public continue d'être mobilisé dans un certain nombre de situations comme un rempart permettant d'éviter que le mouvement de banalisation – par rapprochement avec le droit privé – ne submerge entièrement le droit des contrats administratifs. Alors que traditionnellement la théorie générale avait pour fonction de protéger le service public, désormais c'est le service public qui a pour fonction de protéger certains aspects de la théorie générale. Il assure en premier lieu une fonction particulière dans la mise en œuvre des pouvoirs de résiliation et de modification unilatérale pour motif d'intérêt général. Il ne suffit plus à justifier l'application de ces pouvoirs pour l'ensemble des contrats administratifs²³⁸ mais il joue un rôle déterminant à différents points de vue. Par ailleurs, et en second lieu, le service public joue le rôle d'un garde-fou dans la mise en œuvre de l'exception d'inexécution.

96. ***Le service public et le pouvoir de résiliation unilatérale.*** Le service public fait tout d'abord partie des motifs susceptibles de justifier à coup sûr une résiliation pour motif d'intérêt général. La résiliation peut ainsi être justifiée par des « *modifications dans les besoins et le fonctionnement du service public* »²³⁹ ou par la volonté de transformer en service public une activité anciennement gérée par une personne privée bénéficiant d'une convention d'occupation du domaine public²⁴⁰. Certes, d'autres motifs peuvent justifier une résiliation par l'Administration, mais le service public constitue un fondement incontestable, y compris dans

²³⁸ Même s'il continue parfois d'être mis en avant : sur ces questions v. *supra* Chapitre 1

²³⁹ CE, 23 mai 1962, *Ministre des finances c/ Société financière d'exploitations industrielles*, rec. p. 342 ; CE 16 févr. 1996, n°82880, *Syndicat intercommunal de l'arrondissement de Pithiviers* ; RDI 1996, p. 208, note F. Llorens et P. Terneyre

²⁴⁰ CE, 19 juillet 2011, n° 323924, *Commune de Limoges*, rec. tables p. 1012 ; JCP A 2011, act. 88 ; JCP A 2011, 2101, note J.-B. Vila ; JCP A 2012, 2013, chron. C. Chamard-Heim ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 87, note G. Eckert ; DA 2011, comm. 38, note F. Brenet ; AJDA 2011, p. 616, note J.-D. Dreyfus ; BJCP 2011, p. 105, concl. Dacosta ; AJ 2011, p. 626, note J.-D. Dreyfus

le cadre d'un recours en reprise des relations contractuelles²⁴¹. Si le juge tend à restreindre « *les conditions dans lesquelles une telle résiliation peut intervenir* »²⁴², le « resserrement » du contrôle des motifs de résiliation²⁴³ ne devrait pas concerner les motifs d'intérêt général directement fondés sur le service public. Ainsi, le service public sert à définir l'intérêt général dans la mise en œuvre du pouvoir de résiliation, mais il ne se limite pas à cette fonction de définition. Il constitue une borne indépassable, c'est-à-dire une limite qui ne saurait être remise en cause par le juge.

97. Par ailleurs, toujours en cas de résiliation pour motif d'intérêt général, les contrats ayant pour objet l'exécution même du service public bénéficient de garanties particulières. Le Conseil d'Etat, dans l'arrêt *Commune de Propriano*, considère en effet que « qu'en cas de résiliation d'un contrat portant exécution d'un service public, quel qu'en soit le motif, la personne publique, à laquelle il appartient de garantir la continuité du service public et son bon fonctionnement, se substitue de plein droit à son ancien cocontractant pour l'exécution des contrats conclus avec les usagers ou avec d'autres tiers pour l'exécution même du service »²⁴⁴. Cela signifie donc que le service public joue une fonction de protection pour les contrats administratifs qui ont pour objet son exécution même.

98. Le service public et le pouvoir de modification unilatérale. La proximité entre les pouvoirs de résiliation et de modification unilatérales pour motif d'intérêt général laisse à penser que les fonctions occupées par le service public sont les mêmes dans les deux cas. Pourtant, si les fonctions du service public se retrouvent en partie à propos du pouvoir de modification unilatérale, ce n'est que dans une moindre mesure. Il est admis que le motif d'intérêt général justifiant la modification « *se confond souvent, tout au moins lorsqu'une mission de service public est au cœur du contrat, avec les nécessités découlant du service public (modification de la consistance du service public, de ses modalités d'exploitation, etc)* »²⁴⁵. Le service public occupe en effet traditionnellement une place importante dans la justification du pouvoir de modification unilatérale et cette place se retrouve aussi dans sa mise en œuvre. Ainsi que le souligne Hélène Hoepffner, « *la liberté de modification (est) plus étendue lorsqu'il s'agit*

²⁴¹ CE, sect., 21 mars 2011, n° 304806, *Commune de Béziers*, rec. p. 117 ; *AJDA* 2011, p. 670, note A. Lallet ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 150, note J.-P. Pietri ; *DA* 2011, comm. 46, note F. Brenet et F. Melleray ; *GAJA* n° 118, p. 939 ; *JCP A* 2011, 2171, note F. Linditch ; *RFDA* 2011, p. 507, concl. E. Cortot-Boucher, p. 518, note D. Pouyaud.

²⁴² C.-A. Dubreuil, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 424

²⁴³ M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 393

²⁴⁴ CE, sect., 19 décembre 2014, n°368294, *Commune de Propriano*, rec. p. 393, concl. G. Pellissier ; *AJDA* 2014, p. 2503 ; *AJCT* 2015, p. 209, obs. E. Lanzarone ; *RTD com.* 2015, p. 73, obs. G. Orsoni

²⁴⁵ F. Brenet, « Les contrats administratifs », préc., p. 248

d'un contrat ayant pour objet la réalisation d'une mission de service public »²⁴⁶. Il s'agit cependant d'une approche classique de ce pouvoir, qui est désormais largement encadré par les obligations concurrentielles²⁴⁷. Cet encadrement fort du pouvoir de modification est confirmé par le Code de la commande publique pour les contrats qui relèvent de son champ d'application. La modification du contrat n'est en effet possible que « dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre »²⁴⁸. Dès lors, si le service public continue d'exercer une fonction de définition de l'intérêt général pour déterminer dans quelles hypothèses une modification unilatérale du contrat est possible²⁴⁹, le pouvoir de modification est enserré dans les exigences concurrentielles. Il ne peut donc pas s'exprimer au-delà, même si le service public semble l'exiger²⁵⁰. Les fonctions du service public sont donc moindres pour la modification unilatérale que pour la résiliation.

99. Le service public et l'exception d'inexécution. Le service public assure indiscutablement une fonction de rempart face à la banalisation du régime juridique des contrats administratifs en matière d'exception d'inexécution. En principe *l'exceptio non adimpleti contractus* ne bénéficie pas au cocontractant de l'administration dans le cadre des contrats administratifs mais seulement à la personne publique. Le droit administratif se distingue ainsi du droit privé qui reconnaît l'exception d'inexécution au profit des deux cocontractants²⁵¹. Cette différence trouve traditionnellement « une justification générale dans l'idée de la collaboration au service public qu'implique le contrat administratif, collaboration qui ne doit pas être interrompue, sauf cas de force majeure insurmontable »²⁵². Elle est désormais partiellement remise en cause depuis que le Conseil d'Etat a admis, dans l'arrêt **Société Grenke Location**, que les parties au contrat administratif peuvent prévoir « les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par

²⁴⁶ H. Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, préc., p. 161

²⁴⁷ V. *infra*, n°124 ; v. également H. Hoepffner, *Ibidem* ; « La modification des contrats », *RFDA* 2016, p. 280 ; L. Sourzat, *Le contrat administratif résilient*, LGDJ, bibl. droit public, t. 308, 2019, spéc. pp. 210 et s.

²⁴⁸ CCP, article L. 6

²⁴⁹ La modification de la consistance du service et des ses modalités d'exploitation justifie ainsi l'exercice du pouvoir de modification unilatérale : CE, 27 oct. 2010, n° 318617, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule*, préc. Il en va de même de la modification des conditions d'exploitation du service public : CAA Nantes, 30 mars 2018, n° 16NT03892, *Société OHM* ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 140, note G. Eckert

²⁵⁰ Pour un exemple de modification illégale d'un contrat ayant pour objet un service public de stationnement : CE, 15 novembre 2017, n° 409728, 409799, *Commune d'Aix-en-Provence c/ Sté d'équipement du pays d'Aix* ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm 15, note J.-P. Pietri. En réalité si les exigences du service public rendent nécessaires des modifications trop importantes, la solution réside alors dans la résiliation du contrat dans son ensemble pour motif d'intérêt général et par le lancement d'une nouvelle procédure de passation.

²⁵¹ Articles 1219 et 1220 du code civil

²⁵² A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, préc., p. 206

cette dernière de ses obligations contractuelles »²⁵³. Il a ainsi en partie répondu aux attentes exprimées par une partie de la doctrine pour qui il convenait de sécuriser les opérateurs économiques dans leurs relations contractuelles avec l'administration²⁵⁴. Pour autant, cette exception à la règle selon laquelle l'exception d'inexécution ne joue pas en matière de contrats administratifs est enserrée dans des conditions strictes qui maintiennent le service public comme une sorte de limite infranchissable.

100. En premier lieu, cette exception ne peut jouer que pour les contrats qui n'ont pas « *pour objet l'exécution même du service public* »²⁵⁵. Cette formule conduit à considérer que les contrats de service public « *constituent une catégorie juridique à part entière et justifient, sur certaines questions au moins, un traitement particulier* »²⁵⁶. Ainsi, s'agissant de la remise en cause de l'exception d'inexécution, les contrats de service public constituent une catégorie pour laquelle la banalisation du régime ne peut pas jouer. Cette approche spécifique ressort clairement des conclusions du rapporteur public Gilles Pellissier lorsqu'il relève que « *tous les contrats administratifs ne contribuent pas au même degré à l'exécution du service public* ». Cela signifie donc que la règle interdisant la mise en œuvre de l'exception d'inexécution en matière de contrats administratifs ne joue que pour les contrats qui présentent un lien suffisant avec le service public : ceux qui ont pour objet son exécution même. Une clause prévoyant l'exception d'inexécution dans un contrat ayant pour objet l'exécution du service public est donc illégale, à condition que la personne publique démontre l'existence d'un tel lien avec le service public. Ainsi, à propos d'un contrat de location de photocopieur, le juge exige que la personne publique démontre son caractère « *indispensable au fonctionnement des services publics* » assurés par la personne publique²⁵⁷. Cette approche stricte du service public comme limite à la banalisation du régime rejoint d'ailleurs celle mise en œuvre lorsque le service public est utilisé comme critère de définition de la notion de contrat administratif. En effet, dans l'un comme dans l'autre cas, seul un lien suffisamment fort avec le service public permet de justifier la spécificité du contrat et de son régime par rapport au droit commun. Ainsi le service public

²⁵³ CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, préc.

²⁵⁴ P. Terneyre, « Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz 2007, p. 803

²⁵⁵ CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, préc., cons. 2

²⁵⁶ F. Melleray, « Du pouvoir de résiliation unilatérale d'un contrat administratif par le cocontractant de l'administration », note sous CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, *AJDA* 2015, p. 396. Sur cette question, v. la thèse de H.-G. Hubrecht, *Les contrats de service public*, thèse Bordeaux I, 1980. Dans le même sens, N. Boulouis, F. Melleray, R. Noguellou, S. Pimont, « Contrats publics, contrats privés. Convergences et divergences après la réforme du droit des contrats », *préc.*

²⁵⁷ Le juge considère que le lien avec le service public n'est pas démontré : CAA Nancy, 2 avril 2015, n°14NC01885, *Société Grenke Location* ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, comm. 141, note J.-P. Pietri

n'est plus entendu comme le fondement général de la règle rejetant l'exception d'inexécution mais comme une limite à l'exception admise par le Conseil d'Etat.

101. D'ailleurs, cette fonction de limite accordée au service public se retrouve, en second lieu, lorsqu'une clause prévoyant la mise en œuvre de l'exception d'inexécution est insérée dans un contrat n'ayant pas pour objet l'exécution même du service public. Le Conseil d'Etat précise en effet que cette exception ne peut être mise en œuvre qu'après « *avoir mis à même, au préalable, la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public* »²⁵⁸. Ainsi, en toutes hypothèses, la personne publique peut s'opposer à la mise en œuvre de l'exception lorsqu'elle est prévue par le contrat pour un motif d'intérêt général. Or, comme pour la mise en œuvre des pouvoirs de modification et de résiliation unilatérale, le service public joue une fonction de définition de l'intérêt général. Il apparaît alors comme un moyen de démontrer l'existence d'un intérêt général suffisant pour s'opposer à l'exception d'inexécution.

102. Le délitement du service public n'est donc pas total dans la mise en œuvre de la théorie générale. Il n'est plus utilisé pour expliquer et justifier cette théorie dans son ensemble mais il joue toujours un rôle dans sa mise en œuvre, en tant que « *fonction intrinsèque au contrat* »²⁵⁹. L'application des règles relevant de la théorie classique des contrats administratifs varie donc en fonction du lien des différents contrats avec le service public, ce qui corrobore l'idée selon laquelle il existe une gradation de l'administrativité du contrat en fonction de l'intensité de la collaboration au service public. Cette approche renouvelée s'inscrit en opposition avec celle retenue par Georges Péquignot, pour qui « *le seul fait de la collaboration du cocontractant au service marque profondément le contrat* »²⁶⁰.

103. Pour autant, ce maintien du service public dans la théorie générale n'est que partiel. Le délitement du lien avec le service public demeure une réalité qui, combinée à l'affirmation de logiques concurrentes, affecte fortement la théorie générale des contrats administratifs. Critiquée depuis longtemps, elle ne mérite plus, en l'état, une attitude révérencieuse. Ce constat effectué, deux solutions sont alors possibles. La première consiste à prôner un abandon pur et simple de la théorie générale des contrats administratifs et un alignement sur le droit privé des contrats. La différence entre les contrats administratifs et les

²⁵⁸ CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, préc.

²⁵⁹ G. Clamour, « Service public et contrat public », in *Le service public*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires 2014, p. 237, spéc. p. 250

²⁶⁰ G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, préc. p. 304

contrats de droit privé serait alors uniquement fondée sur leur régime contentieux, les premiers relevant de la juridiction administrative, les seconds de la juridiction judiciaire. Cette solution est, à l'évidence, celle de la facilité. Elle n'est cependant pas satisfaisante si l'on attache une importance à la spécificité de l'action publique et à la défense de l'intérêt général. C'est pourquoi une seconde option doit être choisie : proposer une nouvelle théorie générale qui repose sur des fondements nouveaux tout en étant aux prises avec la réalité.

Partie 2. La redéfinition de la théorie

104. La théorie générale des contrats administratifs se présente comme un champ de ruines et ne saurait demeurer en l'état. Le développement de logiques nouvelles et l'affaiblissement de la logique de service public lui font perdre sa cohérence et son effectivité. Désormais, la théorie générale des contrats administratifs ne s'applique que difficilement et de manière nuancée. La refondation semble alors inévitable et nécessaire.

105. Elle est inévitable car le développement du droit de la commande publique empêche une application réelle de la théorie générale dans son ensemble. Il conduit à établir une distinction entre les contrats situés en-dedans et en-dehors du champ concurrentiel pour déterminer si et de quelle manière les composantes de la théorie générale s'appliquent. Or, en réalité, celles-ci sont largement remises en cause (**Titre 1**).

106. Par conséquent, si une théorie générale doit demeurer, ses fondations doivent être renforcées et repensées pour bâtir un nouvel édifice. La redéfinition de la théorie apparaît alors comme une opportunité inédite pour rebâtir le droit des contrats publics autour de l'idée de prévalence de l'intérêt général (**Titre 2**).

Titre 1. Une redéfinition inévitable

107. L'application de la théorie générale des contrats administratifs a toujours suscité des discussions et interrogations, notamment sur le fait de savoir si tous les contrats administratifs pouvaient se voir appliquer l'ensemble des règles, principes et théories qui la composent. Les évolutions récentes du droit des contrats publics provoquent cependant de nouveaux questionnements. Le développement du droit de la commande publique rebat complètement les cartes et la théorie générale n'est pas épargnée. La question n'est désormais plus de savoir si ses différentes composantes s'appliquent bel et bien à l'ensemble des contrats administratifs, mais de déterminer si une théorie générale existe toujours. En réalité, l'étude du droit positif démontre qu'il est indispensable de redéfinir la théorie générale pour assurer sa survie.

108. La structure actuelle du droit des contrats publics conduit à établir un *distinguo* entre les contrats de la commande publique et les autres contrats administratifs. Les premiers dominant désormais la matière, tandis que les seconds n'occupent qu'une place résiduelle. Or, la théorie générale des contrats administratifs s'applique différemment en fonction de la catégorie de contrats concernée. Au sein du droit de la commande publique, il est désormais difficile de l'appliquer réellement : les contraintes concurrentielles s'opposent à la mise en œuvre de certaines des composantes de la théorie générale (Chapitre 1).

109. Il n'y a donc qu'en-dehors de la commande publique que la théorie générale des contrats administratifs semble en mesure de survivre. Pourtant, son application n'est pas évidente pour les contrats qui relèvent de cette catégorie. Le champ concurrentiel s'étend au-delà de la commande publique et les contrats qui n'en relèvent font figure de véritables exceptions, pour lesquelles la théorie générale n'a que peu d'intérêt (Chapitre 2).

Chapitre 1. Une application malaisée au sein de la commande publique

110. Le droit de la commande publique fait figure d'électron libre au regard du droit des contrats administratifs. Il s'intègre partiellement à ce dernier – les contrats de la commande publique passés par des personnes publiques sont des contrats administratifs par détermination de la loi – mais le dépasse en intégrant également des contrats de droit privé. Surtout, le droit de la commande publique se développe selon une logique propre, d'origine européenne, qui ne se préoccupe pas de l'approche traditionnellement retenue par le droit des contrats administratifs.

111. Cette indifférence du droit de la commande publique vis-à-vis de l'appréhension classique du droit des contrats administratifs se retrouve à propos de la théorie générale. Le droit de la commande publique ne s'oppose pas frontalement à l'existence et à la mise en œuvre de cette théorie. Au contraire, il admet explicitement ou implicitement l'application des règles, principes et théories qui la composent (Section 1). Toutefois, cette acceptation n'est que théorique. La pratique révèle des incompatibilités entre le droit de la commande publique et certaines composantes de la théorie générale des contrats administratifs qui limitent fortement son champ d'application (Section 2).

Section 1. Une application théoriquement admise

112. Le Code de la commande publique n'entre pas en confrontation directe avec les règles, principes et théories issus de la théorie générale des contrats administratifs. Au contraire certains d'entre eux sont expressément consacrés par le Code dans son article L. 6, tandis que les autres ne sont pas explicitement remis en cause.

113. *La reconnaissance du pouvoir de contrôle.* De manière assez surprenante c'est le pouvoir de contrôle de la personne publique sur l'exécution du contrat qui apparaît en premier dans le Code²⁶¹. L'étonnement se justifie à double titre : l'existence de ce pouvoir est contestée « par une partie de la doctrine [...], du moins pour les marchés publics »²⁶², et il n'a jamais été consacré en jurisprudence comme une règle générale applicable aux contrats administratifs²⁶³.

²⁶¹ Art. L.6, 1°

²⁶² C. Maugué, S. Roussel, « La codification de la jurisprudence dans le code de la commande publique : jusqu'où ? », *RFDA* 2019, p. 213

²⁶³ Sur cette question, v. not. H. Hoepffner, « Le pouvoir de contrôle et de direction de l'Administration dans les contrats administratifs », in V. Bouhier, D. Riccardi (dir.), *L'exécution des contrats administratifs*, Le Moniteur

Sa consécration permet donc d'affirmer que ce pouvoir de contrôle existe dans le cadre de l'exécution des contrats de la commande publique, tout en admettant implicitement qu'il ne s'agit pas d'une règle générale applicable aux contrats administratifs. Le Code précise en effet que ce pouvoir s'exerce « selon les modalités fixées par le présent code, des dispositions particulières ou le contrat », ce qui semble indiquer que son existence n'est pas reconnue dans l'absolu et nécessite une consécration particulière pour chaque espèce de contrats. Ainsi le Code ne fait donc que confirmer l'« *existence sectorielle* » du pouvoir de contrôle : « *il n'existe que dans certains contrats administratifs et ne constitue donc pas un élément du régime général des contrats administratifs* ».²⁶⁴ S'agissant des contrats de la commande publique, le Code ne consacre véritablement le pouvoir de contrôle que pour deux catégories de contrats : il s'y réfère en prévoyant les règles applicables au suivi et au contrôle de l'exécution des marchés de partenariat²⁶⁵ et en imposant aux concessionnaires de produire un rapport annuel d'information à l'autorité concédante²⁶⁶. De plus, pour les concessions de service ayant pour objet un service public, il est possible de considérer que la jurisprudence **Commune de Douai** impose par extension l'existence d'un pouvoir de contrôle²⁶⁷. Enfin, et surtout, le pouvoir de contrôle existe de plein droit pour les contrats « *dans le cadre desquels l'administration exerce la maîtrise d'ouvrage* »²⁶⁸ et, s'agissant des marchés publics, « *les différents contrôles exercés par l'administration ou par son maître d'œuvre sont généralement organisés dans le contrat, dans le cahier des charges ou dans les cahiers des clauses administratives générales auxquels celui-ci se réfère* »²⁶⁹. Ainsi, quel que soit le contrat de la commande publique concerné, l'Administration dispose d'un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat. Ce n'est que l'intensité de ce contrôle qui varie selon la catégorie précise de contrat concernée.

2018, p. 65 ; l'auteur cite notamment les conclusions du rapporteur public Bertrand Dacosta sur l'arrêt CE, ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, préc. ; RFDA 2013, p. 25.

²⁶⁴ H. Hoepffner, *Ibidem*, spéc. p. 72

²⁶⁵ CCP, art. L. 2334-1 : « Le titulaire du marché de partenariat établit un rapport annuel permettant d'en suivre l'exécution. Ce rapport est adressé, chaque année, à l'acheteur dans les quarante-cinq jours suivant la date anniversaire de la signature du contrat »

²⁶⁶ CCP, art. L. 3131-5 : « Le concessionnaire produit chaque année un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services.

Lorsque la gestion d'un service public est concédée, y compris dans le cas prévu à l'article L. 1121-4, ce rapport permet en outre aux autorités concédantes d'apprécier les conditions d'exécution du service public »

²⁶⁷ CE, ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, préc. Pour rappel, le Conseil d'Etat précise notamment qu'« il résulte des principes mêmes de la délégation de service public que le cocontractant du concédant doit lui communiquer toute information utile sur les biens de la délégation ».

²⁶⁸ H. Hoepffner, *Ibidem*, p. 73

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 67

114. La codification de la théorie de l'imprévision. Après avoir rappelé que « *les contrats qui ont pour objet l'exécution d'un service public respectent le principe de continuité du service public* »²⁷⁰, le Code consacre ensuite la théorie de l'imprévision²⁷¹. Pour certains, cet enchaînement est significatif et s'explique parce que la théorie de l'imprévision « *est liée au principe de continuité du service public* »²⁷². La doctrine contemporaine considère en effet que cette théorie ne peut jouer que si le contrat présente un lien suffisant avec le service public, même si ce lien est entendu de manière large²⁷³. Pour autant, le Code de la commande publique n'établit pas un lien direct entre le principe de continuité du service public et la théorie de l'imprévision dans son article L. 6. Il est donc possible de considérer que la théorie de l'imprévision soit susceptible d'être mise en œuvre pour tous les contrats de la commande publique, sans qu'un lien avec le service public n'ait à être recherché. En pratique cela ne change pas grand-chose : les marchés publics et les contrats de concession présentent toujours, de manière plus ou moins directe, un lien avec le service public. Par ailleurs, le Code rappelle les conditions classiques de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision : il faut que survienne « un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat ». Si tel est le cas « le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ». La consécration de la théorie de l'imprévision est donc effectuée sans changements particuliers.

115. La reprise du pouvoir de modification unilatérale. Par ailleurs, le Code consacre le pouvoir de modification unilatérale au profit de la personne publique contractante²⁷⁴. En apparence cette reprise ne se distingue pas de son affirmation classique dans le cadre de la théorie générale des contrats administratifs. Pour autant, des particularités méritent d'être relevées. Le Code prévoit en effet que « l'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre » et que « le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations

²⁷⁰ CCP, art. L.6, 2°

²⁷¹ CCP, art. L.6, 3°

²⁷² C. Maugüe, S. Roussel, « La codification de la jurisprudence dans le code de la commande publique : jusqu'où ? », *préc.*

²⁷³ V. les développements *supra*, n°21. L'idée est que cette théorie ne joue pas pour les contrats qui ne présentent aucun lien avec le service public. Christine Maugüe et Sophie Roussel citent comme exemple les « *conventions d'occupation domaniale pures, conclues dans le but exclusif d'exercer une activité commerciale de nature privée* » tout en précisant que « *le Conseil d'État ne s'est à ce jour pas encore prononcé sur cette question* ». Elles renvoient aux décisions suivantes : TA Rouen, 28 août 1998, n° 951837, *Société Renault SA* ; AJDA 1998. 1047 ; RTD com. 1999. 78, obs. G. Orsoni ; TA Paris, 23 mars 2017, n° 1612143/4-3, *Société « Alexandre III »*, ou encore CAA Nantes, 21 juin 2005, n° 04NT00068, *Société à responsabilité limitée Jual*

²⁷⁴ CCP, art. L.6, 4°

du contrat ». Deux remarques peuvent d’ores et déjà être formulées. En premier lieu, le Code n’est pas parfaitement clair s’agissant des droits du cocontractant en cas de modification unilatérale. Comme le relève Hélène Hoepffner, la formulation retenue semble codifier « *le droit du cocontractant d’être indemnisé des charges nouvelles résultant de l’exercice par l’administration de ce pouvoir* », sans reprendre le « *controversé [...] « droit à l’équilibre financier » du contrat* »²⁷⁵. Cette formule permet alors de se demander si le droit à l’équilibre financier du contrat n’existe pas uniquement « *lorsque le contrat est le vecteur de l’exécution d’un service public ou traduit l’exercice de prérogatives de puissance publique* »²⁷⁶. Pour autant, le droit à l’équilibre financier n’est pas complètement absent du code. En effet, l’article L. 2194-2 indique que « *lorsque l’acheteur apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif soumis au présent livre* », c’est-à-dire à un marché public, « *le cocontractant a droit au maintien de l’équilibre financier du contrat* » ; tandis que l’article L. 3135-2 précise que « *lorsque l’autorité concédante apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif, le concessionnaire a droit au maintien de l’équilibre financier du contrat* ». Ces deux articles confirment la jurisprudence classique²⁷⁷ et renvoient à l’article L. 6 pour leur mise en œuvre. Dès lors, et en second lieu, la question se pose de savoir comment ces dispositions s’articulent entre elles²⁷⁸. Il est toutefois possible de considérer que ce renvoi implique que, conformément à ce que prévoit l’article L. 6, les clauses du contrat peuvent venir limiter ou encadrer le droit au maintien de l’équilibre financier tant dans le cadre des marchés publics que des contrats de concession. La question de la portée exacte de ce droit et de son véritable caractère d’ordre public reste posée²⁷⁹, ce qui signifie que sur ce point également le Code n’apporte pas de changements particuliers et qu’il consacre – en définitive et en apparence²⁸⁰ – le pouvoir de modification unilatérale de manière assez classique.

116. La consécration du pouvoir de résiliation. Enfin, le Code consacre expressément un dernier élément de la théorie générale des contrats administratifs : le pouvoir de résiliation. Toutefois il envisage l’ensemble des hypothèses de résiliation unilatérale. Il est

²⁷⁵ H. Hoepffner, « Exécution des marchés publics », *Contrats-Marchés publ.* 2019, dossier 7. L’auteure renvoie à l’étude de Nil Symchowicz, « L’introuvable droit au maintien de l’équilibre financier dans les contrats administratifs », in *Mélanges en l’honneur de Laurent Richer*, LGDJ 2013, p. 463

²⁷⁶ N. Symchowicz, *Ibidem*, spéc. p. 464

²⁷⁷ CE, 27 oct. 2010, n° 318617, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule*, préc.

²⁷⁸ En ce sens, v. M. Ubaud-Bergeron, « Passation et exécution : le code de la commande publique innove-t-il ? », *RFDA* 2019, p. 219

²⁷⁹ N. Symchowicz, *Ibidem*, spéc. pp. 471 et s.

²⁸⁰ V. *infra* n°124

en effet indiqué à l'article L. 6 que « l'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code »²⁸¹. Au-delà de cet article, le Code envisage la résiliation des marchés publics aux articles L. 2195-1 à L. 2195-6 et celle des contrats de concession aux articles L. 3136-1 à L. 3136-6. Parmi les hypothèses envisagées, on retrouve la résiliation pour force majeure²⁸², la résiliation en raison du placement du titulaire du contrat dans un cas d'exclusion²⁸³, celle en cas de manquement grave aux obligations européennes reconnu par la Cour de justice²⁸⁴ et la résiliation induite lorsqu'il est impossible de poursuivre l'exécution du contrat sans passer par une modification qui serait contraire aux conditions fixées par le Code²⁸⁵. Ces hypothèses concernent l'ensemble des contrats de la commande publique, qu'ils soient des contrats administratifs ou des contrats de droit privé. Mais c'est à propos des seuls contrats administratifs que sont consacrées deux règles emblématiques de la théorie générale : le pouvoir de résiliation unilatérale pour faute – la résiliation-sanction – et le pouvoir de résiliation pour motif d'intérêt général²⁸⁶. Sur ces deux points le Code n'innove pas et ne fait que consacrer ces deux éléments de la théorie générale. Le régime d'indemnisation en cas de résiliation n'est pas précisé par le Code qui se contente de rappeler le droit à indemnisation du cocontractant lorsque la résiliation intervient pour motif d'intérêt général, « sous réserve des stipulations du contrat »²⁸⁷. Il est toutefois possible de considérer que « *l'inclusion du régime indemnitaire dans le champ de la codification [...] n'était sans doute pas souhaitable, car excessivement rigide, ni même réalisable, compte tenu de la relative liberté laissée aux parties* »²⁸⁸.

117. L'admission des autres éléments de la théorie générale. La reprise de ces différentes règles et principes ne constitue pas « une innovation » mais, ainsi que le relève Marion Ubaud-Bergeron, « on peut se demander si d'autres règles n'auraient pas mérité une telle codification »²⁸⁹. En effet, le Code de la commande publique ne reprend pas l'ensemble des règles et des principes traditionnellement attachés à la théorie générale des contrats administratifs. Il ne les remet pas en cause pour autant. Ainsi, parmi les pouvoirs de sanction généralement présentés dans le cadre de la théorie générale, le Code n'évoque que le pouvoir

²⁸¹ CCP, art. L.6,5°

²⁸² CCP, art. L. 2195-2 et L. 3136-2

²⁸³ CCP, art. L.2195-4 et L. 3136-4

²⁸⁴ CCP, art. L. 2195-5 et L. 3136-5

²⁸⁵ CCP, art. L.2195-6 et L. 3136-6

²⁸⁶ CCP, art. L. 2195-3 et L. 3135-3

²⁸⁷ CCP, art. L.6,5°

²⁸⁸ M. Ubaud-Bergeron, « Passation et exécution : le code de la commande publique innove-t-il ? », *préc.*

²⁸⁹ M. Ubaud-Bergeron, « Passation et exécution : le code de la commande publique innove-t-il ? », *préc.*

de résiliation-sanction. La mise en régie ou la conclusion d'un marché de substitution en cas de défaillance du cocontractant ne figure ainsi pas parmi les principes consacrés par le Code de la commande publique. Cette absence peut paraître regrettable dans la mesure où le juge a récemment fait de la capacité de prononcer de telles sanctions coercitives une règle générale²⁹⁰, mais aussi parce que « *ce pouvoir peut soulever des questions de mise en concurrence* »²⁹¹. Pour autant, le silence du Code sur ce point ne remet pas en cause ce pouvoir de sanction. De la même manière, l'exception d'inexécution n'apparaît pas dans le Code de la commande publique. Là encore cela ne signifie pas que cette exception ne s'appliquerait pas pour les contrats de la commande publique, elle continue de s'appliquer pour tous les contrats administratifs, y compris lorsqu'ils relèvent du champ d'application du Code. En réalité, cette absence ne s'explique pas « *à raison de l'absence de caractère fondamental de cette règle, au demeurant ancienne, mais sans doute parce qu'il a paru difficile d'énoncer le principe tout en laissant dans l'implicite, c'est-à-dire dans le droit purement jurisprudentiel, son exacte portée* »²⁹². Enfin, et toujours dans un même sens, la théorie des sujétions techniques imprévues et celle du fait du Prince ne figurent pas non plus dans le Code. La première – dont le champ d'application se limite aux marchés publics de travaux – n'est pas expressément reconnue par le Code mais ce dernier autorise la modification des marchés publics lorsque surviennent des « *circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir* »²⁹³. Elle semble donc implicitement admise. La seconde est en revanche complètement absente du Code. Pour autant, cette « non-consécration » ne s'apparente pas à une remise en cause pure et simple de la théorie. Son absence a d'ailleurs pu être remarquée mais sans que la doctrine ne s'en émeuve. Certains sous-entendent même que cette absence se justifie par le fait que cette théorie est « *toujours enseignée* » mais « *ne trouve pour ainsi dire jamais à s'appliquer* »²⁹⁴. En toutes hypothèses, force est de constater que cette absence de codification de certaines règles est, en tant que telle, sans incidence sur leur champ d'application et sur leur portée.

²⁹⁰ Par une lecture combinée des arrêts : CE, ass., 9 novembre 2016, Société Fosmax et CE, 14 févr. 2017, Société de manutention portuaire d'Aquitaine, préc.

²⁹¹ H. Hoepfner, « Exécution des marchés publics », préc.

²⁹² C. Maugüe, S. Roussel, « La codification de la jurisprudence dans le code de la commande publique : jusqu'où ? », préc.

²⁹³ CCP, art. R. 2194-5

²⁹⁴ C. Maugüe, S. Roussel, *Ibidem*

118. Le Code de la commande publique admet donc, de manière expresse ou par abstention la mise en œuvre de la théorie générale pour les contrats administratifs qui relèvent de son champ d'application. Pour autant, derrière cette façade intégratrice, la mise en œuvre des dispositions du Code conduit à une remise en cause assez plus pernicieuse de la théorie générale.

Section 2. Une application fortement limitée

119. L'intégration de la théorie générale dans le droit de la commande publique est bien plus nuancée qu'elle n'y paraît. Si le Code consacre effectivement un certain nombre d'éléments de cette théorie, il offre dans le même temps une place prépondérante à la logique concurrentielle²⁹⁵. Cette logique se traduit par des règles qui peuvent constituer autant d'obstacles à la mise en œuvre de la théorie générale. Ainsi, certains éléments de la théorie sont préservés alors que d'autres sont remis en cause.

120. *Les éléments préservés : le pouvoir de contrôle.* Parmi les éléments de la théorie générale consacrés à l'article L. 6, le pouvoir de contrôle est probablement le mieux préservé. Pour autant, le pouvoir de contrôle tel qu'il est reconnu ne concerne pas l'ensemble des contrats soumis au Code. Celui-ci ne s'exerce en effet que « selon les modalités fixées par le présent code, des dispositions particulières ou le contrat »²⁹⁶. Or, comme cela a été relevé, il n'y a que pour les marchés de partenariat et les contrats de concession que le Code impose une forme de contrôle²⁹⁷. La reconnaissance de ce pouvoir est ainsi « *relativisée par (la) référence aux conditions fixées par les textes ou le contrat, sans toutefois que cette référence au contrat signifie que la personne publique puisse y renoncer* »²⁹⁸. Pour autant, le Code de la commande publique ne crée pas d'obstacles particuliers à l'exercice du pouvoir de contrôle.

121. *Les éléments préservés : le pouvoir de résiliation unilatérale.* Le pouvoir de résiliation unilatérale consacré par le Code devrait être préservé, même si certains doutes persistent. Il était en effet possible d'en douter au regard des directives européennes de 2014, lesquelles « *envisagent le principe de la résiliation de façon restrictive* »²⁹⁹. Toutefois les Etats

²⁹⁵ V. *supra*, n°40 et s. Sur l'évolution du droit des contrats administratifs dans la prise en compte des aléas, v. L. Sourzat, *Le contrat administratif résilient*, préc., spéc. pp. 140 et s.

²⁹⁶ CCP, art. L.6, 1°

²⁹⁷ V. *supra* n°113

²⁹⁸ C. Maugué, S. Roussel, « La codification de la jurisprudence dans le code de la commande publique : jusqu'où ? », *préc.*

²⁹⁹ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 434

restent « libres de maintenir ou d'adopter des règles plus strictes que celles posées par les directives »³⁰⁰, ce qui explique que le pouvoir de résiliation unilatérale ait pu être posé de manière classique par l'article L. 6, sans entrer en contradiction avec les autres hypothèses de résiliation prévues par les textes européens et reprises par le Code³⁰¹. Une menace continue toutefois de peser sur le pouvoir de résiliation unilatérale en raison du « droit à une indemnisation » reconnu au profit du cocontractant. En effet, cette indemnisation « *couvre le risque d'être requalifiée en aide d'Etat* » même si elle « *rentrerait* » probablement « *dans le cadre des aides de minimis ou bien serait qualifiable de compensation de service public* »³⁰². Cette menace reste ainsi largement hypothétique, même si des évolutions ne sont pas à exclure.

122. Les éléments non codifiés mais préservés : le pouvoir de sanction et la théorie du fait du prince. Parmi les éléments de la théorie générale qui ne se retrouvent pas dans le Code de la commande publique, le pouvoir de sanction et la théorie du fait du prince ne paraissent pas mis en cause par la mise en œuvre des différentes règles fixées par le Code. Le pouvoir de sanction – qui n'est présent dans le Code qu'au travers de la résiliation-sanction³⁰³ – n'est pas affecté par le régime fixé tant en matière de marchés publics que de contrats de concession. Les sanctions pécuniaires continuent de pouvoir être prononcées lorsqu'elles sont prévues par le contrat, tandis que les sanctions coercitives permettant la conclusion d'un marché de substitution ou une mise en régie continuent de relever des règles générales applicables aux contrats administratifs³⁰⁴. Par ailleurs, la théorie du fait du Prince n'est pas non plus remise en cause par les règles du Code de la commande publique. L'explication est assez simple si l'on considère que la théorie du fait du prince s'inscrit en-dehors du régime contractuel et relève d'un régime de responsabilité sans faute de nature extracontractuelle.

123. Les éléments mis en cause : la désuétude de la théorie de l'imprévision. La permanence observée s'agissant des pouvoirs de contrôle et de résiliation unilatérale ne se retrouve pas à propos de la théorie de l'imprévision. Certes, son insertion dans le code signifie que « le codificateur a [...] implicitement mais nécessairement admis qu'elle n'était pas inconciliable avec les dispositions qui régissent [...] la modification des marchés et des

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 435

³⁰¹ CCP, art. L. 2195-1 à -6 pour les marchés publics et L. 3136-1 à -6 pour les contrats de concession

³⁰² J.-F. Kerléo, « L'encadrement de l'exécution des marchés publics par le droit de l'Union européenne - Réflexions sur la proposition de directive relative à la passation des marchés publics », *Contrats-Marchés publ.* 2013, étude 1

³⁰³ V. *supra*, n°116

³⁰⁴ V. *supra* n°31

concessions »³⁰⁵. Le Code confirme ainsi que la théorie de l'imprévision se distingue des hypothèses de modifications. Il est en effet admis que la modification du contrat a une nature contractuelle alors que la théorie de l'imprévision a une nature extracontractuelle. Elle est en effet classiquement présentée comme « *une superstructure* » qui permet de faire « *face à une situation extra-contractuelle en se plaçant en-dehors du contrat* »³⁰⁶. Toutefois, les dispositions concernant la modification du contrat laissent planer un doute sur la mise en œuvre de la théorie. Parmi les différentes hypothèses susceptibles de justifier une modification du contrat en cours d'exécution, le Code de la commande publique autorise les modifications qui « sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues »³⁰⁷, c'est-à-dire « par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir »³⁰⁸. A priori ces modifications résultant de circonstances imprévisibles ne s'opposent pas à la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision car elles ne sont pas assimilables mais le problème vient du fait que le Code encadre strictement ces modifications. Il précise en effet qu'elles ne peuvent pas conduire à un changement trop important du montant du contrat, celui-ci ne devant pas dépasser 50% du montant du contrat initial³⁰⁹. La question est alors de savoir si la théorie de l'imprévision est également enfermée dans ce cadre. Il est vrai que, classiquement, elle n'entraîne pas « *nécessairement la modification du contrat* » mais il n'est pas « *évident qu'elle « survive » à l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions* »³¹⁰. Marion Ubaud-Bergeron considère ainsi que le cadre fixé en matière de modifications s'étend à la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision, ce qui signifie « *que, même en cas d'imprévision, le montant de l'indemnisation ne saurait dépasser un seuil de 50 %* »³¹¹. L'application du Code de la commande publique est donc susceptible de limiter la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision. D'autres auteurs comme François Llorens et Pierre Soler-Couteaux relativisent toutefois cette possible limitation de la théorie de l'imprévision. Ils rappellent en effet que le montant maximum en cas de modifications successives ne se cumule pas et, surtout, que l'« *utilité pratique* » de la théorie de l'imprévision « *est inversement proportionnelle à la renommée dont elle jouit* »³¹². Ces arguments

³⁰⁵ C. Maugué, S. Roussel, *Ibidem* ; dans le même sens H. Hoepffner, « Exécution des marchés publics », *Préc.*

³⁰⁶ Concl. Riboulet, sur CE, 27 juin 1919, *Société du Gaz de Nice*, *rec.* p. 572

³⁰⁷ CCP, art. L. 2194-1 pour les marchés publics ; art. L. 3135-1 pour les contrats de concession

³⁰⁸ CCP, art. R. 2194-5 pour les marchés publics. Pour les contrats de concession, l'article R. 3135-5 reprend la même formule en remplaçant la notion d'acheteur par celle d'autorité concédante.

³⁰⁹ CCP, art. R. 2194-3 et 4 pour les marchés publics ; art. R. 3135-3 et 4 pour les contrats de concession

³¹⁰ H. Hoepffner, « La modification des contrats », *RFDA* 2016, p. 280

³¹¹ M. Ubaud-Bergeron, « Passation et exécution : le code de la commande publique innove-t-il ? », *préc.*

³¹² F. Llorens, P. Soler-Couteaux, « La théorie administrative de l'imprévision est-elle dépassée ? », *Contrats-Marchés publ.* 2018, repère 3

s'entendent mais ils n'empêchent cependant pas de douter de la « *pérennité* » de la théorie de l'imprévision dans le nouveau cadre fixé par le Code de la commande publique³¹³. La nécessité de veiller à ce que la mise en œuvre de la théorie n'affecte pas les conditions de mise en concurrence initiale et ne change pas la nature globale du contrat risque de rendre son application quasiment impossible. Cela confirme donc la désuétude de la théorie de l'imprévision qui risque de disparaître sans bénéficier d'une belle mort.

124. Les éléments mis en cause : l'encadrement destructeur du pouvoir de modification unilatérale. Les conséquences sur la théorie de l'imprévision du régime des modifications prévu par le Code de la commande publique permet de comprendre que le pouvoir de modification unilatérale consacré par ce texte est lui aussi affecté. En réalité, son exercice est sensiblement limité. La première limite est posée par l'article L. 6 du Code : l'exercice par l'autorité contractante de son pouvoir de modification unilatérale ne doit pas « bouleverser l'équilibre » du contrat. Cette limite posée par le Code reprend en substance celle posée auparavant en jurisprudence interdisant de « *bouleverser l'économie* » du contrat³¹⁴. Dans son arrêt *Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel*, le Conseil d'Etat a rappelé cette interdiction de modifier de manière substantielle « *l'équilibre économique du contrat, tel qu'il résulte de ses éléments essentiels, comme la durée, le volume des investissements ou les tarifs* » à propos de la modification d'une délégation de service public qui n'était pas soumise à l'Ordonnance de 2016 sur les contrats de concession³¹⁵. Le cadre ainsi posé ne « modifie » donc pas véritablement le régime du pouvoir de modification unilatérale. En réalité, c'est la seconde limite évoquée par l'article L. 6 qui est la plus contraignante et qui permet de se questionner sur l'avenir de ce pouvoir. En effet, il est prévu que le pouvoir de modification s'exerce « dans les conditions prévues par le présent code ». Or, le régime fixé en matière de modifications, tant pour les marchés publics³¹⁶ que pour les contrats de concession³¹⁷, est extrêmement strict³¹⁸. Le Code précise tout d'abord que les modifications,

³¹³ L. Sourzat, *Le contrat administratif résilient*, préc., p. 432

³¹⁴ CE, 8 mars 1996, n°165075, *Commune de Petit-Bourg* ; *RDI* 1996, p. 318, obs. F. Llorens et P. Terneyre

³¹⁵ CE 9 mars 2018, n° 409972, *Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel* ; *BJCP* 2018, p. 254, concl. G. Pellissier ; *AJDA* 2018, p. 1104, note H. Hoepffner ; *AJCT* 2018, p. 390, obs. S. Hul ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 120, obs. G. Eckert ; *RTD com.* 2018, p. 623, obs. F. Lombard

³¹⁶ CCP, art. L. 2194-1 et -2, ainsi que R. 2194-1 et s.

³¹⁷ CCP, art. L. 3135-1 et -2, ainsi que R. 3135-1 et s.

³¹⁸ Sur cette question, v. notamment M. Amilhat, « Le régime de la modification des contrats de concession et des marchés publics : La mutabilité des contrats et la logique concurrentielle » ; *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2017, Dossier 05 : « La réforme de la commande publique, un an après : un bilan positif ? » (dir. Hoepffner, Sourzat & Friedrich) ; Art. 220.

quelles qu'elles soient « ne peuvent changer la nature globale du contrat »³¹⁹. La question peut se poser de savoir si cette limite diffère de celle interdisant de bouleverser l'équilibre du contrat mais il est possible d'« admettre - ce qui paraît quand même plus simple - qu'équilibre et nature globale se rejoignent » ce qu'il signifie « qu'il convient de ne pas remettre en cause de manière trop fondamentale les éléments essentiels du contrat »³²⁰. Surtout, le Code établit une liste limitative de six conditions permettant de modifier le contrat en cours d'exécution : lorsque les « modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux », lorsque « des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires », lorsque « les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues », lorsqu'« un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché », lorsque « les modifications ne sont pas substantielles », ou enfin lorsque « les modifications sont de faible montant »³²¹. Ces conditions sont précisées et davantage encadrées dans la partie réglementaire du Code. Ainsi, le pouvoir de modification unilatérale traditionnellement reconnu au titre de la théorie générale des contrats administratifs est sensiblement limité s'agissant des contrats de la commande publique soumis au champ d'application du Code³²². La mutabilité se trouve ainsi « muselée »³²³, ce qui conduit à s'interroger sur l'avenir réel du pouvoir de modification unilatérale. Pour les contrats de la commande publique, ce pouvoir s'apparente de plus en plus à une coquille vide. Sa consécration à l'article L. 6 est d'autant plus surprenante !

125. Un élément non codifié et mis en cause : la théorie des sujétions techniques imprévues. Cette théorie est implicitement consacrée par le Code de la commande publique en admettant la modification des marchés publics lorsque surviennent des « circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir »³²⁴. Cette formule – tirée des directives européennes – se distingue toutefois en partie de celle retenue par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Commune de Lens* où il définit les sujétions techniques imprévues comme des « difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution du marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties »³²⁵. Les quatre

³¹⁹ CCP, art. L. 2194-1 et L. 3135-1

³²⁰ F. Melleray, R. Noguellou, « La codification de règles jurisprudentielles », *préc.*

³²¹ CCP, art. L. 2194-1 et L. 3135-1

³²² Les « autres » marchés publics et contrats de concession restent quant à eux soumis au régime jurisprudentiel classique du pouvoir de modification unilatérale tel que défini par la jurisprudence.

³²³ H. Hoepffner, « L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *Contrats-Marchés publ.* 2014, dossier 16

³²⁴ CCP, art. R. 2194-5

³²⁵ CE, 30 juillet 2003, n° 223445, *Commune de Lens* ; *AJDA* 2003, p. 1727, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2004, p. 113, obs. M. Degoffe ; *BJCP* n° 31, 2003, p. 462, concl. D. Piveteau ; *Contrats-Marchés publ.* 2003, comm. 172, note J.-P. Piétri ; *DA* 2003, comm. 236, note A. Ménéménis

conditions posées par la jurisprudence – l’existence de difficultés matérielles et leur caractère exceptionnel, imprévisible et extérieur aux parties – semblent donc plus contraignantes que les simples « circonstances imprévues » envisagées par le Code de la commande publique³²⁶. Dans ce cas, la question se pose de savoir si la théorie des sujétions techniques imprévues impose le respect des quatre conditions qu’elle fixe traditionnellement ou si une application littérale du Code suffit. C’est probablement cette seconde solution qui devrait être retenue, faisant perdre de son intérêt à la théorie. De plus le cadre fixé par le Code pour les modifications résultant de « circonstances imprévues » vient restreindre la mise en œuvre de la théorie des sujétions techniques imprévues. Lorsque des modifications sont effectuées sur ce fondement, elles ne peuvent pas conduire à changer la nature globale du contrat « *ni à en bouleverser l’économie : seule une augmentation de plus de 50 % de la valeur du contrat initial est autorisée* »³²⁷. A supposer que la théorie des sujétions imprévues soit mise en œuvre dans ce cadre, les possibilités offertes se trouvent sensiblement réduites. Par ailleurs, la théorie des sujétions techniques imprévues pourrait trouver à s’appliquer dans le cadre du Code au travers de la faculté de modifier le contrat reconnue lorsque « les modifications ne sont pas substantielles » ou lorsqu’elles « sont de faible montant »³²⁸. Toutefois, ces deux hypothèses de modifications autorisées sont elles aussi extrêmement encadrées : la liste des modifications substantielles ne laisse pas une grande marge de manœuvre³²⁹, tandis que les modifications de faible montant sont limitées à « 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux »³³⁰. De plus, dans ces deux hypothèses il ne semble pas non plus possible d’appliquer réellement la théorie des sujétions techniques imprévues et de cumuler les contraintes définies par celle-ci avec celles fixées par le Code. En réalité si la théorie des sujétions techniques imprévues n’est pas expressément écartée dans le cadre du Code de la commande publique, il n’est plus vraiment possible de la mettre en œuvre. Ainsi, pour les contrats relevant du Code, le régime des modifications autorisées s’est en réalité substitué à la théorie des sujétions techniques imprévues.

126. *Le maintien d’une limite inhérente au Code : son champ d’application.* Au-delà des limites importantes concernant la mise en œuvre de la théorie générale des contrats administratifs, il existe une limite inhérente au champ d’application du Code de la commande

³²⁶ CCP, art. R. 2194-5. Sur ce point, v. E. Pourcel, « Avenants, décisions de poursuivre, sujétions techniques imprévues, marchés complémentaires... : « *vivit et non vivit* » ? », *Contrats-Marchés publ.* 2017, étude 10

³²⁷ H. Hoepffner, *La modification des contrats*, préc. CCP, art. L. 2194-1

³²⁸ CCP, art. L. 2194-1, 5° et 6°. En ce sens, v. L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, préc., p.277

³²⁹ CCP, art. R.2194-7

³³⁰ CCP, art. R. 2194-8

publique. Ce dernier s'applique en effet aussi bien aux contrats administratifs qu'aux contrats de droit privé de la commande publique. Pourtant, ce champ d'application large ne concerne pas l'ensemble des dispositions et le Code distingue notamment les règles applicables à l'ensemble des contrats de la commande publique et celles réservées aux seuls contrats administratifs. Or, les éléments de la théorie générale qui se trouvent consacrés par le Code ne sont applicables qu'aux seuls contrats administratifs. Seul le pouvoir de résiliation unilatérale pour cas de force majeure s'applique aussi bien aux contrats administratifs qu'aux contrats de droit privé de la commande publique³³¹. En soi cette situation n'est pas surprenante, d'autant que la codification a été réalisée à droit constant. Il est toutefois possible de regretter ce manque d'unité du droit de la commande publique qui accentue les difficultés d'application de la théorie générale.

127. Au-delà des apparences, l'avenir de la théorie générale des contrats administratifs semble fortement compromis pour les contrats relevant du Code de la commande publique. Plusieurs éléments de la théorie ont en effet vocation à disparaître, peu importe qu'ils soient ou non consacrés par le Code lui-même. Si elle a un avenir c'est donc en-dehors de la commande publique que la théorie générale pourrait continuer à être mise en œuvre.

³³¹ CCP, art. L. 2195-2 et L. 3136-2. Comme le relève Marion Ubaud-Bergeron, il s'agit d'une règle commune consacrée par la jurisprudence administrative (CE, 9 décembre 1932, n° 89655, *Compagnie des Tramways de Cherbourg*, *rec.* p. 1050, concl. Josse) et par l'article 1218 du Code civil. M. Ubaud-Bergeron, « Passation et exécution : le code de la commande publique innove-t-il ? », *préc.*

Chapitre 2. Un maintien relatif hors de la commande publique

128. Dans la mesure où le droit de la commande publique s'oppose à la mise en œuvre de certains éléments fondamentaux de la théorie générale des contrats administratifs, il est logique de penser que l'avenir de celle-ci se dessine en-dehors de la commande publique. Il y aurait donc une permanence de la théorie générale mais uniquement pour les contrats administratifs qui ne relèvent pas de la commande publique. La situation n'est cependant pas aussi simple et, en réalité, l'avenir de la théorie générale semble davantage compromis.

129. Il est vrai qu'en apparence les différentes composantes de la théorie générale sont largement préservées dès lors que l'on se situe en-dehors de la commande publique. Même si certaines évolutions ont eu lieu, le législateur et le juge n'ont pas remis en cause les règles, principes et théories classiquement intégrés dans la théorie générale des contrats administratifs (Section 1). Pourtant, le droit positif révèle une situation moins encourageante pour la théorie générale. Les contraintes du droit de la commande publique s'étendent en effet au-delà des seuls contrats administratifs soumis au champ d'application du Code éponyme. Par conséquent, si la théorie générale des contrats administratifs demeure, ce n'est que de manière résiduelle (Section 2).

Section 1. Une permanence des règles

130. Dès que l'on quitte le champ d'application du Code de la commande publique, la remise en cause des différents éléments de la théorie générale n'apparaît plus. La structure générale des droits et devoirs des cocontractants et les grandes théories trouvent en effet à s'appliquer de manière extrêmement classique, donnant l'impression que le droit des contrats administratifs n'a pas évolué depuis le milieu du XX^{ème} siècle. Pour autant, derrière cette stabilité apparente, certains éléments de la théorie ont évolué.

131. *Un maintien indiscutable des pouvoirs de sanction et de contrôle.* Ce maintien des pouvoirs de sanction et de contrôle rejoint le constat effectué pour les contrats relevant de la commande publique³³². S'agissant tout d'abord du pouvoir de sanction, il faut rappeler qu'il est multiple : il s'exprime de différentes manières et ne bénéficie pas du même statut en fonction de ses déclinaisons. Ainsi, les sanctions pécuniaires ne font pas partie des règles générales

³³² V. *supra* n°120 et 122

applicables aux contrats administratifs et, quel que soit le contrat concerné, elles ne peuvent être mises en œuvre que si elles ont été prévues par les clauses de celui-ci. C'est donc le contrat qui fonde le pouvoir de prononcer de telles sanctions et il est délicat de considérer qu'il relève de la théorie générale. En revanche, la résiliation-sanction, c'est-à-dire la résiliation pour faute, est un pouvoir reconnu aux personnes publiques dans tous les contrats administratifs, sans que le contrat n'ait à prévoir cette possibilité³³³. Le pouvoir d'adopter des sanctions coercitives a quant à lui été reconnu comme une règle générale applicable aux contrats administratifs³³⁴. En-dehors des sanctions pécuniaires, le pouvoir de sanction ne repose pas sur une logique contractuelle et n'est pas affecté par le phénomène de contractualisation. Ainsi, comme pour les contrats relevant du Code de la commande publique, le pouvoir de sanction continue de s'appliquer de manière classique à l'ensemble des contrats administratifs. Or, un même constat s'impose à propos du pouvoir de contrôle. Celui-ci n'est pas davantage remis en cause en-dehors du champ de la commande publique que dans le cadre de cette dernière. La question principale pour ce pouvoir reste de savoir s'il s'agit véritablement d'un élément de la théorie générale et « la doctrine contemporaine » considère qu'il « n'existe que lorsqu'il a été consacré par un texte ou par le contrat ou uniquement pour certaines catégories de contrats »³³⁵. Son application reste donc stable mais limitée, quelle que soit la catégorie de contrats administratifs concernée.

132. Une évolution limitée des pouvoirs de modification et de résiliation pour motif d'intérêt général. Parmi les droits et devoirs confirmés lors de l'exécution des contrats administratifs, les pouvoirs de modification unilatérale et de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général occupent une place particulière. Ils sont en effet considérés comme constituant le noyau dur de la théorie générale : il s'agirait des seules véritables « règles générales du contrat administratif »³³⁶, auxquelles il serait désormais possible d'adjoindre la mise en régie³³⁷. Comme en matière de contrats de la commande publique, le pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général n'est pas remis en cause dans son principe. Son application n'aurait pas varié depuis sa consécration en 1958 dans l'arrêt *Distillerie de Magnac*

³³³ CE, 30 septembre 1983, *Société Comexp*, préc. ; CE, 12 novembre 2015, n° 387660, *Société le jardin d'acclimatation*, préc.

³³⁴ Par une lecture combinée des arrêts : CE, ass., 9 novembre 2016, *Société Fosmax* et CE, 14 févr. 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine*, préc.

³³⁵ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 370

³³⁶ Sur cette question, v. G. Eckert, « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », préc.

³³⁷ V. *supra* n°31

Laval³³⁸. Il s'applique à tous les contrats administratifs, y compris aux concessions de service public, aux baux emphytéotiques et aux contrats conclus entre personnes publiques³³⁹. Toutefois qu'il s'agisse de contrats administratifs inclus dans le champ de la commande publique ou de contrats administratifs situés en-dehors de ce champ, la mise en œuvre du pouvoir de résiliation unilatérale a fortement évolué. La première évolution est ancienne et résulte de la contractualisation du pouvoir de résiliation unilatérale. Ce pouvoir est une règle générale applicable aux contrats administratifs qui s'exerce même en-dehors de tout texte ou de toute stipulation contractuelle. La recherche de sécurité juridique conduit donc les cocontractants à anticiper la résiliation en intégrant dans le contrat des clauses en ce sens, afin d'éviter un usage « non prévu » du pouvoir de résiliation. D'ailleurs les auteurs n'hésitent pas à inviter les cocontractants à contractualiser les conditions et les conséquences de la résiliation du contrat³⁴⁰, la seule limite étant l'impossibilité pour la personne publique de renoncer à son pouvoir de résiliation³⁴¹ ou à son droit à indemnisation³⁴². Cette contractualisation prive ainsi le pouvoir de résiliation unilatérale de son intérêt en tant que principe général, bien qu'elle ne remette pas en cause les conséquences concrètes de son exercice. Il convient toutefois de préciser que ce mouvement de contractualisation s'observe principalement pour les contrats administratifs relevant du Code de la commande publique et qu'il est moins développé pour les autres contrats administratifs³⁴³. Par ailleurs, une autre évolution a marqué le pouvoir de résiliation unilatérale. Celle-ci résulte de la jurisprudence dite « **Béziers II** » qui a consacré en 2011 « un recours en contestation de validité de la résiliation du contrat »³⁴⁴. Ce recours – également qualifié d'action en reprise des relations contractuelles – permet donc au cocontractant de contester la résiliation unilatérale prononcée par l'administration alors que le juge se contentait auparavant d'indemniser le cocontractant en cas de résiliation illégale. L'exercice de cette action est encadré et, en pratique, « *la majorité des recours tendant à la*

³³⁸ CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, rec. p. 246 ; *AJDA* 1958, p. 282, concl. Kahn

³³⁹ V. *supra* n°62 et s.

³⁴⁰ N. Dourlens et R. de Moustier, « Les clauses de résiliation dans les contrats publics », *Contrats-Marchés publ.* 2014, pratique 2

³⁴¹ CE, 6 mai 1985, n° 41589, *Association Eurolat et Crédit Foncier de France*, préc.

³⁴² CE, 4 mai 2011, n° 334280, *CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan* ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 216, note G. Eckert ; *DA* 2011, comm. 67, note F. Brenet. A l'inverse les clauses peuvent prévoir le renoncement du cocontractant privé à une indemnisation éventuelle : CE, 19 décembre 2012, n° 350341, *Société AB Trans* ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 29, note G. Eckert ; *DA* 2013, comm. 42, note E. Colson. Pour une critique générale de ce déséquilibre, v. C. Giraud, « Pour en finir avec le principe de prohibition des libéralités publiques », *JCP A* 2019, 2128

³⁴³ Attention toutefois, cette contractualisation se retrouve fréquemment pour certains contrats exclus du champ d'application comme les conventions d'occupation du domaine public. En réalité le développement des clauses encadrant la résiliation concerne principalement les contrats publics à objet économique.

³⁴⁴ CE, sect., 21 mars 2011, n° 304806, *Commune de Béziers*, *préc.*

reprise des relations contractuelles n'a pas abouti soit parce que la résiliation contestée était justifiée soit parce qu'un motif d'intérêt général ou la désignation d'un nouveau cocontractant s'opposait au rétablissement des relations contractuelles soit parce que la nullité originelle du contrat empêchait la reprise des relations contractuelles »³⁴⁵. Malgré cela, les évolutions du pouvoir de résiliation unilatérale démontrent que celui-ci s'exerce de plus en plus dans le cadre fixé par le contrat et qu'il est désormais davantage encadré.

133. Ces évolutions se retrouvent en partie à propos du pouvoir de modification unilatérale. S'agissant des contrats administratifs situés en-dehors du champ de la commande publique, le pouvoir de modification unilatérale reconnu au profit de la personne publique contractante n'est pas remis en cause. Il demeure, en application de la jurisprudence ***Union des transports publics urbains et régionaux***, une règle générale applicable aux contrats administratifs³⁴⁶. L'encadrement des modifications prévu par le Code de la commande publique ne concerne en effet que les contrats relevant de son champ d'application et n'a, *a priori*, pas vocation à s'étendre au-delà³⁴⁷. Ce pouvoir est d'ailleurs probablement celui qui exprime le mieux la nature même du contrat administratif. D'ailleurs, dans son arrêt ***Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet***, le Conseil d'Etat a clairement affirmé que le principe de mutabilité fait partie des règles générales applicables aux contrats administratifs³⁴⁸. Pour autant, le phénomène de contractualisation n'épargne pas le pouvoir de modification unilatérale et « *rare sont les contrats qui ne comportent pas une clause relative à l'exercice de ce pouvoir et aménageant ses conséquences financières* »³⁴⁹. Comme pour le pouvoir de résiliation unilatérale, la contractualisation du pouvoir de modification unilatérale s'est d'abord exprimée et s'exprime avant tout pour les contrats administratifs relevant du Code de la commande publique³⁵⁰. Pour autant cette contractualisation est également présente dans les autres contrats administratifs, notamment ceux qui ont un objet économique. Or, celle-ci tend à relativiser – sans le remettre en cause – le rôle du pouvoir de modification unilatérale en tant que règle générale applicable aux contrats administratifs.

³⁴⁵ F. T. Rakotondrahaso, « L'indemnisation dans la résiliation des contrats administratifs », *Contrats-Marchés publ.* 2014, étude 1. Dans le même sens, v. F. Melleray, « Retour sur la jurisprudence Béziers II », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz 2015, p. 377

³⁴⁶ CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, préc.

³⁴⁷ Voir toutefois la réserve émise *infra*, n°138 et s.

³⁴⁸ CE, ass., 8 avril 2009, n° 271737, *Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet*, rec. p. 116 ; *AJDA* 2009, p. 1090, chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi ; et p. 1747, étude S. Nicinski ; *RFDA* 2009, p. 449, concl. E. Geffray ; *RTD civ.* 2010, p. 58, obs. P. Deumier ; *RTD com.* 2009, p. 699, obs. G. Orsoni ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 164, note G. Eckert ; *DA* 2009, comm. 85, note F. Melleray

³⁴⁹ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 391

³⁵⁰ H. Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, préc., spéc. p. 340

134. Une limitation indéniable du rejet de l'exception d'inexécution. Depuis l'arrêt *Société Grenke Location*³⁵¹, la règle selon laquelle le cocontractant privé ne peut pas se prévaloir de l'exception d'inexécution dans le cadre d'un contrat administratif a été sensiblement écornée. Le principe demeure en effet celui du rejet de l'exception mais, par exception, le contrat peut prévoir sa mise en œuvre. Les conditions posées par cette jurisprudence sont strictes mais il n'en demeure pas moins que la théorie générale des contrats administratifs a évolué sur ce point, sous l'effet du mouvement de contractualisation³⁵². Le rejet de l'exception d'inexécution fait donc partie des éléments de la théorie générale qui demeurent mais dont l'application est désormais limitée. Cette évolution concerne tous les contrats administratifs, qu'ils relèvent ou non de la commande publique, et seul le service public paraît constituer un obstacle à sa remise en cause pure et simple³⁵³.

135. Le maintien d'ensemble des théories fondatrices. Les grandes théories incluses dans la théorie générale des contrats administratifs ne sont pas remises en cause pour les contrats administratifs qui ne relèvent pas de la commande publique. Parmi elles, la théorie des sujétions imprévues doit être écartée dans la mesure où elle ne concerne que les marchés publics de travaux, c'est-à-dire des contrats qui relèvent nécessairement de la commande publique³⁵⁴. La mise en cause dont elle est l'objet dans ce cadre devrait donc conduire à sa disparition progressive. Les autres théories fondatrices ne connaissent toutefois pas le même sort, au moins en ce qui concerne les contrats administratifs situés en-dehors de la commande publique. La théorie du fait du prince tout d'abord n'est mise en cause ni dans le cadre de la commande publique, ni au-delà. Elle s'applique à l'ensemble des contrats administratifs même si la question de son champ d'application véritable reste posée³⁵⁵. La situation est différente pour la théorie de l'imprévision. Alors qu'elle est remise en cause dans le cadre de la commande publique³⁵⁶, elle n'est pas affectée pour les autres contrats administratifs. Comme pour les pouvoirs de modification et de résiliation unilatérales pour motif d'intérêt général, le phénomène de contractualisation se retrouve en matière d'imprévision. En effet, « *les parties sont libres d'insérer des clauses de révision (d'imprévision, d'actualisation ou de hardship)*

³⁵¹ CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, préc.

³⁵² V. les développements *supra* n°99 et s.

³⁵³ Sur ce rôle du service public comme rempart, v. *supra* n°94 et s.

³⁵⁴ Sur la mise en cause de la théorie des sujétions techniques imprévues au sein de la commande publique, v. *supra*

³⁵⁵ La doctrine la définit de différentes manières « *ce qui rend cette notion peu opérante* ». M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 318. Sur ces controverses, v. notamment : L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 296-297. Les auteurs plaident en faveur d'une définition médiane du fait du prince entre la définition large et la définition la plus étroite.

³⁵⁶ V. *supra* n°123

permettant soit d'adapter directement le contrat, soit de fixer les conditions et les procédures d'une révision différée » et « en pratique, rares sont les contrats qui n'en prévoient pas »³⁵⁷. Ici encore, ce sont avant tout les contrats de la commande publique qui sont concernés par ce mouvement de contractualisation mais ce dernier n'est pas exclusif et se retrouve également en-dehors de la commande publique, notamment pour les contrats à objet économique. Surtout, à la différence des pouvoirs de modification et de résiliation, la contractualisation n'a pas la même portée. Lorsque les clauses insérées pour anticiper les événements imprévisibles s'avèrent « insuffisantes », la théorie de l'imprévision « vient les relayer » en raison de son caractère « d'ordre public »³⁵⁸. Malgré tout le phénomène de contractualisation fait perdre une part de son intérêt à la théorie de l'imprévision car les clauses de révision peuvent « empêcher la survenance d'un bouleversement de l'économie du contrat initial, c'est-à-dire la réunion des conditions de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision »³⁵⁹. Elle est aujourd'hui rarement mise en œuvre, malgré son maintien au sein de la théorie générale. Enfin, et par ricochet, la théorie de la force majeure administrative se trouve dans une situation analogue. Elle n'est pas mise en cause dans son principe mais la raréfaction des situations justifiant la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision rend son application extrêmement anecdotique.

136. Il apparaît ainsi que, dans leur ensemble, les éléments de la théorie générale des contrats administratifs ne sont pas mis en cause s'agissant des contrats administratifs qui ne relèvent pas de la commande publique. Les évolutions jurisprudentielles et le mouvement de contractualisation permettent cependant de nuancer ce propos. Surtout, cette relative permanence des règles est à nuancer en raison du champ d'application large de la commande publique et du faible nombre de contrats situés en-dehors de ce cadre.

Section 2. Un champ d'application extrêmement réduit

137. Les contrats administratifs situés en-dehors de la commande publique échappent en grande partie au mouvement de mise en cause ou de redéfinition de la théorie générale. Celle-ci aurait donc vocation à perdurer au moins pour cette catégorie de contrats administratifs. Pour

³⁵⁷ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 414-415

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 415

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 415

autant, derrière ce tableau dépeignant une stabilité idyllique, la réalité est plus complexe et moins favorable au maintien de la théorie générale.

138. L'extension du champ concurrentiel : un problème délicat pour la théorie générale. Le droit français des contrats publics est aujourd'hui bâti autour de la notion de commande publique³⁶⁰. L'adoption du code éponyme conduit à distinguer, ainsi que cela a été fait, les contrats administratifs ou publics qui relèvent du champ d'application de ce code et ceux qui en sont exclus. Pourtant, l'utilisation de cette notion comme élément central de démarcation parmi les contrats passés par les personnes publiques n'est pas satisfaisante³⁶¹. Ce n'est pas que la commande publique puisse encore être considérée comme une « *formule à la mode, d'autant plus en vogue qu'elle est vague* »³⁶². Le Code a en effet permis de sceller « *l'unité de la commande publique* »³⁶³ et cette notion peut désormais être définie comme regroupant l'ensemble des contrats qualifiables de marchés publics ou de contrats de concession³⁶⁴. Le problème vient du décalage qui demeure entre la notion de commande publique et la réalité du droit applicable. Celui-ci s'explique d'un point de vue historique.

139. L'avènement de la notion de commande publique n'a eu lieu qu'assez récemment, en réponse aux exigences posées par le droit de l'Union européenne. C'est en effet la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui en est à l'origine par ses décisions *Telaustria*³⁶⁵ et *Bent Moustén*³⁶⁶. Dans l'arrêt *Telaustria* tout d'abord, la Cour a imposé le respect des « règles fondamentales du traité en général » et notamment des principes de non-discrimination et de transparence pour les concessions de services. Or, à cette époque ces contrats de concession ne relevaient pas du champ d'application des directives sectorielles. Ensuite, dans l'affaire *Bent Moustén*, elle a imposé le respect de ces mêmes principes pour les marchés publics qui ne relevaient pas du champ d'application des directives en raison de leur montant. Il fallait donc traduire ces obligations en droit français, ce qu'ont fait le Conseil

³⁶⁰ En faveur du développement de cette notion, v. G. Kalfèche, *Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics*, Thèse Paris II, 2004

³⁶¹ En ce sens, v. M. Amilhat, « Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique », préc. V. également notre thèse, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, préc.

³⁶² P. Delvolvé, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *RDI*, 2003, p. 481.

³⁶³ G. Eckert, « Code de la commande publique : la sécurité juridique au service de l'efficacité économique ? », *Contrats-Marchés publ.* 2019, repère 1

³⁶⁴ Il serait même temps d'ajouter « au sens du droit de l'Union européenne » car il s'agissait de la formule de la loi Sapin 2 qui prévoyait que le Code regroupe « les règles relatives aux différents contrats de la commande publique qui s'analysent, au sens du droit de l'Union européenne, comme des marchés publics et des contrats de concession ».

³⁶⁵ CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*, préc.

³⁶⁶ CJCE, ord., 3 déc. 2001, aff. C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, préc.

d'Etat³⁶⁷ puis le Conseil constitutionnel³⁶⁸ en identifiant les fameux principes fondamentaux de la commande publique. La notion de commande publique est donc née de cette recherche de convergence entre le droit français et le droit de l'Union européenne, sans que ce dernier n'utilise lui-même une telle notion. Or, le droit français a limité la notion de commande publique – et donc le champ d'application des principes fondamentaux – aux seuls contrats qualifiables de marchés publics ou de contrats de concession.

140. Le problème de la notion de commande publique est que certains contrats qu'elle n'intègre pas sont néanmoins soumis aux principes fondamentaux tels qu'ils résultent de la mise en œuvre des traités européens. C'est notamment ce qui explique l'évolution des règles applicables pour la passation des conventions d'occupation du domaine public. Alors que le Conseil d'Etat avait expressément refusé de faire application des principes fondamentaux à de tels contrats dans son arrêt *Jean Bouin*³⁶⁹, la Cour de justice est venue condamner cette position dans son arrêt *Promoimpresa*³⁷⁰. Le législateur délégué a dû en tirer les conséquences en modifiant le Code général de la propriété des personnes publiques pour poser le principe d'une publicité et d'une mise en concurrence préalables à l'attribution des titres d'occupation du domaine public³⁷¹. Les conventions d'occupation du domaine public continuent donc d'être exclues du champ d'application du Code de la commande publique mais, sans qu'ils ne soient expressément mentionnés, les principes fondamentaux de la commande publique s'appliquent à leur passation. Par ailleurs, une réponse ministérielle est venue confirmer que la solution dégagée par l'arrêt *Promoimpresa* ne se limite pas à l'attribution des conventions d'occupation du domaine public et concerne également les conventions d'occupation du domaine privé. Elle précise que « la délivrance de titres sur le domaine privé doit garantir dans les mêmes termes le respect des principes d'impartialité, de transparence et d'égalité de traitement des candidats » et que « les autorités gestionnaires du domaine privé doivent donc mettre en œuvre des procédures similaires à celles qui prévalent pour le domaine public »³⁷². Enfin, la soumission aux principes issus des traités européens semble également devoir concerner, au moins en partie, les contrats

³⁶⁷ CE, 29 juillet 2002, n° 246921, *Société MAJ Blanchisseries de Pantin* ; AJDA 2002, p. 755, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats-Marchés publics*, 2002, n°10, p. 10, note F. Llorens

³⁶⁸ Cons. const., 22 août 2002, n° 2002-460 DC, AJDA 2002, p. 1059, note J.-Y. Chérot et J. Tremeau ; Cons. const. 29 août 2002, n° 2002-461 DC ; Cons. const. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit* ; AJDA 2003, p. 1404, note E. Fatôme ; p. 1391, note J.-E. Schoettl ; et p. 2348, étude E. Fatôme et L. Richer

³⁶⁹ CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, préc.

³⁷⁰ CJUE, 14 juillet 2016, aff. C-458/14 et aff. C-67/15, *Promoimpresa*, préc.

³⁷¹ CGPPP, art. L. 2122-1-1 De nombreuses exceptions sont toutefois admises.

³⁷² Rép. min. n° 12868, JOAN 2 oct. 2018, p. 8657

de vente d'immeubles publics. Ainsi que le relève Hélène Hoepffner, ce n'est pas forcément le cas des ventes « pures et simples » mais « *les ventes dites « avec charge d'intérêt général » sont [...] susceptibles d'être requalifiées en contrats de la commande publique* »³⁷³. Il existe donc un nombre important de contrats administratifs qui ne relèvent pas de la commande publique et de son Code mais qui entrent néanmoins dans le champ concurrentiel et doivent, à ce titre, respecter les principes fondamentaux qui découlent des traités européens.

141. Cette extension du champ concurrentiel au-delà de la commande publique n'a pas uniquement des conséquences sur la phase de passation des contrats. En effet, la phase d'exécution ne doit pas conduire à mettre en cause les principes observés lors de la mise en concurrence initiale. Or c'est sur ce fondement que les instances européennes ont adopté des règles relatives à la modification des contrats qualifiables de marchés publics ou de contrats de concession, à la suite de la jurisprudence *Pressetext*³⁷⁴. Bien que cette jurisprudence fût adoptée en matière de marchés publics de services, elle repose sur les principes de « transparence des procédures et (d)'égalité de traitement des soumissionnaires »³⁷⁵. Cela implique donc que les mêmes règles s'appliquent aux contrats qui ne relèvent pas de la commande publique mais qui sont soumis au respect des principes de transparence et d'égalité de traitement tels qu'issus des traités. Ainsi, la mise en cause de la théorie générale des contrats administratifs observée à propos des contrats situés dans le champ d'application du Code de la commande publique a vocation à s'étendre aux contrats non soumis à ce Code mais qui s'inscrivent dans le champ concurrentiel. La catégorie des contrats administratifs situés en-dehors de la commande publique et pour lesquels la théorie générale est globalement préservée s'en trouve sensiblement réduite et l'avenir de la théorie générale s'en trouve donc d'autant plus menacé.

142. Les seuls contrats relevant du champ concurrentiel qui ne répondent pas aux principes fondamentaux de la commande publique et qui ne sont donc pas concernés par le mouvement de mise en cause de la théorie générale sont les contrats de subvention³⁷⁶. Depuis la loi du 31 juillet 2014 sur l'économie sociale et solidaire, celle du 12 avril 2000 comporte un article 9-1 qui définit les subventions comme « les contributions facultatives de toute nature,

³⁷³ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 173. L'auteure évoque ensuite la cession de terrains contre locaux à construire et la cession-bail ou lease-back.

³⁷⁴ CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH, c/ Republik Österreich*, rec. p. I-4401 ; DA 2008, comm. 132, note R. Noguellou ; *Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 186, note W. Zimmer ; AJDA 2008, p. 2008, note J.-D. Dreyfus ; RDI 2008, p. 501, obs. R. Noguellou ; RFDA 2011, p. 98, note H. Hoepffner ; RTD eur. 2009, p. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez

³⁷⁵ Pt. 34

³⁷⁶ Ces contrats ne sont pas nécessairement des contrats administratifs : en l'absence des critères jurisprudentiels ils seront qualifiés de contrats de droit privé.

valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire ». Le texte précise également que « ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires » et que « ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent »³⁷⁷. L'attribution des subventions peut – et même doit dans certaines hypothèses³⁷⁸ – faire l'objet d'un contrat entre la personne publique et l'attributaire. Il est dès lors parfois difficile de distinguer les conventions de subvention des marchés publics³⁷⁹. Malgré tout, si les conventions de subvention échappent au mouvement qui affectent les autres contrats inclus dans le champ concurrentiel c'est parce qu'elles ne s'analysent pas comme des contrats ordinaires. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser que la décision d'attribution d'une subvention s'analyse comme un acte unilatéral et que les conventions passées pour sa mise en œuvre n'en sont que l'accessoire³⁸⁰. L'attribution des subventions repose donc sur un choix discrétionnaire de la personne publique³⁸¹. Ainsi, « l'obligation de conclure des conventions accompagnant le versement de la subvention contribue à brouiller la distinction, la superposition de deux actes de nature différente altérant la nature de l'un et de l'autre »³⁸². Sans qu'il soit possible d'en déduire que les conventions de subvention ne sont pas de vrais contrats, leur nature juridique particulière implique qu'elles échappent aux principes fondamentaux applicables en matière de contrats publics. Or, si ces

³⁷⁷ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Pour une présentation générale des conventions de subvention, v. not. Q. Epron, « Les contrats de subvention », *RDP* 2010, p. 63 ; M. Fromont et A. Cartier-Bresson, *Aides économiques. Notion. Typologie*, Jurisclasseur Administratif, fasc. 256

³⁷⁸ L'obligation de conclure une convention au-delà d'un certain montant est posée par l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. L'article 1^{er} du décret n°2001-495 du 6 juin 2001 pris pour l'application de l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et relatif à la transparence financière des aides octroyées par les personnes publiques fixe ce montant à 23000 euros.

³⁷⁹ J.-M. Pontier, « Catégories en miroir : subventions, délégations de service public, marché public », in *Mélanges en l'honneur de Laurent Richer*, préc., p. 263 ; D. Moreau, « Les risques de requalification des subventions aux associations en marchés ou en délégations de service publics », *AJDA* 2002, p. 902 ; S. Nicinski, « Les associations et le droit administratif : plaidoyer pour la convention d'objectifs et de moyens », *DA* 2006, étude 11. V. également : CAA Nantes, 22 décembre 2017, n°16NT04161, *Société Public Evénements*, concl. F.-X. Bréchet

³⁸⁰ CE, 5 juillet 2010, n° 308615, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre* ; *AJDA* 2010. 1916, étude S. Nicinski, P.-A. Jeanneney et E. Glaser ; CE, avis, 28 mai 2019, n°428040 ; *AJDA* 2019, p. 1193

³⁸¹ Sur l'attribution des subventions, v. not. : M. Bahouala, O. Didriche, « Sécuriser le choix des associations subventionnées », *AJCT* 2018, p. 566

³⁸² J.-M. Pontier, « L'obscur clarification de la politique des subventions », *AJDA* 2018, p. 2172

principes ne s'appliquent pas aux conventions de subvention, ils ne s'opposent pas à la mise en œuvre classique de la théorie générale des contrats administratifs. Toutefois cette théorie n'a pas vraiment vocation à être appliquée à de tels contrats en raison justement de leur lien particulier avec la décision d'attribution : ce sont les principes applicables en matière d'actes unilatéraux qui doivent s'appliquer non à la convention elle-même mais à la décision d'attribution. Le contre-exemple des conventions de subvention n'est donc pas satisfaisant au regard de la théorie générale. Les seules véritables exceptions sont donc les contrats exclus du champ concurrentiel.

143. *La délicate définition des contrats exclus du champ concurrentiel : le caractère résiduel de la catégorie.* La typologie actuelle des contrats administratifs conduit à reconnaître que la distinction fondamentale en la matière est celle entre les contrats inclus et les contrats exclus du champ concurrentiel³⁸³. Or, seuls ces derniers semblent pouvoir échapper à la remise en cause progressive de la théorie générale. Le constat pourrait s'arrêter là et permettrait de conclure que la théorie n'a d'avenir que pour cette catégorie de contrats. Le problème est que les contrats exclus du champ concurrentiel apparaissent comme une catégorie résiduelle au sein du droit des contrats administratifs. En effet ils ne correspondent pas exactement à l'idée que l'on se fait généralement de ce que sont les contrats administratifs. C'est tout d'abord le cas des contrats qui relèvent du phénomène de contractualisation. Ceux-ci posent des difficultés évidentes, principalement lorsqu'ils sont conclus entre personnes publiques³⁸⁴. Les contrats passés entre l'Etat et les collectivités territoriales sont un exemple flagrant des difficultés de qualification³⁸⁵ et de mise en œuvre de la théorie générale³⁸⁶. Ainsi, Laurent Richer et François Lichère relèvent que « *la jurisprudence a introduit des dérogations aux règles générales pour des contrats conclus entre l'Etat et les collectivités locales pour l'organisation d'un service public* » afin d'éviter que l'utilisation des pouvoirs de modification ou de résiliation unilatérale par l'Etat ne conduise à l'instauration d'une nouvelle forme de

³⁸³ Les autres distinctions proposées n'expriment pas le clivage essentiel qui existe du point de vue du régime juridique applicable même si elles ont des vertus explicatives incontestables. Pour une présentation de certaines d'entre elles, v. not. J.-C. Ricci, F. Lombard, *Droit administratif des obligations*, Dalloz, Sirey 2018, pp. 80 et s.

³⁸⁴ Sur cette question, v. not. Le dossier « La contractualisation en droit public : bilan et perspectives », *RFDA* 2018, n°1 et 2. V. également le rapport du Conseil d'Etat, *Rapport public 2008. Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La documentation française, 2008 ; et N. Poulet-Gibot Leclerc, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA* 1999, p. 551

³⁸⁵ On renverra ici à la jurisprudence classique en matière de contrats Etat-Régions : CE, 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Ecologie*, n°169557, *rec.* p. 416 ; *RFDA* 1997, p. 339, concl. J.-H. Stahl ; p. 343, note Y. Madiot.

³⁸⁶ Sur cette question, v. not. : G. Marcou, « Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales », *AJDA* 2003, p. 982 ; J.-M. Pontier, « Contractualisation et libre administration », *RFDA* 2018, p. 201

tutelle³⁸⁷. De plus, la question de la nature contractuelle des contrats utilisés dans le cadre de la contractualisation reste posée et il est donc délicat de les envisager de manière probante comme une catégorie de contrats administratifs pour laquelle la théorie générale aurait vocation à perdurer. Ensuite, et de la même manière, des difficultés d'assimilation à la catégorie générale des contrats administratifs se posent à propos des contrats de recrutement d'agents publics. En effet, les agents non-fonctionnaires sont recrutés par contrats et ces derniers sont considérés comme des contrats administratifs. Toutefois, comme pour les contrats relevant de la contractualisation, la nature véritable de ces contrats fait débat. Ils ne sont pas forcément considérés comme de véritables contrats³⁸⁸ et ils relèvent d'un régime juridique spécifique, qui diffère du régime commun applicable aux contrats administratifs. D'ailleurs, la loi de transformation de la fonction publique du 6 août 2019 confirme la spécificité de leur régime juridique et leur proximité avec les contrats de travail de droit privé³⁸⁹. Il paraît donc difficile et peu opportun de leur appliquer la théorie générale des contrats administratifs³⁹⁰.

144. Pour offrir un avenir à la théorie générale, la distinction entre les contrats relevant du champ de la commande publique et les contrats situés en-dehors n'est pas satisfaisante. En dépit des efforts menés par les rédacteurs du Code de la commande publique pour intégrer la théorie générale des contrats administratifs, celle-ci peine à s'appliquer dans ce cadre et apparaît de plus en plus comme une coquille vide. Dans le même temps, le maintien de la théorie pour les contrats situés hors de la commande publique est aujourd'hui artificielle : son champ d'application se trouve réduit à peau de chagrin et elle ne concerne potentiellement que des contrats dont on doute qu'ils en soient vraiment...

145. Ce constat impose de rechercher une autre solution et deux possibilités sont ouvertes. La première est d'abandonner purement et simplement la théorie générale des contrats administratifs. Il s'agit d'une solution sécurisante car elle bénéficie d'un modèle qu'il est facile

³⁸⁷ L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 72-73. Ils déduisent de la jurisprudence que ces pouvoirs ne s'expriment pas de la même manière que pour les autres catégories de contrats administratifs. Les auteurs s'appuient sur une lecture combinée des arrêts suivants : CE, sect., 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, n°57000, *rec.*, p. 105 ; *AJDA* 1989, p. 339 ; *RFDA* 1986, p. 466, concl. Fornacciari ; *RDP* 1989, p. 1171, note F. Llorens ; et CE, 13 mai 1992, *Ville d'Ivry-sur-Seine*, n°101578, *rec.* p. 197 ; *AJDA* 1992, p. 480, chron. . Maugué et R. Schwartz

³⁸⁸ Y. Gaudemet, « Existe-t-il une catégorie d'agents publics contractuels de l'administration », *AJDA* 1977, p. 614 ; v. également H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 216-217

³⁸⁹ Loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, JORF n°0182 du 7 août 2019. Le rapprochement est notamment perceptible au travers de la consécration de la rupture conventionnelle à l'article 72 de ce texte.

³⁹⁰ Ces contrats obéissent à des règles qui leur sont propres et notamment à des principes généraux du droit spécifiques à la matière.

de suivre. Elle conduit en effet à « *penser le droit administratif autrement* »³⁹¹ pour l'aligner sur le droit des obligations. Au contraire, la seconde solution consiste à proposer une nouvelle définition de la théorie générale qui pourrait être limitée aux contrats administratifs ou étendue à l'ensemble des contrats publics. Elle est davantage ambitieuse et permet de préserver la spécificité de l'action publique. Pour ne pas céder à la facilité, c'est donc cette seconde solution qui doit être retenue.

³⁹¹ P. Yolka, « Penser le droit administratif autrement ? », *préc.*

Titre 2. Une redéfinition ambitieuse

146. L'exorbitance du droit des contrats administratifs ne peut être maintenue qu'en proposant une redéfinition de la théorie générale. La théorie actuelle ayant échoué à s'adapter aux évolutions de la matière, il faut donc rechercher s'il existe toujours un « *régime juridique spécifique de droit public* » qui « *se justifie – voire s'impose* »³⁹². En effet, ces difficultés d'adaptation ne signifient pas *ipso facto* qu'il n'existerait plus de distinction entre le droit des contrats administratifs et le droit des contrats privés. Ainsi que le relève François Brenet, « *l'exorbitance du droit des contrats administratifs ne semble pas contestable dans son principe ; elle l'est seulement dans ses modalités* »³⁹³.

147. La nouvelle définition de la théorie générale ne peut être ambitieuse que si elle perpétue la distinction entre les contrats administratifs ou publics d'un côté et les contrats de droit privé de l'autre. En effet, la théorie générale ne se justifie qu'en raison du particularisme des premiers par rapport aux seconds. Sa redéfinition doit donc permettre, en premier lieu, de réaffirmer la spécificité de l'action publique (**Chapitre 1**).

148. Toutefois, cette redéfinition ne doit pas constituer une fin en soi. Elle doit permettre une meilleure compréhension du droit des contrats publics et de leur spécificité. Il est donc nécessaire, en second lieu, que cette redéfinition permette de développer une théorie plus accessible (**Chapitre 2**).

³⁹² Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *préc.* L'auteur distingue les contrats administratifs « *d'origine* » qui impliquent l'application de ce régime et ceux « *par construction* » pour lesquels il ne mériterait pas de s'appliquer. Cette distinction ne sera cependant pas retenue car la spécificité du régime semble pouvoir s'appliquer sans distinguer les contrats administratifs par application des critères jurisprudentiels et ceux qui sont qualifiés ainsi par la loi.

³⁹³ F. Brenet, « Les contrats administratifs », in *Traité de droit administratif*, *préc.*, p. 242

Chapitre 1. La réaffirmation de la spécificité de l'action publique

149. La théorie générale des contrats administratifs a été développée en doctrine pour distinguer les contrats qui servent l'action publique et les contrats ordinaires, qui sont soumis au droit commun. Toutefois, l'approche traditionnelle de la théorie générale ne permet plus de marquer cette spécificité. La question est alors de savoir comment réaffirmer cette spécificité au travers d'une nouvelle version de la théorie générale.

150. Pour cela, il est tout d'abord nécessaire de trouver une justification au maintien d'un régime juridique exorbitant du droit commun. Traditionnellement, c'est le but de service public des contrats administratifs qui justifiait cette exorbitance mais il est désormais entendu que le service public ne suffit plus. Il faut donc chercher un nouveau fondement pour la théorie générale des contrats administratifs ou publics. En réalité, seul l'intérêt général est susceptible de constituer un fondement suffisamment large pour être satisfaisant, à condition toutefois de lui donner une définition suffisamment précise (Section 1).

151. Une fois ce fondement identifié, il faut déterminer le contenu de la nouvelle théorie générale. Il ne s'agit pas en effet de reprendre tel quel le contenu inadapté de l'actuelle théorie mais bien d'identifier, au travers du droit positif, les éléments qui traduisent la spécificité de l'action publique et qui pourraient donc être intégrés à la nouvelle théorie (Section 2).

Section 1. Le choix d'un fondement : la prévalence de l'intérêt général

152. *La nécessité de recourir à l'intérêt général.* Le régime d'exécution des contrats administratifs – et la théorie générale qui a ensuite été établie à partir de ce dernier – a été bâti autour de l'idée selon laquelle « *le caractère inégalitaire du droit administratif (devait l'emporter) sur l'égalité des parties qui caractérise traditionnellement le contrat. Il en était ainsi, non pas tant en raison de la qualité de personne publique [...] mais en raison des finalités propres à l'action de la personne publique, ou tout au moins à certaines de ses actions* »³⁹⁴. Parmi ces finalités, le service public a été choisi et est rapidement devenu l'Alpha et l'Omega du droit des contrats administratifs. Toutefois, il a été démontré que le service public ne pouvait

³⁹⁴ G. Eckert, « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *préc.*

plus remplir cette fonction³⁹⁵. Il n'est plus qu'une des justifications des règles générales applicables aux contrats administratifs. Ce constat pourrait signifier que, faute de fondement valable, il n'existerait plus de règles générales applicables aux contrats administratifs et encore moins une théorie générale. La remise en cause de certains éléments de la théorie par le truchement du droit de la commande publique peut également être appréhendée comme militant en ce sens³⁹⁶. Cette solution est radicale et s'oppose à la tradition française en matière de contrats passés par les personnes publiques. En poussant le raisonnement jusqu'au bout, il conduit à abandonner l'idée selon laquelle certains des contrats passés par les personnes publiques se distinguent de ceux conclus par les personnes privées en raison – justement – de la particularité des finalités poursuivies. Il n'y aurait alors plus de raisons d'opérer une répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire en matière de contentieux contractuel. Fort heureusement, le droit positif maintient au moins partiellement la spécificité du régime des contrats passés par les personnes publiques. La théorie générale des contrats administratifs est affectée mais il ne faut pas croire qu'elle serait moribonde. La consécration récente d'une règle générale permettant de faire exécuter le contrat aux frais et risques du cocontractant démontre que la spécificité du régime juridique des contrats administratifs est en partie maintenue³⁹⁷.

153. De plus, la nouvelle définition – plus resserrée – des éléments relevant de la théorie générale des contrats administratifs n'empêche pas de militer en faveur du maintien de celle-ci³⁹⁸. En effet, il y a « *toujours eu deux visions du contrat administratif comme il y a deux visions du droit administratif. L'une qui fait prévaloir l'aspect administratif, l'autre qui fait prévaloir l'aspect contractuel* »³⁹⁹. La tradition française s'inscrit dans la première manière d'appréhender le contrat administratif, à la différence des modèles allemand ou de common law. C'est elle qui permet la reconnaissance de droits et devoirs spécifiques et de théories qui ne trouveraient pas à s'appliquer dans le cadre de conventions ordinaires⁴⁰⁰. Pour maintenir ces éléments au sein d'une théorie générale des contrats administratifs, il faut donc rechercher quelles en sont les justifications. Le service public n'étant plus suffisamment efficient, il est

³⁹⁵ V. *supra* n°82 et s.

³⁹⁶ V. *supra* n°119 et s.

³⁹⁷ CE, ass., 9 novembre 2016, *Société Fosmax* et CE, 14 févr. 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine*, préc.

³⁹⁸ Sur les éléments de cette nouvelle théorie générale, v. *infra* Section 2

³⁹⁹ R. Drago, « La notion d'obligation : droit public et droit privé », in F. Terré (dir.), *L'obligation*, Archives de philosophie du droit 2000, n°44, p. 43, spéc. p. 45

⁴⁰⁰ Ou qui ne s'appliqueraient pas de la même manière, à l'image de la théorie de l'imprévision.

nécessaire de rechercher un autre fondement qui permette de maintenir et de justifier la spécificité de l'action publique lorsqu'elle utilise le vecteur contractuel. Pour cela, la solution la plus adaptée est de recourir à un fondement suffisamment large et reconnu par le droit administratif français. L'intérêt général apparaît alors comme le candidat idéal, dans la mesure où il intègre et dépasse le but de service public. De plus, la notion d'intérêt général est particulièrement éclairante lorsqu'il s'agit de différencier les objectifs poursuivis par les personnes publiques – de manière directe ou indirecte – et ceux recherchés par les personnes privées dans leurs relations contractuelles.

154. Cette approche fondée sur l'intérêt général n'implique pas un cloisonnement parfaitement étanche entre le droit public et le droit privé des contrats. Les points de convergence et les rapprochements au sein de la matière contractuelle ne peuvent pas être niés. Le contrat est un outil qui peut aussi bien être utilisé à des fins privées que dans un but d'intérêt général. L'outil utilisé demeure intrinsèquement le même : il s'agit d'un acte juridique qui matérialise la rencontre d'au moins deux volontés. Toutefois, le régime juridique qui lui est applicable va simplement varier en fonction du but poursuivi par les cocontractants. L'intérêt général permet donc d'établir cette distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé. En l'intégrant « *au sein de l'acte contractuel* », « *la volonté individuelle* » n'apparaît plus comme le « *seul moteur* » du contrat⁴⁰¹.

155. *La recherche des composantes de l'intérêt général contractuel.* Choisir de fonder la théorie générale des contrats administratifs sur la notion d'intérêt général peut, de prime abord, s'apparenter à une solution de facilité. L'intérêt général est en effet une notion malléable, qui évolue en fonction des circonstances, et que la volonté politique peut toujours adapter aux enjeux poursuivis. Pour autant, la solution retenue ne vise pas seulement à affirmer que la théorie générale des contrats administratifs doit reposer sur la notion d'intérêt général, il s'agit également de définir ce qui peut relever de l'intérêt général en matière contractuelle. En effet, le contenu de la nouvelle théorie générale souhaitée dépend du contenu donné à l'intérêt général : celui-ci peut tout aussi bien impliquer une position de force de l'administration vis-à-vis de son cocontractant qu'illustrer les devoirs de celle-ci. Cet intérêt général contractuel doit s'appuyer sur l'approche traditionnellement retenue en matière de contrats administratifs tout en la dépassant pour intégrer des considérations plus contemporaines, conformément aux solutions du droit positif.

⁴⁰¹ G. Salon, « Gaston Jèze et la théorie générale des contrats administratifs », *Rev. Hist. Fac. Dr.* 1991, n° 13, p. 71, spéc. p. 85

156. A ce sujet, il faut rappeler que l'influence du droit de l'Union européenne a modifié la définition de l'intérêt général en matière de contrats administratifs. Alors que, traditionnellement, le droit des contrats administratifs avait pour objectif premier d'assurer la protection du service public, de la puissance publique et des deniers publics, un nouvel objectif est apparu en application du droit de l'Union : assurer la protection de la concurrence sur le marché⁴⁰². Pour Gabriel Eckert il s'agit d'un véritable changement de paradigme ; il considère en effet que « *la finalité du droit des contrats publics n'est [...] plus de protéger l'intérêt public, mais de garantir le bon fonctionnement du marché économique car ce dernier est conçu comme le meilleur moyen de satisfaire l'intérêt économique général* »⁴⁰³. Il y a donc, en matière de contrats administratifs comme pour d'autres pans du droit administratif, un intérêt général économique qui entre en jeu et qui implique le respect de contraintes particulières. Pour autant, il ne semble pas juste de considérer que l'intérêt général tel que traditionnellement défini en matière de contrats administratifs aurait disparu pour être remplacé par un intérêt général uniquement économique.

157. En réalité, l'intérêt général tel qu'il existait antérieurement à l'immixtion du droit de l'Union a été complété pour intégrer des considérations économiques. C'est donc un intérêt général revisité qui prévaut en matière contractuelle, au sein duquel les considérations économiques s'accommodent – plus ou moins facilement – des considérations traditionnelles liées au service public ou à la puissance publique. De plus, d'autres considérations sont désormais intégrées à l'intérêt général poursuivi en matière contractuelle. L'influence européenne sur les contrats relevant du champ concurrentiel conduit en effet à offrir une place de plus en plus importante aux considérations sociales et environnementales⁴⁰⁴. L'intérêt général ayant l'avantage d'être une notion aux contours malléables, ces considérations sociales

⁴⁰² Sur cette question, v. notre thèse : *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, préc.

⁴⁰³ G. Eckert, « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *préc.*

⁴⁰⁴ L. Richer, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *Contrats-Marchés publ.* 2015, étude 2 ; A. Emorine, « Nouvelle commande publique et environnement. L'écoresponsabilité gagne du terrain », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 6, Novembre 2016, dossier 48 ; N. Boulouis, « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », *RFDA* 2014, p. 617 ; A. Fourmon, « Les clauses environnementales dans les marchés publics », *Energie-Environnement-Infrastructures* 2017, prat. 2 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La commande publique, instrument stratégique au service des politiques publiques », *Contrats-Marchés publ.* 2017, repère 10 ; Commission européenne, communication du 3 octobre 2017 au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe, COM(2017) 572 final ; v. également notre étude « Vers un droit public responsable ? De la règle de droit à son idéologie politique », in M. Bozzo-Rey, L. Carnoye, G. Delalieux (dir.), *Responsabiliser l'achat public ? Entre théories et pratiques*, Presses Universitaires du Septentrion, Coll. Capitalismes, éthique, institutions (Ouvrage à paraître en 2019)

et environnementales devraient être intégrées parmi ses composantes aux côtés des considérations concurrentielles et de celles, plus traditionnelles, de protection des deniers publics, du service public et de la puissance publique.

158. *La mise en balance indispensable des composantes de l'intérêt général contractuel.* La principale difficulté pour établir une théorie générale des contrats administratifs fondée sur cet intérêt général redéfini provient de la mise en balance nécessaire de ses différentes composantes. En effet, celles-ci peuvent entrer en contradiction et, dans une telle hypothèse, la question est de savoir quelle composante doit l'emporter sur l'autre. Cette mise en balance des composantes de l'intérêt général est cruciale pour la théorie générale des contrats administratifs car elle conditionne le contenu, c'est-à-dire les différents éléments de cette dernière. Il serait facile de considérer que cette question se pose uniquement en raison de l'influence exercée par le droit de l'Union européenne mais, en réalité, elle n'est pas nouvelle en la matière. En effet, la théorie générale des contrats administratifs a toujours impliqué une mise en balance des intérêts. Déjà chez Gaston Jèze, le régime juridique des contrats administratifs repose sur la conciliation entre la nature contractuelle des actes et leur but de service public⁴⁰⁵. De la même manière, la prise en compte des exigences concurrentielles ne constitue pas une nouveauté en matière de contrats publics⁴⁰⁶.

159. La différence réside dans le fait que désormais les considérations traditionnelles du droit administratif liées au service public, à la puissance publique et à la protection des deniers publics l'emportent moins facilement sur la nature contractuelle des contrats administratifs et, surtout, cèdent le pas face aux exigences concurrentielles. D'ailleurs, la nature contractuelle des contrats administratifs cède elle aussi le pas face aux exigences concurrentielles. Les évolutions concernant le régime des modifications des contrats administratifs en matière de contrats de la commande publique illustrent parfaitement ce constat. Ainsi, ni le but de service public, ni même l'intérêt général ne suffisent désormais à justifier n'importe quelle modification du contrat en cours d'exécution. Des modifications sont possibles mais elles sont encadrées par les textes et limitées à un certain nombre d'hypothèses. De la même manière, la volonté des parties aux contrats ne suffit pas à justifier n'importe quelle modification. La conclusion d'avenants modifiant le contrat est possible mais uniquement dans le cadre fixé par les textes. Ainsi, de ce point de vue l'intérêt général, par ses composantes

⁴⁰⁵ Sur cette question, v. notamment G. Salon, « Gaston Jèze et la théorie générale des contrats administratifs », *Rev. Hist. Fac. Dr.* 1991, n° 13, p. 71, spéc. pp. 73 et s.

⁴⁰⁶ V. not. F. Tesson, « L'adaptation continue de la jurisprudence administrative aux contentieux économiques », *RFDA* 2019, p. 87

concurrentielles, impose un encadrement plus strict de la liberté contractuelle dans le cadre des contrats administratifs que pour les contrats de droit privé.

160. En réalité, s'agissant de l'articulation des différentes composantes de l'intérêt général en matière contractuelle, la hiérarchie actuelle est la suivante. Les considérations concurrentielles dominent l'édifice et se situent à son sommet : elles l'emportent assez largement sur les autres composantes de l'intérêt général même si celles-ci peuvent justifier certains tempéraments. A la suite des considérations concurrentielles, ce sont les considérations traditionnelles qui doivent être placées en deuxième position, même si elles l'emportent moins nettement qu'autrefois sur les considérations « contractuelles ». Ces dernières sont quant à elles situées à la base de l'édifice : elles irriguent le droit des contrats administratifs mais elles ne sauraient en constituer la principale clef de lecture. Enfin, les considérations sociales et environnementales ne semblent pas constituer une composante principale de l'intérêt général en matière contractuelle : elles peuvent être envisagées comme des éléments secondaires qui permettent simplement de tempérer la rigueur induite par les autres composantes, voire comme de simples éléments des composantes traditionnelles de l'intérêt général que sont le service public et la puissance publique⁴⁰⁷. La hiérarchie ainsi dessinée au sein de l'intérêt général n'est toutefois pas figée ; elle est susceptible d'évoluer en fonction des choix politiques, nationaux et européens.

161. Quoi qu'il en soit, l'intérêt général apparaît comme un fondement suffisamment large pour intégrer les différents buts poursuivis actuellement par les contrats administratifs. Il permet de fonder une nouvelle théorie générale dont le contenu doit alors être défini.

Section 2. Le choix du contenu : entre maintien et novation

162. La théorie générale des contrats administratifs n'est, dans sa version actuelle plus pertinente. Le choix étant effectué de conserver une théorie générale permettant de maintenir la spécificité de l'action publique contractuelle sur le fondement d'un intérêt général aux prises avec la réalité, il est nécessaire de déterminer quel peut être le contenu d'une nouvelle théorie générale des contrats administratifs. Il ne s'agit pas pour autant de rejeter « en bloc » la théorie générale dans sa version historique ou traditionnelle, mais de vérifier quels sont les éléments

⁴⁰⁷ Au même titre que les considérations sociales et environnementales, d'autres considérations pourraient aussi être envisagées comme composantes secondaires de l'intérêt général, notamment les considérations culturelles ou encore celles liées à la protection de la santé publique.

de cette dernière qui peuvent ou non être conservés. L'intégration de nouveaux éléments, plus « modernes », doit ensuite être envisagée.

163. *Le sort des éléments classiques.* La plupart des composantes traditionnelles de la théorie générale des contrats administratifs n'ont pas vocation à demeurer au sein de la nouvelle théorie générale. Ce rejet ne signifie pas que ces composantes ont purement et simplement disparu mais seulement qu'elles ne sont plus applicables à l'ensemble des contrats administratifs et ne peuvent donc pas prétendre à une élévation au rang de composantes de la théorie. Des évolutions restent cependant envisageables pour certains éléments. Surtout, parmi les éléments classiques, certains ont vocation à demeurer au sein de la nouvelle théorie générale des contrats administratifs.

164. *Le sort des éléments classiques : le rejet de la théorie des sujétions techniques imprévues.* Parmi les composantes exclues, la théorie des sujétions techniques imprévues est probablement celle qui suscite le moins de difficultés. En effet cette théorie ne s'est jamais appliquée à l'ensemble des contrats administratifs : son champ d'application a toujours été circonscrit aux seuls marchés publics de travaux⁴⁰⁸. Or, en dépit de l'importance qu'il faut accorder à cette catégorie de contrats, les règles qui leur sont applicables n'ont pas vocation à être étendues à l'ensemble des contrats administratifs. De plus, y compris pour les marchés publics de travaux, la théorie des sujétions imprévues « *est souvent invoquée mais rarement appliquée car le juge, tenant compte de la compétence des entreprises et de l'obligation de définir préalablement les besoins, retient une acception stricte de ces conditions* »⁴⁰⁹. Enfin, le nouveau régime des modifications en cours d'exécution prévu en matière de marchés publics remet partiellement en cause la théorie des sujétions techniques imprévues⁴¹⁰. Elle ne demeure donc que dans une version édulcorée pour les seuls marchés publics de travaux et ne peut être intégrée à la nouvelle théorie générale des contrats administratifs.

165. *Le sort des éléments classiques : le rejet – provisoire ? – du pouvoir de contrôle.* En l'état actuel du droit, le pouvoir de contrôle devrait également être exclu de la nouvelle théorie générale des contrats administratifs. Déjà, dans le cadre de la théorie classique, l'intégration du pouvoir de contrôle faisait débat. En effet, il n'a jamais été reconnu comme une règle générale applicable aux contrats administratifs. La difficulté s'agissant du pouvoir de contrôle vient du fait qu'en dépit de cette non-reconnaissance, il existe « naturellement » dans

⁴⁰⁸ V. *supra* n°125 et not. le rappel des conditions de sa mise en œuvre par l'arrêt CE, 30 juillet 2003, n° 223445, *Commune de Lens*, préc.

⁴⁰⁹ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 416

⁴¹⁰ V. *supra* n°125

tous les contrats administratifs car « *l'Administration doit assurer le suivi de la réalisation des stipulations contractuelles* » et dans un certain nombre de contrats privés, ce qui conduit à s'interroger sur le fait « *de savoir s'il s'agit d'un pouvoir consubstantiel au contrat administratif* »⁴¹¹. De plus ce pouvoir varie énormément en fonction du type de contrôle, ce qui conduit certains auteurs à considérer comme Gabriel Eckert que les attributions reconnues à l'Administration « *ne peuvent donc être présentées comme faisant partie d'un régime commun à l'ensemble des contrats administratifs* »⁴¹². Pour autant, ce pouvoir de contrôle est désormais reconnu par le Code de la commande publique et il existe pour tous les contrats relevant de cette catégorie⁴¹³. Ainsi, à défaut de pouvoir être consacré comme un élément de la nouvelle théorie générale, c'est-à-dire comme un pouvoir applicable à l'ensemble des contrats administratifs⁴¹⁴, il constitue une règle générale applicable aux contrats de la commande publique. Enfin, il faut préciser que les textes ne s'opposent pas à une reconnaissance plus large du pouvoir de contrôle comme règle générale applicable à l'ensemble des contrats administratifs. Il pourrait donc, sur le fondement de l'intérêt général contractuel, être érigé en composante de la nouvelle théorie générale des contrats administratifs⁴¹⁵.

166. Le sort des éléments classiques : le rejet partiel du pouvoir de sanction. Le sort du pouvoir de sanction au sein de la nouvelle théorie générale des contrats administratifs est assez topique. En effet, le pouvoir de sanction a vocation à être maintenu comme composante de la théorie générale mais il ne saurait l'être dans toutes ses déclinaisons⁴¹⁶. Ce choix se justifie au regard du droit positif qui ne consacre le pouvoir de sanction comme règle générale applicable aux contrats administratifs que s'agissant des sanctions coercitives qui permettent à la personne publique de faire exécuter le contrat aux frais et risques du cocontractant⁴¹⁷. Certains auteurs considèrent que le pouvoir de sanction existe dans toutes ses composantes pour l'ensemble des contrats administratifs, qu'il s'agisse des sanctions pécuniaires, des sanctions coercitives ou des sanctions résolutoires⁴¹⁸. En réalité, les sanctions pécuniaires doivent être

⁴¹¹ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2^e éd. 2019, n°617

⁴¹² G. Eckert, « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *préc.*

⁴¹³ V. *supra* n°113

⁴¹⁴ Contra, v. F. Brenet, « Les contrats administratifs », in *Traité de droit administratif*, *préc.*, p. 245

⁴¹⁵ Il faudrait que toutefois que le Conseil d'Etat opère un revirement de jurisprudence sur ce point car, dans son arrêt *Commune de Douai*, il a suivi les conclusions de son rapporteur public Bertrand Dacosta qui considérait que le pouvoir de contrôle n'est pas une règle générale.

⁴¹⁶ V. *supra* n°122 et 131 sur l'avenir de ce pouvoir dans le champ de la commande publique et en-dehors de cette dernière.

⁴¹⁷ CE, ass., 9 novembre 2016, *Société Fosmax* et CE, 14 févr. 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine*, *préc.*

⁴¹⁸ V. not. F. Brenet, « Les contrats administratifs », in *Traité de droit administratif*, *préc.*, pp. 245-246

exclues de la théorie générale car elles ne peuvent être prononcées que si elles ont été prévues par le contrat⁴¹⁹. Comme le relèvent Laurent Richer et François Lichère, « *compte tenu de la nécessité de déterminer à l'avance le taux des pénalités, on ne conçoit pas comment ce pouvoir de sanction pourrait exister sans stipulation contractuelle expresse* »⁴²⁰. La nouvelle théorie générale doit donc intégrer le pouvoir de sanction mais limiter celui-ci aux sanctions coercitives et aux sanctions résolutoires. A ce titre, le pouvoir d'adopter des sanctions résolutoires pourrait être érigé au rang de règle générale applicable aux contrats administratifs, comme les sanctions coercitives. Une telle consécration ne signifie pas que les pouvoirs reconnus seraient sans limites. Ainsi, pour les sanctions coercitives, le juge a pu préciser que le pouvoir de sanction permet uniquement de faire réaliser les prestations prévues par le contrat⁴²¹. En revanche, cette reconnaissance permettrait de garantir la place de ce pouvoir de sanction – n'intégrant pas les sanctions pécuniaires – au sein de la nouvelle théorie générale des contrats administratifs.

167. Le sort des éléments classiques : le rejet inéluctable du pouvoir de modification unilatérale. Le pouvoir de modification unilatérale pour motif d'intérêt général est l'un des plus beaux fleurons de théorie générale des contrats administratifs, et il est depuis longtemps reconnu comme une règle générale applicable aux contrats administratifs⁴²². A ce titre, il est considéré avec le pouvoir de résiliation unilatérale comme formant le « noyau dur » de la théorie générale⁴²³. Certains auteurs considèrent d'ailleurs que ce pouvoir doit relever du régime d'ordre public des contrats administratifs⁴²⁴. Au vu de ces considérations il devrait donc, en toute logique, être conservé au sein de la nouvelle théorie générale des contrats administratifs. Ce serait toutefois faire fi des évolutions récentes du droit des contrats administratifs. L'influence du droit de l'Union européenne bouleverse depuis longtemps la mise en œuvre du pouvoir de modification unilatérale pour motif d'intérêt général⁴²⁵. Or, la consécration du pouvoir de modification par l'article L. 6 du Code de la commande publique ne change rien au problème. Les modifications en cours d'exécution sont fortement encadrées

⁴¹⁹ M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 347. Le pouvoir d'adopter des sanctions pécuniaires est cependant souvent prévu par le contrat et l'exercice de ce pouvoir de sanction ne pose pas de difficultés.

⁴²⁰ L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 270

⁴²¹ CE, 3 mars 2017, n°398901, *Commune de Clichy-sous-Bois* ; AJDA 2017, p. 1286, note H. Hoepffner

⁴²² CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, préc.

⁴²³ G. Eckert, « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », préc.

⁴²⁴ F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le régime d'ordre public des contrats administratifs », préc.

⁴²⁵ V. en particulier la thèse d'Hélène Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, préc. Dans sa préface à la thèse, Yves Gaudemet redoute que la mise en cause du « principe de mutabilité signe à terme la disparition de la catégorie » de contrat administratif, p. 9.

pour les contrats qui relèvent du champ concurrentiel⁴²⁶. En effet, le contrôle du juge sur ces modifications implique une disparition du pouvoir en tant que règle relevant de la théorie générale des contrats administratifs. Comme le relève Rozen Noguellou, « *le juge (est) conduit à opérer un contrôle sur la justification de la modification unilatérale qui (dépassé) celui – nécessairement très souple – qu’il portait sur l’existence ou non d’un motif d’intérêt général* »⁴²⁷ dans le cadre de la mise en œuvre du pouvoir de modification unilatérale. Cela ne signifie pas que la modification des contrats administratifs serait devenue impossible mais seulement que le développement du droit de la commande publique a quasiment supprimé le pouvoir de modification unilatérale pour les contrats relevant du champ concurrentiel. Dans le cadre d’une refondation de la théorie générale des contrats administratifs, ce pouvoir de modification pour motif d’intérêt général ne peut donc plus être intégré.

168. *Le sort des éléments classiques : le maintien du pouvoir de résiliation unilatérale.* Le pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d’intérêt général a connu de profondes évolutions mais sa place comme règle générale applicable aux contrats administratifs n’est pas remise en cause. Sa contractualisation progressive n’empêche pas qu’il continue de pouvoir être exercé par les personnes publiques quel que soit le contrat administratif concerné, sans que ces dernières ne puissent y renoncer. Sa reconnaissance par le Code de la commande publique n’a, d’ailleurs, aucune incidence⁴²⁸. C’est donc tout naturellement que ce pouvoir doit être intégré à la nouvelle théorie générale des contrats administratifs.

169. *Le sort des éléments classiques : le rejet préventif de la théorie de l’imprévision.* La théorie de l’imprévision n’est pas directement mise en cause par le développement du droit de la commande publique et continue à s’appliquer en-dehors du champ d’application de ce Code. Elle devrait donc, de ce fait, être préservée au sein de la nouvelle théorie générale des contrats administratifs. Le droit positif pousse à retenir une telle solution mais l’encadrement du régime des modifications en cours d’exécution incite à davantage de prudence. Il est en effet possible que la théorie de l’imprévision ne puisse plus être mise en œuvre pour les contrats de la commande publique⁴²⁹, ce qui devrait implicitement mais automatiquement conduire à l’écarter de la nouvelle théorie générale des contrats administratifs. Il est donc préférable de considérer qu’elle doit d’ores et déjà être écartée et ne plus être envisagée comme faisant partie des éléments constitutifs de la théorie générale.

⁴²⁶ V. *supra* n°124

⁴²⁷ R. Noguellou, « L’exécution des contrats de concession », *AJDA* 2016, p. 1008

⁴²⁸ Le seul risque pourrait venir du droit des aides d’Etat, v. *supra* n°121

⁴²⁹ V. *supra* n°123

170. *Le sort des éléments classiques : le maintien de la théorie du fait du prince.* La théorie du fait du Prince n'est mise en cause ni par le droit de la commande publique ni en dehors de ce dernier et elle continue donc de s'appliquer à l'ensemble des contrats administratifs⁴³⁰. Ce mécanisme de responsabilité possède des vertus évidentes car il permet d'assurer une protection importante aux cocontractants et, surtout, de les « rassurer » lorsqu'ils contractent avec l'administration. Dès lors, et en dépit du faible nombre d'hypothèses justifiant sa mise en œuvre, la théorie du fait du Prince doit être maintenue au sein de la nouvelle théorie générale des contrats administratifs.

171. *Le sort des éléments classiques : le maintien du rejet de l'exception d'inexécution.* La règle selon laquelle l'exception d'inexécution ne s'applique pas dans le cadre des contrats administratifs renforce la spécificité de l'action publique tout en admettant des dérogations extrêmement encadrées mais qui n'empêchent pas une forme de souplesse. Dès lors, dans sa version actuelle revisitée et circonscrite, la règle rejetant l'exception d'inexécution a elle aussi vocation à demeurer au sein de la nouvelle théorie générale des contrats administratifs.

172. *Le recours possible à de nouveaux éléments.* La théorie générale des contrats administratifs est classiquement cantonnée aux spécificités qui s'expriment lors de la phase d'exécution de tels contrats. Pourtant, si l'on admet que cette théorie générale repose sur les règles communes à l'ensemble des contrats administratifs et qui les distingue des contrats de droit privé, tous les éléments marquants de la vie du contrat méritent d'être envisagés. Parmi eux, il est nécessaire de distinguer les règles particulières qui sont intrinsèquement liées à la présence d'une personne publique comme partie au contrat, de celles qui sont actuellement liées à certaines catégories de contrats publics.

173. *Le recours possible à de nouveaux éléments : une délicate extension aux règles liées à la présence d'une personne publique au contrat.* La théorie générale des contrats administratifs est classiquement cantonnée aux spécificités qui s'expriment lors de la phase d'exécution de tels contrats. Pourtant, si l'on admet que cette théorie générale repose sur les règles communes à l'ensemble des contrats administratifs et qui les distingue des contrats de droit privé, tous les éléments marquants de la vie du contrat méritent d'être envisagés. La question se pose alors de savoir s'il est opportun d'intégrer à la théorie générale les règles particulières qui sont liées à la présence d'une personne publique au contrat. Parmi celles-ci,

⁴³⁰ V. *supra* n°122

les règles de conclusion des contrats par les personnes publiques présentent des particularités indéniables. En effet, la liberté contractuelle des personnes publiques n'est pas la même que celle des personnes privées : elle est davantage encadrée au travers des règles fixant la compétence des différentes catégories de personnes publiques agir et, plus spécifiquement, pour contracter. Par ailleurs, les personnes publiques bénéficient, du fait de leur nature même, de « *prérogatives exorbitantes – comme le privilège du préalable ou l'émission d'un titre exécutoire contre un cocontractant débiteur – et, plus encore, (de) protections exorbitantes – comme l'insaisissabilité des biens et deniers publics, l'interdiction de la compensation à l'encontre de la personne publique, l'interdiction des procédures collectives, voire la prescription quadriennale des dettes publiques* »⁴³¹. L'interdiction des libéralités peut également être mise en avant comme un élément spécifique lié à la qualité de personne publique de l'un au moins des deux cocontractants.

174. Cette prise en compte des éléments liés au caractère public de l'autorité contractante suscite néanmoins une difficulté : ces spécificités concernent aussi bien les contrats administratifs que les contrats de droit privé des personnes publiques. Il ne semble donc pas possible de les intégrer au sein de la théorie générale des contrats administratifs. D'ailleurs, cet argument a été utilisé par les auteurs classiques pour cantonner la théorie générale aux règles d'exécution sans intégrer les règles concernant notamment la compétence des personnes publiques. Pour intégrer ces différents éléments dans une théorie générale, il faudrait en redéfinir le cadre pour ne pas limiter le champ d'application de la théorie aux seuls contrats administratifs parmi ceux conclus par les personnes publiques. Une théorie des contrats passés par les personnes publiques est toutefois difficilement envisageable car elle supposerait d'étendre aux contrats de droit privé des personnes publiques les éléments conservés au sein de la théorie générale des contrats administratifs. Or, la raison d'être de ces pouvoirs est d'appliquer un régime juridique différencié par rapport à celui qui prévaut dans les contrats de droit privé. Admettre leur extension aux contrats de droit privé des personnes publiques reviendrait à faire disparaître cette catégorie de contrats : tous les contrats passés par les personnes publiques relèveraient de la théorie générale sur le fondement d'un critère uniquement organique. De plus, il est difficile de justifier ce changement de paradigme sans

⁴³¹ G. Eckert, « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *préc.* Comme le relève l'auteur toutefois, « *le régime contractuel du décompte dans les marchés publics, organisant une contraction entre les dettes et les créances de la personne publique, conduit à opérer l'équivalent d'une compensation à l'encontre de la personne publique, ce qui est normalement prohibé* ». Il renvoie sur cette question à l'article de Paul Amselek, « La compensation entre les dettes et les créances des personnes publiques », *RDP* 1988, p. 1485

admettre dans le même temps que les contrats passés par les personnes privées intervenant dans le cadre de l'action publique présentent eux aussi des spécificités et pourraient être intégrés au sein d'une théorie générale étendue. Il faudrait alors développer une théorie générale des contrats publics⁴³² – ou de la sphère publique – qui aurait le mérite d'être davantage ambitieuse mais nécessiterait de revoir complètement la définition des différentes catégories de contrats publics et leur typologie. Elle nécessiterait également de définir précisément les contrats exclus, relevant de régimes juridiques spécifiques et dérogatoires comme les contrats de recrutement d'agents ou les simples conventions conclues entre personnes publiques dans le cadre du mouvement de contractualisation. Toutefois, cette théorie générale des contrats publics ne pourrait pas intégrer les règles liées à la présence d'une personne publique au contrat dans la mesure où elle a vocation à intégrer certains contrats passés par des personnes privées. L'intégration des règles liées à la présence d'une personne publique au sein de la théorie générale reste donc, en toutes hypothèses, difficilement envisageable.

175. *Le recours possible à de nouveaux éléments : une extension envisageable de certaines règles sectorielles.* La question est simple et mérite d'être posée : le droit de la commande publique peut-il être à l'origine de nouveaux éléments au sein de la théorie générale des contrats administratifs ? Dans la mesure où le développement historique de la théorie générale des contrats administratifs a été réalisé à partir du droit des concessions, il est possible d'envisager que la nouvelle théorie générale des contrats administratifs se développe et s'enrichisse, elle aussi, à partir d'un droit « sectoriel ». Le droit de la commande publique concentre en effet la majorité des réflexions au sein du droit des contrats administratifs. Surtout, les principes essentiels de la commande publique ont un champ d'application qui dépasse les seuls marchés publics et contrats de concession et qui a vocation à s'étendre à l'ensemble des contrats relevant du champ concurrentiel⁴³³. Il est dès lors opportun de rechercher si certains principes, aujourd'hui considérés comme uniquement applicables aux contrats de la commande publique, ne peuvent pas être généralisés pour enrichir la nouvelle théorie générale des contrats administratifs. Cette recherche n'est pas dénuée de fondements : certains contrats situés « à la

⁴³² En définissant le contrat public comme un contrat passé par une personne publique ou de la sphère publique. Sur cette définition, v. notre thèse : M. Amilhat, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, préc.

⁴³³ V. *supra* n°138 et s. ainsi que notre article, : M. Amilhat, « Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique. Une copie à revoir ? », *préc.*

marge de la commande publique »⁴³⁴ sont d'ores et déjà soumis au respect des principes fondamentaux de la commande publique à l'image des conventions d'occupation du domaine⁴³⁵. La véritable difficulté réside en réalité dans l'application de ces principes aux contrats de droit privé de la commande publique. La question est de savoir si des principes relevant de la théorie générale des contrats administratifs peuvent s'appliquer à certains contrats de droit privé dans la mesure où la théorie générale a notamment pour fonction d'établir un régime juridique exorbitant du droit commun. Une telle solution semble malgré tout envisageable car les principes en cause ne concernent pas l'ensemble des contrats de droit privé. De plus, certaines composantes de la théorie générale traditionnelle se retrouvent elles aussi parfois dans le droit des contrats privés⁴³⁶. Il est cependant possible de considérer que seule une théorie générale des contrats publics permettrait d'intégrer pleinement de tels principes⁴³⁷.

176. Parmi les principes sectoriels il faut d'abord s'intéresser aux principes « fondamentaux » de la commande publique – la liberté d'accès, l'égalité de traitement et la transparence des procédures – afin de déterminer s'ils peuvent être généralisés pour s'appliquer à l'ensemble des contrats administratifs. Le principe de liberté d'accès implique la liberté pour toutes les personnes intéressées de candidater à l'attribution d'un contrat passé par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice⁴³⁸. Cette liberté s'exerce évidemment dans la limite des compétences et capacités reconnues aux personnes candidates, qu'elles soient publiques ou privées. Défini ainsi, le principe de liberté d'accès peut donc être étendu pour s'appliquer à l'attribution de l'ensemble des contrats administratifs. Il peut être rattaché au principe général d'égalité et il n'y a pas de raison que son application soit limitée aux seuls contrats de la commande publique⁴³⁹. Le principe d'égalité de traitement, second principe fondamental de la commande publique, impose quant à lui de traiter de la même manière les opérateurs lors de l'examen de leurs candidatures et de leurs offres et il se double d'un pendant négatif, le principe de non-discrimination. Il est également envisageable d'étendre le champ d'application de ce

⁴³⁴ L'expression est celle utilisée par Hélène Hoepffner pour désigner les contrats relevant du champ concurrentiel qui ne sont pas intégrés dans le droit de la commande publique. H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 172 et s.

⁴³⁵ V. *supra* n°140

⁴³⁶ On songe notamment à la théorie de l'imprévision dans sa version renouvelée, ou encore au pouvoir de sanction qui peut parfois exister.

⁴³⁷ Sur cette question, v. notre thèse, préc.

⁴³⁸ Sur ces questions, v. « Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique. Une copie à revoir ? », préc.

⁴³⁹ La reconnaissance du principe n'empêche pas des exceptions, comme c'est déjà le cas au sein du droit de la commande publique. Par exemple, il existe des contrats de la commande publique « réservés » aux opérateurs qui emploient des personnes en situation de handicap ou aux entreprises de l'économie sociale et solidaire.

principe à l'ensemble des contrats administratifs en se fondant, là encore, sur le principe général d'égalité. Il est en effet possible de considérer que les personnes publiques sont tenues de ne pas discriminer ou établir des préférences lors de la passation de leurs contrats, qu'ils relèvent ou non de la commande publique. Enfin, le principe de transparence peut lui aussi être envisagé comme un principe susceptible de s'appliquer à l'ensemble des contrats administratifs. Ce principe se définit comme un principe de publicité dont les modalités pratiques de mise en œuvre varient en fonction du contrat concerné. Il n'y a, le concernant, pas d'obstacle à envisager qu'un mouvement d'extension entraîne son application à l'ensemble des contrats administratifs. Ainsi, les principes fondamentaux de la commande publique pourraient progressivement devenir des règles générales applicables aux contrats administratifs. Ils contribueraient ainsi au maintien d'une théorie générale renouvelée.

177. Il est également possible de se demander si d'autres principes de la commande publique ne pourraient pas être généralisés pour irriguer la nouvelle théorie générale. Parmi eux, il semble peu probable que les objectifs d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers publics puissent être intégrés à la théorie générale des contrats administratifs. En effet, leur rôle et leur valeur exacte restent incertains à l'intérieur même du droit de la commande publique ce qui rend peu probable une généralisation⁴⁴⁰. En revanche, les principes européens de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de droit à une protection juridictionnelle effective pourraient être généralisés à l'ensemble des contrats administratifs, alors même qu'ils ne sont pas expressément consacrés par le Code de la commande publique. Enfin le principe d'impartialité, pourrait lui aussi être étendu pour intégrer la théorie générale⁴⁴¹. Il est actuellement envisagé comme un principe général du droit par le juge administratif⁴⁴², ce qui pourrait faciliter sa reconnaissance comme règle générale applicable aux contrats administratifs.

178. Enfin, il faut se demander quelle valeur doit être accordée aux règles intégrées au sein de la nouvelle théorie générale. La question est de savoir « *si elles sont simplement supplétives et s'appliquent sauf clause contraire du contrat ou si elles revêtent un caractère impératif, limitant par là même la liberté contractuelle des parties et déterminant sans doute, pour une large part, le rang des normes susceptibles de les écarter, de les imposer ou de les*

⁴⁴⁰ « Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique. Une copie à revoir ? », *préc.*

⁴⁴¹ *Ibidem*

⁴⁴² CE 14 octobre 2015, n° 390968, Société Applicam ; *AJDA* 2015, p. 1955 ; *RDI* 2015, p. 581, obs. S. Braconnier ; *AJCT* 2016, p. 40, obs. O. Didriche ; CE, 12 septembre 2018, n° 420454, Syndicat intercommunal des ordures ménagères de la vallée de Chevreuse ; *AJDA* 2018, p. 2246, note S. Agresta et S. Hul

aménager »⁴⁴³. Pour François Llorens et Pierre Soler-Couteaux la question est celle « *du caractère d'ordre public de ces règles générales* »⁴⁴⁴. Les auteurs relèvent alors que ce caractère d'ordre public n'a été reconnu que pour le pouvoir de résiliation unilatérale⁴⁴⁵ et, plus récemment, pour la possibilité d'adopter des sanctions coercitives permettant de faire exécuter le contrat aux frais et risques du cocontractant⁴⁴⁶. Pour autant, si la prévalence de l'intérêt général sert de fondement à la nouvelle théorie afin que cette dernière traduise la spécificité de l'action publique, il est difficilement envisageable de lui conférer un caractère purement supplétif. Pour que la nouvelle théorie générale des contrats administratifs ait une réelle utilité elle doit être impérative et n'admettre des dérogations que posées par la loi et suffisamment justifiées.

179. Redéfinir la théorie générale des contrats administratifs permet donc, au travers d'un fondement plus large, de proposer un contenu enrichi davantage en adéquation avec le droit positif tout en maintenant la spécificité de l'action publique. Les avantages de cette opération de redéfinition ne doivent cependant pas occulter les obstacles auxquels elle se heurte. Pour qu'elle ait un véritable intérêt, il faut qu'elle vise à donner davantage de lisibilité au droit des contrats publics dans son ensemble.

⁴⁴³ F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le régime d'ordre public des contrats administratifs », préc.

⁴⁴⁴ *Ibidem*

⁴⁴⁵ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat et Crédit Foncier*, préc.

⁴⁴⁶ CE, ass., 9 novembre 2016, *Société Fosmax* et CE, 14 févr. 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine*, préc.

Chapitre 2. Le développement d'une théorie plus accessible

180. La redéfinition de la théorie générale des contrats administratifs ne peut pas se faire *in abstracto*. Elle doit tenir compte de l'état actuel de la matière et proposer une clef de lecture plus accessible pour comprendre le droit des contrats publics.

181. Dans un premier temps, la nouvelle théorie générale doit s'inscrire dans le droit positif sans rendre ce dernier plus complexe. Pour cela, elle doit tenir compte de la multiplication des catégories de contrats administratifs spéciaux et des régimes juridiques particuliers qui en découlent. Ceux-ci donnent lieu à la mise en place de « théories spéciales » qui existent parallèlement à la théorie générale. Ainsi, la théorie générale s'inscrit dans un ensemble plus large et forme, avec les différentes théories « spéciales », une théorie pluri-niveaux dont l'articulation et le contenu doivent être pris en compte (Section 1).

182. Dans un second temps, et en retenant une démarche prospective, le développement de la nouvelle théorie générale pourrait être l'occasion de proposer une remise en ordre plus large de la matière. Il est en effet possible d'envisager et de proposer une théorie qui serait plus intelligible et ordonnée (Section 2).

Section 1. La nécessité actuelle d'une théorie pluri-niveaux

183. Le développement d'une nouvelle théorie générale des contrats administratifs ne résoudrait pas tous les travers actuels du droit des contrats publics. Celui-ci reste en effet un droit « *dans le désordre* »⁴⁴⁷ ou « *en miettes* »⁴⁴⁸, bien que les récentes réformes du droit de la commande publique aient entraîné une certaine forme de simplification. Le droit des contrats publics continue en effet de faire appel à de multiples catégories de contrats, ce qui implique pour la théorie générale d'être complétée

184. *Le maintien d'une typologie des contrats publics extrêmement dense.* La typologie du droit des contrats publics demeure complexe avec un nombre important de catégories de contrats. Cette situation se justifie en grande partie. En effet, « *la création de multiples catégories de contrats administratifs spéciaux et leur soumission à des régimes*

⁴⁴⁷ P. Delvolvé, « Les contrats publics dans le désordre », *RDC* 2006, p. 951

⁴⁴⁸ F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le droit des contrats publics en miettes », *Contrats-Marchés publ.* 2005, rep.

juridiques différenciés sont une nécessité. Elles répondent aux exigences de la réalité contractuelle »⁴⁴⁹. Les personnes publiques comme les opérateurs économiques recherchent le meilleur contrat possible. Pour autant, la multiplication des catégories ne constitue pas toujours la meilleure solution. Ainsi, jusqu'à la transposition des directives européennes de 2014, le droit français avait choisi de maintenir ses catégories de contrats et de leur superposer les catégories européennes. Cette juxtaposition était peu cohérente et l'alignement des notions de marché public et de contrat de concession sur les notions européennes à l'occasion de la transposition a permis de mettre fin à des situations déconcertantes⁴⁵⁰. Désormais, la typologie des contrats publics a gagné en simplicité tout en présentant encore certains éléments de perplexité. Cela s'explique notamment par le fait qu'elle regroupe à la fois des contrats administratifs et des contrats de droit privé. Pourtant, au-delà de cette dichotomie qui conduit à distinguer arbitrairement certains contrats jumeaux, le droit des contrats administratifs lui-même reste difficile à saisir tant les catégories qui en relèvent sont nombreuses. Les contrats de la commande publique – marchés publics et contrats de concession – se distinguent ainsi des autres catégories de contrats administratifs parce qu'ils relèvent d'un régime juridique en grande partie commun. Pour autant, une proximité évidente existe entre les contrats de la commande publique et les autres contrats situés dans le champ concurrentiel, considérés comme des contrats « *à la marge de la commande publique* »⁴⁵¹. A l'inverse, il est difficile d'établir des parallèles entre les contrats de la commande publique et ceux passés entre personnes publiques dans le cadre de la contractualisation pour gérer la répartition des compétences et des moyens, ou encore avec les contrats de recrutement d'agents publics. De plus, à l'intérieur des différentes catégories de contrats administratifs, des sous-catégories demeurent. Ainsi, il existe plusieurs catégories de marchés publics (marchés de travaux, de fournitures ou de services ; marchés publics globaux ; marchés de partenariat...) mais aussi de contrats de concession (de travaux ou de service ; d'aménagement ; de plage ; d'énergie hydraulique). Enfin, au-delà des qualifications expresses opérées par les textes, d'autres catégories de contrats administratifs sont susceptibles d'apparaître lorsqu'un régime juridique commun s'applique à différents

⁴⁴⁹ F. Brenet, « Les contrats administratifs » in P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif, préc.*, p. 266

⁴⁵⁰ Par exemple, les contrats de partenariat public-privé n'étaient pas des marchés publics en droit interne mais l'étaient du point de vue européen. De la même manière les contrats de mobilier urbain n'étaient considérés ni comme des marchés ni comme des concessions en droit français alors qu'il était évident qu'ils répondaient aux définitions européennes...

⁴⁵¹ H. Hoepffner, « Droit des contrats administratifs », *préc.*, pp. 172 et s.

contrats. C'est notamment le cas des « contrats de service public » dont la spécificité demeure⁴⁵² alors même que ces contrats peuvent appartenir à des catégories différentes de contrats administratifs et que la notion de service public n'est plus au cœur de la théorie générale⁴⁵³.

185. *L'apparition d'une théorie pluri-niveaux.* La diversité des catégories de contrats administratifs et la particularité du régime juridique de certains d'entre eux conduit à considérer, à la suite de François Brenet, qu'il existe une théorie des contrats administratifs spéciaux⁴⁵⁴. Cette théorie des contrats administratifs spéciaux ne se substitue pas à la théorie générale mais la complète. Elle a vocation à dégager les règles qui établissent un régime juridique commun pour différentes catégories de contrats administratifs lorsque ces derniers constituent une même « famille » de contrats⁴⁵⁵. Ce raisonnement par catégories ou par famille se justifie au regard de l'approche traditionnelle du droit des contrats administratifs. En effet, « *jusque dans l'entre-deux guerres, on parle de traité, de concession, d'affermage, de marché, d'engagement : on ne met pas en avant une catégorie générique de contrat, sauf précisément pour les contrats privés des personnes publiques* ». D'ailleurs, « *la dénomination même de contrat est récente et le Recueil Lebon en garde la trace qui n'accueille la rubrique « contrats » que sous l'intitulé « marchés et contrats »* »⁴⁵⁶.

186. Fort logiquement, parmi les contrats administratifs, ce sont les contrats de la commande publique qui constituent actuellement la famille la plus facilement identifiable. La place centrale que ces contrats occupent au sein du droit des contrats publics invite à identifier des principes généraux les concernant. Toutefois, il faut être vigilant et ne pas « *raisonner comme si le contrat administratif se résumait à la commande publique* ». Les principes

⁴⁵² La spécificité des contrats à objet de service public se retrouve même chez Hauriou pour qui c'est « *l'institution du service public liée au contrat et dominant le contrat* » qui l'application de la théorie de l'imprévision, tout en précisant que « *pour que l'institution du service public domine le contrat, il n'est pas nécessaire qu'elle soit incorporée au contrat lui-même [...]; il suffit qu'elle soit le but final du contrat* ». M. Hauriou, « L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales », in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, 1933, Centre de Philosophie Politique Et Juridique, Université de Caen, rééd. 1986, pp. 130 et 135

⁴⁵³ H.-G. Hubrecht, *Les contrats de service public*, préc. ; H.-G. Hubrecht et F. Melleray, « L'évolution des catégories notionnelles de la commande publique. Retour sur les contrats de service public », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, préc., t. 1 p. 809 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La catégorie des contrats de service public a-t-elle encore un avenir ? », *Contrats-Marchés publ.* 2018, repère 5 ; F. Llorens, « Quel rôle pour la notion de service public dans le droit des contrats administratifs », *Mél. Serge Regourd*, Inst. Univ. Varenne, 2019, p.683

⁴⁵⁴ F. Brenet, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, Thèse, Poitiers, 2002 ; « La théorie du contrat administratif. Evolutions récentes », *AJDA* 2003, p.919 ; « Les contrats administratifs », in *Traité de droit administratif*, préc., spéc. pp. 263 et s.

⁴⁵⁵ François Brenet évoque une « théorie familiale ». « Les contrats administratifs », in *Traité de droit administratif*, préc., p. 277

⁴⁵⁶ Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *préc.*

généraux de la commande publique sont des « *principes de deuxième rang* » qui « *doivent rester à leur place, entre la théorie générale et le droit des contrats spéciaux* »⁴⁵⁷. Ils doivent « *compléter les règles générales applicables à l'ensemble des contrats administratifs et [...] harmoniser certaines règles applicables aux marchés publics et aux concessions* »⁴⁵⁸. Le risque de confusion est d'autant plus présent que le Code de la commande publique consacre pêle-mêle dans son titre préliminaire « *les règles jurisprudentielles applicables à tous les contrats administratifs [...] et les « principes généraux de la commande publique » qui ne concernent que les marchés et contrats de concession* »⁴⁵⁹. Reste alors à déterminer le contenu de ces principes généraux applicables aux contrats relevant du champ concurrentiel. Contrairement à l'option retenue de manière traditionnelle pour la théorie générale des contrats administratifs, ces principes sont autant liés à la passation des contrats qu'à leur exécution. Parmi eux, les principes fondamentaux du droit européen des contrats publics – qualifiés de principes fondamentaux de la commande publique en droit interne – occupent une place centrale. Toutefois ces principes ont vocation à « remonter » au niveau supérieur pour constituer des principes de « premier rang », c'est-à-dire des principes applicables à l'ensemble des contrats administratifs⁴⁶⁰. Malgré cela la théorie des contrats de la commande publique peut reposer à la fois sur des règles communes de passation – les règles spécifiques de publicité et de mise en concurrence – ainsi que sur des règles communes d'exécution. François Brenet considère que ces règles d'exécution « *concernent à titre principal, la modification et la cession des contrats de la commande publique, l'encadrement de leur durée et leur résiliation* »⁴⁶¹.

187. Pour autant, d'autres familles de contrats peuvent être identifiées. Les différents contrats conclus dans le cadre de la contractualisation des politiques publiques peuvent également être envisagés comme formant une même « famille » de contrats. Il existe en effet à n'en pas douter des points de convergence entre ces différents contrats, qu'il s'agisse par

⁴⁵⁷ F. Brenet, « Existe-t-il des principes généraux gouvernant l'exécution des contrats de la commande publique », *préc.*, spéc. p. 213

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 214

⁴⁵⁹ J.-D. Dreyfus, « Code de la commande publique : éléments communs aux contrats de la commande publique et codification de la jurisprudence », *AJCT* 2019, p. 120

⁴⁶⁰ V. *supra* n°175

⁴⁶¹ F. Brenet, « Existe-t-il des principes généraux gouvernant l'exécution des contrats de la commande publique », *préc.*, spéc. p. 214. Pour l'auteur ces règles sont « *perfectibles* » car elles « *ne sont pas envisagées en tant que telles, mais au regard et à la lumière des problèmes qu'elles peuvent soulever en termes de respect des exigences de transparence, d'égalité d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats* ». Si elles étaient davantage appréhendées de manière autonome, elles pourraient intégrer d'autres intérêts que ceux liés à la protection de la concurrence qu'il s'agisse de « *l'évolution des besoins de la personne publique ou des usagers du service public* » ou « *de l'évolution du statut ou de la situation économique du cocontractant* ». Il nous semble qu'en faisant remonter les principes fondamentaux au niveau de la théorie générale des contrats administratifs, cette évolution de la théorie des contrats de la commande publique serait davantage envisageable.

exemple des contrats de plan Etat-Régions, des contrats de ville, ou encore des différents contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens, qu'ils soient passés en matière de santé, dans le secteur audiovisuel, ou encore entre l'Etat et les Universités. Il est alors possible d'envisager l'émergence d'une théorie des contrats de contractualisation en tant que contrats administratifs spéciaux. De la même manière, les « contrats de service public » précédemment évoqués peuvent être envisagés comme constituant une famille de contrats administratifs spéciaux justifiant la mise en place d'une théorie des contrats de service public. Enfin, et sans que la liste ne soit exhaustive, les contrats d'occupation du domaine pourraient eux aussi être envisagés comme constituant une famille de contrats susceptible de permettre le développement d'une théorie spéciale.

188. Ainsi, la grande diversité des catégories de contrats administratifs et la convergence en blocs des régimes juridiques applicables provoquent la mise en place d'une multitude de théories « familiales » qui complètent la théorie générale des contrats administratifs. Le paysage contractuel français s'organise donc autour d'une théorie pluri-niveaux qui manque parfois de lisibilité. En effet, que faire face à un contrat de la commande publique qui est également un contrat de service public ? Il n'y a pas de problème si les deux théories familiales peuvent être appliquées sans entrer en contradiction, mais que se passe-t-il lorsqu'elles s'opposent ? Comment déterminer la théorie qui prévaut ? Les différentes familles et les théories spéciales qui en découlent traduisent parfois des logiques différentes qui ne sont pas toujours conciliables. Dans l'hypothèse envisagée il est probable que la logique de service public – portée par les contrats de service public – cède le pas face à la logique concurrentielle – inhérente aux contrats de la commande publique. Par ailleurs, les théories familiales identifiées ont parfois vocation à regrouper à la fois des contrats administratifs et des contrats de droit privé. C'est notamment le cas des contrats de la commande publique et des conventions d'occupation du domaine (public ou privé).

189. La théorie des contrats administratifs spéciaux de la commande publique a ainsi vocation à compléter la théorie générale des contrats administratifs mais, dans le même temps, cette théorie spéciale possède un champ d'application qui dépasse celui de la théorie générale. L'édifice, formé à la fois par la théorie générale et les différentes théories spéciales, repose alors sur des fondations peu adaptées à ses dimensions réelles. Or, en tant que tel, le renouvellement de la théorie générale des contrats administratifs n'a pas vocation à résoudre les difficultés liées

à l'éclatement du droit des contrats publics. Ce renouvellement peut néanmoins constituer l'occasion de réfléchir à la construction d'un nouvel édifice, dont les fondations seraient davantage adaptées.

Section 2. L'opportunité de développer une théorie davantage cohérente

190. Le renouvellement de la théorie générale des contrats administratifs constituerait, en tant que tel, une avancée indéniable qui permettrait de préserver la spécificité de l'action publique, y compris lorsqu'elle s'exerce au moyen de l'outil contractuel⁴⁶². Pourtant, il est possible d'envisager d'aller plus loin de deux manières non exclusives l'une de l'autre. La première consiste à revoir les catégories de contrats administratifs – les « familles » de contrats – pour limiter la dispersion du droit des contrats administratifs spéciaux. La seconde consiste à repenser le droit des contrats passés par les personnes publiques ou de la sphère publique pour étendre le champ d'application de la théorie générale.

191. *Redéfinir et circonscrire les catégories de contrats administratifs spéciaux.* Le développement d'une théorie des contrats administratifs spéciaux est une option séduisante, en accord avec la réalité de l'activité contractuelle des personnes publiques. Pourtant cette théorie ne permet pas la simplification espérée car elle conduit à développer une théorie familiale dès que plusieurs catégories de contrats administratifs présentent des similitudes du point de vue de leur régime juridique⁴⁶³. La nouvelle théorie générale des contrats administratifs présente d'ores et déjà l'avantage de permettre de faire « remonter » au niveau supérieur certaines règles sectorielles, les « principes fondamentaux de la commande publique », pour en faire des règles générales applicables aux contrats administratifs⁴⁶⁴. Retenir cette solution ne met pas fin à l'existence de la théorie des contrats administratifs spéciaux et à la diversité des catégories de contrats. Pour que cette théorie des contrats administratifs spéciaux soit véritablement efficace, il serait alors opportun de restreindre le nombre des théories familiales. Il n'est en effet pas envisageable que la création de chaque catégorie de contrat donne lieu à la mise en place d'une nouvelle théorie spéciale. De plus, en restreignant le nombre de théories familiales, il serait plus facile d'éviter qu'une même catégorie de contrats relève de plusieurs théories familiales. Il ne

⁴⁶² V. *supra* n°149 et s.

⁴⁶³ V. *supra* n°185 et s.

⁴⁶⁴ V. *supra* n°175

s'agit pas ici de classer les contrats administratifs, en fonction notamment des buts poursuivis, mais bien d'identifier des familles de contrats relevant d'un même régime juridique⁴⁶⁵.

192. En accord avec le droit positif, la distinction fondamentale qui se doit d'être établie est celle entre les contrats relevant du champ concurrentiel et ceux exclus du champ concurrentiel. La première famille de contrats comprend les contrats de la commande publique mais s'étend au-delà en intégrant d'autres contrats tels que les conventions d'occupation du domaine, les contrats de vente d'immeubles publics, ou encore les conventions de subvention. La théorie familiale concernant ces contrats doit reposer sur la prévalence de l'intérêt général comme pour tous les contrats administratifs. Toutefois, au sein de cette famille, la hiérarchisation des différentes composantes de l'intérêt général se fait nécessairement au bénéfice de l'intérêt général concurrentiel. Cela n'exclut pas que des considérations autres – liées au service public, à la puissance publique, ou aux considérations sociales et environnementales plus modernes – s'expriment mais elles ne peuvent le faire que de manière subsidiaire ou dérogatoire⁴⁶⁶. C'est ce qui différencie cette première famille de contrat – et la théorie spéciale qui peut en découler – de la seconde, c'est-à-dire celle regroupant les contrats exclus du champ concurrentiel. Parmi eux se situent les contrats administratifs utilisés dans le cadre de la contractualisation de l'action publique et les contrats de recrutement d'agents publics. Cette famille est, si l'on peut dire, « résiduelle » au sein du droit des contrats administratifs. L'intérêt général s'y exprime d'une manière différente que pour les contrats relevant du champ concurrentiel car la logique concurrentielle ne trouve qu'une place limitée en son sein⁴⁶⁷. Ce sont donc les autres composantes de l'intérêt général contractuel qui s'expriment, celles plus traditionnelles du service public, de la puissance publique et de la protection des deniers publics.

193. Au-delà de cette dichotomie familiale, la théorie des contrats administratifs spéciaux ne devrait pas s'étendre. Cela ne signifie pas que des régimes juridiques distincts ne doivent pas exister pour les différentes catégories de contrats administratifs mais, simplement,

⁴⁶⁵ Différentes classifications existent déjà mais elles ne sont pas opérantes lorsqu'il est question de théorie générale et de théories spéciales. V. par exemple la classification opérée par Laurent Richer et François Lichère entre « les contrats d'encadrement », les « contrats-moyens » et les « contrats-buts ». L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, préc., pp. 69 et s.

⁴⁶⁶ Ainsi les contrats organisant les relations internes au secteur public appartiennent à la catégorie des contrats de la commande publique mais bénéficient d'un régime dérogatoire dans lequel la logique de concurrence cède le pas face aux autres éléments constitutifs de l'intérêt général contractuel.

⁴⁶⁷ Il est par exemple possible de considérer que les processus de recrutement des agents publics correspondent à une forme de mise en concurrence de ces derniers. La logique reste cependant très différente de celle utilisée pour les contrats relevant du champ concurrentiel.

qu'il ne faut pas chercher à identifier une théorie spéciale dès qu'une nouvelle espèce de contrat administratif est créée. Les familles de contrats et les théories afférentes doivent traduire des logiques propres et c'est ce critère qui doit permettre d'identifier si le développement d'une théorie spéciale se justifie. Ensuite, au sein de chaque famille, ce sont des sous-catégories de contrats administratifs qui peuvent être identifiées avec leurs règles particulières, qui doivent prolonger celles développées au sein de la théorie familiale. Le droit des contrats administratifs aurait tout à gagner à se restructurer autour de cette distinction centrale, tout en réaffirmant l'importance de la théorie générale dans sa version renouvelée.

194. *Etendre le champ d'application de la théorie générale.* La redéfinition et l'enrichissement de la théorie générale des contrats administratifs a pour objectif de préserver la spécificité de l'action publique au nom de l'intérêt général. Pour autant, rien ne justifie que cette théorie soit cantonnée aux seuls contrats actuellement qualifiés d'administratifs. L'action contractuelle publique passe également par des contrats de droit privé passés par des personnes publiques ou de la sphère publique qui œuvrent également en faveur de l'intérêt général. Les contrats de droit privé de la commande publique en constituent un exemple topique, tout comme les contrats d'occupation du domaine privé. Il est alors possible d'imaginer une extension de cette nouvelle théorie générale, soit par une extension de la notion de contrat administratif, soit par l'utilisation d'une notion nouvelle, celle de contrat public.

195. Dans la première hypothèse, c'est la notion de contrat administratif qui pourrait être redéfinie. Il faudrait alors revenir sur les qualifications de certains contrats de droit privé pourtant passés par des personnes publiques ou de la sphère publique et œuvrant en faveur de l'intérêt général. Les contrats de la commande publique dans leur ensemble pourraient bénéficier d'une qualification législative comme contrats administratifs, mettant fin à la division artificielle entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé de la commande publique. De la même manière, les contrats concernant la gestion du domaine privé des personnes publiques pourraient être reconnus comme des contrats administratifs, tout comme les contrats des établissements publics et commerciaux. L'extension pourrait aller jusqu'à intégrer parmi les contrats administratifs certains contrats passés par des personnes privées qui agissent dans un but d'intérêt général, notamment celles qui sont délégataires d'un service publics. Cette solution est très loin de l'approche retenue par le juge administratif qui cherche, au contraire, à cantonner la notion jurisprudentielle de contrat administratif. Pour autant, si la théorie générale des contrats administratifs doit marquer la spécificité de l'action publique au

nom de l'intérêt général, elle doit prendre en compte toutes les formes que peut revêtir cette action. Cette solution paraît cependant assez peu réalisable.

196. La seconde hypothèse paraît davantage envisageable, même si elle suppose de « faire le deuil » de la notion de contrat administratif. Elle consiste à développer une nouvelle notion, celle de contrat public, dont la définition peut être discutée⁴⁶⁸. Il est possible de définir les contrats publics autour d'un critère organique assez large regroupant l'ensemble des contrats passés par des personnes publiques ou de la sphère publique. Ce critère organique pourrait être prolongé par un critère matériel lui aussi assez large : pour qu'un contrat soit public il faudrait qu'il soit passé dans un but d'intérêt général⁴⁶⁹. La théorie générale des contrats administratifs, dans sa version renouvelée, pourrait alors être étendue pour devenir une théorie générale des contrats publics. L'intérêt général porté par l'ensemble des contrats publics permettrait alors de justifier l'application de principes et de théories spécifiques et la distinction fondamentale en matière contractuelle ne serait plus celle entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé mais celle entre les contrats publics et les contrats privés. Une telle évolution impliquerait des changements profonds et, notamment, un nouveau partage des compétences juridictionnelles car rien ne justifierait plus que certains contrats publics – ceux actuellement qualifiés de contrats de droit privé – relèvent de la compétence des juridictions judiciaires. Toutefois, l'utilisation de la notion de contrat public permettrait de dépasser les difficultés liées au manque d'unité du droit des contrats administratifs, ce dernier étant avancé par certains comme un obstacle au développement d'une théorie générale⁴⁷⁰.

197. Le manque de cohérence actuelle du droit des contrats administratifs invite donc à rechercher des solutions innovantes qui heurtent les approches traditionnellement retenues. Leur mise en œuvre risque de relever encore longtemps de la fiction mais la mise en place d'une

⁴⁶⁸ V. notamment les travaux de l'école de Montpellier et, en particulier, ceux du Professeur Michel Guibal. M. Guibal, « Droit public des contrats et concurrence : le style européen », *JCP G*, 1993, n°15, p.161 ; M. Guibal, « Le dualisme des contrats passés entre personnes publiques et personnes privées », *JCP E* 1993, n°32, p. 26 ; M. Guibal, « Codification et simplification du droit des marchés publics », *AJDA*, 1994, n°spécial, p.6. V. également la thèse de Laure Marcus : *L'unité des contrats publics*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2010.

⁴⁶⁹ Ce critère matériel suffisamment large viendrait restreindre la notion uniquement organique de contrat public développée dans notre thèse sans remettre en cause son utilité pratique. Sur cette notion, v. *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, préc., spéc. pp. 127 et s.

⁴⁷⁰ Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *préc.*

nouvelle théorie générale des contrats administratifs leur ouvrirait la voie. En attendant une telle (r)évolution, le renouvellement de la théorie générale reste une belle opportunité.

Conclusion

198. La théorie générale des contrats administratifs est contestée et remise en cause. Alors qu'il s'agissait d'une « *institution [...] caractéristique du droit administratif français* »⁴⁷¹ reposant sur « *un régime qui a sa propre dynamique* »⁴⁷², elle a désormais perdu de sa splendeur. Mais un tel constat est-il totalement juste ? Le droit des contrats administratifs peut-il être considéré comme un simple droit spécial par rapport au droit commun, au même titre que le droit des contrats d'affaires ou le droit des contrats d'assurance ?

199. Le développement du droit de la commande publique constitue l'une des raisons de ce déclin de la théorie générale. Désormais le droit des contrats administratifs repose principalement sur les contrats de la commande publique. Or, le droit éponyme dépasse les clivages entre le droit administratif et le droit privé pour consacrer des règles communes aux contrats qualifiables de marchés publics ou de contrats de concession. Dans ces conditions, il est difficilement tenable de présenter une théorie générale des seuls contrats administratifs. Soit celle-ci s'appliquerait de manière résiduelle – c'est-à-dire uniquement aux contrats administratifs situés en-dehors de la commande publique – ; soit elle concernerait l'ensemble des contrats administratifs mais établirait un clivage important et non justifié entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé de la commande publique du point de vue de leur régime juridique. De plus le droit de la commande publique, du fait de son inspiration européenne, place la logique concurrentielle au cœur du droit des contrats publics. Cette logique est devenue la composante première de l'intérêt général contractuel, prenant le pas sur les fondements traditionnels de la théorie générale et remettant en cause certaines de ses composantes.

200. Par ailleurs, le déclin de la théorie générale s'explique par un mouvement plus général de banalisation du rôle de l'Etat. La mode est au rapprochement des régimes juridiques entre contrats administratifs et contrats de droit privé. La théorie générale se trouve ainsi écartée et la qualification de contrat administratif tend à devenir uniquement une simple clef de répartition juridictionnelle. Or, il ne faut pas s'y tromper : ce rapprochement du droit des contrats administratifs et du droit des contrats privés conduit à nier la spécificité des contrats

⁴⁷¹ P. Weil, « Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés », in *Mélanges Stassinopoulos*, LGDJ 1975, p. 217, spéc. p. 218

⁴⁷² F. Brenet, « Les contrats administratifs », in *Traité de droit administratif*, préc., p. 238

passés par les personnes publiques ou de la sphère publique. Il confirme l'idée selon laquelle l'Etat, lorsqu'il agit par contrat, n'utilise pas des moyens d'action particuliers. Il ne serait d'ailleurs plus légitime pour le faire⁴⁷³. Conjuguée au mouvement de contractualisation de l'action publique qui marque un recul net de l'unilatéralisme, cette solution conduit à minimiser le rôle de la puissance publique au sein de la société.

201. Fort heureusement, cette solution n'est pas inévitable. Il est possible d'imaginer un renouvellement de la théorie générale qui lui permette de redorer son blason. Cette démarche implique cependant de se libérer des carcans développés par la doctrine de la première moitié du XX^{ème} siècle sans pour autant en nier les apports. La nouvelle théorie générale des contrats administratifs ne peut pas être développée *ex nihilo* ; elle doit l'être à partir du droit positif. Or ce dernier est un acquis, ce qui implique de tenir compte des racines du droit des contrats administratifs. Il est ainsi possible de repartir de l'idée selon laquelle les contrats administratifs se distinguent des contrats de droit privé et doivent être envisagés selon une approche « institutionnelle », chaque contrat étant « *perçu comme un tout, un acte juridique au service de l'action administrative comme l'est l'acte unilatéral* »⁴⁷⁴. Le renouvellement de la théorie générale des contrats administratifs passe donc par un rappel de la spécificité de l'action publique, quel que soit le mode d'action utilisé. Or cette spécificité peut aisément reposer sur une notion classique en droit administratif, celle d'intérêt général. Il suffit pour cela de redéfinir l'intérêt général contractuel en intégrant à la fois les logiques traditionnelles du droit des contrats administratifs et des logiques nouvelles, dont la logique concurrentielle. L'intérêt général permet alors de justifier l'application d'un régime juridique spécifique, différent du droit privé, qui peut être recomposé en maintenant certains éléments classiques de la théorie générale des contrats administratifs et en en adjoignant de nouveaux.

202. La mise en place d'une nouvelle théorie générale permettrait de repenser entièrement la matière. L'intérêt général étant utilisé comme fondement, il est en effet possible d'imaginer une extension de la théorie générale pour qu'elle devienne non pas une théorie générale des contrats administratifs mais une théorie générale des contrats publics dans leur ensemble. La spécificité de l'action publique ne s'exprime pas uniquement au travers des contrats actuellement qualifiés d'administratifs, elle passe également par certains contrats de

⁴⁷³ Sur cette question, v. not. Le dossier « La contractualisation en droit public : bilan et perspectives », *RFDA* 2018, n°1 et 2, préc.

⁴⁷⁴ Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *préc.* L'auteur oppose la vision institutionnelle du contrat administratif avec la « *vision analytique qu'on pourrait presque dire « atomique* » » du droit privé qui envisage « *le contrat comme un ensemble d'obligations* ».

droit privé conclus par des personnes de la sphère publique ou sous influence publique lorsque celles-ci agissent dans un but d'intérêt général. Le développement d'une théorie générale des contrats publics impliquerait des changements profonds mais cela permettrait de remettre de l'ordre et de la cohérence dans une matière qui en manque cruellement.

203. Il s'agit évidemment de propositions prospectives qui peuvent être considérées comme excessives⁴⁷⁵ mais les rapprochements avec le droit privé des contrats et le mouvement de banalisation du droit administratif peuvent faire l'objet des mêmes critiques. La recherche d'une nouvelle théorie générale relève en effet d'une « *ambition [...] proprement doctrinale* »⁴⁷⁶ et le propre de la doctrine est de s'inscrire dans de telles démarches sans se cantonner à une analyse explicative du droit positif. Comme l'écrivait Gaston Jèze, « *l'hésitation n'est pas possible. Il faut faire de la science, et non de la préparation professionnelle* » afin d'éviter qu'« *à chaque changement de la législation ou de la jurisprudence, le plus gros (des) connaissances s'évanouisse* », que ce soit « *l'éponge passée sur l'ardoise* » et qu'« *il n'y reste plus rien* »⁴⁷⁷. Qu'elle soit des contrats publics ou des contrats administratifs, c'est en ce sens qu'il est indispensable de bâtir une nouvelle théorie générale.

⁴⁷⁵ Nous nous permettons ici, sans prétendre rivaliser avec le travail d'ampleur réalisé par Georges Péquignot, de reprendre les critiques adressées à l'encontre de son travail par François Brenet. F. Brenet, « Les contrats administratifs », in *Traité de droit administratif*, préc. p. 262

⁴⁷⁶ Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDJ* 2010, p. 313

⁴⁷⁷ Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, Préface à la 3^e édition de 1925, T. 1, rééd. Dalloz 2005, pp. I-II

BIBLIOGRAPHIE

I. Traités, Manuels, Dictionnaires, Encyclopédies

BENOIT (F.-P.), Le droit administratif français, Dalloz 1968

BONNARD (R.), Précis de droit administratif, LGDJ, 4e éd. 1943

DE GROVE-VALDEYRON (N.), Droit européen de la santé, LGDJ, 2018

DE LAUBADERE (A.), MODERNE (F.), DELVOLLE (P.), Traité des contrats administratifs, LGDJ, 2e éd. 1984

DUBREUIL (C.-A.), Droit des contrats administratifs, PUF, 2018

HOEPFFNER (H.), Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2016

RICCI (J.-C.), LOMBARD (F.), Droit administratif des obligations, Dalloz, Sirey 2018

RICHER (L.), LICHERE (F.), Droit des contrats administratifs, LGDJ, 10e éd. 2016

UBAUD-BERGERON (M.), Droit des contrats administratifs, LexisNexis, 2e éd. 2017

II. Thèses et mémoires/monographies

ALBIGES (C.), De l'équité en droit privé, LGDJ 2000, Bibl. de droit privé, t. 329

AMILHAT (M.), La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne, Bruylant 2014

BARLOY (F.), Le contrat et la norme juridique en droit public français. Contribution à une théorie de l'unité du concept de contrat, thèse Montpellier 1995

BRENET (F.), Recherches sur l'évolution du contrat administratif, Thèse, Poitiers, 2002

BRISSON (J.-F.), Les fondements juridiques du droit des marchés publics, Imprimerie Nationale, Collection marchés publics locaux, 2004

DRAGO (R.), « Paradoxes sur les contrats administratifs », in Etudes offertes à Jacques Flour, Defrénois, 1979, p. 151

FRIEDRICH (C.), Histoire doctrinale d'une mise en discours : des contrats de l'administration au contrat administratif (1800-1960), Thèse Toulouse 1 2016

GIACUZZO (J.-F.), La gestion des propriétés publiques en droit français, LGDJ 2014, bibl. de droit public, t. 283

HOEPFFNER (H.), La modification du contrat administratif, LGDJ 2009, bibl. de droit public, t. 260

HUBRECHT (H.-G.), Les contrats de service public, Thèse Bordeaux, 1980

JEZE (G.), Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics, (4 t.) Giard, 1927-1932-1934-1936

JEZE (G.), Principes généraux du droit administratif, tome 1, la technique juridique du droit public français 3^e édition de 1925, T. 1, rééd. Dalloz 2005,

JEZE (G.), Principes généraux du droit administratif, tome 3, le fonctionnement des services publics, 1926, Dalloz, rééd. 2011

JEZE (G.), Théorie générale des contrats de l'administration, Giard, 3^{ème} éd., 1934

KALFLECHE (G.), Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics, Thèse Paris II, 2004

LAFERRIERE (E.), Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Berger-Levrault 1888

LLORENS (F.), Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif), LGDJ 1981, Bibl. droit publ. t. 139

LOMBARD (M.), Le rôle de la bonne et mauvaise foi en droit administratif français, thèse Strasbourg III, 1978

MARCUS (L.), L'unité des contrats publics, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2010

MARTIN (J.), Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs, thèse Paris 2, 2008

MESTRE (J.-L.), Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de province, LGDJ 1976, bibl. de droit public

PEQUIGNOT (G.), Théorie générale du contrat administratif, Paris, Pédone, 1945

RICHER (L.), L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire, LGDJ, 2009

SIRINELLI (J.), Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne, Une contribution à l'étude du droit administratif européen, LGDJ 2011, Bibl. de droit public, t. 266

SOURZAT (L.), Le contrat administratif résilient, LGDJ, bibl. de droit public, t. 308, 2019

UBAUD-BERGERON (M.), La mutabilité du contrat administratif, thèse Montpellier I 2004, spéc. p. 381

VIDAL (L.), L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative, Bruylant, 2005

ZIANI (S.), Du service public à l'obligation de service public, LGDJ 2015, Bibl. de droit public, tome 285

III. Ouvrages collectifs

AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), CHEVALIER (E.) (dir.), Traité de droit administratif européen, Bruylant, coll. Administrative law / Droit administratif, 2e éd. 2014

BOTTINI (F.) (dir.), Néolibéralisme et droit public, Mare et Martin, 2017

BOUHIER (V.), RICCARDI (D.), L'exécution des contrats administratifs, Le Moniteur 2018

BOZZO-REY (M.), CARNOYE (L.), DELALIEUX (G.) (dir.), Responsabiliser l'achat public ? Entre théories et pratiques, Presses Universitaires du Septentrion, Coll. Capitalismes, éthique, institutions

CATALA (N.) (dir.), L'Europe et les marchés publics, Eyrolles, 1994

DUBREUIL (C-A) (dir.), L'ordre public, Cujas 2013

GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (P.), Traité de droit administratif, Dalloz 2011, t. 2

MALARET GARCIA (E.) (dir.), La portée du contrôle juridictionnel des décisions adoptées par les autorités à composition technique, Thomson Civitas, (Ouvrage à paraître en 2019)

IV. Mélanges

Mélanges L. Julliot de la Morandière, Dalloz 1964

Etudes offertes à Jacques Flour, Defrénois, 1979

Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges Jeanneau, Dalloz 2002

Contrats publics. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal, PUM 2006

Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz 2007

Mélanges en l'honneur de Laurent Richer, LGDJ 2013

L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, Dalloz 2015

V. Articles et contributions

ALLAIRE (F.), « Dépasser le droit des marchés publics », AJDA 2009, p. 1696

AMILHAT (M.), « Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique », AJDA, 2019, p. 793

AMILHAT (M.), « Le régime de la modification des contrats de concession et des marchés publics : La mutabilité des contrats et la logique concurrentielle » ; Journal du Droit Administratif (JDA), 2017, Dossier 05 : « La réforme de la commande publique, un an après : un bilan positif ? » (dir. Hœpffner, Sourzat & Friedrich) ; Art. 220

AMILHAT (M.), « Liberté contractuelle, contrats publics et rôle du juge », in E. Malaret Garcia (dir.), La portée du contrôle juridictionnel des décisions adoptées par les autorités à composition technique, Thomson Civitas, (Ouvrage à paraître en 2019)

AMILHAT (M.), « Vers un droit public responsable ? De la règle de droit à son idéologie politique », in M. Bozzo-Rey, L. Carnoye, G. Delalieux (dir.), Responsabiliser l'achat public ? Entre théories et pratiques, Presses Universitaires du Septentrion, Coll. Capitalismes, éthique, institutions (à paraître)

AMILHAT (M.), ROSA (A.) et SAISON (J.) (dir.), « La contractualisation en droit public : bilan et perspectives », RFDA 2018, n°1 et 2

AMSELEK (P.), « La compensation entre les dettes et les créances des personnes publiques », RDP 1988, p. 1485

ANTOINE (J.), « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties », RFDA 2004, p. 80

AUBY (J.-B.), « La bataille de San Romano, réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », AJDA 2001, p. 912

BAHOUALA (M.) et DIDRICHE (O.), « Sécuriser le choix des associations subventionnées », AJCT 2018, p. 566

BENOIT (F.-P.), « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », JCP G 1963, I, 1775

BOUL (M.), « Une certitude et des doutes sur la sélection des occupants privatifs du domaine privé », DA 2019, comm. 21

BOULOUIS (N.), « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », RFDA 2014, p. 617

BOULOUIS (N.), « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », RFDA 2014, p. 617

BOULOUIS (N.), « Regards d'un rapporteur public du côté du droit privé des contrats », AJDA 2009, p. 921

BOULOUIS (N.), MELLERAY (F.) et NOGUELLOU (R.), « Contrats publics, contrats privés. Convergences et divergences après la réforme du droit des contrats », Cahiers de droit de l'entreprise 2018, n°5, entretien 5

BRECHON-MOULENES (C.), « Liberté contractuelle des personnes publiques », AJDA 1998, p. 643

BRENET (F.), « Existe-t-il des principes généraux gouvernant l'exécution des contrats de la commande publique », in V. Bouhier, D. Riccardi, L'exécution des contrats administratifs, Le Moniteur 2018, p. 209

BRENET (F.), « La théorie du contrat administratif. Evolutions récentes », AJDA 2003, p.919

BRENET (F.), « Les contrats administratifs », in P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka, Traité de droit administratif, Dalloz 2011, t. 2, p. 217

BUY (F.) et DUBREUIL (C.-A.), « Regards croisés droit public / droit privé : Théorie de l'imprévision, parle-t-on de la même chose ? », JCP A 2014, n°43, 2295

CARON (M.), « Le recodage du droit public français par le néolibéralisme économique : de la théorie à la pratique », in F. Bottini (dir.), Néolibéralisme et droit public, Mare et Martin, 2017, p. 45

CARPANO (E.), « Le droit administratif est-il perméable à la bonne foi ? », DA 2005, ét. 2

CLAMOUR (G.), « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal, PUM, 2006, vol. II, p. 637

CLAMOUR (G.), « Le sort des contrats domaniaux », RFDA 2016, p. 270

CLAMOUR (G.), « Service public et contrat public », in *Le service public*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires 2014, p. 237

CLOUZOT (L.), « La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude », *RFDA* 2010, p. 937

DE LAUBADERE (A.), « Du pouvoir de l'administration d'imposer des changements aux dispositions des contrats administratifs », *RDP* 1954, p. 36

DEGUERGUE (M.), « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », in *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz 2015, p. 131

DELVOLVE (P.), « L'extension de la concurrence dans les marchés publics », in N. Catala (dir.), *L'Europe et les marchés publics*, Eyrolles, 1994, p. 1

DELVOLVE (P.), « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *RDI*, 2003, p. 481

DELVOLVE (P.), « Les contrats publics dans le désordre », *RDC* 2006, p. 951

DELVOLVE (P.), « Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif », *RFDA* 2016, p. 613

DONIER (V.), « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA* 2006, p. 1219

DOURLENS (N.) et DE MOUSTIER (R.), « Les clauses de résiliation dans les contrats publics », *Contrats-Marchés publ.* 2014, pratique 2

DRAGO (R.), « La notion d'obligation : droit public et droit privé », in F. Terré (dir.), *L'obligation*, *Archives de philosophie du droit* 2000, n°44, p. 43

DREYFUS (J.-D.), « Code de la commande publique : éléments communs aux contrats de la commande publique et codification de la jurisprudence », *AJCT* 2019, p. 120

DUMEZ (H.), JEUNEMAITRE (A.), « L'Etat et le marché en Europe. Vers un Etat de droit économique ? », *Revue française de science politique*, 1992, n°2, p. 263

ECKERT (G.), « Code de la commande publique : la sécurité juridique au service de l'efficacité économique ? », *Contrats-Marchés publ.* 2019, repère 1

ECKERT (G.), « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats-Marchés publ.* 2010, étude 9

EMORINE (A.), « Nouvelle commande publique et environnement. L'écoresponsabilité gagne du terrain », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 6, Novembre 2016, dossier 48

EMORINE (A.), « Nouvelle commande publique et environnement. L'écoresponsabilité gagne du terrain », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 6, Novembre 2016, dossier 48

FLEURY (T.), « La liberté contractuelle des personnes publiques », *RFDA* 2012, p. 231

FORT (F.-X.), « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, *PUM*, 2006, vol. I, p. 27

FOURMON (A.) « Les clauses environnementales dans les marchés publics », Energie-Environnement-Infrastructures 2017, prat. 2

GADHOUN (P.-Y.), « Une seconde jeunesse pour la notion d'économie du contrat », in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal, PUM 2006, t.1, p. 249

GAUDEMET (Y.), « Existe-t-il une catégorie d'agents publics contractuels de l'administration », AJDA 1977, p. 614

GAUDEMET (Y.), « Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrais et faux procès », in Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges Jeanneau, Dalloz 2002, p. 473

GAUDEMET (Y.), « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », BJCP 2004, p. 331

GAUDEMET (Y.), « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », RDP 2010, p. 313

GIRAUD (C.), « Pour en finir avec le principe de prohibition des libéralités publiques », JCP A 2019, 2128

GUIBAL (M.), « Codification et simplification du droit des marchés publics », AJDA, 1994, n°spécial, p.6

GUIBAL (M.), « Droit public des contrats et concurrence : le style européen », JCP 1993, I., 3667

GUIBAL (M.), « Droit public des contrats et concurrence : le style européen », JCP G, 1993, n°15, p.161

GUIBAL (M.), « Le dualisme des contrats passés entre personnes publiques et personnes privées », JCP E 1993, n°32, p. 26

HASTINGS-MARCHADIER (A.), « Les contrats de droit privé des personnes publiques et la liberté contractuelle », AJDA 1998, p. 683

HAURIOU (M.), « L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales », in Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté, 1933, Centre de Philosophie Politique Et Juridique, Université de Caen, rééd. 1986, p. 130

HOEPFFNER (H.) et TERNEYRE (P.), « La place des principes dans le code de la commande publique », p. 206

HOEPFFNER (H.), « Exécution des marchés publics », Contrats-Marchés publ. 2019, dossier 7

HOEPFFNER (H.), « L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », Contrats-Marchés publ. 2014, dossier 16

HOEPFFNER (H.), « La modification des contrats », RFDA 2016, p. 280

HOEPFFNER (H.), « Le pouvoir de contrôle et de direction de l'Administration dans les contrats administratifs », in V. Bouhier, D. Riccardi (dir.), L'exécution des contrats administratifs, Le Moniteur 2018, p. 65

HOEPFFNER (H.), KLEIN (J.), « Les adages communs au droit public et au droit privé », RFDA 2014, p. 201

HUBRECHT (H-G.) et MELLERAY (F.), « L'évolution des catégories notionnelles de la commande publique. Retour sur les contrats de service public », in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal, PUM 2006, t. 1 p. 809

JANICOT (L.), « L'ordre public dans les contrats administratifs », in C.-A. Dubreuil, L'ordre public, Cujas 2013, p. 61

KALFLECHE (G.), « Secteur public et concurrence : la convergence des droits, A propos des droits de la concurrence et de la commande publique », AJDA 2007, p. 2420.

KARPENSCHIF (M.), « Vers une définition communautaire du service public », RFDA 2008, p. 65

KERLEO (J.-F.), « L'encadrement de l'exécution des marchés publics par le droit de l'Union européenne - Réflexions sur la proposition de directive relative à la passation des marchés publics », Contrats-Marchés publ. 2013, étude 1

L'HUILLIER (J.), « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration », D. 1953, chron. P. 87

LAFAIX (J.-F.), « La codification et la fin des contrats », RFDA 2019, p. 227

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « La catégorie des contrats de service public a-t-elle encore un avenir ? », Contrats-Marchés publ. 2018, repère 5

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « La commande publique, instrument stratégique au service des politiques publiques », Contrats-Marchés publ. 2017, repère 10

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « La commande publique, instrument stratégique au service des politiques publiques », Contrats-Marchés publ. 2017, repère 10

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « La théorie administrative de l'imprévision est-elle dépassée ? », Contrats-Marchés publ. 2018, repère 3

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « La théorie administrative de l'imprévision est-elle dépassée ? », Contrats-Marchés publ. 2018, repère 3

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Le droit des contrats publics en miettes », Contrats-Marchés publ. 2005, rep. 1

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Le régime d'ordre public des contrats administratifs », Contrats-Marchés publ. 2017, repère 5

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Quel avenir pour les AOT et les BEA après l'ordonnance du 23 juillet 2015 ? », Contrats-Marchés publ. 2016, repère 1

LLORENS (F.), « Quel rôle pour la notion de service public dans le droit des contrats administratifs », Mél. Serge Regourd, Inst. Univ. Varenne, 2019, p.683

LOMBARD (M.), « L'impact du droit de l'Union européenne sur le service public », in J.-B. Auby, J. Duheil de la Rochère, E. Chevalier (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, coll. Administrative law / Droit administratif, 2e éd. 2014, p. 1180

MARCOU (G.), « Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales », *AJDA* 2003, p. 982

MARCOVICI (E.), « André de Laubadère, théoricien du droit des contrats administratifs », *RFDA* 2010, p. 1240

MAUGÜE (C.) et ROUSSEL (S.), « La codification de la jurisprudence dans le code de la commande publique : jusqu'où ? », p. 213

MELLERAY (F.) et NOGUELLOU (R.), « La codification des règles jurisprudentielles », *AJDA* 2019, p. 381

MELLERAY (F.), « Retour sur la jurisprudence Béziers II », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz 2015, p. 377

MODERNE (F.), « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle », *RFDA* 2006, p. 2

MONGOUACHON (C.), « L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences* n°4 -2011, p. 70

MOREAU (D.), « Les risques de requalification des subventions aux associations en marchés ou en délégations de service publics », *AJDA* 2002, p. 902

NICINSKI (S.), « Les associations et le droit administratif : plaidoyer pour la convention d'objectifs et de moyens », *DA* 2006, étude 11

NOGUELLOU (R.), « L'exécution des contrats de concession », *AJDA* 2016, p. 1008

PLESSIX (B.), « De Craponne à Bordeaux », *DA* 2016, repère 5

PLESSIX (B.), « La part de la doctrine dans la création du droit des contrats administratifs », *Revue de droit d'Assas* 2011, n° 4, p. 46

PLESSIX (B.), « Le droit à l'erreur et le droit au contrôle », *RFDA* 2018, p. 847

PONTIER (J.-M.), « Catégories en miroir : subventions, délégations de service public, marché public », in *Mélanges en l'honneur de Laurent Richer*, LGDJ 2013, p. 263

PONTIER (J.-M.), « Contractualisation et libre administration », *RFDA* 2018, p. 201

PONTIER (J.-M.), « La liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* 2013, p. 837

PONTIER (J.-M.), « L'obscur clarification de la politique des subventions », *AJDA* 2018, p. 2172

POULET-GIBOT LECLERC (N.), « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », RFDA 1999, p. 551

POURCEL (E.), « Avenants, décisions de poursuivre, sujétions techniques imprévues, marchés complémentaires... : « vit et non vit » ? », Contrats-Marchés publ. 2017, étude 10

RAKOTONDRAHASO (F. T.), « L'indemnisation dans la résiliation des contrats administratifs », Contrats-Marchés publ. 2014, étude 1

RAPP (L.), « Conventions de terminal et concessions de service », AJDA 2019, p. 1017

RAPP (L.), Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », Contrats-Marchés publ. 2008, étude 7

RICCARDI (D.), « Les transformations des régimes d'inexécution des contrats administratifs », RFDA 2018, p. 929

RICHER (L.), « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », Contrats-Marchés publ. 2015, étude 2

RICHER (L.), « Les marchés publics à l'aune de la réforme du droit des contrats », CP-ACCP 2016, p. 20

ROBLOT-TROIZIER (A.), « Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », RFDA 2007, p. 990

ROUX (C.), « Le « droit à l'erreur » », DA 2018, alerte 1

RUIZ-JARABO COLOMER (D.), « L'engagement contractuel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 370

SALON (G.), « Gaston Jèze et la théorie générale des contrats administratifs », Rev. Hist. Fac. Dr. 1991, n° 13, p. 71, spéc. p. 85

SEUBE (J.-B.), « Contrats privés - contrats administratifs : points de convergence ? », in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal, vol. I, PUM 2006, p. 367

SYMCHOWICZ (N.), « L'introuvable droit au maintien de l'équilibre financier dans les contrats administratifs », in Mélanges en l'honneur de Laurent Richer, LGDJ 2013, p. 463

TERNEYRE (P.), « Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs », in Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz 2007, p. 803

TESSON (F.), « L'adaptation continue de la jurisprudence administrative aux contentieux économiques », RFDA 2019, p. 87

UBAUD-BERGERON (M.), « Passation et exécution : le code de la commande publique innove-t-il ? », p. 219

WALINE (M.), « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'Etat », in Mélanges L. Julliot de la Morandière, Dalloz 1964, p. 631

WALINE (M.), « L'évolution récente des rapports de l'État avec ses cocontractants », RDP 1951, p. 27

WEIL (P.), « Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés », in Mélanges Stassinopoulos, LGDJ 1975, p. 217

YOLKA (P.), « Penser le droit administratif autrement ? », AJDA 2019, p. 1622

VI. Rapports, Etudes, Communications, Avis et Documents assimilés

CE, avis, 29 juillet 2002, Société Maj Blanchisseries de Pantin

CE, Rapport public 2008. Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, La documentation française, 2008

Commission européenne, communication du 3 octobre 2017 au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe, COM(2017) 572 final

CE, avis, 28 mai 2019, n°428040

VII. Conclusions et notes

AGRESTA (S.) et HUL (S.), note sous CE, 12 septembre 2018, Syndicat intercommunal des ordures ménagères de la vallée de Chevreuse, AJDA 2018, p. 2246

AUBY (J.-M.), CE, 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, RDP 1984, p. 212

AZIBERT (M.) et BOISDEFFRE (M.), note sous CE, ass., 2 février 1987, Société TV6 et a., AJDA 1987, p. 314

BLUM (L.), concl. sur CE, 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, D. 1912, III, 49

BOURDON (P.), note sous CE, 27 février 2015, Commune de Béziers, AJDA 2015, p. 1482

BOURDON (P.), note sous CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Département de Tarn-et-Garonne, JCP G 2014, doct. 732

BRACONNIER (S.), note sous CE 14 octobre 2015, Société Applicam, RDI 2015, p. 581

BRACONNIER (S.), note sous CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Département de Tarn-et-Garonne, RDI 2014, p. 344

BRENET (F.) et MELLERAY (F.), note sous CE, sect., 21 mars 2011, DA 2011, comm. 46

BRENET (F.), note sous CE, 19 juillet 2011, Commune de Limoges, DA 2011, comm. 38

BRENET (F.), note sous CE, 1^{er} octobre 2013, Société Espace Habitat Construction, DA 2013, comm. 80

BRENET (F.), note sous CE, 27 février 2015, Commune de Béziers, DA 2015, comm. 40

BRENET (F.), note sous CE, 4 mai 2011, CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan, DA 2011, comm. 67

BRENET (F.), note sous CE, ass., 19 juillet 2011, Vayssière c/ Commune de Montreuil-sous-Bois, DA 2011, comm. 92

BRENET (F.), note sous CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Département de Tarn-et-Garonne, DA 2014, comm. 36

CHAMARD-HEIM (C.), note sous CE, 19 juillet 2011, Commune de Limoges, JCP A 2012, 2013

CHEROT (J.-Y.) et TREMEAU (J.), note sous Cons. const. n° 2002-460 DC, 22 août 2002, AJDA 2002, p. 1059

COLSON (E.), note sous CE, 19 décembre 2012, Société AB Trans, DA 2013, comm. 42

CORNEILLE (M.), concl. sur CE 3 décembre 1920, Fromassol, RDP 1921, p. 81

CORTO-BOUCHER (E.), concl. sur CE, sect., 21 mars 2011, Commune de Béziers, RFDA 2011, p. 507

CORTOT-BOUCHER (E.), concl. sur CE, 27 février 2015, Commune de Béziers, BJCP 2015, p. 247

DACOSTA (B.), concl. sur CE, 19 juillet 2011, Commune de Limoges, BJCP 2011, p. 105

DACOSTA (B.), concl. sur CE, 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule, RJEP 2011

DACOSTA (B.), concl. sur CE, 4 juin 2014, Commune d'Aubigny-les-Pothées, BJCP n°96, p. 335

DACOSTA (B.), concl. sur CE, ass., 21 décembre 2012, Commune de Douai, BJCP 2013, p. 1365 ; RFDA 2013, p. 25

DACOSTA (B.), concl. sur CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Département de Tarn-et-Garonne, RFDA 2014, p. 425

DAUMAS (V.), concl. sur CE, 1^{er} octobre 2013, Société Espace Habitat Construction, BJCP 2014, p. 32

DE LAUBADERE (A.), note sous CE, 11 mai 1956, Société française de transports Gondrand frères, D. 1956, p. 433

DE LAUBADERE (A.), note sous CE, ass., 2 mai 1958, Distillerie de Magnac Laval, D. 1958, p. 730

DEGOFFE (M.), note sous CE, 30 juillet 2003, Commune de Lens, RDI 2004, p. 113

DELAUNAY (B.), note sous CE, ass., 9 novembre 2016, Société Fosmax, RFDA 2017, p. 111

DELVOLVE (P.), note sous CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Département de Tarn-et-Garonne, RFDA 2014, p. 438

DEUMIER (P.), note sous CE, ass., 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet, RTD civ. 2010, p. 58

DEVILLERS (P.), note sous CE, 1^{er} octobre 2013, Société Espace Habitat Construction, Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 322

DEVILLERS (P.), note sous CE, ass., 9 novembre 2016, Société Fosmax, *Contrats-Marchés publ.* 2017, comm. 25

DEVILLERS (P.), note sous TC, 14 novembre 2016, Association professionnelle des hôteliers, restaurateurs, limonadiers (APHRL) ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 35

DIDRICHE (O.), CJUE, 14 juillet 2016, aff. C-458/14 et aff. C-67/15, Promoimpresa, AJCT 2017, p. 109

DIDRICHE (O.), note sous CE 14 octobre 2015, Société Applicam, AJCT 2016, p. 40

DIDRICHE (O.), note sous CE, 8 octobre 2014, Société Grenke Location, AJCT 2015, p. 38

DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.), chronique de CE, ass., 19 juillet 2011, Vayssière c/ Commune de Montreuil-sous-Bois, AJDA 2011, p. 1667

DOURLENS (N.) et DE MOUSTIER (R.), note sous CE, 1^{er} octobre 2013, Société Espace Habitat Construction, BJCP 2014, p. 32

DREYFUS (J.-D.), note sous CE, 8 octobre 2014, Société Grenke Location, AJCA 2014, p. 327

DREYFUS (J.-D.), note sous CE, 14 févr. 2017, Société de manutention portuaire d'Aquitaine, AJ Contrat 2017. 184

DREYFUS (J.-D.), note sous CE, 19 juillet 2011, Commune de Limoges, AJDA 2011, p. 616

DREYFUS (J.-D.), note sous CE, 27 février 2015, Commune de Béziers, BJCL 2015, p. 381

DREYFUS (J.-D.), note sous CE, 30 juillet 2003, Commune de Lens, AJDA 2003, p. 1727

DREYFUS (J.-D.), note sous CE, avis, 29 juillet 2002, Société Maj Blanchisseries de Pantin, AJDA, 2002, p. 755

DREYFUS (J.-D.), note sous CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, c/ Republik Österreich, AJDA 2008, p. 2008

DURVIAUX (A.-L.), note sous CJUE, 8 juin 2017, aff. C-296/15, Medisanus, RTD eur. 2018, chron. p. 376

ECKERT (G.), note sous CAA Douai, 30 juin 2010, n° 08DA01191, Sté Électricité Réseau Distribution France (ERDF), Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 390

ECKERT (G.), note sous CAA Nantes, 30 mars 2018, Société OHM, Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 140

ECKERT (G.), note sous CE, 14 février 2017, Société de manutention portuaire d'Aquitaine, Contrats Marchés publ. 2017, comm. 99

ECKERT (G.), note sous CE, 19 décembre 2012, Société AB Trans, Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 29

ECKERT (G.), note sous CE, 19 juillet 2011, Commune de Limoges, Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 87

ECKERT (G.), note sous CE, 25 mai 2018, Société Philippe Védiaud Publicité, Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 165

ECKERT (G.), note sous CE, 27 février 2015, Commune de Béziers, Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 101

ECKERT (G.), note sous CE, 4 mai 2011, CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan, Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 216

ECKERT (G.), note sous CE, 5 mai 2010, Bernard, Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 260

ECKERT (G.), note sous CE, ass., 19 juillet 2011, Vayssière c/ Commune de Montreuil-sous-Bois, Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 301

ECKERT (G.), note sous CE, ass., 21 décembre 2012, Commune de Douai, Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 42

ECKERT (G.), note sous CE, ass., 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet, Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 164

ECKERT(G.), note sous CE 9 mars 2018, Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel, Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 120

ESCAULT (N.), concl. sur CE, 5 mai 2010, Bernard, BJCP 2010, p. 266

EVEILLARD (G.), note sous CE, ass., 21 décembre 2012, Commune de Douai, DA 2013, comm. 20

FATOME (E.) et MOREAU (J.), note sous CE, 6 mai 1985, Association Eurolat et Crédit Foncier, AJDA 1985, p. 620

FATOME (E.) et RICHER (L.), note sous CE, ass., 19 juillet 2011, Vayssière c/ Commune de Montreuil-sous-Bois, AJDA 2011, p. 2010

FATOME (E.), note sous CE, ass., 21 décembre 2012, Commune de Douai, AJDA 2013, p. 524

FATOME (E.), note sous Cons. const. n° 2003-473 DC 26 juin 2003, AJDA 2003, p. 1404

FAVOREU (L.), note sous Cons. const. n° 79-105 DC, 25 juill. 1979, RDP 1979, p. 1705

FEVROT (O.), note sous CE, ass., 19 juillet 2011, Vayssière c/ Commune de Montreuil-sous-Bois, RDI 2011, p. 628

FORNACCIARI (M.), concl sur CE, ass., 2 février 1987, Société TV6 et a., RFDA 1987, p. 29

FORNACCIARI (M.), concl. sur CE, sect., 31 mars 1989, Département de la Moselle, RFDA 1986, p. 466

FOULQUIER (N.), note sous CE, 1^{er} octobre 2013, Société Espace Habitat Construction, RDI 2014, p. 46

GEFFRAY (E.), concl. sur CE, ass., 19 juillet 2011, Vayssière c/ Commune de Montreuil-sous-Bois, RFDA 2011, p. 967

GEFFRAY (E.), concl. sur CE, ass., 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet, RFDA 2009, p. 449

GENEVOIS (B.), concl. sur CE, 6 mai 1985, Association Eurolat et Crédit Foncier, RFDA 1986, p. 21

GIACUZZO (J.-F.), note sous CE, 1^{er} octobre 2013, Société Espace Habitat Construction, AJDA 2013, p. 2275

GRIMAUD (P) et VILLEMAGNE (O.), note sous CE, 14 févr. 2017, Société de manutention portuaire d'Aquitaine, AJCT 2017. 282

HAULBERT (M.), note sous CE, 25 mai 2018, Société Philippe Védiaud Publicité, AJDA 2018, p. 1725

HAURIOU (M.), note sous CE, 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, S. 1911.3.1

HENRARD (O.), concl. sur CE, 12 novembre 2015, Société le jardin d'acclimatation, BJCP 2016, p. 143

HOEPFFNER (H), note sous CE 9 mars 2018, Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel, AJDA 2018, p. 1104

HOEPFFNER (H.), note sous CE, 3 mars 2017, n°398901, Commune de Clichy-sous-Bois, AJDA 2017, p. 1286, note H. Hoepffner

HOEPFFNER (H.), note sous CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH, c/ Republik Österreich, RFDA 2011, p. 98

HUL (S.), note sous CE 9 mars 2018, Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel, AJCT 2018, p. 390

HUL (S.), note sous CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Département de Tarn-et-Garonne, JCP A 2014, 2153

JEZE (G), note sous CE, 5 mai 1944, Compagnie maritime de l'Afrique Orientale, RDP 1944, p. 236

JEZE (G.), note sous CE, 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, RDP 1910, p.270

JOSSE concl. sur CE, 9 décembre 1932, Compagnie des Tramways de Cherbourg, rec. p. 1050

KAHN (J.) concl. sur CE, ass., 2 mai 1958, Distillerie de Magnac Laval, AJ 1958, II, p. 282

LAFAIX (J.-F.), note sous CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Département de Tarn-et-Garonne, RJEP 2014, comm. 31

LALLET (A.), note sous CE, sect., 21 mars 2011, Commune de Béziers, AJDA 2011, p. 670

LANZARONE (E.), note sous CE, sect., 19 décembre 2014, Commune de Propriano, AJCT 2015, p. 209

LAURENT (P.), concl. sur CE, 9 janvier 1957, Daval, AJDA 1957, II, 9

LE BOT (O.), note sous CE, 25 juin 2018, ADEME, JCP A 2018, chron. 2333

LEGAL (H.), LAMBERT (C.), et BELORGEY (J.-M.), note sous CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, Telaar Austria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH, AJDA 2001, chron. p. 329

LEGRAND (A.), note sous Cons. const. n° 79-105 DC, 25 juill. 1979, AJDA 1980, p. 191

LINDITCH (F.), note sous CE, sect., 21 mars 2011, JCP A 2011, 2171

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), note sous CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Département de Tarn-et-Garonne, Contrats-Marchés publ. 2014, repère 5

LLORENS (F.) et TERNEYRE (P.), note sous CE 16 févr. 1996, Syndicat intercommunal de l'arrondissement de Pithiviers, RDI 1996, p. 208

LLORENS (F.) et TERNEYRE (P.), note sous CE, 8 mars 1996, Commune de Petit-Bourg, RDI 1996, p. 318

LLORENS (F.), note sous CE, 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, RFDA 1984, p. 45

LLORENS (F.), note sous CE, 6 mai 1985, Association Eurolat et Crédit Foncier, RDP 1986, p. 21

LLORENS (F.), note sous CE, sect., 31 mars 1989, Département de la Moselle, RDP 1989, p. 1171

LLORENS (F.), note sous CJUE, 14 juillet 2016, aff. C-458/14 et aff. C-67/15, Promoimpresa, Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 291

LOMBARD (F.), note sous CE 9 mars 2018, Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel, RTD com. 2018, p. 623

LOMBARD (F.), note sous CE, 14 févr. 2017, Société de manutention portuaire d'Aquitaine, RTD com. 2017. 295

LOMBARD (F.), note sous CJUE, 14 juillet 2016, aff. C-458/14 et aff. C-67/15, Promoimpresa, RTD com. 2017. 51

LONG (M.), concl. sur CE, 11 mai 1956, Société française de transports Gondrand frères, AJDA 1956, II, p. 247

MADIOT (Y), note sous CE, 25 octobre 1996, Association Estuaire-Ecologie, RFDA 1997, p. 343

MARCANTONI (P), note sous CE, 12 novembre 2015, Société le jardin d'acclimatation, AJDA 2016, p. 911

MARTIN (J.), CE, 27 février 2015, Commune de Béziers, JCP A 2015, 2183

MAUBLANC (J.-V.), note sous CE, 14 févr. 2017, Société de manutention portuaire d'Aquitaine, AJDA 2017, p. 1453

MAUGUE (C.) et SCHWARTZ (R.), chron. de CE, 13 mai 1992, Ville d'Ivry-sur-Seine, AJDA 1992, p. 480

MELLERAY (F.), note sous CE, 8 octobre 2014, Société Grenke Location, AJDA 2015, p. 396

MELLERAY (F.), note sous CE, ass., 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet, DA 2009, comm. 85

MENEMENIS (A.), note sous CE, 30 juillet 2003, Commune de Lens, DA 2003, comm. 236

MENGOZZI (M. P.) concl. sur CJUE, 19 juin 2014, aff. C-574/12, Centro Hospitalar de Setúbal EPE

MODERNE (F.), note sous CE, 28 janvier 1998, Borg Warner, CJEG 1998, p. 69

NICINSKI (S.) et GLASER (E.), note sous CE, 3 décembre 2010, Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin, AJDA 2011, p. 18

NICINSKI (S.), JEANNENEY (P.-A.), et GLASER (E.), note sous CE, 5 juillet 2010, Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre, AJDA 2010, p. 1916

NICINSKI (S.), note sous CE, ass., 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet, AJDA 2009, p. 1747

NOGUELLOU (R.), note sous CE, ass., 9 novembre 2016, Société Fosmax, BJCP 2017, p. 3

NOGUELLOU (R.), note sous CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, c/ Republik Österreich, DA 2008, comm. 132 ; RDI 2008, p. 501

NOGUELLOU (R.), note sous CJUE, 14 juillet 2016, aff. C-458/14 et aff. C-67/15, Promoimpresa, AJDA 2016, p. 2176

ORSONGI (G.), note sous CE, sect., 19 décembre 2014, Commune de Propriano, RTD com. 2015, p. 73

ORSONI (G.), note sous CE, ass., 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet, RTD com. 2009, p. 699

ORSONI (G.), note sous TA Rouen, 28 août 1998, Société Renault, RTD com. 1999, p. 78

PAULIAT (H.), note sous CE, 1^{er} octobre 2013, Société Espace Habitat Construction, JCP A 2014, 2196

PELISSIER (G.), concl. sur CE 9 mars 2018, Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel, BJCP 2018, p. 254

PELISSIER (G.), concl. sur CE, ass., 9 novembre 2016, Société Fosmax, RFDA 2016, p. 1154

PELLISSIER (G.), concl. sur CE, sect., 19 décembre 2014, Commune de Propriano, rec. p. 393

PIETRI (J.-P.), note sous CAA Nancy, 13 février 2014, Société Véolia Eau, Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 118

PIETRI (J.-P.), note sous CAA Nancy, 2 avril 2015, Société Grenke Location, Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 141

PIETRI (J.-P.), note sous CE, 15 novembre 2017, Commune d'Aix-en-Provence c/ Société d'équipement du pays d'Aix, Contrats-Marchés publ. 2018, comm 15

PIETRI (J.-P.), note sous CE, 30 juillet 2003, Commune de Lens, Contrats-Marchés publ. 2003, comm. 172

PIETRI (J.-P.), note sous CE, 4 juin 2014, Commune d'Aubigny-les-Pothées, Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 232

PIETRI (J.-P.), note sous CE, 5 juillet 2013, Société Véolia Transport Valenciennes Transvilles, Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 262

PIETRI (J.-P.), note sous CE, sect., 21 mars 2011, Commune de Béziers, Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 150

PIVETEAU (D.), concl. sur CE, 25 juill. 2001, n° 229666, Commune de Gravelines, AJDA 2002, p. 46

PIVETEAU (D.), concl. sur CE, 30 juillet 2003, Commune de Lens, BJCP n° 31, 2003, p. 462

POUYAUD (D.), note sous CE, sect., 21 mars 2011, Commune de Béziers, RFDA 2011, p. 518

PRADA-BORDENAVE (E.), concl. sur CE, 21 décembre 2007, Région du Limousin, BJCP n°57/2008, p. 138

PROS-PHALIPPON (C.), note sous CE, 8 octobre 2014, Société Grenke Location, RFDA 2015, p. 47

PUGEAULT (S.), note sous CE, 8 octobre 2014, Société Grenke Location, D. 2015, p. 145

REES (Ph.), note sous CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Département de Tarn-et-Garonne, Contrats-Marchés publ. 2014, étude 5

RIBOULET, concl. sur CE, 27 juin 1919, Société du Gaz de Nice

RICHER (L.), note sous CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH, AJDA 2001, p. 106

ROUX (C.), note sous CE, 12 novembre 2015, Société le jardin d'acclimatation, AJDA 2016, p. 908

SCHOETTL (J.-E.), note sous Cons. const. n° 2003-473 DC 26 juin 2003, AJDA 2003, p.1391

SESTIER (J.-F.), note sous CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Département de Tarn-et-Garonne, JCPA 2014, 2152

SIBONY (A.-L.) et DEFOSSEZ (A.), chronique de CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, c/ Republik Österreich, RTD eur. 2009, p. 511

STAHL (J.-H.), concl. sur CE, 25 octobre 1996, Association Estuaire-Ecologie, RFDA 1997, p. 339

TOUZEIL-DIVINA (M.), note sous CE, ass., 19 juillet 2011, Vayssière c/ Commune de Montreuil-sous-Bois, D. 2011, p. 2375

UBAUD-BERGERON (M.), note sous CE, 12 novembre 2015, Société le jardin d'acclimatation, Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 16

UBAUD-BERGERON (M.), note sous CE, 25 juin 2018, ADEME, Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 198

UBAUD-BERGERON (M.), note sous CJUE, 8 juin 2017, aff. C-296/15, Medisanus, Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 228

VILA (J.-B.), note sous CE, 25 mai 2018, Société Philippe Védiaud Publicité, JCP A 2018, 2260

VILA (J.-B.), note sous CE, 19 juillet 2011, Commune de Limoges, JCP A 2011, 2101

VILA (J.-B.), note sous CE, ass., 21 décembre 2012, Commune de Douai, JCP A 2013, 204

ZIANS (A.), note sous CJUE, 14 juillet 2016, aff. C-458/14 et aff. C-67/15, Promoimpresa, RTD eur. 2017. 843

ZIMMER (W.), note sous CE, 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule, Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 7

ZIMMER (W.), note sous CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, c/ Republik Österreich, Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 186

VIII. Jurisprudence

CE, 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways

CE, 21 juillet 1917, Compagnie générale des automobiles postales

CE, 8 février 1918, Gaz de Poissy

CE, 27 juin 1919, Société du Gaz de Nice

CE 3 décembre 1920, Fromassol

CE, 3 février 1924, Grandchamp

CE, 3 avril 1925, Ville de Mascara
CE, 8 novembre 1932, Grandrieux
CE, 9 décembre 1932, Compagnie des Tramways de Cherbourg
CE, 9 janvier 1957, Daval
CE, 11 mai 1956, Société française de transports Gondrand frères
CE, 23 novembre 1956, Hereil
CE, ass., 2 mai 1958, Distillerie de Magnac Laval
CE, 23 mai 1962, Ministre des finances c/ Société financière d'exploitations industrielles
CE, 18 mars 1963, Cellier
Cons. const. n° 79-105 DC, 25 juill. 1979
CE, 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux
CE, 30 septembre 1983, Société Comexp
CE, 6 mai 1985, Association Eurolat et Crédit Foncier
CE, ass., 2 février 1987, Société TV6 et a.
CE, sect., 31 mars 1989, Département de la Moselle
CE, 13 mai 1992, Ville d'Ivry-sur-Seine
CE 16 février 1996, Syndicat intercommunal de l'arrondissement de Pithiviers
CE, 8 mars 1996, Commune de Petit-Bourg
CE, 25 octobre 1996, Association Estuaire-Ecologie
CE, 28 janvier 1998, Borg Warner
TA Rouen, 28 août 1998, Société Renault
CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH
CE, 25 juill. 2001, Commune de Gravelines
CJCE, ord., 3 déc. 2001, aff. C-59/00, Bent Moustén Vestergaard
Cons. const. n° 2002-460 DC, 22 août 2002
Cons. const. n° 2002-461 DC, 29 août 2002
Cons. const. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003
CE, 30 juillet 2003, Commune de Lens
CAA Nantes, 21 juin 2005, Société à responsabilité limitée Jual
CE, 21 décembre 2007, Région du Limousin
Trib. UE, 12 févr. 2008, T-289/03, BUPA e.a./Commission
CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, c/ Republik Österreich

CE, ass., 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet

CJUE, 20 avril 2010, C-265/08, Federutility e.a.

CE, 5 mai 2010, Bernard

CAA Douai, 30 juin 2010, n° 08DA01191, Sté Électricité Réseau Distribution France (ERDF)

CE, 5 juillet 2010, Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre

CE, 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule

CE, 3 décembre 2010, Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin

CE, sect., 21 mars 2011, Commune de Béziers

CE, 4 mai 2011, CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan

CE, 23 mai 2011, EPAD

CE, 19 juillet 2011, Commune de Limoges

CE, ass., 19 juillet 2011, Vayssière c/ Commune Montreuil-sous-Bois

CE, 19 décembre 2012, Société AB Trans

CE, ass., 21 décembre 2012, Commune de Douai

CE, 5 juillet 2013, Société Véolia Transport Valenciennes Transvilles

CE, 1^{er} octobre 2013, Société Espace Habitat Construction

CAA Nancy, 13 février 2014, Société Véolia Eau

CE, ass., 4 avr. 2014, Département de Tarn-et-Garonne

CE, 4 juin 2014, Commune d'Aubigny-les-Pothées

CE, 8 octobre 2014, Société Grenke Location

CE, sect., 19 décembre 2014, Commune de Propriano

CE, 27 février 2015, Commune de Béziers

CAA Nancy, 2 avril 2015, Société Grenke Location

CE 14 octobre 2015, Société Applicam

CE, 12 novembre 2015, Société le jardin d'acclimatation

Trib. UE, 19 avril 2016, T-44/14, Costantini e.a. / Commission,

CJUE, 14 juillet 2016, aff. C-458/14 et aff. C-67/15, Promoimpresa

CE, ass., 9 novembre 2016, Société Fosmax

TC, 14 novembre 2016, Association professionnelle des hôteliers, restaurateurs, limonadiers (APHRL)

CE, 14 févr. 2017, Société de manutention portuaire d'Aquitaine

CE, 3 mars 2017, n°398901, Commune de Clichy-sous-Bois

TA Paris, 23 mars 2017, Société « Alexandre III »

CJUE, 8 juin 2017, aff. C-296/15, Medisanus

CE, 15 novembre 2017, Commune d'Aix-en-Provence c/ Société d'équipement du pays d'Aix

CAA Nantes, 22 décembre 2017, Société Public Evénements

CE 9 mars 2018, Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel

CAA Nantes, 30 mars 2018, Société OHM

CE, 25 mai 2018, Société Philippe Védiaud Publicité

CE, 25 juin 2018, ADEME

CE, 12 septembre 2018, Syndicat intercommunal des ordures ménagères de la vallée de Chevreuse

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
PARTIE 1. LA MISE EN CAUSE DE LA THEORIE	6
TITRE 1. L’AFFIRMATION DE LOGIQUES CONCURRENTES	7
<i>Chapitre 1. La logique contractuelle : une logique dépassable</i>	<i>8</i>
Section 1. Le renforcement du contractuel	8
Section 2. La prédominance de la nature administrative du contrat	14
<i>Chapitre 2. La logique concurrentielle : une logique insurmontable ?.....</i>	<i>19</i>
Section 1. Une logique intégrée par le truchement des principes fondamentaux de la commande publique.....	20
Section 2. Une logique discutée et discutable.....	23
TITRE 2. LE DELITEMENT DU SERVICE PUBLIC	28
<i>Chapitre 1. Le maintien partiel de l’approche classique : le service public comme fondement.....</i>	<i>29</i>
Section 1. Un fondement théorique en partie confirmé	29
Section 2. Un fondement théorique inadapté.....	38
<i>Chapitre 2. Le développement d’une approche nouvelle : le service public comme élément second.....</i>	<i>42</i>
Section 1. Le dépassement du service public comme explication d’ensemble	42
Section 2. Le maintien du service public comme limite à la banalisation.....	50
PARTIE 2. LA REDEFINITION DE LA THEORIE	56
TITRE 1. UNE REDEFINITION INEVITABLE	57
<i>Chapitre 1. Une application malaisée au sein de la commande publique</i>	<i>58</i>
Section 1. Une application théoriquement admise	58
Section 2. Une application fortement limitée	64
<i>Chapitre 2. Un maintien relatif hors de la commande publique</i>	<i>71</i>
Section 1. Une permanence des règles	71
Section 2. Un champ d’application extrêmement réduit.....	76
TITRE 2. UNE REDEFINITION AMBITIEUSE.....	84
<i>Chapitre 1. La réaffirmation de la spécificité de l’action publique</i>	<i>85</i>
Section 1. Le choix d’un fondement : la prévalence de l’intérêt général	85
Section 2. Le choix du contenu : entre maintien et novation	90
<i>Chapitre 2. Le développement d’une théorie plus accessible</i>	<i>101</i>
Section 1. La nécessité actuelle d’une théorie pluri-niveaux.....	101
Section 2. L’opportunité de développer une théorie davantage cohérente	106
CONCLUSION	111
BIBLIOGRAPHIE	114
I. TRAITES, MANUELS, DICTIONNAIRES, ENCYCLOPEDIES	114
II. THESES ET MEMOIRES/MONOGRAPHIES	114
III. OUVRAGES COLLECTIFS	116
IV. MELANGES.....	117
V. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS.....	117
VI. RAPPORTS, ETUDES, COMMUNICATIONS, AVIS ET DOCUMENTS ASSIMILES.....	124
VII. CONCLUSIONS ET NOTES	124
VIII. JURISPRUDENCE	133
TABLE DES MATIÈRES	137