



La référence du droit en ligne



L'identification des contrats administratifs
(cours)

Table des matières

Table des matières	2
Introduction.....	3
I – Le critère organique : la présence d’une personne publique au contrat	4
Les contrats conclus entre une personne privée et une personne publique.....	4
Les contrats conclus entre deux personnes publiques	5
Les contrats conclus entre deux personnes privées	6
II - Les critères alternatifs	7
La participation à l’exécution même du service public.....	7
Les clauses exorbitantes du droit commun.....	8
Le régime exorbitant du droit commun	9

Introduction

A l'inverse de l'acte administratif unilatéral qui permet à l'Administration de prendre des mesures sans le consentement d'autrui, le contrat suppose, lui, un accord de volontés. Parmi ce type d'actes, l'on distingue les contrats de droit privé relevant du droit privé et de la compétence du juge judiciaire et les contrats administratifs soumis à des règles spécifiques et dont le contentieux relève du juge administratif. La question posée est donc de déterminer ceux des contrats noués par l'Administration qui présentent un caractère administratif. En la matière, la principale méthode de qualification des contrats résulte de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a élaboré deux critères cumulatifs d'identification. Le premier critère exige qu'une personne publique soit partie au contrat (I). Simple en apparence, ce critère fait d'objet de deux types de variantes. Ainsi, il existe une présomption d'administrativité des contrats conclus entre deux personnes publiques. Surtout, le juge admet que certains contrats sont administratifs, alors même qu'aucune personne publique n'est partie au contrat : c'est l'hypothèse où une personne privée a agit « pour le compte » d'une personne publique. A ce critère organique, le juge rajoute la réalisation de l'un des trois critères alternatifs (II). Ainsi, le contrat doit faire participer le cocontractant à l'exécution même du service public, ce critère s'appliquant aux contrats de délégation de l'exécution même du service public, à ceux conclus entre une personne publique gestionnaire d'un S.P.A. et ses usagers, ainsi qu'aux contrats d'engagements des personnels employés dans les SPA gérés par une personne publique. Ou bien, le contrat doit soit contenir des clauses exorbitantes du droit commun, soit être soumis à un régime exorbitant du droit commun : en d'autres termes, doivent s'appliquer des règles que l'on ne retrouverait pas dans le cadre des lois civiles et commerciales, ces règles étant contenues dans le contrat dans le premier cas, et posées par les lois ou règlements régissant le contrat dans la seconde hypothèse.

Il faut, cependant, noter, avant de poursuivre, trois hypothèses où la nature administrative du contrat ne résulte pas des critères jurisprudentiels, mais du législateur : on parle ici de contrats administratifs par détermination de la loi. C'est d'abord le cas des contrats relatifs à l'exécution de travaux publics en vertu de la loi du 28 Pluviôse An VIII, du fait de la forte imprégnation de cette matière par les procédés de la gestion publique. C'est aussi le cas des contrats comportant occupation du domaine public, comme par exemple l'occupation d'une terrasse pour l'exploitation d'un restaurant (décret-loi du 17 Juin 1938). C'est, enfin, le cas des marchés passés en application du Code des marchés publics depuis la loi du 11 Décembre 2001 portant mesures urgentes en matière économique et financière, dite loi MURCEFF. Ce dernier texte a eu pour conséquences d'accroître la compétence du juge administratif : ainsi, de nombreux actes de gestion courante, qui nécessitent le respect des règles dudit Code mais qui ne soulèvent que des questions de droit privé, comme par exemple la fourniture de mobilier de bureau, sont dorénavant des contrats administratifs.

I – Le critère organique : la présence d'une personne publique au contrat

La première condition nécessaire, mais non suffisante, pour qu'un contrat soit administratif est qu'une personne publique soit partie au contrat. De là, trois situations peuvent se présenter. Ainsi, il y a d'abord les contrats où une seule des parties est une personne publique. Lorsque le contrat est noué entre deux personnes publiques, celui-ci est affecté d'une présomption d'administrativité. Enfin, les contrats conclus entre deux personnes privées sont en principe de droit privé, mais le juge admet des exceptions à cette règle.

Les contrats conclus entre une personne privée et une personne publique

La présence d'une personne publique au contrat est une condition nécessaire pour qu'un tel acte soit qualifié d'administratif. Cette hypothèse soulève deux problèmes. D'abord, il peut arriver que la personne publique délègue à un mandataire le soin de signer le contrat à sa place (C.E., sect., 2/06/1961, *Leduc*). Dans cette hypothèse, le contrat est matériellement signé par une autre personne, mais juridiquement c'est la personne publique qui est considérée comme partie au contrat. C'est exactement la même chose que lorsqu'une personne donne mandat à une autre pour aller voter à sa place en cas d'empêchement. Cette hypothèse de l'action « au nom de » doit, cependant, être bien distinguée de l'action « pour le compte de » dans le cas de contrats conclus entre deux personnes privées. Ensuite, des problèmes se sont posés à propos des contrats conclus par une personne publique qui devient, par suite d'un changement de statut résultant, par exemple, d'une privatisation, une personne privée. En la matière, le Tribunal des conflits a considéré que les contrats postérieurs à ce changement de statut étaient des contrats de droit privé, tandis que les anciens contrats demeuraient des contrats administratifs (TC, 16/10/2006, Caisse centrale de réassurance).

Les contrats conclus entre deux personnes publiques

En la matière, jusqu'en 1983, ces contrats étaient régis par les mêmes règles que celles s'appliquant aux contrats entre une personne publique et une personne privée. L'un des critères alternatifs devait être rempli. Depuis cette date, ces contrats bénéficient d'une présomption d'administrativité, sans qu'il soit besoin que l'un des critères alternatifs soit rempli (TC, 21/03/1983, Union des Assurances de Paris). Cette présomption peut, cependant, être renversée lorsque le contrat ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé. C'est le cas, par exemple, des contrats d'abonnement à l'électricité signés entre les communes et Electricité de France : ces contrats, en effet, ne font pas naître des rapports différents de ceux existant entre ce service public industriel et commercial et ses usagers privés, par exemple une grande entreprise.

Les contrats conclus entre deux personnes privées

Deux hypothèses peuvent être distinguées : l'action « pour le compte » d'une personne publique, et la théorie de la personne privée transparente.

1 / Ces contrats sont normalement de droit privé, mais la jurisprudence admet que, lorsque l'une des personnes privées a agit « pour le compte » d'une personne publique, le contrat est administratif. Il faut bien sûr en plus que l'un des critères alternatifs soit rempli. Cette solution s'explique par le fait que la personne publique est indirectement présente par le biais de la personne privée, cette dernière ne faisant que servir d'intermédiaire. L'action de la personne privée se fait donc au profit de la personne publique. De fait, le critère organique est indirectement rempli. Consacrée à propos d'un contrat portant sur des travaux autoroutiers (TC, 8/07/1963, Société Entreprise Peyrot), cette jurisprudence fut, par la suite, appliquée à de multiples hypothèses. Ce qui caractérise la jurisprudence Société Entreprise Peyrot est le fait que, lorsque le contrat porte sur la construction des routes et des autoroutes, le contrat est toujours considéré comme conclu « pour le compte » d'une personne publique, car ce domaine appartient, par nature, à l'Etat. En revanche, dans les autres hypothèses, il y a lieu de rechercher concrètement en quoi l'une des deux personnes privées a agit « pour le compte » d'une personne publique.

2 / Dans son arrêt Commune de Boulogne Billancourt (CE, 21/03/2007), le Conseil d'Etat développe la théorie des personnes privées transparentes. Ainsi, lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique et que cette dernière en contrôle l'organisation et le fonctionnement, tout en lui procurant l'essentiel de ces ressources, la personne privée doit être regardée comme transparente. En d'autres termes, tout indique que la personne privée fonctionne comme n'importe quel service interne de la personne publique. C'est donc cette dernière qui est réputée avoir signé le contrat : c'est elle le véritable cocontractant. Une personne publique est donc indirectement partie au contrat. Dans l'affaire Commune de Boulogne Billancourt, l'association n'a aucune autonomie par rapport à la commune : cette dernière exerce un contrôle strict sur ses modalités d'organisation et de fonctionnement, et elle lui procure l'essentiel de ses ressources. Cette décision doit être rapprochée de celle rendue en section le 6 avril 2007 dans l'affaire Commune d'Aix-en-Provence. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat juge que les personnes publiques doivent être regardées comme gérant le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leur propre service.

II - Les critères alternatifs

Pour être administratif, le contrat doit, en plus, remplir l'un des trois critères alternatifs : il peut s'agir de la participation à l'exécution même du service public, de la présence, dans le contrat, de clauses exorbitantes du droit commun, ou encore de l'application d'un régime exorbitant du droit commun.

La participation à l'exécution même du service public

Ce critère a été originellement dégagé par l'arrêt Thérond (CE, 4/03/1910). Mais, ce dernier ne tranchait pas la question de savoir si, pour être administratif, le contrat devait, en plus, contenir des clauses exorbitantes du droit commun. La réponse à cette question est apportée en 1956 par le Conseil d'Etat qui, en plus de consacrer en tant que critère du contrat administratif la participation à l'exécution même du service public (C.E., sect., 20/04/1956, Epx. Bertin), marque le caractère alternatif des deux critères. Pour que ce critère soit rempli, cette participation doit être réelle, directe et immédiate. Par le contrat, la personne publique doit déléguer tout ou partie de l'exécution du service public. Cela ne sera pas le cas d'un contrat portant sur la fourniture de trombones. Dans cette hypothèse, la personne privée n'apporte aucune contribution réelle au service public. Celui-ci reste à la charge de la personne publique. Le lien entre le contrat et le service public doit donc être suffisamment étroit. Ce critère laisse, ainsi, au juge administratif une certaine liberté d'appréciation.

La jurisprudence Epx. Bertin concernait la délégation de l'exécution même du service public. Mais, deux autres hypothèses peuvent aussi être relevées. Ainsi, le Conseil d'Etat juge, au sujet des contrats conclus par une personne publique gestionnaire d'un S.P.A. et ses usagers, que ces contrats sont toujours des contrats administratifs, car ils constituent une modalité de l'exécution même du service public (C.E., sect., 20/04/1956, Cons. Grimouard). Aussi, à propos des contrats d'engagements des personnels employés dans les SPA gérés par une personne publique, la jurisprudence appliquait, par le passé, le critère issu de la jurisprudence Epx. Bertin. N'étaient, ainsi, qualifiés d'administratifs que les contrats ayant pour objet de faire participer le cocontractant à l'exécution même du service public (C.E., sect., 4/06/1954, Vingtain et Affortit). En raison de ses difficultés d'application, tenant notamment au fait que la nature du contrat pouvait varier selon l'évolution des fonctions de l'agent au cours du temps, ce critère fut abandonné au profit d'une position de principe en vertu de laquelle les contrats d'engagements des personnels employés dans les S.P.A. gérés par une personne publique sont toujours des contrats administratifs (T.C., 25/03/1996, Berkani c/ C.R.O.U.S. de Lyon-Saint-Etienne).

Les clauses exorbitantes du droit commun

C'est par un arrêt célèbre que le Conseil d'Etat a érigé la clause exorbitante du droit commun au rang de critère contrat administratif (CE, 31/07/1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges). Elle peut se définir comme la « clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales » (C.E., sect., 20/10/1950, Sieur Stein). Au terme des analyses du professeur Chapus, il faut, cependant, considérer qu'à côté des ces clauses qui ne se retrouvent pas dans les relations de droit privé, comme par exemple des clauses consentant des exonérations fiscales, existent des clauses simplement inégalitaires qui confèrent « à la personne publique, une position de supériorité par rapport au cocontractant » : par exemple, la clause qui prévoit le contrôle par un syndicat intercommunal du personnel et des tarifs d'un restaurant, celle qui prévoit l'obligation pour ce dernier de lui communiquer ses résultats financiers, ou encore celle qui prévoit un droit de résiliation unilatérale. A l'inverse, ne présente pas un caractère exorbitant du droit commun la clause qui institue des délais d'exécution ou des pénalités de retard ; en effet, ce type de clauses est fréquent dans les contrats entre particuliers. Dans ce type d'hypothèse, l'Administration se place « volontairement dans les conditions d'un particulier ... en effectuant une de ces opérations courantes que les particuliers font journallement, qui supposent des rapports contractuels de droit commun, et pour lesquels l'administration est réputée entendre agir comme un simple particulier » (L.Blum).

Plusieurs remarques peuvent être faites pour conclure sur ce point. D'abord, il faut bien garder à l'esprit que les contrats conclus entre les S.P.I.C. et leurs usagers restent des contrats de droit privé même s'ils contiennent des clauses exorbitantes du droit commun. Par ailleurs, la question s'est posée de savoir si la simple référence, dans un contrat, à un cahier des charges suffisait à établir l'existence d'une clauses exorbitante du droit commun, ou s'il fallait, pour que cela soit le cas, que le cahier des charges contienne lui-même une telle clause : le Tribunal des conflits a tranché en faveur de la seconde solution (TC, 5/07/1999, UGAP).

Le régime exorbitant du droit commun

Bien que d'application rarissime, la jurisprudence admet qu'un contrat soumis à un régime exorbitant du droit commun est un contrat administratif (C.E., sect., 19/01/1973, Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant). C'est, par exemple, le cas des contrats de fourniture d'électricité passés avec EDF par des producteurs privés ayant échappé à la nationalisation : en effet, EDF est obligée d'acheter l'énergie produite par ces derniers et selon certains tarifs ; par ailleurs, il est prévu l'intervention du ministre chargé de l'énergie en cas de désaccord entre les deux parties. Ce type de contrats est, on le voit, fortement marqué par les procédés de gestion publique. Cette « ambiance de droit public » rend, alors, ces contrats administratifs. Il faut, cependant, bien distinguer ce troisième critère de celui des clauses exorbitantes du droit commun. En effet, il s'agit ici de dispositions contenues dans les textes régissant le contrat, les lois ou les règlements, alors que les clauses sont des dispositions contenues dans le contrat lui-même.