



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*FORMATION DU CONTRAT ADMINISTRATIF*

MATHIAS AMILHAT ET FRANÇOIS BRENET

Référence de publication : Amilhat, Mathias et Brenet, François (2020) *Formation du contrat administratif*. JurisClasseur Contrats et marchés publics (Fasc. 12).

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

# FORMATION DU CONTRAT ADMINISTRATIF

Mise à jour du 17 juin 2022 - § 10 Possibilité pour une personne publique de contracter avant l'obtention de sa compétence

Mise à jour du 17 juin 2022 - § 77 Remboursement des dépenses utiles à la collectivité suite à l'annulation du contrat pour dol

## POINTS-CLÉS

- Les contrats administratifs occupent une place de plus en plus importante dans l'action publique et leur formation doit **concilier la liberté contractuelle avec d'autres impératifs** (V. n° 1 à 5).
- La formation du contrat administratif nécessite, en premier lieu que la personne publique **choisisse de contracter, ce qui pose la question de sa compétence** (V. n° 7 à 24 ). Une fois cette décision prise, elle devra **choisir le contrat** en fonction du cadre qui s'impose à elle (V. n° 25 à 27 ).
- Il est ensuite nécessaire de définir le **contenu** du contrat (V. n° 29 à 41 ) et sa **durée** (V. n° 42 à 52 ).
- Ces différentes étapes vont conduire la personne publique à **choisir son cocontractant** pour, enfin, **conclure le contrat** (V. n° 53 à 82 ). Toutefois, certaines **formalités postérieures** pourront également être imposées (V. n° 83 à 85 ).

## INTRODUCTION

## § 1 Place du contrat dans l'action publique

Le contrat est devenu un outil incontournable de l'action publique. Certes, les personnes publiques ont toujours eu recours au procédé contractuel mais, traditionnellement, c'est l'acte unilatéral qui était privilégié. Ce dernier permet en effet de faire prévaloir la volonté des personnes publiques sans qu'elle ne puisse véritablement être remise en cause par les destinataires de l'acte. Cela n'empêchait pas les personnes publiques de déléguer par contrat certaines activités – que l'on songe aux grands contrats de concession –, ni de passer des marchés pour subvenir à leurs besoins, essentiellement en travaux et en fournitures. Toutefois, l'unilatéralisme restait largement dominant et c'est la crise de l'État-providence survenue à partir des années 1970 qui a entraîné un véritable essor de l'utilisation du contrat. Désormais, le contrat tend à devenir l'outil privilégié de mise en œuvre des politiques publiques. Ceci s'explique par l'image dont dispose l'outil contractuel : il permettrait une meilleure prise en compte des intérêts individuels, une meilleure acceptation de la norme ou, encore, une meilleure efficacité de l'action publique. Dès lors, il faudrait « Promouvoir la civilisation du contrat » (*Conseil d'État, Rapport public 2008. Le contrat, mode d'action publique et de production de normes : Doc. fr., 2008, p. 229*) et reléguer l'acte unilatéral au second plan. Pour autant, la présentation qui est faite de l'outil contractuel n'est pas neutre et révèle une certaine vision de l'action publique. De plus, le phénomène de contractualisation ne repose pas uniquement sur de véritables contrats et il faut identifier, parmi les différents outils employés, ceux qui sont de véritables contrats susceptibles d'être qualifiés de contrats administratifs (*M. Amilhat, Contractualisation, négociation, consensualisme : nouvelles approches du droit public : RFDA 2018, p. 1, n° 1. – Plus largement, V. le dossier consacré à la contractualisation publié par la RFDA dans ses n° 1 et 2 en 2018*).

## § 2 Place des contrats administratifs parmi les contrats publics

Les contrats administratifs n'épuisent pas la catégorie des contrats passés par les personnes

publiques (et encore moins celle des contrats passés par les personnes de la sphère publique). Les personnes publiques peuvent en effet conclure aussi bien des contrats administratifs que des contrats de droit privé. De plus en plus, ce sont les textes qui permettent de déterminer la qualification des contrats en raison du développement des qualifications légales. Les critères jurisprudentiels de définition des contrats administratifs continuent toutefois d'être utilisés dans certaines hypothèses. Par ailleurs, contrairement à ce qui s'applique aux personnes publiques, il est extrêmement rare que des contrats administratifs soient conclus entre personnes privées : en principe la présence d'une personne publique au contrat est nécessaire (*T. confl.*, 3 mars 1969, *Sté Interlait : Lebon*, p. 682 ; *AJDA* 1969, p. 307, *concl. J. Kahn et note A. de Laubadère*), bien que le droit administratif admette certaines « semi-exceptions » qui laissent apparaître une personne publique « derrière » l'une des personnes privées contractantes. Ce sont donc les contrats administratifs passés par les personnes publiques qui seront envisagés dans ce fascicule, y compris ceux qui sont conclus entre personnes publiques.

### § 3 Importance des contrats administratifs spéciaux

Le droit des contrats administratifs apparaît de moins en moins comme une construction d'ensemble. Il s'apparente de plus en plus à un droit éclaté qui peine à trouver une forme d'unité. Ce droit connaît en effet un mouvement de spécialisation et les travaux de François Brenet ont mis en avant l'importance des contrats administratifs spéciaux avec la possibilité d'identifier une théorie des contrats administratifs spéciaux qui compléterait utilement la théorie générale des contrats administratifs (*F. Brenet, Recherches sur l'évolution du contrat administratif : Thèse Poitiers, 2002 ; La théorie du contrat, évolutions récentes : AJDA 2003, p. 919 ; Contrats administratifs, in P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka, Traité de droit administratif : Dalloz, 2011, p. 263*). Si cette approche marque une forme de renoncement à l'idée qu'il existerait une théorie générale en la matière, elle permet de comprendre que le droit des contrats administratifs repose désormais principalement sur certaines catégories de contrats qui obéissent, pour chacune d'entre elles, à des règles spécifiques. Parmi les catégories de contrats administratifs spéciaux, les contrats

qualifiés de contrats de la commande publique occupent une place prépondérante, qu'il s'agisse des marchés publics ou des contrats de concession. Mais il existe d'autres catégories de contrats administratifs, qu'il s'agisse des contrats d'occupation du domaine public ou privé des personnes publiques, des contrats de subvention, ou encore des contrats de recrutement des agents publics. Il est possible d'opérer des recoupements entre les catégories en fonction de leur soumission ou non aux exigences concurrentielles mais il est désormais de plus en plus difficile d'identifier un régime juridique commun à l'ensemble de ces contrats. L'étude de la formation du contrat administratif nécessite donc de tenir compte de ces limites et d'envisager ponctuellement certaines règles particulières qui ne concernent que certaines catégories de contrats administratifs spéciaux.

#### § 4 Rôle et limites de la liberté contractuelle dans la formation des contrats administratifs

Le contrat administratif a, en quelque sorte, une double nature contractuelle et administrative. En tant que contrat, il repose en principe sur la volonté des parties. Cette affirmation n'est pas si évidente qu'il n'y paraît car la nature contractuelle du contrat administratif a longtemps été discutée (V. par ex. *J. L'Huillier, Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ? : D. 1953, p. 87*). Ce n'est qu'au cours de l'entre-deux-guerres que le contrat administratif commencera à être envisagé comme un véritable contrat et, par la suite, la question de la reconnaissance d'une liberté contractuelle au profit a été posée. Sans trancher la question de son fondement, le Conseil d'État d'abord (*CE, sect., 28 janv. 1998, n° 138650, Sté Borg Warner : JurisData n° 1998-050011 ; Lebon, p. 20 ; Dr. adm. 1998, comm. 218 ; RDI 1998, p. 246, obs. F. Llorens et P. Terneyre ; CJEG 1998, p. 269, note F. Moderne*), mais surtout le Conseil constitutionnel ensuite (*Cons. const., 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, loi relative au secteur de l'énergie : JurisData n° 2006-400116 ; AJDA 2007, p. 192, note G. Marcou ; D. 2007, p. 1760, note M. Verpeaux ; RFDA 2006, p. 1163, note R. de Bellescize ; RFDA 2007, p. 564, note A. Levade*), ont clairement consacré l'existence d'une liberté contractuelle au bénéfice des personnes publiques. Elle se décline en plusieurs libertés avec, notamment, « la liberté de contracter ou de ne

pas contracter, [...] la liberté de choisir le contrat, c'est-à-dire de choisir le type de contrat, [...] la liberté de déterminer le contenu du contrat » et « la liberté de choisir son cocontractant » (*H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs : Dalloz 2016, p. 19-20* . L'auteure renvoie notamment à : *C. Maugué, Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs : AJDA 1998, p. 694* ). Pour autant, cette reconnaissance constitutionnelle ne signifie pas que la liberté contractuelle soit sans limites. Elle doit en effet s'accommoder du but d'intérêt général poursuivi par les personnes de la sphère publique et composer avec les autres règles et principes à valeur constitutionnelle, parmi lesquels on retrouve notamment les principes fondamentaux de la commande publique. Ainsi, la liberté d'accès, l'égalité de traitement et la transparence « paraissent au moins aussi importants pour les contrats publics que la liberté contractuelle » (*P. Delvolvé, Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif : RFDA 2016, p. 613*). De plus, le rôle de la liberté contractuelle en matière de contrats administratifs 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 » (*F.-X. Fort, Les aspects administratifs de la liberté contractuelle, in Mél. en l'honneur du professeur Michel Guibal, vol. I : PUM, 2006, p. 27, spéc. p. 33*). Les limites apportées à la liberté contractuelle se retrouvent donc aux différents stades de la vie des contrats administratifs, y compris au moment de sa formation. Il est donc nécessaire de préciser quelles sont les règles applicables pour mesurer l'étendue réelle de cette liberté.

## § 5 Plan

Afin d'étudier la formation du contrat administratif, il est possible de scinder la présentation en fonction des différentes étapes qui concourent à cette formation. Trois étapes peuvent ainsi être distinguées : la première correspond à la décision prise par la personne publique de contracter et permet donc de s'interroger sur sa capacité ainsi que sur le choix du type de contrat ; la deuxième s'intéresse aux règles qui s'imposent à la personne publique lorsqu'elle définit son contenu ; enfin,

la troisième étape correspond à l'étude des règles qui encadrent le choix cocontractant par la personne publique et la conclusion du contrat.

## **I. DÉCISION DE CONTRACTER ET CHOIX DU CONTRAT**

§ 6 Les personnes publiques ne sont pas entièrement libres dans leur décision de contracter ni dans le choix du type de contrat qu'elles souhaitent passer.

En effet les textes et la jurisprudence limitent la portée de la liberté contractuelle sur ce point.

### **A. COMPÉTENCE POUR CONTRACTER**

§ 7 L' article 1128 du Code civil fixe les conditions "*nécessaires à la validité d'un contrat*".

Parmi elles, il est exigé que les parties disposent de la "*capacité de contracter*". Cette condition s'applique dans le cadre de la conclusion des contrats administratifs mais, alors que la capacité du cocontractant personne privée devra être vérifiée (*V. n° 65 et s.* ), il n'est pas question de capacité mais de compétence pour les personnes publiques. La compétence des personnes publiques se vérifie à deux niveaux : du point de vue de la personne publique elle-même, et du point de vue de l'autorité administrative qui prend en charge la formation du contrat. Par ailleurs, les conséquences de l'incompétence ne sont pas les mêmes qu'en droit privé.

## 1° Compétence de la personne publique pour contracter

### § 8 Différents aspects de la compétence

De manière classique, la compétence des personnes publiques se vérifie à trois niveaux : d'un point de vue matériel – compétence *rationae materiae*, – d'un point de vue temporel – compétence *rationae temporis*, – et d'un point de vue territorial – compétence *rationae loci*. Il existe donc des règles générales de compétence mais, en pratique, la compétence varie d'une personne publique à l'autre en fonction de la catégorie à laquelle elle appartient. Enfin, il existe des règles particulières pour exercer certaines compétences.

## A) RÈGLES GÉNÉRALES DE COMPÉTENCE

### § 9 Compétence matérielle

La compétence *rationae materiae* implique de vérifier que la personne publique a l'initiative du contrat agit bien une matière qui relève de son champ de compétence. Or la compétence matérielle est particulièrement importante pour les personnes publiques, d'autant qu'en dehors de l'État ces dernières ne disposent pas de « la compétence de leur compétence ». Elles ne peuvent donc pas choisir quelles sont les matières dans lesquelles elles sont compétentes pour intervenir. La compétence matérielle est donc différente en fonction de la personne publique concernée (V. n° 12 à 15 ) et peut être examinée par le juge ( CE, 11 juin 2014, n° 362620 : *JurisData* n° 2014-012876 ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, comm. 231 , note P. Devillers : en l'espèce le Conseil d'État rejette l'argument fondé sur l'incompétence).



## § 10 Compétence temporelle

La compétence *rationae temporis* implique quant à elle de vérifier que la personne publique qui a conclu le contrat était bien compétente pour le faire au moment où ce contrat a été signé. Ainsi, « pour que le contrat soit valablement conclu, il doit avoir été signé par une autorité compétente au jour de cette signature » (*H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, préc. n° 4, p. 289*). Il est donc nécessaire de vérifier que ce contrat n'ait pas été conclu avant que la personne publique ne soit compétente pour le faire, ni après que cette dernière ait perdu sa compétence pour agir. La compétence *rationae temporis* n'implique pas de réelle différenciation en fonction de la personne publique concernée.

*Mise à jour du 17 juin 2022*

## § 10 Possibilité pour une personne publique de contracter avant l'obtention de sa compétence

Si, en principe, une personne publique ne peut prendre l'initiative de conclure un contrat si elle n'est pas encore compétente, le Conseil d'État admet qu'elle puisse le faire à certaines conditions ( *CE, 9 juin 2020, n° 436922, Métropole Nice Côte d'Azur : JurisData n° 2020-008957 ; mentionné au Recueil Lebon ; JCP A 2020, act. 360, obs. L. Erstein ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 231, obs. G. Eckert*). D'une part, doit exister une plus ou moins grande certitude que la personne publique devienne ultérieurement compétente pour signer le contrat. D'autre part, la personne publique doit, au moment où elle engage la procédure de passation, indiquer que le contrat ne sera signé qu'une fois la compétence obtenue. En l'espèce, une métropole avait engagé la passation de sous-concessions de plage et attribué certains lots à des sociétés, avant d'être elle-même concessionnaire des plages. Elle se prévalait des dispositions de l'article L. 2124-4 du Code général de la propriété des personnes publiques qui disposent que les concessions de plage sont attribuées par l'État en priorité aux métropoles. Saisi par des concurrents évincés, le juge du référé précontractuel avait annulé la procédure au motif de l'incompétence temporelle de la métropole ( *TA Nice, 5 déc. 2019, n° 1905398 : JurisData n° 2019-022712 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 65, note E. Muller*). Le Conseil d'État annule l'ordonnance du juge du référé pour erreur

de droit, dans la mesure où la personne publique avait indiqué que le contrat ne serait signé qu'une fois la compétence obtenue, et qu'il existait une probabilité importante pour que celle-ci le devienne. La Haute Juridiction renouvelle ainsi sa jurisprudence selon laquelle le juge du référé précontractuel de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative est le juge des obligations de publicité et de mise en concurrence, et qu'il ne peut se prononcer sur l'incompétence d'une personne publique ( *CE, 6 juin 1999, n° 198993, Sté Demathieu et Bard : Lebon T., p. 890 ; BJCP 1999, p. 640.* – *CE, 21 juin 2000, n° 209319, Synd. intercommunal de la côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise : JurisData n° 2000-060640 ; Lebon, p. 283 ; JCP G 2001, 1474 ; D. 2000, p. 232*). Cependant, une telle incompétence peut influencer sur les obligations de publicité et de mise en concurrence, notamment si la commission de délégation de service public est irrégulièrement composée ou si l'autorité qui passe le contrat n'est pas habilitée, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

## § 11 Compétence territoriale

La compétence *rationae loci* implique enfin de vérifier que la personne publique contractante est bien compétente pour agir sur le territoire concerné par l'objet du contrat. Cette compétence varie elle aussi en fonction de la personne publique concernée suivant, notamment, s'il s'agit d'une personne à compétence nationale. De plus, la compétence territoriale constitue une limite pour les autres personnes publiques. Ainsi, une collectivité territoriale ne peut pas conclure un contrat qui, pour sa mise en œuvre, implique de dépasser son territoire et d'empiéter sur le territoire d'une autre (par exemple, une commune ne peut pas conclure une concession de service public qui prévoirait que le service public objet du contrat s'exercerait également sur le territoire de la commune voisine). Cette limite territoriale ne concerne pas uniquement les collectivités territoriales : l'État, qui est en principe compétent pour agir sur tout le territoire national, « ne peut pas conclure de contrat relevant de la compétence territoriale d'une collectivité territoriale sans avoir recueilli son accord » (*H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, préc. n° 4, p. 289*).

## **B) COMPÉTENCE DES DIFFÉRENTES CATÉGORIES DE PERSONNES PUBLIQUES**

### **§ 12 Compétence de l'État**

L'État se distingue des autres personnes morales de droit public. Normalement il est compétent pour intervenir dans toutes les matières et sur tout le territoire car il n'est pas soumis au principe de spécialité. Toutefois cette compétence générale de l'État n'est pas sans limites : il ne peut intervenir que pour les activités qui ne sont pas « confiées à une autre personne morale de droit public » ou « réservées au secteur privé » (*G. Braibant, concl. sur CE, 29 avr. 1970, Sté Unipain : Lebon, p. 280 ; AJDA 1970, p. 430 , concl. G. Braibant ; RDP 1970, p. 1423, note M. Waline*). S'agissant des personnes publiques, le principe de libre administration explique que l'État ne puisse pas intervenir dans la sphère de compétence des collectivités territoriales mais, plus largement, ce sont les compétences de toutes les autres personnes publiques qui sont protégées, notamment celles des établissements publics ( *CE, 29 déc. 1995, n° 149437, Synd. CFDT du personnel du CNA-SEA*). S'agissant des personnes privées, l'État est soumis aux mêmes règles que l'ensemble des personnes publiques : le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence lui interdisent de prendre en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public, lequel peut notamment résulter de la carence de l'initiative privée ( *CE, ass., 31 mai 2006, n° 275531 , Ordre des avocats au Barreau de Paris : JurisData n° 2006-070219 ; Lebon, p. 272. – CE, 3 mars 2010, n° 306911, Dpt Corrèze : JurisData n° 2010-001164 ; Lebon T., p. 652*).

### **§ 13 Compétence des collectivités territoriales**

La compétence des collectivités territoriales est davantage circonscrite, tant du point de vue

matériel que du point de vue territorial. Leur compétence matérielle est définie par les textes et diffère en fonction du niveau de collectivité concerné. Ainsi, les communes continuent de bénéficier de la clause générale de compétence permettant au conseil municipal de régler par ses délibérations les affaires de la commune ( *CGCT, art. L. 2121-29* ). À l'inverse, les départements et les régions ne bénéficient plus de cette clause générale depuis l'entrée en vigueur de la loi NOTRe . Leurs compétences restent toutefois définies de manière suffisamment large, qu'il s'agisse des départements ( *CGCT, art. L. 3211-1* ) ou des régions ( *CGCT, art. L. 4221-1* ). Ainsi, les communes peuvent passer des contrats dans tous les domaines relevant de leur clause générale de compétence, à condition qu'ils présentent un intérêt public local. Comme l'État, elles ne peuvent toutefois pas empiéter sur les compétences expressément reconnues au profit d'une autre personne publique. Elles ne peuvent pas non plus porter atteinte à la liberté du commerce des opérateurs privés sans justifier d'un intérêt public résultant notamment de la carence de l'initiative privée ( *CE, ass., 31 mai 2006, n° 275531, Ordre des avocats au Barreau de Paris, préc. n° 12* ). Les départements et les régions ne peuvent quant à eux intervenir que dans les domaines de compétence qui leur sont reconnus par les textes, à condition également de ne pas fausser la concurrence et porter une atteinte non justifiée à la liberté du commerce et de l'industrie ( *CE, 3 mars 2010, n° 306911, Dpt Corrèze, préc. n° 12* ). Les limites liées à la compétence matérielle des collectivités territoriales rejoignent celles relatives à leur compétence territoriale. En effet une collectivité territoriale ne peut pas exercer ses compétences en dehors de son territoire.

## § 14 Compétence des collectivités territoriales pour candidater à l'attribution d'un contrat

La question de la compétence des personnes publiques se pose également lorsque ces dernières ne sont pas à l'initiative du contrat et qu'elles candidatent à l'attribution d'un contrat public passé par une autre personne publique ( *V. n° 68* ).

## § 15 Compétence des établissements publics

Les établissements publics obéissent au principe de spécialité : ce sont donc leurs statuts qui précisent quelles sont leurs domaines de compétence. Ainsi, les compétences des établissements publics varient fortement d'un établissement à l'autre. Du point de vue territorial, les établissements publics nationaux bénéficient d'une compétence étendue, tandis que les établissements publics locaux ont une compétence restreinte au territoire auquel ils correspondent. Toutefois, d'un point de vue matériel les établissements publics locaux disposent d'une compétence généralement plus étendue que les établissements nationaux (*F. Brenet, La spécialité, in « La compétence » : Litec, 2008, p. 79*). De plus, la jurisprudence retient une interprétation souple du principe de spécialité et admet que les établissements publics passent des contrats portant des activités complémentaires à leur mission statutaire principale si celle-ci est utile à leur mission principale ( *CE, sect., 18 déc. 1959, Delansorme : Lebon, p. 692 ; AJDA 1960, p. 213 , concl. Mayras. – CE, avis, 7 juill. 1994 : RFDA 1994, p. 1146, note S. Rodrigues*).

Par ailleurs, le développement des établissements publics de coopération intercommunale suscite d'intéressantes questions s'agissant de leurs compétences matérielles. Celles-ci sont prévues par le Code général des collectivités territoriales. Ainsi, lorsqu'un EPCI est créé, il devient compétent en lieu et place des communes membres s'agissant des compétences transférées. L'établissement exerce les compétences déléguées "au nom et pour le compte de la collectivité territoriale délégante" ( *CGCT, art. L. 1111-8* ).

## **C) RÈGLES PARTICULIÈRES DE COMPÉTENCE**

### § 16 Compétences exercées en commun par plusieurs collectivités

En principe, les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent exercer que les compétences matérielles qui leur sont attribuées dans les limites de leur compétence territoriale (*V. n° 9 à 11* ). Toutefois, lorsque l'objet d'un contrat porte sur une affaire commune à plusieurs

collectivités ou à plusieurs groupements, ils peuvent décider « de cosigner le contrat ou de conclure une convention de mise à disposition de moyens » en application de l' article L. 5111-1 du CGCT (L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs : LGDJ, 10e éd., 2016, p. 142*).

## § 17 Coopération décentralisée

La question de la compétence pour conclure un contrat se pose s'agissant des conventions de coopération susceptibles d'être conclues par des collectivités territoriales avec des entités étrangères. Au titre de l'action extérieure des collectivités territoriales, le Code général des collectivités territoriales les autorise, ainsi que leurs groupements, "*dans le respect des engagements internationaux de la France*", à "*mettre en œuvre ou soutenir toute action internationale annuelle ou pluriannuelle de coopération, d'aide au développement ou à caractère humanitaire*". Elles peuvent pour cela conclure des conventions "*avec des autorités locales étrangères*", celles-ci devant préciser "*l'objet des actions envisagées et le montant prévisionnel des engagements financiers*" ( CGCT, art. L. 1115-1 ). Cette possibilité est encadrée par les textes. Par ailleurs, les collectivités et leurs groupements ne peuvent conclure de telles conventions de coopération décentralisée "*avec un Etat étranger, sauf dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il s'agit d'un accord destiné à permettre la création d'un groupement européen de coopération territoriale, d'un groupement eurorégional de coopération ou d'un groupement local de coopération transfrontalière*" ( CGCT, art. L. 1115-5 ).

### 2° Habilitation de l'autorité administrative chargée de contracter

## § 18 Nécessité de l'habilitation

Lorsqu'une personne publique est compétente pour contracter, elle ne peut pas agir en tant que

telle en raison de sa nature : il s'agit d'une personne morale qui a besoin d'être représentée par une personne physique. C'est donc cette dernière qui va, matériellement pouvoir signer le contrat. Il faut alors que cette personne physique soit habilitée à signer le contrat : si ce n'est pas le cas le contrat sera illégal et le litige ne pourra pas être réglé sur le terrain contractuel ( *CAA Bordeaux*, 16 févr. 2018, n° 17BX01882 : *JurisData* n° 2018-004194 ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 97, obs. H. Hoepffner). En effet, la signature par une personne non habilitée entraîne la nullité du contrat, ce vice d'incompétence étant d'ordre public ( *CE*, 22 mai 1963, n° 45999, *Cie générale des pétroles français* : *AJDA* 1963, p. 554 ). L'habilitation à contracter se retrouve en droit privé et en droit public mais, « les publicistes, sans doute plus sensibles aux théories institutionnelles, font de la personne physique une des composantes de la personne morale, la composante "actante" en quelque sorte » ( *F. Rolin*, *L'habilitation pour contracter au nom d'une personne morale : confrontation du droit public et du droit privé*, note ss *CE*, 13 oct. 2004, n° 254007, *Cne Montélimar* : *JurisData* n° 2004-067353 ; *Lebon*, p. 369 ; *RDC* 2005, p. 425 . – Plus largement *V. F. Rolin*, *L'habilitation à contracter*, in *Mél. en l'honneur du Professeur Guibal*, vol. I, préc., p. 291). Les règles relatives à l'habilitation varient en fonction de la personne publique concernée.

## § 19 Habilitation à contracter pour l'État

Pour que l'État puisse conclure un contrat, il faut qu'il soit signé par une personne habilitée. En principe, ce sont les ministres qui sont habilités pour contracter au nom de l'État ( *CE*, 7 mai 1955, *Min. Finances* : *Lebon*, p. 257). Toutefois, cette compétence de principe connaît de nombreuses exceptions prévues par les textes qui se comprennent aisément. Ainsi, au niveau déconcentré les autorités habilitées à signer des contrats au nom de l'État sont généralement les préfets, de région ou de département ( *D.* n°2004-374, 29 avr. 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements : *JO* 30 avr. 2004, p. 7755 ). Il arrive que certains textes imposent que les contrats signés pour le compte de l'État soient approuvés par un texte. L'article 26 de la LOLF et l'article L. 3211-5 du Code général de la propriété des personnes publiques imposent ainsi qu'une loi approuve respectivement les contrats

d'emprunt de l'État et l'aliénation des bois et des forêts de ce dernier. Dans le même sens, l'article L. 122-4 du Code de la voirie routière impose une approbation par décret des contrats de concession d'autoroutes.

## § 20 Habilitation à contracter pour les personnes publiques spécialisées

Pour les collectivités territoriales et pour les établissements publics, la signature du contrat fait en principe intervenir deux autorités : l'organe délibérant, qui intervient en premier pour prendre la décision de contracter, et l'organe exécutif, qui interviendra dans un second temps pour signer le contrat. Pour autant, « ces décisions sont étroitement imbriquées au point qu'il est erroné de conclure que l'une d'elles conclut le contrat » (*H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, préc. n° 4, p. 291*). Il existe toutefois des exceptions au principe faisant intervenir à la fois l'organe délibérant et l'organe exécutif pour certains établissements publics. C'est notamment le cas pour les universités, les textes attribuant une compétence exclusive aux présidents de ces dernières (*C. éduc., art. L. 712-2, 2°*). En dehors des exceptions éventuelles, c'est donc le conseil d'administration – pour un établissement public – ou l'assemblée délibérante – pour une collectivité territoriale – qui sont compétents pour prendre la décision de contracter : ce sont donc ces instances qui autorisent la signature du contrat. En l'absence d'autorisation de l'organe délibérant, la signature du contrat est irrégulière et celui-ci est entaché d'incompétence (*CE, 31 juill. 1992, Sté Barchetta : Lebon, p. 307 ; D. 1993, p. 200, obs. P. Terneyre*). Dans certains domaines les textes prévoient que l'organe délibérant peut accorder la délégation d'une partie de ses pouvoirs à l'organe exécutif pour toute la durée de son mandat. Ainsi, en matière de marchés publics il est prévu que le maire peut être chargé par le conseil municipal “*de prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et des accords-cadres ainsi que toute décision concernant leurs avenants, lorsque les crédits sont inscrits au budget*” (*CGCT, art. L. 2122-22, 4°*). Des dispositions similaires existent au profit des présidents des conseils départementaux (*CGCT, art. L. 3221-11*) et des conseils régionaux (*CGCT, art. L. 4231-8*).



## § 21 Habilitation à contracter pour les personnes publiques spécialisées : irrégularités et régularisations

En dehors de l'hypothèse d'une délégation générale, les délibérations autorisant la signature du contrat doivent être précises et respectées : est illégal le contrat signé s'il est différent de celui qui a été autorisé par l'organe délibérant ( *CE*, 19 oct. 1973, *Sieur Patris d'Uckermann et Assoc.* « *Centre artistique et culturel Hebert-Uckermann* » : *Lebon*, p. 576), le contrat signé alors que les motifs réels de sa passation ont été dissimulés à l'organe délibérant ( *CE*, 1er oct. 1997, n° 133849, *Avrillier* : *AJDA* 1997, p. 815 ; *D.* 1998, p. 1, note *M. Dobkine*), ainsi que le contrat signé alors que l'autorisation était incomplète. C'est le cas lorsque l'autorisation ne se prononce pas sur « tous les éléments essentiels du contrat à intervenir », à savoir son objet, son montant et l'identité de son attributaire ( *CE*, sect., 23 avr. 1997, *Ville Caen* : *JurisData* n° 1997-050122 ; *Lebon*, p. 158 ; *Dr. adm.* 1997, comm. 196 ; *AJDA* 1997, p. 518, concl. *V. Péresse* ; *RTD com.* 1997, p. 639, obs. *G. Orsoni*. – *CE*, 13 oct. 2004, n° 254007, *Cne Montélimar* : *JurisData* n° 2004-067353, *D. Casas* : *Contrats-Marchés publ.* 2004, étude 10 ; *Contrats-Marchés publ.* 2004, comm. 224, note *G. Eckert* ; *AJDA* 2004, p. 2107, note *J.-D. Dreyfus*. – *CE*, 5 déc. 2005, n° 270948, *Ville Pontoy* : *JurisData* n° 2005-069365 ; *Lebon*, p. 548 ; *AJDA* 2005, p. 2433 ; *JCP A* 2006, 1009, concl. *E. Glaser*). Le Conseil d'État admet toutefois que la signature d'un contrat à la suite d'une délibération irrégulière parce que les élus ne disposaient pas d'une information suffisante sur les éléments du contrat soit régularisée par l'adoption d'une seconde délibération autorisant la signature d'un avenant au contrat initial ( *CE*, 20 mai 2016, n° 375779, *Assoc. Avenir d'Alet et a.* : *JurisData* n° 2016-009963 ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 185, obs. *H. Hoepffner*. – Sur cette question *V. J.-F. Lafaix*, *La régularisation en matière contractuelle* : *Contrats-Marchés publ.* 2017, étude 9 ). Dans le même sens, il accepte de ne pas annuler le contrat lorsqu'il apparaît que l'organe délibérant a donné son accord après la conclusion du contrat ( *CE*, 8 oct. 2014, n° 370588, *Cne Entraigues-sur-la-Sorgue c/ Sté l'Acrau* : *JurisData* n° 2014-023189 ; *Lebon T.*, p. 742 et 750 ; *JCP A* 2014, act. 809 ; *AJDA* 2015, p. 175, note *J. Martin* ; *BJCP* 2015, p. 59, concl. *B. Dacosta*. – *CE*, 9 juin 2017, n° 399581, *Sté Pointe à Pitre Distribution* : *JurisData* n° 2017-012726 ; *Contrats-Marchés publ.* 2017, comm. 223, obs. *H. Hoepffner* : dans cette seconde affaire le juge considère qu'aucun élément ne permet de révéler un accord ultérieur). Par ailleurs,

la décision de contracter – adoptée par l’organe délibérant – est supposée intervenir avant que le contrat ne soit signé. En combinant cette règle avec l’obligation de transmission des actes des collectivités territoriales, le Conseil d’État considérait qu’un contrat administratif signé avant la transmission de la délibération autorisant cette signature était entaché de nullité et n’était pas susceptible d’une régularisation ( *CE, avis, sect., 10 juin 1996, Préfet Côte-d’Or : Lebon, p. 198 ; D. 1997, p. 45, note F.-P. Benoît, p. 269, chron. N. Van Tuong, p. 113, obs. P. Terneyre ; RDI 1996, p. 562, obs. F. Llorens et P. Terneyre ; RFDA 1997, p. 83, note J.-C. Douence ; JCP G 1967, n° 40, note M.-C. Rouault ; Contrats-Marchés publ. 2004, p. 4, note E. Colson*). L’arrêt Commune de Béziers est venu mettre un terme à cette solution extrêmement sévère en considérant que le vice du consentement résultant de l’absence de transmission préalable « eu égard à l’exigence de loyauté des relations contractuelles, ne saurait être regardé comme d’une gravité telle que le juge doive écarter le contrat » et n’impose pas que le litige ne soit pas tranché sur un terrain contractuel ( *CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802, Cne Béziers : JurisData n° 2009-017292 ; Lebon, p. 509 ; RFDA 2010, p. 506, concl. E. Glaser, p. 520, note D. Pouyaud ; AJDA 2010, p. 142, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; Gaz. Pal. 14 mars 2010, p. 14, chron. B. Seiller ; Gaz. Pal. 2-3 avr. 2010, p. 15, note J.-L. Pissaloux ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 123, note Ph. Ress ; Contrats-Marchés publ. 2010, étude 3, J.-P. Pietri*).

## § 22 Délégation de pouvoir ou de signature

Quelle que soit l’autorité habilitée à signer le contrat et quelle que soit la personne publique concernée, une délégation de pouvoir ou de signature est possible si elle a été prévue par un texte et à condition qu’elle ait été publiée. Or, « en pratique, des délégations extrêmement nombreuses sont données en la matière aux fonctionnaires des administrations centrales et des services déconcentrés » (*L. Richer et F. Lichère, Droit des contrats administratifs, préc., p. 143*). De la même manière, des délégations sont prévues au sein des collectivités territoriales. Ainsi, dans les communes “*le maire est seul chargé de l’administration, mais il peut, sous sa surveillance et sa responsabilité, déléguer par arrêté une partie de ses fonctions à un ou plusieurs de ses adjoints*

*et, en l'absence ou en cas d'empêchement des adjoints ou dès lors que ceux-ci sont tous titulaires d'une délégation, à des membres du conseil municipal” ( CGCT, art. L. 2122-18 ). De plus, il peut donner délégation de signature “au directeur général des services et au directeur général adjoint des services de mairie ; au directeur général et au directeur des services techniques” et “aux responsables de services communaux” ( CGCT, art. L. 2122-19 ). Des dispositifs similaires sont prévus pour les présidents des conseils départementaux ( CGCT, art. L. 3221-3 ) et pour les présidents des conseils régionaux ( CGCT, art. L. 4231-3 ). Il convient toutefois de faire preuve d'une vigilance accrue pour vérifier que la délégation est régulière. En effet, un contrat est signé par une personne dont la délégation est irrégulière est entaché d'une nullité d'ordre public ( CE, 7 mai 1954, Min. Finances : Lebon, p. 257. – CE, sect., 13 juill. 1961, Sté d'entreprises générales et de travaux publics pour la France et les colonies : Lebon, p. 473 ; AJDA 1961, p. 458, concl. P. Nicolaj ; RDP 1962, p. 535, note Waline. – CE, 22 mai 1963, Cie générale des pétroles français, préc. n° 18).*

### 3° Conséquences de l'incompétence

#### § 23 Nullité du contrat

En principe, lorsqu'un contrat administratif est signé par une autorité incompétente il est considéré comme nul. Cela signifie donc que le cocontractant – même de bonne foi – ne pourra pas demander à la personne publique d'exécuter les obligations découlant de ce contrat. Attention toutefois, de tels contrats, « tout illégaux qu'ils soient, [...] peuvent [...] subsister dans l'ordre juridique, soit parce qu'aucun recours n'est déposé, soit parce que les règles du contentieux ne permettent pas de supprimer le contentieux » (*L. Richer et F. Lichère, Droit des contrats administratifs, préc., p. 137-138*).

## § 24 Responsabilité de la personne publique

Le cocontractant qui a signé un contrat entaché de nullité n'est pas dépourvu de moyens d'action (V. not. P. Bourdon, *Le préjudice contractuel en droit administratif* : Dr. adm. 2018, étude 6 ). Lorsque le contrat a commencé à être exécuté et que la personne publique a bénéficié de dépenses utiles, il peut demander leur remboursement sur le fondement de l'enrichissement sans cause ( CE, sect., 20 oct. 2000, n° 196553, Sté Citécable Est : JurisData n° 2000-061173 ; Lebon, p. 457. – CE, sect., 10 avr. 2008, n° 244950, 284439 et 284607, Sté Decaux et Dpt Alpes maritimes : JurisData n° 2008-073381 ; Lebon, p. 151, concl. B. Dacosta ; BJCP 2008, p. 280 , concl., note R. S. ; AJDA 2008, p. 1092 , chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau). De plus, si l'annulation du contrat révèle une faute de la personne publique, il peut engager sa responsabilité pour faute « si le préjudice allégué présente un caractère certain et s'il existe un lien de causalité direct entre la faute de l'Administration et le préjudice » ( CE, 6 oct. 2017, n° 395268, Sté Cegelec Sud-Ouest : JurisData n° 2017-019412 ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 285 , note M. Ubaud-Bergeron).

## **B. CHOIX DU CONTRAT**

### § 25 Étendue de la liberté contractuelle

Au-delà du choix de contracter, les personnes publiques doivent se poser la question du choix du contrat qu'elles souhaitent passer. En principe, la liberté contractuelle implique « la liberté de choisir le contrat, c'est-à-dire de choisir le type de contrat » mais « cette liberté n'est pas absolue » (*H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, préc. n° 4, p. 20*). En effet, le développement des catégories de contrats nommés et leur encadrement restreignent sensiblement la liberté contractuelle des personnes publiques. Ce n'est donc qu'à la marge que le choix du contrat sera réellement libre.

## § 26 Importance de la définition de l'objet du contrat

En réalité, c'est l'objet du contrat qui permet à la personne publique de déterminer quelle est la part de liberté dont elle dispose dans le choix du type de contrat. Ainsi, lorsque le contrat a un objet de commande publique, c'est-à-dire lorsqu'il vise à répondre aux besoins d'un acheteur ou d'une autorité concédante en matière de travaux, de fournitures ou de services ( *CCP, art. L. 2* ), la personne publique est tenue de passer un contrat de la commande publique. Il peut s'agir d'un marché public ou d'un contrat de concession mais la personne publique ne peut pas choisir de conclure un autre type de contrat. C'est ce qui explique par exemple qu'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public ne puisse pas « avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur [...] ou d'une autorité concédante ». Il est désormais prévu que *“dans le cas où un titre d'occupation serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce contrat prévoit, dans le respect des dispositions du présent code, les conditions de l'occupation du domaine”* ( *CGPPP, art. L. 2122-6* ). Une interdiction similaire est prévue pour les baux emphytéotiques administratifs ( *CGPPP, art. L. 2341-1* ). Ces contraintes posées pour les contrats ayant un objet de « commande publique » ne sont pas spécifiques à ces derniers. En effet, lorsqu'un contrat a pour objet l'occupation du domaine public, la personne publique qui souhaite passer ce contrat n'a pas une liberté illimitée et doit utiliser les catégories de contrats à sa disposition, qu'il s'agisse de conventions d'occupation « simples » ou de contrats de la commande publique prévoyant également l'occupation du domaine. En réalité, le développement des catégories de contrats administratifs spéciaux enserme toujours plus la liberté contractuelle en liant étroitement l'objet du contrat et le type de convention susceptible d'être signée. De plus, à l'intérieur d'une même catégorie, le choix entre plusieurs types de contrat va également être encadré. Ainsi, la liberté de la personne publique est encadrée lorsqu'elle souhaite choisir entre un marché public « simple », un marché public global et un marché de partenariat.

## § 27 Autres éléments à prendre en compte

Les limites imposées aux personnes publiques dans le choix du type de contrat qu'elles souhaitent conclure ne reposent pas uniquement sur l'objet de ce dernier. D'autres éléments vont contraindre leur choix. C'est notamment le cas du mode de rémunération du cocontractant dans les contrats conclus à titre onéreux. Il s'agit là d'une des différences principales entre les marchés publics et les contrats de concession, la question étant de savoir si le mode de rémunération fait ou non peser un risque sur le cocontractant de la personne publique. Lorsqu'elle passe un contrat de la commande publique, la personne publique n'a donc pas une liberté de choix illimitée : son choix entre les marchés publics et les contrats de concession est ainsi lié au mode de rémunération retenu. Les réglementations développées pour telle ou telle catégorie de contrats administratifs restreignent donc le choix du type de contrat. Ces évolutions permettent de sécuriser les relations contractuelles en apportant un cadre suffisamment précis mais elles viennent brimer l'ingéniosité contractuelle dont les personnes publiques pourraient faire preuve.

## **II. DÉFINITION DU CONTENU DU CONTRAT ET DE SA DURÉE**

§ 28 En principe, les personnes publiques vont définir le contenu du contrat et sa durée en fonction de leurs besoins, ces données devraient donc être définies librement.

Pourtant, cette liberté est limitée : il existe un encadrement tant pour ce qui concerne la définition du contenu contrat, que s'agissant de la fixation de sa durée.

### **A. ENCADREMENT DU CONTENU DU CONTRAT**

§ 29 Présentation

Le contenu des contrats administratifs fait l'objet d'un encadrement qui suit deux logiques. La première consiste à imposer que le contrat comporte certains éléments, il s'agit donc d'obligations imposées à la personne publique dans la définition du contrat. La seconde logique est inverse : elle interdit aux personnes publiques de faire figurer certains éléments dans le contrat, ce sont donc des interdictions imposées dans la définition du contenu du contrat.

## 1° Les obligations concernant le contenu du contrat

### § 30 Contenu essentiel

Certains éléments sont indispensables pour qu'un contrat existe. Ainsi, le Conseil d'État a précisé que lorsque les parties « n'ont déterminé ni l'objet, ni la durée, ni les conditions de rémunération » d'un travail sur lequel elles s'entendent, il n'existe pas entre elles un contrat ( *CE, 28 mars 1980, n° 07703, Sté Cabinet 2000 : RDP 1981, p. 523, chron. Y. Gaudemet*). Surtout, comme pour les contrats de droit privé, il est admis que les contrats administratifs doivent avoir un objet et une cause.

### § 31 Existence d'un objet

Le Code civil ne comporte plus de dispositions exigeant expressément l'existence d'un objet depuis la réforme de 2016, contrairement à ce que précisait l'article 1108 de l'ancien code. Il exige désormais que l'obligation créée par le contrat ait *“pour objet une prestation présente ou future”* qui *“doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire”* ( *C. civ., art. 1163* ). Ces dispositions sont

transposables aux contrats administratifs. Ces derniers doivent avoir pour objet des prestations déterminées, qui peuvent être présentes ou futures. Les prestations futures se retrouvent notamment dans les contrats de vente en l'état futur d'achèvement. De plus, les prestations doivent être possibles, à défaut de quoi le contrat sera sans objet (absence d'objet, objet illicite). Enfin, les prestations doivent être déterminées ou déterminables. Ainsi, il est fréquent que les contrats administratifs ne fixent pas la quantité exacte des prestations à réaliser tout en précisant de quelle manière cette quantité sera déterminée lors de l'exécution du contrat. Les marchés à bons de commandes en constituent un exemple classique.

## § 32 Existence d'une cause

La notion de cause « renvoie à la finalité du contrat, au but poursuivi par les parties, c'est-à-dire à la raison pour laquelle ils ont contracté » (*M. Ubaud-Bergeron, Droit des contrats administratifs, LexisNexis, 2e éd., 2019, n° 560, p. 291*). L'exigence d'une cause est classique en droit privé des contrats, même si la réforme de 2016 a supprimé la notion de cause au sein du Code civil. L'article 1128 précise toutefois que le contrat doit avoir un "contenu licite et certain" et l'article 1162 prévoit que "le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties". L'exigence d'une cause demeure dans le droit des contrats administratifs même s'il existe une « préférence accordée à la notion de contenu du contrat » (*M. Ubaud-Bergeron, ibid., p. 292*). L'absence de cause entraîne la nullité du contrat ( *CE, 12 nov. 1948, Cie des messageries maritimes : Lebon, p. 428. – CE, 26 sept. 2007, n° 259809 et 263586, Office public dptal des habitations à loyer modéré du Gard : JurisData n° 2007-072444 ; AJDA 2008, p. 575, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau*). Il est rare que le juge constate une absence de cause mais cette jurisprudence reste applicable comme en témoigne le jugement par lequel le tribunal administratif de Poitiers a annulé une délégation de service public pour absence de cause en raison de l'absence de lien avec une activité de service public (*R. Reneau, Au nom de la cause : À propos du jugement TA Poitiers, 6 déc. 2017, n° 1700293 : Contrats-Marchés publ. 2018, étude 4*).



## § 33 Forme du contrat

Il n'existe pas de règle générale imposant la conclusion des contrats administratifs sous forme écrite. Cela signifie donc, en principe, que les contrats administratifs peuvent être conclus tacitement. Il s'agit d'une solution classique ( *CE, sect., 20 avr. 1956, Épx Bertin : Lebon, p. 167 ; RDP 1956, p. 869, concl. M. Long ; D. 1956, jurispr. p. 433, note A. de Laubadère ; AJDA 1956, p. 221 , chron. J. Fournier et G. Braibant ; Rev. adm. 1956, p. 496 , note G. Liet-Veaux ; GAJA 2001, p. 508 ; GDCC 2002, p. 522. – CE, 10 janv. 1930, Cne Pointe-à-Pitre : Lebon, p. 32. – CE, 4 avr. 1952, Cie navale des pétroles : Lebon, p. 211. – CE, 22 déc. 1965, Acquaviva : Lebon, p. 873. – CE, 11 févr. 1972, IGN c/ Chardonnet : Lebon, p. 1123. – CE, 28 janv. 1983, Johnston : Lebon, p. 28. – CE, 7 janv. 1987, Félicien : Lebon, p. 816*), régulièrement rappelée par les juridictions administratives (par ex. *CAA Paris, 31 juill. 2015, n° 14PA03547, Sté Foretec et a. : JurisData n° 2015-020430 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 243 , obs. H. Hoepffner*). Cette solution de principe ne doit toutefois pas être mal interprétée : la forme écrite s'impose pour un nombre important de contrats administratifs spéciaux. Ainsi, les marchés publics d'un montant supérieur à 25 000 euros hors taxes doivent obligatoirement être conclus par écrit ( *CCP, art. L. 2112-1 et R. 2112-1* ). De la même manière, le Code de la commande publique impose que les contrats de concession soient conclus par écrit ( *CCP, art. L. 3114-1* ). Enfin, le Conseil d'État est venu préciser que les conventions d'occupation du domaine public doivent elles aussi revêtir un caractère écrit ( *CE, 19 juin 2015, n° 369558, Sté immobilière du port de Boulogne : JurisData n° 2015-014637 ; Contrats-Marchés publ. 2015, repère 7 , F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 220 , note G. Eckert ; AJDA 2015, p. 1413 , chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe. – CAA Paris, 26 sept. 2017, n° 16PA01465, B. c/ SNCF : JurisData n° 2017-024204 ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 283 , obs. H. Hoepffner*). En réalité, rares sont les contrats administratifs susceptibles d'être conclus tacitement et « il apparaît le plus souvent que l'absence d'écrit ne tient pas tant à une volonté manifestée par les parties de se lier par un contrat tacite que par un effet de qualification du juge qui déduit l'existence d'un contrat

d'une situation de fait » (*M. Ubaud-Bergeron, Droit des contrats administratifs, préc. n° 32, p. 284*).

## § 34 Obligations spécifiques à certaines catégories de contrats administratifs

Au-delà des obligations générales qui concernent l'ensemble des contrats administratifs, les obligations concernant le contenu du contrat résultent essentiellement des textes spécifiques à telle ou telle catégorie de contrats administratifs. Il est en effet courant que les textes imposent la présence de certaines clauses dans les contrats administratifs : ces obligations viennent restreindre fortement la liberté contractuelle des personnes publiques dans la détermination du contenu du contrat. Le caractère écrit du contrat fait partie des obligations imposées à un nombre important de contrats administratifs (*V. n° 33*), mais des obligations plus précises encore sont parfois imposées. Le Code de la commande publique œuvre en ce sens, tant en ce qui concerne les marchés publics que les contrats de concession. Pour les premiers, il est notamment prévu que les clauses du contrat doivent préciser les conditions d'exécution des prestations (*CCP, art. L. 2112-2 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 38, I, al. 1*) qu'elles doivent déterminer la durée du marché public (*CCP, art. L. 2112-5 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 39*), ou encore qu'elles doivent en déterminer le prix ou ses modalités de fixation (*CCP, art. L. 2112-6 5 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 39*). S'agissant des contrats de concession, le code impose de déterminer dans le contrat *“les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le concessionnaire à l'autorité concédante”* (*CCP, art. L. 3114-4 ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 31, al. 1*), *“les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution”* (*CCP, art. L. 3114-6 ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 32*), ou encore, le cas échéant, de préciser dans les documents de la consultation si l'autorité concédante impose qu'une part du contrat soit exécutée par des tiers (*CCP, art. L. 3114-9 ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 354, II*). De plus, au sein de ce même code des règles complémentaires concernent le contenu de certaines

catégories de contrats plus spécifiques, comme les marchés de partenariat ( *CCP, art. L. 2213-1 et s.* ), ou les contrats de mandat dans le cadre de la maîtrise d'ouvrage ( *CCP, art. L. 2422-7 ; ancien L. n° 85-704, 12 juill. 1985, art. 5* ). Par ailleurs, d'autres obligations spécifiques sont prévues pour des contrats qui n'entrent pas dans le champ d'application du Code de la commande publique. Ainsi, s'agissant des baux emphytéotiques administratifs, il est précisé que lorsque ces contrats donnent lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail ils doivent comporter des clauses permettant de préserver les exigences du service public ( *CGCT, art. L. 1311-3, 5°* ). De la même manière, pour les conventions d'occupation du domaine public permettant au titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, les clauses du contrat doivent en fixer la durée afin de ne pas porter une atteinte excessive à la concurrence ( *CGPPP, art. L. 2122-2* ). Toujours dans le même sens, le Code de l'urbanisme impose un certain nombre de clauses obligatoires lors de la conclusion de concessions d'aménagement ( *C. urb., art. L. 300-5* ). Des obligations spécifiques sont également prévues par le Code général des collectivités territoriales pour les concessions d'aménagement liant une société d'économie mixte locale avec une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou une autre personne publique ( *CGCT, art. L. 1523-2* ). Les exemples peuvent ainsi être multipliés et permettent de comprendre que, dans la mesure où la plupart des contrats administratifs sont des contrats administratifs spéciaux relevant de réglementations spécifiques, ces derniers doivent comporter un nombre important de clauses obligatoires qui varient d'une catégorie de contrat à l'autre. Ces conditions restreignent la liberté contractuelle des personnes publiques et mettent à mal l'unité du droit des contrats administratifs.

## 2° Interdictions concernant le contenu du contrat

### § 35 Respect de l'ordre public contractuel

Les contrats administratifs, comme les contrats de droit privé, doivent respecter l'ordre public contractuel. En droit civil, cette obligation est consacrée par les textes, le code précisant que *“le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait*

*été connu ou non par toutes les parties*” ( *C. civ., art. 1162* ). Une telle règle générale n’est pas consacrée par les textes s’agissant des contrats administratifs mais le Conseil d’État se réfère expressément à l’existence de règles d’ordre public applicables aux contrats administratifs ( *CE, ass., 9 nov. 2016, n° 388806, Sté Fosmax LNG : JurisData n° 2016-023504 ; RFDA 2016, p. 1154, concl. G. Pellissier ; BJCP 2017, p. 60, concl. et chron. R. Noguellou ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 25 , note P. Devillers ; RFDA 2017, p. 111, B. Delaunay*). Il est délicat de déterminer quel est le contenu exact de l’ordre public contractuel qui s’impose aux contrats administratifs. En effet, la notion même d’ordre public « est évolutive et fait l’objet de controverses opposant les tenants d’une conception classique, posant des interdictions, et ceux d’une conception moderne, socialisante, imposant des obligations positives » ( *H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, préc. n° 4, p. 322-323*). Dans une perspective classique, et sans prétendre à l’exhaustivité, les différentes catégories d’interdictions concernant le contenu du contrat permettent de mieux cerner ce que recouvre l’ordre public contractuel.

## § 36 Objets illicites

Comme en droit privé, certains objets sont considérés comme illicites dans le cadre des contrats administratifs. Il est donc interdit de conclure un contrat administratif s’il porte sur l’un de ces objets. Il convient de distinguer les contrats illicites en eux-mêmes, parce qu’ils portent sur un objet qui ne relève pas des matières contractuelles, et les contrats dont les clauses sont illicites ( *H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, préc. n° 4, p. 323 et s.*).

## § 37 Les objets illicites : les contrats ayant un objet non contractuel

Certains contrats sont illicites dans leur ensemble et par eux-mêmes parce qu’ils ne portent pas sur une matière contractuelle ( *J. Moreau, Les matières contractuelles : AJDA 1998, p. 747* ).

De manière générale, il est admis que les contrats administratifs ne peuvent pas avoir pour objet des « missions régaliennes ou de souveraineté » – qu’il s’agisse de la police, de la justice, de la défense, de la fiscalité ou de l’urbanisme – (*H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, préc. n° 4, p. 323*). Cette exigence est consacrée par le Conseil constitutionnel, lequel n’a pas hésité à émettre une réserve d’interprétation en ce sens à propos de la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit qui devait permettre la mise en place des contrats de partenariat public-privé (*Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC : Rec. Cons. const. 2003, p. 382*). C’est alors l’importance des matières concernées pour l’action publique qui justifie le fait qu’elles n’intègrent pas les « matières contractuelles ». Par ailleurs, les contrats administratifs ne peuvent pas conduire à déléguer certains services publics – en particulier ceux mentionnés par la Constitution – au nom du principe d’indisponibilité des compétences (*H. Hoepffner, ibid.*). Enfin, les « pactes sur décisions futures » sont interdits (*H. Hoepffner, ibid.*).

Ainsi, « le contrat est interdit dans les matières qui ressortissent à la compétence exclusive du pouvoir réglementaire » (*J.-C. Ricci et F. Lombard, Droit administratif des obligations : Dalloz, Sirey, 2018, p. 51* ). Par conséquent une autorité chargée de la gestion d’un service public ne peut pas prévoir par un contrat quelles seront les modalités d’organisation de ce service public (*CE, 11 janv. 1961, Barbaro et de la Marnierre : Lebon, p. 25*). De la même manière, il n’est possible pour une autorité chargée de l’exercice du pouvoir réglementaire de définir par un contrat la manière dont elle compte utiliser ce pouvoir (en ce sens, à propos de la Ligue de football professionnel, *V. CE, 9 juill. 2015, n° 375542, Football Club des Girondins de Bordeaux et a. : JurisData n° 2015-016768 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 244, obs. H. Hoepffner*). Par ailleurs, lorsqu’une personne publique se voit confier l’exercice de prérogatives de puissance publique, elle ne peut pas prévoir leur transfert à une autre personne, publique ou privée, par contrat (*CE, 19 déc. 2007, n° 260327, Sté Sogeparc : JurisData n° 2007-072868 ; Lebon T., p. 945 ; DA 2008, comm. 17*).

La jurisprudence permet de comprendre la grande variété des matières dans lesquelles il est interdit de recourir au contrat. Ainsi, en application d’un principe général du droit des finances publiques, il est interdit de confier par contrat le recouvrement de recettes publiques (*CE, sect. fin., avis, 13 févr. 2007, n° 373788 : publié en annexe à l’instruction des ministres de l’Intérieur et du Budget du 8 février 2008, INT/B/08/00027/C ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 70, note G. Eckert*). Il n’en va différemment que lorsqu’une loi autorise expressément une personne

publique ou une catégorie de personnes publiques à confier par contrat un tel recouvrement ( *CE*, 26 janv. 2018, n° 399865, *GIE « Groupement périphérique des huissiers de justice »* : *JurisData* n° 2018-000573 ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, *comm.* 57 , *note M. Ubaud-Bergeron*). De nombreux exemples se retrouvent également en matière de fonction publique, que cela soit à propos des agents contractuels ou des relations avec les fonctionnaires. C'est l'interdiction faite aux personnes publiques de s'engager par contrat sur des décisions futures qui s'applique également en la matière. Elle interdit notamment de prévoir par contrat la nomination future d'un agent ou la modification de sa situation statutaire ( *CE*, 24 févr. 1956, *Leduc* : *Lebon*, p. 89. – *CE*, 11 janv. 1946, *Geraldo* : *Lebon*, p. 10). De la même manière, en matière d'urbanisme, les personnes publiques ne peuvent pas non plus s'engager par contrat sur des décisions futures. Par exemple, une commune ne peut pas s'engager par contrat à modifier son plan d'occupation des sols ( *TA Orléans*, 9 janv. 2003, n° 0102922, *Sté Loireumat* : *Contrats-Marchés publ.* 2003, *comm.* 58 , *note F. Lesigne*). Le juge administratif rappelle également de manière constante que les relations entre un service public administratif et les usagers ne peuvent pas être réglées par contrat, ces derniers étant placés dans une situation légale et réglementaire ( *CE*, 5 juill. 2017, n° 399977 : *JurisData* n° 2017-013417 ; *Lebon T.* 2017 ; *JCP A* 2017, *act.* 505 ; *Contrats-Marchés publ.* 2017, *comm.* 226 , *note G. Eckert*). En matière d'enseignement, un avis de la section de l'intérieur du Conseil d'État a clairement exprimé que les personnes publiques « ne peuvent confier à des personnes privées que la fourniture ou la préparation des repas, à l'exclusion des missions qui relèvent du service de l'enseignement public et, notamment, de la surveillance des élèves » ( *CE*, *sect. int.*, *avis*, n° 340609, 7 oct. 1986 : *GACE* 1986, n° 24, p. 244, *note T. Dal Farra*. – *Circ.* 7 août 1987 : *JO* 20 déc. 1987, p. 14863 ).

Surtout, c'est en matière de police administrative que l'interdiction de recourir au contrat est traditionnellement avancée (*J. Moreau*, *De l'interdiction faite à une autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel* : *AJDA* 1965, p. 3 . – *E. Lemaire*, *Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police* : *RFDA* 2009, p. 767. – *G. Eckert*, *Police et contrat*, in *La police administrative, colloque (ss dir.) Ch. Vautrot-Schwarz* : *PUF*, 2014). Le principe de cette interdiction a clairement été posé par la fameuse jurisprudence *Ville de Castelnaudary* ( *CE*, *ass.*, 17 juin 1932 , *Ville de Castelnaudary* : *Lebon*, p. 595). Ce principe demeure mais il est désormais relativisé. En effet, « si la jurisprudence administrative continue d'exclure que le pouvoir de décision en matière de maintien de l'ordre public puisse être délégué à des tiers [...],

elle admet que des opérations purement matérielles d'exécution puissent leur être confiées » (C.-A. Dubreuil, *Droit des contrats administratifs* : PUF, 2018, p. 44). Ainsi, il est possible de déléguer le fait de « veiller à la salubrité de la baignade et au respect des mesures destinées à assurer la sécurité des usagers » ( *CE*, 21 juin 2000, n° 212100 et 212101, *SARL Plage « Chez Joseph »* : *JurisData* n° 2000-060639 ; *Lebon*, p. 282 ; *RFDA* 2000, p. 797, *concl. C. Bergeal*), tout comme la télésurveillance des ports de plaisance ( *CAA Marseille*, 9 nov. 2009, n° 07MA00594, *SA Vigitel* : *JurisData* n° 2009-016754 ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, *comm.* 59 , *obs. J.-P. Pietri*), ou la mission de veiller à la protection de la sécurité des marchés et du stationnement des véhicules ( *CAA Versailles*, 12 juin 2014, n° 13VE00527, *Sté EGS* : *JurisData* n° 2014-016773 ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, *comm.* 229 , *note G. Eckert*). Dans le même sens, certaines activités de contrôle peuvent être déléguées dans les aéroports ou dans les enceintes sportives. Le Code de la sécurité intérieure consacre son livre VI aux activités privées de sécurité et démontre l'ampleur du phénomène. Ce mouvement de banalisation du recours au contrat en matière de police est généralement justifié par « le fait que les missions confiées à des tiers relèvent davantage du service public que de la police dans la mesure où elles n'impliquent pas l'usage de la force publique ou d'une compétence normative ou qu'elles sont détachables de la mission de police administrative » (*H. Hoepffner*, *Droit des contrats administratifs*, *préc. n° 4*, p. 326). Or, ce mouvement qui permet de recourir au contrat dans des matières traditionnellement exclues ne concerne pas seulement la police administrative. Ainsi, le législateur n'a pas hésité à autoriser les personnes publiques à passer des conventions de mandat pour externaliser l'encaissement des recettes ( *L. n° 2014-1545*, 20 déc. 2014 *relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives* : *JO* 21 déc. 2014, p. 21647. – *D. n° 2015-557*, 20 mai 2015 *relatif à la redevance de stationnement des véhicules sur voirie prévue à l' article L. 2333-87 du code général des collectivités territoriales* : *JO* 22 mai 2015, p. 8625 ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, *comm.* 166 , *G. Clamour*). Les matières véritablement exclues du champ contractuel semblent donc avoir vocation à être de moins en moins nombreuses.

## § 38 Objets illicites : contrats contenant des clauses à objet illicite

La notion de clause illicite est régulièrement utilisée par le juge administratif mais elle ne fait « pas l'objet d'une définition spécifique ». Elle « renvoie à des clauses qui ont pour effet de violer une règle d'ordre public imposée par la loi ou par la jurisprudence et ayant pour effet d'affecter de façon automatique la validité du contrat ». Elle se différencie ainsi des « clauses « simplement » illégales » (*M. Ubaud-Bergeron, Droit des contrats administratifs, préc. n° 32, p. 295*). Ces clauses illicites n'entraînent pas nécessairement l'annulation du contrat dans son ensemble : la solution retenue par le juge dépendra du fait de savoir s'il s'agit d'une clause divisible ou indivisible du contrat. Les clauses illicites peuvent être avancées par les tiers au contrat (en application de la jurisprudence « Tarn-et-Garonne » : *CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Dpt Tarn-et-Garonne* : *JurisData n° 2014-006635* ; *Contrats-Marchés publ. 2014, étude 5*, P. Rees ; *Contrats-Marchés publ. 2014, repère 5*, F. Llorens et P. Soler-Couteaux), mais aussi par les parties (en application de la jurisprudence Béziers I ; *CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802, Cne Béziers*, *préc. n° 21*). Surtout, parce qu'elles sont plus graves que les « simples » clauses illégales, le juge administratif a la possibilité de relever d'office les clauses illicites ( *CE, 4 mai 2011, n° 340089*, *Communautés de cnes du Queyras* : *JurisData n° 2011-007825* ; *Lebon, p. 200* ; *Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 179*, G. Eckert ; *BJCP 2011, p. 353*, *concl. B. Dacosta*).

Il est délicat de répertorier l'ensemble des clauses illicites mais, en plus des clauses qui portent sur une matière non contractuelle (*V. n° 37*), plusieurs catégories de clauses illicites peuvent être identifiées sans que la liste ne soit exhaustive :

- les clauses abusives insérées dans un contrat conclu pour l'exercice d'un service public industriel et commercial ( *CE, sect., 11 juill. 2001, n° 221458*, *Synd. Eaux du Nord* : *JurisData n° 2001-062535* ; *Lebon 2001, p. 348* ; *Contrats-Marchés publ. 2001, chron. 13*, E. Delacour. – *CE, 30 déc. 2015, n° 387666*, *Sté des eaux de Marseille c/ Cie méditerranéenne des cafés (CMC) Malongo* : *JurisData n° 2015-029455* ; *Lebon T., p. 570 et 573* ; *JCP A 2016, act. 59* ; *BJCP n° 106/2016, p. 199*, *concl. E. Cortot-Boucher* ; *Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 80*, G. Eckert) ;



- les clauses qui ne sont pas compatibles avec les principes d'inaliénabilité ou d'imprescriptibilité du domaine public ( CE, 4 mai 2011 , Communautés de cnes du Queyras, préc.) ;
- les clauses par lesquelles la personne publique renonce à exercer les pouvoirs qu'elle détient en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs. Ainsi, elle ne peut notamment renoncer ni à ses pouvoirs de modification ou de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général ( CE, 6 mai 1985, Assoc. Eurolat et Crédit Foncier de France : JurisData n° 1985-049913 ; Lebon, p. 141 ; RFDA 1986, p. 21, concl. B. Genevois ; AJDA 1985, p. 620 , note E. Fatôme et J. Moreau. – CE, 1er oct. 2013, n° 349099, Sté Espace Habitat Construction : JurisData n° 2013-021404 ; Lebon, p. 706 ; JCP A 2014, 2196 , note H. Pauliat ; 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), ni à son pouvoir de mise en régie ( CE, ass., 9 nov. 2016, n° 388806, Sté Fosmax : JurisData n° 2016-023504 ; JCP A 2017, 2065 ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 25 , obs. P. Devillers ; RFDA 2016, p. 1154, concl. G. Pelissier ; RFDA 2017, p. 111, note B. Delaunay ; BJCP 2017, p. 3 , note R. Noguellou) ;
- certaines clauses par lesquelles les parties renoncent à certains de leurs droits sont également considérées comme illicites. C'est notamment le cas de la clause par laquelle la personne publique renonce au bénéfice de la garantie décennale. De la même manière, sont illicites les clauses par lesquelles les collectivités territoriales renoncent "à exercer toute action en responsabilité à l'égard de toute personne physique ou morale qu'elles rémunèrent" ( CGCT, art. L. 2131-10 ) ; ou celles par lesquelles le cocontractant renonce au paiement des intérêts moratoires ( CE, 17 oct. 2003, n° 249822, Min. Intérieur c/ Synd. intercnal d'assainissement le Beausset, la Cadière et le Castellet : JurisData n° 2003-065988 ; Contrats-Marchés publ. 2003, comm. 230 , note G. Eckert). Attention cependant, toutes les clauses de renonciation ne sont pas des clauses illicites et il convient donc d'envisager de telles clauses au cas par cas.

## § 39 Causes illicites

Les contrats administratifs ne peuvent reposer sur une cause illicite mais la notion de cause reste délicate à appréhender (sur cette question, *V. F. Lombard, La cause dans le contrat administratif : Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 77. – J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau, Les trois visages de la cause dans les contrats administratifs : AJDA 2008, p. 577*). D'ailleurs, alors que la notion de cause était directement visée par l'ancien article 1131 du Code civil, celle-ci a été supprimée avec l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats en raison, justement, de son caractère imprécis. Pour autant, la licéité de la cause demeure une condition de validité des contrats administratifs. Dans un arrêt de 2008, le Conseil d'État a clairement affirmé « qu'une convention peut être déclarée nulle lorsqu'elle est dépourvue de cause ou qu'elle est fondée sur une cause qui, en raison de l'objet de cette convention ou du but poursuivi par les parties, présente un caractère illicite », tout en précisant que l'appréciation de la licéité de la cause ne doit pas reposer uniquement sur un examen de l'objet formel du contrat mais « s'interroger sur les buts réellement poursuivis » par les cocontractants (*CE, 15 févr. 2008, n° 279045, Cne La Londe-les-Maures : JurisData n° 2008-073076 ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 78, note J.-P. Pietri*).

Ce rappel des conséquences d'une cause illicite ne règle pas pour autant la question de la définition de la notion de cause. De manière traditionnelle, on considère que « l'obligation de chaque partie a pour cause l'obligation de l'autre. Il y a donc autant de causes que de parties et autant d'obligations de cause. La contrepartie qui constitue la cause objective de l'engagement de chaque partie consiste alors en la satisfaction d'un intérêt matériel qui sera le même pour tous les contrats onéreux de même type » (*C.-A. Dubreuil, Droit des contrats administratifs, préc. n° 37, p. 142*).

Pour simplifier, la notion de cause correspond au but poursuivi par chaque partie lors de la conclusion du contrat. Dans son arrêt du 15 février 2008, le Conseil d'État a rapproché la notion de cause illicite de celle de détournement de pouvoir en indiquant qu'un tel détournement figure parmi les buts illicites susceptibles d'entraîner la nullité du contrat (*CE, 15 févr. 2008, n° 279045, Cne La Londe-les-Maures, préc.*). Quelques jours plus tard, le juge administratif suprême a assimilé un défaut de base légale à une cause illicite en considérant qu'un contrat qui vise à mettre

en œuvre une réglementation illégale repose sur une cause illicite ( *CE*, 20 févr. 2008, n° 302053, *Office national chasse et faune sauvage (ONCFS)* : *JurisData* n° 2008-073114 ; *JCP G* 2008, IV, 1562 ; *JCP A* 2008, act. 204 ; *BJCL* 2008, p. 269 , *concl. M. Guyomar*).

En pratique, les juges administratifs ont assez rarement recours à la notion de cause illicite et lui préfèrent d'autres notions propres au droit administratif, telles que le détournement de pouvoir ou le défaut de base légale. Il est même arrivé que la notion d'objet illicite couplée à celle de détournement de pouvoir soit mise en avant pour justifier une décision qui, en tout état de cause, reposait davantage sur la notion de cause illicite ( *CE*, 15 nov. 2017, n° 409728 et 409799, *Cne Aix-en-Provence c/ Sté d'équipement du pays d'Aix* : *JurisData* n° 2017-023023 ; *JCP A* 2017, 2320 ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, *comm.* 15 , *note J.-P. Pietri*).

Il existe toutefois des illustrations jurisprudentielles récentes dans lesquelles l'illicéité de la cause a été relevée. Ainsi, la cour administrative d'appel de Lyon a considéré qu'un marché de services de prestations juridiques qui méconnaissait le monopole des professions juridiques repose sur une cause illicite ( *CAA Lyon*, 18 juin 2015, n° 14LY02786 , *Conseil de l'ordre des avocats au barreau de Paris* : *JurisData* n° 2015-016546 ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, *comm.* 199 , *note M. Ubaud-Bergeron*). Plus récemment, la cour administrative d'appel de Nantes a retenu une solution identique ( *CAA Nantes*, 15 févr. 2019, n° 18NT02067, *Conseil national des barreaux* : *JurisData* n° 2019-004707 ; *Contrats-Marchés publ.* 2019, *comm.* 149 , *note M. Ubaud-Bergeron*). Enfin, et de la même manière, la cour administrative d'appel de Bordeaux a considéré qu'un contrat de mobilier urbain passé par une commune qui était membre d'une communauté urbaine alors que seule cette dernière était compétente repose sur une cause illicite ( *CAA Bordeaux*, 17 juill. 2017, n° 15BX01573, *Sté Philippe Vediaud* : *JurisData* n° 2017-016027 ; *Contrats-Marchés publ.* 2017, *comm.* 233 , *obs. H. Hoepffner*).

## § 40 Interdiction des libéralités

Les personnes publiques ne peuvent pas consentir des libéralités. Ainsi, s'il n'est pas nécessaire que le contrat comporte une contrepartie financière, les clauses du contrat ne doivent pas amener

la personne publique à consentir une libéralité ( *CE, 4 mai 2011, n° 334280, CCI de Nîmes : JurisData n° 2011-077660 ; Lebon, p. 205 ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 216, note G. Eckert ; BJCP 2011, p. 285, concl. B. Dacosta ; RD imm. 2011, p. 396, obs. S. Braconnier. – CE, 11 mai 2016, n° 383768 et 383769, Rouveyre : JurisData n° 2016-008934 ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 171, note M. Ubaud-Bergeron*).

§ 41 Interdictions spécifiques à certaines catégories de contrats administratifs spéciaux  
Les réglementations propres à chaque catégorie de contrats administratifs spéciaux peuvent interdire d'insérer certaines clauses dans les contrats qui relèvent de leur champ d'application. Certaines interdictions sont des interdictions directes, tandis que d'autres sont le pendant négatif de certaines obligations. Il n'est pas possible de dresser une liste exhaustive des interdictions propres à chaque catégorie de contrats administratifs spéciaux. Il est toutefois possible d'illustrer les interdictions susceptibles d'être rencontrées pour certaines catégories de contrats :

- par exemple, en matière de marchés publics, il est en principe interdit aux acheteurs soumis principalement à un régime de droit public de fixer un prix provisoire ( *CCP, art. R. 2112-7 ; ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 18* ). De plus, il est interdit à ces mêmes acheteurs de prévoir des clauses de paiement différé dans le cadre de leurs marchés publics ( *CCP, art. L. 2191-5 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 60, I, al. 1* ). Pour rappel ces acheteurs sont l'État, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements ;
- plusieurs interdictions se retrouvent également en matière de contrats de concession. Il est ainsi interdit d'insérer dans un contrat de concession des "*clauses par lesquelles le concessionnaire prend à sa charge l'exécution de services, de travaux ou de paiements étrangers à l'objet de la concession*" ( *CCP, art. L. 3114-1 ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 30* ). Parfois, les interdictions sont plus spécifiques. Ainsi, pour les contrats de concession qui concernent l'eau potable, l'assainissement ou les ordures ménagères et autres déchets, il est interdit de prévoir "*le versement par le concessionnaire de droits d'entrée à l'autorité concédante*" ( *CCP, art. L. 3114-5 ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 31, al. 2* ). Par ailleurs, il est possible de considérer par un raisonnement négatif que les dispositions relatives à la durée des contrats de concession constituent autant

d'interdictions (sur la durée du contrat, V. n° 42 et s. ). Il est ainsi interdit de prévoir une durée supérieure à 20 ans, sauf exceptions ( CCP, art. L. 3114-8 ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 34, II) ; tout comme il est interdit pour les concessions de plus de 5 ans de prévoir une durée supérieure au temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour amortir ses investissements ( CCP, art. R. 3114-2 ; ancien D. n° 2016-86, 1er févr. 2016, art. 6, II) ;

- les contrats de la commande publique ne sont pas les seuls concernés par les interdictions. Les contrats domaniaux sont eux aussi concernés. Ainsi, les conventions d'occupation du domaine public passées par l'État ou ses établissements publics ne peuvent pas *“avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ou d'une autorité concédante soumise à l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession”* ( CGPPP, art. L. 2122-6 ) ;
- une même interdiction se retrouve pour les conventions d'occupation du domaine public constitutives de droits réels passées par les collectivités territoriales. Il est en effet précisé qu'elles ne peuvent pas utiliser de telles conventions *“pour l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour leur compte ou pour leurs besoins”* ( CGCT, art. L. 1311-5 ). De la même manière, les baux emphytéotiques administratifs conclus par les collectivités territoriales ne peuvent pas porter sur *“l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur ou d'une autorité concédante soumis au code de la commande publique”* ( CGCT, art. L. 1311-2 ).

Les exemples sont donc nombreux et il faut donc s'intéresser aux règles propres à chaque catégorie de contrats administratifs spéciaux pour déterminer quelles sont les interdictions qui doivent obligatoirement être respectées lors de la rédaction du contenu du contrat.

## B. ENCADREMENT DE LA DURÉE DU CONTRAT

### § 42 Présentation

La durée du contrat est l'un de ses éléments essentiels. Il n'existe pas en droit administratif d'équivalent à l'article 1210 du Code civil. Celui-ci prévoit que "*les engagements perpétuels sont prohibés*", tout en indiquant que "*chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée*". Cela signifie donc que l'interdiction concerne seulement les engagements perpétuels et que sont admis les contrats à durée indéterminée. De la même manière, le droit des contrats administratifs rejette les engagements perpétuels.

Ainsi, « en principe, un contrat administratif comporte une durée déterminée : ceci relève d'un souci de protection de la concurrence pour tous les contrats de la commande publique [...], mais également d'un souci de protection de la personne publique, les compétences dont elles sont titulaires s'accommodant mal d'engagements perpétuels » (*M. Ubaud-Bergeron, Droit des contrats administratifs, préc. n° 32, p. 300*). Par conséquent, s'il existe effectivement des contrats administratifs à durée indéterminée, la majorité d'entre eux sont des contrats à durée déterminée.

#### 1° Contrats à durée déterminée

### § 43 Durée déterminée et liberté contractuelle

La liberté contractuelle des personnes publiques dans leur ensemble semble s'opposer à l'encadrement de la durée des contrats administratifs. Or, « s'il est un domaine où cette liberté des parties est conditionnée, limitée, encadrée par le législateur, c'est bien celui de la durée des contrats » (*P. Terneyre, La durée des contrats : RFDA 2016, p. 276*). La liberté contractuelle s'agissant de la durée des contrats administratifs apparaît donc comme une liberté « en trompe l'œil » (*H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, préc. n° 4, p. 315*). Le principe de libre

administration des collectivités territoriales ne permet pas davantage que la liberté contractuelle d'empêcher la limitation de la durée des contrats par le législateur. Ainsi, à propos de la loi Sapin 1 venant encadrer la passation des délégations de service public, le Conseil constitutionnel a précisé « qu'il est loisible au législateur, pour atteindre les objectifs de transparence et de concurrence qu'il s'assigne, de proscrire la conclusion de contrats de délégation de service public à durée indéterminée et d'indiquer que la durée des conventions doit tenir compte de la nature et du montant des investissements à réaliser par le délégataire » ( *Cons. const.*, 20 janv. 1993, n° 92-316 DC , loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : *Rec. Cons. const.* 1993, p. 14 ; *JO* 22 janv. 1993, p. 1118 ). En revanche, les principes de liberté contractuelle des personnes publiques et de libre administration des collectivités territoriales justifient que seul le législateur soit compétent pour encadrer la durée des contrats administratifs.

## § 44 Encadrement de la durée des principaux contrats publics

La plupart des contrats administratifs spéciaux voient leur durée ou les conditions de définition de leur durée encadrées par les textes. Pour l'essentiel, les limites apportées par la réglementation ont pour objectif de préserver les conditions de la concurrence sur le marché en imposant une remise en concurrence périodique des contrats. Le Conseil d'État a même précisé, à propos d'une délégation de service public conclue avant la loi Sapin 1, qu'il s'agit d'« un impératif d'ordre public qui est de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public » ( *CE, ass.*, 8 avr. 2009, n° 271737 et 271782, *Cie générale des eaux et Cne Olivet* : *JurisData* n° 2009-075420 ; *Lebon*, p. 116, *concl. E. Geffray* ; *Dr. adm.* 2009, *comm.* 85 , *F. Melleray* ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, *comm.* 164 , *note G. Eckert*). Cet encadrement de la durée des contrats se retrouve, fort logiquement, pour les contrats relevant de la commande publique, mais elle concerne également d'autres catégories de contrats.

## § 45 Encadrement de la durée des principaux contrats publics : contrats de la commande publique

Le Code de la commande publique précise dès son titre préliminaire que les contrats de la commande publique sont des contrats à durée déterminée en indiquant que *“ces contrats sont conclus pour une durée limitée”* ( CCP, art. L. 5 ). Différentes dispositions viennent ensuite préciser le cadre imposé s’agissant de la durée, aussi bien pour les marchés publics que pour les contrats de concession.

## § 46 Pour ce qui est des marchés publics, il convient de préciser que les textes ne fixent pas de durée minimale ou maximale qui s’appliquerait à l’ensemble des marchés publics.

Pour autant, les conditions de définition de cette durée sont encadrées. Tout d’abord, le Code de la commande publique précise que la durée du marché doit être *“définie en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d’une remise en concurrence périodique, dans des conditions prévues par décret en Conseil d’Etat, sous réserve des dispositions du présent livre relatives à la durée maximale de certains marchés”* ( CCP, art. L. 2112-5 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 39 ; ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 16, I ). Comme le relève Philippe Terneyre, les considérations prises en compte par les textes pour encadrer la durée des marchés publics « ne veulent pas dire grand chose mais » elles « devraient permettre de censurer la durée excessive d’un marché dont les prestations – même complexes – ne seraient pas remises en concurrence périodiquement sans motifs valables (ainsi, par exemple, des marchés de prestation de services juridiques) » (P. Terneyre, *La durée des contrats, préc.*). Cette volonté d’encadrer la durée des marchés publics afin de préserver la concurrence est confirmée par l’encadrement des reconductions : il est possible de *“prévoir une ou plusieurs reconductions”* dans les clauses d’un marché public *“à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en*



*concurrence ait été réalisée en prenant en compte sa durée totale” ( CCP, art. R. 2112-4 ; ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 16, II) .*

Par ailleurs, le Code de la commande publique encadre davantage encore la durée de certaines catégories spécifiques de marchés publics. Ainsi, les marchés réservés aux entreprises de l'économie sociale et solidaire ne peuvent pas avoir une durée supérieure à 3 ans ( *CCP, art. L. 2113-16 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 37, II* ) . De la même façon, la durée des accords-cadres est elle aussi limitée avec une durée maximale de 4 ans lorsque ces accords-cadres sont passés par des pouvoirs adjudicateurs, et de 8 ans lorsqu'ils sont conclus par des entités adjudicatrices. Ces durées maximales ne peuvent être dépassées que dans *“des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur l'objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure” ( CCP, art. L. 2125-1 ; ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 78, III) .* De plus, la durée des marchés subséquents et des bons de commande conclus ou émis durant la période de validité des accords-cadres est elle aussi encadrée ( *CCP, art. R. 2162-5 ; ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 78, IV* ) .

La durée de certains marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables est également encadrée de manière spécifique. Ainsi les marchés qui sont passés sans publicité ni mise en concurrence préalables parce qu'ils ont pour objet *“des livraisons complémentaires exécutées par le fournisseur initial et qui sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'acheteur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnée”* ne peuvent, en principe, avoir une durée supérieure à 3 ans ( *CCP, art. R. 2122-4 ; ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 30, I, 4°* ) ; tout comme les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence parce qu'ils ont *“pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence” ( CCP, art. R. 2122-7 ; ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 30, I, 7°* ).

La durée des partenariats d'innovation fait, elle aussi, l'objet d'un encadrement spécifique. Aucune durée minimale ou maximale n'est fixée mais il est précisé que la durée des différentes phases du partenariat d'innovation, tout comme sa structure et sa valeur, doivent tenir *“compte du degré d'innovation de la solution proposée, de la durée et du coût des activités de*

*recherche et d'innovation requises pour le développement de la solution innovante*” ( CCP, art. R. 2172-23 ; ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 94, I) .

Enfin, pour les marchés de partenariat, comme pour les marchés publics en général, il n'existe pas de dispositions fixant une durée maximale précise mais les conditions de détermination de la durée sont encadrées. Le code précise ainsi que *“la durée du marché de partenariat est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues”* ( CCP, art. L. 2213-2 ; ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 144 ).

#### § 47 La durée des contrats de concession fait, elle aussi, l'objet d'un encadrement spécifique dans le Code de la commande publique.

De manière générale, pour l'ensemble des contrats de concessions, il est en effet indiqué que cette durée doit nécessairement être limitée et qu'elle doit être *“déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire”* ( CCP, art. L. 3114-7 ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 34, I) . De plus, la partie réglementaire du code indique quels sont les investissements qui doivent être pris en compte pour déterminer la durée des contrats des concessions ( CCP, art. R. 3114-1 ; ancien D. n° 2016-86, 1er févr. 2016, art. 6, I) .

Par ailleurs, lorsque les contrats de concession ont une durée supérieure à 5 ans, le code précise que *“la durée du contrat ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat”* ( CCP, art. R. 3114-2 ; ancien D. n° 2016-86, 1er févr. 2016, art. 6, II) .

Enfin, certains contrats de concession font l'objet d'un encadrement plus strict avec une durée maximale. Il s'agit des contrats conclus *“dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets”*, même si cette durée peut

exceptionnellement être dépassée ( *CCP, art. L. 3114-8 ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 34, II* ).

Ainsi, pour les marchés publics comme pour les contrats de concession, la durée des contrats est encadrée de manière relativement stricte, ce qui relativise la part de liberté contractuelle reconnue aux cocontractants dans la formation du contrat ;

## § 48 Encadrement de la durée des principaux contrats publics : autres catégories de contrats publics

Les contrats de la commande publique ne sont pas les seules catégories de contrats administratifs spéciaux dont la durée est encadrée par les textes.

Ainsi, les conventions d'occupation du domaine public voient logiquement leur durée encadrée lorsqu'elles permettent une exploitation économique. Dans la mesure où il s'agit de contrats intégrés dans le champ concurrentiel, le Code général de la propriété des personnes publiques précise que leur durée doit être *“fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements projetés et une rémunération équitable et suffisante des capitaux investis, sans pouvoir excéder les limites prévues, le cas échéant, par la loi”* ( *CGPPP, art. L. 2122-2* ).

De la même manière, la durée des baux emphytéotiques administratifs conclus par les collectivités territoriales est elle aussi encadrée. Ces derniers doivent être consentis pour une durée d'au moins 18 années et ils ne peuvent dépasser 99 ans ( *CGCT, art. L. 1311-2* , renvoyant à *C. rur., art. L. 451-1* ).

Enfin, il est possible d'évoquer les limites de durée prévues pour certains contrats de recrutement à durée déterminée d'agents publics. Ainsi, par exemple, l'article 7 bis de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 , créé par la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, précise que les administrations de l'État et les établissements publics administratifs de l'État peuvent recruter des agents en CDD pour mener à bien des projets ou des opérations identifiés, avec pour échéance la réalisation du projet ou de l'opération, à condition que le contrat soit *“conclu pour une durée minimale d'un an et une durée maximale fixée par les parties dans la*

*limite de six ans [...], dans la limite d'une durée totale de six ans*". Alors que dans les deux premières hypothèses précédemment évoquées – les contrats d'occupation du domaine public et les baux emphytéotiques administratifs – l'objectif est d'organiser une saine concurrence protectrice des opérateurs comme des personnes publiques, en matière de fonction publique l'objectif recherché est généralement d'offrir des moyens de gestion des agents plus souples que le statut de fonctionnaire.

## § 49 Importance et effets de la durée pour le contrat

La durée du contrat joue un rôle majeur dans les procédures de passation des contrats administratifs, en particulier pour les contrats de la commande publique (sur cette question, *V. H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, préc. n°4, p. 316-317*). Dans le cadre des contrats de la commande publique, le juge considère ainsi que la procédure de passation doit permettre aux candidats de connaître la durée du contrat. Ainsi, en matière de marchés publics, le Conseil d'État a précisé que si l'acheteur « entend laisser aux candidats la faculté de proposer eux-mêmes une date précise d'achèvement, il lui revient alors d'encadrer cette faculté, en fixant par exemple une date butoir ou une fourchette de dates possibles pour l'échéance du marché, sans que, compte tenu des critères de sélection des offres, il en résulte une incertitude telle qu'elle ne permette pas aux candidats de présenter utilement une offre ». Le fait de laisser « la durée d'engagement à la totale appréciation des candidats » constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (*CE, 1er juin 2011, n° 345649, Cne Saint-Benoit : JurisData n° 2011-010579 ; JCP A 2011, act. 428 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 196, note W. Zimmer*). De plus, la durée d'exécution peut être prise en compte par les acheteurs et les autorités concédantes dans l'appréciation de leurs offres (*H. Hoepffner, ibid., p. 316*).

§ 50 Différence entre durée déterminée et durée connue  
Le fait qu'un nombre important de contrats administratifs doivent être conclus selon une durée déterminée ne signifie pas nécessairement que leur durée sera connue à l'avance.

Tout d'abord, la durée prévue par les parties au contrat peut ne pas être la durée réelle de ce dernier au regard de différents événements. Il est par exemple possible, dans le cadre d'un

marché public de travaux, que les parties prévoient la réalisation dans un certain délai mais qu'au final la réalisation des travaux prenne moins de temps – ce qui reste assez rare – ou davantage. Dans ce dernier cas des pénalités de retard pourront être prononcées mais il n'empêche que la durée du contrat n'aura pas été celle prévue initialement. De la même manière, il est possible que la durée soit déterminée mais qu'elle ne soit pas fixée de manière stricte. Ainsi, à propos d'une délégation de service public, le Conseil d'État a précisé qu'une collectivité peut afficher une durée de convention comprise entre 20 et 25 ans dans son avis d'appel public à la concurrence sans commettre un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Il lui est en effet « loisible [...] d'indiquer les durées potentielles de la délégation au regard desquelles s'exerce la concurrence, à condition il est vrai que ces potentialités n'induisent pas une incertitude telle qu'elle puisse empêcher des entreprises de présenter utilement leurs offres » ( *CE*, 4 févr. 2009, n° 312411, *Communauté urbaine d'Arras* : *JurisData* n° 2009-074881 ; *JCP A* 2009, 2102 , *obs. F. Dieu* ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, *comm.* 142 , *note G. Eckert*).

Il est par ailleurs possible que la durée initialement prévue par le contrat soit prolongée par les parties par une modification en cours d'exécution. Il est vrai que le régime des modifications fait l'objet d'un encadrement particulier, notamment pour les contrats de la commande publique, mais cette hypothèse reste envisageable. Dans le même sens, le contrat peut avoir été conclu avec une durée initiale, tout en prévoyant une possibilité de reconduction. La durée sera alors variable : il pourra s'agir de celle initialement prévue ou de celle-ci prolongée grâce à la reconduction.

Enfin la durée initialement prévue peut être écourtée en cours d'exécution pour différentes raisons. Le contentieux contractuel peut ainsi donner lieu à une annulation ou à une résolution du contrat. Surtout, il peut arriver que les parties mettent fin au contrat avant son terme. La personne publique peut mettre fin au contrat en prononçant sa résiliation pour faute, mais également en usant de son pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général ( *CE*, *ass.*, 2 mai 1958 , *Distillerie de Magnac Laval* : *Lebon*, p. 246 ; *AJ* 1958, *II*, p. 282 , *concl. J. Kahn* ; *D.* 1958, p. 730, *note A. de Laubadère*). À l'inverse, et sous certaines conditions, il peut arriver que le cocontractant décide de résilier unilatéralement le contrat lorsque cela a été prévu par les clauses de ce dernier ( *CE*, 8 oct. 2014, n° 370644, *Sté Grenke location* : *JurisData* n° 2014-023183 ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, *repère 11* , *F. Llorens et P. Soler-Couteaux* ; *Contrats-Marchés publ. comm.* 329, *note G. Eckert* ; *AJDA* 2015, p. 396 , *note F. Melleray* ; *BJCP* 2015, p. 3 , n° 98, *concl. G. Pellissier* ; *DA* 2015, *comm.* 12, *note F. Brenet*. – *CE*, 19 juill. 2016, n° 399178, *Sté Schaerer Mayfield*

*France : JurisData n° 2016-015710 ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 238 , obs. H. Hoepffner).*

Toutes ces hypothèses permettent de comprendre que, même lorsqu'un contrat administratif est conclu pour une durée déterminée, cette durée ne sera pas nécessairement la durée réelle d'exécution.

## 2° Contrats à durée indéterminée

### § 51 Principe et définition

La liberté contractuelle des personnes publiques justifie que les contrats administratifs puissent être conclus pour une durée indéterminée, à moins que des dispositions législatives ou des principes supérieurs ne s'y opposent. Pour autant, tel que cela a été relevé, il existe un nombre important de dispositions qui viennent encadrer la durée de certaines catégories de contrats administratifs. Cela limite donc les hypothèses dans lesquelles les personnes publiques vont pouvoir conclure des contrats administratifs à durée indéterminée. Parmi les contrats que l'on regroupe comme étant des contrats à durée indéterminée, il est possible de distinguer ceux qui sont « conclus sans limitation de durée », c'est-à-dire qui ne précisent pas leur durée, et les véritables contrats à durée indéterminée, c'est-à-dire « ceux dont la durée maximale est déterminable mais pas déterminée », comme les CDI passés dans la fonction publique (*H. Hoepffner, préc. n° 4, p. 321. – F. Melleray, Les contrats administratifs conclus sans limitation de durée, in Mél. Richer : LGDJ, 2013, p. 211*). Attention toutefois, les contrats à durée déterminée sont parfois présentés comme instaurant des engagements perpétuels mais il semble que l'article 1210 du Code civil soit transposable en droit administratif et que les engagements perpétuels soient prohibés. Il est donc préférable de ne pas désigner les contrats à durée indéterminée comme des engagements perpétuels, d'autant que la résiliation du contrat restera toujours possible pour la personne publique, soit pour faute, soit en utilisant le pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général.

## § 52 Illustrations

Le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser, à propos d'une convention conclue entre la ville de Montpellier et le syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-saint-loup, « qu'aucun principe régissant le fonctionnement du service public n'impose qu'une » convention entre deux personnes publiques conclue pour organiser leurs services publics, « comporte un terme déterminé ». Le juge justifie cette solution en se fondant sur le fait qu'une telle convention peut toujours être résiliée, ce qui confirme la distinction entre les contrats à durée déterminée et les engagements perpétuels ( *CE*, 24 nov. 2008, n° 290540, *Synd. mixte d'assainissement de la région du Pic Saint-Loup* : *JurisData* n° 2008-074575 ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, *comm.* 7, *note G. Eckert* ; *BJCP* 2009, p. 151, *concl. B. Dacosta*). Dans ses conclusions sur cet arrêt, Bertrand Dacosta rappelle qu'« un contrat administratif n'est pas, par nature, insusceptible d'être conclu pour une durée indéterminée » et que le fait qu'un grand nombre de contrats administratifs voient leur durée encadrée ne permet pas d'« en tirer un principe de portée générale qui vaudrait pour tous les contrats administratifs, en particulier pour ceux qui ne sont soumis à aucune règle de publicité et de mise en concurrence ». Il rappelle ainsi que le principe demeure celui de la liberté contractuelle, même si les exceptions à ce principe sont nombreuses.

Quelques mois plus tard, il a étendu cette solution aux conventions d'occupation privatives du domaine public. Il précise en effet que « si les autorisations d'occupation du domaine public doivent en principe être délivrées pour une durée déterminée, ainsi que le rappelle l'article L. 2122-2 du Code général de la propriété des personnes publiques, la seule circonstance qu'une convention ne conférant pas de droits réels à l'occupant du domaine public ne contenait aucune précision relative à sa durée n'est pas de nature à entacher celle-ci de nullité » ( *CE*, 5 févr. 2009, n° 305021 et 309116, *Assoc. Société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes* : *JurisData* n° 2009-074873 ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, *comm.* 99 ). Il justifie cette solution en indiquant que « le principe d'inaliénabilité du domaine public, qui s'applique sauf texte législatif contraire, implique que l'autorité gestionnaire du domaine peut mettre fin à tout moment, sous réserve de justifier cette décision par un motif d'intérêt général, à l'autorisation d'occupation qu'elle a consentie ». Ici encore, l'absence de caractère perpétuel de l'engagement justifie que la durée indéterminée du contrat soit admise.

### III. CHOIX DU COCONTRACTANT ET CONCLUSION DU CONTRAT

#### § 53 Principe et exceptions : de la liberté contractuelle à l'obligation de mise en concurrence

Le choix du cocontractant dans le cadre des contrats administratifs permet, une fois de plus, de mesurer les limites rencontrées par la liberté contractuelle des personnes publiques. La liberté de choix du cocontractant est parfois rattachée au principe de l'*intuitu personae*, l'idée étant que la liberté totale accordée aux personnes publiques dans le choix de leurs cocontractants serait l'expression la plus aboutie de l'*intuitu personae*. Toutefois ce rapprochement n'est pas vraiment exact et tout dépend de la définition qui est retenue pour l'*intuitu personae* (H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, préc. n° 4, p. 21). En réalité, c'est le principe de la liberté contractuelle qui implique la liberté de choix du cocontractant par les personnes publiques lorsqu'elles décident de conclure un contrat administratif. Ainsi, « en droit administratif, cette dimension de la liberté contractuelle a longtemps été le principe : à l'exception des marchés publics, soumis de longue date à la procédure de l'adjudication, il était admis que les personnes publiques sont libres de choisir les cocontractants avec lesquelles elles entendent nouer des relations. Le fondement n'était que rarement exprimé à travers l'idée de liberté contractuelle, mais plus sûrement par le pouvoir discrétionnaire de l'administration » (M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, préc. n° 32, p. 214). Pourtant, le développement des obligations de publicité et de mise en concurrence pour tous les contrats administratifs spéciaux qui s'insèrent dans le champ concurrentiel met à mal l'application du principe de la liberté contractuelle. En effet, pour la plupart des contrats administratifs, les personnes publiques ne disposent plus d'une liberté totale dans le choix de leurs cocontractants. Elles doivent respecter une procédure de publicité et de mise en concurrence qui doit leur permettre de choisir le « meilleur cocontractant » dans un double souci de développement de la concurrence et de protection des deniers publics. La question qui se pose est alors de savoir si le principe de la liberté de choix du cocontractant demeure ou si la liberté contractuelle n'a pas cédé le pas face au principe de mise en concurrence. En réalité, ce principe demeure. Il ne faut en effet pas oublier, comme le rappelle Marion Ubaud-Bergeron, « que le statut d'un principe, et celui



de ses exceptions, ne se mesure pas à son application quantitative mais à son rang : en l'absence de textes écrits imposant une obligation de mise en concurrence, le principe de liberté contractuelle demeure la règle applicable aux contrats des personnes publiques » (*ibid.*). L'auteure illustre son propos en évoquant la solution retenue par le Conseil d'État dans l'arrêt Jean Bouin de 2010, ce dernier rappelant qu'en l'absence de texte aucune obligation de publicité et de mise en concurrence ne s'imposait lors de la passation des conventions d'occupation du domaine public ( *CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272, Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin : JurisData n° 2010-022712 ; Dr. adm. 2011, comm. 36, note F. Brenet et F. Melleray ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 25, note G. Eckert ; BJCP 2011, p. 36, concl. N. Escaut ; AJDA 2011, p. 21, note E. Glaser*). Comme l'admet l'auteure, cette solution est dépassée depuis que la Cour de justice de l'Union européenne a poussé le législateur français à faire évoluer le Code général de la propriété des personnes publiques en imposant une procédure de publicité et de mise en concurrence de principe lorsque les conventions d'occupation du domaine public ont un objet économique ( *CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-67/15, Promoimpresa : JurisData n° 2016-015812 ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 291, note F. Llorens ; AJDA 2016, p. 2176, note R. Noguellou ; AJCT 2017, p. 109, obs. O. Didriche ; RTD com. 2017, p. 51, obs. F. Lombard ; RTD eur. 2017, p. 843, obs. A. Zians. – Ord. n° 2017-652, 19 avr. 2017* ). Au regard de cette jurisprudence, la question se pose néanmoins de savoir si, pour les contrats relevant du champ concurrentiel, les principes européens des contrats publics – égalité de traitement et d'accès, liberté d'accès et transparence des procédures – ne supplantent pas la liberté contractuelle et la liberté de choix qui en découle. Le principe de primauté du droit de l'Union européenne plaide en tout cas en ce sens.

## § 54 Annonce

La liberté contractuelle rencontre donc une limite forte qui implique de s'intéresser en premier lieu aux obligations de publicité et de mise en concurrence imposées pour le choix des cocontractants. Il est ensuite nécessaire d'envisager les questions liées à la capacité et au consentement des

cocontractants, indispensables pour la conclusion du contrat. Enfin, il faut évoquer la question de la signature du contrat.

## **A. OBLIGATION DE RESPECTER DES PROCÉDURES DE PUBLICITÉ ET DE MISE EN CONCURRENCE**

§ 55 Plusieurs catégories de contrats apparaissent au sein du droit des contrats administratifs.

Parmi ces catégories, toutes ne sont pas soumises au respect de procédures de passation. Ainsi, avant de présenter les différentes procédures applicables, il est nécessaire de préciser quelles sont les catégories de contrats qui doivent respecter des procédures de publicité et de mise en concurrence.

### 1° Contrats concernés

#### § 56 Distinctions principales : commande publique et champ concurrentiel

Parmi les objectifs affichés lors de l'adoption du Code de la commande publique, la recherche de simplification a été mise en avant. La volonté des rédacteurs du code était de regrouper dans un même outil les règles applicables aux différents contrats soumis au respect des principes fondamentaux de la commande publique, c'est-à-dire soumis au respect de procédures de publicité et de mise en concurrence. Une distinction fondamentale semble donc devoir être établie entre les contrats administratifs relevant de la commande publique et les autres contrats administratifs. Pourtant, si cette approche a le mérite de la simplicité, elle ne rend pas correctement compte de la réalité. L'application des principes d'égalité d'accès, d'égalité de traitement, de liberté d'accès et de transparence des procédures dépasse le champ du seul droit de la commande publique. En

réalité, la distinction fondamentale pour savoir si un contrat administratif est ou non soumis au respect d'obligations de publicité et de mise en concurrence repose sur le fait de savoir si ce contrat s'inscrit ou non dans le champ concurrentiel. Ainsi, des contrats tels que les conventions d'occupation du domaine public peuvent être inclus dans le champ concurrentiel – et soumis au respect de procédures de passation – dès lors qu'ils ont un objet économique. Cette distinction étant admise, il est possible de considérer que le respect des procédures de publicité et de mise en concurrence concerne à la fois les contrats de la commande publique et d'autres catégories de contrats relevant du champ concurrentiel.

## § 57 Contrats de la commande publique

Les contrats de la commande publique sont définis par l'article L. 2 du code éponyme. Ils se définissent comme les « contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques ». Ces contrats sont soit des marchés publics, soit des contrats de concession, *“quelle que soit leur dénomination”* ( CCP, art. L. 2 ). Les marchés publics recouvrent différentes catégories de contrats : les marchés, les marchés de partenariat et les marchés de défense ou de sécurité ( CCP, art. L. 1110-1 ). La catégorie principale reste celle des marchés, tandis que les deux autres catégories correspondent à des marchés publics spécifiques.

Les marchés sont définis comme des contrats conclus *“par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent”* ( CCP, art. L. 1111-1 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 4, al. 2 ). Quant à eux, les contrats de concession sont définis comme des contrats par lesquels *“une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix”*. C'est donc le transfert de ce risque

d'exploitation qui distingue les marchés et les contrats de concession, le code précisant que *“la part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés”* ( CCP, art. L. 1121-1 ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 5 ).

Sont toutefois exclus du champ d'application du code, et ne sont donc pas considérés comme des contrats de la commande publique : les contrats de travail ainsi que les contrats et conventions qui ont pour objet *“des transferts de compétences ou de responsabilités entre acheteurs ou entre autorités concédantes en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles”*, ainsi que les contrats ou conventions de subvention et les contrats ou conventions d'occupation domaniale ( CCP, art. L. 1100-1 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 7 ).

## § 58 En principe, les contrats de la commande publique doivent respecter des procédures de publicité et de mise en concurrence.

Cette obligation s'explique par leur soumission au respect des principes fondamentaux de la commande publique tels que définis par le code : l'égalité de traitement des candidats à l'attribution de ces contrats, les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, ainsi que les objectifs d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers publics ( CCP, art. L. 3 ). Toutefois, parmi les contrats de la commande publique, deux situations particulières méritent d'être évoquées :

- tout d'abord, certains contrats de la commande publique n'ont tout simplement pas à être soumis au respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence. Il s'agit des *“autres marchés publics”* ( CCP, art. L. 2500-1 et s. ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 17 à 20 ) et des *“autres contrats de concession”* ( CCP, art. L. 3200-1 et s. ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 13 à 19 ).

Parmi eux, on retrouve les contrats établissant des relations internes au secteur public, ceux qui sont conclus en application de règles internationales, ceux liés à la sécurité ou à la protection d'intérêts essentiels de l'État, ainsi qu'un certain nombre de contrats ayant des objets spécifiques (acquisition ou location d'immeubles existants, services de transport de voyageur par chemin de fer ou par métro, services d'incendie et de secours...). En réalité, ces différents contrats de la commande publique sont, par exception, des contrats exclus du champ concurrentiel ;

- ensuite, certains contrats de la commande publique peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence préalable mais tout en respectant les principes fondamentaux de la commande publique... Ces contrats ne sont donc pas exemptés de toute procédure de passation, ils sont simplement soumis à des obligations extrêmement allégées (il est généralement conseillé de faire établir plusieurs devis et de choisir le meilleur). Parmi ces contrats, sont d'abord concernés les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalable ( *CCP, art. L. 2122-1* ). Les marchés concernés peuvent être passés ainsi soit en raison de leur montant ou de leur objet ( *CCP, art. R. 2122-1 à R. 2122-9 ; ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 30, I, 1° à 30, I, 9°* ), soit en raison de la qualité de l'acheteur ( *CCP, art. R. 2122-10 à R. 2122-11 ; ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 30, II et 30, III* ). Sont également concernés les contrats de concession passés sans publicité ni mise en concurrence préalables, soit parce que *“le contrat de concession ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité”*, soit parce qu'*“aucune candidature ou aucune offre n'a été reçue ou lorsque seules des candidatures irrecevables au sens de l'article L. 3123-20 ou des offres inappropriées au sens de l'article R. 3124-4 ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du contrat ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne si elle le demande”* ( *CCP, art. R. 3121-6 ; ancien D. n° 2016-86, 1er févr. 2016, art. 11* ), soit *“en cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve l'autorité concédante publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service concédé par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, à la condition, d'une part, que la*

*continuité du service soit justifiée par un motif d'intérêt général et, d'autre part, que la durée de ce nouveau contrat de concession n'excède pas celle requise pour mettre en œuvre une procédure de passation” ( CCP, art. R. 3121-6 . – Codifiant CE, 14 févr. 2017, n° 405157, Sté de manutention portuaire d'Aquitaine : JurisData n° 2017-002461 ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 100 , note G. Eckert).*

En dehors de ces hypothèses, tous les contrats de la commande publique doivent respecter des procédures de passation, qui varient essentiellement en fonction de l'objet du contrat en cause ou en fonction de son montant.

## § 59 Autres contrats relevant du champ concurrentiel

Le problème de la notion de commande publique est que certains contrats qu'elle n'intègre pas sont néanmoins soumis aux principes fondamentaux du droit européen des contrats publics. En effet, les principes fondamentaux de la commande publique ne sont que la reprise des principes dégagés par la Cour de justice de l'Union européenne à partir des obligations des traités dans ses décisions *Telaustria* ( *CJCE*, 7 déc. 2000, *aff. C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH : JurisData n° 2000-300034 ; Rec. CJCE 2000, p. I-10745 ; AJDA 2001, p. 106 , note L. Richer ; p. 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey*) et *Bent Moustén* ( *CJCE*, ord., 3 déc. 2001, *aff. C-59/00 , Bent Moustén Vestergaar : Rec. CJCE 2001, p. I-9507 ; Contrats-Marchés publ. 2002, comm. 166* ). Or, le champ d'application de ces principes dépasse le cadre du seul Code de la commande publique (*M. Amilhat, Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique : AJDA 2019, p. 793* ).

§ 60 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'État avait expressément refusé de faire application des principes fondamentaux à de tels contrats dans son arrêt *Jean Bouin* ( *CE*, sect., 3 déc. 2010, n° 338272 , *Ville de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin, préc. n° 53*), la Cour de justice est venue condamner cette position dans son arrêt *Promoimpresa* ( *CJUE*, 14 juill. 2016, *aff. C-458/14 et C-67/15, Promoimpresa , préc. n° 53*). 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 public lorsque ces derniers ont un objet économique ( *CGPPP, art. L. 2122-1-1* ). Les conventions d'occupation du domaine public continuent donc d'être exclues du champ d'application du Code de la commande publique mais – en dehors des exceptions prévues par le Code général de la propriété des personnes publiques – elles ne peuvent être conclues qu'en respectant une procédure de passation impliquant publicité et mise en concurrence. 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 » ( *Rép. min. n° 12868 : JOAN 2 oct. 2018, p. 8657* ). Enfin, la soumission aux principes issus des traités européens semble également devoir concerner, au moins en partie, les contrats 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 » ( *H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, préc. n° 4, p. 173* ). Il existe donc un nombre important de contrats administratifs qui ne relèvent pas de la commande publique mais qui relèvent du champ concurrentiel et doivent, à ce titre, respecter des procédures de publicité et de mise en concurrence.

## 2° Procédures applicables

### § 61 Procédures applicables aux contrats de la commande publique : marchés publics

Le choix de la procédure de passation doit être effectué par les acheteurs en fonction du montant

de ce marché, c'est-à-dire en fonction de la valeur estimée de ce dernier, mais également en fonction de son objet, c'est-à-dire en fonction des besoins qui doivent être réalisés, ou en fonction des circonstances de sa conclusion. Les marchés peuvent être passés soit sans publicité ni mise en concurrence (V. n° 58 ), soit selon une procédure adaptée, soit selon une procédure formalisée ( CCP, art. L. 2120-1 ).

La procédure adaptée n'est pas une procédure utilisable de plein droit par les acheteurs. En effet, dans la mesure où il s'agit d'une procédure supposée plus souple (M. Amilhat, *La « nouvelle » procédure adaptée : le maintien d'une singularité en trompe l'œil : Contrats-Marchés publ. 2017, étude 5* ), certaines conditions sont nécessaires pour que les acheteurs puissent y avoir recours. Son utilisation sera possible soit "lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code", soit "en raison de l'objet de ce marché, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat", soit "lorsque, alors même que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, la valeur de certains lots est inférieure à un seuil fixé par voie réglementaire" ( CCP, art. L. 2123-1 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 42, 2° ). À l'inverse, la procédure formalisée est utilisable de plein droit par les acheteurs, ce qui signifie qu'ils peuvent y avoir recours volontairement. Cela se justifie par le fait que la procédure formalisée est la procédure la plus rigoureuse applicable en matière de marchés publics. Elle est en principe obligatoire lorsque la valeur estimée du marché est égale ou supérieure aux seuils européens ( CCP, art. L. 2124-1 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 42, al. 1 et 2 ). Attention cependant, il existe trois types de procédures formalisées : l'appel d'offres, la procédure avec négociation et le dialogue compétitif. La première peut être utilisée librement ( CCP, art. R. 2124-2 ; ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 66, al. 2 et 3 ), tandis que les deux autres ne sont utilisables que sous certaines conditions ( CCP, art. R. 2124-3 et R. 2124-4 ; ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 25, II sauf dernière phrase et art. 26, 2° ). Les acheteurs peuvent même avoir recours à des techniques d'achat sous certaines conditions ( CCP, art. L. 2125-1 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 4, al. 3 et art. 8 ; ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 78, III, 46, I, 81, I et 84, I ). Les marchés de défense et de sécurité ainsi que les marchés de partenariat sont soumis à des procédures de passation spécifiques.



Toutes les procédures instaurées en matière de marchés publics ont pour objectif d'assurer la mise en œuvre pleine et entière des obligations de publicité et de mise en concurrence. Dans ce cadre-là, la liberté de choix des acheteurs est sensiblement réduite.

## § 62 Procédures applicables aux contrats de la commande publique : contrats de concession

Le cadre mis en place pour la passation des contrats de concession est moins contraignant qu'en matière de marchés publics mais il limite également fortement la liberté de choix des autorités concédantes. Ainsi, en dehors des hypothèses précédemment évoquées des « autres contrats de concession » et des « contrats de concession passés sans publicité ni mise en concurrence préalable » (V. n° 58 ), les autorités concédantes sont tenues d'organiser une procédure de publicité et de mise en concurrence pour choisir le concessionnaire ( *CCP, art. L. 3121-1 ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 36 et 46* ). En principe, l'organisation de la procédure est libre mais certaines règles sont imposées par le code, notamment s'agissant des modalités de publicité ( *CCP, art. L. 3122-1 et R. 3122-1 et s. ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 35 ; ancien D. n° 2016-86, 1er févr. 2016, art. 14* ).

§ 63 Procédures applicables aux autres contrats relevant du champ concurrentiel  
Parmi les autres contrats relevant du champ concurrentiel, seules les conventions d'occupation du domaine public qui permettent l'occupation ou l'utilisation du domaine en vue d'une exploitation économique font l'objet de dispositions textuelles imposant le respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence. Le Code général de la propriété des personnes publiques prévoit en effet que *“l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester”* ( *CGPPP, art. L. 2122-1-1, al. 1* ). Le respect de cette procédure admet plusieurs exceptions fixées par le code ( *CGPPP, art. L. 2122-1-1, al. 2, L. 2122-1-2 et L. 2122-1-3* ). En revanche, une procédure minimale est imposée lorsque la délivrance du titre intervient à la suite d'une manifestation d'intérêt spontanée : le code

précise que “l'autorité compétente doit s'assurer au préalable par une publicité suffisante, de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente” ( CGPPP, art. L. 2122-1-4 ).

S'agissant des autres contrats relevant du champ concurrentiel mais exclus de la commande publique, les textes ne fixent pas de procédure particulière mais l'application des principes d'égalité et de transparence impose aux personnes publiques de mettre en place des procédures de publicité et de mise en concurrence minimales afin de s'assurer de leur respect.

## § 64 Application spontanée d'une procédure de publicité et de mise en concurrence

Lorsqu'une personne publique décide de passer un contrat administratif en utilisant une procédure de publicité et de mise en concurrence alors que rien ne l'imposait, ou lorsqu'elle décide de mettre en place une procédure plus contraignante que celle qui lui était imposée, elle ne peut pas y renoncer et est tenue de la respecter ( *CE, 15 oct. 1982, n° 21609, Sté d'affichage Giraudy : JurisData n° 1982-041719 ; DA 1982, comm. 375. – CE, 21 sept. 1992, n° 111555, Cne Bagnols-sur-Cèze c/ SARL Alpha Ambulances : JurisData n° 1992-047099 ; Lebon, p. 1105. – CE, 10 oct. 1994, n° 108691, Ville Toulouse : JurisData n° 1994-046405 ; Lebon, p. 1034 ; JCP G 1994, IV, 2529, note M.-C. Rouault. – CAA Paris, 27 sept. 2001, n° 00PA02964 et 00PA03449, Cne Papeete c/ Dieumegard : Contrats-Marchés publ. 2002, comm. 8, note V. Haïm*).

## **B. CAPACITÉ DU COCONTRACTANT**

### § 65 Présentation

Parmi les conditions que la personne publique doit vérifier avant de conclure un contrat administratif, il faut que cette dernière s'assure que son cocontractant dispose bien de la capacité nécessaire pour conclure le contrat. Il est possible, de ce point de vue, de distinguer les conditions

générales quant à la capacité du cocontractant et les conditions particulières imposées dans le cadre des contrats de la commande publique.

## 1° Conditions générales

### § 66 Distinction entre capacité et compétence en fonction de la nature du cocontractant

Lorsque le contrat administratif est passé avec une personne de droit privé, la personne publique à l'initiative du contrat doit s'assurer de sa capacité. En revanche, lorsque le contrat administratif est passé avec une autre personne publique, il n'est pas question de capacité mais de compétence pour conclure le contrat.

### § 67 Vérification de la capacité du cocontractant privé

La capacité se définit comme l'« aptitude à acquérir un droit et à l'exercer reconnu en principe à tout individu et, en fonction de leur nature, de leur objet de leur forme, aux personnes morales » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique : PUF, 12e éd., 2018*). Il faut donc distinguer la capacité à contracter des personnes physiques et celles des personnes morales. Cette capacité est envisagée par les articles 1145 et suivants du Code civil, étant précisé que *“l'incapacité de contracter est une cause de nullité relative”* du contrat ( *C. civ., art. 1147* ). En principe, *“toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi”* ( *C. civ., art. 1145, al. 1* ). Les mineurs non émancipés et les majeurs protégés *“sont incapables de contracter”* ( *C. civ., art. 1146* ). Il s'agit d'une incapacité d'exercice et non de jouissance. La capacité des personnes morales est encadrée différemment. Le Code civil précise ainsi que *“la capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles”* ( *C. civ., art. 1145, al. 2* ).

Ce sont généralement ces personnes morales qui intéressent les personnes publiques lors de la conclusion de contrats administratifs.

Or, les personnes morales ne peuvent pas s'exprimer directement. Elles ne peuvent le faire que « par l'intermédiaire de leurs organes de direction dont les membres, personnes physiques, agissent au nom et pour le compte de la personne morale » (*H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, préc. n° 4, p. 286*). La représentation est définie par les articles 1153 et suivants du Code civil . Or, « dans le cadre d'un contrat administratif, la question peut se poser de savoir quelles sont les personnes physiques habilitées à représenter l'entreprise cocontractante de l'Administration (les statuts de celle-ci les désignent) ou si une personne privée peut être représentée par une autre (ex. : candidature de groupements d'entreprises à l'attribution d'un marché public ou d'une concession) » (*H. Hoepffner, ibid.*). En effet, *“le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés”* ( *C. civ., art. 1153* ). S'il s'engage pour le représenté mais sans bénéficier du pouvoir de contracter, il *“contracte en son propre nom”* et *“il est seul engagé à l'égard du cocontractant”* ( *C. civ., art. 1154* ). Les personnes publiques contractantes ne doivent pas prendre la question de la capacité à la légère car elles ne seront pas nécessairement protégées. En effet, l'acte accompli est en principe inopposable au représenté, ce qui signifie que la personne publique qui signe un contrat avec un représentant qui ne disposait pas des pouvoirs nécessaires ne pourra pas demander au représenté d'exécuter les engagements, sauf si elle « a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté ». Elle pourra seulement invoquer la nullité de l'acte ( *C. civ., art. 1156* ). De plus, *“lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer”* ( *C. civ., art. 1157* ).

## § 68 Compétence des personnes publiques pour candidater à l'attribution d'un contrat

L'encadrement de la liberté contractuelle concerne également les contrats administratifs qui sont

passés entre deux personnes publiques. Il n'est pas question de capacité mais de compétence lorsque l'on cherche à déterminer si une personne publique peut contracter. La question de la compétence pour contracter est la même que la personne publique soit la personne à l'initiative du contrat administratif ou le cocontractant d'une autre personne publique (sur cette question, *V. n° 8 et s.*). En revanche, la question s'est posée de savoir sous quelles conditions une personne publique peut candidater à l'attribution d'un contrat administratif et, plus spécifiquement, à l'attribution d'un contrat de la commande publique. En effet, les conditions posées concernent avant tout les contrats qui interviennent dans le champ concurrentiel, dont font partie les contrats de la commande publique.

Le Conseil d'État a d'abord consacré le principe selon lequel les personnes publiques sont libres de candidater à l'attribution de tels contrats (*CE, avis, 8 nov. 2000, n° 222208, Sté Jean-Louis Bernard consultants : JurisData n° 2000-061174 ; Lebon, p. 492 ; JCP G 2000, act. 2106 ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 8 ; RFDA 2001, p. 112, concl. C. Bergeal ; CJEG 2001, p. 58, note M. Degoffe et J.-D. Dreyfus ; AJDA 2000, p. 1066*). Cette solution faisait suite à l'arrêt Teckal, rendu par la Cour de justice des communautés européennes (*CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, Teckal Srl : JurisData n° 1999-590018 ; Rec. CJCE 1999, p. I-8121*). Cette solution a été confirmée et précisée par ces mêmes juridictions en 2014. C'est d'abord la Cour de justice qui est intervenue pour rappeler la possibilité pour les organismes publics de se porter candidats à l'attribution de marchés publics (*CJUE, 18 déc. 2014, aff. C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze c/ Data Medical Service Srl : Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 37, note G. Eckert*), tout en précisant que cette liberté n'est pas absolue et qu'elle peut être limitée par les États membres soit en exigeant que l'activité objet du marché soit compatible « avec leurs objectifs institutionnels et statutaires », soit en choisissant d'interdire – de manière générale – à ces entités d'« offrir certains services contre rémunération sur le marché, même à titre occasionnel » (*pt 36*). Puis, c'est le Conseil d'État qui a rappelé à son tour le principe de la liberté pour les personnes publiques de candidater à l'attribution d'un marché public, mais en y apportant une limite (*CE, ass., 30 déc. 2014, n° 355563, Sté Armor SNC : JurisData n° 2014-032080 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 36, note L. de Fournoux*). Il considère en effet qu'une telle candidature n'est possible que si elle répond à un intérêt public, « c'est-à-dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens

dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission ». De plus, « une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence ». Il a rappelé cette solution en mettant fin au feuillet opposant la société Armor SNC au département de la Vendée ( *CE, 4 juin 2019, n° 411444, Sté Armor SNC : JurisData n° 2019-009982 ; JCP A 2019, act. 421 ; Contrats-Marchés publ. 2019, comm. 257, comm. G. Eckert* ).

## 2° Conditions spécifiques aux contrats de la commande publique

### § 69 Liberté d'accès à la commande publique et interdictions de soumissionner

Le principe est la liberté d'accès aux contrats de la commande publique. En effet, les contrats de la commande publique sont définis comme des contrats conclus “avec un ou plusieurs opérateurs économiques” ( *CCP, art. L. 2* ). Or, la définition de l'opérateur économique est extrêmement large. Il s'agit de “toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services” ( *CCP, art. L. 1220-1 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 13, al. 1 ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 12, al. 1* ). Lorsqu'un opérateur économique “demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un contrat de la commande publique” il devient un candidat ( *CCP, art. L. 1220-2 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 13, al. 2 ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 12, al. 2* ) et, lorsqu'il présente une offre, il est qualifié de soumissionnaire ( *CCP, art. L. 1220-2 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 13, al. 3 ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 12, al. 3* ). Au-delà des questions de capacité et de compétence précédemment évoquées, le principe est donc la liberté pour les opérateurs économiques. Néanmoins, et par exception à ce principe, les textes envisagent différentes interdictions de soumissionner qui restreignent la faculté de soumissionner pour les cocontractants.

## § 70 Distinction entre les interdictions de soumissionner obligatoires et facultatives

Les interdictions de soumissionner ne répondent pas toutes à la même logique. Les textes distinguent en effet deux ensembles, en envisageant les interdictions de soumissionner obligatoires et générales d'un côté ( *CCP, art. L. 2141-1 à L. 2141-6 et L. 3123-1 à L. 3123-6 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 45 ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 39* ) et les interdictions de soumissionner facultatives de l'autre ( *CCP, art. L. 2141-7 à L. 2141-11 et L. 3123-7 à L. 3123-11 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 48 ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 42* ). Les premières s'imposent aux acheteurs et aux autorités concédantes, sauf si l'acceptation du candidat peut être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général ou s'il apparaît que ce candidat est le seul à qui le contrat peut être confié ( *CCP, art. L. 2141-6 et L. 3123-6 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 47 ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 41* ). En revanche, les interdictions de soumissionner facultatives sont laissées à l'appréciation des acheteurs et des autorités concédantes.

Les interdictions de soumissionner ont des conséquences importantes qui vont s'étendre au-delà des seuls opérateurs économiques concernés. Les groupements d'opérateurs économiques et les sous-traitants sont également concernés ( *CCP, art. L. 2141-13, L. 2141-14 et L. 3123-16 et L. 3123-17 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 50 ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 42, II* ). De plus, les opérateurs économiques sont tenus d'informer la personne publique lorsqu'un changement de situation en cours de procédure les fait tomber sous le coup d'une interdiction de soumissionner ( *CCP, art. L. 2141-13 et L. 3123-15 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 48, II ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 42, II* ).

## § 71 Interdictions de soumissionner obligatoires et générales justifiant une exclusion automatique

Le Code de la commande publique prévoit cinq hypothèses dans lesquelles les opérateurs économiques tombent sous le coup d'exclusions de plein droit. Ces exclusions concernent :

- les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions listées par les textes ( *CCP, art. L. 2141-1 et L. 3123-1 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 45, 1° ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 39, 1°* ), ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne. Les hypothèses envisagées vont du trafic de stupéfiants à la soustraction au paiement de l'impôt, en passant par la participation à une association de malfaiteurs. L'exclusion vaut également si la condamnation concerne un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale ;
- les personnes “*qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles*” ( *CCP, art. L. 2141-2 et L. 3123-2 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 45, 2° ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 39, 2°* ). La liste des impôts, taxes, contributions et cotisations concernés est fixée par un arrêté du ministre de l'Économie annexé au Code de la commande publique . Ces exclusions ne s'appliquent pas lorsque ces personnes ont acquitté ces impôts, taxes, contributions ou cotisations, qu'elles ont constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement ou qu'elles ont conclu et respecté un accord contraignant avec les organismes chargés du recouvrement avant l'examen de la recevabilité de leurs candidatures ;
- les personnes soumises à une procédure de liquidation judiciaire, ou qui font l'objet d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer, ou qui sont admises à une procédure de redressement judiciaire sans être habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché public ( *CCP, art. L. 2141-3 et L. 3123-3 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 45, 3° ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 39, 3°* . – En ce sens, *V. CAA Nancy, 28 nov. 2013, n° 13NC00967, OPH Metz Habitat Territoire : JurisData n° 2013-031368 ; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 53 , obs. M. Ubaud-Bergeron.* –



*CE, 25 janv. 2019, n° 421844 : JurisData n° 2019-000855 ; Contrats-Marchés publ. 2019, comm. 111 , note J. Dietenhoefter) ;*

- les personnes qui ont été sanctionnées en raison de travail dissimulé, en raison de marchandage illégal, de prêt de main-d'œuvre illicite, ou en raison d'emploi direct ou indirect de travailleurs étrangers non autorisés à travailler ; celles qui ont été condamnées pour discrimination ; celles qui n'ont pas mis correctement en œuvre la négociation imposée tous les 4 ans sur la rémunération, le temps de travail, le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, et la qualité de vie au travail ; et celles qui ont été condamnées à une peine d'exclusion des marchés publics ( *CCP, art. L. 2141-4 et L. 3123-4 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 45, 4° ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 39, 4°* ). Ces exclusions s'appliquent en principe pour une durée de 3 ans à compter de la date de la décision ou du jugement ayant constaté la commission de l'infraction. Elles peuvent toutefois être évitées sous certaines conditions définies par les textes ;
- les personnes qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative en application de l' article L. 8272-4 du Code du travail ( *CCP, art. L. 2141-5 et L. 3123-5 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 45, 5° ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 39, 5°* ). Ce motif d'exclusion peut lui aussi être régularisé par les candidats sous conditions.

## § 72 Interdictions de soumissionner facultatives imposées par les acheteurs

Depuis l'adoption des ordonnances de 2015 et 2016 transposant les directives de 2014, les acheteurs et les autorités concédantes ont la possibilité de mettre en œuvre des motifs d'exclusion complémentaires. Il s'agit d'exclusions laissées à leur appréciation mais, si les documents de la consultation prévoient explicitement une exclusion, ils sont tenus de la mettre en œuvre ( *CJUE, 14 déc. 2016, aff. C-171/15, Connexion Taxi Services BV c/ Staat der Nederlanden : JurisData*

n° 2016-029322 ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 39 , note M. Ubaud-Bergeron ; Europe 2017, comm. 64 ). Ils peuvent ainsi décider d'exclure :

- les personnes qui, lors d'un précédent contrat de concession ou lors d'un précédent marché public, ont été sanctionnées en raison *“d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles”* ( CCP, art. L. 2141-7 et L. 3123-7 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 48, I, 1° ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 42, I, 1° ). Il peut s'agir de dommages et intérêts, de la résiliation du contrat ou de toute sanction comparable. La seule condition est que cette sanction doit avoir été prononcée depuis moins de 3 ans ;
- les personnes qui ont eu certains comportements répréhensibles au regard de la procédure de passation. Il peut s'agir de personnes qui ont cherché à *“influencer indûment [...] le processus décisionnel”*, qui ont essayé *“d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu”*, ou qui *“ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution”* ( CCP, art. L. 2141-8 et L. 3123-8 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 48, I, 2° ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 42, I, 2° ) ;
- dans le cadre des seuls marchés publics, les opérateurs qui ont participé de manière directe ou indirecte à la phase de préparation préalable à la procédure de passation s'ils ont eu accès à des informations qui sont *“susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens”* ( CCP, art. L. 2141-8, 2° ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 48, I, 3° ) ;
- les personnes pour lesquelles l'acheteur ou l'autorité concédante est en mesure de *“déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence”*. Il est nécessaire pour cela qu'il *“dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants”* ( CCP, art. L. 2141-9 et L. 3123-9 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 48, I, 4° ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 42, I, 3° ) ;

- les opérateurs économiques “*qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens*” ( CCP, art. L. 2141-10 et L. 3123-10 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 48, I, 5° ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 42, I, 4° ).

La faculté laissée aux acheteurs n'est cependant pas sans limites. Il est en effet précisé que de telles exclusions ne sont possibles que si l'acheteur a laissé la possibilité à l'opérateur économique concerné de démontrer “*dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement*” ( CCP, art. L. 2141-11 et L. 3123-11 ; ancien Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 48, II ; ancien Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 42, II ).

## **C. CONSENTEMENT DES COCONTRACTANTS**

### § 73 Présentation

Comme en droit civil, le consentement des parties est indispensable pour la formation du contrat administratif (V. Y. Weber, La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs : Mél. en hommage à Roland Drago, L'unité du droit : Economica, 1996, p. 317. – F. Moderne, Permanence et actualité d'une théorie classique : le dol dans la formation des contrats de l'administration : CJEG 2000, p. 91 ). En effet, conformément à « la tradition thomiste, la jurisprudence considère que le consentement suppose, non une attitude passive ou silencieuse, mais bien un acte de compréhension intellectuelle de la chose ou de la situation » (J.-C. Ricci et F. Lombard, Droit administratif des obligations, préc. n° 37, p. 135). Les vices du consentement sont envisagés par le Code civil qui précise que “l'erreur, le dol et la violence vicie le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes” et que “leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné” ( C. civ., art. 1130 ). L'erreur, le dol et la violence sont des causes de nullité relatives pour le contrat ( C. civ., art. 1131 ). Tous trois se retrouvent en matière de contrats administratifs, même

si cette théorie est rarement appliquée par le juge administratif. Ces vices ont malgré tout une importance réelle car ils font partie des moyens susceptibles de justifier le constat de la nullité du contrat par le juge administratif dans le cadre du recours au fond en contestation de validité ( CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802, Cne Béziers : JurisData n° 2009-017292 , préc. n° 21).

## 1° L'erreur

### § 74 Définition civiliste

L'erreur est définie par le Code civil. Il peut tout d'abord s'agir d'une erreur de droit ou de fait. Elle constitue "une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant", sauf s'il s'agit d'une erreur inexcusable ( C. civ., art. 1132 ). Elle peut donc porter sur la chose qui fait l'objet du contrat ou sur la personne du cocontractant. Toutefois toutes les erreurs ne sont pas des causes de nullité. Ainsi, s'agissant de l'erreur sur la chose, il faut qu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation telles que définies par le code ( C. civ., art. 1133 ). Par ailleurs, s'agissant de l'erreur sur la personne, il est précisé que "l'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne", c'est-à-dire dans le cadre des contrats conclus *intuitu personae* ( C. civ., art. 1134 ). En revanche, "l'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité ». Il n'en ira autrement que si les cocontractants ont expressément indiqué dans le contrat qu'ils faisaient de ce motif « un élément déterminant de leur consentement" ( C. civ., art. 1135 ). De la même manière, "l'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité" ( C. civ., art. 1136 ). Il faut toutefois noter que "l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat" ( C. civ., art. 1139 ).

## § 75 Application par le juge administratif

Le juge administratif retient la même conception de l'erreur que son homologue judiciaire. Ainsi, l'erreur doit être déterminante pour pouvoir être retenue comme un vice du consentement, c'est-à-dire que c'est elle qui doit avoir provoqué le consentement de la personne ( *CE*, 28 déc. 1917, *Belmont* : *Lebon*, p. 878). De plus, le juge considère que l'erreur doit être excusable/ne pas être inexcusable ( *CE*, 30 mai 1980, *Sté de la piscine de la Dame blanche* : *Lebon*, p. 257). Il sera intransigeant lorsque l'erreur est invoquée par un professionnel lorsque celui-ci est supposé disposer des connaissances nécessaires pour ne pas commettre une telle erreur. Ainsi, le juge administratif refuse de reconnaître comme des erreurs excusables celles commises par un professionnel et qui portent sur le prix ou les recettes attendues dans le cadre d'un contrat de la commande publique ( *CE*, 22 mai 1912, *Grandjouant* : *Lebon*, p. 589. – *CE*, 18 janv. 1922, *Cne Beausoleil* : *Lebon*, p. 42. – *CE*, 15 juin 1934, *Dpt Haute-Loire* : *Lebon*, p. 694. – *CE*, 5 déc. 1934, *Laurenson* : *Lebon*, p. 1151. – *CAA Versailles*, 12 juin 2014, n° 12VE01120, *Sté paysages Clément* : *JurisData* n° 2014-016531 ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, *comm.* 243 , *obs.* M. *Ubaud-Bergeron*. – *CE*, 20 déc. 2017, n° 408562, *Sté Area Impianti* : *JurisData* n° 2017-026066 ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, *comm.* 51 , *note* J.-P. *Pietri*). Il considère même qu'une erreur n'est pas excusable lorsque le cocontractant aurait pu l'éviter en étant plus attentif et en réalisant des études supplémentaires, alors même que cette erreur résulte de mauvais renseignements fournis par la personne publique ( *CE*, 10 janv. 1912, *Ville Saint-Étienne* : *Lebon*, p. 29. – *CE*, 8 févr. 1928, *Sté des constructions mécaniques* : *Lebon*, p. 196). Par ailleurs, le juge administratif considère que le principe de l'intangibilité de l'offre interdit au cocontractant d'invoquer une erreur dans son offre pour faire annuler le contrat ou pour le faire modifier ( *CE*, 1er févr. 1980, *OPHLM Brest* . – *CE*, 21 mai 1990, n° 79506, *Sté Frédéric Roudet* ). Pour autant, la sévérité du juge administratif en matière d'erreur ne concerne pas que le cocontractant. Il considère ainsi que les personnes publiques ne peuvent pas se prévaloir d'une erreur sur le prix ( *CE*, 21 mai 1948, *Sté coopérative de production* : *Lebon*, p. 641. – *CE*, 9 nov. 2018, n° 420654 et 420663, *Sté Cerba et Caisse nationale d'assurance maladie* : *JurisData* n° 2018-019676 ; *Lebon*, p. 407 ; *JCP A* 2018, *act.* 848 ; *Dr. adm.* 2019, *alerte* 9 ; *Contrats-Marchés publ.* 2019, *comm.* 24 , *note* M. *Ubaud-Bergeron* ; *Procédures* 2019, *comm.* 33 , *note* N. *Chiffot*). Ce refus d'admettre

l'erreur sur le prix ou sur la valeur, tant de la part de la personne publique que de son cocontractant, est conforme à l' article 1136 du Code civil .

Pour autant, certaines erreurs sont admises. Comme en droit civil, il peut s'agir d'erreurs sur la chose ( *CE, 24 juill. 1885, Ville Vichy : Lebon, p. 723. – CE, 22 janv. 1986 , SCP : RDP 1986, p. 1729. – CE, 10 janv. 1912, Ville Saint-Étienne : Lebon, p. 22. – CE, 6 juin 1958, Ayssi : Lebon, p. 323, concl. M. Long*) ou sur les qualités substantielles de celle-ci ( *CE, 13 oct. 1972, SA Banque – Crédit – Bourse du Nord : AJDA 1973, p. 213* ) ; mais aussi d'erreurs sur la personne du cocontractant ( *CE, 26 avr. 1950, Domergue : Lebon, p. 813*). En revanche, l'erreur de droit n'est généralement pas admise car le juge administratif considère qu'elle est inexcusable ( *CE, 25 oct. 1946 , Ville Sancerre : Lebon, p. 247. – CAA Nancy, 19 déc. 1998, n° 89NC00284 , Sté du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines : Lebon, p. 365*).

## 2° Le dol

### § 76 Définition civiliste

Le dol est également défini par le Code civil. Il s'agit du “*fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges*”, ou du fait pour l'un des contractants de dissimuler intentionnellement “*une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie*”. En revanche, rejoignant en cela l'appréciation de l'erreur, le code précise que “*ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation*” ( *C. civ., art. 1137* ). Le dol peut émaner du contractant directement, mais également de son représentant, de son gérant d'affaires, de son préposé, de son porte-fort ou même d'un tiers de connivence ( *C. civ., art. 1138* ). À côté du dol principal, les juridictions admettent l'existence d'un dol incident. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle « les manœuvres ont conduit le cocontractant non pas à conclure un contrat mais à le conclure à des conditions très désavantageuses ; si un préjudice a été causé de ce fait, il se résoudra par l'allocation de dommages-intérêts non par l'annulation du contrat » (*J.-C. Ricci et F. Lombard, Droit administratif des obligations, préc. n° 37, p. 138*).

## § 77 Application par le juge administratif

Comme en droit civil, « le dol suppose la réunion de deux éléments ». Le premier est « un élément intentionnel : une volonté de tromper autrui et de lui nuire ». Le second est « un élément matériel : des manœuvres utilisées à cette fin (dol par commission) [...] lesquelles peuvent consister à garder le silence sur une information décisive (dol par omission) » (*H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, préc. n° 4, p. 303*). Les juges du fond apprécient souverainement l'existence d'une manœuvre ou d'une intention dolosive ( *CE, 10 juill. 1996, n° 132921, Cne Boissy-Saint-Léger : JurisData n° 1996-050861 ; Lebon, p. 287*. – *CE, 12 mars 1999, n° 170103, Cne Lansargues : JurisData n° 1999-050334 ; Lebon, p. 63*). Néanmoins le juge de cassation peut, dans le cadre de son contrôle de la qualification juridique, se prononcer sur la qualification du comportement pour déterminer si celui-ci est constitutif d'un dol ( *CE, 19 déc. 2007, n° 268918, 269280 et 269293, Sté Campenon-Bernard et a. : JurisData n° 2007-072854 ; Lebon, p. 507*).

Le juge administratif considère qu'une entente entre plusieurs candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique entraînant un surcoût pour la personne publique constitue un dol incident qui est sanctionnable ( *CAA Paris, 17 avr. 2007, n° 05PA04370, SNCF : Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 168, note W. Zimmer*. – *CAA Douai, 22 févr. 2018, n° 17DA00507, Sté Signalisation France : JurisData n° 2018-002527 ; Contrats, conc. consom. 2018, chron. 3 ; AJDA 2018, p. 1410, S. Douteaud*). Pour autant, le juge considère que lorsque le dol s'est produit en raison d'un manque de vigilance de la victime, il ne peut pas entraîner la nullité du contrat ( *CE, 21 mai 1926, Ville Honfleur : Lebon, p. 533*). Par ailleurs, le juge administratif retient lui aussi l'existence d'un dol en cas de dol incident ( *CE, 14 déc. 1923, Sté Des Grands Moulins de Corbeil : Lebon, p. 852 ; DH 1924, p. 52 ; Gaz. Pal. 1924, I, 118* ). Toutefois, le Conseil d'État ne semble plus considérer que le dol incident ne peut pas conduire à la nullité du contrat et ne paraît donc plus retenir la distinction entre dol principal et dol incident. Ainsi, il n'y aurait « plus qu'un dol : le dol déterminant, c'est-à-dire celui qui a eu une influence décisive sur le consentement de la victime. Sa victime dispose d'une option : elle peut soit s'en tenir à la recherche de la responsabilité extracontractuelle, soit demander la nullité du contrat » (*H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, préc. n° 4, p. 305*). Enfin, il faut préciser que le Conseil d'État considère que le cocontractant qui a pratiqué des manœuvres dolosives peut se les voir opposées et être privé

de son droit à indemnisation ( *CE*, 22 févr. 2008, n° 266755 , *Tête* : *JurisData* n° 2008-073188 ; *JCP E* 2008, 1831 ; *Contrats-Marchés publ.* 2008, *comm.* 79 , *G. Eckert.* – *CE*, 10 avr. 2008, n° 244950, *Sté Decaux* : *JurisData* n° 2008-073381 ; *Dr. adm.* 2008, *comm.* 78 , *F. Melleray* ; *AJDA* 2008, p. 725 , *chron.* *J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau*).

*Mise à jour du 17 juin 2022*

## § 77 Remboursement des dépenses utiles à la collectivité suite à l'annulation du contrat pour dol

Le Conseil d'État précise la notion de dépenses utiles à la collectivité publique en cas d'annulation du marché suite à une entente anticoncurrentielle ( *CE*, 17 juin 2022, n° 454189, *Sté Lacroix City Saint-Herblain* : *Contrats-Marchés publ.* 2022, *comm.* 260 , *note M. Ubaud-Bergeron*). En pareille hypothèse, la personne publique peut demander au juge administratif l'annulation du contrat pour dol. Son cocontractant peut néanmoins, sur un fondement quasi-contractuel, obtenir le remboursement des dépenses utiles à la collectivité ( *CE*, 10 juill. 2020, n° 420045, *Sté Lacroix signalisation* : *JurisData* n° 2020-009874 ; *Lebon*, p. 276 ; *Contrats-Marchés publ.* 2020, *comm.* 254 , *note M. Ubaud-Bergeron* ; *BJCP* 2020, *concl.* *M. Le Corre*). Ces dépenses incluent, selon le Conseil d'État, celles qui ont été directement engagées par le cocontractant pour la réalisation des fournitures, travaux ou prestations destinés à l'administration, à l'exclusion de toute marge bénéficiaire. Les frais financiers et les frais de communication sont en revanche exclus de l'assiette du remboursement.

### 3° La violence

## § 78 Définition civiliste

La violence est définie comme le fait pour une partie de s'engager "sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal



considérable” ( C. civ., art. 1140 ). Elle peut avoir été exercée par le contractant mais aussi par un tiers ( C. civ., art. 1142 ). De plus, la violence peut également être constituée “lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif” ( C. civ., art. 1143 ). En revanche, la menace d'une voie de droit ne peut normalement pas constituer une violence, à moins qu'elle soit “détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif” ( C. civ., art. 1141 ).

## § 79 Application par le juge administratif

En théorie, le juge administratif admet la violence comme vice du consentement. La violence peut résulter d'une partie ( *CE, 26 avr. 1901, Savournin : Lebon, p. 405*, la commune avait menacé des entrepreneurs de retarder le versement d'une somme d'argent correspondant à des travaux qui étaient exécutés depuis 11 ans pour qu'ils acceptent un paiement partiel) ou d'un tiers (V. mais pour un rejet : *CE, 19 janv. 1945, Sté des aéroplanes Voisin : Lebon, p. 19*). En réalité, si « la violence est rarement invoquée comme cause de nullité des contrats administratifs », elle est « encore plus rarement retenue » (*H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, préc. n° 4, p. 307*). En effet, la violence doit être déterminante et illégitime : ne constitue pas une violence le fait pour l'administration de pousser les requérants à contracter en les menaçant de leur appliquer les conditions d'un autre marché qu'elle avait passé avec eux. Le Conseil d'État précise qu'il s'agit simplement de « l'usage d'un droit dont l'application devait entrer dans les prévisions de l'entrepreneur » ( *CE, 4 mai 1900, Héritiers de Gouy : Lebon, p. 319*). Pour autant, comme le souligne Hélène Hoepffner, la violence « n'est cependant pas inenvisageable. Outre la violence morale, la violence économique ne paraît pas purement hypothétique : un cocontractant pourrait sans doute obtenir l'annulation d'un contrat dont il aurait été contraint d'accepter les stipulations sans pouvoir les négocier en raison de son état de nécessité économique » (*ibid., p. 307*).

## D. SIGNATURE DU CONTRAT

### § 80 Principe du caractère non obligatoire de la signature

La signature du contrat ne constitue pas une obligation. En effet, il existe des contrats non écrits, qui ne nécessitent donc pas de signature. De plus, « pour les contrats écrits, le juge accepte de vérifier l'existence d'un consentement par la réunion d'un faisceau d'indices dans lequel la signature du contrat n'est qu'un élément concordant » (*M. Ubaud-Bergeron, Droit des contrats administratifs, préc. n° 32, p. 286.* – L'auteure renvoie à *CE, 10 févr. 2014, n° 350265, SA Gecina : JurisData n° 2014-002162 ; Lebon T., p. 737 ; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 115, note P. Devillers*).

### § 81 Caractère obligatoire de la signature pour certains contrats

Le principe selon lequel la signature des contrats administratifs n'est pas obligatoire rencontre des exceptions. En effet, les textes peuvent imposer la signature parmi les conditions de validité de certaines catégories de contrats administratifs. Ainsi, pour les marchés passés selon une procédure formalisée, un délai est prévu entre la notification et la signature du marché, ce qui implique que la signature soit obligatoire ( *CCP, art. R. 2182-1 ; ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 101, I* ). De la même manière, la signature des marchés de partenariat est encadrée ( *CCP, art. R. 2223-1 à R. 2223-5 ; ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 156 et 157* ). Par ailleurs, pour les marchés ( *CCP, art. R. 2182-3 ; ancien D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 102* ) comme pour les concessions ( *CCP, art. R. 3125-5 ; D. n° 2018-1225, 24 déc. 2018, art. 12, 17°* ), il est prévu que la signature peut être effectuée par voie électronique.

§82 Conditions relatives à la signature La signature doit émaner de l'autorité compétente pour engager la personne publique (*V. n° 18 et s.*).

Cette signature doit porter sur l'acte d'engagement. Ainsi, la signature du cahier des charges ne suffit pas ( *CE, 26 févr. 1988, n° 78530, OPHLM Villeneuve-Saint-Georges : JurisData n° 1988-605152 ; Dr. adm. 1988, comm. 237* ).

## **IV. FORMALITÉS POSTÉRIEURES**

### **§ 83 Présentation**

Certains contrats administratifs nécessitent la réalisation de formalités supplémentaires pour pouvoir être effectifs. Il s'agit de ceux soumis au contrôle de légalité et de ceux qui nécessitent une approbation.

### **A. CONTRATS SOUMIS AU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ**

§ 84 Il s'agit des contrats passés par les collectivités territoriales, afin de s'assurer que le préfet puisse exercer un déféré préfectoral en cas de doute sur la légalité du contrat avant que celui-ci n'ait commencé à être exécuté.

Lorsqu'elle est imposée, c'est la transmission au contrôle de légalité qui confère leur caractère exécutoire aux contrats administratifs. Le Code général des collectivités territoriales précise que les contrats concernés par cette transmission obligatoire sont "*les conventions relatives aux emprunts, les marchés et les accords-cadres d'un montant au moins égal à un seuil défini par décret, les marchés de partenariat ainsi que les contrats de concession, dont les délégations de service public, et les concessions d'aménagement*" ( *CGCT, art. L. 2131-2* pour les communes. –

CGCT, art. L. 3131-2 pour les départements. – CGCT, art. L. 4141-2 pour les régions). Actuellement le seuil est fixé à 209 000 euros HT ( CGCT, art. D. 2131-5-1 ). En principe. Pendant longtemps, l'absence de transmission entraînait l'illégalité du contrat pour les contrats administratifs ( CE, avis, 10 juin 1996 , Préfet Côte d'Or : D. 1997, p. 45, F.-P. Benoît ; RFDA 1996, p. 840 et 1997, p. 83, J.-Cl. Douence). L'apparition du recours en contestation de validité du contrat a permis d'atténuer cette solution. Dans l'arrêt Commune de Béziers, le Conseil d'État indique que le défaut de transmission au représentant de l'État de la délibération autorisant le contrat avant sa signature par l'organe exécutif ne constitue pas un vice d'une gravité telle qu'il justifierait la mise à l'écart du contrat ( CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802 : JurisData n° 2009-017292 ; Lebon, p. 509, concl. E. Glaser ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 38 , note Ph. Rees). Ainsi, désormais, le juge « met en balance la légalité du contrat avec d'autres objectifs, et [...] privilégie [...] la régularisation de ce type d'illégalité » (M. Ubaud-Bergeron, Droit des contrats administratifs, préc. n° 32, p. 287). Ainsi, le Conseil d'État a précisé, dans le cadre d'un déferé préfectoral, à propos « du vice tenant à la signature d'un contrat par le représentant de la personne publique avant la transmission au représentant de l'Etat chargé du contrôle de légalité de la délibération l'autorisant », qu'un tel « vice n'entraîne pas nécessairement l'illégalité du contrat si les conditions de la transmission n'ont pas privé le préfet de sa capacité à exercer le contrôle de légalité et dès lors que cette délibération a été prise avant la signature du contrat » ( CE, 9 mai 2012, n° 355665, Synd. interdépartemental des ordures ménagères de l'Aude : JurisData n° 2012-009581 ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 225 , note J.-P. Pietri).

## **B. CONTRATS NÉCESSITANT UNE APPROBATION**

§ 85 Pour certains contrats administratifs, l'approbation par une autorité extérieure peut être exigée par les textes. Cela peut ainsi être le cas pour les contrats passés par certains établissements publics ( CE, 9 déc. 1949, Chami : Lebon, p. 542).

De la même manière, les textes prévoient que certains contrats conclus par l'État doivent être approuvés. C'est notamment le cas des concessions d'autoroutes qui doivent être approuvées

par décret en Conseil d'État ( *C. voirie routière, art. L. 122-4* ). C'est également le cas des conventions d'emprunt de l'État, qui doivent être approuvées par la loi.

L'acte d'approbation a un effet rétroactif pour le contrat, c'est donc la date de la signature qui permettra de connaître la date d'effet du contrat même si l'approbation est intervenue ultérieurement ( *CE, 18 mars 1998, n° 81463, UNAF : JurisData n° 1998-050483 ; Lebon, p. 93*). L'acte d'approbation est considéré comme « un acte unilatéral particulier » ( *H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, préc. n° 4, p. 297*). Il ne s'agit donc pas d'un acte réglementaire : l'acte d'approbation est assimilé à une décision créatrice de droits au profit du cocontractant de l'administration ( *CE, 26 mars 2001, n° 202209, Assoc. pour la gratuité de l'autoroute A8 : JurisData n° 2001-062108 ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 108 ; BJCP 2001, p. 359, n° 17*).

## BIBLIOGRAPHIE

### **M. Amilhat**

*Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique* : AJDA 2019, p. 793

*La « nouvelle » procédure adaptée : le maintien d'une singularité en trompe l'œil* : Contrats-Marchés publ. 2017, étude 5

*Contractualisation, négociation, consensualisme : nouvelles approches du droit public* : RFDA 2018, p. 1, n° 1

### **A. Antoine**

*L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique* : RFDA 2011, p. 879

### **J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau**

*Les trois visages de la cause dans les contrats administratifs* : AJDA 2008, p. 577

### **P. Bourdon**

*Le préjudice contractuel en droit administratif* : Dr. adm. 2018, étude 6

### **F. Brenet**

*Recherches sur l'évolution du contrat administratif* : Thèse Poitiers, 2002

*La théorie du contrat, évolutions récentes* : AJDA 2003, p. 919

*Contrats administratifs*, in P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka, *Traité de droit administratif* : Dalloz, 2011, p. 263

### **P. Delvolvé**

*Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif* : RFDA 2016, p. 613

### **C.-A. Dubreuil**

*Droit des contrats administratifs* : PUF, 2018

### **F.-X. Fort**

*Les aspects administratifs de la liberté contractuelle*, in *Mél. en l'honneur du professeur Michel Guibal, vol. I* : PUM, 2006, p. 27

**H. Hoepffner**

*Droit des contrats administratifs* : Dalloz, 2016

**L. Janicot**

*L'ordre public dans les contrats administratifs*, in C.-A. Dubreuil (dir.), *L'ordre public* : Éd. Cujas, 2013

**E. Lemaire**

*Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police* : RFDA 2009, p. 767

**J. L'Huillier**

*Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ?* : D. 1953, p. 87

**F. Lombard**

*La cause dans le contrat administratif* : Dalloz, Nouvelle bibl. des thèses, 2008, vol. 77

**Ch. Maugié**

*Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs* : AJDA 1998, p. 694

**E. Mella**

*Les compétences des organes des collectivités territoriales en matière contractuelle* : Contrats-Marchés publ. 2007, étude 7

**F. Melleray**

*Les contrats administratifs conclus sans limitation de durée*, in *Mél. Richer* : LGDJ, 2013, p. 211

**F. Moderne**

*Permanence et actualité d'une théorie classique : le dol dans la formation des contrats de l'administration* : CJEG 2000, p. 91

**J. Moreau**

*Les matières contractuelles* : AJDA 1998, p. 747

*De l'interdiction faite à une autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel* : AJDA 1965, p. 3

**C. Morot-Monony**

*Vice de violence économique et contrats administratifs* : AJDA 2019, p. 1387

**J.-C. Ricci et F. Lombard**

*Droit administratif des obligations* : Dalloz, Sirey, 2018

**L. Richer et F. Lichère**

*Droit des contrats administratifs* : LGDJ, 10e éd., 2016

**F. Rolin**

*L'habilitation à contracter* : in *Mél. en l'honneur du professeur Guibal*, vol. I, préc., p. 291

**M. Ubaud-Bergeron**

*Droit des contrats administratifs* : LexisNexis, 2e éd., 2019

**P. Terneyre**

*La durée des contrats* : RFDA 2016, p. 276

**Y. Weber**

*La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs*, *Mél. en hommage à Roland Drago*, *L'unité du droit* : Economica, 1996, p. 317