

L'ERREUR EN DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Grégory KALFLÈCHE

Le lien entre erreur et contrat fait partie de notre inconscient collectif de juriste. Il renvoie en effet à l'article 1110 du Code civil¹, un des piliers du cours de droit civil des obligations durant la deuxième année de droit. Symboliques de la proximité entre le droit public et le droit privé des contrats, les vices du consentement sont souvent cités en exemple par la doctrine², et la permanence de l'article 1110 dans le code civil³ fait écho à celle du juge administratif le reprenant volontairement⁴ et le citant dans les visas de ses arrêts⁵. L'erreur semble ainsi être une de ces règles qui transcendent notre droit, au-delà de la séparation des ordres juridictionnels.

Les évolutions récentes des contrats publics et de leur contentieux conduisent pourtant à se reposer la question de l'usage des vices du consentement. Sans refaire l'historique complet, on sait que les contrats des communes et départements sont restés pendant longtemps de droit privé et que les contrats administratifs se sont créés, en quelque sorte, par opposition⁶. L'opposition n'a pourtant pas été complète et les emprunts ont existé, notamment pour ce qui concerne les vices du

¹ Article 1110 : « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. »

² B. Plessix, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *RFDA*, 2006 p. 12 ; Y. Weber, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », in *Mélanges Roland Drago, L'unité du droit*, Paris, Économica, 1996, 503 p., p. 315 ; Voir aussi D. Pouyaud, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. Bibl. de droit public, 1991, 598 p. et J. Martin, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, Thèse, Paris 2, Dactyl, 2008, 853 p., spé. p. 414 et s.

³ L'article 1110 n'a en effet jamais été modifié depuis 1804

⁴ Cela apparaît nettement dans les conclusions de Louis-François Comelle sous l'arrêt CE, 29 mars 1917, *Péchin*, *RDP*, 1917, p. 271, à propos de la nature juridique de l'engagement militaire, Gaston Jèze notant dans sa note p. 269 que les contrats administratifs sont fondés sur la théorie de l'autonomie de la volonté pour justifier cette décision.

⁵ Même si l'erreur n'est pas le vice du consentement qui a été utilisé en premier, il l'est dans des arrêts anciens bien avant la justice déléguée : CE, 22 sept. 1814, *La caisse d'amortissement c/ Le sieur Magaud*, *rec. Sirey des jurisprudences du Conseil d'État*, Tome III, p. 18, par exemple. B. Plessix note de plus (*op. cit.* p. 13) que le Conseil d'État vise rarement l'article 1110 c. civ., même si la première référence au Code civil à propos des vices du consentement dans les visas a justement eu lieu pour une erreur : CE 22 mai 1912, *Granjouan*, *leb.* p. 588, S. 1916 p. 8. Cf. aussi J. Martin, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, Thèse, Paris 2, Dactyl, n° 794 qui note une seule autre jurisprudence visant l'article 1110 c. civ. et qui estime que la référence à cet article dans les visas n'est là que lorsque le juge refuse l'erreur afin de « donner une légitimité au fond de sa décision ».

⁶ Cf. les thèses de F. Brenet, *Recherches sur l'évolution des contrats administratifs*, Thèse, dactyl, 2002, 695 p. ; et F. Llorens, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 705 p.

consentement. L'autonomisation des contrats administratifs⁷ par rapports aux contrats de droit privé s'est faite par un ensemble de jurisprudences du Conseil d'État au début du 20^e siècle. La théorisation des ces évolutions est ensuite venue de Gaston Jèze avec l'édition de son fameux ouvrage *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics* entre 1927 et 1934⁸. Il sera suivi, dans la détermination des bases de la notion et du régime des contrats administratifs, par deux autres théoriciens de la matière : Péquignot⁹ et Laubadère¹⁰.

Tous suivent une organisation innovante pour la période. Partant des différents types de contrats qui préexistaient (les marchés, les concessions, les contrats d'occupation...), ils théorisent une définition générale et lui apportent un régime cohérent. Par ailleurs, conscients des spécificités de chacun des contrats nommés antérieurement existants, ils les traitent dans un ensemble qualifié de « principaux contrats administratifs ». Une autre approche est aujourd'hui envisageable. La doctrine, sous des qualificatifs divers, regroupe en effet dans un ensemble des contrats dont le point commun est leur soumission à un régime de passation et à des principes qui conditionnent aussi la vie du contrat. Leur caractère de contrats administratifs n'étant même plus central. Que l'on appelle cet ensemble « commande publique », « marchés publics européens » ou « contrats publics » peu importe au fond. Le constat suffit à noter une évolution importante et une nécessité pour la doctrine de travailler à nouveau sur les catégories. La question de l'erreur est au cœur de cette évolution.

Ces trois auteurs organisent leurs ouvrages, et partant la matière, selon un plan innovant pour la période. Partant de l'analyse de jurisprudences relatives à des contrats bien différents (les marchés, les concessions, les contrats d'occupation...), ils théorisent une définition générale et lui apportent un régime cohérent. Par ailleurs, conscients des spécificités de chacun des contrats nommés antérieurement existants, ils les traitent, dans un deuxième temps, dans un ensemble qualifié de « principaux contrats administratifs ». C'est à l'occasion de cette seconde partie que ces ouvrages abordent la passation des contrats. Aujourd'hui, à notre sens, une autre approche est envisageable.

D'un côté, les contrats administratifs conservent leur définition, qui évolue mais qui est globalement stable. Cette qualification permet, notamment, de connaître le juge compétent et de savoir quelles règles exorbitantes son applicables dans l'exécution de ces contrats. D'un autre côté, et c'est nouveau, la doctrine regroupe sous des qualificatifs divers des contrats dont le point commun est leur soumission à un régime de passation et à des principes qui conditionnent aussi la vie du contrat. Sous l'influence du droit de l'Union européenne et des directives « marchés publics » et « concessions » la nature de « contrats administratifs » n'est même plus centrale, les procédures de passation s'appliquant aussi à des contrats de droit privé. Que l'on appelle cet ensemble « commande publique », « marchés publics européens » ou

⁷ Encore appelés « contrats de service public » ou « contrats de droit public ».

⁸ G. Jèze, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris, Giard Éd., 3 tomes, 1927-1934, 227, 522 et 341 p.

⁹ G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, A. Pédone ed, 1945, 625 p.

¹⁰ Notamment avec la première édition du *Traité des contrats* : A. de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, LDGJ, 1956, 5 tomes.

« contrats publics » peu importe au fond. Le constat de cette autonomisation du droit de la passation des contrats par rapport à la définition des contrats administratifs suffit à noter une évolution importante et une nécessité pour la doctrine de travailler à nouveau sur les catégories. La question de l'erreur est au cœur de cette évolution, son rôle évoluant depuis quelques années

D'une part, la notion d'erreur continue à être liée aux vices du consentement dans l'approche classique des contrats administratifs. On pourrait croire à une absence de spécificité du droit administratif en la matière, mais cela n'est pas tout à fait exact. En effet, si le droit administratif retient la différence centrale du droit privé entre l'erreur substantielle fondée sur la volonté des parties – qui implique la nullité du contrat – et l'erreur, moins importante, qui n'implique pas la nullité, l'erreur en droit public est, à l'analyse, un peu particulière (I). D'autre part, et c'est nouveau, l'erreur perd de son importance comme vice du consentement avec le développement du droit de la commande publique. Les erreurs dans la passation des contrats ne sont en effet plus analysées comme telles.

Deux différences sont alors notables : une évolution fondamentale du droit des contrats vers une remise en cause du consensualisme ; et une évolution relative au critère puisque ce ne sont plus les mêmes erreurs qui sont régularisables, le caractère substantiel ne se définissant plus de la même manière (II).

I. L'erreur, vice du consentement

La notion d'erreur « vice du consentement » pourrait, comme d'autres notions, être spécifique au droit public. Il n'en est – presque – rien. Tout au plus peut-on déterminer que le droit administratif se réfère à d'autres erreurs que le vice du consentement (A). L'absence de spécificité peut d'ailleurs se justifier (B).

A. *L'erreur, vice du consentement quasiment identique en droit public et en droit privé*

L'erreur du code civil est l'un des vices du consentement reconnu par le droit administratif. Le Traité des contrats, comme les autres ouvrages ne laissent pas de doute à ce sujet. Odent précise par exemple que « les articles du code civil sur les contrats ne sont pas directement applicables aux contrats administratifs, mais la jurisprudence du Conseil d'État s'en inspire au point de recopier les formules mêmes de ces articles »¹¹.

La plupart des auteurs le rappellent : la théorie des vices du consentement se fonde sur la théorie de l'autonomie de la volonté. Le contrat est un accord de volonté¹², c'est même ce qui le distingue de notre « acte unilatéral » dont la force

¹¹ R. Odent, *Contentieux administratif*, Paris, Les cours du droit, 1976, Tome 1, p. 17. C'est même oublier les visas se référant à l'article 1110 c. civ.

¹² Les conclusions de G. Guillaume sur l'arrêt CE, Sect., 11 février 1972, *OPHLM du Calvados et caisse franco-néerlandaise de cautionnement*, AJDA, 1972, p. 245, arrêt qui sera suivi par un autre reconnaissant l'erreur dans la même affaire (CE, Sect., 13 octobre 1972, *SA Banque Le Crédit du Nord c/ OPHLM du Calvados*, AJDA, 1972 p. 213), sont éclairantes sur l'importation de la théorie du consensualisme à l'époque. On retrouve aussi avant cela des références expresses au consensualisme, notamment in G. Jèze,

juridique ne résulte que d'une seule volonté¹³. Si le consentement est vicié, alors la rencontre des volontés l'est aussi et le contrat doit être considéré comme ne s'étant pas valablement formé. Certains en déduisent même l'inexistence du contrat, pas seulement sa nullité¹⁴.

Pour autant, toute erreur n'est pas source de nullité du contrat. En droit privé, l'article 1110 du Code civil distingue deux formes d'erreur qui sont reprises peu ou prou par le droit administratif. La première est l'erreur sur la substance de la chose objet du contrat. Ce type d'erreur implique une nullité de droit. La seconde est l'erreur sur la personne du cocontractant qui, pour sa part, n'implique de nullité que si la personne du cocontractant est un élément essentiel du contrat¹⁵. En droit administratif, le Conseil d'État s'est lui aussi rapidement fondé sur « l'erreur substantielle » pour considérer qu'un vice du consentement impliquait la nullité du contrat¹⁶, le juge administratif demandant même parfois à ce que les requérants prouvent que leur consentement a été vicié¹⁷. C'est vrai pour l'erreur sur la substance de la chose objet du contrat¹⁸ ou, même si cela est plus rare, pour l'erreur sur la personne¹⁹. L'erreur sur la substance peut elle-même avoir, comme en droit privé, un élément psychologique comme une incompréhension de la part d'une partie. Les erreurs matérielles seront pour leur part tantôt des erreurs qualifiées de substantielles, tantôt de simples erreurs rectifiables qui ne seront donc pas des vices du consentement conduisant à la nullité du contrat.

« Nature juridique de l'engagement militaire », *RDP*, 1917, p. 110-134, spé. p. 111 dans lequel il précise que l'accord de volonté est la première condition du contrat. Sur cette question, cf. aussi II A.

¹³ Pour une autre approche de la distinction entre acte unilatéral et contrat, cf. Ph. Yolka, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LDGJ, coll. Système, 162 p., spé. p. 42. L'auteur se fonde, comme Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1983, Tome 2, p. 389 et s., sur le fait que l'acte est voué à régir les situations de tiers ou des seules parties au contrat. G. Jèze, pour sa part, estime que ces deux critères sont cumulatifs (in « Nature juridique de l'engagement militaire », *op. cit.*, note précédente p. 111), le but de l'accord de volonté (1^{re} condition) devant être de créer une « situation juridique individuelle ».

¹⁴ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. Traité, n° 473. Notons que le traité parle ensuite bien de nullité. On peut aussi renvoyer à Eugène Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Paris, 1937, réimpr. Paris, Dalloz, 2004 p. 141, qui estime que « le contrat n'existe pas. Il est un néant juridique (...) » lorsqu'il est nul.

¹⁵ Cf. notamment G. Vivien « De l'erreur déterminante et substantielle », *RDTciv.*, 1992, p. 305, qui montre l'évolution d'une erreur déterminante (un élément essentiel pour les parties) à une erreur substantielle, c'est-à-dire importante. Ph. Malinvaud, « De l'erreur sur la substance », *Dalloz*, 1972, chr. p. 215.

¹⁶ CE, 12 janvier 1895, *Cie du chemin de fer de Paris à Orléans, rec. Leb.*, p. 32 concl. Jaegerschmidt, S. 1897.3.1, note M. Hauriou.

¹⁷ CE, 21 avril 1971, *Ville de Paris c/ Sieurs Ribette et Manoury et Dame Ropert, AJDA*, 1972 p. 164, note Philippe Godfrin.

¹⁸ L'un des arrêts les plus cités est CE, 10 janvier 1912, *Ville de Saint-Etienne, rec.* p. 22 à propos de la qualité des matériaux d'un tuyau qui étaient imposée par le cahier des charges d'un marché.

¹⁹ Pour l'erreur sur la personne : CE, 26 avril 1950, *Domergue, rec. T.* p. 813, *RDP*, 1952, p. 197, note G. Péquignot, relatif à une personne agissant en son nom personnel et non au nom de sa société. En réalité, les requérants en droit public ont tendance à invoquer l'incompétence du signataire (moyen d'ordre public) lorsque l'erreur concerne la personne publique. Pour une erreur dans le cas de deux personnes morales homonymes : CE, 15 janvier 1975, *Entr. Valvin, RDP*, 1975 p. 841, note J. Robert. On sait par ailleurs que cette erreur sur la personne est fondée sur l'*intuitus personae* et que celui-ci, contraire aux procédures de passation, est peu reconnu en droit administratif en dehors des contrats de recrutement.

Est-ce pour autant qu'il y a une parfaite adéquation entre l'erreur comme vice du consentement en droit administratif et en droit privé ? À dire vrai, on pourrait conclure cela sans commettre d'erreur méthodologique dans notre recherche²⁰. Pourtant, il est possible de noter quelques divergences ponctuelles. C'est d'abord la théorie des sujétions imprévues qui s'est développée en droit administratif, mais qui existe aussi en droit privé de manière moins systématique. La Cour de cassation considère depuis 2004 que l'imprévision justifie la modification du contrat en application de la loyauté contractuelle et la bonne foi²¹. Auparavant, le juge judiciaire rattachait l'impossibilité de prévoir un aléa dans la vie du contrat (qui est le cas de l'imprévision) à une erreur sur la substance. Cette jurisprudence lui permettait de modifier le contrat, et non pas seulement de le résilier, mais elle s'est tarie presque complètement au début du 20^e siècle²². C'est ensuite avec Benoît Plessix que l'on peut noter que l'erreur le plus souvent employée en droit administratif pour sanctionner les atteintes aux exigences de « loyauté et de sincérité contractuelle ». Elle sert ainsi de fondement pour retrouver le comportement subjectif des cocontractants et notamment une volonté viciée, rattachable au dol, mais en la qualifiant de manière plus neutre d'erreur²³. On voit dans ces deux exemples que la solution sera la même au fond et que la différence est difficile à estimer.

Les différentes jurisprudences sur l'erreur ne démontrent donc pas une réelle spécificité du droit administratif qui ne s'est pas véritablement autonomisé du droit privé sur l'erreur comme vice du consentement.

B. La justification du faible nombre de spécificités de l'erreur dans le cadre des contrats administratifs

Afin de justifier la faible spécificité du droit public, Yves Weber a tenté de démontrer que la jurisprudence relative aux vices du consentement avait pour fondement le service public²⁴ et que son objet est de sécuriser les contrats. Cette approche part du principe que tous les vices ne sont pas substantiels et que le contrat est plus stable si l'on ne peut invoquer n'importe quel manquement. Ainsi, reconnaître les vices du consentement n'a pas pour objet l'annulation du contrat, mais vise au contraire à rendre plus complexe les conditions de l'annulation – notamment par le fait de rendre peu nombreux les vices « substantiels » – afin d'éviter les annulations. Cette approche à quelque chose d'incongru tant elle est paradoxale. On est plus convaincu par les conclusions de Benoît Plessix qui fonde pour sa part la reconnaissance des vices du consentement sur la volonté de sanctionner les comportements répréhensibles de l'administration²⁵. Pourtant, les solutions restent très

²⁰ On ne sait en effet jamais si les différences ne pourraient pas être rattachées aux différences de circonstances de fait ou même aux moyens invoqués par les parties.

²¹ Cass. Civ. 1^{re}, du 16 mars 2004, *Sté des repas parisiens c/ Association du foyer des jeunes travailleurs et commune de Cluses*, n° 42 FS-P.

²² Cf. à ce sujet F. Llorens, *Contrats d'entreprise et marchés de travaux publics*, op. cit., p. 302 & Cass. Civ. 3^e, 25 octobre 1972, *Dalloz*, 1973, p. 495.

²³ B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, ed. Panthéon-Assas, 2003, 878 p., spé. p. 212.

²⁴ Y. Weber, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », in *Mélanges Roland Drago, L'unité du droit*, Paris, Economica, 1996, p. 315, spé. p. 334.

²⁵ B. Plessix, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *RFDA*, 2006, n° 1, p. 12, spé. p. 17.

proches de celles du droit privé et la difficulté de démontrer la spécificité du droit administratif en la matière tient à une raison principale.

Cette raison est le faible nombre d'arrêts retenant l'atteinte au consentement en droit public. Les auteurs insistent tous sur ce point, qu'il s'agisse du Traité des contrats, de Dominique Pouyaud²⁶, de Laure Marcus²⁷, de Laurent Richer²⁸, d'Yves Weber²⁹ ou de Julien Martin³⁰. Seul Benoît Plessix insiste sur l'exagération qui est faite sur le faible nombre³¹. Le « standard » du faible nombre n'est d'ailleurs pas fixé. Disons que l'analyse peine à trouver un arrêt tous les 5 ans qui traite directement de la question, une cinquantaine de décisions en tout précise Yves Weber en 1996, et ces arrêts sont le plus souvent marqués par une appréciation très factuelle. Par ailleurs la grande majorité des jurisprudences ont une solution de fond consistant à refuser la qualification de vice du consentement³², et le cumul des hypothèses précisant ce qui n'est pas une erreur ne dit pas clairement ce qu'est une erreur.

Comment justifier ce faible nombre d'arrêt ? D'abord par le fait que ces erreurs n'arrivent pas nécessairement au contentieux. Dans la plupart des hypothèses, un avenant, une modification du contrat ou une pratique sera venu rectifier une éventuelle erreur. Parfois même le contrat est repassé après annulation du premier contenant une erreur. Il faut se garder d'avoir une vision trop contentieuse, c'est-à-dire trop pathologique en matière de contrat. Ensuite parce que le consentement est rarement peu éclairé en matière de contrats publics. La plupart de ces contrats sont en effet des contrats de la commande publique, c'est-à-dire passés après des obligations de publicité ou de mise en concurrence. Ces procédures lourdes évitent en pratique dans bien des cas que l'objet du contrat soit mal connu et Sujet à erreur. Lorsque c'est le cas, il s'agit alors d'une erreur matérielle comme dans l'un des cas anciens les plus connus (et amusant) : l'affaire *Belmont*. Dans cette affaire jugée par le Conseil d'État le 28 décembre 1917, l'administration avait acheté un étalon reproducteur pour l'un des haras nationaux. Un marché avait été passé. Le critère principal était que le cheval devait être « droit » et bien portant. L'étalon en question a pourtant refusé de mener à bien la mission pour laquelle il avait été acheté : la reproduction. L'administration arguait d'une « erreur », mais le Conseil d'État refuse cette qualification en disant qu'il n'y a pas erreur sur la substance, le cheval étant droit et bien portant. On voit que l'erreur n'est pas assimilée en l'espèce à une « garantie des vices cachés ».

²⁶ D. Pouyaud, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. Bibl. de droit public, 1991, 598 p.

²⁷ L. Marcus, *L'unité des contrats publics*, Paris, Dalloz, 2010, 608 p., spé. n° 93, p. 53. L'auteur note toutefois un regain du dol en matière anticoncurrentielle.

²⁸ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2012, 8^e ed., n° 247 et s.

²⁹ Y. Weber, *op. cit.*, spé. p. 319.

³⁰ J. Martin, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, Thèse, Paris 2, Dactyl., 2008, 853 p., spé. p. 414 et s.

³¹ B. Plessix, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *RFDA*, 2006, n° 1, p. 12, spé. p. 15.

³² Cf. encore récemment : CAA Douai, 4 juin 2013, *La Mutuelle de France Prévoyance (MPF)*, req. n° 11DA01474.

La principale difficulté est qu'en droit administratif, l'erreur peut parfois conduire à la nullité sans se référer aux vices du consentement. Elle a donc la même fonction, mais pas le même fondement. Ainsi, dans le cadre d'une procédure de passation, une erreur dans un dossier de consultation pourra conduire à la nullité de la procédure comme ayant induit en erreur un candidat évincé. Or il ne s'agit pas d'un vice du consentement puisque cette procédure contractuelle n'a justement pas conduit à la conclusion du contrat avec la personne induite en erreur. Celui qui a contracté pouvait très bien, lui, avoir rétabli le sens correct de ce qui avait été problématique dans le dossier de consultation³³. On a même pu voir une personne publique se faire annuler une décision de rectification d'une erreur d'un candidat ayant permis de lui faire emporter le marché en considérant que cette modification de l'erreur était une illégalité assez grave pour annuler le marché³⁴. Cette erreur dans la procédure de passation est, en réalité, bien plus courante que l'erreur du consentement³⁵. Dès lors, n'aborder l'erreur dans les contrats que comme un vice du consentement est relativement réducteur.

II. L'évolution de l'erreur dans le cadre des contrats de la commande publique

La rectification de l'erreur est une question centrale dans le droit de la commande publique. Elle connaît aujourd'hui un développement bien contraire à l'idée de vice du consentement dans la théorie de l'autonomie de la volonté. Il s'agit d'un mouvement de fond qui n'est pas limité au droit public (A). Tant et si bien que le contrôle de l'erreur s'intègre aujourd'hui plus au droit de la commande publique qu'à la théorie des contrats administratifs (B).

A. *La mise à mal de la théorie de l'autonomie de la volonté remet en cause l'erreur comme vice du consentement*

L'erreur est normalement utilisée comme un moyen de nullité du contrat. Lorsque la jurisprudence qualifie l'erreur de « non substantielle », l'objectif est au contraire la stabilité du contrat. La tendance avérée de la jurisprudence, qui fonde la position d'Yves Weber, est donc de refuser le plus souvent de reconnaître le vice du consentement, parce que le contrat participe directement ou indirectement au service public, dont on connaît l'exigence de continuité : directement avec les contrats de recrutement d'agent public ou les délégations de service public, indirectement le plus souvent avec les marchés publics, même si les marchés publics de service public font participer directement le cocontractant, par définition.

³³ On notera toutefois que si l'erreur dans l'avis d'appel à concurrence est facilement rectifiable, elle n'est pas qualifiée d'erreur-vice du consentement par la jurisprudence, cf. CE, 18 janvier 1922, *Cne de Beausoleil*, *Rec.* p. 14 à propos d'un bordereau de prix indiquant une quantité en mètres carrés au lieu de mètres cubes. A l'inverse, certaines rectifications d'erreurs matérielles sont parfois qualifiées d'illégalité, non pas au regard du droit général des contrats administratifs, mais au regard de la régularité de la passation, cf. CAA Douai, 17 janvier 2013, *Préfet de la Région Nord-Pas-de-Calais*, n° 12DA00594, *Contrats et Marchés*, 2013, n° 3, p. 26, note W. Zimmer.

³⁴ CAA Douai, 17 janvier 2013, *Préfet de la Région Nord-Pas-de-Calais*, n° 12DA00594, précité.

³⁵ CE, 23 novembre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 350519.

Cette stabilité du contrat a pourtant connu des périodes fastes et d'autres moins. La stabilité a été un élément fondamental du droit des contrats lorsqu'a été créée la théorie des modifications unilatérales, mais il est vrai que les erreurs de procédure – qui ne sont bizarrement pas rattachées aux erreurs vices du consentement – ont aussi été sources d'instabilité des contrats, avant le renouveau du contentieux des contrats publics par les référés précontractuels et contractuels³⁶, et les recours dits « Tropic »³⁷ et « Béziers »³⁸.

Cette tendance peut paraître propre au droit public, mais elle est, en réalité, plus générale. Se développe en effet en droit public comme en droit privé un mouvement, l'objectivisme contractuel³⁹, qui met en avant la stabilité et la fonction sociale du contrat au détriment d'une approche du contrat par le consensualisme défendant les intérêts des parties et leurs droits subjectifs.

En droit privé, le mouvement est relativement ancien et bien loin de la présentation que l'on en fait souvent. Dès 1912, Emmanuel Gounot écrivait une thèse à Dijon⁴⁰ dans laquelle il critiquait le dogme de l'autonomie de la volonté et prônait son ajustement par des éléments de nature sociale, notamment le principe de sécurité. En 1982, Jacques Ghestin reprendra ces éléments en distinguant « l'utile et le juste dans les contrats » dans un article fondateur⁴¹. Il y montre que l'autonomie de la volonté ne rend plus compte de la réalité économique des contrats et de leur objectif social. Dans les années 1990, le mouvement « d'objectivisme contractuel », se développe⁴² en ce qu'il favorise l'apparence du contrat, ses éléments objectifs et sa fonction économique face à la crise économique. Comme le souligne François Ost⁴³, ce n'est pas le fondement théorique de création du contrat qui est en jeu – celui-ci reste le consensualisme – mais bien la mise en œuvre du contrat « institution inspirée par les idées de bonne foi, d'équilibre contractuel et d'utilité économique ».

Le développement des contrats d'adhésion justifie la référence à la confiance du créancier (en droit privé) ou au service public (en droit public) pour justifier la

³⁶ Les référés précontractuels sont régis par les articles L. 551-1 à L. 551-12, et R. 551-1 à R. 551-6 du CJA pour les contrats administratifs et par les articles 2 à 10 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 et les articles 1441-1 et 1441-2 du code de procédure civile pour les contrats privés. Les référés contractuels par les articles L. 551-13 à L. 551-23, et R. 551-7 à R. 551-10 du CJA pour les contrats administratifs et par les articles 11 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 et l'article 1441-3 du code de procédure civile pour les contrats de droit privé.

³⁷ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, *GAJA*, 19^e ed., n° 113, p. 905 avec les références aux 36 notes ; *GACA*, n° 69.

³⁸ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802 & CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806, *GAJA*, n° 116, p. 939 et référence aux 21 notes.

³⁹ Pour une analyse de ce phénomène en droit privé, A. Danis-Fatôme, *Apparence et contrat*, Paris, LGDJ, 2004, 676 p., spé. n° 844 et s.

⁴⁰ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris, A Rousseau Ed., 1912, 470 p.

⁴¹ J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1982, Chr., p. 1, spé. p. 10 qui veut introduire les deux notions de juste et d'utile dans le contrat.

⁴² C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTDciv.*, 1997, p. 357 et s. spé. n° 8 ; M. Villey, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, Arch. philo du droit, 1957, p. 87 et s.

⁴³ François Ost, « Temps et contrat, critique du pacte faustien », in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Ass., Henri Capitant, LGDJ, 1999, p. 138 et s., spé. p. 153.

stabilité et la force obligatoire du contrat, bien au-delà de la rencontre des consentements. Ce mouvement est d'ailleurs identique ailleurs en Europe : on le retrouve dans la « Vertrauentheorie »⁴⁴ en Suisse ou dans la « Reliance »⁴⁵ dans les systèmes de Common Law. En droit administratif, ce fondement est non seulement acceptable, mais il est même logique. En effet, marqué par l'intérêt général qui guide les contrats et par la part importante de l'adhésion dont ils sont emprunts (il suffit de penser aux CCAG dans les contrats de la commande publique ou au régime des contrats administratifs dont on sait qu'il est applicable « même sans texte »⁴⁶). L'intérêt social – assimilé en partie à celui de la personne publique – prime donc sur celui des parties, et notamment du cocontractant de l'administration. Sur le plan théorique, la différence est importante.

Quelle est la conséquence de cette évolution doctrinale ? Sans nier l'intérêt de l'autonomie de la volonté et la qualité de « loi des parties » du contrat, elle permet d'introduire d'autres éléments objectifs dans l'analyse. La meilleure mise en œuvre de cette évolution apparaît dans l'arrêt *Béziers I* rendu en 2009 par le Conseil d'État⁴⁷. L'erreur, vice du consentement renouvelé, devient un élément parmi d'autres de l'analyse du juge de plein contentieux. L'erreur peut conduire à la résiliation du contrat, éventuellement différée (la fin de l'exécution du contrat à une date donnée) ou son annulation (c'est-à-dire sa fin *ab initio* comme c'est classiquement le cas en matière de vices du consentement) si l'atteinte à l'intérêt général n'est pas excessive (on retrouve l'objectivation du contrat) et si le vice est « d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ». On voit qu'il s'agit d'une formulation bien différente de « l'erreur sur la substance ». L'arrêt invite donc à peser la part des irrégularités par rapport à l'exigence de stabilité pour juger de la résiliation ou de l'annulation du contrat, voire de son maintien après éventuelle régularisation.

La rupture n'est pas si totale. On peut reconnaître, depuis le début du 20^e siècle, dans certaines jurisprudences, la volonté de stabilité du contrat fondé sur la bonne foi. Les conclusions de Louis-François Corneille sous l'arrêt *Péchin* du 29 mars 1917⁴⁸ estiment en effet avec une modernité déconcertante qu'« en dehors des raisons de décider ci-dessus spécifiées, il nous paraîtrait peu juridique d'admettre une partie contractante à invoquer sa propre négligence, pour ensuite faire annuler un contrat qu'elle a librement passé ; car, alors, une des parties se réserverait un moyen inéluctable de revenir sur le contrat dûment passé ».

⁴⁴ A. Simonius, « Du Principe de la Confiance et des dérogations qu'il subit dans le droit suisse », *Semaine judiciaire*, 1949, p. 505 et s.

⁴⁵ H. Aubry, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, PU d'Aix-Marseille, 2002, n° 234.

⁴⁶ Sur ces éléments du régime des contrats cf. Siva Moutouallaguin, *L'exécution des marchés publics. Pour une théorie des sources de l'exécution des contrats de la commande publique*, Thèse Toulouse, 2014, Dactyl., 701 p.

⁴⁷ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, *GAJA*, 19^e ed., n° 116 ; *RFDA*, 2010, p. 506 concl. Emmanuel Glaser ; *AJDA*, 2010, p. 142 chr. S.-J. Lieber et D. Botteghi ; *Gaz. Pal.*, 16 mars 2010, note B. Seiller ; *RDI*, 2010, p. 265 note R. Noguellou ; *RFDA*, 2010, p. 519 note D. Pouyaud ; *RJEP*, juin 2010, p. 19 note J. Gourdou et Ph. Terneyre.

⁴⁸ CE, 29 mars 1917, *Péchin*, *RDP*, 1917, p. 271, cf. note 4.

L'erreur, on le voit, n'est plus tout à fait la même aujourd'hui. Elle est tantôt un moyen classique, très proche du droit privé ; mais elle est aussi souvent, dans le cadre des contrats de la commande publique, un moyen pris en compte par le juge du contrat pour peser dans le choix de la décision qu'il prendra sur l'avenir du contrat. Elle en perd même, formellement au moins, la nécessité d'avoir un caractère « substantiel » et l'approche objectivée permet même le maintien en vigueur du contrat. Si l'on veut bien nous pardonner ce petit écart, on peut dire que l'on est passé de la sanction des « vices du consentement des parties » à la sanction des « vices des parties arguant de leur consentement ».

B. *L'erreur et l'appréciation de son caractère substantiel sont décalées sur le droit de la commande publique*

Comme en droit privé où la théorie des vices du consentement a perdu de son importance en même temps que se développait le droit de la consommation qui remplit depuis une fonction sociale proche de la protection de la volonté des parties⁴⁹, le droit de la commande publique et ses procédures de passation viennent encadrer strictement le consentement des parties aux marchés et concessions et limiter la théorie des vices du consentement en droit public.

Pour ce qui concerne la rectification des erreurs, si l'on veut donc avoir une vision conforme à la pratique de l'erreur en droit des contrats, il convient de distinguer les deux prises en compte de l'erreur. D'abord les cas d'erreur sur la substance, erreur importante que l'on va considérer comme un vice du consentement et qui va conduire à la nullité du contrat. Il n'est pas question de la rectifier. Ensuite l'erreur qui s'oppose aux principes de la commande publique. Cette approche n'est que rarement mise en avant à travers la notion d'erreur, elle est pourtant centrale. Les principes de la commande publique (liberté d'accès, égalité de traitement et transparence des procédures) ont été révélés par la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-473 DC du 26 juin 2003. Ils permettent notamment depuis de servir de prisme à l'interprétation des dispositions textuelles en matière de commande publique. C'est ainsi que l'on va estimer qu'une procédure peut être viciée si elle ne garantit pas ces principes. Plus encore : si une procédure a garanti ces principes, alors on ne peut la remettre en cause. Or, la rectification d'une erreur peut conduire à remettre en cause le choix du cocontractant ou à modifier les conditions égalitaires, libres et transparentes de la passation⁵⁰. Un exemple peut être parlant. Soit une erreur non substantielle dans la passation d'un contrat (l'oubli d'une norme technique obligatoire, par exemple), le droit classique de l'erreur conduirait à ne pas annuler le contrat, mais à rectifier l'erreur par un avenant afin que la prestation objet du contrat respecte la norme technique obligatoire, le plus souvent assorti d'une augmentation du prix payé par la personne publique. Cependant, si l'on analyse la situation au regard des principes de la commande publique on constatera que l'un ou plusieurs des candidats évincés présentaient des candidatures respectant déjà ces normes. S'ils avaient été évincés sur le fondement d'un prix supérieur, alors la rectification de l'erreur par avenant vient remettre en cause la sincérité (notamment l'égalité) de la mise en concurrence. Ainsi donc, dans cette hypothèse, le contrat va

⁴⁹ J. Carbonnier, *Droit Civil, Les Obligations*, Paris, PUF coll. Thémis, Tome 4, 22^e ed., 2000, p. 106 et s.

⁵⁰ La rectification peut s'apparenter à la modification de l'objet.

être annulé *pour erreur* en réalité, mais sans aucune référence à la théorie des vices du consentement, simplement pour atteinte au principe d'égalité entre les candidats.

En matière de commande publique, l'erreur peut donc conduire à la nullité contractuelle, mais par référence à sa contrariété avec les principes guidant les procédures de passation. Dans les deux cas, il convient que la modification soit suffisamment substantielle, mais ce caractère substantiel ne se définit pas de la même manière. En matière d'erreur-vice du consentement, c'est l'importance *in abstracto* ; en matière d'atteinte aux principes de la commande publique, c'est l'erreur qui remet en cause les conditions initiales de concurrence.

Ce type d'erreur conduit par ailleurs le plus souvent aussi à un contentieux ultérieur en responsabilité. La source de l'erreur justifie la répartition de la charge du surcoût entre les personnes, le contrat lui-même n'étant pas atteint⁵¹.

La question des modalités de rectification de l'erreur n'est donc pas neutre⁵². D'abord, le juge peut être amené à rectifier le contrat. Cette rectification peut être explicite ou, parfois, implicite. Lorsqu'elle est implicite, elle prend la forme d'une simple interprétation d'une clause ou du constat que la clause ne peut être interprétée autrement que dans tel ou tel sens. Lorsqu'elle est explicite, la rectification prend la forme d'un avenant au contrat qui va le plus souvent réécrire ou compléter la clause litigieuse. En matière de marchés publics, un avenant ne peut bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet, précise l'article 20 du code des marchés, sauf en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties. Cependant, la jurisprudence estime qu'un avenant légal doit malgré tout être passé après application des procédures de passation dès lors qu'il conduit à un franchissement des seuils⁵³, ce qui démontre que c'est bien le droit de la commande publique qui s'applique et non simplement le droit classique de l'erreur-vice du consentement. Un avenant de régularisation d'une erreur-vice du consentement non substantielle pourra donc devenir illégal comme remettant en cause la mise en concurrence⁵⁴. Cela conduit à mettre ces avenants de régularisation dans une situation délicate de légalité. Ils sont à la fois utiles pour la sécurité juridique, mais d'usages complexes du fait des conséquences pénales (délit de favoritisme) et financières⁵⁵ dont ils peuvent être à la source dans un contrat de la commande publique.

⁵¹ On a pu rencontrer une telle hypothèse pour les erreurs de métrés : CAA Bordeaux, 17 octobre 2006, *Sté Colas Sud-ouest*, n° 03BX00853, *Contrats et Marchés*, 2007, n° 1, p. 20, note F. Olivier, à propos d'une erreur de métré dans un marché à forfait que le juge impute pour moitié au maître d'œuvre (qui a fait l'erreur) et pour moitié à la société (qui n'a pas vérifié le métré).

⁵² Sur l'ensemble de cette question, cf. H. Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, Paris, LGDJ, 2009, 586 p. spé. n° 487 et s., relatif à l'avenant et la régularisation du contrat initial & J.-F. Lafaix, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009, 768 p. spé. n° 374 et s.

⁵³ TA Toulouse, 2 mars 1984, *Corep de Haute-Garonne c/ Cne de Saint-Lys*, *Marchés publics*, 1986, n° 216, p. 19, obs. M. François. (cf. pour une exception pour la poursuite de l'exécution du marché par des travaux complémentaires se rapprochant de l'application de la théorie de l'imprévision qui peuvent correspondre parfois, mais pas toujours, à une erreur, CE, 1^{er} avril 1998, *M. Coenon*, *RDI*, 1998, p. 360, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre).

⁵⁴ CE, 27 mai 1998, *Commune D'Agde*, n° 165109, concl. C. Bergeal, *JJCP*, n° 1/1998, p. 31 ; *RDI*, 1998, p. 361, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre, *Marchés publics*, n° 3/1998, p. 17, obs. Ph. Delelis ; TA St. Denis de La Réunion, 18 avril 1990, *Préfet de La Réunion* ; TA Strasbourg, 24 février 1983, *Commune de Fessenheim c/ SA Lacq et Cie*.

⁵⁵ Cf. H. Hoepffner, *op. cit.*, n° 498 et s.