

Notion de contrat administratif

Fabien Raynaud

Pascale Fombeur, Maîtres des requêtes au Conseil d'Etat

Par deux décisions rendues le 5 juillet 1999, le Tribunal des conflits a apporté des précisions attendues sur la notion de contrat administratif. Ces deux affaires conduisaient en effet le tribunal à apporter une réponse à une question qui intéresse depuis longtemps la doctrine et les gestionnaires publics : un contrat passé par une collectivité publique et soumis au Code des marchés publics est-il nécessairement, pour cette seule raison, un contrat administratif ? La réponse apportée par ces deux décisions est clairement négative. Un marché public au sens du Code des marchés publics n'a pas nécessairement la qualité de contrat administratif. Dès lors, pour qualifier les deux contrats en cause, le Tribunal des conflits a fait application des critères traditionnels de la jurisprudence. Le premier contrat ne prévoyait pas la participation du cocontractant au service public et ne comportait aucune clause exorbitante ; il relevait donc de la compétence de la juridiction judiciaire. En revanche, le second contrat faisait référence à un cahier des clauses administratives générales, lequel comportait une clause exorbitante du droit commun ; il présentait donc le caractère de contrat administratif et relevait, par suite, de la compétence du juge administratif.

Le Tribunal des conflits est donc resté fidèle aux critères de la jurisprudence traditionnelle, refusant de retenir un troisième critère qui aurait été celui de la soumission au Code des marchés publics. Il a refusé également de suivre son commissaire du gouvernement, Rémy Schwartz, qui, dans ses conclusions sur l'affaire *Commune de Sauve c/ S<sup>té</sup> Gestetner*, proposait de considérer que le Code des marchés publics lui-même comportait des dispositions assimilables à des clauses exorbitantes du droit commun qui justifiaient de regarder les contrats qui lui sont soumis comme des contrats administratifs, ce qui revenait, sans remettre en cause les critères traditionnels, à étendre fortement la notion de contrat administratif.

La notion de contrat administratif

Les débats autour de la notion de contrat administratif sont anciens et abondants. Ils ont donné lieu à de nombreuses controverses au sein de la doctrine, et la jurisprudence elle-même a connu d'importantes fluctuations.

Il est vrai qu'il s'agit d'une question importante et délicate pour le droit administratif français. On sait qu'au dualisme de juridiction correspond un dualisme du droit applicable, fondé sur la spécificité du droit administratif par rapport au droit privé. Cette spécificité du droit administratif repose sur l'idée que l'Etat ne peut se voir appliquer le droit commun car son rôle est sans commune mesure avec celui des individus, puisqu'il est en charge de l'intérêt général et dispose, pour mener à bien ses missions, de pouvoirs considérables. Cette conception existait déjà sous l'Ancien Régime<sup>(1)</sup>, même si elle était contestée, notamment dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle. La Révolution française l'a non seulement maintenue, mais l'a même régénérée en faisant de l'Etat non plus l'appareil administratif du roi, mais l'instrument privilégié, si ce n'est unique, de l'intérêt général. Les tribunaux ordinaires ne peuvent donc connaître des actes de puissance publique accomplis par les personnes publiques qui relèvent, en conséquence, de la compétence exclusive de la juridiction administrative. Comme l'a jugé le Conseil constitutionnel, « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des » principes

fondamentaux reconnus par les lois de la République» celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle » (Cons. constit., déc. n° 86-224 DC du 17 janvier 1987, Rec. p. 8).

Or, le contrat est, par excellence, un instrument de droit privé (2). Il est fondé en effet sur l'accord de deux partenaires. Le fait, pour les personnes publiques, de contracter avec des personnes privées semble donc être la marque de leur volonté d'agir dans un cadre différent de celui de l'exercice traditionnel de la puissance publique. Dès lors, on pouvait se demander s'il y avait place pour des contrats administratifs. Toutefois, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, deux types de contrats se sont vu reconnaître un caractère administratif : les contrats par lesquels une personne publique concède à une personne privée l'exécution d'un service public, en raison de leur objet même et, par détermination du législateur (loi du 28 pluviôse an VIII), les contrats passés en vue de la réalisation de travaux publics. Avec le développement du recours aux procédés contractuels tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, le contrat est devenu l'un des instruments privilégiés de l'action des personnes publiques. Aussi, dès le début du siècle, le juge s'est trouvé confronté à des contrats conclus par une personne publique, mais ne présentant ni le caractère d'une concession de service public ni celui de marchés de travaux publics. Il a bien fallu déterminer alors l'ordre de juridiction compétent pour en connaître.

Une histoire jurisprudentielle riche en rebondissements

La jurisprudence a connu des hésitations. Deux lignes divergentes se sont principalement développées, qui ont donné naissance aux deux critères qui sont aujourd'hui alternatifs pour la détermination du caractère administratif d'un contrat : l'exécution d'un service public et l'existence, dans le contrat, de clauses exorbitantes du droit commun. Dans un premier temps (CE 6 février 1903, *Terrier, Lebon* p. 94 ; *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd. 1996, n° 12), la jurisprudence s'est développée dans la ligne des principes posés par l'arrêt *Blanco* et s'est attachée, pour déterminer le caractère administratif d'un contrat, à rechercher « dans quelle mesure on se trouve en présence d'un service public fonctionnant avec ses règles propres et son caractère administratif, ou au contraire en face d'actes qui, tout en intéressant la communauté, empruntent la forme de la gestion privée et entendent se maintenir exclusivement sur les terrains des rapports de particulier à particulier, dans les conditions du droit privé » (concl. Romieu sur l'arrêt *Terrier*, S. 1903, 3, 25 et D. 1904, 3, 65). Pour cela, le juge administratif doit se livrer à un examen du contenu du contrat afin de déterminer, c'est le point essentiel, quelle est la volonté des parties quant au régime juridique auquel elles ont entendu se soumettre. Mais, en 1910, le Conseil d'Etat semble se fonder exclusivement sur l'objet du contrat en cause, et non sur l'analyse de ses clauses, pour en déduire son caractère administratif : dès lors que l'objet du contrat est d'« assurer un service public », le juge administratif est compétent pour en connaître (CE 4 mars 1910, *Thérond, Lebon* p. 193 ; *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, préc. n° 24 ; S. 1911, 3, 17, concl. Pichat ; D. 1912, 3, 57 ; RDP 1910, p. 249, note Jèze).

Les développements ultérieurs de la jurisprudence vont se rattacher tantôt à l'un ou à l'autre de ces deux critères, tout en les précisant et en s'efforçant d'en assurer la cohérence. Dans la ligne des arrêts *Blanco* et *Terrier*, le Conseil d'Etat recourt à la notion de clause exorbitante du droit commun pour déterminer le caractère administratif d'un contrat (CE 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges, Lebon* p. 909 ; *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, préc. n° 29 ; D. 1916, 3, 35, concl. Léon Blum ; S. 1917, 3, 15 ; note Jèze ; RDP 1914, p. 145). Pour le commissaire du gouvernement Léon Blum, « quand il s'agit de contrat, il faut rechercher non pas en vue de quel objet ce contrat est passé, mais ce qu'est ce contrat de par sa nature même. Et pour que le juge administratif soit compétent, [...] il faut que ce contrat par lui-même, et de par sa nature propre, soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer, qu'il soit, par sa forme et sa contexture, un contrat administratif ». A la suite de cet arrêt, la notion de clause exorbitante semble être devenue le

critère déterminant du contrat administratif. En effet, la présence dans un contrat d'une clause exorbitante, réputée acceptée d'un commun accord par les parties, est considérée comme le signe infaillible de leur volonté de se placer sous un régime de droit public. Si la référence à la notion de service public ne disparaît pas de la jurisprudence, elle semble, en pratique, beaucoup moins déterminante pour la qualification de contrat administratif que l'existence ou non d'une clause exorbitante du droit commun. Ainsi, Marcel Waline pouvait-il relever : « La vérité semble être que la notion de service public ne figure plus dans les arrêts que par suite de vieilles habitudes de langage » (note sous Trib. confl. 22 janvier 1955, *Naliato*, RDP 1955, p. 716).

Pourtant, au milieu des années 1950, plusieurs arrêts vont remettre à l'honneur la notion de service public dans la détermination du caractère administratif du contrat. Par l'arrêt *Epx Bertin*, le Conseil d'Etat juge que lorsqu'un contrat a pour objet de confier au cocontractant de l'administration « l'exécution même du service public », « cette circonstance suffit, à elle seule, à imprimer au contrat dont s'agit le caractère d'un contrat administratif [...] sans qu'il soit besoin de rechercher si ledit contrat comportait des clauses exorbitantes du droit commun » (CE Sect. 20 avril 1956, *Epx Bertin*, *Lebon* p. 167 ; *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, préc. n° 88 ; concl. M. Long, *AJDA* 1956, p. 272, et *RDP* 1956, p. 869 ; *AJDA* 1956, p. 221, chron. Fournier et G. Braibant ; *RDP* 1986, p. 875, note M. Waline ; *D.* 1956, p. 433, note A. de Laubadère). Par l'arrêt *S<sup>té</sup> française des transports Gondrand Frères*, le Conseil d'Etat précisait qu'un contrat passé pour la satisfaction des besoins d'un service public mais n'ayant pas pour objet de confier au cocontractant son exécution même n'était pas un contrat administratif, dès lors, en outre, qu'il ne contenait « ni référence à un cahier des charges ni clauses exorbitantes » (CE Sect. 11 mai 1956, *Lebon* p. 202 ; *AJDA* 1956, p. 247, concl. M. Long). Par ces arrêts, le Conseil d'Etat entendait réaffirmer l'importance de la notion de service public dans la détermination du caractère administratif d'un contrat, en affirmant même la primauté de ce critère sur celui de la clause exorbitante, clairement présenté comme subsidiaire. Cette résurrection d'un « Lazare juridique », pour reprendre la formule du président Latournerie (v. Sur un Lazare juridique ; bulletin de santé de la notion de service public ; agonie, convalescence ou jouvence, *EDCE* 1960), suscita de vifs débats dans la doctrine. Toutefois, comme le relèvent Guy Braibant et Bernard Stirn, cette notion « ne mérite ni cet excès d'honneur ni cette indignité » (*Le Droit administratif français*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques-Dalloz, 4<sup>e</sup> éd. 1997, p. 136).

Une jurisprudence stabilisée

Les grandes lignes sur lesquelles repose la jurisprudence sont, depuis lors, solidement établies. En dehors des cas dans lesquels la nature du contrat est déterminée par la loi, le caractère administratif d'un contrat dépend de la réunion de deux conditions :

- d'abord, évidemment, que l'un des cocontractants soit une personne morale de droit public (3) : c'est le critère organique ; il n'existe qu'une seule exception à cette règle, celle dans laquelle le contrat est conclu par une personne privée pour le compte d'une personne publique (Trib. confl. 8 juillet 1963, *S<sup>té</sup> Entreprises Peyrot*, *Lebon* p. 787 ; *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, préc. n° 98 ; concl. Lasry in *S.* 1963, p. 273 ; *D.* 1963, p. 534 et *RDP* 1963, p. 776 ; *AJDA* 1963, p. 463, chron. Michel Gentot et Jean Fouré ; *D.* 1963, p. 534, note Josse ; *JCP* 1963.II.13375, note Auby) ;

- ensuite, et c'est sur cette seconde condition, on l'a vu, que la jurisprudence a connu des hésitations, il faut que le contrat ait pour objet de confier au cocontractant l'exécution même d'un service public ou, à défaut, comporte des clauses exorbitantes du droit commun. Dans ces deux hypothèses, en effet, le contrat ne peut être regardé comme ayant le caractère ordinaire d'un contrat de droit privé puisque soit l'administration confie l'exécution même d'un service public, soit elle s'arroge, par la clause exorbitante, des pouvoirs tels que le juge considère que les contractants ont entendu se placer sous un régime de droit public et non sous le régime normal du droit privé classique.

La logique qui sous-tend la jurisprudence sur la clause exorbitante nous semble être de permettre aux personnes publiques, lorsqu'elles passent un contrat avec une personne privée

et hors l'hypothèse de l'exécution d'un service public, de choisir le régime sous lequel elles entendent se placer. La clause exorbitante est surtout l'indice qui permet au juge de déceler la volonté des parties de se placer sous un régime de droit administratif. Le choix de son régime juridique n'est pas habituel dans notre droit, surtout dans le droit administratif, mais il est conforme au procédé contractuel lui-même qui permet aux parties de déterminer le droit qui prévaudra entre elles. Si les principes de la jurisprudence paraissent donc aujourd'hui bien établis, leur mise en oeuvre est souvent délicate. Car les notions clefs d'« exécution d'un service public » et de « clause exorbitante du droit commun » ne sont pas très clairement définies et laissent une large part à l'empirisme et à l'appréciation des circonstances de l'espèce. Nous n'insisterons pas davantage ici sur les ambiguïtés que contiennent non seulement la notion de « service public », mais encore celle d'« exécution d'un service public ». Elle n'était pas principalement en cause dans les deux arrêts rendus par le Tribunal des conflits le 5 juillet 1999.

La notion de clause exorbitante elle aussi est assez difficile à manier. La jurisprudence n'a jamais été en mesure d'en donner une définition efficace, même si certains arrêts s'y sont essayés (4). Surtout, elle comporte une ambiguïté fondamentale : la clause exorbitante est-elle seulement la clause qu'il serait impossible, voire illicite, de trouver dans un contrat de droit privé, ou plus largement, la clause rare, inhabituelle ? La première hypothèse aurait eu pour effet de réduire considérablement, en pratique, la notion de clause exorbitante ; aussi c'est plutôt dans la dernière direction que s'est orientée la jurisprudence. Cela a d'ailleurs conduit une partie de la doctrine à juger avec sévérité la notion même de clause exorbitante : pour le doyen Vedel, « comment le juge administratif qui ne connaît jamais des contrats entre particuliers peut-il discerner ce qui est usuel et ce qui est inusuel ? » (Remarques sur la notion de clause exorbitante, *Mélanges offerts à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 539).

Plusieurs types de clauses ont été qualifiées d'exorbitantes du droit commun par la jurisprudence. Certaines sont caractéristiques de l'usage, par l'administration, de prérogatives de puissance publique et seraient impossibles ou illicites dans des contrats privés :

- la faculté de prononcer la résiliation unilatérale du contrat, sans mise en demeure préalable et sans indemnité (Trib. confl. 2 juillet 1962, *Cts Cazautets c/ Ville de Limoges*, *Lebon* p. 823 ; CE Ass. 26 février 1965, *Société du vélodrome du Parc des Princes*, *Lebon* p. 133 ; RDP 1963, p. 506, concl. Bertrand, et p. 1175, note Marcel Waline) ;
- le pouvoir de suspendre d'office l'exécution du contrat, sans mise en demeure préalable (CE 8 janvier 1965, *Da Fonseca*, *Lebon* p. 7) ;
- la possibilité de procéder au recouvrement des créances par état exécutoire (Trib. confl. 27 juillet 1950, *Lebon* p. 668) ;
- l'octroi d'exonérations fiscales au cocontractant (Trib. confl. 2 juillet 1962, *Cts Cazautets c/ Ville de Limoges*, préc.) ;
- la mise à la charge du cocontractant de certaines charges de police (CE 19 février 1988, *SARL Pore Gestion*, *Lebon* p. 77).

D'autres clauses sont plus simplement inhabituelles dans les contrats privés :

- le contrôle de l'administration sur les résultats financiers, les tarifs ou le personnel de son cocontractant (Trib. confl. 20 avril 1959, *Société nouvelle d'exploitation des plages*, *Lebon* p. 866 ; Trib. confl. 7 juillet 1980, *Société d'exploitation touristique de la haute Maurienne*, *Lebon* p. 509) ;
- plus largement, le contrôle de l'administration sur l'activité ou la situation du cocontractant (CE Sect. 10 mai 1963, *S<sup>te</sup> La Prospérité fermière*, *Lebon* p. 288 ; Trib. confl. 17 octobre 1988, *Ministre de l'Economie et des Finances c/ M<sup>lle</sup> Jean*, *Lebon* p. 493 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ. 18 novembre 1992, *Commune de Pantin*, *Bull. cass. I*, n° 286).

Un marché public n'est pas nécessairement un contrat administratif

Malgré les critiques récurrentes d'une partie au moins de la doctrine sur les incertitudes de la notion de service public et sur l'ambiguïté de celle de clause exorbitante du droit commun, la jurisprudence relative à la notion de contrat administratif apparaît donc bien établie.

Toutefois, jusqu'aux arrêts commentés, elle demeurait étonnamment incertaine sur une question pourtant très importante et largement débattue par la doctrine : un contrat soumis au Code des marchés publics est-il, de ce seul fait, un contrat administratif ?

Comme le rappelait Rémy Schwartz, le débat est ancien. Deux thèses se sont traditionnellement opposées (v. Philippe Terneyre, *D.* 1988, 24<sup>e</sup> cahier, p. 251).

Une controverse doctrinale

Une première thèse, plutôt minoritaire mais brillamment défendue, estime que le fait, pour un contrat, d'être soumis au Code des marchés publics détermine, *ipso facto*, sa nature de contrat administratif. Cette thèse repose sur l'idée que le Code des marchés publics constitue un régime exorbitant du droit commun. Lorsqu'un contrat entre dans son champ d'application, il ne s'agit pas de rechercher s'il contient ou non telle ou telle clause exorbitante du droit commun, il s'agit plutôt de constater qu'il est soumis à un ensemble de règles, de procédures et de dispositions qui constituent un régime dérogatoire au droit commun. Comme le soulignait le président Jean Kahn, dans un article paru en 1968 et demeuré célèbre<sup>(5)</sup>, « plutôt que d'isoler telle ou telle clause particulière, dont il est toujours délicat d'affirmer qu'elle constitue en elle-même une clause exorbitante du droit commun, la jurisprudence la plus récente<sup>(6)</sup> a tendance à justifier le caractère administratif du contrat par l'ensemble des stipulations convenues entre les parties ». A ses yeux, la référence aux clauses administratives générales suffit à faire regarder le contrat comme administratif. Pour Jean Kahn donc, lorsqu'un contrat se réfère à un cahier des clauses administratives générales, il illustre le fait que les cocontractants ont voulu se placer sous un régime administratif, sans qu'il soit besoin de rechercher dans le contrat en cause d'éventuelles clauses exorbitantes. Or, pour lui, ce qui prévaut pour les cahiers des clauses administratives générales doit, à terme, prévaloir pour le Code des marchés publics lui-même. Se situant dans la même optique, Marc Dandelot indiquait dans ses conclusions sur l'arrêt *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées* (CE Sect. 12 octobre 1984, *Lebon* p. 326) : « L'économie générale du Code des marchés publics a été conçue dans l'optique du droit public » (*RFDA* 1985, p. 13). Roland Drago est allé plus loin encore en soutenant que les marchés conclus sous l'empire du Code des marchés publics sont des contrats administratifs « par détermination de la loi » (Roland Drago, *Le champ d'application du Code des marchés publics, in Réglementation et pratique du Code des marchés publics, D.* 1985, p. 11).

Une seconde thèse, plutôt dominante semble-t-il, refuse d'établir un lien strict entre la notion de marché public au sens du Code des marchés et celle de contrat administratif. Pour les tenants de cette thèse, un contrat de droit privé peut très bien être soumis au Code des marchés publics dans la mesure où les deux notions sont indépendantes l'une de l'autre. La notion de marché public ne doit pas interférer avec la reconnaissance du caractère administratif d'un contrat. Cette thèse a été savamment exposée par les auteurs du célèbre *Traité des contrats administratifs*, André de Laubadère, Pierre Delvolvé et Franck Moderne, mais aussi par d'autres éminents représentants de la doctrine (v., par exemple, Laurent Richer, *Le marché public : problèmes actuels de définition, CJEG* février 1986, p. 37).

Le juge n'avait jamais pris clairement parti dans cette controverse<sup>(7)</sup>. Certes, un lien a été posé par la jurisprudence entre la référence à un cahier des clauses administratives générales et le caractère administratif d'un contrat par l'arrêt *Roudier de la Brille*. Si l'arrêt était resté implicite, il n'en demeurait pas moins clair sur le fait que la référence à un cahier des clauses administratives générales permettait de regarder un contrat comme administratif. Ce lien fut d'ailleurs explicitement confirmé par plusieurs arrêts ultérieurs (Trib. confl. 10 mai 1971, *S<sup>té</sup> des Laboratoires Dervaux c/ SNIAS, Lebon* p. 966 ; CE Sect. 24 novembre 1972, *S<sup>té</sup> Ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau, Lebon* p. 753 ; CE 4 mars 1981, *Commune d'Arzereix c/ Nasarre, Lebon* tables p. 655 ; toutefois, un contrat conclu entre une

société privée agissant en qualité de concessionnaire et non de mandataire de l'Etat et une autre société privé n'est pas un contrat administratif, alors même qu'il se réfère à un cahier des clauses administratives générales : CE 24 avril 1974, *S<sup>te</sup> des entreprises Campenon-Bernard*, *Lebon* tables p. 903). Mais les cahiers des clauses administratives générales comportent, la plupart du temps, des clauses exorbitantes du droit commun, ce que rappellent d'ailleurs la plupart des arrêts (8). Lorsque aucune clause exorbitante ne figure dans le cahier des clauses administratives générales en cause, la référence faite par le contrat au cahier n'emporte pas son caractère administratif (CE 2 octobre 1981, *Commune de Borce*, *Lebon* tables p. 653). La référence à ces cahiers étant généralement facultative, lorsqu'elle figure au contrat, et que le cahier comporte des clauses exorbitantes, on peut donc considérer que cela reflète la volonté commune des parties de se placer dans un régime de droit public. Ces arrêts se situent donc finalement davantage, nous semble-t-il, dans la droite ligne de la jurisprudence traditionnelle de la clause exorbitante que dans celle de l'évolution vers un régime exorbitant du droit commun, que Jean Kahn se félicitait de voir se dessiner à partir de l'arrêt *Roudier de la Brille*.

Le Conseil d'Etat a paru faire un pas décisif dans la direction de la reconnaissance de la notion de « régime exorbitant » en 1973 (CE Sect. 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, *Lebon* p. 48 ; *CJEG* 1973, p. 239, concl. Michel Rougevin- Baville ; *AJDA* 1973, p. 358, chron. Dominique Léger et Michel Boyon ; *Rev. adm.* 1973, p. 633, note Amselek). En effet, saisi d'une contestation opposant un producteur privé d'électricité à EDF au sujet du refus de cette dernière de conclure un contrat prévoyant l'application des tarifs minimaux, le Conseil d'Etat jugea « que, compte tenu tant du caractère obligatoire de leur conclusion que de la compétence donnée par les dispositions de l'article 27 du cahier des charges du 27 novembre 1958 à une autorité administrative pour statuer sur certains désaccords auxquels ils peuvent donner lieu, les contrats passés par EDF en application de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 20 mai 1955 sont soumis à un régime exorbitant du droit commun (9) ».

Par cette décision, le Conseil d'Etat utilise pour la première fois l'expression « régime exorbitant du droit commun », alors même qu'il aurait pu justifier sa compétence en l'espèce par le recours à la formule traditionnelle de la clause exorbitante. Cette décision semblait ouvrir la voie à un développement beaucoup plus large de la notion de « régime exorbitant », notamment en direction du Code des marchés publics. Mais force est de constater que cette ouverture est restée sans suite, finalement confinée au cas très particulier des marchés conclus entre EDF et les producteurs privés d'électricité, contrats qui, il est vrai, présentent un caractère particulièrement déséquilibré au profit de l'opérateur public.

La notion de « régime exorbitant du droit commun » a pourtant de quoi retenir l'attention, surtout s'agissant du Code des marchés publics. D'abord, elle peut paraître plus opérante et plus réaliste que la notion, souvent ambiguë et artificielle, de « clause exorbitante ». Au demeurant, dès 1912, Léon Blum parlait bien de « la nature du contrat », de sa « contexture » davantage que d'une clause précise dont l'existence aurait pour effet automatique de déterminer la nature administrative du contrat. Or il est certain que la soumission au Code des marchés publics implique pour les cocontractants le respect d'un certain nombre de règles et de procédures, dont le nombre et la précision n'ont cessé de se renforcer depuis sa codification en 1964. C'est particulièrement vrai s'agissant des règles relatives au mode de passation des marchés publics. C'est d'ailleurs ce qui a conduit Henri Savoie, dans ses conclusions sur l'arrêt *M<sup>me</sup> Toubol-Fischer* (CE Ass. 9 avril 1999, à publier au *Lebon* (10)), à affirmer qu'« il existe aujourd'hui un certain paradoxe à prendre seulement en compte comme critère d'identification [...] la question des clauses exorbitantes du droit commun sans se préoccuper des conditions juridiques dans lesquelles le contrat a été conclu. [...] Depuis un certain nombre d'années, le droit des contrats publics a porté pour l'essentiel sur la définition de conditions particulières non pas d'exécution mais de passation du contrat ». Henri Savoie concluait que « devrait être qualifié de contrat administratif un contrat qui, même s'il ne contient aucune clause exorbitante du droit commun, a été conclu sur la base d'une législation ou d'une réglementation tout à fait spécifique, propre aux personnes publiques et totalement exorbitante du droit commun. Cette solution trouverait surtout et peut-être exclusivement à s'appliquer aux contrats passés sur la base du Code des marchés publics ».

Cette proposition était audacieuse. L'assemblée du contentieux n'eut pas à l'examiner. En effet, suivant le raisonnement principal de son commissaire du gouvernement, elle prononça l'annulation du décret du 27 février 1998 imposant aux marchés de services les règles de publicité prévues à l'article 104 du Code des marchés publics, au motif que le pouvoir réglementaire aurait dû prévoir des aménagements au Code des marchés publics pour que la soumission des contrats passés entre les collectivités publiques et les avocats soient compatibles avec les principes qui s'appliquent à cette profession, notamment ceux du secret professionnel et de l'indépendance de l'avocat, sans qu'elle ait eu besoin d'examiner si ces contrats étaient ou non administratifs.

Plus prudemment, Rémy Schwartz proposa au Tribunal des conflits de suivre un raisonnement classique, tout au moins dans ses prémisses. Pour le commissaire du gouvernement de l'arrêt *Commune de Sauve c/ S<sup>te</sup> Gestetner*, il ne s'agit pas d'affirmer que le Code des marchés publics constitue un régime exorbitant du droit commun et que, par suite, tous les contrats qui lui sont soumis présentent le caractère de contrats administratifs, même s'ils ne contiennent, par eux-mêmes, aucune clause exorbitante. « Il s'agit de déterminer si le Code des marchés publics contient des dispositions assimilables à des clauses exorbitantes du droit commun. » Si le raisonnement proposé par Rémy Schwartz semblait s'inscrire dans le cadre de la jurisprudence traditionnelle, contrairement à celui que proposait de retenir Henri Savoie, le résultat auquel il parvenait était, finalement, très proche. En effet, pour le commissaire du gouvernement, plusieurs dispositions du code pouvaient être regardées comme des clauses exorbitantes du droit commun dans la mesure où, sans être impossibles ou illicites en droit privé, elles présentaient un caractère inhabituel : interdiction de la sous-traitance globale (art. 2, livre I<sup>er</sup>) ; interdiction de postuler à un marché public faite aux personnes qui n'ont pas souscrit leur déclaration fiscale ou sociale ou ne se sont pas acquittées de leurs charges fiscales et sociales (art. 52, livre II) et aux personnes en liquidation judiciaire ou en faillite (art. 58, livre II) ; discriminations positives en faveur de certains types de société en cas d'équivalence de l'offre (art. 61 à 73, livre II) ; contrôles fiscaux et comptables spécifiques sur les cocontractants (art. 223 et ss., livre II). Le livre III, relatif aux marchés des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, comporte la plupart de ces dispositions. Même si les livres IV (Coordination des commandes publiques sur le plan local) et V (Mesures de publicité et de mise en concurrence applicables à certains marchés de fournitures et de travaux) ne comportaient, à ses yeux, aucune disposition pouvant être assimilée à une clause exorbitante, Rémy Schwartz concluait que le Code des marchés publics comportait bien des clauses exorbitantes du droit commun et que, par voie de conséquence, les marchés publics devaient être regardés, *ipso facto*, comme des contrats administratifs. Si le chemin emprunté était traditionnel, le lieu d'arrivée l'était beaucoup moins.

A la vérité, il nous apparaît que le résultat auquel parvenait Rémy Schwartz était trop audacieux au regard du raisonnement traditionnel qu'il avait suivi. Car la clause exorbitante n'a de valeur, en réalité, que dans la mesure où elle permet au juge de reconnaître la volonté des parties de se soumettre ou non à un régime de droit public. Or la soumission au Code des marchés publics ne résulte pas de la volonté des parties : elle leur est imposée. Admettre que la soumission au Code des marchés publics a pour conséquence de conférer au contrat un caractère administratif reviendrait à priver les collectivités publiques du choix du régime sous lequel elles entendent se placer. Ce qui est contraire, nous semble-t-il, à la logique de la jurisprudence sur la clause exorbitante. Si l'on entend se situer dans le prolongement de cette jurisprudence, il faut rechercher ce qui, dans le contrat en cause, permet de déterminer que les parties ont entendu recourir à un régime de droit public. Ou alors il faut proposer l'avancée jurisprudentielle décisive que constituerait la reconnaissance d'un troisième critère du contrat administratif, celui de la soumission à un « régime exorbitant du droit commun », en l'espèce celui du Code des marchés publics.

Le maintien des critères traditionnels du contrat administratif

Le Tribunal des conflits a donc tranché cette question sans ambiguïté en se situant sur le terrain de la jurisprudence traditionnelle : la circonstance qu'un contrat soit soumis au Code des marchés publics ne saurait, à elle seule, lui conférer le caractère de contrat administratif.

Cette solution rejoint celle retenue récemment par la première chambre civile de la Cour de cassation, qui avait jugé qu'un marché public de fournitures ne comportant aucune clause exorbitante du droit commun était un contrat de droit privé, nonobstant sa soumission au Code des marchés publics (*S<sup>te</sup> Locunivers*, préc.). Cette position est donc confirmée explicitement et solennellement par le Tribunal des conflits. Il convient dès lors de rechercher si le contrat en cause présente, en application des critères traditionnels de la jurisprudence, le caractère d'un contrat administratif. Les deux arrêts *Commune de Sauve c/ S<sup>te</sup> Gestetner* et *UGAP c/ S<sup>te</sup> SNC Activ CSA*, ce dernier rendu sur les conclusions de Philippe de Caigny, illustrent parfaitement l'équilibre de la jurisprudence : si la seule soumission au Code des marchés publics ne suffit pas à conférer le caractère de contrat administratif (*Commune de Sauve*), lorsque le contrat renvoie à un cahier des clauses administratives générales, en l'espèce celui applicable aux marchés publics de fournitures courantes et de services, et que ce cahier comporte une clause exorbitante du droit commun<sup>(10)</sup>, en l'espèce un pouvoir de résiliation y compris en l'absence de tout manquement du titulaire du marché à ses obligations contractuelles, il présente ainsi un caractère administratif<sup>(11)</sup>.

Le Tribunal des conflits a donc entendu rester fidèle à une jurisprudence qui, quels que soient ses défauts théoriques et ses incertitudes pratiques, a le mérite d'exister, d'être solidement établie et bien acceptée et appliquée par les deux ordres de juridiction. La solution adoptée signifie qu'un marché public n'est pas nécessairement un contrat administratif. Elle aboutit au paradoxe suivant : une même convention peut être à la fois un contrat de droit privé et un marché public. Ainsi un marché public peut-il être un contrat privé. Il est vrai que, à l'inverse, établir un lien automatique entre la soumission au Code des marchés publics et le caractère de contrat administratif présentait des inconvénients, notamment celui de faire dépendre la qualification de contrat administratif du montant du marché. Surtout, elle aurait privé les collectivités publiques qui « entendent se maintenir exclusivement sur les terrains des rapports de particuliers à particuliers » de la possibilité de le faire dès lors que les sommes en cause dépassent les seuils fixés par le Code des marchés publics.

La solution adoptée laisse donc aux cocontractants le choix de déterminer eux-mêmes s'ils entendent se placer ou non sous un régime administratif. S'ils le souhaitent, il leur suffira de mentionner de façon expresse, dans le contrat, une ou plusieurs clauses exorbitantes ou de renvoyer à un cahier des clauses administratives générales comportant au moins une clause exorbitante du droit commun, ce qui est le cas pour la plupart de ces cahiers. En cas de contestation, le juge compétent sera le juge administratif si le contrat comporte une clause exorbitante ou la référence à un cahier des clauses administratives générales qui en comporte, comme c'est généralement le cas. A défaut, le juge judiciaire sera seul compétent. Dans cette dernière hypothèse, il appartiendra alors au juge judiciaire saisi de s'assurer que le contrat a respecté les règles, notamment de passation, prévues par le Code des marchés publics. Ce code sera donc, à l'avenir, interprété par deux ordres de juridiction différents. Certes, il n'était écrit nulle part que la juridiction administrative disposait d'un monopole d'interprétation de ce texte.

Il n'en demeure pas moins que cette jurisprudence conduit à se poser un certain nombre de questions. Le juge de l'article L. 22 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sera-t-il incompétent pour se prononcer sur les marchés publics donnant lieu à un contrat privé et, dans ce cas, quel juge sera compétent pour vérifier le respect des règles de publicité, comme le prévoit la directive communautaire pour la transposition de laquelle le mécanisme de l'article L.22 a été institué? Si le juge administratif était compétent (ce qui peut parfaitement se soutenir dès lors que l'article L.22 fait référence à la notion de « marchés publics » et non à celle de contrat administratif), on aboutirait à une situation très paradoxale dans laquelle le juge administratif serait compétent avant la passation du contrat, pour s'assurer du respect des règles de publicité et de concurrence, et le juge judiciaire après cette passation. Par ailleurs, comment s'articulera la compétence judiciaire pour connaître du contrat et la compétence administrative pour connaître des actes détachables du contrat, notamment ceux relatifs à la passation? Les cas d'application de la jurisprudence *Epx Lopez* (CE Sect. 7 octobre 1994, *Lebon* p. 430, concl. Rémy Schwartz<sup>(12)</sup> ; *AJDA*<sup>(13)</sup> 1994, p. 914, chron. Laurent Touvet et Jacques-Henri Stahl ; *RFDA* 1994, p. 1090<sup>(14)</sup>), avec les difficultés qu'elle présente, risquent de se multiplier. Enfin, la solution adoptée par le



Tribunal des conflits ouvre la porte à d'éventuelles fâcheuses divergences de jurisprudence. Il reste à espérer que la sagesse des juridictions concernées et le « dialogue des juges » permettront d'assurer la convergence des jurisprudences.

**Mots clés :**

COMPETENCE \* Répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction \* Compétence déterminée par un critère jurisprudentiel \* Contrat administratif \* Contrat comportant des clauses exorbitantes du droit commun \* Contrat de droit privé \* Contrat dépourvu de clauses exorbitantes du droit commun et de participation au service public  
CONTRAT ADMINISTRATIF \* Catégories des contrats administratifs \* Marché \* Notion \* Contrat ayant un caractère administratif \* Contrat contenant des clauses exorbitantes du droit commun \* Notion \* Contrat n'ayant pas un caractère administratif \* Contrat ne concernant pas directement l'exécution d'un service public \* Notion \* Contrat n'ayant pas un caractère administratif \* Contrat ne contenant pas de clauses exorbitantes

(1) V., par exemple, l'interdiction faite aux cours judiciaires « de prendre à l'avenir connaissance d'aucunes affaires [...] qui peuvent concerner l'Etat, administration et gouvernement d'icelui » par l'édit de Saint-Germain en février 1641, sous le règne de Louis XIII, interdiction rappelée par un arrêt du Conseil du Roi du 8 juillet 1661, au début du règne personnel de Louis XIV.

(2) Si l'on met de côté les traités internationaux qui s'inscrivent dans une autre problématique.

(3) Lorsque les deux cocontractants sont des personnes de droit public, le contrat est, par principe, un contrat administratif, « sauf dans les cas où, eu égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé » (Trib. confl. 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris*, *Lebon* p. 537 ; *AJDA* 1983, p. 356, concl. Daniel Labetoulle ; *Rev. adm.* 1983, p. 368, note B. Pacteau ; *D.* 1984, p. 33, note J.-B. Auby et H.-G. Hubrecht).

(4) Par exemple, pour la définition la plus classique : « clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations, étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales » (CE Sect. 20 octobre 1950, *Stein*, *Lebon* p. 505).

(5) *Marchés publics* octobre 1968, p. 37.

(6) Par l'arrêt *Roudier de la Brille* (CE Sect. 17 novembre 1967, *Lebon* p. 428) le Conseil d'Etat venait de juger, implicitement mais nécessairement, que la référence à un cahier des clauses administratives générales dans un contrat conclu entre une collectivité publique et une personne publique faisait du contrat en cause un contrat administratif (*AJDA* 1968, p. 98, chron. Jean Massot et Jean- Louis Dewost).

(7) Par un arrêt récent, la première chambre civile de la Cour de cassation a pris position dans ce débat en refusant de considérer qu'un contrat soumis au Code des marchés publics était, de ce seul fait, un contrat administratif (17 décembre 1996, *S<sup>té</sup> Locunivers*, *Bull. cass.* I, n° 464).

(8) Mais pas tous (v. CE Sect. 24 novembre 1972, préc.), ce qui a conduit certains à s'interroger pour savoir si la référence à un cahier des clauses administratives suffisait à qualifier un contrat d'administratif ou si, pour que cette référence soit opérante, il fallait que des clauses exorbitantes figurent dans le cahier en cause. Il est vrai que, dans la plupart des cas, de telles clauses existent dans ces cahiers.

(9) Souligné par nous.

(10) L'ambiguïté sur la question de savoir s'il est nécessaire, ou pas, que le cahier comporte des clauses exorbitantes est donc levée.

(11) L'arrêt précise en outre que si l'UGAP est un établissement public industriel et commercial, son cocontractant, lorsque l'UGAP agit pour le compte de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, ne saurait être regardé comme l'utilisateur d'un service public industriel et commercial.