



## **This document has been provided by the International Center for Not-for-Profit Law (ICNL).**

ICNL is the leading source for information on the legal environment for civil society and public participation. Since 1992, ICNL has served as a resource to civil society leaders, government officials, and the donor community in over 90 countries.

Visit ICNL's **Online Library** at  
<http://www.icnl.org/knowledge/library/index.php>  
for further resources and research from countries all over the world.

### Disclaimers

**Content.** The information provided herein is for general informational and educational purposes only. It is not intended and should not be construed to constitute legal advice. The information contained herein may not be applicable in all situations and may not, after the date of its presentation, even reflect the most current authority. Nothing contained herein should be relied or acted upon without the benefit of legal advice based upon the particular facts and circumstances presented, and nothing herein should be construed otherwise.

**Translations.** Translations by ICNL of any materials into other languages are intended solely as a convenience. Translation accuracy is not guaranteed nor implied. If any questions arise related to the accuracy of a translation, please refer to the original language official version of the document. Any discrepancies or differences created in the translation are not binding and have no legal effect for compliance or enforcement purposes.

**Warranty and Limitation of Liability.** Although ICNL uses reasonable efforts to include accurate and up-to-date information herein, ICNL makes no warranties or representations of any kind as to its accuracy, currency or completeness. You agree that access to and use of this document and the content thereof is at your own risk. ICNL disclaims all warranties of any kind, express or implied. Neither ICNL nor any party involved in creating, producing or delivering this document shall be liable for any damages whatsoever arising out of access to, use of or inability to use this document, or any errors or omissions in the content thereof.

## ETUDE 254

# Association cocontractante des pouvoirs publics

## SOMMAIRE

Bibliographie.....	254-1		
Contrats et actes administratifs unilatéraux.....	254-2		
<b>SECTION I</b>			
<b>Régime général des contrats des personnes publiques</b>			
Domaine et nature des contrats des personnes publiques.....	254-3		
§ 1 Diversité des situations contractuelles			
A – Principaux types de contrats privés passés entre associations et personnes publiques			
Contrat de location de dépendance du domaine privé.....	254-4		
Baux ruraux.....	254-5		
Baux de chasse ou de pêche.....	254-6		
Conventions d'occupation précaire de dépendance du domaine privé.....	254-7		
Baux emphytéotiques.....	254-8		
Contrats de vente ou de location à l'administration.....	254-9		
B – Principaux types de contrats administratifs passés entre personnes publiques et associations			
Marchés publics.....	254-10		
Marchés d'entreprise de travaux publics.....	254-11		
Conventions en matière d'urbanisme et d'aménagement du territoire.....	254-12		
Contrats de service public.....	254-13		
Bail emphytéotique administratif (BEA).....	254-14		
§ 2 Régime juridique des relations contractuelles publiques			
Notion de régime contractuel exorbitant du droit commun.....	254-15		
A – Conditions de la formation			
Qualité des contractants.....	254-16		
Choix de son cocontractant par l'administration.....	254-17		
Rédaction du contrat.....	254-18		
B – Conditions d'exécution			
Règles générales de l'exécution.....	254-19		
Juge du contrat — Pouvoirs.....	254-20		
Force majeure.....	254-21		
Fait du prince.....	254-22		
Imprévision.....	254-23		
Rôle du juge de l'excès de pouvoir.....	254-24		
<b>SECTION II</b>			
<b>Associations attributaires de marchés publics</b>			
Conditions d'application du Code des marchés publics (CMP).....		254-29	
§ 1 Formation des marchés publics			
A – Choix du titulaire du marché			
Associations et marchés publics.....		254-30	
Procédures de choix du cocontractant.....		254-31	
Sous-traitance.....		254-32	
Associations attributaires privilégiées.....		254-33	
B – Principe de transparence dans la passation des marchés publics			
Formalités de publicité et sanctions.....		254-34	
Information des candidat malheureux.....		254-35	
§ 2 Exécution des marchés publics			
A – Régime juridique de l'exécution			
Principe de l'application du régime des contrats administratifs.....		254-36	
Règles spécifiques d'exécution.....		254-37	
B – Transparence de l'exécution du marché			
Mission interministérielle d'enquête sur les marchés.....		254-38	
Répression des délits en matière de marché publics.....		254-39	
<b>SECTION III</b>			
<b>Associations attributaires de délégations de services publics</b>			
Distinction marchés publics / délégations de service public.....		254-40	
§ 1 Formation du contrat de délégation de service public			
A – Les principes de la délégation			
Le principe de l' <i>intuitus personae</i> .....		254-41	
L'obligation de mise en concurrence.....		254-42	
B – Procédure de la délégation			
Le choix du titulaire.....		254-43	
Le contrôle du choix du titulaire.....		254-44	
§ 2 L'exécution du contrat de délégation			
Régime de droit public.....		254-45	
La durée du contrat de délégation.....		254-46	
Avenants au contrat de délégation.....		254-47	

**2541** Bibliographie

- Documentation permanente
- Chabanol, Jouguet, Droits et obligations des signataires de marchés publics de travaux, Le Moniteur, 2<sup>e</sup> éd. 1994
- Clément, Bouchon, Cossalter, Conclure et gérer les marchés publics, Le Moniteur, 1993
- Collectif, Droit des marchés public publics, 2 classeurs à feuillets mobiles avec mise à jour, Le Moniteur
- De Laubadère, Moderne, Delvolvé, Traité des contrats administratifs, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1983, 2 T.
- Mogenet, Les marchés de l'Etat et des collectivités locales, Le Moniteur, mise à jour 1993
- Recueil des marchés publics, textes officiels, feuillets mobiles avec mise à jour

**2542** Contrats et actes administratifs unilatéraux

Pour le Code civil (C. civ., art. 1101) un contrat est un accord de volontés générateur de droits et d'obligations. Les personnes publiques ont le droit de conclure de tels actes à l'instar des personnes privées, bien qu'elles puissent, grâce à leurs prérogatives de puissance publique, conférer des droits et imposer des obligations par actes unilatéraux. Ceux-ci sont créateurs de droits et d'obligations même sans l'accord de leurs destinataires, ainsi un agrément est un acte administratif unilatéral (voir 250). Malgré la facilité apparente de l'action unilatérale, l'administration peut avoir intérêt à agir par voie contractuelle tant pour des raisons de droit que de fait.

En droit, la République française n'étant pas un Etat totalitaire, elle ne peut agir par la contrainte que dans les cas strictement prévus par la loi afin de respecter les droits et libertés individuels. Ainsi, lorsqu'une personne publique a besoin d'un bien mobilier ou immobilier appartenant à un particulier, elle ne pourra se le procurer par voie unilatérale que dans des cas très limités (réquisition militaire ou civile, expropriation pour cause d'utilité publique), la plupart du temps elle devra l'acheter comme le ferait une personne privée.

En fait, l'expérience montre que l'efficacité de l'action administrative est d'autant plus grande qu'elle est consentie par les administrés. Dès l'ancien régime, par exemple, les pouvoirs publics avaient compris que la main-d'œuvre salariée, avait un rendement bien supérieur aux requis (suppression de la corvée).

S'agissant de leur collaboration avec les associations, les pouvoirs publics privilégient la relation de type contractuel, en témoigne, par exemple, la circulaire du 7 juin 1996 (JO 12 juin, Premier Ministre) concernant les conventions-cadres passées avec certaines associations soumises au régime de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 et subventionnées par l'Etat.

Cependant l'action contractuelle des personnes publiques peut soulever des difficultés juridiques, ainsi la distinction, dans certains cas, entre contrat de l'administration et acte administratif unilatéral, notamment lorsque celui-ci est conditionné. Il découle en effet de ses conditions des droits et obligations réciproques comme dans un contrat (voir 250) et il peut être délicat de distinguer les deux sortes d'actes (sur cette difficulté, cf. CE 2 mars 1973, n° 83.136, Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages, AJDA 1973, p. 323, Concl. Braibant). Or l'acte unilatéral même conditionné peut produire des effets sans le consentement de l'administré ce qui n'est pas le cas du contrat qui naît de la rencontre des volontés.

En droit civil les contrats sont extrêmement nombreux (contrats de vente et d'achat, contrat de location, contrats de prêts, emphytéose sans parler des multiples variantes de chacun d'eux, vente au comptant, vente à terme, etc.). En règle générale les personnes publiques disposent des facilités offertes par le droit civil, mais en outre le droit administratif leur ouvre des possibilités accrues de contracter. Le régime juridique général des contrats des personnes publiques se révèle donc particulièrement riche. Pour des raisons pratiques il convient de mettre à part deux catégories de contrats très importantes en pratique, les marchés publics, soumis à un régime juridique spécifique, contenu dans le Code des marchés publics, de plus en plus influencé par le droit communautaire et les délégations de service public qui depuis la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 connaissent une réglementation également spécifique.

## SECTION I

## Régime général des contrats des personnes publiques

**2543** Domaine et nature des contrats des personnes publiques

Le contrat passé par l'administration constitue une limitation à la souveraineté en ce qu'il fixe la loi entre les parties (C. civ., art. 1134). Aussi la tradition du droit public français appliquée par les juges interdit aux personnes publiques d'aliéner leurs compétences par contrat dans des domaines essentiels :

- interdiction d'exercer le pouvoir de police administrative par contrat (CE 8 mars 1985, n° 24.557, les amis de la terre ; Rec CE 1985, p. 73 ; RFD adm. 1985, p. 363, Concl. Jeanneney) ;
- interdiction de confier l'exercice de son pouvoir réglementaire à une personne privée par contrat (notamment à une association) sans autorisation expresse du législateur (CE 20 janvier 1978, n°s 99.613 et 99.615, Syndicat national de l'enseignement technique agricole public ; Rec CE 1978, p. 22 ; AJDA 1979, p. 37, Concl. Denoix de Saint-Marc ; illégalité de conventions passées avec des associations de gestion d'établissements d'enseignement agricole privé, leur confiant des compétences de qualification des maîtres, et de contrôle technique) ;
- les collectivités locales ne peuvent confier à des particuliers (associations par exemple) l'exercice de compétences qui leur ont été confiées par le législateur (CE 17 mars 1989, n° 50.176, Syndicat des psychiatres français, AJDA 1989, p. 407 ; illégalité d'une convention ayant pour objet de confier à une association la totalité des actions de prévention en matière d'hygiène mentale infantile).

Les relations entre le contrat et la puissance publique se révèle complexes. En effet, lorsqu'une personne publique a accepté de se lier par des stipulations contractuelles, elle n'en reste pas moins dotée de prérogatives de puissance publique susceptibles d'imposer au cocontractant le « fait du prince ». On dit parfois que l'Etat n'est pas un cocontractant comme les autres. Dans ces conditions on peut se demander qu'elle est la portée exacte des engagements contractuels.

Pour régler ce problème la doctrine a pris l'habitude depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle de distinguer deux sortes de contrats des personnes publiques.

Les contrats privés de droit commun dans lesquels, les personnes publiques sont des cocontractants ordinaires et les contrats soumis au droit public dits contrats administratifs ou contrats publics, selon une terminologie plus récente qui tend à s'imposer, dans lesquels la personne publique jouit d'une position exorbitante du droit commun. Le problème est alors de distinguer les contrats de droit commun de l'administration et les contrats administratifs au sein de la diversité des situations contractuelles. Le principe est relativement simple si sa mise en œuvre parfois délicate : est administratif le contrat passé par une personne publique ou son mandataire (qui peut être privé), qui comporte une clause exorbitante de droit commun ou qui est soumis à un régime exorbitant de celui du Code Civil, ou encore dont l'objet est de faire exécuter directement le service public par le cocontractant (cf. De Laubadere, Traité des contrats administratifs, n° 6 et s.).

## § 1 Diversité des situations contractuelles

### A – Principaux types de contrats privés passés entre associations et personnes publiques

#### 2544 Contrat de location de dépendance du domaine privé

Dans ce type de contrats, l'association loue à une collectivité publique (locale le plus souvent) des locaux ou du matériel (pour une fête par exemple) (CE 23 déc. 1953, Dame veuve Lillo, Rec CE 1953, p. 573, Concl. Tricot ; location d'un véhicule administratif). Ces contrats ne sont des contrats de location privés que s'ils ne confient pas à l'association cocontractante des obligations de services publics. Ainsi la location d'une salle en vue de l'organisation de concerts, de réunions, de conférences est un bail, même si le contrat précise qu'il ne devait s'agir que de « spectacles de famille » (CE 24 févr. 1933, Ville de Narbonne, Rec CE 1933, p. 236). La jurisprudence du Conseil d'Etat a évolué et elle a tendance de plus en plus à voir dans ce genre de contrat, spécifiant le type de spectacles à donner, des contrats publics (voir 256 et CE 18 mai 1979, n° 413, association Urbanisme judaïque Saint-Seurin, Rec CE 1979, p. 218, RDP 1979, p. 1481, Concl. Latournerie). Le contrat par lequel « la ville de Bordeaux confie à un exploitant privé la gestion d'un théâtre-casino (...) constitue une concession de service public » car il est signé « dans l'intérêt du maintien et du développement des activités culturelles sur le territoire de la ville ».

Sous réserve qu'il s'agisse d'une location, le régime de ces contrats est le suivant.

La location doit être décidée par l'organe délibérant de la collectivité ou l'établissement (CE 10 déc. 1915, Symphonie amicale de Poligny, Rec CE 1915, p. 342). Sa compétence est très large, il n'y a guère que les églises qui, aux termes de la loi du 9 décembre 1905, JO 11 déc., doivent être réservées au culte et ne peuvent, par suite, être louées pour d'autres activités sauf accord des autorités religieuses. Les délibérations sont soumises au régime général. La plupart du temps ces contrats sont négociés de gré à gré mais

rien n'empêche la collectivité considérée d'organiser des procédures formelles de type adjudication (voir 254-17).

Le contrat, signé par l'exécutif de la collectivité, s'exécute selon les règles du Code civil.

En tant qu'actes privés, ils n'ont pas à être soumis au contrôle préfectoral de légalité, mais les délibérations des assemblées obéissent aux règles administratives normales de transmission.

Au sein de ces contrats privés de location certains obéissent à un régime spécifique, ce sont les baux ruraux de chasse et de pêche.

#### 2545 Baux ruraux

Ces contrats relèvent de l'article L. 415-11 du Code rural, par rapport aux baux ruraux ordinaires. Le preneur ne peut invoquer le droit au renouvellement du bail lorsque la collectivité ou l'établissement public lui fait savoir, au moins 18 mois avant le terme, sa volonté de reprendre le bien pour une fin d'intérêt général. Le bail peut être résilié à tout moment si le bien est nécessaire à la réalisation d'une opération déclarée d'utilité publique. Le preneur a alors droit à une indemnité. Cette exigence de l'intérêt général n'est pas très contraignante (Cass. 1<sup>re</sup> civ. II, 24 févr. 1976, n° 74-14.484, Bull. civ. III, n° 82, p. 62, reprise de pâturage en vue de parvenir à une utilisation rationnelle au profit d'une section de commune). L'indemnité est calculée comme en matière d'expropriation. Les baux peuvent être passés de gré à gré ou après une procédure d'adjudication (voir 254-17).

(Sur leur régime juridique, cf. l'arrêt de principe : T. confl. 22 nov. 1965, Calmette, Rec CE 1965, p. 819, JCP éd. G 1966, II, n° 14483, Concl. Lindon).

#### 2546 Baux de chasse ou de pêche

Ces baux sont des contrats immobiliers bien qu'ils ne concernent que l'une des possibilités de jouissance des biens loués. Leur nature privée ne fait aucun doute lorsqu'ils portent sur des dépendances du domaine privé des collectivités publiques (CE 9 févr. 1955, n° 14-061, Société La belle gaule, Rec CE 1955, p. 77 ; jurisprudence constante). La question est discutée en doctrine pour les baux portant sur le domaine public (par exemple des cours d'eaux navigables et flottables), cependant le Code rural (art. 425) attribue les contestations aux juridictions judiciaires ce qui indique une nature privée (CE 5 déc. 1958, Secrétaire d'Etat à l'Agriculture c/Union des pêcheurs à la ligne et au lancer du Dép. de l'Isère, Rec CE 1958 p. 620, AJDA 1958, II, p. 57, Concl. Kahn ; pour la chasse T. confl. 28 avr. 1980, Commune de Rimbach c/S.C.I. de la Haute-Bers, n°2147 Rec CE 1980, p. 505). Ces baux peuvent aussi être passés à la suite d'une procédure d'adjudication (voir 254-17) qui est alors considérée comme une opération administrative détachable de bail (T. confl. 6 juill. 1981, Eysseric c/préfet de la Drôme, n° 2188 Rec CE 1981, p. 505, D. 1981, I.R. p. 524, obs. Delvolve).

Ces baux sont décidés par l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement et signés par l'exécutif. Toutefois pour les biens appartenant à l'Etat, une procédure spécifique d'adjudication est prévue (C. rur., art. 4113), mais il est possible de déroger à cette adjudication au profit des associations de pêche (CE 9 févr. 1955, société la belle gaule, préc.) notamment au profit « d'affermage » (C. dom., art. R.59 et s.).

### 2547 Conventions d'occupation précaire de dépendance du domaine privé

Elles se distinguent des contrats de location précisément par la précarité de l'occupation, le propriétaire pouvant à tout moment reprendre son bien (cf. Sablière, l'occupation précaire et révocable des propriétés privées : C.J.E.G. 1980, p. 1).

Cette différence est appréciée par le juge en cas de contestation (Cass. 1<sup>re</sup> civ. II, 9 avr. 1974, n<sup>o</sup> 73-12.254, Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 137, p. 103 et T. confl. 17 nov. 1975, Leclert, Rec CE n<sup>o</sup> 2011 1975, p. 800, JCP éd. E 1976, II, n<sup>o</sup> 18480 et JCP éd. G 1977, II, n<sup>o</sup> 18539, note Truchet).

Les associations sont susceptibles d'être bénéficiaires de telles conventions pour organiser leurs activités. Ces contrats sont décidés par l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement et signés par l'exécutif. La procédure peut être formalisée, parfois par une adjudication, souvent par un cahier des charges imposé au preneur. Parfois un préavis est prévu à son avantage (T. confl. 15 janv. 1979, Payan c/Sté des autoroutes du sud de la France, Rec CE 1979, p. 793, JCP éd. G 1980, II, n<sup>o</sup> 19453, note Brard), dans ce cas il doit être respecté.

### 2548 Baux emphytéotiques

C'est un droit réel immobilier de longue durée (99 ans) qui confère au bailleur un usage du bien moyennant une redevance annuelle (en général modique) au nu-propriétaire. Ces baux n'étaient possibles que sur une dépendance du domaine privé, et à condition que le preneur ne se livre pas à des activités susceptibles de la transformer en domaine public (soit par une ouverture au public, soit par une affectation d'un service public, après aménagement spécial ; cf. la théorie du domaine dans les manuels de droit administratif et J.-Cl. adm., Fasc. 405-1). Cette restriction est tombée depuis la loi du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation (L. n<sup>o</sup> 88-13, 5 janv. 1988, art. 13, JO 6 janv., p. 208) prolongée par celle du 25 juillet 1994 (L. n<sup>o</sup> 94-640, 25 juill. 1994, JO 27 juill.). Désormais la conclusion d'un bail emphytéotique sur une parcelle du domaine privé d'une collectivité locale est possible même si le bail est conclu en vue d'une mission de service public (voir 254-31 et s.) qui aura pour effet de la faire passer dans le domaine public et de transformer le bail en bail emphytéotique administratif (voir 254-15).

### 2549 Contrats de vente ou de location à l'administration

Si les associations peuvent acheter ou louer des biens appartenant à l'administration (voir 254-4) l'inverse est également possible (pour la location par une personne publique d'un véhicule automobile, cf. CE 22 déc. 1922, bon, Rec CE 1922, p. 907). Bien que ces contrats servissent la plupart du temps à faire fonctionner des services publics, ils furent toujours considérés comme des contrats privés (T. confl. 4 juin 1910, Cie d'assurances Le Soleil, Rec CE 1910, p. 446, Som. 1912, III, p. 154, concl. Feuilley). Les associations peuvent être vendeurs ou loueurs de biens mobiliers (exceptionnellement immobiliers pour des associations reconnues d'utilité publique) mais surtout des services, de savoir-faire. La décision de passer le contrat du côté de la personne publique appartient à son organe délibérant, ou au ministre s'il s'agit de l'Etat, et la signature appartient à l'exécutif.

L'exécution de ce type de contrat relève du droit civil et le contentieux éventuel appartient au juge judiciaire (cf.

T. confl. 4 juin 1901, préc.) qui est juge du contrat et il n'appartient pas à l'autorité étatique chargée du contrôle administratif de s'immiscer dans ces rapports de droit privé (inscription d'office de dépenses obligatoires par exemple). En ce qui concerne les ventes et les baux commerciaux, il convient de se reporter au régime des activités commerciales (voir 244). Sur ce régime cf. Rep. Coll. loc.n<sup>os</sup> 3912-33 et s.

## B – Principaux types de contrats administratifs passés entre personnes publiques et associations

### 25410 Marchés publics

Ce sont des contrats passés par des collectivités publiques dans les conditions définies par le Code des marchés publics ou par le droit européen en vue de la réalisation de travaux ou de l'achat de fournitures et services, contre le paiement d'un prix.

Ce type de contrat est donc caractérisé par son objet et par son régime juridique, c'est lui qui les rend administratifs. La doctrine s'est posée la question de savoir si les marchés publics étaient forcément des contrats administratifs mais ce problème reste dans les faits très marginal (sur cette question, cf. de Laubadère, Moderne, Delvove, Traité des contrats administratifs, Paris, LGDJ, 1983-1984, plus précisément H. 1, p. 244 et s.) (sur l'ensemble de cette question, voir 254-29 et s.).

### 25411 Marchés d'entreprise de travaux publics

Il s'agit, à partir d'une pratique de l'administration, (notamment de la région Ile de France pour la rénovation et l'entretien de lycées), d'une construction jurisprudentielle du Conseil d'Etat à mi-chemin entre le contrat de service public (voir 254-13) et le marché public de travaux.

Ce contrat comporte toutes les caractéristiques d'une concession ou d'un affermage (voir 256) à l'exception d'une seule : le paiement direct par l'utilisateur du service public.

Il est certain que ce type de contrat ne peut être assimilé à la délégation de service public (Rép. min. n<sup>o</sup> 1670, JOANQ 6 sept. 1993, et avis du CE n<sup>o</sup> 349.740, 18 juin 1991, Mon. TP 17 juill. 992, p. 232). Le juge administratif lui applique le Code des marchés notamment en ce qui concerne les procédures obligatoires du choix du cocontractant (CE 14 oct. 1988, n<sup>os</sup> 68.583 et 68.789, Socea-Balency, Recueil des marchés publics mars 1989, n<sup>o</sup> 240). Toutefois ce régime n'est pas entièrement applicable, le juge du contrat ayant comme en matière de délégation de service public la possibilité d'annuler les décisions administratives unilatérales d'exécution du contrat, règle applicable à tous contrats comportant des investissements importants à la charge du cocontractant de l'administration (CE 26 nov. 1971, n<sup>o</sup> 75.710, Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humides, Rec CE 1971, p. 723, Concl. Gentot).

### 25412 Conventions en matière d'urbanisme et d'aménagement du territoire

Elle ne constituent pas une catégorie juridique aussi bien définie que celle des marchés publics, elles jouent néanmoins un grand rôle dans la politique d'aménagement

du territoire et cet objectif leur confère une certaine unité. On en distingue plusieurs types (cf. Moderne, Rep. coll. loc., n° 3767) :

- les conventions des zones d'aménagement concerté (ZAC) qui concernent les ZAC dites conventionnées ou privées par opposition aux ZAC publiques. Les textes sont très vagues sur la nature des personnes conventionnées (Circ. n° 73-94, 6 mai 1973, et Mon.TP, n° hors série, les Z) et permettent d'y faire entrer des associations d'autant plus qu'un certain nombre d'entre elles se livreront à la promotion immobilière (voir 254-4) ;
- les conventions de rénovation urbaine qui ont pour objet de régler les relations entre les communes et l'organisme de rénovation public ou privé. Les textes ne parlent pas des associations mais la remarque précédente garde ici toute sa valeur ;
- les conventions de restauration immobilière et de réhabilitation de l'habitat insalubre. Elles comprennent des marchés d'étude qui peuvent être rangés parmi les marchés publics (voir 254-10) et des conventions de réalisation. Les organismes de réalisation peuvent être des personnes privées et rien ne permet d'en écarter les associations dans la mesure où elles peuvent se livrer à des opérations immobilières (voir 254-4 ; T. confl. 2 juill. 1984, Commissaire de la République du Loiret c/TGI d'Orléans, AJDA 1984, p. 562, à propos de l'Association de restauration immobilière, région Centre) ;
- les conventions de délégation de maîtrise d'ouvrage public par lesquelles un maître d'ouvrage public (une collectivité publique) délègue cette maîtrise au moyen d'un mandat (L. n° 85-704, 12 juill. 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique, JO 13 juill. p. 7914). Il se trouve cependant que, malgré les vœux dominants des élus locaux, les textes excluent expressément les associations des organismes mandataires ;
- les contrats particuliers de plan signés entre l'Etat et une personne privée dans le cadre du contrat du plan Etat-région (D. n° 83-32, 21 janv. 1983, art. 9, 23 janv., p. 394). De tels contrats, souvent appelés conventions particulières, peuvent être passés avec des associations. On cite toujours l'exemple du contrat passé avec une association de développement rural de la Moselle dans le cadre du 1<sup>er</sup> contrat de plan Etat-région Lorraine, ayant pour objectif la revitalisation de certaines zones en voie de paupérisation. Le décret prévoit seulement que ces contrats doivent être élaborés et signés par le président de l'organe délibérant de l'association d'un côté et le représentant de l'Etat dans le département ou la région de l'autre en fonction de leur champ d'application (éventuellement par le ministre).

### 254 13 Contrats de service public

Ce sont les délégations de service public lorsqu'elles revêtent un caractère contractuel, ce qui est le cas le plus fréquent sans pour autant être exclusif. Ces contrats ne constituent pas non plus une catégorie juridique homogène, mais présentent néanmoins une certaine unité dans la mesure où leur objet est de confier tout ou partie de l'exploitation d'un service public à un cocontractant privé. Cependant le processus d'exploitation des services publics est complexe si bien que ces contrats peuvent avoir deux objectifs différents (cf. Mescheriakoff, Droit des services publics, PUF, Droit fondamental, 1991).

Les contrats d'exécution de prestations de service public ont pour faire assurer certaines tâches matérielles par le cocontractant, la personne publique conservant la gestion d'ensemble du service (ou un autre cocontractant). Par exemple, un service public de transport urbain géré par un syndicat de communes contractera avec un transpor-

teur privé pour lui faire assurer temporairement ou en permanence certaines liaisons. Ces contrats sont, en général, des marchés publics de prestations de service et ils obéissent à leur régime juridique (voir 254-9 et CE 26 nov. 1971, n° 75-710, préc.). Les associations sont souvent partie prenante de tels contrats (par exemple une halte-garderie assurée par une association de parents ou de quartier, surveillance d'une forêt assurée par une association de scoutisme, etc.).

Les contrats de gestion de services publics ont pour objet de confier l'ensemble de la gestion du service public au cocontractant privé, c'est donc l'étendue de leurs responsabilités qui les distingue des contrats précédents. Le cocontractant a en charge l'organisation du service sous ses différents aspects (financiers, matériels, humains). Les associations peuvent signer de tels contrats ; ainsi une association de parents d'élève pourra gérer le service public de ramassage scolaire par contrat avec le département qui en a la charge (CE 4 mars 1983, n°s 27.214 et 27.215, Association familiale rurale de circuit et de transport des élèves de la région de Meslay-du-Maine, JCP éd. G 1984, II, n° 20211).

### 254 14 Bail emphytéotique administratif (BEA)

Ce nouveau type de contrat administratif susceptible d'être passé entre une collectivité publique et une association découle de la loi n° 88-13 janvier 1988 (voir 254-8) s'agissant des collectivités locales et de la loi du 25 juillet 1994 (L. n° 94-631, 25 juill. 1994, JO 26 juill., complétée par le D. n° 95-595, 6 mai 1995, Mon. TP, 2 juin 1995, p. 306), s'agissant du domaine public de l'Etat ou d'un de ses établissements publics. Cette nature administrative découle soit d'une attribution de compétence au juge administratif (L. n° 88-13, 5 janv. 1988, 13-III-4°), soit de l'application du régime de la domanialité publique (CE 25 févr. 1994 n° 14.4641-14.5406, SA SOFAP-Marignan Immobilier, RFD adm. 1994, p. 510 et s.).

Le titre n'est pas obligatoirement de nature contractuelle et peut être unilatéral. Cependant la plupart du temps, il s'agira soit d'un contrat d'occupation du domaine public soit d'une annexe à un contrat de service public (voir 254-13). Ce type de contrat ne peut être passé qu'à certaines conditions et produit des effets déterminés.

#### a) Conditions de fond

Ce bail doit servir à l'accomplissement d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité propriétaire.

Ce bail ne peut porter sur une dépendance du domaine comprise dans le champ d'application de la contravention de voirie.

Ce bail ne peut excéder 70 ans pour le domaine de l'Etat.

#### b) Conditions de forme

Pour les collectivités locales et leur groupement, l'assemblée délibérante doit autoriser l'exécutif à signer et l'acte doit être transmis à l'autorité préfectorale.

Pour l'Etat le contrat est signé par le préfet lorsque le montant des travaux à réaliser sur le domaine public restant inférieur à 20 millions de francs HT, au dessus la compétence est ministérielle.

#### c) Effets

Les droits réels découlant de l'emphytéose ne pourront être cédés qu'après agrément de la collectivité publique propriétaire, même en cas de cession forcée.

L'hypothèque n'est possible que pour garantir les emprunts contractés en vue de financer les ouvrages situés sur le domaine concerné. S'il s'agit de collectivités locales, ils entrent dans le montant maximum des garanties et cautionnements prévu par la loi n° 82-213 du 2 mars 1982, JO 3 et rectific. 6 mars 1982.

Le crédit-bail n'est possible que pour le domaine de l'Etat et pour les ouvrages non-affectés à un service public.

Le titre peut être retiré par l'administration moyennant indemnisation du titulaire.

Le B.E.A. doit en principe donner lieu à redevance et en fin de bail les ouvrages construits sont détruits ou reviennent à la collectivité publique.

## § 2 Régime juridique des relations contractuelles publiques

### 254.15 Notion de régime contractuel exorbitant du droit commun

L'existence d'un régime contractuel exorbitant du droit commun fonde et justifie l'existence des contrats dits administratifs (voir 254-3) distincts des contrats de droit commun privés. Dans la réalité la division est moins tranchée pour deux raisons :

- certains contrats qualifiés de privés obéissent partiellement à des règles exorbitantes du droit commun et notamment à des procédures de droit public (comme l'adjudication, voir 254-4, 254-5, 254-6 ; voir aussi les baux emphytéotiques 254-8) ;
- les règles exorbitantes du droit commun ne sont pas toujours très éloignées au fond des solutions du droit privé si bien que dans la pratique les régimes juridiques de ces deux types de contrat sont parfois très voisins (ainsi les règles de la responsabilité décennale en matière de travaux immobiliers).

Il n'en reste pas moins qu'en principe le Code civil est inapplicable aux contrats administratifs (T. confl. 8 févr. 1873, Blanco, GAJA, n° 1, avec les références) et si certaines solutions du droit civil sont appliquées aux contrats administratifs, c'est non pas *de plano*, mais de par la volonté du juge administratif, juge du contrat, qui transpose en droit public la règle de droit privé en lui donnant un fondement autonome, par exemple en la nommant principe général du droit applicable.

Le régime de droit commun des associations ayant déjà été envisagé (voir 242, 244, 246) il convient ici d'explicitier cette notion de régime juridique exorbitant du droit commun et notamment de déterminer quel est son contenu.

La réponse n'est pas aisée car contrairement au régime de droit commun, il n'existe pas de texte d'ensemble mais seulement des textes partiels (même lorsqu'ils s'intitulent Code, tel le Code des marchés publics qui relève de la technique de la codification administrative et ne s'applique qu'à une certaine catégorie de contrats, les marchés publics, et ne vise que certains aspects de leur régime juridique, voir 254-29 et s.) qui sont complétés par des règles jurisprudentielles dont l'autorité vient du juge lui-même et qui, posées aux hasards des recours, sont toujours partielles et spécifiques et de plus, toujours susceptibles de changer, puisqu'en droit français le juge n'est pas tenu par la règle du précédent.

Ces règles exorbitantes du droit commun sont cependant articulées autour d'une vision cohérente : adapter les

règles contractuelles à l'inégalité des parties (alors qu'en droit civil l'égalité juridique des parties est un principe fondamental), la partie privée poursuit son intérêt personnel alors que la partie publique gère l'intérêt général et dispose pour ce faire de prérogatives de puissance publique qui lui permettent d'imposer le cas échéant sa volonté à l'autre.

Cette inégalité engendre un formalisme inconnu en droit civil, une inégalité des parties dans l'exécution du contrat, des contrôles spécifiques, et enfin un système de responsabilité précontractuelle et contractuelle spécifique. Tel est le contenu de ce régime spécifique exorbitant du droit commun dont il convient de décrire les règles spécifiques au travers des différentes phases de la vie du contrat : sa formation et son exécution.

## A - Conditions de la formation

### 254.16 Qualité des contractants

Il s'agit de déterminer quelles sont les qualités à remplir pour contracter dans un cadre de droit de droit public.

**Conditions à remplir par l'association.** - Elles sont globalement les mêmes qu'en droit privé, le juge administratif applique la règle de l'article 1123 du Code civil : toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. Il convient donc de se reporter aux règles de capacité des associations (voir 126 notamment). Des règles spécifiques s'appliquent lorsqu'une même personne est à la fois membre d'une association, notamment dirigeant, et membre du conseil délibérant de la collectivité cocontractante. Il est interdit à un conseiller municipal ou général ou régional d'assister à une délibération où serait discuté un projet de contrat entre la collectivité et l'association dont il serait membre influent. En cas d'incertitude sur le degré d'influence du conseiller en cause, le juge, s'il est amené à statuer, s'attache à son rôle dirigeant dans l'organe de l'association, en prenant en compte le cas échéant la notion de dirigeant de fait (voir 280).

(Sur la notion de conseiller intéressé à l'affaire : CE 5 juin 1989, n° 82.492, Henri Moreau, Association des professions de santé de la ville de Mirams, Dr. adm. 1989, n° 382).

**Conditions à remplir par le cocontractant public.** -

Elles se ramènent à des questions de compétences (sur ce point, cf. Moreau, op. cit., n° 203) en règle générale pour les collectivités territoriales et les établissements publics, l'exécutif ne peut signer les contrats que s'ils ont été autorisés par une délibération de l'organe délibérant, toutefois la jurisprudence admet la validité des délibérations a posteriori de régularisation mais dans cette hypothèse le contrat est réputé conclu le jour de cette régularisation (CE 20 déc. 1963, Commune de Battigny n° 60121 Rec. CE 1963, p. 927).

Pour l'Etat, ce sont les ministres qui sont compétents mais délèguent souvent leurs compétences, notamment pour les marchés publics (voir 254-30 et s.), à un responsable des marchés du ministère. Les associations doivent être attentives au fait que la délégation peut n'être valable que jusqu'à un certain montant.

Depuis les lois de décentralisation de 1982 les contrats des collectivités locales n'ont plus à être approuvés et seuls les affermage et concessions (voir 254-13) doivent être transmis au préfet dans le cadre de l'exercice du contrôle administratif (déféré préfectoral possible). Pour les établissements publics une procédure d'approbation par l'autorité de tutelle peut être prévue par leurs statuts (par exemple les hôpitaux publics, C. santé pub., art. L. 706).

Le respect de ces règles de compétences est fondamental car toute omission ou irrégularité entraîne la nullité du

contrat constatée par le juge administratif. Cette solution paraît très rigoureuse pour le cocontractant privé qui se trouve ainsi pénalisé pour une faute qu'il n'a pas commise. Il convient donc de lui conseiller une grande vigilance. Si cette nullité lui occasionne des dommages il peut néanmoins obtenir des indemnités sur la base d'une responsabilité quasi-délictuelle ou quasi-contractuelle (enrichissement sans cause le plus souvent) mais il doit faire la preuve de son préjudice et de l'absence de faute de sa part (par exemple un commencement d'exécution du contrat avant sa signature ou son approbation, sur ce point cf. par exemple, CE 19 avr. 1974, n<sup>os</sup> 82.515 et 82.553, Entreprise Louis Segrette, Rec. CE 1974, p. 1053).

### 254 17 Choix de son cocontractant par l'administration

Les règles qui président au choix du cocontractant varient selon le type de contrat dont il s'agit. Si elles sont très formalisées pour les marchés publics, elles sont au contraire beaucoup plus souples dans les autres types de contrats tant de droit privé qu'administratifs.

S'agissant des contrats de droit privé, ce sont les règles de droit commun applicables à ce type de contrat qui s'appliquent.

S'agissant des contrats administratifs, marchés publics mis à part, le principe du libre choix doit être considéré comme un principe général écarté dans des cas particuliers prévus par la loi.

Il est traditionnel notamment dans le droit de la délégation de service public (voir 254-13) : règle de l'*intuitu personae* et fut confirmé solennellement par le Conseil d'Etat lors de l'abondant contentieux provoqué par les concessions des 5<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> chaînes de télévision (CE 2 févr. 1987, n<sup>o</sup> 82.325, société France 5, TV6 et autres, AJDA 1987, p. 360 ; RFD adm. 1987, p. 29, Concl. Fornacciarri). Même lorsque la loi reconnaît vocation à une catégorie de personnes privées à participer à un service public, l'administration reste maîtresse de la décision de passer ou non un contrat de gestion avec telle ou telle personne privée appartenant à cette catégorie ; ainsi pour une association de gestion d'un établissement scolaire ayant vocation à signer un contrat d'association avec l'Etat (CE 10 janv. 1986, n<sup>o</sup> 58.119, Commune de Charnes, Rec. CE 1986, p. 563).

Le corollaire immédiat de ce principe du libre choix du cocontractant est l'absence de droit acquis au maintien ou au renouvellement d'un tel tel contrat (CE 25 mars 1988, n<sup>o</sup> 81.279, Consorts Demereau, JCP éd. G 1989, II, n<sup>o</sup> 21160, note Davignon, au sujet du non-renouvellement d'une convention d'exploitation d'un bar-restaurant situé dans l'enceinte d'un aéroport).

Le second corollaire est l'impossibilité de substituer un autre cocontractant au cocontractant initial (ce qu'on appelle d'ordinaire la cession d'habilitation) sans l'accord de la personne publique contractante (CE 30 mai 1980, n<sup>o</sup> 12.017, Frery, Rec. CE 1980, p. 256).

Dans ce type de contrat, le principe du libre choix du cocontractant ne saurait être limité par le droit de la concurrence. En effet :

— le choix du cocontractant est un acte de puissance publique et non une activité de production de distribution et de service qui relèverait de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à liberté des prix et de la concurrence (T. confl. 6 juin 1989, Préfet de la région Ile-de-France n<sup>o</sup> 02572, Revue de droit public 1989, p. 1788, à propos d'un litige entre la SAEDE et la ville de Pamiers au sujet du choix d'un nouveau gestionnaire du service des eaux ; cf. aussi à ce sujet, CA Paris,

30 juin 1988, SAEDE c/Conseil de la concurrence, AJDA 1988, p. 744, note Bazex) ;

— choix discrétionnaire ne signifie pas choix arbitraire. Les contrats de service public doivent respecter la légalité. Ainsi, par exception, le législateur peut avoir institué une compétence liée pour l'administration qui doit alors signer le contrat avec la personne privée bénéficiaire (CE 29 avr. 1987, n<sup>o</sup> 53.527, Association de gestion de la résidence médicale des sources, Rec CE 1987, p. 154, droit pour les établissements hospitaliers gérés par des personnes privées à but non lucratif, à signer des contrats de participation au service public hospitalier). De plus la loi dite anti-corruption (L. n<sup>o</sup> 93-122, 29 janv. 1993, JO 30 janv., p. 1588) vient d'imposer des règles strictes d'appel à la concurrence (voir 254-6). Les personnes publiques conservent néanmoins le libre choix de leurs cocontractants. Ces contrats doivent en outre respecter les règles générales de la légalité et notamment les principes généraux du droit (TA Nice, 11 juin 1987, Syndicat des commerçants non sédentaires des Alpes-Maritimes, AJDA 1988, p. 538, Concl. Caldero, illégalité de l'habilitation donnée à l'association des commerçants, industriels et artisans de Vallauris, d'organiser la foire de la Saint-Martin).

Ce principe du libre choix du cocontractant de l'administration se retrouve globalement dans les conventions d'urbanisme et les contrats de plan.

### 254 18 Rédaction du contrat

Les contrats des personnes publiques sont souvent des contrats d'adhésion, les clauses sont imposées par la partie administrative au cocontractant privé. Cette technique loin d'être inconnue en droit privé revêt une importance particulière dans les contrats administratifs. Ces clauses imposées sont contenues dans ce qu'on appelle les cahiers des charges qui peuvent être de plusieurs sortes : cahiers des charges administrative, cahiers des charges techniques, cahiers des charges généraux ou cahiers des charges particulier à un contrat. Cette technique revêt une importance particulière en matière de marchés publics (voir 254-29 et s.).

Pour la plupart des contrats et notamment les contrats de service public, le cahier des charges est unique (consistance, fréquence, régime des usagers...). Il existe des modèles de charges publiés par le ministre de l'Intérieur et destinés aux collectivités locales pour les principaux services publics locaux (Recueil des modèles de cahiers des charges et règlements de service, Paris, La documentation française, 1987), qui depuis 1982 n'ont qu'une valeur indicative.

Outre le ou les cahiers des charges, le contrat comprend un acte d'engagement.

L'acte d'engagement des cocontractants, pièce maîtresse du contrat prouve son existence, renvoie aux cahiers des charges, et comporte les signatures des personnes compétentes pour engager la collectivité publique et l'association cocontractantes. Il peut arriver que les contrats soient oraux (cf. la célèbre jurisprudence époux Bertin, CE 20 avr. 1956 n<sup>os</sup> 98-237, GAJA n<sup>o</sup> 94), mais c'est une hypothèse rarissime. En outre les marchés publics sont obligatoirement écrits (voir 254-29).

## B - Conditions d'exécution

### 254 19 Règles générales de l'exécution

Comme tous les contrats, ceux passés par les personnes publiques, même s'ils sont administratifs, doivent être



exécutés par les partenaires selon la commune intention des parties (*pacta sunt servanda*) et les règles générales d'interprétation tirées du Code civil s'appliquent (art. 1156 et s.). Mais dans les contrats administratifs, ce consensualisme est tempéré par des notions propres au droit public : service public, puissance publique. Tout cocontractant de l'administration devient à un certain degré collaborateur du service public (voir 254-3). A ce titre il est soumis à la puissance publique garante de l'existence et du fonctionnement du service. Aussi, contrairement au Code civil, le droit public des contrats reconnaît une inégalité entre les parties. La personne publique contractante peut utiliser ses prérogatives pour sanctionner les obligations conventionnelles de son partenaire sans avoir besoin de recourir au juge du contrat, et pour orienter l'exécution du contrat dans le sens de l'intérêt du service public mais en respectant un certain nombre de garanties.

#### a) Prérogatives de droit public sanctionnant les obligations conventionnelles du cocontractant

Ces prérogatives sont diverses. Il s'agit notamment du pouvoir d'accepter ou de refuser la sous-traitance ou la cession du contrat. En principe le cocontractant doit exécuter personnellement. Cela est évident dans les contrats où le choix est *intuitu personae* (contrat de service public) mais également dans les marchés publics où le candidat est mis en concurrence. Dans ceux-ci la sous-traitance est courante (surtout dans les marchés de travaux) mais le ou les sous-traitants doivent toujours être agréés. Dans les contrats de service publics, le gestionnaire peut céder son habilitation à gérer le service (voir 256) à un tiers (cession de concession) ; cette procédure n'est possible qu'après accord de la personne publique contractante.

Les pouvoirs de contrôle et de direction sont souvent inclus dans les clauses des cahiers des charges (C. marchés publ., art. 120, par exemple) mais la jurisprudence reconnaît qu'ils existent même sans texte (CE 22 févr. 1952 n° 70-901, Sté pour l'exploitation des procédés Ingrand, Rec. CE 1952, p. 130). Ces pouvoirs s'expriment différemment selon les contrats. Dans les marchés de travaux publics ou industriels il s'agit de la présence auprès du cocontractant de personnels de contrôle publics, de la possibilité de donner des ordres de service concernant l'exécution des prestations. S'agissant des contrats de service public il peut s'agir de procédures de vérifications financières et comptables, de la présence dans l'entreprise cocontractante d'un commissaire du Gouvernement. Le cocontractant a l'obligation juridique de se soumettre à ces procédures sous réserve de compensations financières éventuelles.

Les pouvoirs de sanction existent d'office même s'ils ne sont pas prévus au contrat (CE 31 mai 1907, Deplanque, Rec. CE 1907, p. 514, Concl. Romieu). Ils sanctionnent soit le refus d'exécution, soit la mauvaise exécution ou le retard à exécuter, soit le refus de se soumettre aux procédures de contrôle. Il s'agit :

- de sanctions pécuniaires : pénalités de retard, dommages et intérêts, qui sont applicables après mise en demeure même sans préjudice subi par l'administration ;
- de sanctions coercitives : mise en régie du service public ou du marché, achat par défaut pour les marchés de fournitures, séquestre pour la concession ; dans toutes ces hypothèses l'administration de substitue provisoirement au cocontractant défaillant aux frais et risques de ce dernier.

La résiliation, sanction, est également possible mais pour les contrats de service public si cette sanction n'est pas prévue par le juge du contrat (CE 21 nov. 1980,

n°s 1.458 et 8.942, Syndicat intercommunal d'organisation de sports d'hiver de Peyre Sourde Balesios, Rec. CE 1980, p. 29, AJDA 1981, p. 271).

Ces sanctions ne peuvent être infligées qu'en cas de faute grave sous le contrôle du juge du contrat.

#### b) Prérogatives du droit public pouvant orienter l'exécution du contrat

Elles permettent d'adapter le contrat à l'évolution des besoins du service sans être paralysé par les règles consensuelles du Code civil. Ces règles s'inscrivent dans ce qu'il est convenu d'appeler la mutualité des contrats administratifs.

Il s'agit du pouvoir de modifier l'exécution du contrat par ordre de service, notamment si des obstacles imprévus rendent inopérants les projets des contractants (théorie des sujétions imprévues). Cette prérogative a souvent l'occasion de jouer dans les marchés publics de travaux.

Le pouvoir de modification unilatérale du contrat signifie qu'en cours de contrat l'administration peut modifier l'étendue des prestations à effectuer ou leur rythme. Ce pouvoir existe même sans texte et hors des clauses contractuelles. Ce point, qui avait fait l'objet de discussions doctrinales, a été tranché par le Conseil d'Etat dans l'arrêt • Union des transports publics urbains et régionaux • (CE 2 févr. 1983, n° 34.027, Rec. CE 1983, p. 45, note Llorens). La mise en œuvre de ce pouvoir n'est pas illimitée, elle doit être compatible avec l'objet du contrat, justifiée par des circonstances imprévisibles lors de la signature du contrat et donner lieu à indemnisation (voir 254-21), toutes limites appréciées par le juge du contrat le cas échéant.

Le pouvoir de résiliation unilatérale dans l'intérêt du service est le prolongement du pouvoir de modification unilatérale (CE 14 déc. 1964, Commune de Mions, Rec. CE 1964, p. 937 : • ladite commune, (...) avait la faculté, en vertu du pouvoir appartenant aux autorités publiques de rompre, lorsqu'elles le jugent utile dans l'intérêt général, les contrats passés par elle (...) •). Le juge vérifie, le cas échéant, les motifs d'intérêt général avancés par l'administration.

#### c) Garanties de l'association contractante

Si le pouvoir de modification unilatérale du contrat administratif était sans contrepartie, on ne voit pas quelle serait sa signification. A la limite, la notion même de contrat perdrait toute consistance. Aussi le juge administratif a-t-il forgé la théorie de l'équilibre financier ou de l'équation financière du contrat. L'idée est la suivante : le cocontractant bénévoles contracte pour en retirer un certain profit. Ce profit s'inscrit dans une balance entre le coût de prestations et la rémunération. Si l'administration modifie les prestations à effectuer, voire supprime le contrat, ce qui est en son pouvoir, l'équation financière précédemment décrite doit être préservée. Elle se traduit par des indemnités versées au cocontractant pour couvrir, selon les cas, le préjudice subi et la manque à gagner (en cas de diminution des prestations ou de résiliation par exemple), • *damnum emergens et lucrum cessans* • (Concl. Blum sur CE 21 mars 1910, Cie Gale française des tramways, GAJA n° 25, D. 1912, 3, p. 49). En cas de désaccord entre les parties sur le montant de ces indemnités c'est le juge du contrat qui décide.

Le droit au respect des clauses du contrat existe évidemment en dehors de toute modification unilatérale. Il concerne aussi bien les clauses financières (prix des prestations, tarif du service public) que les clauses procédurales, les délais, etc. Il n'est pas nécessaire d'y insister davantage.

Le droit à être indemnisé des sujétions imprévues rencontrées dans l'exécution du contrat (que celles-ci aient fait

l'objet ou non d'ordre de service) est toujours reconnu. Cette sujétion doit avoir eu un caractère anormal et en outre dans les marchés à forfait (dont le prix est globalement fixé lors de la signature), elle doit avoir conduit à un « *bouleversement du contrat* » (CE 12 mai 1982, n° 14.735, Sté des autoroutes Paris-Rhin-Rhône, Rec. CE 1982, p. 175) mais à la différence de la force majeure (voir 254-22) elle n'empêche pas l'exécution du contrat.

### 254 20 Juge du contrat — Pouvoirs

C'est sur ce point qu'apparaît la distinction capitale entre contrats de droit privé des personnes publiques et contrats administratifs. Pour les premiers le juge du contrat est le juge de droit commun (soit juge civil, soit juge commercial selon les cas), pour les seconds le principe de la compétence exclusive du juge administratif s'impose. Il n'y a que les questions préjudicielles touchant à des matières privées qui relèvent du juge judiciaire (capacité de l'association, régularité de la désignation du signataire,...). La compétence appartient au tribunal administratif dans le ressort duquel le contrat est exécuté, s'il est exécuté en un lieu déterminé (cas des marchés le plus souvent), sinon, c'est le tribunal du lieu de signature qui juge. Mais les parties peuvent faire éléction d'un autre tribunal administratif si l'intérêt public ne s'y oppose pas.

En appel, la cour administrative d'appel dont dépend le tribunal de 1<sup>er</sup> degré, sera compétente. Cette compétence ne fait pas obstacle à ce que le juge de l'excès de pouvoir soit compétent pour annuler les actes administratifs unilatéraux dits détachables du contrat (voir 254-12). Le juge du contrat peut :

- indemniser le cocontractant lésé dans l'exécution du contrat (en général du fait de l'utilisation des prérogatives de puissances publique de la personne publique ; voir 254-19) soit par la non-exécution d'une obligation contractuelle, soit par l'usage injustifié par l'administration d'une sanction pécuniaire ou coercitive (voir 272) ;
- constater la nullité de certaines clauses du contrat ou de tout le contrat (CE 5 mars 1978, n° 5.558, Association maison des jeunes et de la culture Paris-Charonne, Rec. CE 1978, p. 82) ;
- prononcer l'annulation des décisions unilatérales d'exécution du contrat seulement dans le cas des contrats « *ayant pour objet la réalisation et l'exploitation d'ouvrages nécessitant des investissements importants dont l'amortissement doit être effectué pendant toute la durée de l'exploitation et comportant pour le cocontractant des garanties...* » (CE 26 nov. 1971, précité ; voir aussi 254-12) ;
- interpréter les clauses du contrat, soit par un recours direct en interprétation, soit à l'occasion d'un autre recours ;
- en matière de marchés publics et de délégations de services publics, le nouvel article L.22 du Code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel confère un pouvoir radicalement nouveau au juge du contrat en lui permettant sur saisine d'une personne intéressée (et notamment une association exclue d'une procédure contractuelle), d'ordonner à la personne publique de respecter les mesures de publicité et à défaut de suspendre la procédure de passation du contrat ;
- enfin le juge du contrat possède de grands pouvoirs en cas de survenance de faits nouveaux venant perturber l'exécution normale du contrat. En effet, le contrat étant passé dans l'intérêt du service public, il importe que son exécution soit préservée autant que possible malgré ces difficultés imprévues, alors que dans un contrat privé celui-ci serait purement et simplement résilié.

Pour ce faire le juge administratif a construit trois théories jurisprudentielles : la théorie de la force majeure, celle du fait du prince et enfin celle de l'imprévision.

### 254 21 Force majeure

La théorie de la force majeure en droit administratif se rapproche beaucoup de celle du droit civil des contrats (C. civ., art. 1148), elle dispense les cocontractants de l'exécution de leurs obligations contractuelles, mais elle est appréciée sévèrement en droit administratif du fait du souci de l'intérêt du service public évoqué plus haut (voir 254-19).

Le fait de force majeure doit être extérieur aux parties c'est-à-dire indépendant de leurs volontés au sens où elles ne peuvent avoir aucune influence sur lui. Ainsi une grève de son personnel empêchant un concessionnaire de service public d'exécuter ses obligations n'est pas considérée comme indépendante de sa volonté (CE 29 janv. 1909, Cie des messageries maritimes, GAJA, n° 21).

Le fait de force majeure doit avoir été imprévu et imprévisible. Non seulement il doit avoir été imprévisible considéré singulièrement, mais surtout la probabilité de sa survenance avait dû pouvoir être exclue (ainsi ne devait pas l'être le rapt d'un transport par des rebelles en pays insoumis, CE 13 févr. 1930, Fettelain, Rec. CE 1930, p. 173, où des dommages découlent d'une situation de guerre).

Le fait de force majeure doit avoir rendu l'exécution du contrat radicalement impossible, même par des palliatifs (ainsi en cas de grève du personnel, possibilité d'affréter d'autres navires ou d'engager une autre main-d'œuvre, cf. l'affaire Cie des messageries maritimes, préc.). Le juge parle d'une impossibilité insurmontable (CE 9 oct. 1974, n° 92.300, Maler, Revue de droit public 1975, p. 305).

Si la force majeure persiste, l'association contractante peut demander au juge la résiliation du contrat, sinon l'obligation réparaît après sa disparition.

### 254 22 Fait du prince

Il s'agit de ce qu'on appelle l'aléa administratif, c'est-à-dire la prise par la personne publique contractante d'une mesure d'ordre général (ne visant pas le cocontractant *ut singuli* sinon il y aurait modification unilatérale du contrat mais il faut reconnaître que cette distinction est parfois subtile) rendant l'exécution du contrat plus onéreuse (modification de la loi fiscale par exemple). Cette théorie ouvre un droit à indemnité pour le cocontractant couvrant l'ensemble de son préjudice (« *damnum emergens et lucrum cessans* »). Toutefois l'indemnité est subordonnée à deux conditions :

- la mesure générale doit atteindre le cocontractant d'une manière spécifique faute de quoi il s'agit d'une charge concernant l'ensemble des administrés et donc non indemnisable (l'augmentation de la pression fiscale ne donnera pas lieu à indemnité alors que l'introduction de mesures douanières sur un produit d'importation nécessaire à l'exécution du contrat peut entraîner l'application de la théorie) ;
- la mesure générale doit atteindre l'objet essentiel du contrat, c'est-à-dire l'état de choses en fonction duquel les parties avaient contracté (un contractant signe un marché alors que l'importation de la matière première était libre, un contingentement peut être considéré comme un fait du prince).

Compte tenu des conditions d'existence du fait du prince la théorie s'applique rarement (ainsi le Conseil d'Etat refuse l'application de la théorie dans le cas d'une concession de parc de stationnement perturbée par l'instauration

d'un stationnement payant en surface, CE 18 mars 1983, n° 25.556, Sté du parking du square Boucicaud, Revue de droit public 1983, p. 1423) et plutôt dans les contrats de l'Etat que dans ceux des collectivités locales et établissements publics. Le juge fait plus souvent application de la théorie de l'imprévision (cf. CE 4 mars 1949, Ville d'Elbœuf, Rec. CE 1949, p. 358) même dans des cas où l'on pourrait penser au fait du prince, comme ceux de mesures édictées par les pouvoirs publics (CE 11 déc. 1957, Min. de la Défense nationale c/Berthias, Rec. CE 1957, p. 671, application des lois sociales de 1936).

### 254 23 Imprévision

Il s'agit de pallier les conséquences de l'aléa économique qui vient compromettre l'exécution du contrat, cette théorie ayant été forgée dans le célèbre arrêt, dit du gaz de Bordeaux (CE 24 mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux, GAJA n° 34). Cette théorie consiste pour le juge à ouvrir une période extracontractuelle provisoire dans laquelle il va octroyer au cocontractant privé une indemnité dite d'imprévision qui va lui permettre de continuer d'exécuter son contrat (et d'ailleurs l'obliger à le faire) malgré le changement de circonstances. Cette indemnité ne couvre pas l'ensemble du manque à gagner du cocontractant privé mais partage les conséquences financières de l'imprévision entre les deux cocontractants. Quand les circonstances économiques redeviennent normales le contrat reprend normalement son cours. Si elles ne le redeviennent pas, l'imprévision devient définitive et dans ce cas, ou bien les cocontractants négocient une modification du contrat ou un nouveau contrat, ou bien, faute d'un accord, le cocontractant privé demandera au juge de résilier le contrat. Cette théorie ne s'applique qu'à certaines conditions afin de ne pas mettre en péril la notion de contrat elle-même :

- l'événement doit avoir été imprévisible et indépendant de la volonté des parties (cas de guerre par exemple, de perturbation d'un marché mondial) ;
- l'événement doit avoir été anormal, les aléas économiques ordinaires ne sont pas pris en compte (par exemple augmentation des prix du charbon du fait de la guerre de 1914-18 dépassant les fluctuations habituelles du marché, affaire du gaz de Bordeaux précitée) ;

- l'événement doit rendre l'exécution du contrat impossible du fait de l'importance de la perturbation dans son équilibre financier (sur cette notion, voir 254-21) ; le juge parle de bouleversement du contrat, concrètement la disparition du bénéfice du cocontractant ne suffit pas, il doit être acculé à la faillite ou dans l'impossibilité matérielle d'exécuter (CE 2 juill. 1982, n° 23.653, Société routière Colas, Rec. CE 1982, p. 261 ; Marchés publics 1983, n° 197, p. 53, Concl. Dutheillet de Lamothe).

### 254 24 Rôle du juge de l'excès de pouvoir

Le juge administratif de l'excès de pouvoir n'est pas totalement écarté du contentieux des contrats des personnes publiques que ces derniers soit de droit commun ou administratif en commun, grâce à la notion d'acte détachable du contrat.

Le juge considère comme tels les décisions exécutoires qui ont concouru à la passation du contrat. Ce sont par exemple les délibérations des assemblées décidant la passation d'un contrat, la décision d'un maire de signer le contrat (CE 13 janv. 1988, n° 68.166, Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements, Rec. CE 1988, p. 7, RFD adm. 1988, p. 282, Concl. Roux, AJDA 1988, p. 142, D. jur. 1989, p. 66, note Négrin, Revue de droit public 1988, p. 853, note Llorens). Si ces actes sont entachés d'un vice propre ils peuvent être annulés mais cette annulation n'entraîne pas obligatoirement la nullité du contrat, tout dépend si l'irrégularité peut être ou non régularisée.

L'intérêt de la théorie qui ne peut avoir comme tel accès au juge du contrat, de faire respecter ses droits ou intérêt. Ainsi, une association écartée à tort d'une procédure contractuelle pourra par le biais d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision de contracter paralyser l'exécution de ce contrat (sur l'ensemble de la question voir, Long, Weil, Braibant, Delvolvé, Genevois, Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative, Paris, Sirey, 10<sup>e</sup> éd. n° 16 ; de Laubadère, Delvolvé, op. cit., T.2, n°s 1824 et s.).

## SECTION II

Associations attributaires  
de marchés publics254 29 Conditions d'application du Code des  
marchés publics (CMP)

Les marchés publics se définissent par le champ d'application obligatoire du CMP (voir 254-10), mais il peut y avoir application volontaire de ce mode à des marchés qui restent privés. Il faut noter une forte influence du droit communautaire par l'intermédiaire de nombreuses directives dont le but est d'ouvrir les marchés publics à la libre concurrence des entreprises européennes du moins à partir de certains seuils d'importances (voir 254-34).

Cependant ces directives font l'objet d'une introduction dans le Code si bien qu'il reste la source essentiel du régime juridique des marchés publics. Ce mode est normalement obligatoire pour les commandes des collectivités publiques supérieures à un seuil actuellement fixé à 300 000 F TTC (D. n° 90.553, 3 juill. 1990, JO 5 juill. 1990, p. 7858), en dessous elles peuvent passer un contrat privé (voir 254-9) appelé achat sur simple facture ou travaux sur simple mémoire. Toutefois, une circulaire du ministre des Finances (Circ. n° 793, 4 juill. 1986, Revue des marchés publics 1986, p. 220) rappelle que ce seuil n'est pas opposable aux contrats passés entre les contrats passés entre les collectivités publiques et les associations « *vivant essentiellement de subventions publiques* ». Dans l'hypothèse où la technique du marché public ne serait pas utilisée, le contrat resterait un contrat privé. Ces marchés publics sont divisés en différentes catégories selon leur objet et en fonction de la technique d'achat de la prestation, qui n'intéressent pas tous les associations au même titre.

En fonction de l'objet. — On distingue les marchés suivants :

- des marchés publics de travaux qui n'intéressent que faiblement les associations, car très peu d'entre elles ont des activités relevant du secteur des B.T.P. ;
- des marchés publics de fournitures qui sont extrêmement variés : fournitures courantes, fournitures industrielles (fabrication d'objets), fournitures agricoles. Ils intéressent également assez peu les associations ;
- des marchés de services qui se sont considérablement diversifiés tant la notion de services joue un grand rôle dans les sociétés développées. On y rencontre : les marchés de travaux informatiques (cf. Lamy droit de l'informatique), les marchés de nettoyage, les marchés de communication, les marchés de transport, les marchés de contrôle technique, etc. Les associations sont davantage concernées par ce type de marché dans la mesure où leurs activités économiques se développent plutôt dans le secteur des services (voir 244) ;
- les marchés des prestations intellectuelles ont récemment obtenus leur autonomie par rapport aux marchés de services par la confection d'un cahier de charges types (D. n° 78.1306, 26 déc. 1978, JO 9 janv. 1979, p. 223). Ils se distinguent des précédents par la forte quantité de « matière grise » qu'ils nécessitent. Ils sont eux-mêmes très divers du fait de l'évolution du secteur tertiaire. On distingue : les marchés d'études, les marchés de définition qui ont pour but de préciser les limites et la consistance d'un futur marché d'études

notamment industrielles, les marchés de recherche (appelés souvent contrats de recherche) passés par des organismes publics de recherche tels que le CNRS, l'INRA, l'INSERM, etc., et qui intéressent au premier chef les associations, les marchés d'ingénierie et d'architecture, les marchés de maîtrise d'œuvre qui sont une catégorie particulière de marchés d'études ayant pour objet « *d'apporter une réponse architecturale, technique et économique au programme défini par le maître de l'ouvrage* » (C. marchés publ., art. 315 bis) et qui intéressent les associations intervenant dans le secteur de la promotion immobilière (bureau d'étude par exemple).

En fonction de la technique d'achat. — On distingue les marchés suivants :

- les marchés à objet défini qui sont les plus simples, la quantité de fournitures ainsi que le prix correspondant sont connus de manière certaine et fixés définitivement lors de la signature du contrat ;
- les marchés à commande qui ne fixent que le minimum des prestations (en vigueur ou en volume) susceptibles d'être commandés dans une période donnée (qui ne peut excéder 5 ans). La commande précise à l'intérieur de l'enveloppe contractuelle se fait par acte unilatéral de collectivité publique ;
- les marchés de clientèle qui ne prévoient pas les quantités à fournir mais par lesquels la collectivité publique cocontractante s'engage pendant une période donnée (5 ans maximum) à commander les prestations faisant l'objet du contrat au fur et à mesure des besoins. Le marché peut prévoir que ces commandes passées par voie d'actes unilatéraux seront faites à dates fixes.

Il est évident que ces marchés à commande ou de clientèle sont mieux adaptés à certains types de prestations (par exemple aux marchés de fournitures courantes ou de prestations intellectuelles) qu'à d'autres (marchés de travaux). L'intérêt de la qualification de marchés publics découle de leur régime spécifique tant en ce qui concerne leur formation que leur exécution.

## § 1 Formation des marchés publics

## A — Choix du titulaire du marché

## 254 30 Associations et marchés publics

La question s'est posée de savoir si les associations pouvaient être considérées au regard de la réglementation et surtout de la mise en concurrence comme des partenaires-fournisseurs des collectivités publiques comme les autres, compte tenu de leur but non lucratif et du caractère le plus souvent désintéressé de leur action qui s'inscrit dans un objectif d'intérêt général.

Il est entendu, en règle générale, que le Code des marchés publics ne s'applique qu'à des relations qui peuvent être considérées de nature industrielle et commerciale, et s'insèrent dans le secteur concurrentiel.

Dès lors, la qualité d'association est indifférente à la nécessité de conclure en marché public, ce qui reste pertinent, c'est la nature de l'activité à laquelle l'association se livre (Rèp. min. n° 11079, JOANQ 15 juin 1998, p. 3260).

A propos notamment des associations intitulées « régies de quartiers » qui constituent un vecteur de participation directe des habitants au développement de leur quartier, il convient de savoir si cette association se situe dans le secteur concurrentiel ou non. Si elle se situe dans le secteur

concurrentiel, la soumission au Code des marchés publics ne souffre pas de discussion. Au contraire, si les prestations qui sont offertes sont hors du marché, le contrat peut être signé en dehors de la réglementation des marchés publics. Cette distinction laisse place à une marge d'interprétation soumise au contrôle du juge.

Cette distinction se retrouve au niveau du droit européen. La Cour de Justice des Communautés Européennes estime que les organismes à but non lucratif, dès lors qu'ils exercent une activité économique, sont soumis aux règles de la mise en concurrence prévues par le droit communautaire (CJCE, 16 nov. 1995, aff. C-244/94).

### 254 31 Procédures de choix du cocontractant

En principe tous les marchés doivent être soumis à la concurrence ce principe n'est écarté que dans les cas particuliers (C. marchés publ., art. 104).

Malgré les modifications récentes il existe toujours trois grandes techniques de choix du cocontractant dans les marchés publics, l'adjudication, l'appel d'offre, qui sont deux techniques de même nature, et la négociation. Les deux premières peuvent être ouvertes, c'est-à-dire destinées à tous les candidats potentiels ou restreintes c'est-à-dire réservées à des candidats préalablement choisis par l'administration contractante, le plus souvent après un appel à candidatures.

L'appel d'offre et l'adjudication, consistent à mettre des candidats en concurrence pour l'obtention du marché. Un règlement (règlement particulier d'appel d'offre RPAO) qui doit être respecté sous peine de nullité de la procédure, précise les conditions dans lesquelles les offres devront être présentées (composition du dossier, caractéristiques du candidat...etc), les conditions de publicité (voir 254-34), ainsi que les lieu et heure de désignation. Celle-ci a lieu en séance publique par une commission spéciale la Commission d'appel d'offres qui est un organe administratif (élu par l'assemblée délibérante dans les collectivités locales, à la proportionnelle dans les communes de plus de 3 500 habitants). Elle a compétence pour déclarer la procédure infructueuse. L'adjudication oblige à attribuer le marché au meilleur prix : le moins disant. Aujourd'hui moins de 1 % des marchés sont attribués selon cette technique à cause de la grande rigidité du mode de choix qui n'exclut ni les ententes préalables ni les déconvenues sur la qualité des prestations fournies. L'appel d'offre est la procédure de droit commun de passation des marchés publics, le critère du choix du cocontractant n'est plus seulement le prix mais le meilleur rapport qualité-prix (le mieux disant). Si cette technique laisse une marge de manœuvre plus importante à la collectivité contractante celle-ci doit cependant pouvoir justifier son choix éventuellement devant le juge du contrat (voir 254-34) en fonction d'un certain nombre de critères (C. marchés publ., art. 97 et 300). Une circulaire du 25 septembre 1991 (écom 9140030 C) a précisé la détermination de l'offre la plus intéressante.

Le marché négocié reste une procédure exceptionnelle utilisable :

- pour les marchés publics d'un montant inférieur à 700 000 F TTC ;
- dans des cas particuliers énumérés aux articles 104-1 et 104-2 du Code des marchés publics, ce qui ne dispense pas de recourir aux mesures de publicité (voir 254-34) et de mise en concurrence sauf rares exceptions (C. marchés publics, art. 104-1-3). Le juge veille au respect de ces contraintes (CE 2 nov. 1988, n° 64.954, Préfet des Hauts de Seine c/O.P.H.L.M. de Malakoff, D. 1990, Som. p. 217) il faut préciser que les marchés de maîtrise d'œuvre c'est à dire ceux qui ont pour objet d'apporter

une réponse architecturale, technique, économique à un programme défini par le maître d'ouvrage, obéissent à un régime particulier prévu par la loi du 12 juillet 1985 (L. n° 85-704, 12 juill. 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage public, JO 13 juill., p. 7914). Ils doivent être précédés du recensement des personnes physiques ou morales (association le cas échéant) capables de réaliser la mission. Le choix à lieu éventuellement après concours avec remise des prestations.

### 254 32 Sous-traitance

Le sous-traitant est l'entreprise à laquelle le titulaire du marché confie son exécution partielle sous sa responsabilité.

La sous-traitance est susceptible d'intéresser les associations qui n'ont pas l'envergure nécessaire pour être titulaires du marché. Le contrat de sous-traitance reste un marché privé, cependant la personne publique est directement concernée par ce dernier et en principe la sous-traitance doit être autorisée. En outre le sous-traitant peut être admis au paiement direct dès lors que montant de sa prestation atteint 4 000 F. Dans ces conditions le sous-traitant dispose d'une action directe contre la personne publique contractante.

### 254 33 Associations attributaires privilégiées

Le C. marchés publ. contient des dispositions qui rompent avec la règle de la mise en concurrence au profit de certaines personnes considérées comme dignes de faveur et qui risqueraient d'être éliminées des marchés publics par la loi d'airain du marché .

Le C. marchés publ. (art. 61 et s.) s'intéresse surtout aux coopératives (SCOP, coopératives agricoles), mais il concerne également les groupements agricoles, d'artisans ou d'artistes qui peuvent revêtir une forme associative. Trois techniques préférentielles sont pratiquées :

- un droit de préférence à soumission égale dans les adjudications et appel d'offres ;
- un quart réservataire du montant des prestations à fournir attribué de préférence à ce type de candidats ;
- élévation du seuil du marché négocié en faveur de ce type de candidats (voir 254-31).

## B - Principe de transparence dans la passation des marchés publics

### 254 34 Formalités de publicité et sanctions

La publicité est considérée comme une formalité substantielle car c'est elle qui permet de faire jouer la concurrence.

Elle se fait grâce à un avis d'appel public à la concurrence soumis à des obligations différentes en matière de support de publicité et de délais en fonction du franchissement de seuils d'importance qui sont actuellement les suivants :

- marchés inférieurs à 900 000 F : publication dans un journal d'annonces légales ou au BOAMP, avec un délai de 36 jours entre la publication et la date limite de réception des offres en cas de procédure ouverte, de 21 jours en cas de procédure restreinte (voir 254-31), de 15 jours en cas d'urgence ;
- marchés supérieurs à 900 000 F : la publication au BOAMP est obligatoire, les délais précédents sont conservés ;

- marchés supérieurs aux seuils européens (marchés de fournitures 200 000 écus, marchés de travaux 5 000 000 écus) une publicité dans le journal officiel des communautés européennes est en outre exigée, à savoir :
  - pré-information par un avis indicatif ;
  - avis de marché (52 jours avant la date limite de réception de l'offre, 10 jours en cas d'urgence. En outre en cas de procédure restreinte, 37 jours avant délai de réception des demandes de participation, 15 jours en cas d'urgence) ;
  - post information sur les conditions d'attribution du marché 48 jours au plus tard après cette attribution.

La méconnaissance des obligations de publicité du droit français permet de saisir le juge administratif des référés qui pourra le cas échéant prescrire toute mesure permettant de les faire respecter ou annuler la procédure (C. Trib. adm. et CAA, art. L 22, 254-20).

La violation des obligations du droit européen ouvre une possibilité de plainte des entreprises auprès des services de la Commission.

Seul un certain nombre de marchés échappent aux obligations de publicité notamment en cas d'urgence et en matière de défense nationale (C. marchés publ., art. 104-1-3).

### 254 35 Information des candidat malheureux

Toute entreprise ayant vu sa candidature ou son offre rejetée, peut faire par écrit une demande de motivation de la décision de rejet si cette motivation n'a pas été spontanée. Cette motivation doit répondre aux critères de légalité fixés par la jurisprudence (précision notamment) et peut être déférée au juge de l'excès de pouvoir qui pourra le cas échéant annuler la décision entraînant un droit à indemnité pour le candidat irrégulièrement évincé. Le refus de communication doit être soumis par avis à la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA, sur cet organisme voir 256) avant tout contentieux.

## § 2 Exécution des marchés publics

### A - Régime juridique de l'exécution

#### 254 36 Principe de l'application du régime des contrats administratifs

Si la doctrine a pu s'interroger sur la nature privé de certain marché public, on peut tenir pour certain en pratique que les marchés publics sont des contrats administratifs et relèvent à ce titre de leur régime spécial (voir 254-19 et s.). Cependant les marchés présentent certains traits caractéristiques au sein des contrats administratifs résultant des dispositions du C. marchés publics.

En outre, depuis la loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public, tout projet d'avenant à un marché de travaux, de fournitures ou de services, entraînant une augmentation d'un montant global supérieur à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres.

Si l'association contracte avec une collectivité territoriale, l'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis.

### 254 37 Règles spécifiques d'exécution

Les plus caractéristiques concernent le règlement financier du marché. Il comprend deux phases le mandatement qui relève de l'ordonnateur de la collectivité contractante et le paiement qui est le fait du comptable. Si ces phases se retrouvent dans toute dépense publique, elles ont une signification particulière dans les marchés publics.

#### Vérification du caractère libératoire du règlement.

En matière de marché public les créances nées ou à naître peuvent faire l'objet d'une cession ou d'un nantissement. Dans ce cas le comptable doit payer non pas le cocontractant mais l'établissement cessionnaire. La cession ou le nantissement doit donc avoir été notifié au comptable assignataire.

Le principe du paiement après service fait connaît des aménagements en matière de marchés publics, car la collectivité peut verser des avances au titulaire. Le montant en sera décompté du versement final.

**Fourniture des pièces justificatives du paiement.** - Il existe une nomenclature limitative et exhaustive prévue par le décret n° 83-16 du 13 janvier 1983, modifié. Le titulaire du marché ou le sous-traitant admis au paiement direct (voir 254-32) doit donc s'y conformer soigneusement.

Le paiement ne peut être effectué qu'après établissement du décompte définitif et général qui doit être signé par les contractants. Ce décompte les lie et reste intangible sauf erreur matérielle. En cas de contestation l'entreprise peut toujours opposer l'exception de compte arrêté. Le juge du contrat tranche éventuellement en dernier ressort.

**Les modalités du paiement** sont choisies par la collectivité ce qui n'empêche pas l'entreprise de faire des propositions. Il peut s'agir soit du virement bancaire classique soit de la lettre de change-relevé instituée par un décret n°87-984 du 7 décembre 1987.

Les avenants peuvent modifier le contenu du contrat en cours d'exécution, mais cette règle traditionnelle qui permet d'introduire de la souplesse au sein de la Loi des parties pourrait, du fait d'une utilisation abusive, permettre en réalité de passer de véritables marchés nouveaux sans recourir aux règles de la concurrence.

C'est pourquoi, la jurisprudence a apporté des limitations à cette possibilité de passer des avenants. D'une part, l'avenant ne doit pas modifier l'objet du marché, et d'autre part, les avenants ne peuvent bouleverser l'économie du contrat (C. marchés publ., art. 255 bis). Cette règle est d'application jurisprudentielle nuancée notamment en cas de sujétions techniques imprévues (CE, 22 juin 1998, n° 173025, préfet du Puy de Dôme c/ M<sup>me</sup> de Guillenchmidt, Bull. jur. contrats publics n° 1, p. 36).

### B - Transparence de l'exécution du marché

#### 254 38 Mission interministérielle d'enquête sur les marchés

Créée par la loi du 29 janvier 1993 (L. n° 93-122, 29 janv. 1993, JO 30 janv., p. 1588), elle doit contribuer à la transparence, à la régularité et à l'impartialité des marchés publics, tant nationaux que locaux. Ses membres sont désignés conjointement par le Premier ministre, le ministre de la justice, celui des finances, et le ministre concerné, parmi les magistrats les fonctionnaires de catégorie A et les officiers.

La mission se livre à des enquêtes sur décision des ministres ou des préfets s'agissant des marchés locaux. Elle dispose de pouvoirs quasi-juridictionnels d'investigation.

Toute personne concernée peut solliciter auprès de ces autorités son intervention, ce qui est une garantie aussi bien pour le titulaire du marché que pour les autres entreprises.

La Mission rédige un rapport destiné aux autorités qui l'ont saisie, mais peut en fonction de ses constatations informer le président du Conseil de la concurrence et saisir le parquet, ce qui a pour effet de déclencher les procédures répressives.

### **254 39** Répression des délits en matière de marchés publics

L'exécution d'un marché peut constituer une infraction aux articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (relative à la liberté des prix et à de concurrence) (Ord. n° 86-1243, 1<sup>er</sup> déc. 1986, JO 9 déc., p. 14723) ce qui peut déclencher la procédure de sanction prévue par ce texte

tant financière que pénale (sur ce point voir A.S. Meschiriakoff, Droit public économique, PUF, Droit fondamental, 1994 ; Lamy droit économique).

La loi n° 93-122 du 3 janvier 1993 a créé un délit de favoritisme repris par le nouveau Code pénal (C. pén., art. 432-14). Il consiste à procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires qui ont pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics. La peine encourue est de six mois à deux ans de prison et une amende de 5 000 à 200 000 F.

Outre le référé pré-contractuel (voir 254-34), le préfet peut déférer au tribunal administratif les marchés locaux qui lui paraîtraient illégaux, le délai de transmission à la préfecture est raccourci à 15 jours. La notification de cette transmission doit figurer sur les pièces du marché. Le préfet peut saisir la chambre régionale des comptes des aspects budgétaires et financiers de l'exécution des marchés.

## SECTION III

Associations attributaires  
de délégations de services  
publics254 40 Distinction marchés publics /  
délégations de service public

Marchés publics et contrats de délégations de service public sont deux types de contrats publics dans l'écrasante majorité des cas pour les premiers, obligatoirement pour les seconds. En effet, la jurisprudence est constante sur ce point dès lors qu'un contrat a pour objet de confier la gestion d'un service public au cocontractant privé, il est nécessairement qualifié de contrat de droit public (CE, 6 mai 1985, n° 41589, « Association Eurolat et autres », Rec. CE 1985, p. 141 : La convention par laquelle un syndicat intercommunal confie à une association la création et la gestion d'un foyer-logement pour personnes âgées est considérée comme administrative).

Cette qualification n'est que l'application d'une jurisprudence constante selon laquelle un contrat peut être administratif par son objet si celui-ci consiste à confier « l'exécution même » du service public au cocontractant (sur ce point voir la jurisprudence classique : CE, 20 mai 1956, « Epoux Bertin », Rec. CE 1956, p. 167).

On peut légitimement penser que cette notion nouvelle de délégation de service public a succédé à l'expression classique « d'exécution même » du service public.

La nature publique du contrat de délégation s'étend aux dispositifs contractuels qui en sont indissociables. Ainsi, le Tribunal de Grande Instance de Paris a jugé que lorsqu'une convention n'était pas détachable « de la mission de service public, elle était un contrat administratif » (TGI Paris, 1<sup>er</sup> ch., « Association française des Banques c/ Société Nationale de Programmes FR3 », D. 1985, jur., p. 512).

Il faut toutefois remarquer que le juge administratif répugne à qualifier de public un contrat passé entre deux personnes privées, sauf si l'une des deux est réputée agir comme mandataire ou « pour le compte de » une personne publique.

La distinction entre contrat de marché public et de délégation de service public n'était pas inconnue avant le vote de la loi n° 93-122 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques du 29 janvier 1993 (dite Loi « Sapin »). Mais, d'une part, le terme même de délégation de service public employé pour la première fois par un texte officiel dans une circulaire de 1987 était peu usité et d'autre part, aucune procédure particulière ne venait s'imposer à la passation de contrat dont l'objet était de confier l'exécution même du service public au cocontractant de l'administration. Dans ces conditions, les rapports existants entre marchés publics et contrats de délégations de service public ne présentaient en général aucune difficulté.

A partir du moment où la loi du 29 janvier 1993, précitée, impose une procédure particulière pour passer les contrats de délégations de service public, la distinction entre les deux types de contrats devenait capitale puisqu'il fallait déterminer quelle était la procédure applicable : le

Code des marchés publics ou la loi du 29 janvier 1993. Cette question a provoqué et provoque encore de longs débats dans la doctrine, si bien que la jurisprudence administrative a dû apporter des éclaircissements sur cette distinction.

Aujourd'hui, on peut dire que le contrat de délégation de service public se distingue du marché public par deux caractères essentiels qui sont autant de critères tirés d'une part de l'objet du contrat et d'autre part, du mode de rémunération du cocontractant.

## a) L'objet du contrat

Selon une jurisprudence ancienne qui remonte au moins à l'arrêt du 29 avril 1956 « Epoux Bertin », pour qu'il y ait service public, le dit contrat doit avoir « pour objet de confier (...) aux intéressés l'exécution même du service public » (RDP 1956, p. 869, concl. Long, note M. Waline et D. 1956, p. 433, note de Laubadère). Dans cet arrêt, il s'agissait de la qualification administrative ou non du contrat, mais cette caractéristique essentielle doit évidemment exister en matière de délégation de service public, un contrat ne peut constituer une délégation de service public s'il n'a pas pour objet de transférer la responsabilité de la gestion du service (l'exécution même) au cocontractant.

Cette jurisprudence a été confirmée (CE, 13 juin 1997, n° 167907 « Société des transports pétroliers par pipeline, Gaz. Pal. 11 juin 1998, p. 19) : un contrat portant sur l'exploitation d'un oléoduc mais qui n'a « ni pour objet ni pour effet de confier l'exploitation d'un service public des transports de produits pétroliers (...) », ne constitue donc pas une délégation de service public.

## b) Le mode de rémunération du cocontractant

C'est l'apport essentiel de la jurisprudence la plus récente. Dans un arrêt de principe (CE, 15 avr. 1996, n° 168325, Préfet des Bouches-du-Rhône, Rec. CE 1996, p. 137), le Conseil d'Etat a jugé qu'il y avait marché public et non pas contrat de délégation de service public lorsque « la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation ». En d'autres termes, lorsque le cocontractant est rémunéré par un prix versé sur le budget de la collectivité publique cocontractante, il y a marché et non pas délégation de service public.

Cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises. Ainsi, CAA Lyon, 22 mai 1993, Département de Saône et Loire, Gaz. Pal. 1<sup>er</sup> oct. 1998, p. 17 : le contrat qui confie à une entreprise le déneigement et le salage des voies départementales « en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire autorisant la perception par une collectivité publique d'une redevance sur l'usage des voies publiques départementales (...) ne pouvait donner lieu à une exploitation susceptible d'assurer en substance par ces résultats la rémunération des cocontractants du département ».

Il s'ensuit que les contrats en question étaient des marchés publics devant être passés selon les règles du Code des marchés publics.

Dans une réponse ministérielle récente le Ministre de l'économie et des Finances lie ces deux critères de la délégation de service public en exposant que « en l'absence de définition législative de la notion de délégation de service public, le juge administratif retient cette qualification lorsque au moins deux critères sont réunis : le contrat doit porter sur l'exécution même du service public, la rémunération doit dépendre substantiellement des résultats de l'exploitation du service et traduire ainsi le risque supporté par le cocontractant » (Rép. min. n° 560, JO Sénat G, 18 juin 1998, p. 1938). En d'autres termes, la rémunération du cocontractant sur les résultats du service n'est que la contrepartie de l'objet du contrat qui consiste non seulement à faire



fournir par le cocontractant une prestation mais à la charge de l'ensemble de la responsabilité de la gestion du service public, d'où le terme de gestion déléguée pour qualifier l'objet de ces contrats.

Il faut tout de même remarquer que la notion de risques pris par le cocontractant développée par cette réponse ministérielle doit être considérée comme n'excluant pas de la délégation de service public les types de contrats dans lesquels le service est géré pour le compte de la collectivité (sur ce point voir 254-45).

Ainsi, une association doit être très attentive lorsqu'elle contracte avec une personne publique sur la qualification juridique du contrat. En effet, indépendamment de la qualification formelle que peuvent lui donner les parties, ce contrat dès lors qu'il ferait l'objet d'un contentieux, pourrait toujours être requalifié par le juge et privé d'effet réel pour le cas où la procédure de conclusions n'aurait pas correspondu à sa qualification. Dès lors, les cocontractants et notamment l'association pourraient être placés dans une situation juridique et financière difficile notamment pour se faire rémunérer des prestations effectivement fournies à l'administration.

Dès lors que le contrat peut être qualifié de contrat de délégation de service public, il échappe aux règles du Code des marchés publics pour être soumises à celles prévues par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 codifiée pour les collectivités locales dans le Code général des collectivités territoriales aux articles L. 1411-1 à L. 1411-18.

## § 1 Formation du contrat de délégation de service public

### A - Les principes de la délégation

#### 254 41 Le principe de l'intuitus personae

Contrairement aux marchés publics dans lesquels le contractant de l'administration peut être désigné par des méthodes objectives (c'est le cas classique de l'adjudication au moins disant), même si les modalités d'appel d'offres ont introduit une certaine souplesse dans cette objectivité (notion de mieux disant) le contrat de délégation de service public repose sur les principes de l'intuitus personae. On a en effet toujours admis que gérer un service public ne consistait pas à fournir des prestations au meilleur prix à l'administration, mais opérer une véritable collaboration (voir 256) qui nécessite une confiance de tous les instants entre les cocontractants.

C'est sur la base de ce principe d'intuitus personae qu'avant la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, il n'existait aucune procédure particulière pour négocier et signer les contrats de délégations de services publics.

Si la loi du 29 janvier 1993, précitée est venue régler la matière, elle n'a pas pour autant supprimé le principe de l'intuitus personae.

L'article 38 de cette loi qui pose les principes de la délégation, après avoir rappelé : *les délégations de services publics, les personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité déléguante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes*. rappelle que : *les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique déléguante, qui aux termes de ces négociations choisit le délégataire*. Ainsi, le principe du libre choix est respecté.

Les dispositions particulières aux collectivités territoriales ne remettent pas en cause ce principe de l'intuitus personae. En effet, l'article L. 1411-5 du Code général des collectivités territoriales dispose, après que les plis contenant les offres des entreprises soient ouverts par une commission, que : *au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre*. Elle a simplement l'obligation de communiquer au conseil délibérant les motifs de son choix et l'économie générale du contrat.

Le juge administratif a été amené à préciser le portée du principe de l'intuitus personae bien que cette jurisprudence soit encore embryonnaire. En effet, un pouvoir discrétionnaire ne signifie pas un pouvoir arbitraire. Le Conseil d'Etat traditionnellement exerce sur ce pouvoir discrétionnaire un contrôle minimum qui s'exprime en termes d'erreur manifeste d'appréciation.

Ainsi, le choix de la collectivité publique est libre sous réserve d'une erreur manifeste d'appréciation (CE, 17 déc. 1986, n° 77-264, *Syndicat de l'Armagnac et des Vins du Gers*, concl. Fornacciarri, RFD Adm. 1987, p. 21). Ce principe traditionnel a été pérennisé après la mise en application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 et du Code général des collectivités territoriales.

Dans une affaire concernant la signature d'un contrat de délégation de service public de transports, le Tribunal Administratif (TA Nantes, 11 avr. 1996, *Compagnie des Transports de l'Atlantique*, RFD adm. 1996, p. 722), juge qu'un conseil général a commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant l'offre d'une entreprise qui : *ne présentait pas à la date de la décision attaquée les garanties et aptitudes visées par les dispositions de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993*. Il est à préciser que les aptitudes et garanties sont appréciées *in concreto* en fonction de l'appel à la concurrence passé par la collectivité publique.

En d'autres termes, le principe de l'intuitus personae est limité sous le contrôle du juge par les exigences que la collectivité publique pose elle-même dans l'appel à la concurrence et qu'elle soit respecter.

Le rôle de l'intuitus personae en matière de délégation de service public est encore renforcé dans un certains nombre de cas particuliers prévus par les articles 41 et 45 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993.

L'article 41 traite du cas des *petites délégations*. En effet, lorsqu'une délégation a pour effet de permettre la perception par le délégataire d'une somme qui n'excède pas 700 000 francs, ou si la convention couvre une durée maximum de 3 ans, si cette somme n'excède pas 450 000 francs par an, la seule contrainte imposée au délégant reste la nécessité d'assurer une publicité préalable à la délégation. Les modalités de cette publicité ont été fixées dans un décret n° 95-225 du 1<sup>er</sup> mars 1995 imposant la publicité dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales au moins 15 jours avant la date limite de présentation des offres.

L'article 45 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 prévoit la possibilité du recours à une négociation directe avec une entreprise déterminée si, après mise en concurrence, aucune offre n'a été proposée ou n'a été acceptée par la collectivité publique. Cet article ouvre une marge de liberté aux collectivités publiques qui sera vraisemblablement encadrée par le Juge Administratif. Mais à ce jour, aucune jurisprudence n'existe encore sur ce point.

#### 254 42 L'obligation de mise en concurrence

C'est la nouveauté essentielle de la Loi Sapin qui impose une mise en concurrence même pour les contrats

de délégation de service public alors qu'auparavant cette obligation était réservée aux marchés publics.

Dans l'esprit de la loi, cette mise en concurrence doit introduire de la transparence dans la passation des contrats de délégation de service public, transparence propre à empêcher, ou au moins rendre plus difficile, les processus de « corruption de la République » pour reprendre l'expression de Monsieur Y. Memy, dont ce type de contrat était relativement facilement le vecteur au travers de pactes de corruption.

L'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 pose en principe que les « délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité déléguante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes ». Cette mise en concurrence est assurée par deux moyens principaux : la publicité et l'égalité de traitement entre les candidats.

### a) La publicité

A l'instar de ce qui se passe en matière de marchés publics, dès lors qu'une collectivité publique veut passer une convention de délégation de service public, elle doit en faire publication dans la presse. Le décret n° 93-471 du 24 mars 1993 portant application de la loi du 29 janvier précédent, impose l'insertion d'une publicité de la délégation de service public dans deux publications différentes, l'une habilitée à recevoir des annonces légales, l'autre correspondant au secteur économique concerné. Cette insertion précise la date limite de présentation des offres de candidatures qui doit être fixé au minimum un mois après la date de la dernière publication. Cette publicité doit préciser les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature. Il existe une procédure allégée prévue par le décret n° 95-225 du 1<sup>er</sup> mars 1995 pour les « petites » délégations (voir 254-41).

La loi n° 92-125 du 6 février 1992 dans son article 19, prévoit quant à elle que les conventions de délégations de service public et les délibérations approuvant ces conventions doivent faire l'objet d'une insertion dans une publication locale. Il s'agit ici d'une publicité destinée non pas à la mise en concurrence puisqu'elle est a posteriori, mais à faire connaître cette mise en concurrence et donc à la rendre plus opérante (CAA Marseille, 18 juin 1998, « Société de développement du Val d'Allos », JCP éd. E, 17 sept. 1998, p. 426). Ainsi cette mise en concurrence est rendue opératoire par le respect de l'égalité des entreprises.

### b) L'égalité des entreprises

Elle est assurée par le respect des délais fixés entre les différentes phases de la procédure afin que les entreprises puissent avoir le temps de produire les documents nécessaires au choix de la collectivité territoriale.

Deux sortes de délais sont prévus :

- Le délai d'un mois entre la dernière insertion de l'avis de candidatures et la date limite de présentation des offres de candidatures (décret n° 93-471, 24 mars 1993 pris en application de l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993).
- Le délai de deux mois qui doit s'écouler entre l'avis de la commission du choix des candidats prévu pour les délégations de service public des collectivités territoriales et la délibération du conseil délibérant. Ce délai de deux mois permet d'éviter que la phase négociation avec les entreprises ne soit tronquée au profit d'une entreprise préalablement déterminée par la collectivité territoriale (article 44 de la loi).

Selon l'interprétation du juge administratif, ces délais sont des délais minimum qui constituent des garanties pour

les candidats et doivent donc être respectés à peine de nullité (Concl. Millet sur TA Nantes, 11 avr. 1996, « Compagnie des Transports de l'Atlantique », RFD adm. 1996, p. 722).

Le juge administratif fait également respecter soigneusement l'obligation d'information des candidats au travers des documents qui doivent faire l'objet de la publicité.

En effet, un manque d'information risque de désavantager une entreprise qui n'aurait pas pu se procurer des informations restées confidentielles qu'une concurrente aurait pu obtenir (TA Clermont-Ferrand, 06 févr. 1998, n° 98-121, « GC ALSTHOM Transports SA et autres c/ Syndicat mixte des Transports en Commun de l'Agglomération Clermontoise », Gaz. Pal. 20 juin 1998, som., p. 13). Dans cette affaire, l'avis de publicité avait omis de mentionner que le concessionnaire chargé de la construction et de l'exploitation technique de la ligne de tramway devrait obligatoirement être associé avec un autre concessionnaire).

## B – Procédure de la délégation

### 254 43 Le choix du titulaire

Le choix du cocontractant de la collectivité, et donc du titulaire de la délégation de service public, met en œuvre les principes d'*intuitus personae* et de mise en concurrence qui ont été précédemment dégagés.

D'où la combinaison d'une part de l'examen public par une commission dans le cas des collectivités territoriales et d'autre part, le principe de la libre négociation et du libre choix.

### a) La commission d'ouverture des offres

Elle est obligatoirement issue de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale concernée par l'élection de ses membres à la représentation proportionnelle au plus fort reste en son sein.

Pour les collectivités de plus de 3 500 habitants et plus, elle comprend cinq membres pour les trois autres membres, la présidence étant assurée par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation pour son représentant. Les suppléants sont élus de la même manière et en nombre égal permettant la commission puisse toujours se réunir au complet.

Le comptable de la collectivité publique et un représentant du ministre chargé de la Concurrence siègent également à la commission avec voix consultatives.

Cette disposition a pour but de faciliter le respect de la transparence dans la mise en concurrence, ainsi qu'il a été dit précédemment.

### b) La décision d'admettre les candidatures

La procédure de délégation est à double détente ; il existe une première décision consistant à sélectionner parmi les offres un certain nombre de candidats, cette première décision étant prise obligatoirement au vu de la commission dont il vient d'être parlée pour les collectivités territoriales. Pour les autres collectivités publiques, il est simplement prévu que la collectivité dresse la liste des candidats admis à présenter une offre sans fixer de procédure obligatoire pour parvenir à cette liste.

Dans un jugement récent, le Tribunal administratif de Strasbourg a précisé que dans une collectivité territoriale seule l'assemblée délibérante a compétence pour arrêter la liste des candidats admis à concourir (TA Strasbourg,

22 sept. 1998, - Association S.EAU S. c/ Ville de Colmar -, La lettre du cadre territorial, nov. 1998, les cahiers juridiques, p. 13).

Pour les autres collectivités publiques l'identité de la personne qui dresse cette liste n'est pas précisée, mais on peut penser que c'est la personne ayant compétence pour signer le contrat de délégation.

### c) La négociation

La négociation est conduite par l'autorité ayant compétence pour signer le contrat, et repose sur l'*intuitus personae* comme il a été dit auparavant.

Dans les collectivités territoriales, le principe de transparence réapparaît par l'obligation pour le conseil délibérant de se prononcer sur le projet de contrat issu de la négociation.

En outre, il doit être suffisamment éclairé par le délai de deux mois précédemment rappelé (voir 254-42) et par la production obligatoire d'un certain nombre de documents concernant la délégation (rapport de la commission - analyse des propositions des entreprises admises à présenter une offre - motifs du choix de la candidate par l'autorité de négociation - économie générale du contrat).

Cette procédure laisse ambiguë la place de la commission dans la procédure. La combinaison de l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 posant les dispositions générales de la procédure de délégation et des articles 42 et suivants applicables aux collectivités territoriales, ne permet pas de déterminer avec certitude si s'agissant de ces collectivités territoriales, la commission doit siéger pour donner un avis sur le choix du délégataire lui-même (voir Mescheriakoff A.S., Les ambiguïtés de la loi anticorruption, Le Mon. TP 1994, n° 4708, p. 34).

Pour éviter aux collectivités territoriales de prendre des risques juridiques inutiles, la doctrine conseille de réunir la commission deux fois, au stade du choix des candidats et au stade du choix du délégataire (sur ce point, voir Droit des services publics locaux IV.120.3), bien que cette double réunion ne découle pas de la lecture, ni de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, ni du Code général des collectivités territoriales.

C'est au terme de ce processus que l'autorité habilitée à signer le contrat de délégation de service public peut le faire, désignant par là même le délégataire.

## 254 44 Le contrôle du choix du titulaire

La procédure de choix du cocontractant qui vient d'être rappelée fait intervenir plusieurs décisions administratives qui peuvent donner prise à plusieurs sortes de contrôle.

### a) Par le juge administratif

Ce contrôle est particulièrement important et organisé, s'agissant des contrats de délégation de service public passés par les collectivités territoriales ou les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI).

En effet, la procédure fait alors intervenir à la fois des décisions unilatérales de l'autorité exécutive et des délibérations du conseil délibérant. Ces actes administratifs unilatéraux ne deviennent exécutoires qu'après avoir été transmis au représentant de l'Etat dans le département ou dans l'arrondissement.

Il est prévu par l'article L. 2131-2 du Code général des collectivités territoriales que les conventions relatives aux délégations de service public sont également obligatoirement transmises. Le préfet peut donc exercer son droit de regard et déférer le cas échéant non seulement les actes

unilatéraux détachables, mais les conventions elles-mêmes au juge administratif pour contrôle de la légalité et une éventuelle annulation.

En outre, ces actes relèvent de l'article L. 122 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, déjà applicable aux marchés publics, aux termes duquel toutes personnes ayant intérêt à conclure le contrat et sont susceptibles d'être lésées par un manquement aux obligations de publicité ou de mise en concurrence peuvent saisir le juge des référés avant la conclusion du contrat. Celui-ci peut prendre toute décision pour obliger la collectivité publique à respecter les dispositions légales, voire pour stopper la procédure. Il peut également supprimer les clauses ou les prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaîtraient les obligations de mise en concurrence et de publicité.

### b) Par les juridictions financières

A ce contrôle par le Juge de la légalité, s'ajoute un contrôle par le juge des comptes. En effet, l'article L.1411-18 du Code général des collectivités territoriales prévoit que les conventions relatives à des délégations de service public peuvent être transmises par le représentant de l'Etat dans le département à la Chambre régionale des comptes. Cette chambre formule, dans un délai d'un mois à compter de la saisine, des observations qui n'ont pas de caractère juridictionnel, mais sont nécessairement transmises à l'assemblée délibérante qui est ainsi informée de l'avis de la Chambre.

### c) Par les électeurs locaux

A ces contrôles techniques s'ajoute également un contrôle par les électeurs, surtout dans les communes de plus de 3.500 habitants. En effet, en leur sein, il est créée une commission consultative des services publics compétente pour un ou plusieurs services (CGCT, art. L. 2143-4). Elle peut avoir connaissance des projets de contrats de délégation de service public concernant le ou les services pour lesquels elle est compétente. Cette commission comprend obligatoirement des représentants d'associations d'usagers, ce qui donne à sa consultation une portée plus large que celle des procédures administratives.

### d) Par le juge pénal

Il convient de rappeler ici l'existence de l'article 432-14 du Nouveau Code Pénal qui punit le fait - de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public -.

Cet article a eu l'occasion d'être appliqué à plusieurs reprises et le Ministère de la justice a pu en dresser un bilan (voir circulaire crim-98.4/G3 du 2 juillet 1998, la Gazette des communes, 26 oct. 1998). Il est à signaler que ce délit est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 francs d'amende.

L'action du juge pénal est facilitée par les pouvoirs conférés à une *Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégations de service public* (NIEM) créée par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 et dont la compétence a été expressément étendue aux délégations de service public par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993. La Mission diligente des enquêtes à la demande du Premier ministre ou du ministre chargé de l'Economie et des Finances, ou chaque ministre dans son secteur d'activités pour les établissements et les sociétés d'économie mixte placées sous sa tutelle (voir 254-38).

## § 2 L'exécution du contrat de délégation

### 254 45 Régime de droit public

Le lien contractuel existant entre une personne publique délégataire d'un service public et une association délégataire est nécessairement un contrat de droit public indépendamment des clauses de ce contrat.

Cette solution est traditionnelle en droit français et existe à l'apparition de la notion de délégation de service public elle-même. En effet, il a toujours été reconnu qu'un contrat ayant pour objet de confier l'exécution même du service public au cocontractant était nécessairement un contrat administratif (CE, 20 avr. 1956, Epoux Bertin, Rec. CE 1956, p. 167 : *« Ledit contrat a eu pour effet de confier, à cet égard, aux intéressés l'exécution même du service public (...) ; que cette circonstance suffit à elle seule à imprimer au contrat dont il s'agit le caractère d'un contrat administratif »*).

Dès lors, les délégations de service public obéissent aux principes généraux des contrats administratifs (voir 254-19 à 254-24).

Toutefois, la qualification de contrat administratif ne garantit pas la présence d'une délégation de service public car le contrat peut être qualifié de contrat administratif du fait non pas de son objet, mais des clauses exorbitantes du droit commun qu'il peut contenir et il peut être un marché public de prestations.

Ainsi, un contrat passé entre une association et une commune pour l'exécution de missions culturelles est qualifié de contrat administratif (CE, 18 juin 1985, n° 51534, Association Le Relais Culturel d'Aix en Provence, RDT com. 1985, p. 781). Cette nature publique permet d'ailleurs au juge administratif d'annuler certaines clauses du contrat lorsque les pouvoirs de contrôle et de haute direction de la personne publique sur le service public ne sont pas garantis (CE, 6 mai 1985, n° 41589, Association Eurolat et autres, Rec. CE 1985, p. 141 : *« Ces clauses incompatibles avec (...) les nécessités du fonctionnement d'un service public, doivent être regardées comme nulles »*).

De même, le contrat par lequel une commune confie à un éditeur l'édition de son bulletin municipal et le rémunère par les recettes publicitaires dudit bulletin est un marché public (CAA Paris, 11 oct. 1994, Editor Tennog c/ commune de Houilles, Rec. CE, p. 1036).

Par contre, un contrat concernant des prestations de service public est un contrat de droit privé lorsqu'il est passé entre deux personnes privées. En effet, sauf lorsque l'une des deux personnes privées est considérée comme mandataire d'une personne publique, en droit administratif français, un contrat passé entre deux personnes privées est nécessairement de droit privé.

Ainsi, le tribunal des conflits a jugé sur renvoi pour difficultés sérieuses de compétence et donc de qualification du contrat, qu'un contrat passé entre une association dite *« festival international des régions de production et de radiotélévision et des techniques de l'audiovisuel »* et une société anonyme était conclu entre deux personnes privées, et par suite était privé bien que les liens de la Ville de Nice avec l'association soient patents (T. confl., 4 mai 1987, n° 02.460, société Merx, RDP 1988, p. 268).

De même un contrat de gérance passé avec une personne privé par un syndicat d'initiative sous forme associative dans le cadre d'une mission de service public est considéré comme privé (T. confl., 4 mai 1987, n° 02463, Mille Egloff, RDP 1988, p. 268).

Toutefois, il peut surgir des divergences de jurisprudences entre les juridictions administratives et les juridictions civiles. Ainsi, le tribunal de grande instance de Paris a jugé qu'*« une convention passée entre deux personnes privées lorsqu'elle n'était pas détachable de la mission de service public, était un contrat administratif »* (TGI Paris, 1<sup>re</sup> ch, 15 févr. 1985, Association Française des Banques c/ Société Nationale de Programmes FR3, D. 1985, jur., p. 512), bien qu'il s'agisse d'un contrat passé entre deux personnes privées.

Il découle de cette jurisprudence nuancée que dès lors qu'un contrat est qualifié de contrat de délégation de service public, il est nécessairement un contrat public.

### 254 46 La durée du contrat de délégation

Un contrat est nécessairement passé pour une durée déterminée, dans la mesure où en droit français les obligations perpétuelles sont prohibées (par exemple, C. civ., art. 1780).

Toutefois, la durée du contrat n'est pas forcément prévue dans le texte lui-même du contrat, soit que ce contrat ne dise rien, soit qu'il prévoit une clause de renouvellement tacite.

Dans ces conditions, la jurisprudence admet que le contrat puisse toujours être dénoncé unilatéralement par l'une des parties sans commettre de faute contractuelle.

Cette technique de limitation de la durée des contrats est prohibée en matière de délégation de service public par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993.

En effet, l'article 40 de cette loi dispose que *« les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée »*.

Le législateur va plus loin en prévoyant des modalités de fixation de cette durée : la durée est fixée unilatéralement par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Cette disposition n'est que la traduction d'un aspect de la théorie générale des contrats administratifs, selon laquelle les caractéristiques essentielles du contrat sont imposées unilatéralement par la personne publique à son cocontractant (contrat d'adhésion).

Cette disposition législative laisse une certaine marge à l'interprétation d'une durée qui pourrait être considérée comme normale et cette interprétation est faite sous le contrôle du juge administratif qui vérifie si la collectivité n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation (contrôle minimum) en fixant cette durée (TA Lyon, 18 avr. 1996, *« Communauté Urbaine de Lyon c/ Préfet du Rhône »*, Petites affiches, 23 juin 1990, p. 10).

Dans le cas particulier où les investissements du service sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement réalisé *« et ne peut en ce cas dépasser la durée normale d'investissement des installations mises en œuvre »*. Dans cette hypothèse, la détermination de la durée du contrat est plus précise, puisqu'elle doit correspondre à celle des amortissements.

#### a) Prolongation

Toutefois, le législateur a refusé d'établir une règle trop rigide qu'il aurait été difficile de faire respecter dans la pratique. C'est pourquoi il a prévu des possibilités de prolongation, mais en les encadrant soigneusement.

Il existe deux sortes de prolongation :

— Les prolongations pour un motif d'intérêt général.

Dans cette hypothèse, le motif de la prolongation reste très vague, et peut être constitué par des raisons de

pure opportunité, comme par exemple le retard mis par la collectivité publique à enclencher un mécanisme de délégation

Cependant, en contrepartie de cette liberté d'action, la durée est limitée à une année.

- La prolongation pour la bonne exécution du service public.

Dans cette hypothèse, ce sont des causes intrinsèques à la délégation de service public qui justifient la prolongation de la durée, et cette prolongation n'est pas limitée dans le temps *a priori* par le législateur, mais les causes de cette prolongation sont plus nettement déterminées. Il ne peut s'agir que :

- de l'extension du champ géographique de la délégation ;
- de la réalisation à la demande du délégant d'investissements matériels non prévus initialement.

En outre, une condition supplémentaire doit être remplie.

L'économie générale de la délégation doit être modifiée de façon à ce que l'augmentation des charges pour le délégataire ne puisse être amortie pendant la durée de la délégation restant à courir, sauf le cas échéant par une augmentation de prime manifestement excessive.

Dans ces conditions, la délégation peut être prolongée aussi longtemps que nécessaire, c'est-à-dire le temps nécessaire à l'amortissement des investissements supplémentaires.

En outre, le législateur a prévu une garantie procédurale pour les collectivités délégantes autres que l'Etat, à savoir un vote de l'assemblée délibérante pour autoriser la prolongation.

### b) Le cas particulier des contrats de délégation « dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets »

Dans ces domaines, la loi n° 95-101 du 2 février 1995 sur la protection de l'environnement a prévu que les délégations ne pouvaient en aucun cas avoir une durée supérieure à 20 ans, sauf examen préalable par le trésorier-payeur général à l'initiative de l'autorité délégante. L'examen du TPG porte sur les justificatifs de dépassement de cette durée. Les conclusions de l'examen du TPG sont nécessairement communiquées aux membres de l'assemblée délibérante avant la délibération sur l'approbation du contrat de délégation (voir circ. 10 mai 1995, JO 12 mai 1995, p. 8019).

### c) Les droits d'entrée

D'une manière générale, pour mieux encadrer la durée des délégations, le législateur a soigneusement encadré la pratique de ce qu'il est convenu d'appeler les « droits d'entrée » ou les redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante. En effet, le versement de ces sommes justifiait souvent la prolongation de la durée de la délégation de façon à ce que le délégataire puisse rentrer dans ses fonds. Le législateur a prévu un encadrement sévère de ces pratiques de la manière suivante :

- Les conventions de délégation de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation (L. n° 93-122, 29 janv. 1993, art. 40).
- Lorsque des droits d'entrée ou des redevances sont prévus dans le contrat à la charge du délégataire, le versement de ces sommes doit être justifié dans le contrat. (L. n° 93-122, 29 janv. 1993, art. 40).
- Enfin, le versement par le délégataire de droits d'entrée à la collectivité délégante est interdit dans les contrats

de délégation en matière d'eau potable et d'assainissement, d'ordures ménagères ou autres déchets (L. n° 95-101, 2 mai 1995, modif., art. 40).

Toutes ces dispositions sont axées sur l'idée que la collectivité publique ne doit pas exagérément aliéner sa souveraineté sur le service public par un contrat de trop longue durée.

## 254 47 Avenants au contrat de délégation

On sait qu'en droit français un contrat constitue la loi entre les parties (C. civ., art. 1134). Toutefois, cette règle ne signifie pas que le contrat soit intangible pendant toute sa durée. En effet, ainsi comprise, elle introduirait une rigidité excessive dans les rapports entre les partenaires, alors que les conditions dans lesquelles la convention fut conclue ont pu être modifiées pendant la durée d'exécution du contrat. C'est pourquoi il a toujours été admis qu'un contrat puisse faire l'objet d'avenants.

La notion d'avenant est relativement ambiguë : il s'agit d'un nouvel accord contractuel entre les parties au contrat initial ayant pour objet la modification de ce contrat initial dans l'une ou l'autre de ses dispositions.

L'ambiguïté vient de l'ampleur de la modification. L'avenant peut ne porter que sur des points de détails ou au contraire, la modification peut être telle qu'il s'agit en réalité de la passation d'un nouveau contrat.

Dans la mesure où la liberté contractuelle existe, la plasticité de cette notion d'avenant ne présente aucune difficulté puisqu'en matière d'avenant, comme en matière de contrat initial, les quatre conditions essentielles à la validité d'une convention doivent être réunies (C. civ., art. 1108).

Cependant, à partir du moment où la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 prévoit l'existence d'une mise en concurrence, obligatoire pour la signature d'un contrat, la question va se poser de savoir dans quelles mesures un avenant peut modifier un contrat passé après mise en concurrence, sans lui-même repasser par une mise en concurrence. Autrement dit, la technique traditionnelle des avenants pourrait permettre de tourner l'obligation de mise en concurrence. C'est pourquoi le législateur d'une part, et le juge administratif d'autre part, ont mis en place une limitation du pouvoir d'avenant en matière de contrat de délégation de service public (à l'instar d'ailleurs de ce qui se passe en matière de marché public, voir 254-36).

Il découle de ce qui précède qu'en matière de délégation de service public les avenants sont possibles mais dans certaines limites.

### a) Les limitations procédurales par la loi

L'article 49-1 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 prévoit que « tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public entraînant une augmentation du montant global supérieur à 5 % est soumis pour avis à la commission de délégation de service public prévue par l'article 43 » (voir 254-42 et 254-43).

Cependant, cette notion d'augmentation du montant global est plus difficile à mettre en œuvre en matière de délégation de service public qu'en matière de marché public, si bien qu'une interprétation subtile de ce texte a dû être développée, sans que le juge ait pour l'instant fixé ce régime juridique.

Dans une réponse ministérielle (Rép. min. n° 31120, 23 oct. 1995, JOANQ 29 juill. 1996, p. 4152), le ministre répond que cette augmentation de 5 % doit être appréciée sur la base de l'évolution du montant global du contrat par

rapport à son montant initial. Le montant initial correspond aux sommes dues au délégataire pendant la durée de la convention au titre des recettes qu'il doit percevoir pour l'exécution du service, que ces recettes viennent des usagers, comme c'est le plus souvent le cas, ou de versements divers de collectivités publiques. Mais doivent être déduites de ces recettes les sommes que le délégataire perçoit pour le compte d'autrui et les sommes que lui-même doit notamment à la collectivité publique délégante. Un montant est alors fixé et, dès lors qu'un avenant permet le franchissement du seuil d'augmentation de 5 % par rapport à cet état initial, cet avenant doit être soumis à la commission prévue par l'article 49-1, même si par ses propres dispositions l'augmentation qu'il prévoit ne dépasse pas les 5 %. En d'autres termes, les augmentations opérées par des avenants précédents doivent être prises en compte, et c'est l'avenant qui fait franchir le seuil de 5 % qui doit être soumis à la commission.

#### b) Les limites de fond

Les limites de fond sont posées par la jurisprudence, qui est encore embryonnaire, mais deux jugements de tribunaux administratifs viennent de dégager les règles suivantes, à savoir que sont interdites par voie d'avenant :

— Les modifications substantielles du contrat initial, qui doit être considéré alors comme un nouveau contrat soumis à la procédure de mise en concurrence, et il y a modification substantielle notamment quand il y a

modification de la personne délégataire (TA Grenoble, 7 août 1998, « Beto », n° 962133, D. aff. 1998, n° 10, n° 303).

Cette notion de modification de la personne délégataire peut jouer même en cas de continuité juridique de ce délégataire si, lorsqu'il s'agit d'une société par action, la modification du bloc de contrôle fait passer le délégataire sous la coupe d'un entrepreneur différent. Dans cette hypothèse, le juge administratif admet qu'en réalité il y a changement de délégataire et que ce changement permet à la collectivité délégante de rompre unilatéralement le contrat à condition d'indemniser son délégataire (CE, 31 juill. 1996, n° 126.594, Société des Téléphériques du Massif du Mont-Blanc, Rec. CE, p. 134 ; JCP éd. G 1997, II, n° 22790, concl. De Larue).

— Le juge administratif a également considéré que l'avenant ne peut bouleverser l'économie du contrat initial. Dans cette hypothèse, il faut signer un nouveau contrat soumis aux procédures de mise en concurrence (TA Lille, 2 juill. 1998, « Préfet de la région Nord Pas-de-Calais, Préfet du Nord c/ Syndicat Intercommunal des Transports Publics de la région de Douai », n° 98640, Bull. jur. contrats publics n° 1, p. 72).

Il est certain que ces notions de modifications substantielles ou de bouleversement de l'économie du contrat sont susceptibles d'interprétations divergentes et laissent au juge une marge d'interprétation relativement large.