

manuel

Laurent Richer
François Lichère

DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

12^e édition

LGDJ

un savoir-faire de

lextenso

Laurent Richer

Professeur émérite de l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Avocat associé

François Lichère

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Consultant

DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

12^e édition

Des mêmes auteurs

Laurent Richer, *L'Europe des marchés publics*, LGDJ, 2009

– *La concession en débat*, LGDJ, 2014

– en collaboration avec Guillaume Cantillon, *Achat public et économie des territoires*, LGDJ, 2018

François Lichère, *Droit administratif anglais*, LGDJ, coll. Systèmes, en collaboration avec Duncan Fairgrieve (à paraître)



© 2021, LGDJ, Lextenso

1, Parvis de La Défense • 92044 Paris La Défense Cedex

www.lgdj-editions.fr

ISBN : 978-2-275-09103-7 • ISSN 0990-3909

Avertissement

Dans le présent ouvrage les références jurisprudentielles sont indiquées entre parenthèses et en italiques ; les références des arrêts les plus importants pour le droit des contrats figurent de plus en caractères gras (il s'agit de décisions « de principe », de décisions comportant des formulations particulièrement significatives ou marquant un revirement ou l'application d'une règle nouvelle). Les lois et décrets sont indiqués par leurs dates, sans la numérotation annuelle, sauf si cette indication est nécessaire pour éviter toute ambiguïté. En général, on ne donne pas la référence des lois et décrets, qui sont accessibles sur le site Legifrance.

Sommaire

Table des abréviations	11
Introduction	13

PREMIÈRE PARTIE – THÉORIE ET PRATIQUE DU CONTRAT ADMINISTRATIF

Chapitre 1. Le contrat administratif dans la théorie du contrat	19
§ 1. Définition du contrat	19
§ 2. Droit public du contrat	32
§ 3. Les contrats administratifs sont-ils vraiment des contrats?	48
Chapitre 2. Le contrat dans l'action administrative	53
§ 1. Le « contractualisme »	53
§ 2. Le contrat et l'acte unilatéral	62
§ 3. Les usages du contrat administratif	73
Chapitre 3. La notion de contrat administratif	89
§ 1. Les critères jurisprudentiels	90
§ 2. Les limites des critères jurisprudentiels : la qualification <i>a priori</i>	108
§ 3. Les contrats entre personnes privées	120
§ 4. Les contrats entre personnes publiques	135
Chapitre 4. Conclusion du contrat	139
§ 1. L'expression du consentement	140
§ 2. Détermination et validité des stipulations du contrat	159
Chapitre 5. Contentieux de la formation du contrat	169
§ 1. Le référé précontractuel en matière de contrats soumis à publicité préalable et concurrence	170
§ 2. Le référé secret des affaires	181
§ 3. Le contentieux du contrat signé	182
§ 4. Les recours indemnitaires	219
§ 5. Le juge administratif et l'Autorité de la concurrence	227
Chapitre 6. Effets du contrat	237
§ 1. Le contrat, loi des parties	237
§ 2. Le pouvoir de résiliation unilatérale	253
§ 3. Le pouvoir de modification unilatérale	266
Chapitre 7. Exécution, inexécution, responsabilités	271

§ 1. Les garanties de l'exécution	271
§ 2. L'exécution du contrat en présence d'aléas contractuels	280
§ 3. La responsabilité contractuelle pour faute	288
§ 4. La responsabilité contractuelle sans faute	302
§ 5. La responsabilité décennale	306
Chapitre 8. Règlement des litiges contractuels	317
§ 1. Les modes alternatifs de règlement des litiges	317
§ 2. Le juge du contrat	338

DEUXIÈME PARTIE – PRINCIPAUX CONTRATS ADMINISTRATIFS

TITRE 1. Les contrats de la commande publique

Chapitre 1. Sources du droit de la commande publique	361
§ 1. Sources du droit des marchés publics	361
§ 2. Sources du droit du marché de partenariat	386
§ 3. Sources du droit des concessions	401
Chapitre 2. Les contrats de la commande publique : identification	413
§ 1. Notion générale de contrat de la commande publique	414
§ 2. Critères spécifiques du marché public	454
§ 3. Critères spécifiques du marché de partenariat	458
§ 4. Critères spécifiques de la concession	464
Chapitre 3. Champ d'application des règles de publicité et de mise en concurrence	475
§ 1. Le traitement par le Code de la commande publique des exclusions du champ d'application des directives 2014/23, 2014/24 et 2014/25	475
§ 2. « Autres contrats » de la commande publique	479
§ 3. Les exclusions limitées à certains contrats	496
§ 4. Les marchés et concessions sans publicité ni mise en concurrence	498
Chapitre 4. Les contrats de la commande publique : règles générales de passation	505
§ 1. La détermination du besoin	505
§ 2. La sélection des candidats	508
§ 3. L'encadrement des modifications	521
§ 4. Circonstances exceptionnelles	531

Chapitre 5. Les marchés publics	535
§ 1. Les règles générales de passation	535
§ 2. Les différentes procédures de passation et les techniques d'achats	575
§ 3. La rémunération du titulaire	606
§ 4. La sous-traitance des marchés publics	618
Chapitre 6. Les marchés de partenariat	627
§ 1. Conditions de recours au marché de partenariat	627
§ 2. Règles particulières d'exécution	635
Chapitre 7. Les concessions de travaux et de services	641
§ 1. Procédure de conclusion des conventions de concession	641
§ 2. Règles de fond applicables à la concession et à la convention de délégation de service public	652
§ 3. Fin de la concession	678
Chapitre 8. Les concessions d'aménagement	683
§ 1. Objet des concessions	684
§ 2. Modalités de passation des contrats	690
TITRE 2. Les contrats hors commande publique	699
Chapitre 1. Les conventions d'occupation du domaine public ...	701
§ 1. Les différentes conventions relatives au domaine public	702
§ 2. La conclusion du contrat	708
§ 3. La rémunération du maître du domaine	718
§ 4. Les droits du cocontractant dans les conventions d'occupation ..	721
Chapitre 2. Les contrats de recrutement d'agents publics	741
§ 1. Le recrutement des agents contractuels	743
§ 2. La fin du contrat	752
Conclusion	757
Juridictions administratives et Tribunal des conflits	759
Autorité de la concurrence	785
Avis des formations administratives du Conseil d'État	787
Juridictions judiciaires	789
Conseil constitutionnel	791
Cour de Justice de l'Union européenne	793
Cour européenne des droits de l'homme	797
Index	799

Table des abréviations

ACCP	Actualité de la commande et des contrats publics (voir CP-ACCP)
AN	Assemblée nationale
AJDA	Actualité juridique, droit administratif
AJFP	Actualité juridique, fonction publique
APD	Archives de philosophie du droit
Avis CE	Avis du Conseil d'État dans une formation administrative
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics
BIIAP	Bulletin de l'Institut international d'administration publique
BOCC	Bulletin officiel concurrence, consommation et répression des fraudes
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin de la Cour de cassation, chambres civiles
CAA	Cour administrative d'appel
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
CCAG	Cahier des clauses administratives générales
CC	Conseil constitutionnel
CCP	Code de la commande publique
CE	Conseil d'État
CE avis	Avis contentieux du Conseil d'État
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
CJA	Code de justice administrative
<i>CJEG</i>	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz (voir RJEP)
CMP	Code des marchés publics
CP-ACCP devenu	Contrats publics – L'actualité de la commande et des contrats publics devenu
CP-Monit.	Contrats publics – Le Moniteur
CSI	Code de la sécurité intérieure
CTACAA	Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel
Ctts et MP concl.	Contrats et marchés publics Conclusions
EDCP	Encyclopédie du droit de la commande publique (Éditions EFE)
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
DAG	Droit administratif général
DCE	Dossier de consultation des entreprises
<i>Dr. adm. ou DA</i>	Droit administratif (bulletin mensuel)
<i>Dr. soc.</i>	Droit social
GACE	<i>Grands avis du Conseil d'État</i> par Y. Gaudemet <i>et al.</i> , Dalloz, 2 ^e éd., 2002

GAJA	<i>Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i> par M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, Dalloz, 22 ^e éd., 2019
GDCC	<i>Grandes décisions du Conseil constitutionnel</i> par L. Favoreu et L. Philip, Dalloz, 17 ^e éd., 2013
JCP	Juris-Classeur périodique (édition générale)
JCP A	Juris-Classeur périodique (édition Administration)
J.-Cl	Juris-Classeur
JO	Journal officiel
LPA	Les Petites Affiches
Mon.	Moniteur des travaux publics et du bâtiment
<i>op. cit.</i>	Ouvrage déjà cité
PPLR	Public Procurement Law Review
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDC	Revue des contrats
<i>Rec.</i>	Recueil des décisions du Conseil d'État (ou du Conseil constitutionnel)
<i>Rev. adm.</i>	Revue administrative
<i>Rev. fr. Déc.</i>	Revue française de la décentralisation (cette revue a eu quatre numéros en 1995-1996 puis a cessé de paraître)
RDP	Revue du droit public et de la science politique
RFDA	Revue française de droit administratif
req.	requête
RJEP	Revue juridique de l'entreprise publique (ex-Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz)
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Recueil Sirey
t.	tables
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<i>Traité des Contrats</i>	<i>Traité des contrats administratifs</i> , A. de Laubadère, P. Delvolvé, F. Moderne, LGDJ, 1983-1984
TO	Textes officiels (supplément hebdomadaire du Moniteur des travaux publics et du bâtiment)
V.	Voir
V ^o	au mot (dans un répertoire alphabétique)

Introduction

*« De récentes comparaisons entre pays
ont fait apparaître
une corrélation positive entre la confiance
des citoyens
dans la capacité du gouvernement de tenir
ses promesses
et de s'acquitter de ses obligations et la
croissance ».*

*(Banque mondiale, Dix-neuvième rapport
sur le développement dans le monde,
1996, p. 113).*

*« Un souverain prudent [...] ne peut ni ne
doit observer sa foi
quand une telle observance tournerait contre
lui et que sont
éteintes les raisons qui le firent promettre »
(Machiavel, *Le Prince*, chap. XVIII)*

1. Propriété et liberté contractuelle étant les bases du libéralisme conçu comme protection contre l'État, peut-on concevoir une liberté contractuelle de l'État ? Une telle notion peut être perçue comme une tentative d'appropriation ou de détournement d'un droit fondamental ; l'État, en se « mettant en civil » s'ouvrirait à lui-même de nouvelles possibilités d'action.

Mais la liberté contractuelle de l'État peut aussi être conçue comme un investissement du champ politique par le droit civil, ce qui va dans le sens d'une « dépolitisation » du droit public, d'un rapprochement avec la société civile.

Cela ne signifie pas nécessairement rapprochement avec le droit civil. En effet, de même que la propriété publique n'est pas en tout point identique à la propriété privée, de même la liberté contractuelle des personnes publiques peut avoir ses particularités.

Comme en droit privé, la liberté contractuelle recouvre divers aspects de l'activité contractuelle, elle porte sur le droit de choisir ou non le procédé du contrat, sur celui de déterminer le mode de passation et les clauses du contrat, d'écarter ou d'adapter les règles applicables aux contrats.

Mais on pressent que la liberté contractuelle des personnes publiques diffère nécessairement de celle des personnes privées. À certains égards, elle est susceptible d'une plus grande intensité, par exemple lorsqu'elle recoupe la libre administration des collectivités territoriales. À d'autres égards, les règles fondamentales du droit public imposent inéluctablement des limites spécifiques tenant, principalement, à ce que les collectivités publiques ne peuvent agir que si elles ont reçu compétence et à l'indisponibilité de ladite compétence.

2. Mais dans ce cadre, bien des possibilités restent ouvertes, sans que le droit français ait toujours opté clairement. On peut subordonner la validité du contrat à une habilitation précise donnant compétence pour conclure tel ou tel type de contrat ou bien admettre que si la personne publique est compétente pour intervenir dans un domaine, elle peut *ipso facto* le faire par voie de contrat.

Le principe d'indisponibilité des compétences, qui dérive de l'article 3 de la Déclaration de 1789, comporte, lui aussi, une part d'indétermination dans ses conséquences en matière de contrat, au point que la compétence semble parfois supplantée par le droit subjectif. Le droit positif des contrats administratifs est traversé de contradictions.

Cela n'empêche pas le contrat d'être un instrument de résolution de contradictions.

3. Le constant développement du contrat dans l'action administrative tient en effet à ses capacités de synthèse. La concession permet de faire converger l'entreprise privée et le service public, les contrats entre l'État et les collectivités locales concilient décentralisation et orientation de l'action locale, la contractualisation de l'action publique permet, de façon générale, de renforcer le rôle de l'État tout en faisant mieux accepter celui-ci.

Sans cesse, de nouvelles synthèses sont opérées, le droit des contrats est en constante évolution, sans que ni la doctrine, ni les autorités de l'État elles-mêmes en aient toujours conscience, parce que le droit du contrat, en droit administratif comme ailleurs, c'est aussi la pratique contractuelle.

Les mutations les plus sensibles ont concerné au cours des dernières années les marchés publics et les contrats de type partenarial. Croissance des dépenses d'investissement des collectivités locales, ouverture des frontières, tentatives de moralisation de la vie publique ont été à l'origine d'importantes évolutions depuis une décennie et l'évolution est loin d'être terminée, si elle doit jamais l'être.

Particulièrement importante est l'influence du droit de l'Union européenne, à certains égards paradoxale, étant donné que le droit de l'UE se veut, autant que possible, indifférent aux distinctions nationales entre droit privé et droit public et ignore la distinction entre contrats de droit privé et contrats de droit public ; mais cette neutralité même a contribué à stimuler la réflexion juridique. En définissant des règles de passation qui s'imposent aussi bien à des contrats de droit privé qu'à des contrats de droit public, en soumettant à des régimes identiques des personnes privées et des personnes publiques, le droit de l'UE est venu bouleverser les classifications du droit français et a contraint à s'interroger sur la validité et la pérennité de ces classifications. De manière moins avouable, le renforcement des règles de mise en concurrence qui caractérise le droit de l'UE, mais aussi le droit interne français des dernières années a, lui aussi, eu un effet stimulateur : maints experts ont cherché, et cherchent toujours, à inventer des « montages » contractuels permettant d'échapper à des cadres considérés comme trop rigides.

4. Le développement du « procédé contractuel » est incontestable ; mais tous les contrats de l'administration ne sont pas des contrats administratifs ; les personnes publiques peuvent conclure des contrats de droit privé, alors qu'on désigne par l'expression « contrats administratifs » les contrats de droit public soumis à un régime différent de celui qui s'applique aux contrats entre

personnes privées. Au sein des « contrats publics », catégorie non juridique, le contrat administratif reste prédominant.

Régime de droit public, le régime du contrat administratif est principalement d'origine jurisprudentielle. La théorie générale du contrat administratif, conçue comme « un ensemble de définitions et de principes ordonnés autour d'un certain objet dans le dessein d'expliquer de manière cohérente les solutions positives et de guider les solutions futures » (P. Jestaz et C. Jamin *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 230), a été élaborée par les efforts conjugués de la jurisprudence et de la doctrine. Les textes législatifs et réglementaires n'y ont contribué que pour une moindre part et surtout pour reprendre à leur compte des notions déjà définies par ailleurs.

Le régime des contrats administratifs ne consiste cependant pas seulement en une « théorie générale », il se diversifie en fonction des collectivités concernées et de l'objet du contrat. Dans la définition de ces règles spécifiques, les textes législatifs et réglementaires tiennent une place importante.

Il faut aussi, naturellement, tenir le plus grand compte du contenu des contrats, d'une part parce qu'ils sont eux-mêmes créateurs du droit, d'autre part parce que les contrats peuvent être conclus sur certains objets en dehors de tout cadre législatif ou réglementaire. Il est donc impossible de s'en tenir à l'examen des textes, de la jurisprudence et de la doctrine, il convient aussi d'être attentif à la pratique contractuelle pour avoir une vue complète des contrats administratifs.

À cet égard, le contenu des contrats est plus facile à connaître qu'en droit privé pour plusieurs raisons : les contrats administratifs constituent des documents administratifs communicables, ils font parfois l'objet d'une publication au *Journal officiel*, ils sont souvent la reproduction de documents-types eux-mêmes publiés.

À partir de ces différentes sources, on commencera par situer le contrat administratif dans la théorie juridique et dans la pratique administrative, y compris en étudiant le régime général de ces contrats, puis on analysera les règles spécifiques applicables aux plus importants d'entre eux.

PREMIÈRE PARTIE

**THÉORIE ET PRATIQUE
DU CONTRAT
ADMINISTRATIF**

CHAPITRE 1

Le contrat administratif dans la théorie du contrat

5. La notion de contrat suscite en permanence la réflexion de la doctrine, qui cherche à déterminer pourquoi le contrat est obligatoire et en quoi son effet obligatoire diffère de celui d'autres normes ou actes juridiques (V. notamment « Archives de philosophie du droit » 1940 et 1968 et la revue *Droits* 1990. 12).

Mais la notion de contrat a-t-elle le même contenu en droit public et en droit privé ?

La notion de contrat subit en droit administratif l'attraction de l'acte unilatéral, ainsi que l'a relevé Henri Battifol pour qui, avec le contrat administratif, on se trouve à la « limite extrême » de la frontière entre contrat et acte d'application d'une situation légale (« La crise du contrat et sa portée », *APD*, 1968, p. 13). Quant à son régime, le contrat administratif est régi par des règles particulières dont les plus importantes sont caractérisées par l'inégalité des parties. Cette inégalité est telle qu'un auteur a pu s'interroger : les contrats administratifs font-ils vraiment la loi des parties ? (J. L'Huillier, « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ? », *D.* 1953, chron. 88), ce qui revient à se demander si les contrats administratifs sont vraiment des contrats, puisque la notion de contrat suppose la création de droits et d'obligations. À cela Maurice Hauriou répondait que « les situations contractuelles peuvent tendre vers l'égalité, elles ne l'impliquent pas nécessairement à leur base » (*La gestion administrative*, Larose, 1899, p. 74), mais la différence de situations s'accommode-t-elle d'une unité notionnelle ?

§1. Définition du contrat

6. **Bibliographie :** *Traité des contrats*, n° 13.

7. Selon une définition classique, consacrée par le Code civil, le contrat est un accord de volontés conclu entre deux personnes au moins, d'où résultent des droits et obligations.

La notion d'accord de volontés renvoie à un échange de consentements et diffère du contrat de l'acte unilatéral.

Le critère tenant à la définition de droits et obligations va à l'essentiel, mais est trop réducteur, car l'accord de volontés peut porter sur un objet plus large que la création de droits et obligations ; il peut aussi mettre en place un dispositif relationnel comportant des procédures, des modes de règlement des litiges, des déclarations d'intention (cf. P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.*, 1999. 771). Ce dispositif contractuel prend une certaine autonomie par rapport à l'accord qui lui sert de base, car le juge administratif tend, de plus en plus, à faire prévaloir un principe de *favor contractus*, c'est-à-dire de préservation du contrat, en dépit de l'éventuelle illégalité de l'accord de base. Le contrat peut donc être défini comme un accord créateur d'un dispositif qui fait la loi des parties.

Le contrat résulte de la rencontre de plusieurs volontés, il repose sur la « volonté de se lier par des obligations réciproques » (*CE 20 mars 1996, Commune de Saint-Céré, 150038, Rec. p. 87, Dr. adm. 1996, n° 307*). Cette formulation laisse en suspens un certain nombre d'interrogations : l'échange des consentements est-il le fondement du caractère obligatoire du contrat ou seulement une condition de celui-ci ? Les volontés ont-elles en vue des intérêts antagonistes ou un intérêt commun ?

A. L'identification du contrat

8. Bibliographie : LEQUETTE (S.) « La notion de contrat. Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD Civ.* 2018, p. 541.

LAMY (V.), *Recherche sur la commune intention des parties dans les contrats administratifs. Contribution à l'interprétation du contrat en droit public*, Thèse dactyl., Univ. Aix-Marseille, 2019.

PÉQUIGNOT (G.) : *Théorie générale du contrat administratif*, Pedone, 1945 (rééd. La Mémoire du droit, 2020).

MARCUS (L.) : *L'unité des contrats publics*, Dalloz, 2010.

MORON-PUECH (B.) : « De quelques faiblesses de la définition traditionnelle du contrat », *revue Droits* 2016, n° 64, p. 115.

ROGUE (F.) : *Les nouvelles figures contractuelles du droit de l'aide sociale*, Mare et Martin, 2017.

9. La doctrine contemporaine admet l'unité conceptuelle du contrat en prenant pour base l'article 1101 du Code civil qui retient deux éléments d'identification : l'accord de volontés et la création, la modification, la transmission ou l'extinction d'obligations. Cette définition a fait l'objet de remises en cause doctrinales en droit privé, mais cela n'a pas amené les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats à aller au-delà d'un remaniement sans la remettre en cause en profondeur ; elle fait donc partie du droit positif et est, en général, considérée comme valable en droit public.

Pendant, certains auteurs ont mis en doute l'identité entre contrat administratif et contrat de droit privé.

10. Il a, d'abord, été soutenu que la situation spécifique de l'administration entraîne une différence de nature. C'est la thèse de Georges Péquignot pour qui la notion d'accord de volontés ne peut rendre compte du régime du contrat administratif. La volonté de l'administration présente des caractères spécifiques qui font que le contrat administratif peut être modifié unilatéralement et produire des effets envers les tiers. Il ne peut être admis, selon l'auteur, que l'obligation qui naît du contrat administratif trouve sa source dans une manifestation de volonté privée ; l'administration est liée par le contrat comme elle l'est par