

# Droit administratif : action et contrôle de l'administration

## Leçon 2 : Les contrats administratifs

, Clotilde DEFFIGIER

, Hélène PAULIAT

### Table des matières

|                                                                                                               |              |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| <b>Section 1 : La notion de contrat administratif.....</b>                                                    | <b>p. 3</b>  |
| §1 : Le critère organique du contrat administratif.....                                                       | p. 3         |
| A - Le principe : la présence de personnes publiques parties au contrat.....                                  | p. 3         |
| 1. Une exigence constante : une personne publique partie au contrat.....                                      | p. 4         |
| 2. La présomption d'administrativité : deux personnes publiques parties au contrat.....                       | p. 5         |
| B - Des atténuations partielles du critère organique.....                                                     | p. 6         |
| 1. Le mandat : une atténuation logique.....                                                                   | p. 6         |
| 2. L'objet du contrat : une atténuation désormais disparue.....                                               | p. 7         |
| §2 : Le critère matériel du contrat.....                                                                      | p. 8         |
| A - Les clauses impliquant que le contrat relève du régime exorbitant des contrats administratifs.....        | p. 8         |
| 1. La détermination du critère.....                                                                           | p. 8         |
| 2. La précision du critère.....                                                                               | p. 9         |
| B - Le lien avec le service public.....                                                                       | p. 11        |
| 1. La participation du cocontractant à l'exécution même du service public.....                                | p. 11        |
| 2. L'exécution même du service public par l'administration.....                                               | p. 12        |
| <b>Section 2 : Le régime juridique du contrat administratif.....</b>                                          | <b>p. 14</b> |
| §1 : La formation du contrat administratif.....                                                               | p. 14        |
| A - L'autorité compétente.....                                                                                | p. 14        |
| B - Le choix du contrat et du cocontractant.....                                                              | p. 14        |
| 1. Le choix entre marché et concession.....                                                                   | p. 14        |
| 2. La possibilité pour une personne publique de se porter candidate à un contrat de la commande publique..... | p. 17        |
| §2 : L'exécution du contrat administratif.....                                                                | p. 19        |
| A - Les rapports contractuels classiques.....                                                                 | p. 19        |
| 1. La prédominance des obligations du cocontractant de l'administration.....                                  | p. 19        |
| a) Des obligations systématiques.....                                                                         | p. 19        |
| b) Des droits essentiels.....                                                                                 | p. 20        |
| 2. L'importance des prérogatives de l'administration contractante.....                                        | p. 20        |
| a) Le pouvoir de direction et de contrôle.....                                                                | p. 20        |
| b) Le pouvoir de sanction.....                                                                                | p. 20        |
| c) Le pouvoir de modification unilatérale.....                                                                | p. 21        |
| d) Le pouvoir de résiliation unilatérale.....                                                                 | p. 21        |
| B - L'altération des rapports contractuels.....                                                               | p. 22        |
| 1. Le fait du prince.....                                                                                     | p. 22        |
| 2. La théorie de l'imprévision.....                                                                           | p. 23        |
| a) Les conditions de l'imprévision.....                                                                       | p. 23        |
| b) Les conséquences.....                                                                                      | p. 23        |
| 3. La force majeure.....                                                                                      | p. 24        |
| a) Les conditions.....                                                                                        | p. 25        |
| b) Les conséquences.....                                                                                      | p. 25        |
| §3 : Le contentieux du contrat.....                                                                           | p. 25        |
| A - Les recours en référé.....                                                                                | p. 25        |
| B - La compétence étendue du juge de plein contentieux.....                                                   | p. 26        |
| 1. L'extension constante de la compétence du juge de plein contentieux.....                                   | p. 26        |
| 2. La responsabilité contractuelle.....                                                                       | p. 29        |

|                                                                                                |       |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| C - La compétence résiduelle du juge de l'excès de pouvoir.....                                | p. 29 |
| 1. Le champ d'application du Recours pour excès de pouvoir (REP) en matière contractuelle..... | p. 29 |
| a) L'absence de principe de REP contre le contrat.....                                         | p. 29 |
| b) La disparition du REP contre les actes détachables du contrat.....                          | p. 30 |
| 2. Les moyens invoqués à l'appui du REP.....                                                   | p. 30 |

Tous les contrats passés par l'administration ne sont pas des contrats administratifs ; les personnes publiques ne sont en effet pas toujours obligées de recourir à des procédés exorbitants du droit commun ; elles utilisent le droit administratif si nécessaire ou si cela est imposé. Le régime juridique du contrat administratif confère à l'administration des prérogatives spécifiques, qui lui permettent de faire prévaloir, en toutes circonstances, l'intérêt général ; cependant, ce régime lui impose également un certain nombre d'obligations. Il faut également prêter attention à la dénomination retenue parfois par les textes :

#### **Exemple**

ainsi le juge administratif a estimé que le "contrat jeune majeur" est un document qui a seulement pour objet de formaliser les relations entre le service de l'aide sociale à l'enfance et le jeune majeur, dans un but de responsabilisation de ce dernier ; il n'a ni pour objet ni pour effet de placer ce jeune dans une situation contractuelle vis-à-vis du département (CE, 23 juil. 2020, Ville de Paris, n° [435974](#)). Il en est de même du "contrat d'insertion", prévu aux articles [L. 262-35](#) et [L. 262-36](#) du Code de l'action sociale et des familles, qui ne place pas le bénéficiaire du revenu de solidarité active dans une situation contractuelle vis-à-vis du département qui lui verse ce revenu (CE, 4 déc. 2019, n° [418975](#)).

## **Section 1 : La notion de contrat administratif**

---

La loi peut déterminer à l'avance la nature juridique du contrat (contrats par détermination de la loi : marchés de travaux publics (loi du 28 pluviôse an VIII désormais abrogée), contrats comportant occupation du domaine public (décret-loi du 17 juin 1938), contrats de cession des biens immobiliers de l'État (art. [L. 3231-1](#) du CG3P) ; les concessions de travaux publics étaient des contrats administratifs par détermination de la loi au regard de l'ordonnance du 15 juillet 2009, cette solution n'est plus totalement exacte depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 29 janvier 2016 ; désormais, selon les textes, les marchés publics relevant de l'ordonnance du 23 juillet 2015 passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs ; les contrats de concession relevant de l'ordonnance du 29 janvier 2016 passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs). Ces différents textes sont codifiés au Code de la commande publique. Le Conseil d'Etat a interprété cette notion : le contrat qui porte sur l'exécution d'un contrat passé à titre onéreux par une commune avec un opérateur économique, en vue de répondre à ses besoins en matière de télécommunications, constitue un marché public et présente ainsi, eu égard à ses caractéristiques, le caractère d'un contrat administratif en vertu de la loi ; le juge ne s'interroge pas sur le point de savoir si le contrat en question est relatif aux relations entre un service public industriel et commercial et son usager (CE, 25 sept. 2020, Société Orange, n° [432727](#)).

Si aucune indication n'est présente dans la loi, le juge recourt à des critères jurisprudentiels qu'il a progressivement déterminés, puis précisés. Le juge ne tient pas compte de certains éléments pour identifier le contrat administratif ; ainsi peu importe la forme du contrat ou encore la volonté des parties de le soumettre à tel ou tel régime, ou même la qualification donnée à l'avance par les parties à un contrat (TC, 9 juin 1986, Fabre). La détermination jurisprudentielle du contrat administratif repose sur un critère organique (les parties au contrat) et sur un critère matériel (objet et contenu du contrat).

### **§1 : Le critère organique du contrat administratif**

---

Le critère organique demeure important pour identifier la nature juridique du contrat, même si ce critère n'est pas exclusif et doit se combiner avec le critère matériel.

# A - Le principe : la présence de personnes publiques parties au contrat

---

Le principe dégagé par le juge est qu'il est nécessaire qu'au moins une personne publique soit partie au contrat, même si certaines exceptions ou dérogations existent.

## 1. Une exigence constante : une personne publique partie au contrat

---

Un contrat pourra être administratif si au moins l'une des personnes qui conclut le contrat est une personne de droit public. Cela signifie qu'un contrat conclu entre deux personnes privées est en principe un contrat de droit privé (CE, Sect., 13 décembre 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord, Rec., p. 623 ; AJDA 1965, p. 25, chron. Puybasset et Fourré ; Dalloz 1964, p. 55, concl. Braibant). La condition relative à la nature juridique de la personne est absolument indispensable ; si aucune des parties au contrat n'est une personne publique, le contrat ne peut, sauf exceptions, être qu'un contrat de droit privé. Et même si le critère matériel peut paraître rempli, le contrat ne pourra pas, du fait de l'absence de satisfaction du critère organique, être administratif. Le Tribunal des conflits a ainsi précisé qu'un contrat conclu entre deux personnes privées est bien, en principe, un contrat de droit privé ; « *l'insertion dans un contrat de vente conclu entre deux personnes privées d'une clause, dite clause anti-spéculative, restreignant pendant une certaine durée les droits du propriétaire de louer son bien, en contrepartie du prix modéré d'acquisition du bien lié à des subventions allouées au promoteur par une collectivité territoriale, et d'une pénalité applicable au profit de cette dernière, qui n'était pas partie au contrat de vente, en cas de violation de cette clause, ne modifie pas la nature de ce contrat* » (TC, 5 juill. 2021, M. A. c/ Communauté d'agglomération de la Riviera française, n° C 4214).

On ne transpose donc pas dans le domaine contractuel les solutions retenues pour les décisions administratives unilatérales. On rappelle en effet qu'une décision peut être administrative, même si son auteur est une personne privée, dès lors que cette dernière gère un service public administratif et dispose à ce titre de prérogatives de puissance publique (arrêt Magnier) ou si elle gère un service public industriel et commercial, dès lors que l'acte est relatif à l'organisation du service public (arrêt Compagnie Air France c/ Epoux Barbier et les précisions jurisprudentielles apportées ensuite). Dans le domaine contractuel, un contrat conclu par deux personnes privées, dont l'une est chargée d'une mission de service public administratif, demeure un contrat de droit privé (TC, 3 mars 1969, Soc. Interlait, AJDA 1969, p. 307 ; TC, 7 juin 1999, Myrat c/ Association Orchestre régional de Picardie, RFDA 1999, p. 1113). Cette différence de régime s'explique par le fait qu'il paraît difficile de reconnaître à une personne privée des prérogatives très importantes en matière d'exécution du contrat (résiliation unilatérale, modification unilatérale...).

Il est important de préciser que, selon le juge, « *la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu* » ; cela implique que, si la nature juridique de la personne est modifiée après la conclusion du contrat, la nature juridique du contrat ne s'en trouve pas modifiée pour autant.

**Exemple**

TC, 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance :

« Considérant que, sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu ; que lorsqu'un établissement public tient de la loi la qualité d'établissement industriel et commercial, les contrats conclus pour les besoins de ses activités relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l'exception de ceux relatifs à celles de ses activités qui ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique ; que la convention litigieuse a été conclue par la Caisse centrale de réassurance, agissant en son nom et pour son compte, en sa qualité de gestionnaire du fonds, alors qu'elle possédait la qualité d'établissement public industriel et commercial en vertu de la loi n° 46-835 du 25 avril 1946 ; que, par suite, elle a été passée entre une personne publique et un contractant de droit privé. »

TC, 11 avril 2016, Société Foxmax LNG c/ Société TCM FR Tecnimont et Saipem :

« Considérant, en premier lieu, que le contrat litigieux a été conclu par Gaz de France alors qu'il possédait la qualité d'établissement public industriel et commercial afin de satisfaire à ses obligations de service public de fourniture de gaz naturel portant sur la continuité de la fourniture et la sécurité des approvisionnements et avait pour objet la réalisation de travaux immobiliers dans un but d'intérêt général ; qu'il constitue un contrat de droit public ;

Considérant, en deuxième lieu, que, sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu ; que, par suite, ni la modification du statut de Gaz de France, devenu société anonyme en application de l'article 24 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004, ni la cession du contrat à la société Fosmax A...avec effet rétroactif au jour de sa conclusion n'ont eu pour effet d'en modifier la nature juridique. »

TC, 4 juillet 2016, Société JCS Investissement, Société SODEC et autres c/ Société Aéroports de Paris :

« Considérant que le protocole d'accord du 23 juillet 2003 a été conclu par ADP alors qu'il avait la qualité d'établissement public, afin de définir les conditions dans lesquelles les sociétés JSC Investissement et Sogeprom seraient autorisées à occuper une dépendance du domaine public aéroportuaire pour réaliser et exploiter un centre commercial ; qu'il constitue un contrat administratif ;

Considérant que, sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu ; que ni la modification du statut d'ADP, devenu société anonyme en application de la loi du 20 avril 2005, ni la circonstance que, compte tenu des différentes phases prévues pour la mise en œuvre du protocole, l'occupation de la dépendance aéroportuaire en cause, devenue propriété privée d'ADP, pour y réaliser le centre commercial n'exigeait plus, à la date où toutes les conditions prévues étaient susceptibles d'être remplies, qu'un accord de droit privé entre ADP et les sociétés, n'ont eu pour effet de modifier la nature juridique de ce contrat ;

Considérant, dès lors, que le litige contractuel engagé par les sociétés JSC Investissement, SODEC et SODEC Commercialisation et Gestion pour non-respect, par ADP, de l'engagement qu'il avait pris, selon elles, en signant le protocole de 2003, de leur permettre de réaliser un centre commercial dans l'enceinte de l'aéroport de Roissy-Charles de Gaulle ressortit à la compétence de la juridiction administrative. »

## **2. La présomption d'administrativité : deux personnes publiques parties au contrat**

Le contrat conclu entre personnes publiques est présumé être administratif, sauf s'il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé (TC, 21 mars 1983, Union des Assurances de Paris, UAP, Rec., p. 537 ; AJDA 1983, p. 356, concl. Labetoulle). Une telle présomption peut paraître logique : les personnes publiques exercent en principe des missions de gestion publique ; si le contentieux est confié en principe au juge administratif, ce n'est pas seulement au regard des parties au contrat mais aussi en raison des missions spécifiques des personnes publiques. Cela explique donc que cette présomption puisse être renversée en considération de l'objet du contrat. Cependant, et la jurisprudence l'a bien souligné, ce n'est pas l'objet du contrat en lui-même qui peut conduire à renverser la présomption. Ainsi un contrat de bail n'est pas en lui-

même un contrat dont le juge estime que l'objet ne ferait naître entre les parties que des rapports de droit privé. Le juge s'interroge sur le contenu et les clauses du contrat.

### Exemple

CE, 11 mai 1990, Bureau d'aide sociale de Blénod les Ponts-à-Mousson, n° [60247](#) :

*« Considérant qu'un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif, impliquant la compétence des juridictions administratives pour connaître des litiges portant sur les manquements aux obligations en découlant, sauf dans les cas où, eu égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé ;*

*Considérant qu'aux termes de la "convention de location" passée le 20 avril 1976, l'Office public d'habitations à loyer modéré de Meurthe-et-Moselle a donné à bail au bureau d'aide sociale de Blénod les Ponts-à-Mousson pour une durée d'un an renouvelable, un ensemble de bâtiments moyennant une redevance fixée en fonction de la législation sur les HLM ; que l'article 6 de cette convention stipule que le bureau d'aide sociale a "la responsabilité entière et exclusive de tous les services ... fonctionnant dans les lieux loués" ; que, dès lors, eu égard à son objet, le contrat dont il s'agit n'a fait naître entre l'Office public d'habitations à loyer modéré de Meurthe-et-Moselle et le bureau d'aide sociale de Blénod les Ponts-à-Mousson que des rapports de droit privé. »*

La présomption d'administrativité est renversée non pas en raison du seul objet du contrat mais en fonction de ses clauses. Ainsi peut-on penser que la présence d'une clause exorbitante dans le contrat est de nature à maintenir la présomption même si le contrat est un contrat de bail. Mais quel est alors l'objet du contrat qui ne ferait naître entre les personnes publiques que des rapports de droit privé ? On pense à la gestion du domaine privé par les personnes publiques, aux relations commerciales avec un établissement public industriel et commercial... L'objet seul ne paraît pas permettre de renverser la présomption. Le juge applique la présomption mais vérifie les critères classiques du contrat.

### Exemple

TC, 7 octobre 1991, CROUS de l'Académie de Nancy-Metz, n° [02651](#) :

*« Considérant qu'un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif, impliquant la compétence des juridictions administratives pour connaître des litiges relatifs à ce contrat, sauf dans le cas où, eu égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé ;*

*Considérant qu'il ressort de l'examen des clauses de la convention du 20 septembre 1980 et de celles des stipulations du cahier des charges annexé au bail du 18 mai 1981 qui forment avec elle un ensemble indivisible, que cette convention a eu pour objet l'exécution même du service public de logement des étudiants et revêt donc le caractère d'un contrat administratif ; qu'il suit de là que seules les juridictions de l'ordre administratif sont compétentes pour interpréter ladite convention et, le cas échéant, en prononcer la nullité. »*

On s'interroge donc sur l'utilité d'une telle présomption puisque le juge vérifie le critère matériel ensuite. Il s'agit de l'application presque classique des critères d'identification du contrat administratif...

Le Conseil d'Etat a rappelé l'impossibilité de contracter avec soi-même : un accord entre services de l'Etat ne peut avoir un caractère contractuel (CE, 20 mai 2025, n° [491398](#), Voies navigables de France).

## B - Des atténuations partielles du critère organique

Il peut arriver qu'un contrat conclu entre deux personnes privées puisse quand même être qualifié de contrat administratif, dérogeant ainsi au critère organique.

### 1. Le mandat : une atténuation logique

Selon le juge, les contrats conclus entre personnes privées sont en principe des contrats de droit privé, sauf le cas où l'une des parties agit pour le compte d'une personne publique ou celui dans lequel il constitue

l'accessoire d'un contrat de droit public (TC, 8 juillet 2013, Société d'exploitation des énergies photovoltaïques, n° 3906).

Le juge semble peu utiliser cette référence à l'accessoire d'un contrat de droit public (CE, 7 juin 2018, Société ENEDIS, n° 409226). Il la contrôle cependant de temps en temps (TC, 11 fév. 2019, Soc. T2S c/ Soc. EDF, n° 4148).

Une personne publique a passé un contrat de mandat avec une personne privée, pour qu'elle agisse en son nom. Si la personne privée conclut un contrat avec une autre personne privée, le contrat sera qualifié d'administratif, sous réserve que le critère matériel soit rempli, la personne privée agissant en réalité au nom et pour le compte de la personne publique. Le contrat de mandat peut être explicite.

#### **Exemple**

Une personne privée agit au nom et pour le compte d'une personne publique, sans qu'il y ait mandat exprès (CE, 2010, Soc. Bioenerg, n° 333275).

On parle alors de mandat implicite.

Le Tribunal des conflits a précisé la distinction entre un concessionnaire et un mandataire (TC, 4 juill. 2022, n° 4247, Société Allianz global corporate et specialty) : une personne morale de droit privé qui, ayant obtenu de l'Etat la concession d'un aéroport, est chargée de l'exploitation de celui-ci et de la fourniture du service aéroportuaire ne saurait être regardée comme un mandataire de l'Etat. Il ne peut en aller autrement que s'il résulte des stipulations qui définissent la mission du concessionnaire ou d'un ensemble de conditions particulières prévues pour l'exécution de celle-ci que la concession doit en réalité être regardée, en partie ou en totalité, comme un contrat de mandat, par lequel l'Etat demande seulement à son cocontractant d'agir en son nom et pour son compte, notamment pour conclure avec d'autres personnes privées les contrats nécessaires. Tel n'était pas le cas en l'espèce, le concessionnaire agissant bien pour son propre compte.

Il peut arriver que le juge s'interroge sur la nature juridique exacte d'un organisme qui a conclu un contrat avec une entreprise privée ; la question peut en effet se poser s'agissant des associations dites transparentes, qui ne sont en réalité des faux nez de l'administration. Si une association transparente, qui agit en réalité comme si c'était la personne publique avec laquelle elle est étroitement liée, conclut un contrat avec une personne privée, ce contrat peut être qualifié de contrat administratif. Mais encore faut-il identifier ce type d'association ;

#### **Exemple**

le Tribunal des conflits a ainsi précisé que, « si l'association Philharmonie de Paris, créée à l'initiative de l'Etat et de la ville de Paris pour assurer la maîtrise d'ouvrage de la construction d'un équipement culturel et son exploitation, a exercé une mission de service public, elle était une association régie par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 dont aucune de ces personnes publiques ne contrôlait, seule ou conjointement avec l'autre, l'organisation et le fonctionnement ni ne lui procurait l'essentiel de ses ressources » ; cette approche explique qu'il ne s'agit pas d'un contrat *in house* ou d'une quasi-régie (voir *infra*) ; « par ailleurs, elle n'a pas agi au nom et pour le compte de ces dernières mais en son nom et pour son propre compte » ; le marché signé entre l'association Philharmonie de Paris et le groupement d'entreprises est ainsi un contrat de droit privé (TC, 6 juil. 2020, Société Huet Location c/ Etablissement public Cité de la musique - Philharmonie de Paris, n° 4191).

## **2. L'objet du contrat : une atténuation désormais disparue**

#### **Exemple**

Cette hypothèse particulière avait été dégagée par le Tribunal des conflits dans l'arrêt Société Entreprise Peyrot (TC, 8 juillet 1963, Soc. Entreprise Peyrot, n° 01804).

« Considérant que la construction des routes nationales a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'Etat ; qu'elle est traditionnellement exécutée en régie directe ; que, par suite, les marchés passés par le maître de l'ouvrage pour cette exécution sont soumis aux règles du droit public ».

Dès lors, le contrat est administratif par son objet, quelles que soient les personnes qui le concluent.

### Exemple

Cette solution avait été admise pour les autoroutes et pour la voirie nationale (CE, 3 mars 1989, Société d'autoroutes de la région Rhône-Alpes, *RFDA* 1989, p. 619), ainsi que pour l'édification d'ouvrages principaux ou accessoires à l'autoroute, ou d'ouvrages contre le bruit, même hors de l'emprise de l'autoroute et sur un immeuble privé (TC, 4 novembre 1996, Mme Espinosa c/ Société Escota, *RFDA* 1997, p. 189).

Cette solution a finalement été remise en cause, du fait de son caractère dérogatoire et de moins en moins justifiable, par une décision du Tribunal des conflits Mme Rispal c/ Société Autoroutes du Sud de la France (TC, 9 mars 2015, n° [3984](#)).

Désormais, « *une société concessionnaire d'autoroute qui conclut avec une autre personne privée un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien de l'autoroute ne peut, en l'absence de conditions particulières, être regardée comme ayant agi pour le compte de l'Etat ; les litiges nés de l'exécution de ce contrat ressortissent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire* ». Cette nouvelle solution ne s'applique cependant qu'aux contrats conclus postérieurement à la date de cette décision. Le revirement de jurisprudence s'explique largement par les changements intervenus en matière routière et autoroutière : les concessions d'autoroutes sont désormais attribuées à des sociétés à capitaux entièrement privés, les routes nationales ont été, pour un grand nombre d'entre elles, transférées aux départements ; il était donc difficile de continuer à affirmer que la construction des routes et des autoroutes appartient par nature à l'Etat... Le Conseil d'Etat applique donc maintenant la solution Mme Rispal (CE, 17 juin 2015, Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône, Rec., p. 203, n° [383203](#)).

Une fois que le critère organique est rempli, le juge va vérifier l'existence du critère matériel. Cela signifie que, si le juge estime que les exigences relatives au critère organique ne sont pas satisfaites, il n'ira pas plus loin dans son raisonnement : le contrat ne peut pas être un contrat administratif.

## §2 : Le critère matériel du contrat

Le critère matériel ne peut donc être vérifié que si le critère organique est lui-même rempli. Le critère matériel se divise en deux branches (on parle alors de critère « alternatif » du contrat), il suffit que l'une des deux conditions soit remplie pour que le contrat soit administratif ; le juge administratif n'établit pas de hiérarchie entre les deux branches de ce critère (TC, 7 juillet 1980, Société d'exploitation touristique de la Haute-Maurienne, *AJDA* 1981, p. 48, note de Laubadère). Le contrat peut contenir une clause impliquant que le contrat relève d'un régime exorbitant, ou il peut être en lien avec une mission de service public.

## A - Les clauses impliquant que le contrat relève du régime exorbitant des contrats administratifs

Le critère initial parlait de « clauses exorbitantes du droit commun » ; la jurisprudence a évolué pour insister sur le régime spécifique des contrats administratifs, marqué par le sceau de la puissance publique.

### 1. La détermination du critère

Alors même que le contexte était particulièrement favorable au service public, le Conseil d'Etat a, en 1912, estimé qu'un contrat de fourniture de pavés passé entre la ville de Lille et une société « *avait pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers* » ; le contrat était donc un contrat de droit privé (CE, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, Rec., p. 909, concl. Blum) ; en l'absence de clauses exorbitantes, le contrat ne peut se voir soumis à la compétence du juge administratif. Les conclusions du commissaire du gouvernement Léon Blum sont restées célèbres ; selon lui, « *pour que le juge administratif soit compétent, il ne suffit pas que la fourniture qui est l'objet du contrat doive être ensuite utilisée pour un service public ; il faut que ce contrat par lui-même et de par sa nature propre, soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer* ». Et le critère du contrat administratif repose donc

sur l'existence de clauses exorbitantes du droit commun, qui révèlent le fait que seule une personne publique peut conclure ce type de contrats.

Une fois que le critère est dégagé, encore faut-il l'expliciter. Qu'est-ce qu'une clause exorbitante, comment peut-on l'identifier ? Selon les juges, il s'agit d'une clause inhabituelle ou interdite ou illégale en droit privé.

### Exemple

Dans l'arrêt Stein ([CE, Sect., 20 octobre 1950](#)), le Conseil d'Etat indique que la clause exorbitante est la « *clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales* ».

Mais dans certains cas, alors que la clause paraissait exorbitante, le juge ne lui reconnaît pas un tel caractère (TC, 20 février 2008, M. et Mme Verrière c/ Communauté urbaine de Lyon, [AJDA 2008, p. 436](#)).

### Exemple

TC, 20 février 2008, M et Mme Verrière (extrait) :

*« Considérant que par « convention d'occupation temporaire » en date du 22 juillet 1998, la communauté urbaine de Lyon a mis à la disposition de l'entreprise de plomberie de M. A, pour une durée de deux ans, un immeuble à usage d'entrepôt et de bureaux appartenant au domaine privé de la communauté urbaine ; que l'article 15 de cette convention permet au propriétaire de reprendre la jouissance de l'immeuble à tout moment et pour tout motif, sans indemnité, sous réserve d'un préavis d'un mois, et que par son article 12 le preneur renonce à tout recours contre la communauté urbaine pour quelque cause que ce soit ; que la question de compétence renvoyée au Tribunal des conflits concerne l'action engagée par M. et Mme A contre la communauté urbaine pour manquement à ses obligations contractuelles concernant l'entretien de l'immeuble ; Considérant que les litiges relatifs à l'application de la convention du 22 juillet 1998, qui porte sur un immeuble appartenant au domaine privé de la communauté urbaine et qui ne contient aucune clause exorbitante du droit commun, relèvent de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. »*

Le juge administratif éprouvait certaines difficultés pour qualifier un contrat lorsque celui-ci contenait des clauses renvoyant au cahier des clauses administratives générales ; il considérait ainsi qu'un tel renvoi introduisait dans le contrat des clauses exorbitantes (CE, 3 juin 2009, GIP Carte du professionnel de santé, n° [319103](#)).

## 2. La précision du critère

Devant les approximations auxquelles donnait lieu l'analyse de la clause exorbitante, le Tribunal des conflits a fait évoluer le critère (TC, 13 octobre 2014, SA AXA France IARD, n° [C3963](#)).

La notion de clause exorbitante ne disparaît pas, mais elle est appréhendée d'une autre manière. Elle n'est plus définie par son contenu mais par son but, en remplaçant l'intérêt général au centre du critère. Le Tribunal des conflits précise la notion de clause exorbitante, en retenant une approche positive et non plus seulement négative, en référence au droit commun. Il recentre la clause exorbitante sur la spécificité de l'action administrative ; la clause doit conférer à la personne publique des prérogatives ou des avantages exorbitants ; de plus, cette clause doit avoir été insérée dans le contrat dans un but d'intérêt général.

### Exemple

Cette solution avait été annoncée par une autre décision du Tribunal des conflits, du 28 mars 2011, Groupement forestier de Baume haie c/ Office national des forêts, n° [11-03787](#).

Les clauses exorbitantes étaient ici mises en œuvre par le contrat.

Le Tribunal des conflits a confirmé ce critère et il convient d'y prêter attention : **c'est bien à la personne publique contractante que les clauses du contrat doivent conférer, dans l'intérêt général, des prérogatives particulières dans l'exécution du contrat, qui impliquent que le contrat relève du régime exorbitant des contrats administratifs.**

### Exemple

Si le contrat comporte des clauses conférant à une personne privée des prérogatives particulières, notamment le pouvoir de résilier unilatéralement le contrat pour un motif d'intérêt général, celui-ci ne sera pas qualifié de contrat administratif, « *dès lors que les prérogatives en cause sont reconnues à la personne privée et non à la personne publique* » (TC, 2 nov. 2020, Société Eveha c/ Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP), n° 4196). Cette solution est appliquée régulièrement (TC, 8 fév. 2021, SNCF et SNCF Réseau c/ Société Entropia Conseil, n° 4201). Le juge des conflits a ainsi estimé que « *La vente par la commune de Phalsbourg à la société Gartiser d'une parcelle appartenant à son domaine privé en vue de la réalisation d'un bâtiment industriel n'a pas pour objet l'exécution d'un service public. Par ailleurs ni les clauses par lesquelles la société s'engage, sous une condition résolutoire, à déposer un permis de construire et à réaliser un bâtiment dans certains délais, ni celles qui encadrent le droit de la société de disposer du terrain, ni celles qui encadrent les conditions de retour du bien en cas de résolution de la vente, ni aucune autre clause n'impliquent que, dans l'intérêt général, le contrat relève du régime exorbitant des contrats administratifs* » (TC, 11 mars 2023, n° 4266, Commune de Phalsbourg c/ Société SGTP 67). Il est également utile de se reporter à la décision du Tribunal des conflits du 3 juillet 2023, qui utilise les deux critères (clauses et exécution du service public) pour conclure à l'absence de caractère administratif du contrat de bail conclu entre un particulier et une commune (TC, 3 juillet 2023, n° 4278, Mme Léonie C. c/ Commune de Baie-Mahault). Dans la décision du TC du 9 octobre 2023 (n° 4284, SA Ingénierie Gestion Industrie Commerce c/ Cne d'Aulus-les-Bains), le juge écarte l'existence d'un contrat administratif par détermination de la loi et reprend le critère lié à la clause pour conclure à la nature privée du contrat. De même, le contrat par lequel une personne publique cède des biens immobiliers faisant partie de son domaine privé est en principe un contrat de droit privé, sauf si ce contrat a pour objet l'exécution d'un service public ou s'il comporte des clauses qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, impliquent, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs (TC, 17 juin 2024, n° 4306). Le contrat de bail dont une chambre de commerce et d'industrie est preneur ne constitue pas un contrat administratif (TC, 8 déc. 2025, n° 4363, Chambre de commerce et d'industrie de l'Hérault c/ SCI Icare's lounge 1).

On mesure ainsi la différence du critère avec celui des clauses exorbitantes utilisé précédemment.

Le critère est désormais systématiquement utilisé, y compris pour déterminer la nature juridique du contrat conclu entre deux personnes publiques :

### Exemple

TC, 6 juin 2016, Commune d'Aragnouet c/ Commune de Vignec, n° [C4051](#), à propos de la cession d'une commune à une autre de biens immobiliers appartenant à son domaine privé, régime exorbitant reconnu en l'espèce.

Le juge administratif applique le critère :

### Exemple

CE, 2 mai 2016, CHRU de Montpellier, n° [381370](#) (absence de clauses impliquant que le contrat relève d'un régime exorbitant ; même solution pour CE, 20 juill. 2022, n° [457616](#), s'agissant des prérogatives reconnues à l'ONF).

En revanche, le juge retient la solution inverse, donc admet l'application d'un régime exorbitant dans l'arrêt du 5 février 2018, Société Peyrani, n° [414846](#).

### Remarque

**ATTENTION : la mise en œuvre de ce critère connaît une exception notable.**

Les contrats conclus entre les services publics industriels et commerciaux (SPIC) et leurs agents et les SPIC et leurs usagers sont des contrats de droit privé, même s'ils comportent des clauses exorbitantes, ceci révélant la volonté des juges de constituer un bloc de compétence au profit du juge judiciaire : [TC, 17 décembre 1962, Dame Bertrand](#), Rec., p. 831, concl. Chardeau.

La référence au régime exorbitant n'est pas totalement nouvelle.

### Exemple

Le juge administratif avait déjà précisé que, sans contenir de clauses exorbitantes, un contrat pouvait être soumis à un régime juridique exorbitant du droit commun (CE, 19 janvier 1973, Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant, Rec., p. 48 ; AJDA 1973, p. 358, chron. Léger et Boyon).

Ces contrats comportant une obligation d'achat d'énergie sont désormais administratifs par détermination de la loi (art. [L. 314-7](#) du Code de l'énergie).

Art. L. 314-7 du Code de l'énergie :

*« Les contrats conclus en application de la présente section par Electricité de France et les entreprises locales de distribution sont des contrats administratifs qui ne sont conclus et qui n'engagent les parties qu'à compter de leur signature. »*

*Les contrats prévoient les conditions dans lesquelles ils peuvent être suspendus ou résiliés par Electricité de France, les entreprises locales de distribution ou les organismes agréés mentionnés à l'article L. 314-6-1, dans des conditions approuvées par l'autorité administrative. »*

La première branche du critère alternatif a donc fait l'objet de précisions ; il en est de même de l'autre branche, qui est en lien avec le service public.

## B - Le lien avec le service public

---

Cette deuxième branche se divise elle-même en deux, mais c'est la première qui est la plus utilisée. Soit le cocontractant participe directement à l'exécution même du service public ; soit le contrat permet l'exécution du service public par l'administration.

### 1. La participation du cocontractant à l'exécution même du service public

---

#### Exemple

C'est avec l'arrêt CE, Sect., 20 avril 1956, Époux Bertin, n° [98637](#), que cette branche de l'alternative du critère matériel est reconnue, marquant en même temps le retour de la notion de service public dans l'identification de certaines notions clés du droit administratif : le contrat est administratif si le cocontractant participe directement à l'exécution même de la mission de service public. Il s'agissait dans cette affaire d'un contrat verbal conclu avec les époux Bertin pour qu'ils fournissent de la nourriture à des réfugiés soviétiques ; les époux Bertin se voient confier l'exécution même d'une mission de service public, consistant dans le rapatriement de réfugiés de nationalité étrangère. Le juge ne vérifie donc que cet élément, il ne regarde pas si le contrat comporte des clauses exorbitantes. La participation à l'exécution même de la mission de service public suffit pour reconnaître au contrat un caractère administratif, à condition toutefois que la participation du cocontractant soit effective, véritable. Le Tribunal des conflits a explicité le critère (TC, 10 déc. 2018, Association pour le musée des Iles Saint-Pierre-et-Miquelon c/ Collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon, n° 4140) : l'exploitation d'un musée relève d'une mission de service public ; la convention en litige a transféré la propriété de l'intégralité de sa collection à la collectivité territoriale dans le but de constituer le fonds initial du musée créé par cette dernière ; la convention stipule que l'association pourra participer, sous l'autorité du responsable du musée, à l'enrichissement des collections ainsi qu'à l'organisation de visites guidées, d'expositions temporaires et de conférences ; elle prévoit aussi que la collection dévolue au musée de la collectivité ne pourra faire l'objet d'aucune autre affectation, d'aucun dépôt ni d'aucun prêt sans l'accord de l'association. Il résulte de l'ensemble de ces éléments que celle-ci participe à l'exécution du service public dont a la charge le musée de la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon. Il s'agit donc d'un contrat administratif.

Ce critère a été entendu de manière assez large ;

### Exemple

Ainsi est considéré comme un contrat administratif le contrat par lequel une commune confie à une entreprise privée la mise en fourrière d'un véhicule (TC, 14 mai 1990, GIE Copagau Copa Gly Taxitel, Rec., p. 394). A l'inverse, la signature par une entreprise d'ambulances d'une charte avec le CHRU de Montpellier « *n'a pas pour objet de confier aux cocontractants de l'administration l'exécution même du service public hospitalier, tel qu'il est défini par les chapitres I et II du titre Ier du livre Ier de la sixième partie du Code de la santé publique, dans sa rédaction alors en vigueur, ni de leur confier l'exécution d'une mission de service public que l'hôpital aurait entendu prendre en charge* » (CE, 2 mai 2016, CHRU de Montpellier, n° [381370](#)).

### Attention au cas particulier de l'agent lié par contrat avec l'administration.

Pendant longtemps, le juge a appliqué le critère général à cette situation ; cela impliquait que, pour savoir si un agent employé par une administration était lié à elle par un contrat de droit public, il fallait déterminer si les missions qui lui étaient confiées le faisaient participer ou non au service public (CE, 4 juin 1954, Affortit et Vingtain, Rec., p. 342). L'analyse portait donc sur les missions précisément confiées à l'agent : soit elles étaient directement en lien avec l'objet du service public, et le contrat était de droit public ; soit elles n'étaient pas en lien direct avec l'objet du service public et le contrat était de droit privé.

### Exemple

Ainsi le juge avait-il estimé que le gardien d'un HLM chargé de la surveillance d'un groupe d'immeubles participait directement à l'exécution même du service public du logement (CE, Sect., 20 mars 1959, Lauthier, Rec., p. 198).

Cela imposait au juge de vérifier scrupuleusement la "fiche de poste" de l'agent, la nature exacte de ses missions au regard de l'objet du service public.

### Exemple

Cependant, une difficulté difficilement compréhensible pour le justiciable est apparue avec la solution rendue dans l'arrêt Dame Veuve Mazerand (TC, 25 novembre 1963, Rec., p. 792) : cette dame, employée par une commune dans une école primaire, devait entretenir le chauffage ; elle ne participait donc pas directement à la mission de service public de l'enseignement, et son contrat était de droit privé ; mais la commune lui a ensuite confié la surveillance des enfants après la classe, ce qui a eu pour objet de la faire participer directement à la mission de service public de l'éducation... Devant quelle juridiction devait-elle alors porter le litige né de l'exécution de son contrat ? Selon la décision rendue, elle devait diviser son recours selon la nature des missions à l'origine du litige... Différents arrêts ont tenté de simplifier cette solution...

Il a fallu attendre la décision Berkani (TC, 25 mars 1996, Rec., p. 535, concl. Martin) pour trouver une simplification. Le principe est désormais posé : les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public administratif, sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi. Une précision a ensuite été apportée : il faut que le service public administratif soit géré par une personne publique (v. CE, 26 juin 1996, Commune de Céreste, Rec., p. 246). Désormais, il n'est plus nécessaire de regarder exactement les missions accomplies par l'agent au regard de l'objet du service public ; dès lors qu'il est employé par une personne publique gérant un service public administratif (SPA), l'agent sera lié au service par un contrat de droit public, ce qui simplifie nettement la jurisprudence... encore que le Tribunal des conflits continue à être régulièrement saisi de questions tenant à la nature juridique des contrats de recrutement d'agents.

### Exemple

Pour la nature juridique du contrat liant un chef de rang aux services de la Présidence de la République : TC, 9 février 2015, M. A. c/ Etat, n° [3997](#).

Le critère dégagé est utilisé par le juge administratif mais aussi par le juge judiciaire. Il est important de noter que cette solution ne trouve à s'appliquer que dès lors que la nature juridique du contrat n'a pas été déterminée par un texte. S'agissant par exemple des anciens contrats emploi solidarité, le législateur avait indiqué qu'ils étaient des contrats de droit privé, alors même que les critères de la jurisprudence Berkani étaient remplis ; la qualification législative empêche donc de recourir aux critères jurisprudentiels.

## 2. L'exécution même du service public par l'administration

Le contrat a pour objet même l'exécution du service public.

**Exemple**

Ce critère a été consacré par l'arrêt CE, Sect., 20 avril 1956, *Ministre de l'agriculture contre consorts Grimouard* (Rec., p. 168 ; *RDP* 1956, p. 1058, concl. Long, note Waline) ; le cocontractant ne participe pas directement à l'exécution de la mission de service public ; c'est la conclusion du contrat qui permet l'exécution du service public ou une de ses modalités. Dans l'affaire précitée, ce sont les opérations de boisement et de reboisement qui constituent l'une des modalités de l'exécution du service public de reconstitution de la forêt française.

Ce critère demeure cependant peu utilisé.

**Exemple**

Le juge a, par exemple, estimé que la prise en charge par une commune d'une opération de décentralisation industrielle permet d'assurer l'exécution d'une mission de service public (CE, 26 janvier 1974, *Société La Maison des Isolants de France*, n° [80940](#)).

Il a été utilisé récemment (TC, 2 nov. 2020, *Société Eveha c/ INRAP*, précité) : le contrat par lequel la personne projetant d'exécuter les travaux qui ont donné lieu à la prescription, par l'Etat, de réaliser des fouilles d'archéologie préventive confiée à l'INRAP, établissement public, le soin de réaliser ces opérations de fouilles, a pour objet l'exécution même de la mission de service public de l'archéologie préventive.

Le juge peut tout à fait conclure, après les avoir examinés, qu'aucun des deux critères n'est rempli, le contrat relevant donc du droit privé (TC, 1<sup>er</sup> juillet 2019, *Soc. EcoDDS c/ Syndicat mixte Sud Rhône Environnement*).

Les critères organique et matériel permettent ainsi d'identifier la nature juridique du contrat, ce qui permet de connaître le régime juridique spécifique applicable à un tel contrat.

## Section 2 : Le régime juridique du contrat administratif

---

Le régime juridique du contrat est marqué par la possibilité pour l'administration de faire prévaloir, à tout moment, l'intérêt général. Les spécificités se remarquent lors de la formation du contrat (§1) comme lors de son exécution (§2). Quant au contentieux du contrat (§3), il a fait l'objet d'évolutions très importantes depuis une quinzaine d'années.

### §1 : La formation du contrat administratif

---

L'administration n'a pas toujours la liberté de choisir le procédé contractuel. L'acte unilatéral lui est parfois imposé comme moyen d'action ; c'est essentiellement le cas en matière de police administrative. Lorsqu'elle utilise le procédé contractuel, l'administration est tenue de respecter certaines règles, issues du droit européen, du droit interne et de la jurisprudence.

#### A - L'autorité compétente

---

Le juge administratif a précisé, ce qui n'allait pas nécessairement de soi, qu'une personne publique peut engager une procédure de passation d'un contrat qui ne relève pas encore de sa compétence (CE, 9 juin 2020, Métropole de Nice-Côte d'Azur, n° [436922](#)) ; la seule circonstance que cette personne publique ne soit pas compétente en ce domaine ne suffit pas à faire regarder la procédure de passation comme étant irrégulière. La personne qui signe le contrat doit être l'autorité compétente pour engager valablement la personne publique. Pour qu'une personne publique puisse valablement conclure un contrat, elle doit être représentée par l'autorité compétente pour agir en son nom. Ainsi pour engager l'Etat, c'est en principe le ministre compétent (celui qui est concerné par le contrat) avec des possibilités de délégation aux préfets. De plus, certains contrats doivent être approuvés par la loi ou par un décret. Au niveau local, c'est l'exécutif qui peut signer le contrat engageant la collectivité, après délibération de l'assemblée délibérante locale l'autorisant à passer le contrat. L'assemblée délibérante peut aussi donner délégation à l'exécutif pour conclure les contrats les moins importants en termes financiers ; la délibération doit indiquer le montant en-dessous duquel les contrats peuvent être signés par l'exécutif, en principe actuellement 300 000 euros.

#### B - Le choix du contrat et du cocontractant

---

L'administration n'a pas toujours le choix du contrat qu'elle souhaite conclure. La loi peut lui imposer de recourir à un type de contrat précis, étant précisé que l'administration peut aussi, si cela est possible, conclure un contrat dans les conditions du droit commun. Il n'est pas rare que l'administration essaie de prévoir des montages contractuels complexes pour tenter d'échapper aux règles particulièrement contraignantes du droit public. Ces techniques tendent à se raréfier, au fur et à mesure d'un encadrement de plus en plus précis de la passation des contrats publics. Il existe actuellement deux grandes catégories de contrats, le marché et la concession, qui obéissent à des régimes différents. Le juge a également été amené à préciser qu'une personne publique pouvait être candidate à un contrat de la commande publique. On précisera, pour information, qu'un Code de la commande publique devrait prochainement voir le jour.

### 1. Le choix entre marché et concession

---

L'on a assisté à un renforcement des mécanismes de publicité et de mise en concurrence, en particulier sous l'influence du droit de l'Union européenne mais aussi du droit interne. La volonté est de lutter contre la corruption et d'assurer une meilleure transparence dans la passation des contrats publics. Initialement, et de manière simplifiée, la procédure de passation des marchés publics était très contraignante ; elle l'était moins pour les

concessions de travaux, et il n'existait que peu de contraintes pour la passation des concessions de service public. Deux directives européennes ont redéfini les règles de passation applicables : directive [2014/24](#) sur la passation des marchés publics, transposée par l'ordonnance du 23 juillet 2015 (ratifiée par la loi du 9 décembre 2016) et par le décret du 25 mars 2016 et directive [2014/23](#) du 26 février 2014 sur l'attribution du contrat de concessions, transposée par l'ordonnance du 29 janvier 2016 (également ratifiée par la loi du 9 décembre 2016) et par le décret du 1<sup>er</sup> février 2016. Si les mécanismes de passation demeurent différents, l'on peut noter un rapprochement des procédures.

- **Les marchés publics** : désormais, selon l'article 1111-1 du Code de la commande publique, « *Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent.* »

Et selon l'article L. 3, « *Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en oeuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures (...). Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.* »

L'administration doit d'abord déterminer les besoins à satisfaire en prenant en compte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économiques, sociales et environnementales (art. [L. 2111-1](#)). S'ouvre ensuite la phase de publicité (art. [L. 2131-1 et s.](#)) et de mise en concurrence. On distingue :

- les procédures formalisées (art. [L. 2124-1 et s.](#)) si la valeur estimée hors taxe du marché est supérieure aux seuils européens (au 1<sup>er</sup> janvier 2022, 140 000 HT pour les marchés publics de fournitures et de services de l'État ; 215 000 € HT pour les marchés publics de fournitures et de services des collectivités territoriales ; 431 000 HT pour les marchés publics de fournitures et de services des entités adjudicatrices et pour les marchés de fournitures et de services passés dans le domaine de la défense ou de la sécurité ; 5 382 000 € HT pour les marchés publics de travaux) ; il s'agit de la procédure d'appel d'offres (ouvert ou restreint, par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats), de procédure concurrentielle avec négociation (un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques), de la procédure négociée avec mise en concurrence préalable (une entité adjudicatrice négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques ; mais, lorsque la prestation, objet d'un marché public, est connue et normalisée, le pouvoir adjudicateur ne peut pas recourir à la procédure concurrentielle avec négociation : CE, 7 oct. 2020, Lyon Métropole Habitat, n° [440575](#)), de la procédure de dialogue compétitif (l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre) ;
- La procédure adaptée dont les modalités sont déterminées par l'acheteur dans le respect des principes généraux, lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens ou en fonction de l'objet de ce marché ;
- La procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables, pour les petits marchés (moins de 40 000 euros HT à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022).

- **Les concessions** obéissent à un régime un peu différent. Le terme utilisé en France était la délégation de service public, qui se caractérisait par le mode de rémunération du cocontractant ; la rémunération était substantiellement liée aux résultats de l'exploitation (CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de Lambesc, Rec., p. 137 ; RFDA 1996, p. 715, concl. Chantepy, note Terneyre ; loi MURCEF du 11 décembre 2001, art. 3-I). Progressivement, pour identifier une délégation de service public, le juge a insisté sur l'existence d'un transfert de risque au cocontractant (CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée, AJDA 2008, p. 2454). Les textes ont modifié cette définition et retiennent désormais le terme de concession, qui englobe les anciennes délégations de service public.

Définition de la concession (art. [L. 1121-1](#)) :

« *Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs*

économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

*La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés. »*

Le juge a précisé la distinction entre marché et concession (**CE, 9 juin 2021, Société Allo Casse Auto**, n° 448948) : « Les contrats pour la conclusion desquels la ville de Paris a lancé la procédure litigieuse ont pour objet de confier à leur titulaire l'enlèvement des véhicules abandonnés dans les parcs de fourrière placés sous sa responsabilité, conformément à l'article L. 325-8 du code de la route. La fréquence et le volume des enlèvements auxquels le titulaire s'engage à procéder sont fixés par les stipulations du contrat. Le service ainsi rendu par les entreprises de démolition automobile cocontractantes ne fait l'objet d'aucune rémunération sous la forme d'un prix, les stipulations des conventions projetées, qui reprennent les clauses types définies à l'article R. 325-45 du code de la route, indiquant que ces entreprises ont le droit, en contrepartie de leurs obligations, de disposer des accessoires, pièces détachées et matières ayant une valeur marchande issus des véhicules. Aucune stipulation de ces conventions ne prévoit par ailleurs de compensation, par la ville de Paris, des éventuelles pertes financières que pourrait subir son cocontractant du fait des risques inhérents à l'exploitation commerciale des produits issus de ces enlèvements. Dans ces conditions, ces conventions, qui prévoient que la rémunération du service rendu prend la forme du droit d'exploiter les véhicules abandonnés et qui transfèrent à leurs titulaires le risque inhérent à cette exploitation, présentent le caractère de concessions de service ». Le Conseil d'Etat, en tant que juge de cassation, exerce un contrôle de la qualification juridique des faits de transfert d'un risque d'exploitation (CE, 24 mars 2022, n° 449826, Commune de Toulouse, il conclut en l'espèce à l'existence d'une délégation de service public).

La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale (art. L. 3111-1). Une procédure de publicité est organisée (art. L. 3121-1). L'avis de concession comporte notamment une description de la concession et des conditions de participation à la procédure de passation ; cet avis comporte des éléments différents selon que la valeur de la concession (calculée selon les éléments indiqués aux art. R. 3121-1 et s.) est inférieure ou supérieure au seuil européen (5 350 000 euros). Selon l'article L. 3121-1 du Code de la commande publique, « L'autorité concédante organise librement une procédure de publicité et mise en concurrence qui conduit au choix du concessionnaire dans le respect des dispositions des chapitres I à V du présent titre et des règles de procédure fixées par décret en Conseil d'Etat./ Elle peut recourir à la négociation./ Ces dispositions s'appliquent sous réserve des règles particulières du chapitre VI du présent titre. »

L'évolution la plus importante dans la procédure de passation d'une concession par rapport à ce qui était pratiqué pour les délégations de service public tient à l'attribution du contrat, qui le rapproche d'un marché public.

Attribution du contrat de concession (art. R. 3124-4) :

« Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde, conformément aux dispositions de l'article L. 3124-5, sur une pluralité de critères non discriminatoires. Au nombre de ces critères, peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation.

*Les critères et leur description sont indiqués dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation. Les critères et leur description sont indiqués dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation. »*

Art. R. 3124-5 :

« L'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance. Leur hiérarchisation est indiquée dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation.

*L'autorité concédante peut modifier, à titre exceptionnel, l'ordre des critères pour tenir compte du caractère innovant d'une solution présentée dans une offre. Une telle modification ne doit pas être discriminatoire. Une offre est considérée comme présentant une solution innovante lorsqu'elle comporte des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel, et qu'elle ne pouvait être prévue par une autorité concédante diligente. L'autorité concédante publie un nouvel avis de concession ou envoie une nouvelle invitation à présenter une offre dans le respect des délais fixés aux articles R. 3124-2 et R. 3124-3. »*

Lorsque le contrat est attribué, l'autorité compétente doit indiquer aux autres candidats le choix de l'entreprise retenue (art. [L. 3125-1](#) et [R. 3125-1](#) et s.). Des délais sont prévus par les textes entre cette information et la signature définitive du contrat, permettant ainsi aux entreprises ou aux candidats non retenus de contester le choix retenu par la personne publique.

- Il existait ce que l'on appelait les **partenariats publics-privés** (ordonnance du 17 juin 2004 et loi du 28 juillet 2008). Désormais, il s'agit de **marchés de partenariat**, qui relèvent du Code de la commande publique (art. [L. 2200-1](#) et s.). Il n'est possible de recourir à ce type de marché que si certaines conditions sont réunies.

Conditions de recours à un marché de partenariat :

Art. L. 2211-16 :

*« La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage. Les modalités d'établissement de ce bilan sont fixées par décret en Conseil d'Etat. »*

Art. L. 2211-5 :

*« Les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si la valeur de ce marché est supérieure à un seuil fixé par voie réglementaire en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru. »*

Le choix de recourir à tel ou tel contrat n'est donc pas libre pour l'administration ; elle se voit imposer certaines contraintes, non seulement dans le choix du contrat mais aussi dans le choix du cocontractant. La question s'est posée de savoir si une personne publique pouvait être candidate à un marché public ou à une concession.

## **2. La possibilité pour une personne publique de se porter candidate à un contrat de la commande publique**

---

L'état de la jurisprudence a évolué.

### Exemple

Dans un arrêt du 16 octobre 2000, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau (n° 212054), le juge affirmait que « le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne faisait pas obstacle, par lui-même, à ce qu'un établissement public se porte candidat à l'obtention d'une délégation de service public proposée par une collectivité territoriale ». Dans un [avis du 8 novembre 2000](#), Société JLB Consultants, n° 222208, le Conseil d'Etat a indiqué « qu'aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public », solution qui est conforme à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Mais il est nécessaire d'éviter que le statut spécifique de l'établissement public administratif, personne publique, fausse la concurrence avec les offres proposées par des entreprises privées. Le Conseil d'Etat précise alors que « Pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information appropriés ».

Ces éléments ont été étendus par une décision d'Assemblée du 30 décembre 2014, Société Armor SNC, n° [355563](#).

Les principes posés valent désormais pour l'ensemble des personnes publiques.

### Exemple

Arrêt Société Armor SNC (extrait) :

« Considérant qu'hormis celles qui leur sont confiées pour le compte de l'Etat, les compétences dont disposent les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération s'exercent en vue de satisfaire un intérêt public local ; que si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou leurs établissements publics de coopération se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est à dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission ; qu'une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence ; qu'en particulier, le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ; que ces règles s'appliquent enfin sans préjudice des coopérations que les personnes publiques peuvent organiser entre elles, dans le cadre de relations distinctes de celles d'opérateurs intervenant sur un marché concurrentiel. »

Le juge rappelle le principe : rien n'interdit à une personne publique de se porter candidate à un contrat de la commande publique. Mais elle doit respecter une procédure et des conditions :

- **Sur le principe de la réponse** à un appel d'offres : elle ne peut déposer une candidature que si celle-ci **répond à un intérêt public** que le juge explicite (elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission) ; **cette notion d'amortissement a été explicitée par le Conseil d'Etat (CE, 14 juin 2019, Soc. Armor SNC, n° [411444](#))** : l'amortissement ne doit pas s'entendre au sens comptable, mais comme traduisant l'intérêt qui s'attache à l'augmentation du taux d'utilisation des équipements si ces derniers ne sont pas surdimensionnés par rapport aux besoins de la collectivité ;

- **Sur les modalités de la candidature** : celle-ci ne doit pas fausser le jeu de la concurrence ; ainsi le prix proposé par la personne publique doit intégrer les différents coûts en mettant en évidence les avantages qu'elle peut retirer de son statut.

#### **Exemple**

Ainsi par exemple, le recours à du personnel bénévole (sapeurs-pompiers d'un SDIS) fausse le jeu de la concurrence en proposant une offre beaucoup plus basse que celle que les entreprises privées peuvent présenter (CAA de Nancy, 10 décembre 2015, Centre hospitalier intercommunal de la Haute-Saône, n° [14NC01820](#)).

Si ces différentes conditions sont remplies, la personne publique peut répondre à un appel d'offres et proposer une candidature, susceptible d'être retenue. Cependant, le juge doit s'assurer, lorsqu'il s'agit d'une personne publique spécialisée comme un établissement public, que la candidature déposée entre bien dans le champ des compétences dudit établissement, qui est soumis au principe de spécialité.

#### **Exemple**

CE, 18 septembre 2015, Association de gestion du CNAM des Pays de la Loire, n° [390041](#) :

*« Considérant qu'il appartient au juge du référé précontractuel, saisi de moyens sur ce point, de s'assurer que l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur pour exclure ou admettre une candidature ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; que, dans ce cadre, lorsque le candidat est une personne morale de droit public, il lui incombe de vérifier que l'exécution du contrat en cause entrerait dans le champ de sa compétence et, s'il s'agit d'un établissement public, ne méconnaîtrait pas le principe de spécialité auquel il est tenu. »*

La solution n'est pas la même pour les personnes privées, comme les associations ;

#### **Exemple**

le Conseil d'Etat a en effet indiqué (CE, 4 mai 2016, Association Elise, n° [396590](#)) qu'il « *n'appartient pas au juge du référé précontractuel, lorsqu'une personne morale de droit privé se porte candidate à l'attribution d'un contrat de commande publique, de vérifier que l'exécution de ce contrat entre dans le champ de son objet social* », sauf si « *un texte législatif ou réglementaire a précisément défini son objet social et ses missions* ».

Une fois que le contrat est régulièrement conclu, il doit être exécuté.

## **§2 : L'exécution du contrat administratif**

L'exécution du contrat peut se dérouler de manière normale ; il peut aussi arriver que des événements imprévus viennent perturber l'exécution du contrat. En tout état de cause, le principe du Code civil selon lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ne s'applique pas en droit public (art. [1103](#), ex-article 1134). L'administration doit pouvoir adapter en permanence le contrat à l'intérêt général et aux besoins des usagers.

## **A - Les rapports contractuels classiques**

Chaque partie a des droits et des obligations, qu'il s'agisse de l'administration contractante ou de son partenaire. Mais il est vrai que l'administration dispose de prérogatives étendues.

### **1. La prédominance des obligations du cocontractant de l'administration**

Le régime juridique du contrat administratif est profondément dérogatoire à celui du contrat de droit privé.

#### **a) Des obligations systématiques**

Le cocontractant doit respecter les délais précisés dans le contrat, sous peine de se voir infliger des sanctions.

Il doit accomplir toutes les prestations demandées, mais il peut éventuellement sous-traiter avec autorisation de la personne publique ou lorsque cela est prévu directement dans le contrat initial. Les ordonnances de 2015 sur les marchés publics et de 2016 sur les contrats de concession précisent les modalités de la sous-traitance.

## **b) Des droits essentiels**

---

Le cocontractant a droit au paiement du prix établi dans le contrat (ou à la rémunération telle qu'elle est déterminée).

Il a surtout **droit à l'équilibre économique et financier du contrat**. Cela implique que l'administration ne peut pas remettre en cause de n'importe quelle manière le contrat.

Il a droit éventuellement à des indemnités particulières en cas de travaux supplémentaires, ce qui se vérifie surtout pour les marchés de travaux publics. C'est le cas si l'entreprise rencontre des difficultés spécifiques, anormales et imprévisibles ; l'administration pourra lui accorder un dédommagement. C'est le cas également si l'entreprise réalise des travaux non demandés par l'administration, mais qui s'avèrent indispensables ou utiles à la bonne réalisation du marché.

## **2. L'importance des prérogatives de l'administration contractante**

---

L'administration dispose de pouvoirs très étendus, dans la mesure où elle doit pouvoir faire prévaloir l'intérêt général. Ces pouvoirs n'existent pas dans les relations contractuelles de droit privé. Certains sont même inhérents au droit des contrats administratifs et n'ont pas besoin d'être prévus ou rappelés dans les clauses du contrat.

### **a) Le pouvoir de direction et de contrôle**

---

L'administration surveille l'exécution du contrat, en contrôle et en dirige la réalisation. Cela peut aller très loin puisque le cocontractant n'a même pas toujours le choix des moyens pour assurer l'exécution du contrat. Cela se vérifie pour les marchés de travaux publics, l'entreprise devant se conformer aux ordres de service.

### **b) Le pouvoir de sanction**

---

Les sanctions sont prises par l'administration pour assurer l'exécution du contrat et pas seulement pour sanctionner son cocontractant. Ce sont :

- des sanctions pécuniaires, qui s'appliquent automatiquement même si l'administration ne subit aucun préjudice. La jurisprudence a apporté des précisions ; elle a d'abord indiqué que le juge, saisi de conclusions en ce sens, peut modérer ou augmenter les pénalités de retard résultant du contrat par application dont s'inspire l'article [1152](#) du Code civil, si les pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché (CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, Rec., p. 479 ; *AJDA* 2009, p. 268, note Dreyfus). Elle a ensuite précisé que les pénalités sont applicables dès le retard dans l'exécution du marché, même si le pouvoir adjudicateur ne subit aucun préjudice ; mais la modulation de leur montant est possible, si ce montant est manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant du marché mais aussi compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations (CE, 19 juillet 2017, Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, n° [392707](#)). Entrent donc désormais en compte, pour déterminer l'étendue des pénalités, leur montant au regard du marché, mais aussi l'ampleur du retard ; il est clair que quelques jours de retard peuvent s'avérer sans incidence sur l'exécution du marché, alors qu'il n'en est pas de même de quelques mois...

- des sanctions coercitives, en cas de faute grave du cocontractant. Ainsi l'administration peut décider d'exécuter elle-même le contrat (ce que l'on appelle « la mise en régie ») ; elle peut décider de remplacer le cocontractant initial par un autre, mais le contrat initial se poursuit aux frais du premier titulaire. En cas de faute particulièrement grave de son cocontractant, l'administration peut aller jusqu'à la résiliation du contrat pour faute. Les fautes commises par le cocontractant de la personne publique dans l'exécution du contrat sont susceptibles, alors même qu'elles ne seraient pas d'une gravité suffisante pour justifier la résiliation du contrat aux torts du titulaire, de limiter en partie son droit à l'indemnisation du préjudice qu'il subit du fait de cette résiliation irrégulière (CE, 18 mai 2021, Régie des transports métropolitains, n° [442530](#)).

L'administration applique ces sanctions en principe sans recours au juge ; en revanche, ce dernier peut être saisi de la légalité d'une sanction : il vérifiera la procédure suivie (mise en demeure adressée par l'administration à son cocontractant de respecter les délais, les obligations prévues, respect des droits de la défense), la proportionnalité de la sanction (la sanction infligée est-elle adaptée et proportionnée au manquement commis ?). Le juge ne peut pas en principe annuler les sanctions prises par l'administration, mais il peut infliger à cette dernière des dommages et intérêts.

## c) Le pouvoir de modification unilatérale

---

Ce pouvoir entre évidemment en contradiction avec le principe rappelé ci-dessus du Code civil, selon lequel les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. L'administration peut, de sa propre initiative, modifier le contenu du contrat et l'étendue des prestations que le cocontractant doit fournir.

Ce pouvoir est inhérent aux contrats administratifs. Alors que la doctrine s'est interrogée pour savoir si, en l'absence de clauses dans le contrat attribuant ce pouvoir à l'administration, cette dernière pouvait quand même en disposer, le juge a consacré de pouvoir de manière générale (CE, 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, Rec., p. 33 ; RDP 1984, p. 223, note Auby). Le droit des contrats publics n'est donc pas régi par le principe d'immutabilité des conventions. L'objectif est d'assurer un fonctionnement normal et régulier du service public, de répondre aux besoins des usagers, d'assurer la fourniture de prestations, donc l'administration doit pouvoir adapter le contrat. Le fondement de ce pouvoir se trouve donc dans les principes de continuité du service public et d'adaptation constante. Plus largement, l'administration doit assurer en permanence l'adéquation de son action à la satisfaction de l'intérêt général.

La modification effectuée doit être justifiée par l'intérêt général, rester dans des proportions raisonnables (CE, 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes-Le Cannet-Mandelieu La Napoule, n° [318617](#)). Le cocontractant a droit à indemnisation si la modification dépasse un certain seuil et risque de remettre en cause l'équilibre économique et financier du contrat. Si les modifications revêtent une ampleur particulière et donc dépassent un certain seuil, le cocontractant pourra demander la résiliation du contrat. En principe, la modification ne doit pas toucher à la substance même du contrat, à son objet, ni aux clauses financières qui ont été librement négociées entre les parties.

**Le pouvoir de modification unilatérale peut être utilisé par l'administration pour purger le contrat de stipulations illicites** et ainsi rendre les clauses conformes à la légalité (CE, 8 mars 2023, n° [464619](#), Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour les énergies et les réseaux de communication (SIPPEREC)). La mise en œuvre de ce pouvoir par l'administration est possible si la clause est divisible du reste du contrat ; si elle n'est pas divisible, l'administration pourra, dans le respect de la loyauté des relations contractuelles, résilier le contrat.

## d) Le pouvoir de résiliation unilatérale

---

Il ne s'agit pas ici de la mise en œuvre d'une sanction à l'égard du cocontractant qui n'aurait pas correctement rempli ses obligations, ce que l'on appelle une résiliation-sanction.

L'administration décide de supprimer pour l'avenir un contrat qui ne répond plus à l'intérêt général. Là encore, il s'agit d'un pouvoir inhérent au contrat administratif et qui n'a donc pas besoin d'être rappelé dans les clauses du contrat (CE, Ass., 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Rec., p. 246 ; AJDA 1958, II, p. 282, concl.

Kahn). L'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour y procéder, lié à l'intérêt du service ; elle ne peut y renoncer par avance ; une clause contractuelle limitant ce pouvoir serait nulle. Le cocontractant a droit à indemnité pour le préjudice effectivement subi et la perte du gain escompté. Le juge a cependant précisé que l'indemnité de résiliation ne doit pas être manifestement disproportionnée au montant du préjudice subi par le cocontractant du fait de la résiliation (CE, 3 mars 2017, Société Leasecom, n° [392446](#)).

Ce pouvoir de résiliation unilatérale peut également jouer lorsque le contrat est entaché d'une irrégularité particulièrement grave ; la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, résilier unilatéralement le contrat sans recourir préalablement au juge. Le cocontractant pourra alors prétendre, pour la période postérieure à la date d'effet de la résiliation, au remboursement des dépenses qui ont été utiles à la collectivité avec laquelle il s'était engagé. Si l'irrégularité en cause résulte d'une faute de l'administration, le cocontractant pourra prétendre, en plus, à la réparation du dommage imputable à cette faute (CE, 10 juil. 2020, Société Comptoir négoce équipements, n° [430864](#)). Même si les modalités de la résiliation ont été définies dans les stipulations mêmes du contrat conclu, le juge a estimé que l'administration était libre de résilier le contrat pour un autre motif que ceux prévus dans le dit contrat (CE, 18 déc. 2020, Société Treuils et Grues Labor, n° [433386](#)).

Il faut signaler, même si l'hypothèse est rare, la possibilité d'une résiliation à l'initiative du cocontractant de l'administration, consacrée par l'arrêt Société Grenke location (CE, 8 octobre 2014, *BJCP* 2015, n° 98, p. 3, concl. Pellissier, n° [370644](#)). Le juge rappelle un principe : le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure ; il ne peut pas se prévaloir des manquements ou des défaillances de l'administration pour ne pas respecter ses engagements ou pour prendre l'initiative de résilier le contrat. Cependant, il existe une exception, enserrée dans des contraintes très strictes :

- le contrat ne doit pas avoir pour objet l'exécution même d'un service public ;
- les parties peuvent prévoir les conditions auxquelles le cocontractant pourra résilier le contrat si l'administration ne respecte pas ses obligations ;
- le cocontractant doit informer l'administration de son intention de résilier le contrat ; il doit la mettre à même de s'opposer à la rupture des relations contractuelles, pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public ;
- si l'administration oppose effectivement un motif d'intérêt général, le cocontractant doit continuer à exécuter le contrat, sinon la résiliation pourrait être prononcée par l'administration à ses torts exclusifs ;
- le cocontractant peut cependant contester devant le juge ce motif d'intérêt général ; soit ce dernier admet le motif, et le contrat se poursuit ; soit il le rejette et la résiliation peut être prononcée.

Le contrat peut donc s'exécuter sans incidents majeurs, mais il peut en aller différemment.

## **B - L'altération des rapports contractuels**

---

Il existe trois cas d'altération, étant précisé que le dernier renvoie davantage à une mise en jeu de la responsabilité contractuelle. Le principe est que le cocontractant de l'administration a droit, en toutes circonstances, à l'équilibre économique et financier du contrat. Ce droit est maintenu, y compris lorsque des circonstances particulières empêchent l'exécution normale du contrat ou entraînent des modifications d'une importance telle que le cocontractant ne peut y faire face. Si la règle générale est que le cocontractant doit toujours continuer à exécuter le contrat, il est indispensable que l'administration lui vienne en aide pour assurer cette exécution.

### **1. Le fait du prince**

---

Il s'agit de toute mesure prise par une autorité publique et rendant plus difficile ou plus délicate l'exécution du contrat.

> **Si la mesure émane d'une personne publique autre que celle qui a conclu le contrat**, la théorie semble inapplicable et ne justifiera éventuellement qu'un recours à la théorie de l'imprévision dès lors que cet événement est extérieur à la volonté des parties.

> **Si la mesure émane de la personne publique partie au contrat**, les cas de figure sont divers :

- La mesure provient de l'administration en sa qualité de cocontractant : il s'agit simplement alors de l'exercice du pouvoir de modification unilatérale, qui existe même en l'absence de stipulations contractuelles ; ce pouvoir de modification unilatérale pourrait alors s'analyser en une manifestation du fait du prince ;
- La mesure provient de l'administration, mais à un autre titre que celui de partie au contrat :
  - Si la mesure a une portée générale et ne touche ainsi pas spécifiquement la situation du cocontractant, le cocontractant ne peut obtenir indemnisation sauf si la mesure remet en cause substantiellement le contrat ;
  - Si la mesure frappe uniquement le cocontractant, il obtiendra indemnisation.

Le fait du prince serait applicable dans ces deux derniers cas, mais la doctrine reste assez divisée sur l'étendue exacte de la théorie.

## 2. La théorie de l'imprévision

---

Cette théorie est d'origine purement jurisprudentielle (CE, 30 mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec., p. 125, concl. Chardenet) et se fonde sur le principe de continuité du service public. Un contrat avait été conclu entre la ville de Bordeaux et une compagnie d'éclairage, concessionnaire du service public du gaz. A l'occasion de la guerre, le prix du charbon augmente de manière considérable ; la société connaît alors des problèmes financiers importants : elle demande à la ville de modifier les prix du gaz, mais cela ne suffit pas. Le juge est saisi et le Conseil d'Etat dégage la théorie de l'imprévision : le contrat conclu fixe en principe précisément les obligations respectives des parties. Mais lorsque les conditions économiques du contrat ont été particulièrement aggravées, il est nécessaire de modifier la situation contractuelle initiale pour la remplacer provisoirement par une situation extra-contractuelle, qui maintient l'obligation pour le cocontractant d'exécuter le contrat. Cette théorie a également été admise par la Cour de cassation plus tardivement ; elle est désormais peu utilisée car les stipulations contractuelles envisagent cette hypothèse (v. L. Clouzot, « La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude », *RFDA* 2010, p. 937 ; l'auteur estime que cette théorie s'applique à des contrats qui ne sont pas en lien direct avec le service public ; le fondement de la théorie ne serait donc pas le principe de continuité du service public, ou en tout cas pas uniquement ; ce serait plutôt la sécurité juridique et l'équité).

### a) Les conditions de l'imprévision

---

Ces conditions sont cumulatives :

- l'événement qui modifie l'exécution du contrat doit être totalement indépendant de la volonté des parties, sinon l'on pourrait utiliser la théorie du fait du prince ;
- cet événement est totalement imprévisible ; il n'a pas pu entrer dans les prévisions raisonnables des parties, il a déjoué les calculs logiques ; il peut s'agir d'un événement économique, d'une guerre ; le juge se montre assez sévère pour éviter que tout aléa ne se transforme en un événement imprévisible (CE, 14 juin 2000, Commune de Staffelfelden, n° [184722](#) ; CE, 10 février 2010, Société Prest'Action, n° [30116](#)) ;
- cet événement a entraîné un bouleversement total de l'économie générale du contrat ; il ne s'agit pas d'une simple modification, mais d'une rupture complète de l'équilibre financier du contrat ; l'exécution du contrat entraîne par exemple un accroissement considérable des charges pour le cocontractant. L'on peut rapprocher cette exigence de celle que l'on a vu pour obliger l'administration à abroger un acte devenu illégal par suite d'un changement dans les circonstances de fait lorsque celles-ci sont de nature économique (jurisprudence Simonnet de 1964).

Ce bouleversement doit être temporaire.

### b) Les conséquences

---

- Le cocontractant conserve l'intégralité de ses obligations, il doit continuer à exécuter le contrat ; s'il arrête l'exécution du contrat, il ne peut prétendre à aucune indemnisation et surtout l'administration peut

prendre des sanctions à son égard pour manquement aux obligations contractuelles (CE, 5 novembre 1982, Société Propetrol, Rec., p. 380).

- Il a droit à une aide de l'administration sous forme d'une indemnité d'imprévision, au titre de la charge extra contractuelle, fixée en principe par le juge administratif ; le cocontractant ne reçoit pas une indemnisation totale ; il est maintenu à sa charge ce qui est censé représenter un aléa normal en matière de conclusion de contrat, aux alentours de 5 à 10 % de la charge extra-contractuelle ; cela implique que l'administration en assume 90 à 95 %. Le Conseil d'Etat a rappelé (CE, 21 oct. 2019, Soc. Alliance, n° 419155) que la prise en charge de l'imprévision ne doit pas venir compenser des pertes qui ne résulteraient pas directement des circonstances imprévues ; le déficit d'exploitation doit être la conséquence directe de l'évènement imprévisible.
- Cette situation n'est qu'une parenthèse dans le contrat. Soit le contrat peut reprendre après la disparition de l'évènement, soit il faut négocier un nouveau contrat qui tient compte de la situation nouvelle ; si la situation risque de se détériorer encore, chaque partie peut demander la résiliation du contrat.

Il faut noter que **le Conseil d'Etat a rendu un important avis (n° 405540) le 15 septembre 2022. Il a été saisi le 14 juin 2022 par le ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique d'une demande d'avis relative aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision.**

Il indique dans cet avis :

- que, selon les articles [L. 2194-1](#) et [L. 3135-1](#) du Code de la commande publique, un marché ou un contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque, notamment, les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux (1°) ou sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues (3°) ou ne sont pas substantielles (5°) ou encore sont de faible montant (6°). Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur ou l'autorité concédante unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché ou du contrat de concession (dernier alinéa). Lorsque l'autorité contractante apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif, son cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat, conformément aux dispositions du 4° de l'article L. 6 de ce code ;
- que, les articles [R. 2194-1 et s.](#) et [R. 3135-1 et s.](#) du Code de la commande publique précisent les conditions et limites des modifications ainsi permises.

Les « circonstances imprévues » qui rendent nécessaires une modification sont celles qu'une autorité diligente ne pouvait pas prévoir (art. R. 2194-5 et R. 3135-5 du Code de la commande publique) et en pareil cas, s'agissant des contrats conclus par un pouvoir adjudicateur, chaque modification ne peut excéder 50 % du montant du contrat initial, des modifications successives ne devant pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence (art. [R. 2194-3](#) et R. 3135-3).

Les modifications qui ne sont « pas substantielles » sont celles, quel que soit leur montant, qui n'introduisent pas des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou le choix d'une offre autre que celle retenue, qui ne modifient pas l'équilibre économique du marché ou du contrat de concession en faveur du titulaire ou du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial et qui ne modifient pas non plus considérablement l'objet du marché ou n'étendent pas considérablement le champ d'application du contrat de concession (art. [R. 2194-7](#) et [R. 3135-7](#)).

Les modifications « de faible montant » sont celles dont le montant est inférieur aux seuils européens et à 10 % du montant du contrat initial pour les marchés de services et de fournitures et les contrats de concession ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si elles répondent à la définition d'une modification non substantielle (art. [R. 2194-8](#) et [R. 3135-8](#)). Lorsque plusieurs modifications de faible montant successives sont effectuées, l'autorité prend en compte leur montant cumulé. que les modifications apportées aux contrats de la commande publique peuvent porter sur les clauses financières du contrat. Selon le Conseil d'Etat, « *rien n'empêche que les modifications des marchés et contrats de concession portent uniquement, en vue de compenser les surcoûts que le titulaire ou le concessionnaire subit du fait de circonstances imprévisibles, sur les prix ou les tarifs prévus au contrat ainsi que sur les modalités de leur détermination ou de leur évolution* ». La durée du contrat peut également être modifiée, si cela est rendu nécessaire par des circonstances imprévisibles ou des modifications non substantielles ou de faible montant. L'avis est particulièrement détaillé et précise les conditions d'octroi d'une indemnité d'imprévision par le juge.

### 3. La force majeure

---

La théorie a été consacrée par les arrêts CE, 29 janvier 1909, Compagnie des messageries maritimes, n° [17614](#), Rec., p. 120 et CE, 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, Rec., p. 1050, concl. Josse.

#### a) Les conditions

---

- L'événement est totalement indépendant de la volonté des parties ;
- L'événement est imprévu et imprévisible, et n'a pu être empêché ;
- L'événement rend complètement impossible l'exécution du contrat ; l'obstacle est insurmontable.

Le juge se montre exigeant pour admettre qu'un événement présente les caractéristiques d'une force majeure empêchant la poursuite de l'exécution du contrat ; il peut l'admettre pour un attentat, une catastrophe naturelle, un fait de guerre, mais pas une grève, sauf si elle présente des caractéristiques particulières (CE, 1<sup>er</sup> juillet 1988, Société des entreprises Gray, n° [55947](#), la grève n'est pas ici considérée comme un cas de force majeure).

#### b) Les conséquences

---

- La force majeure décharge le cocontractant de son obligation d'exécuter le contrat ; contrairement à l'application de la théorie de l'imprévision, cela veut dire que, si le cocontractant n'exécute plus ses obligations contractuelles, l'administration ne peut pas le sanctionner et il ne peut voir sa responsabilité engagée.
- La force majeure est provisoire ;
- L'obligation d'exécuter ses obligations est simplement suspendue pour le cocontractant ; il faut reprendre l'exécution du contrat dès que possible, donc dès la fin de l'événement (CE, 18 décembre 1959, Ville de Nantes, Rec., p. 696).
- Si la force majeure se poursuit, les parties peuvent demander la résiliation du contrat.

La force majeure serait davantage une cause exonératoire de la responsabilité contractuelle ; si le cocontractant n'exécute plus ses obligations, sa responsabilité ne peut être engagée puisque ce manquement est justifié par l'événement de force majeure. Il pourra éventuellement obtenir une indemnisation.

Le contrat est donc exécuté, plus ou moins aisément ; mais il est possible de déclencher des recours à l'encontre du contrat.

## §3 : Le contentieux du contrat

---

Le contrat peut faire l'objet de différents types de recours, soit au stade de sa formation, soit tout au long de son exécution.

### A - Les recours en référé

---

Il existe deux recours d'urgence, dits référés, qui sont des recours de plein contentieux et sont relatifs à la formation du contrat. Il s'agit du référé précontractuel et du référé contractuel.

- **Le référé précontractuel** (art. [L. 551-1](#) du Code de justice administrative) : le juge est saisi avant la signature du contrat par ceux qui ont intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésés par le manquement à des obligations de publicité et de mise en concurrence (CE, 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, n° [305420](#)) ; jusqu'à cette décision, toute entreprise candidate à l'attribution d'un marché pouvait utiliser cette voie de recours, en arguant du fait que des irrégularités avaient été commises lors de la procédure de passation du contrat ; l'arrêt de 2008 oblige le requérant à démontrer en quoi le manquement à une obligation de publicité ou de mise en concurrence l'a lésé de manière plus ou moins directe ; l'on a pu parler

d'une certaine subjectivisation de ce recours. Le contrat ne peut plus être signé jusqu'à la date de la décision juridictionnelle ; à l'inverse, si le contrat est signé, le juge ne peut plus être saisi au titre de ce référé. Lorsqu'un contrat de la commande publique est signé sans respecter le délai prévu par les textes, alors même que l'autorité signataire était clairement informée qu'un référé précontractuel était exercé, le juge peut prononcer une sanction (art. [L. 551-20](#) du CJA) ; pour déterminer la sanction à prononcer, il doit apprécier l'ensemble des circonstances de l'espèce, en prenant notamment en compte la gravité du manquement commis, son caractère plus ou moins délibéré, la plus ou moins grande capacité du pouvoir adjudicateur à connaître et à mettre en œuvre ses obligations ainsi que la nature et les caractéristiques du contrat (CE, 25 janv. 2019, Soc. Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH), n° [423159](#)). Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations, il peut suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages ; il peut annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent les obligations de publicité ou de mise en concurrence...

- **Le référé contractuel** (art. [L. 551-13 et s.](#) du Code de justice administrative) : le juge est saisi après la signature du contrat, dans les mêmes conditions et pour les mêmes motifs que dans le cas précédent. Le juge peut suspendre l'exécution du contrat, pour la durée de l'instance, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages. Il peut prononcer la nullité du contrat si aucune mesure de publicité n'a été effectuée. Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre si deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer un référé précontractuel, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat (art. [L. 551-18](#) du CJA) ; dans cette hypothèse, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général.

#### **Exemple**

Le juge a précisé que le fait qu'un candidat évincé ait présenté une offre irrégulière ne le prive pas de la possibilité de faire valoir, devant le juge du référé contractuel, le fait que l'offre finalement retenue est elle-même irrégulière (CE, 27 mai 2020, Société Clean Building, n° [435982](#)).

Les deux recours ne peuvent être exercés successivement par la même personne.

#### **Exemple**

Sur une articulation des référés : CE, 8 déc. 2020, Société Pompes funèbres funérarium Lemarchand, n° [440704](#).

## **B - La compétence étendue du juge de plein contentieux**

Les évolutions jurisprudentielles ont progressivement limité le champ possible d'intervention du juge de l'excès de pouvoir ; c'est désormais le juge de plein contentieux qui est compétent pour connaître des litiges liés au contrat administratif.

### **1. L'extension constante de la compétence du juge de plein contentieux**

Le recours de plein contentieux est de plus en plus fréquemment ouvert aux tiers.

Le recours de plein contentieux est un recours ouvert essentiellement aux parties au contrat, mais il l'est parfois et de plus en plus aux tiers.

### Exemple

CE, 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, n° [291545](#) :

Dans cet arrêt de 2007, **tout concurrent évincé** de la conclusion d'un contrat peut former devant le juge administratif du contrat (plein contentieux) un recours de pleine juridiction qui a pour objet principal la contestation de la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, et qui peut être assorti de demandes indemnitaires. Le recours doit être formé dans les deux mois qui suivent la publicité donnée à la convention (ce que l'on appelle « le recours Tropic »). Cela signifie que, à partir de la conclusion du contrat, les concurrents évincés ne disposent plus de la voie du recours pour excès de pouvoir pour contester les actes détachables du contrat. Si le juge constate des vices, il choisit la mesure la plus appropriée, en prenant en considération la nature de l'illégalité commise, d'une part, l'intérêt général et les droits des cocontractants de l'autre. Le juge peut résilier le contrat, en modifier les clauses, ou encore annuler le contrat. L'arrêt CE, Ass., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° [358994](#), étend notablement la jurisprudence Tropic Travaux Signalisation : indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, **tout tiers dont les intérêts ont été lésés de manière suffisamment directe et certaine par le contrat** peut former devant le juge un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, assorti le cas échéant de demandes indemnitaires. Le recours doit être exercé dans le délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées. Cela entraîne donc la disparition presque totale de la voie du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat, tout au moins s'agissant des actes antérieurs au contrat. Cette solution Tarn-et-Garonne a été étendue par le Conseil d'Etat qui a décidé que, alors même qu'un requérant ne demande que la résiliation du contrat, le juge peut requalifier la demande et prononcer l'annulation de ce contrat (CE, 9 juin 2021, CNB, n° [438047](#)).

Il faut noter que, du fait de la décision du Conseil constitutionnel du 2 octobre 2020 (déc. n° [2020-857 QPC](#), Société Bâtiment mayennais), les candidats évincés d'un contrat privé de la commande publique ne disposent pas, devant le juge judiciaire, d'un recours identique au recours Tarn-et-Garonne devant le juge administratif.

Ces solutions ont été prolongées par un autre arrêt CE, Sect., 30 juin 2017, SMPAT (Syndicat mixte de promotion de l'activité trans-manche, n° [398445](#)) ; désormais, les tiers peuvent saisir directement le juge de plein contentieux d'un acte d'exécution du contrat, en l'espèce un refus de résiliation du contrat : « *Considérant qu'un tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision refusant de faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution du contrat, est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat ; que s'agissant d'un contrat conclu par une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département* ». Le juge retient cependant une approche très restrictive de l'intérêt à agir (CE, 24 oct. 2023, n° [470101](#), Soc. Cathédrale d'images).

Ces deux séries de solutions font donc disparaître presque totalement la catégorie des actes dits détachables du contrat, qui permettaient aux tiers de saisir le juge de l'excès de pouvoir en cas de litige.

- Le juge du contrat connaît une extension constante de son office ;
- Le juge dispose de moyens extrêmement variés pour répondre à un litige contractuel dont il est saisi (CE, Ass, 28 décembre 2009, Commune de Béziers dit Béziers I, n° [304802](#)).
- Il peut ainsi utiliser ses pouvoirs de modulation.

Lorsque les parties à un contrat administratif saisissent le juge d'un recours de plein contentieux **contestant la validité du contrat** qui les lie, le juge apprécie l'importance des irrégularités et leurs conséquences; il vérifie que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui. Après avoir apprécié la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, il peut :

- soit décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties,
- soit prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat,

- soit prononcer, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation.

Lorsque les parties soumettent au juge **un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie**, celui-ci fait en principe application du contrat, compte tenu du principe de loyauté des relations contractuelles. Dans le cas où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, le juge doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel.

### Exemple

Dans l'affaire Commune de Béziers I cité, la délibération autorisant le maire à signer le contrat n'avait pas fait l'objet d'une transmission au représentant de l'Etat, ce qui fait que le maire avait signé le contrat avant la transmission ; il s'agit d'un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. Cependant, au regard de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, le juge a considéré que ce vice ne pouvait pas être regardé comme particulièrement grave entraînant la mise à l'écart du contrat. En effet, l'une des parties avait invoqué ce vice du consentement uniquement pour faire échec à l'exécution du contrat.

Des précisions ont ensuite été apportées par l'arrêt CE, Sect., 21 mars 2011, Commune de Béziers (dit Commune de Béziers II, n° [304806](#)).

Il est rare que le juge estime qu'aucune mesure ne permet de continuer ou de reprendre les relations contractuelles. Pourtant, si les vices tirés de la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence révèlent une volonté de la personne publique de favoriser un candidat et ont affecté gravement la légalité du choix du concessionnaire, le juge estime que, par leur particulière gravité et en l'absence de régularisation possible, l'annulation de la concession d'aménagement litigieuse doit être prononcée, dès lors qu'elle ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général (CE, 15 mars 2019, Soc. anonyme gardéenne d'économie mixte, n° [413584](#)).

Le **caractère illicite du contenu d'un contrat** a été précisé (CE, 5 avril 2023, n° [459834](#), Commune de Hyères) : « *le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet, le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement* ». En l'espèce, le défaut d'autorisation de mise sur le marché d'un produit dont la fourniture constituait l'objet même du contrat litigieux entachait d'illicéité le contenu de ce contrat; un tel vice était de nature à justifier son annulation. Le Conseil d'Etat a précisé ses pouvoirs lorsque seule une clause divisible du contrat est entachée d'illicéité: dans le cas où l'irrégularité constatée n'affecte que des clauses divisibles du contrat, le juge, saisi d'un recours contestant la validité du contrat, peut prononcer la résiliation ou l'annulation de ces seules clauses. De même, le juge, saisi d'un litige relatif à l'exécution du contrat, peut, le cas échéant, régler le litige sur le terrain contractuel en écartant l'application de ces seules clauses (CE, 17 mai 2024, n° [466568](#), Soc. SMA Energie) : ainsi le juge peut prononcer l'inefficacité d'une clause illégale, soit par voie d'action (annulation ou résiliation), soit par voie d'exception en écartant son application.

Le juge rappelle le principe selon lequel il n'annule pas normalement une mesure relative à l'exécution du contrat (par exemple une mesure de résiliation) : lorsque le juge du contrat est saisi par une partie d'un **litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat**, il peut seulement, en principe, rechercher si cette mesure peut ouvrir droit à indemnité.

Mais il existe une exception : une partie à un contrat administratif peut, eu égard à la portée d'une telle mesure d'exécution, former devant le juge du contrat **un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles** ; elle doit alors exercer ce recours, y compris si le contrat en cause est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle elle a été informée de la mesure de résiliation ; ces conclusions peuvent être assorties d'une demande tendant à la suspension de l'exécution de la résiliation, afin que les relations contractuelles soient provisoirement reprises.

Dans ce dernier cas de figure, le juge peut constater que la mesure de résiliation est entachée de vices relatifs à sa régularité ou à son bien-fondé ; deux solutions sont alors possibles :

- il peut alors **faire droit à la demande de reprise des relations contractuelles**, à compter d'une date qu'il fixe ; pour cela, il apprécie, eu égard à la gravité des vices constatés et à celle des manquements du requérant à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation, si une telle reprise n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général et, eu égard à la nature du contrat en cause, aux droits du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse ; il peut décider que le requérant a droit à l'indemnisation du préjudice que lui a causé la résiliation, notamment du fait de la non-exécution du contrat entre la date de sa résiliation et la date fixée pour la reprise des relations contractuelles ;
- le juge peut aussi **rejeter le recours**, en jugeant que les vices constatés sont seulement susceptibles d'ouvrir, au profit du requérant, un droit à indemnité.

Le juge administratif a précisé que **la résiliation ainsi effectuée par l'administration peut être tacite**, d'abord de façon dérogatoire (CE, 27 fév. 2019, Département de la Seine-Saint-Denis, n° [414114](#)), puis de façon plus générale (CE, 11 déc. 2020, Société Copra Méditerranée, n° [427616](#)). Ainsi, le contrat est regardé comme tacitement résilié lorsque, par son comportement, la personne publique montre qu'elle a mis fin au contrat, de façon non équivoque (démarches qu'elle a engagées pour satisfaire les besoins concernés par d'autres moyens, période durant laquelle la personne publique a cessé d'exécuter le contrat, adoption d'une décision de la personne publique qui a pour effet de rendre impossible la poursuite de l'exécution du contrat ou de faire obstacle à l'exécution par le cocontractant de ses obligations contractuelles).

## 2. La responsabilité contractuelle

---

La responsabilité contractuelle fait partie de plein droit du contentieux de pleine juridiction et la voie de recours et ouverte aux parties au contrat. Cette responsabilité est fondée en principe sur la faute, logiquement la faute simple ; l'on peut envisager la faute lourde dès lors que l'origine du dommage trouverait sa source dans la défaillance d'un contrôle ou d'une surveillance de la part de l'administration. Il est possible d'envisager une responsabilité sans faute, si par exemple la théorie du fait du principe trouvait à s'appliquer.

## C - La compétence résiduelle du juge de l'excès de pouvoir

---

La compétence du juge de l'excès de pouvoir en matière de litige contractuel est désormais très limitée du fait de l'ampleur de la compétence du juge de plein contentieux.

### 1. Le champ d'application du Recours pour excès de pouvoir (REP) en matière contractuelle

---

Ce champ d'application est limité, d'une part parce que le principe est qu'il est impossible d'exercer un recours pour excès de pouvoir directement contre un contrat, d'autre part parce que les recours contre les actes détachables du contrat relèvent désormais largement du juge de plein contentieux.

#### a) L'absence de principe de REP contre le contrat

---

En principe, il est impossible d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre un contrat, dans la mesure où celui-ci ne constitue pas une source de droit objectif.

Mais :

- il est possible d'exercer un REP contre les clauses réglementaires du contrat (CE, Ass., 10 juillet 1996, Cayzele, n° [138536](#)) ; cette solution est confirmée à propos de la contestation des clauses réglementaires d'un projet éducatif territorial (CE, 9 oct. 2020, Commune de Montpellier, n° [422483](#)) ;

- les clauses réglementaires sont divisibles d'un contrat ; le tiers à un contrat, mais qui est directement concerné par les clauses de celui-ci peut exercer un REP à leur encontre ; le juge a étendu cette solution, en estimant que les clauses réglementaires d'un contrat sont par nature divisibles de ce contrat (CE, Ass., 8 avril 2009, Association Alcaly, n° [290604](#)).
- il est possible d'exercer un REP directement contre le contrat de recrutement d'un agent public, car il s'agit d'un « faux contrat » assimilable à un acte quasi-règlementaire (CE, Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, n° [149662](#)). Cette jurisprudence a été confirmée même après la solution Département de Tarn et Garonne (CE, 2 février 2015, Castronovo c/ commune d'Aix-en-Provence, n° [373520](#)) ; l'on aurait pu penser que le contentieux à l'encontre de ces contrats allait basculer dans le champ du plein contentieux. Tel n'est pas le cas et l'ouverture du recours pour excès de pouvoir pour les tiers (ici les membres d'une assemblée délibérante locale) est maintenue ; le juge étend même la jurisprudence Ville de Lisieux ; dans l'arrêt de 1998 en effet, les moyens invocables étaient limités à ceux tirés de la méconnaissance des prérogatives de l'organe délibérant ; dans l'arrêt de 2015, le Conseil d'Etat juge que les élus locaux peuvent invoquer tout moyen au soutien de leur recours contre le contrat ;
- le Conseil d'Etat précise que les accords collectifs dans la fonction publique sont susceptibles de faire l'objet d'un REP (CE, Ass., 10 déc. 2025, n° [494928](#), Fédération de l'équipement, de l'environnement, des transports et des services - Force ouvrière).

## **b) La disparition du REP contre les actes détachables du contrat**

---

Les tiers n'ont pratiquement plus la possibilité d'utiliser la voie du REP contre les actes antérieurs au contrat ou contre les actes d'exécution du contrat depuis les jurisprudences Tropic Travaux Signalisation, Département de Tarn-et-Garonne et SMPAT.

## **2. Les moyens invoqués à l'appui du REP**

---

Le contrat n'est pas une source de droit objectif. Un tiers ne peut donc demander au juge l'annulation d'un acte détachable du contrat au motif que cet acte méconnaîtrait les stipulations du contrat (CE, Ass., 8 janvier 1988, Communauté urbaine de Strasbourg, n° [74361](#)). Il ne pourrait en être autrement que si les clauses du contrat avaient en réalité une nature ou une portée réglementaire.

Si le régime juridique des contrats administratifs présente de notables spécificités par rapport à celui des contrats de droit privé, il n'est pas totalement favorable à l'administration. Celle-ci se voit imposer des contraintes nombreuses, en particulier au stade de la passation du contrat, tandis que le cocontractant conserve toujours son droit à l'équilibre économique et financier du contrat.