

**LES PRINCIPES DU DROIT DES CONTRATS PUBLICS EN  
FRANCE**

**Nicolas GABAYET<sup>1</sup>**

---

**INDEX**

**INTRODUCTION**

**1. LES PRINCIPES TEXTUELS**

*1.1 Les principes textuels applicables à la formation des contrats publics*

*1.2 Les principes textuels applicables à l'exécution des contrats publics*

*1.3 Les principes textuels applicables au contentieux des contrats publics*

**2. LES PRINCIPES JURISPRUDENTIELS**

*2.1 Les principes jurisprudentiels issus du droit civil des obligations*

*2.2 Les principes jurisprudentiels de droit public*

**3. LES PRINCIPES ISSUS DE LA DOCTRINE ADMINISTRATIVE ET DE LA  
DOCTRINE UNIVERSITAIRE**

*3.1 Le rôle de la doctrine administrative dans l'élaboration des principes du  
droit des contrats publics*

*3.2 Le rôle de la doctrine universitaire*

---

<sup>1</sup> Professeur à l'Université de Limoges

## **INTRODUCTION**

À l'image du droit administratif dans son ensemble, en France, les principes du droit des contrats publics sont essentiellement issus de la jurisprudence (essentiellement celle du CONSEIL D'ETAT), synthétisée et systématisée, à compter du début du XX<sup>e</sup> siècle, par la doctrine universitaire. Par comparaison, le phénomène de codification apparaît comme relativement récent dans l'histoire de cette branche du droit administratif français : le premier Code des marchés publics est adopté par décret du 17 juillet 1964, et le Code de la commande publique, à la portée plus étendue, est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2019.

Il semble néanmoins nécessaire, si l'on souhaite discerner les différentes sources du droit français des contrats publics, d'établir une distinction entre le régime général des contrats publics et celui des contrats de commande publique (marchés et concessions). Cette distinction doit être précédée d'une précision : en droit français, la plupart des contrats passés par les personnes publiques sont qualifiés de « contrats administratifs » (c'est le cas des marchés et concessions, mais aussi des contrats d'agents publics ou de nombreux contrats innomés). Cette qualification implique l'application d'un régime de droit administratif gouvernant la passation, l'exécution et le contentieux. Il est commun à tous les contrats de cette nature, et les litiges qui en découlent ressortissent à la compétence du juge administratif. Cette distinction est parfaitement connue par tout juriste français, mais son rappel devrait permettre d'établir une différence importante entre le droit français et nombre de droits européens (anglais, irlandais, belge, allemand, italien, hollandais...) quant à la spécificité du droit applicable aux contrats publics, ainsi qu'à la juridiction compétente en cas de litige.

Aux principes communs à l'ensemble des contrats administratifs (ou contrats publics)<sup>2</sup> se superposent des principes qui sont propres aux contrats de commande publique (marchés et concessions). C'est là qu'une distinction concernant les sources des principes semble devoir être relevée. Les principes communs à l'ensemble des contrats publics sont essentiellement d'origine jurisprudentielle, et leur codification a été particulièrement tardive : il aura fallu attendre le Titre préliminaire du Code de la commande publique de 2019 pour que ces principes (pouvoirs de résiliation et modification unilatérales, pouvoir de contrôle, imprévision...)<sup>3</sup> soient codifiés. À l'inverse, les marchés publics ont très tôt – depuis le Premier Empire – fait l'objet d'une réglementation écrite<sup>4</sup>. L'encadrement juridique des marchés publics par les règles de droit écrit a traditionnellement été, des premières années du XIX<sup>e</sup> siècle à l'adoption de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (qui transpose la directive 2014/24 UE), l'apanage du pouvoir réglementaire<sup>5</sup>, y compris lorsqu'il s'est agi, à partir de la fin des années 1960, de transposer les directives européennes. Ainsi, de 1964 à 2014, le Code des marchés publics (désormais abrogé) ne comportait qu'une seule partie – réglementaire –, alors que le Code de la commande publique (CCP) désormais en vigueur comprend une partie législative, qui

---

<sup>2</sup> Dans les développements qui suivent, on emploiera, par souci de cohésion avec le vocable choisi pour nos travaux collectifs, l'expression de « contrats publics » comme synonyme de celle de « contrats administratifs ».

<sup>3</sup> Au sujet de ces principes, le juge administratif emploie, depuis l'arrêt du Conseil d'État du 2 février 1983, n° 34027, *Union des transports publics, urbains et régionaux*, l'expression de « règles générales applicables aux contrats administratifs ».

<sup>4</sup> Décret du 10 Brumaire An XIV (1<sup>er</sup> novembre 1805) et décret du 17 juillet 1806. V. sur cette question, L. RICHER, F. LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, Manuel, 10<sup>e</sup> éd., 2016, p. 352; A. CHRISTOFLE, M. L. P. AUGER, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Paris, Maresq, 1889-1890 (2 vol.).

<sup>5</sup> Sur ce point, v. L. RICHER, « Une tradition : le caractère réglementaire des marchés publics », in *Biens public, bien commun, Mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme*, Paris, Dalloz, 2011, p. 411.

codifie les ordonnances de 2015 et 2016 relatives aux marchés publics et aux concessions, et une partie réglementaire, qui codifie leurs décrets d'application.

Les différentes sources des principes français des contrats publics (textuelles : constitution, loi, règlement – ces deux dernières sources étant désormais utilisées pour transposer les directives européennes en matière de commande publique ; jurisprudentielles ; doctrinales – doctrine organique et universitaire) interagissent en s'influençant mutuellement depuis plus d'un siècle. Il s'ensuit qu'un même principe peut parfaitement avoir une multitude de sources. L'enchevêtrement des sources normatives apparaît ainsi comme l'une des caractéristiques majeures des principes français des contrats publics. En raison de cet enchevêtrement, et afin de respecter l'ordre et les étapes du questionnaire commun à l'ensemble des rapports nationaux, tout en essayant d'éviter les redites, nous procéderons, dans les développements qui suivent, à un certain nombre de renvois. Ce sera principalement le cas pour une grande partie des principes textuels, qui ne sont le produit que d'une codification de principes jurisprudentiels préexistants.

Conformément à la trame commune, le rapport français abordera successivement les principes textuels (1.1) les principes jurisprudentiels (1.2), et les principes issus de la doctrine administrative (1.3).

## **1. LES PRINCIPES TEXTUELS**

L'évocation de « principes textuels » en matière de contrats publics est une relative nouveauté en droit français. La plupart des principes juridiques applicables à cette catégorie de contrats trouvent traditionnellement leur origine dans la jurisprudence ainsi que dans la doctrine administrative. De 1964 à 2006, les versions successives du Code des marchés publics ne faisaient pas explicitement référence à des « principes », bien que certains articles aient pu, à force de répétition, acquérir tacitement ce statut (on pense par exemple à l'interdiction du paiement différé). La référence explicite à des « principes » textuels résulte principalement de la codification réalisée pour l'édition du Code de la commande publique. Son Titre préliminaire recense les principes généraux applicables à la passation du contrat et à son exécution. Leur valeur est législative, puisqu'ils ont été codifiés par

l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique.

Nous ne nous limiterons pas ici aux principes explicitement présentés comme tels. Nous présenterons les règles qui, du fait de leur importance et de leur réitération dans le temps, ou du fait de leur place éminente au sein du Code de la commande publique, peuvent être qualifiées principes<sup>6</sup>. Ceux d'entre eux qui sont d'origine jurisprudentielle seront simplement évoqués. Les développements qui leur seront consacrés figureront dans la Partie 2, qui leur est consacrée.

En suivant l'ordre du questionnaire, on abordera successivement les principes textuels applicables à la formation (I), à l'exécution (II), et au contentieux (III) des contrats publics.

### ***1.1 Les principes textuels applicables à la formation des contrats publics***

L'essentiel des principes fondamentaux relatifs à la formation des contrats publics – à l'exception notable des principes issus du Code civil – figure au sein du Titre préliminaire du Code de la commande publique. On peut schématiquement les classer en trois catégories : un principe qui se rattache à la liberté contractuelle (alors même que la liberté contractuelle n'est pas consacrée en tant que telle), à savoir le libre choix laissé aux personnes publiques de satisfaire leurs besoins par leurs propres moyens ou par la conclusion d'un contrat (art. L. 1 CCP) ; des principes procéduraux : l'égalité de traitement des candidats, la liberté d'accès à la commande publique et la transparence des procédures (art. L. 3 CCP) ; et enfin un principe relatif au contenu du contrat. Il s'agit de l'exigence d'une limite de durée (art. L. 5 CCP).

---

<sup>6</sup> Ces différentes hypothèses ne sont pas exclusives les unes des autres.

Ces principes sont majoritairement d'origine jurisprudentielle, à l'exception de celui selon lequel les contrats de commande publique doivent avoir une durée limitée. Pour cette raison, seul ce dernier fera l'objet de développements à ce stade.

La consécration du principe de la durée limitée des contrats de commande publique est le produit de la codification de règles textuelles préexistantes, en particulier en matière de concessions. L'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 affirmait ainsi que « les contrats de concession sont limités dans leur durée »<sup>7</sup>. Cette exigence provenait non seulement de la transposition de la directive 2014/23 UE (article 18), mais également du droit français antérieur. Le juge administratif déduisait l'obligation de remise en concurrence périodique issue de la loi « Sapin »<sup>8</sup> et du principe de transparence l'obligation de limiter de la durée des concessions<sup>9</sup>. L'obligation de limiter la durée des marchés publics, quant à elle, ne figure pas dans la directive 2014/24 UE. Son origine est purement interne. L'article 39 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (et avant lui, selon des termes différents, l'article 12 du Code des marchés publics) imposait que « la durée d'exécution (...) [soit définie] par le marché public ». Il fallait donc enserrer son exécution dans des limites temporelles. Le Code de la commande publique met ainsi en exergue, dans son titre préliminaire, une exigence textuelle commune aux deux catégories de contrats de commande publique. L'érection de cette règle au rang de principe général ne semble donc pas incongrue s'agissant de contrats que l'Administration doit

---

<sup>7</sup> Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n°0025 du 30 janvier 2016  
texte n° 66.

<sup>8</sup> Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « Sapin » modifiée, codifiée aux articles 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

<sup>9</sup> V. en particulier CE, Ass., 8 avr. 2009, n° 271737, Compagnie générale des eaux c/ Commune d'Olivet, Rec. p. 116, concl. É. GEFFRAY; AJDA 2009. 1090, chron. S. J. LIÉBER et D. BOTTEGHI; *ibid.* 1747, étude S. NICINSKI. Sur cette question, v. plus généralement P. TERNEYRE, « La durée des contrats », *RFDA* 2016, p. 276.

attribuer (et réattribuer) sans créer de « rente » au profit du titulaire. Elle semble même évidente si l'on songe au fait que le Code civil comprend, depuis sa révision de 2016, un article prohibant les engagements perpétuels (article 1210).

### ***1.2 Les principes textuels applicables à l'exécution des contrats publics***

Les principes textuels relatifs à l'exécution des contrats publics résultent en premier lieu, de la codification des principes jurisprudentiels que sont les « règles générales applicables aux contrats administratifs » (A), et en second lieu, de normes textuelles françaises et européennes visant à limiter la mutabilité des contrats de commande publique (B).

#### *A. La codification des « règles générales applicables aux contrats administratifs »*

L'article L. 6 du Code de la commande publique codifie la majorité des principes jurisprudentiels qui font l'originalité du régime de l'exécution des contrats publics. Il faut noter d'emblée que sur ce point, le législateur délégué précise que c'est au « titre » de leur nature administrative, que les contrats de commande publique sont soumis à l'ensemble des règles générales applicables à cette catégorie de contrats, à savoir : le pouvoir de contrôle<sup>10</sup> ; la théorie de l'imprévision<sup>11</sup> ; les pouvoirs de modification et résiliation unilatérales au profit de la personne publique contractante, ainsi que le principe du maintien de l'équation financière, qui en est le corolaire<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Art. L. 6 CCP, 1° : « L'autorité contractante exerce un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat, selon les modalités fixées par le présent code, des dispositions particulières ou le contrat ».

<sup>11</sup> Art. L. 6 CCP, 3° : « Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ».

<sup>12</sup> Art. L. 6 CCP, 4° : « L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat » ; Art. L. 6 CCP, 5° : « L'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat dans

Le principe de continuité du service public<sup>13</sup>, qui n'est pas, à proprement parler, un principe relatif aux contrats publics, a été glissé au cœur des principes de l'article L. 6 CCP. Il s'agit là d'un principe général du droit public, corolaire du principe de continuité de l'État, et qui, en matière d'exécution des contrats publics, est de nature à servir de fondement à la théorie de l'imprévision ainsi qu'au pouvoir de sanction de l'Administration – en particulier s'agissant des sanctions coercitives, qui permettent à la personne publique de substituer un nouveau contractant au cocontractant défaillant. L'incidence du principe de continuité du service public sur les contrats publics n'est donc qu'indirecte.

En revanche, certaines théories jurisprudentielles que l'on classe traditionnellement parmi les règles générales applicables aux contrats administratifs sont absentes du Titre préliminaire du Code, sans que l'on ne s'explique bien pourquoi. C'est le cas de la vénérable théorie du « fait du Prince », et de la non moins vénérable théorie de la force majeure administrative. Quant aux théories des sujétions techniques imprévues et des travaux supplémentaires, leur absence est n'est en revanche pas surprenante, car elles n'ont traditionnellement vocation à s'appliquer qu'en matière de marchés de travaux. Elles n'avaient donc pas leur place dans un Titre préliminaire embrassant les deux grandes catégories de contrats de commande publique.

Avec les pouvoirs de modification et résiliation unilatérales ainsi que la théorie de l'imprévision, l'article L. 6 CCP consacre ainsi la mutabilité du contrat administratif. Mais cette mutabilité, qui s'ancre solidement dans la tradition juridique française, ne doit pas occulter un principe en sens contraire, sorte de garde-fou, protecteur de l'effet utile du droit européen applicable à la commande publique : celui de la limitation de la mutabilité des contrats.

---

les conditions prévues par le présent code. Lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat ».

<sup>13</sup> Art. L. 6 CCP, 2° : « Les contrats qui ont pour objet l'exécution d'un service public respectent le principe de continuité du service public ».



*B. Le principe de la limitation de la mutabilité des contrats de commande publique*

Le principe selon lequel la mutabilité des contrats de commande publique ne saurait remettre en cause les termes initiaux de la procédure de mise en concurrence a des sources communes à l'ensemble des États-membres de l'Union européenne. Il s'agit des jurisprudences *Pressetext*<sup>14</sup> et *Wall AG*<sup>15</sup>, codifiées, avec de légers amendements, par le paquet de directives de 2014<sup>16</sup>. Le Code de la commande publique, qui codifie, à son tour, les textes de transposition des directives, prévoit ainsi des limites aux modifications (unilatérales ou conventionnelles) des marchés publics<sup>17</sup> et des concessions<sup>18</sup>, en interdisant, en particulier, les modifications « substantielles ».

---

<sup>14</sup> CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C-454/06, Rec. CJCE 2008, I, p. 4401. BJCP 2008, n° 60, p. 336, obs. R. SHWARTZ ; DA 2008, n° 10, p. 38, note R. NOGUELLOU ; Contr. marchés pub. 2008, n° 8-9, p. 22, note W. ZIMMER ; AJDA 2008, p. 2008, note J. D. DREYFUS.

<sup>15</sup> CJUE, Grande ch., 13 avril 2010, *Wall AG c/ Ville de Francfort-sur-le-Main, Frankfurter Entsorgungs – und Service (FES) GmbH*, aff. C-91/08, BJCP 2010, n° 71, p. 259, obs. C. MAUGÛE ; Contr. marchés pub. 2010, n° 6, p. 32, note W. ZIMMER ; DA juil. 2010, p. 25, note R. NOGUELLOU ; Europe juin 2010, note D. SIMON.

<sup>16</sup> Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, art. 72 ; Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, art. 43.

<sup>17</sup> Art. L. 2194-1 CCP : « Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque : 1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ; 2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ; 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ; 4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ; 5° Les modifications ne sont pas substantielles ; 6° Les modifications sont de faible montant. Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché ».

<sup>18</sup> Art. L. 3135-1 CCP (rédaction identique à celle de L. 2194-1 CCP précité).

Le principe de la limitation de la mutabilité des contrats de commande publique n'a néanmoins rien d'une nouveauté en droit français. Il y a même de sérieuses raisons de penser que le régime européen, issu de l'arrêt *Presstext*, en est inspiré. Depuis les années 90, en effet, le pouvoir réglementaire limite les possibilités de modification des contrats dont la passation est soumise à des obligations de concurrence. Le décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 (qui était codifié à l'article 20 du Code des marchés publics), modifié par le décret du 19 décembre 2008, encadrait les modifications qualitatives et quantitatives. L'article 20 du Code des marchés publics interdisait ainsi – hors cas de sujétion technique imprévue – les avenants modifiant l'objet du contrat ou bouleversant son économie. Il semble que cette double limite qualitative/quantitative se retrouve dans la dichotomie issue des directives européennes : « modification substantielle » / « modification d'un faible montant ».

### *1.3 Les principes textuels applicables au contentieux des contrats publics*

Il n'existe guère de principes textuels propres au contentieux des contrats publics. Dès lors qu'un contrat public est qualifié de « contrat administratif » (c'est le cas, répondons-le, pour la grande majorité des contrats publics), il constitue un acte administratif dont le contentieux ressortit à la compétence de la juridiction administrative. Il suit de là que les principes qui s'appliquent au règlement des litiges en matière de contrats publics sont les principes généraux du contentieux administratif figurant au sein du titre préliminaire du Code de justice administrative.

## **2. LES PRINCIPES JURISPRUDENTIELS**

C'est un truisme de le dire, le juge administratif français a longtemps bénéficié, faute de textes applicables, d'une très importante marge de manœuvre pour dégager les principes qu'il jugeait nécessaires à la résolution des litiges qui lui étaient soumis. Le phénomène de codification du droit administratif, à l'œuvre depuis la fin du XX<sup>e</sup> siècle, ne saurait obérer cette origine prétorienne. En la matière, le droit des contrats publics ne fait

pas exception, tant s'en faut<sup>19</sup>. La plupart de ses principes directeurs ont été dégagés par le juge administratif au cours des trente premières années du XX<sup>e</sup> siècle. Alors que certains d'entre eux ont été puisés dans le Code civil (2.1), d'autres sont des créations prétorienne originales (2.2).

### ***2.1 Les principes jurisprudentiels issus du droit civil des obligations***

La question du rapport entre les contrats administratifs et les principes du Code civil régissant les contrats de droit privé est classique<sup>20</sup>. Il faut rappeler que si le droit privé « est inapplicable de plein droit à l'Administration »<sup>21</sup>, cela ne signifie pas que cette dernière ne peut pas se voir appliquer des principes issus du droit privé. Avant d'être *administratif*, l'acte juridique particulier qu'est le « contrat administratif » est un *contrat*. Son régime obéit donc ontologiquement à un certain nombre de principes qui ne varient pas selon son caractère privé ou public. Ceux-ci figurent dans la partie du Code civil consacrée aux obligations<sup>22</sup>.

Le juge administratif applique les articles du Code civil relatifs au régime général du contrat, soit en citant fidèlement l'article sur lequel il se fonde, soit en en extrayant

---

<sup>19</sup> Sur cette question, v. F. LLORENS, « Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ? », *Mélanges Max Cluseau*, Presses de l'IEP de Toulouse, 1984, p. 379.

<sup>20</sup> J. MARTIN, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, thèse Paris II, 2008 ; M. WALINE, « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État », *Études offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 631 ; J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 965. V. également J. WALINE, *Recherche sur l'application du droit privé par le juge administratif*, thèse Paris 1962 ; B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001.

<sup>21</sup> B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 667.

<sup>22</sup> Code civil, Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre III : Des sources d'obligations, Sous-titre Ier : Le contrat (articles 1101 et suivants).

simplement le substrat, qu'il applique aux contrats administratifs. Les principes issus du Code civil ainsi appliqués aux contrats administratifs concernent principalement trois aspects de leur régime : la liberté contractuelle (A), les conditions de validité (B), la soumission de leur exécution au principe de la force obligatoire (C).

*A. Le principe de la liberté contractuelle des personnes publiques*

La liberté contractuelle est consacrée par l'article 1102 du Code civil, qui la définit comme la liberté « de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». Le principe selon lequel les personnes publiques jouissent de cette liberté a été consacré par la jurisprudence constitutionnelle et administrative. Après avoir reconnu la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle des personnes privées, le Conseil constitutionnel a consacré celle des personnes publiques en 2006, dans une décision « Loi relative au secteur de l'énergie »<sup>23</sup>. En l'espèce, le Conseil fait découler la liberté contractuelle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, qui pose le principe général de liberté et de la compétence du législateur pour l'encadrer. Le législateur ne peut ainsi limiter la liberté contractuelle des personnes publiques qu'à des fins d'intérêt général, ou pour la concilier avec d'autres libertés constitutionnelles. Avant cette consécration au plus haut degré normatif, le Conseil d'État avait, lui aussi, reconnu la liberté contractuelle des personnes publiques, et ce dès 1983<sup>24</sup>. Il précise en 1998 qu'elle a le caractère de liberté fondamentale au sens de la procédure de référé-liberté (L. 512-2 CJA)<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006.

<sup>24</sup> Décision précitée.

<sup>25</sup> Conseil d'État, Section, du 28 janvier 1998, n° 138650, Société Borg Warner.

Au vu de la définition de l’art. 1102 CC précédemment retenue, la liberté contractuelle des personnes publiques implique notamment leur liberté de choisir de contracter ou de ne pas contracter, la liberté de choisir leur cocontractant ainsi que celle de déterminer le contenu de leurs contrats. Les personnes publiques jouissent de ces différents pans de la liberté contractuelle, qui doivent être en particulier conciliés avec les principes d’égal accès à la commande publique et de transparence. Il semble nécessaire insister sur le premier volet de la liberté contractuelle, à savoir la liberté de choisir de contracter ou de ne pas contracter. Sur ce point, la liberté de l’Administration semble ne pouvoir souffrir d’aucune limite : les personnes publiques ne sont jamais obligées de contracter pour satisfaire leurs besoins.

Le principe est désormais consacré avec force, en tête du Titre préliminaire du Code de la commande publique<sup>26</sup>. Il découle d’une jurisprudence classique des juridictions française et européenne. Dans la décision du 29 avril 1970, *Unipain*<sup>27</sup>, le Conseil d’État reconnaît que le Ministère de la justice peut, sans porter atteinte à la liberté du commerce et de l’industrie, fournir du pain à certains établissements pénitentiaires du Nord en s’approvisionnant auprès des boulangeries militaires de Lille, plutôt qu’en ayant recours au secteur privé. La Cour de justice des communautés européennes retient à son tour, en 2009, qu’« une autorité publique peut accomplir les tâches d’intérêt public qui lui incombent soit par ses propres moyens, soit en collaboration avec d’autres autorités publiques, sans être obligée de faire appel à des entités externes n’appartenant pas à ses services »<sup>28</sup>. Le Conseil d’État réaffirme cette solution et ses conséquences dans un considérant de principe des plus solennels, à l’occasion d’une décision d’Assemblée de 2011, au terme de laquelle « les

---

<sup>26</sup> Art. L. 1 CCP : « Les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d’utiliser leurs propres moyens ou d’avoir recours à un contrat de la commande publique ».

<sup>27</sup> Conseil d’État, Sect., 29 avril 1970, n° 77935, Société Unipain.

<sup>28</sup> CJCE (Gde. chambre), 9 juin 2009, C-480/06, Commission des Communautés européennes contre République fédérale d’Allemagne.

personnes publiques ont toujours la possibilité d'accomplir les missions de service public qui leur incombent par leurs propres moyens ; qu'il leur appartient en conséquence de déterminer si la satisfaction des besoins résultant des missions qui leur sont confiées appellent le recours aux prestations et fournitures de tiers plutôt que la réalisation, par elles-mêmes, de celles-ci ; que ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni le droit de la concurrence ne font obstacle à ce qu'elles décident d'exercer elles-mêmes, dès lors qu'elles le font exclusivement à cette fin, les activités qui découlent de la satisfaction de ces besoins, alors même que cette décision est susceptible d'affecter les activités privées de même nature »<sup>29</sup>.

#### *B. Les conditions de validité des contrats publics*

Les principes gouvernant la validité des contrats qui figurent dans le Code civil sont appliqués aux contrats administratifs. Ainsi, pour qu'un contrat administratif soit valide, il faut, au terme du nouvel article 1128 du Code civil, qu'il réunisse « Le consentement des parties ; leur capacité de contracter ; [ainsi qu'] un contenu licite et certain ». Ce nouvel article issu de la réforme du droit des contrats de 2016 reprend partiellement, en les simplifiant, les quatre conditions qui figuraient dans l'ancien art. 1108 du même Code. Le consentement des parties et leur capacité de contracter constituaient déjà des conditions de validité, mais les conditions liées au contenu du contrat étaient au nombre de deux : « un objet certain qui forme la matière de l'engagement » et « une cause licite dans l'obligation ». Les notions de cause et d'objet ont été remplacées, en 2016, par celle de contenu du contrat. Il reste que jusqu'à cette réforme, le juge administratif sanctionnait aussi bien les vices du consentement que l'absence et l'illicéité de la cause du contrat, et ceci, sans nécessairement citer les articles du Code civil. Le plus souvent le Code

---

<sup>29</sup> Conseil d'État, Ass., 26 oct. 2011, n° 317827, Association « pour la promotion de l'image » : le décret prévoyant que les services préfectoraux peuvent photographier les demandeurs de passeports lorsque ceux-ci ne fournissent pas une photographie correspondant aux exigences réglementaires ne viole pas le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

civil est simplement mentionné dans les visas, et le juge administratif s'en détache pour n'en retenir que le substrat, ou autrement dit, les principes.

Il faut noter d'emblée que les cas dans lesquels le consentement d'une partie à un contrat administratif est vicié sont beaucoup plus rares qu'en matière de contrats de droit privé. Cela s'explique par l'encadrement de la procédure de passation de la plupart des contrats administratifs (en particulier les contrats de la commande publique). Il n'en reste pas moins que depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le juge administratif applique la théorie des vices du consentement aux contrats administratifs. Le juge administratif admet l'erreur, le dol, et la violence (articles 1130 à 1144 du Code civil). Il prononce ainsi, au titre de l'erreur sur la personne, la nullité d'un contrat conclu par l'Administration avec un représentant d'une entreprise, alors que la personne publique souhaitait contracter avec l'entreprise elle-même<sup>30</sup>. De même, sur le fondement du dol, le CE prononce la nullité d'un marché pour lequel plusieurs candidats se sont entendus pour se partager la candidature à différents marchés passés par la SNCF, afin d'obtenir des prix plus élevés<sup>31</sup>.

La théorie de la cause avait également, jusqu'à sa disparition du Code civil, été appliquée par le juge administratif pour sanctionner l'illicéité du contrat (« cause subjective » ou « cause du contrat ») ou pour vérifier si l'absence de cause (« cause objective » ou « cause de l'obligation ») justifie une résiliation unilatérale d'un contrat synallagmatique<sup>32</sup>. Le juge administratif a ainsi pu prononcer la nullité du contrat conclu

---

<sup>30</sup> Conseil d'État, 26 avril 1950, Domergue, Rec. p. 813.

<sup>31</sup> Conseil d'État, 19 déc. 2007, n° 268918, Société Campenon-Bernard. Pour de nouveaux développements de la jurisprudence relative au dol dans les contrats publics, v. Conseil d'État, 22 nov. 2019, n° 418645, SNCF Mobilités ; CE, 27 mars 2020, n° 421758, Société Lacroix Signalisation ; CE, 27 mars 2020, n° 420491, Sté Signalisation France.

<sup>32</sup> Sur cette question, v. F. LOMBARD, *La cause dans le contrat administratif*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 77, 2008 ; J. C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations*, Paris, Sirey, Université, 1<sup>ère</sup> éd., 2018, p. 140-143.

pour un motif illicite. Dans l'arrêt *commune d'Arzon*, il a jugé que le contrat par lequel une commune s'engageait à garantir au concessionnaire d'une criée aux poissons le monopole de la vente du poisson sur le territoire de la commune, en échange de la construction d'immeubles devant abriter la criée repose sur une cause illicite : le fait de garantir à l'opérateur le monopole de la vente de poissons viole la liberté du commerce et de l'industrie<sup>33</sup>. La solution est identique s'agissant du contrat par lequel une personne publique autorise l'importation de marchandises en contrepartie de la perception de 20 % du produit de leur vente<sup>34</sup>

Dans un contrat synallagmatique, la théorie de la cause sert (ou servait) également à vérifier que l'obligation consentie par une partie trouve une contrepartie dans l'obligation consentie par son cocontractant. Il y a peu de risques que les contrats administratifs soient dépourvus de cause *ab initio*. La règle du service fait, et son corolaire, l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités interdisent aux personnes publiques d'engager des sommes d'argent sans en avoir préalablement reçu la contrepartie. En revanche, le juge administratif a mis en œuvre le principe selon lequel les obligations d'un contrat doivent être « causées » pour vérifier l'équilibre de la relation contractuelle. Ainsi, dans une décision du 27 février 2015, dite « Béziers III », où le Conseil d'État avait à juger de la résiliation unilatérale d'un contrat conclu entre deux communes, la Haute-juridiction cite, parmi les motifs qui peuvent justifier la résiliation unilatérale d'un contrat conclu entre deux personnes publiques : « la disparition de sa cause »<sup>35</sup>.

On peut se demander si, à l'avenir, le juge administratif continuera à s'appuyer sur la cause, désormais supprimée du Code civil. Il n'est pas impossible que la notion de cause survive, à l'état de principe, dans la jurisprudence administrative. Dans une décision de

---

<sup>33</sup> CE, Section, 9 juillet 1937, Commune d'Arzon, Rec. p. 680.

<sup>34</sup> CE, 25 nov. 1921, Sté des Savonneries Henri Olive, Rec. p. 977.

<sup>35</sup> Conseil d'État, 27 février 2015, n° 357028, ville de Béziers.



2008, le Conseil d'État affirme, sans la moindre référence explicite au Code civil, qu'« une convention peut être déclarée nulle lorsqu'elle dépourvue de cause ou lorsqu'elle est fondée sur une cause, qui, en raison de l'objet de cette convention ou du but poursuivi par les parties, présente un caractère illicite »<sup>36</sup>. Le fait d'avoir ainsi déconnecté la théorie de la cause du Code civil, pour en faire un principe général, adapté au contrôle juridictionnel des contrats administratifs pourrait permettre au juge administratif d'en faire à nouveau application, alors même que la notion a disparu du Code civil.

*C. L'exécution des contrats publics régie par le principe de la force obligatoire*

Puisque la notion de contrat est définie, en droit français, comme l'accord de volontés destiné à produire des effets de droit, il faut que cet accord ait les moyens de produire des effets juridiques. Ce moyen, c'est la force obligatoire : c'est elle qui permet de créer des obligations entre les parties, par l'effet de la rencontre de leurs volontés. C'est dire qu'un accord de volonté dépourvu de force obligatoire n'a pas de véritable portée contraignante et qu'il n'est donc pas un contrat. En tant qu'ils sont des contrats, il est donc parfaitement naturel que les contrats administratifs soient soumis au principe de la force obligatoire. Il n'y a dès lors rien de surprenant à ce que le juge administratif applique le principe de force obligatoire, historiquement issu de l'ancien article 1134 du Code civil (désormais 1103). Il a non seulement affirmé, à plusieurs reprises et sans citer explicitement l'ancien article 1134, que le contrat constitue « la loi des parties »<sup>37</sup>, mais il a également fait de la règle de la force obligatoire un principe général du droit (PGD)<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Conseil d'État, 15 févr. 2008, n° 279045, Commune de La-Londe-les-Maures.

<sup>37</sup> Conseil d'État, 7 mars 1902, *Sieur Bellet c/ l'État*, Rec., p. 182 ; Conseil d'État, 25 février 1976, n° 89776, *Société Jean Leiseing et ses fils*.

<sup>38</sup> Conseil d'État, 3 juillet 2013, n° 348099, *Association des paralysés de France* : « Considérant qu'aux termes de l'article 1134 du code civil : " Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites " ; que l'article L. 1221-1 du code du travail dispose : " Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter " ; que le principe général du

## *2.2 Les principes jurisprudentiels de droit public*

Outre les principes issus du Code civil qui viennent d'être évoqués, et qui constituent le socle commun du droit des contrats, le droit français des contrats publics comporte des principes proprement publicistes. Certains de ces principes ne sont pas spécifiques à la matière contractuelle et s'appliquent à l'ensemble des activités de l'Administration, mais avec une incidence particulière sur le droit des contrats publics (A). Il existe néanmoins, à côté de ces principes à portée très générale, des principes propres aux contrats publics (B).

### *A. Les principes généraux de droit public retentissant sur le droit des contrats publics*

Trois grands principes du droit public français retentissent particulièrement sur les contrats publics : l'indisponibilité des pouvoirs et des compétences, l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, et le principe de continuité de l'État.

L'indisponibilité des pouvoirs et des compétences, d'abord, qui découle de l'art. 3 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 (principe de la souveraineté nationale) emporte trois conséquences en matière contractuelle. Il interdit, en premier lieu, à toute personne publique, de s'engager à exercer l'une de ses compétences d'une façon particulière. Il s'ensuit qu'une personne publique ne peut, par exemple, s'engager par contrat sur le sens d'une décision future. Le « pacte sur décision future », pour reprendre la formule de Jacques Moreau<sup>39</sup> est ainsi prohibé. Le même principe interdit, en second lieu, qu'une personne publique renonce contractuellement à exercer les pouvoirs qu'elle détient,

---

droit dont s'inspirent ces dispositions implique que toute modification des termes d'un contrat de travail recueille l'accord à la fois de l'employeur et du salarié ».

<sup>39</sup> J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat », *AJDA* 1965, p. 3.

dans l'intérêt général, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs (pouvoirs de modification et résiliation unilatérales)<sup>40</sup>. Ce principe limite notamment la liberté qu'ont les personnes publiques d'aménager contractuellement la mise en œuvre de leur pouvoir de résiliation unilatérale dans l'intérêt général. Si elles peuvent s'engager à accorder à leur cocontractant une indemnité pour résiliation unilatérale supérieure au montant du préjudice subi, cette indemnité ne doit pas atteindre un montant tel qu'il pourrait conduire la personne publique à renoncer à la mise en œuvre de son pouvoir. De l'indisponibilité des compétences découle, en troisième lieu, l'interdiction faite aux personnes publiques de déléguer par la voie contractuelle toute mission de souveraineté inhérente à l'État. Permettre aux personnes publiques de les déléguer reviendrait à dépouiller l'État de sa souveraineté. Le principe de l'interdiction de déléguer toute mission de souveraineté, a valeur constitutionnelle : le Conseil constitutionnel utilise ce principe comme norme de référence du contrôle de constitutionnalité dans les décisions du 29 août 2002 « Loi d'orientation et de programmation de la justice (LOPJ) » et du 26 juil. 2003, « Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit ». Il considère en l'espèce que le fait, pour l'État, de confier à un cocontractant une mission globale de conception, réalisation, transformation, exploitation et financement d'équipements publics ne revient pas à déléguer une mission de souveraineté. C'est ce qui explique que le titulaire du pouvoir réglementaire ne peut pas déléguer ce pouvoir par contrat, à une personne privée, tout comme le titulaire d'un pouvoir de police administrative. De même, ni le pouvoir d'organisation d'un service public, ni celui de recouvrer les recettes ou de payer les dépenses publiques ne peut être délégué.

Le principe de l'interdiction de consentir des libéralités, ensuite, s'applique exclusivement aux personnes publiques. Comme le principe de l'indisponibilité des compétences, il encadre le contenu du contrat. Les personnes publiques contractantes ne peuvent ainsi insérer des clauses qui les conduisent à payer des sommes qu'elles ne doivent pas. Par exemple, elles ne peuvent pas consentir à indemniser de façon excessive leur

---

<sup>40</sup> Conseil d'État, 6 mai 1985, n° 41589, Eurolat c/ Crédit foncier de France.

cocontractant pour résiliation unilatérale dans l'intérêt général ou pour modification unilatérale. En principe, le cocontractant est indemnisé du montant de sa perte subie et, dans une certaine mesure, de son gain manqué. Si la personne publique contractante consent au moment de la signature du contrat, à indemniser son cocontractant au-delà de ce montant, la jurisprudence interdit que l'indemnisation soit « manifestement disproportionnée » au regard du préjudice réellement subi par le cocontractant<sup>41</sup>.

En principe de continuité de l'État, enfin, influe de façon indirecte sur le droit des contrats publics. C'est de ce principe que découle celui de continuité du service public, codifié à l'article L. 6 CCP, et qui fonde la théorie de l'imprévision.

#### *B. Les principes spécifiques au droit des contrats publics*

Ces principes sont relatifs à la passation (a) à l'exécution (b) et au contentieux des contrats publics.

##### a) En matière de passation

Les deux principes jurisprudentiels relatifs à la passation des contrats publics sont le principe d'égalité d'accès à la commande publique et le principe de transparence. Ils ont tous deux valeur constitutionnelle, et constituent les pendants français du principe européen de non-discrimination à raison de la nationalité (article 18 TFUE) et de son corollaire, le principe de transparence, issu de la jurisprudence *Telaustria*. Ceux deux principes ont des fondements autonomes par rapport à leurs « cousins » issus du droit de l'Union. Le Conseil Constitutionnel a ainsi un déduit un principe d'égalité d'accès à la commande publique de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, qui consacre l'égalité devant la loi<sup>42</sup>. Comme les principes du droit de l'Union européenne, sa fonction

---

<sup>41</sup> CE, 4 mai 2011, n° 334280, Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan.

<sup>42</sup> Conseil constitutionnel, 26 juil. 2003, « Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit ».

est d'interdire aux organismes adjudicateurs de favoriser les candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Il fait découler le principe constitutionnel de transparence du même article de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, ainsi que de l'article 14, dont découlent les principes de consentement à l'impôt et de protection des deniers publics<sup>43</sup>.

b) En matière d'exécution

C'est en matière d'exécution des contrats publics que le génie du juge administratif s'est principalement exprimé, pour échafauder, au fil du temps, et de concert avec la doctrine, une théorie générale des contrats administratifs, constituée d'un ensemble de principes propres à cette catégorie de contrats. En son sein, les « règles générales applicables aux contrats administratifs » occupent une place centrale. Cette dénomination recouvre le principe de mutabilité du contrat administratif (pouvoir de résiliation unilatérale de l'Administration dans l'intérêt général, et pouvoir de modification unilatérale), ainsi que les théories de l'imprévision, de la force majeure administrative, et du fait du Prince. Les règles générales applicables aux contrats administratifs ont pour fonction commune de favoriser le traitement des aléas (administratifs, économiques, techniques...) qui pèsent sur la bonne exécution du contrat. Leur consécration est fondée sur l'objet des contrats administratifs, à savoir la contribution à la satisfaction de l'intérêt général. Il s'agit d'éviter que les aléas affectant les contrats administratifs compromettent les missions d'intérêt général pour l'exécution desquelles ils sont conclus. Par ailleurs, même si la doctrine ne les rattache pas aux règles générales applicables aux contrats administratifs, le pouvoir de contrôle et le pouvoir de sanction concourent également à la bonne exécution dans le contrat dans l'intérêt général, puisqu'ils visent à garantir la personne publique contre les manquements de son cocontractant.

---

<sup>43</sup> *Ibid.*

Le principe de mutabilité du contrat administratif est le corolaire du principe de mutabilité du service public. L'intérêt général étant évolutif et contingent, l'action administrative doit pouvoir évoluer en suivant ses évolutions. Il en va de même des contrats administratifs, passés pour contribuer à la satisfaction de l'intérêt général : ils doivent pouvoir être adaptés à son évolution, ou éventuellement disparaître, si l'intérêt général qui a déterminé la passation du contrat a disparu. Le juge administratif a par conséquent reconnu aux personnes publiques contractantes un pouvoir de résiliation unilatérale dans l'intérêt général et un pouvoir de modification unilatérale pour le même motif. Le pouvoir de résiliation unilatérale existe de plein droit, quel que soit le type de contrat, et pour tout type de contrat administratif. En 1958, dans l'arrêt *Distillerie de Magnac-Laval*, le Conseil d'État affirme que la personne publique contractante dispose de ce pouvoir, « en tout état de cause, en vertu des règles applicables aux contrats administratifs »<sup>44</sup>. Il faut néanmoins, sous peine d'engager la responsabilité contractuelle de l'Administration, que le motif d'intérêt général soit réel, et qu'il existe au moment où la personne publique prend la décision de résilier<sup>45</sup>. Elle ne peut pas anticiper une future évolution de l'intérêt général.

Le pouvoir de modification unilatérale dans l'intérêt général se rattache, de façon assez évidente, au principe de mutabilité du service public<sup>46</sup>. À la fin du XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle, un grand nombre de nouveaux services publics (souvent municipaux) sont créés sans que les collectivités publiques qui en sont à l'origine n'aient de moyens suffisants pour réaliser les investissements coûteux qu'auraient requis leur exploitation en régie directe. Ces services (de distribution de gaz, d'éclairage public, de transports en commun) sont donc le plus souvent concédés à des entreprises privées. L'Administration fait par conséquent preuve d'une grande mansuétude à l'égard de ses providentiels

---

<sup>44</sup> Conseil d'État, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie Magnac-Laval*.

<sup>45</sup> Conseil d'État, 27 févr. 1987, *Sté TV6*.

<sup>46</sup> Conseil d'État, 10 janv. 1902, *Cie nouvelle Gaz de Deville-lès-Rouen*.

concessionnaires. Ces derniers ont fréquemment profité de ce rapport de force, notamment en résistant aux demandes visant à faire évoluer le service. Dans sa note sur la décision *Compagnie française des tramways*<sup>47</sup>, Hauriou, qui retrace l'évolution des rapports concédant/concessionnaire, évoque le « sans-gêne » dont font preuve ses derniers sans leur rapport avec le public, et la résistance qu'ils opposent aux demandes raisonnables d'amélioration. Afin de garantir la primauté de l'intérêt du service sur les intérêts des concessionnaires, le juge administratif a donc reconnu un pouvoir de modification unilatérale à la personne publique concédante. Le principe est solennellement affirmé par le Conseil d'État, à l'occasion de la décision *Union transports publics urbains et régionaux*<sup>48</sup>.

Comme le pouvoir de résiliation unilatérale, le pouvoir de modification unilatérale n'est pas absolu. Non seulement, la modification ne doit pas être substantielle ou dénaturer l'objet du contrat, mais elle ne peut porter sur les clauses financières.

La contrepartie des pouvoirs de résiliation et modification unilatérales, est le droit du cocontractant au maintien de l'équation financière. Cela signifie qu'en cas de mise en œuvre de l'un de ces deux pouvoirs, il a droit, en principe, à l'indemnisation du préjudice subi et du gain manqué, selon une logique voisine de celle de la responsabilité contractuelle. Le droit au maintien de l'équation financière n'est rien d'autre que l'expression de la force obligatoire du contrat administratif, qui interdit que le cocontractant soit privé, contre son gré, de l'enrichissement tiré de l'exécution du contrat conforme ses stipulations initiales.

---

<sup>47</sup> M. Hauriou, note sur Conseil d'État, 10 mars 1910, n° 16178, *Compagnie générale française des tramways*, in M. Hauriou, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du tribunal des conflits*, t. 3, La mémoire du droit, 2000, p. 470 et s.

<sup>48</sup> Décision précitée.

Le principe du maintien de l'équation financière fonde également la théorie du « fait du Prince », qui a ceci d'original qu'elle est l'unique cas de responsabilité contractuelle sans faute. Lorsque la personne publique contractante prend elle-même une mesure licite, en vertu de pouvoirs autres que ceux qu'elle détient sur le fondement du contrat ou du principe de mutabilité (par exemple un pouvoir de police), et qui alourdit les charges du cocontractant, elle a l'obligation de l'en indemniser intégralement. Il reste qu'en raison, peut-être, du caractère exceptionnel de sa mise en œuvre, le législateur délégué ne mentionne pas la théorie du fait du Prince à l'article L. 6 CCP, aux côtés des autres règles générales applicables aux contrats administratifs.

Par ailleurs, afin de garantir la continuité du service public, ou plus généralement, la continuité de l'action administrative, le juge administratif a consacré la théorie de l'imprévision. Elle vise à assurer la poursuite de l'exécution du contrat administratif lorsque son équilibre économique est bouleversé par un événement imprévisible et extérieur aux parties. Cette théorie est apparue à l'issue de la Première guerre mondiale, qui avait provoqué une hausse considérable des prix du charbon. Cette dernière a eu pour conséquence de rendre l'exploitation du service public de l'éclairage au gaz gravement déficitaire. Les pertes des entreprises d'éclairage concessionnaires étaient tellement lourdes qu'en continuant à exploiter le service au tarif initialement convenu, elles risquaient la faillite. De nombreux « gaziers », ont donc, à l'instar de la Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, demandé aux communes concédantes de réviser les tarifs contractuels. Les communes se sont abritées derrière l'intangibilité des obligations contractuelles déduite du principe de la force obligatoire pour refuser ces révisions. Dans l'arrêt du « Gaz de Bordeaux »<sup>49</sup>, le Conseil d'État décide que pour garantir la continuité du service public dans des conditions (événement imprévisible et extérieur aux parties) aboutissant au bouleversement de l'économie du contrat, le cocontractant qui continue à exécuter ses obligations aura droit à une indemnité pour le temps que dure la situation d'imprévision.

---

<sup>49</sup> Conseil d'Etat, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux.



Cette indemnité n'a pas vocation à reconstituer la marge bénéficiaire initialement prévue par le cocontractant, mais simplement à lui permettre de dégager une marge suffisante pour qu'il puisse continuer à exécuter le contrat dans l'intérêt général. Si toutefois, l'équilibre du contrat devait être définitivement bouleversé, l'Administration ne serait pas tenue d'indemniser le cocontractant jusqu'à son terme. Dans pareille hypothèse, la théorie de la force majeure administrative permet la résiliation du contrat et l'indemnisation du cocontractant d'une partie du préjudice subi<sup>50</sup>.

La théorie des sujétions techniques imprévues permet également au cocontractant de recevoir des indemnités lorsqu'il fait face à des « difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution du marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties »<sup>51</sup>. L'indemnisation est accordée si quatre conditions sont réunies : le cocontractant doit avoir fait face à un aléa technique ou matériel, résultant du fait d'un tiers ou d'un aléa naturel, qui devait être imprévisible, et qui a entraîné un bouleversement de l'économie du marché. La théorie des sujétions imprévues est née dans les marchés de travaux publics et continue à s'appliquer presque exclusivement dans ce domaine. Elle est souvent invoquée par les entreprises de bâtiment-travaux publics, mais elle est rarement appliquée par le juge qui retient une acception stricte de ses conditions.

La personne publique contractante s'est enfin vue reconnaître un pouvoir de contrôle de l'exécution du contrat, qui n'est habituellement pas rattaché aux règles générales applicables aux contrats administratifs. Ce pouvoir permet à la personne publique de veiller au respect par le cocontractant de ses obligations contractuelles. Si le fondement de ce pouvoir est parfois légal, il a surtout été consacré par jurisprudence. Il existe ainsi, même sans texte et dans le silence du contrat. Le Conseil d'État évoque, à ce propos, le «

---

<sup>50</sup> Conseil d'État, 9 déc. 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg ; 14 juin 2000, Commune de Staffelfelden.

<sup>51</sup> Conseil d'État, 30 juill. 2003, n° 223445, Commune de Lens.

droit qui appartient au maître de l'œuvre de diriger et contrôler l'exécution du marché par l'entrepreneur »<sup>52</sup>. Le pouvoir de contrôle sur l'exécution contrat a une portée très large. Il s'exerce aussi bien sur les ouvrages et travaux réalisés ou sur les fournitures livrées, que sur le respect des règles de sécurité.

Par suite de l'exercice de ce pouvoir, l'Administration peut, le cas échéant, être amenée à sanctionner son cocontractant. Le pouvoir de sanction unilatérale résulte du privilège du préalable, qui l'autorise (et l'oblige) à agir unilatéralement pour imposer sa volonté aux administrés. Néanmoins, contrairement au principe qui prévaut hors de la matière contractuelle<sup>53</sup>, elle n'est pas tenue de prononcer elle-même les sanctions. Elle a la possibilité de saisir le juge du contrat<sup>54</sup>. Si elle choisit la voie unilatérale, l'Administration doit, sous peine d'engager sa responsabilité, mettre en demeure le cocontractant d'exécuter ses obligations dans un délai suffisant.

#### c) En matière contentieuse : la loyauté des relations contractuelles

En raison de sa parenté avec le principe de bonne foi, le principe de loyauté des relations contractuelles aurait pu être classé parmi les principes issus du Code civil. Il semble néanmoins que son application en droit des contrats publics est particulièrement étroite. Il concerne principalement les actions en nullité formées par l'une des parties au contrat. Le juge administratif a dû trancher un certain nombre de litiges où il apparaissait que l'une des parties soulevait sa nullité, soit par voie d'action, pour se dégager d'une relation contractuelle qu'elle ne souhaitait pas poursuivre (en évitant ainsi d'avoir à indemniser son cocontractant pour la résiliation du contrat), soit par voie d'exception, afin d'échapper à une action en responsabilité contractuelle dirigée contre elle. Par un arrêt

---

<sup>52</sup> Conseil d'État, 22 févr. 1952, Société pour l'exploitation des procédés Ingrand.

<sup>53</sup> Conseil d'État, 30 mai 1913, Préfet de l'Eure.

<sup>54</sup> CE, 31 mai 1907, Deplanque.

*Commune de Béziers*, de 2009, le Conseil d'État a décidé, sur le fondement de la loyauté contractuelle, de limiter les moyens pouvant être soulevés par une partie à l'appui d'une action en nullité<sup>55</sup>. Les vices les plus spécifiques aux contrats administratifs, qui tiennent aux conditions de validité découlant du caractère public du contrat – en particulier l'incompétence de la personne publique contractante – ne peuvent plus être invoqués. Les irrégularités invocables sont désormais resserrées autour des vices proprement « contractuels », en particulier ceux qui sont relatifs au consentement des parties et à l'illicéité du contenu du contrat<sup>56</sup>. La violation d'une règle de la procédure de passation pour les contrats soumis à l'obligation de publicité et mise en concurrence peut toujours être invoquée, mais sa prise en compte par le juge dépendra de sa gravité. On peut ainsi affirmer que les motifs d'illégalité proprement publicistes des contrats administratifs ont été marginalisés au sein du contentieux de la nullité.

### **3. LES PRINCIPES ISSUS DE LA DOCTRINE ADMINISTRATIVE ET DE LA DOCTRINE UNIVERSITAIRE**

#### ***3.1 Le rôle de la doctrine administrative dans l'élaboration des principes du droit des contrats publics***

Le rôle de la doctrine administrative dans la construction du droit français des contrats publics est peu étudié<sup>57</sup>. Il ne doit pourtant pas être négligé. La rédaction, par

---

<sup>55</sup> Conseil d'État, Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, Rec., p. 509.

<sup>56</sup> V. sur ce point Conseil d'État, 12 janvier 2011, Manoukian, BJC 2011, n° 75, p. 121, concl. N. BOULOUIS, obs. C. MAUGÛE.

<sup>57</sup> V. sur ce point F. ROLIN, « Le rôle de la pratique dans la construction du droit des contrats administratifs », À propos des contrats des personnes publiques, *Mélanges en l'honneur de Laurent Richer*, Paris, LGDJ, 2013, p. 9, ainsi que X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics : contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, LGDJ, Bibl. de droit public, 2001. Pour une analyse de l'apport des documents contractuels types dans le traitement des aléas auxquels font face les contrats publics, nous

l'Administration, de cahiers des charge-types est une pratique qui remonte au moins au début du XIX<sup>e</sup> siècle. C'est dire que ce type de document existait bien avant que les principes gouvernant l'exécution des contrats administratifs aient été consacré par la jurisprudence. Or, le contenu de certains de ces principes (notamment les pouvoirs unilatéraux) figuraient dans ces cahiers des charges. Il est ainsi permis de penser qu'ils ont contribué à inspirer la jurisprudence administrative. Cette pratique ne s'est jamais démentie, et la Direction des affaires juridiques (DAJ) du MINISTERE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE publie des cahiers des clauses administratives générales (CCAG) qui ont pour objet de servir aux acheteurs publics à rédiger les clauses de leurs marchés. On trouve dans ces cahiers des charges-types, des modèles de clauses qui réitérent la portée de la plupart de principes jurisprudentiels d'exécution du contrat évoqués précédemment. Il serait vain de multiplier les exemples, mais l'on peut mentionner l'article 45 du CCAG Travaux, qui prévoit que « le représentant du pouvoir adjudicateur peut mettre fin à l'exécution des prestations faisant l'objet du marché avant l'achèvement de celles-ci » consécutivement à une faute du titulaire, ou pour un motif d'intérêt général. La Mission d'appui au financement d'infrastructures (Fin. Infra.) publie également un « clausier » visant à encadrer l'exécution des marchés de partenariat.

Par ailleurs, des circulaires ministérielles rappellent périodiquement (en période de crise économique) les conditions de la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision.

### ***3.2 Le rôle de la doctrine universitaire***

La doctrine universitaire a joué un rôle important dans l'édification d'un droit des contrats publics. Elle en a extrait les principes directeurs de la jurisprudence, et les a organisés en système à partir de la fin des années 1920. C'est à Gaston Jèze que l'on doit la notion de « contrat administratif », systématisée autour d'un régime général déduit des

---

nous permettons également de mentionner notre thèse, *L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et droit français*, Paris, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 288, 2015, p. 251-260, p. 267-280, p. 294-300, et p. 311-313.

principes issus de la jurisprudence du Conseil d'État et du TRIBUNAL DES CONFLITS, au sein d'un ouvrage en trois volumes, publié entre 1927 et 1934, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes, et des établissements publics*<sup>58</sup>. L'auteur insiste sur le caractère exorbitant des contrats administratifs (dédit des pouvoirs unilatéraux de l'Administration et des droits particuliers de son cocontractant), ce qui conduit à penser le contrat administratif comme une notion autonome du droit privé, à l'instar du droit administratif dans son ensemble. Au début des années 1980, la seconde édition du *Traité des contrats administratifs*<sup>59</sup>, initiée par André de Laubadère, doit être mentionnée, car elle contribue – avec notamment les travaux de Roland Drago<sup>60</sup>, à rappeler le caractère *contractuel* des contrats administratifs. Le *Traité* met ainsi en exergue, de façon sans doute originale au début des années 1980, les principes issus du Code civil qui s'appliquent aux contrats administratifs.

Si la doctrine universitaire n'a plus le rôle de « défricheur » qu'elle pouvait avoir en la matière dans le premier tiers du XX<sup>e</sup> siècle, son intérêt pour les contrats publics semble ne jamais avoir été aussi important qu'actuellement. On peut, sans trop de risques, avancer que la doctrine universitaire française est l'une de celles qui s'intéresse le plus aux contrats publics (peut-être à l'excès ?). Chaque année, plusieurs thèses de doctorat sont ainsi consacrées aux contrats publics, et on ne compte pas moins de cinq manuels à jour en la matière<sup>61</sup>, plusieurs encyclopédies consacrées aux contrats publics en général, ou aux

---

<sup>58</sup> G. JEZE, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes, et des établissements publics*, 3 tomes, Paris, Giard, 1927-1934.

<sup>59</sup> A. DE LAUBADERE, P. DELVOLLE, F. MODERNE, *Traité des contrats administratifs*, 2 tomes Paris, LGDJ, 1983-1984.

<sup>60</sup> R. DRAGO, « *Paradoxes sur les contrats administratifs* », *Études offertes à Jacques Flour*, 1979, p. 151 ; « Le contrat administratif aujourd'hui », *Droits* 1990, n° 12, p. 117 ; « La notion d'obligation en droit public et en droit privé », *Archives de philosophie du droit* 2000, t. XLIV, p. 43.

<sup>61</sup> S. BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique*, Le Moniteur, 2019 ; C.-A. DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, Paris, PUF, Thémis, 2019 ; H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, Paris,

contrats de commande publique, ainsi que trois revues mensuelles entièrement dédiées aux contrats publics (sans compter les nombreux, articles, chroniques et commentaires publiés dans les revues consacrées au droit administratif)<sup>62</sup>. En outre, deux volumes de mélanges – en l’honneur de Michel Guibal<sup>63</sup> et en l’honneur de Laurent Richer<sup>64</sup> y sont intégralement consacrés.

Cette brève synthèse sur les principes du droit des contrats publics et leurs sources révèle l’émiettement de ces dernières : des textes de toute nature normative, la jurisprudence, la doctrine administrative, et la doctrine universitaire ont tous contribué (à proportion inégale) à l’émergence ou à la consolidation des principes du droit français des contrats publics.

---

Dalloz, 2019 ; L. RICHER, F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2019 ; M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LexisNexis, 2019.

<sup>62</sup> *Bulletin juridique des contrats publics*, EFE ; *Contrats et marchés publics*, LexisNexis ; *Contrats publics : l’actualité de la commande et des contrats publics*, Le Moniteur.

<sup>63</sup> *Les contrats publics, Mélanges en l’honneur du professeur Michel Guibal* (2 tomes), Montpellier, Presses universitaires de Montpellier, 2006.

<sup>64</sup> *À propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l’honneur de Laurent Richer*, Paris, LGDJ, 2013.

---