

## **CONTENU DE LA NOTION**

611. La notion telle qu'elle a été posée d'« *un contrat de la commande publique, contrat à titre onéreux par lequel une personne morale de droit public ou une personne privée qui est, soit contrôlée par une ou plusieurs personnes publiques, soit qui a en charge des deniers publics, se procure pour elle-même ou pour les usagers du service public dont elle a la responsabilité des biens corporels ou des services* » mérite quelques explications. Elle part d'abord du postulat que les contrats de la commande publique sont des contrats (§ 1<sup>er</sup>), ce qui ne devrait pas être un débat comme on en a pourtant vu les prémisses. Elle se fonde ensuite sur trois éléments principaux que sont le critère organique (§ 2<sup>e</sup>), le critère matériel (§ 3<sup>e</sup>), ainsi que sur le caractère onéreux du contrat qu'il faut entendre de la façon la plus large (§ 4<sup>e</sup>).

### **§ 1<sup>er</sup> : Le caractère contractuel des actes de la commande publique**

612. Les marchés publics ont toujours été définis comme devant être des contrats. Cette exigence était souvent implicite dans les premières réglementations post-révolutionnaires, elle est devenue explicite dans les textes ultérieurs et cela aussi bien en droit interne que pour les différentes directives communautaires. Cette condition trouve un certain nombre de justifications dans l'histoire du contrat en droit administratif et dans l'approche de la doctrine administrativiste fondée sur les rôles de chacune des catégories d'actes : le contrat et l'acte unilatéral. (A). À partir du moment où la forme contractuelle est devenue un critère juridique posé expressément, critère qui limitait le champ d'application des marchés publics et qui limite aujourd'hui celui de la commande publique, il a fallu préciser la notion de contrat afin d'en déterminer les contours. Cet exercice est aujourd'hui assurément périlleux tant les plus grands auteurs s'y sont risqués et tant il est difficile de prendre position. Pourtant, en partant de traits communs du contrat, on peut en notre matière éviter un certain nombre des controverses par un autre constat : tous les contrats de la commande publique, au-delà de leur qualification de contrats, doivent être des actes synallagmatiques. (B).

#### ***A) La forme contractuelle, une exigence dans tous les contrats de la commande publique***

613. La forme contractuelle des « marchés publics » est une constante. Elle a suivi l'évolution des marchés et n'a jamais été remise en cause, même par le droit communautaire qui aurait pu le vouloir pour étendre le champ d'application des

procédures de passation. Cette situation (A) a des justifications historiques et théoriques qu'il convient de préciser (B).

### 1) Une exigence constante

**614.** La forme contractuelle des « marchés » est constante dans toutes les législations et réglementations post-révolutionnaires. Cette affirmation, dont on verra qu'elle ne fait pas de doute aujourd'hui, peut apparaître comme un sophisme pour les législations jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Comme le laisse entendre LITTRÉ au deuxième tiers de ce siècle<sup>114</sup>, la notion même de marché est alors entendue – au moins dans certaines de ses utilisations – comme synonyme de « contrat ». Dire que les marchés sont tous des contrats semble par conséquent à la fois facile et peu scientifique. Pour autant, si l'on veut aller plus loin, il est possible de déduire des textes des lois et décrets imposant les procédures de passation que la forme contractuelle est effectivement requise.

**615.** Ainsi, le décret des 7-11 septembre 1790<sup>115</sup> utilise-t-il le terme de marché mais en précisant ensuite qu'il peut y avoir des contentieux concernant l'interprétation ou l'exécution des « clauses du marché », ce qui sous-entend la conclusion d'un contrat. On retrouve exactement cette référence aux « clauses » dans la fameuse loi du 28 pluviôse An VIII<sup>116</sup>. De la même manière, le décret des 8-10 juillet 1791 mentionne-t-il le fait de « passer le marché »<sup>117</sup>, la « passation » qui est un terme éminemment contractuel laisse penser que cette forme d'acte est requise. Ensuite, les deux textes des 20 septembre – 14 octobre 1791<sup>118</sup> et 9 fructidor An VI<sup>119</sup> utilisent pour leur part le terme « d'entreprise » qui fait référence aux contrats d'entreprise de droit privé tel qu'on le retrouve à partir de 1804 dans le Code civil. Dernier exemple qui est aussi, nous semble-t-il, le plus probant : la loi du 31 janvier 1833<sup>120</sup> qui va fonder les deux ordonnances de 1836 et 1837 met en place les procédures communes de passation et prévoit un état annuel de tous les marchés de plus de 50 000 F au bénéfice de l'Assemblée nationale. La loi dispose que cet état « indiquera le nom et le domicile des *parties contractantes*, la durée, la nature et les principales conditions du *contrat* ». Le terme de contrat est explicite, il le restera dans tous les textes postérieurs.

<sup>114</sup> LITTRÉ écrit son dictionnaire de la langue française entre 1863 et 1872

<sup>115</sup> Décret 7-11 septembre 1790, *relatif à la forme de procéder devant les autorités administratives et judiciaires, en matière de contributions, de travaux publics, et de commerce, et à la suppression des cours, tribunaux et juridictions d'ancienne création*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 1 page 359, spé. art. 6.

<sup>116</sup> Loi du 28 pluviôse An VIII (17 février 1800), *concernant la division du territoire français et l'administration*, spécialement art. 4 qui fixe la compétence des Conseils de préfecture.

<sup>117</sup> Décret des 8-10 juillet 1791 *concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets y relatifs*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 3, p. 92, spé. article 4.

<sup>118</sup> Décret 20 septembre-14 octobre 1791 *Relatif aux commissaires des guerres* ; DUVERGIER, *Lois et décrets*, tome 3, page 319

<sup>119</sup> Arrêté du directoire exécutif du 9 fructidor an VI (26 août 1798) *Sur les marchés, entreprises et fournitures du département de la marine*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 10, page 334

<sup>120</sup> Loi du 31 janvier 1833 *Portant règlement définitif du budget de 1829*, spé. art. 12.

**616.** Le Code des marchés publics de 1964 lève le doute sur ce point puisqu'il dispose dans son article 1<sup>er</sup> que « *les marchés publics sont des contrats [...]* », texte repris à l'identique dans les articles 1<sup>er</sup> des codes de 2001 et 2004. Le droit interne ne s'est de surcroît pas limité aux marchés publics au sens strict puisque les autres « actes de commande publique » sont aussi définis comme devant être des contrats. Ainsi, la loi MURCEF du 11 décembre 2001<sup>121</sup> le requiert pour l'ensemble des délégations de service public<sup>122</sup>. Ce point, qui apparaissait clairement dans l'ensemble de la doctrine avant la loi<sup>123</sup>, permet de considérer de façon certaine que toutes les catégories que sont les concessions, les affermages ou les régies intéressées qui sont des délégations de service public doivent respecter cette forme, les délégations unilatérales ne sont pas soumises à la loi Sapin ou aux articles L. 1411-1 et s. du CGCT. Les contrats de partenariat – de création récente – ne dérogent pas non plus à cette règle puisque l'ordonnance qui les crée commence par dire que « *les contrats de partenariat sont des contrats [...]* »<sup>124</sup>. Enfin, la modification récente de la loi MOP par l'ordonnance du 17 juin 2004 insiste aussi sur le caractère contractuel des mandats de la loi MOP qui étaient auparavant qualifiés de « conventions »<sup>125</sup>.

**617.** Les directives communautaires sont venues appuyer ce que le droit français prévoyait. Dès la directive « Travaux » du 26 juillet 1971<sup>126</sup>, la levée des restrictions aux prestations entre les différents pays de la communauté s'applique aux marchés notamment quand « *a été conclu un contrat* »<sup>127</sup>. Les directives postérieures sont encore plus claires sur ce point puisque, comme le droit interne, elles précisent aujourd'hui que « *les*

---

<sup>121</sup> Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *Portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, J.O. n° 288 du 12 décembre 2001 page 19703. Le caractère contractuel des délégations de service public ne faisait aucun doute avant même la loi MURCEF si l'on s'en réfère à deux avis du Conseil d'État en date du 9 mars 1995 *Transports publics de la région parisienne*, EDCE 1995 p. 402 et du 28 septembre 1995 *Gaz et chutes hydro-électriques*, EDCE 1995 p. 402, note G. GUGLIELMI, RFD 2001, p. 353

<sup>122</sup> La définition des délégations de service public que la loi MURCEF insère à l'article 38 de la loi Sapin et à l'article L. 1411-1 du CGCT dispose clairement le caractère contractuel de ces actes : « *Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.* »

<sup>123</sup> La solution unanime était fondée sur deux avis du Conseil d'État, le premier à propos des transports publics de voyageur en Île-de-France (CE, Sect. TP, avis adm. du 9 mars 1995, n° 356931, EDCE 1995, p. 399) et l'autre à propos des autorisations de transport de gaz et des chutes hydro-électriques (CE, Sect. TP, Avis adm. 28 sept. 1995, n° 357262 et 357263, EDCE 1995, p. 402).

<sup>124</sup> Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. n° 141 du 19 juin 2004 page 10994 texte n° 2

<sup>125</sup> L'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 *portant modification de la loi no 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*, J.O. 19 juin 2004, texte n° 27 modifie l'article 5, 1<sup>er</sup> al. en précisant qu'il s'agit d'un « *contrat* » et remplace à deux reprises le mot « *convention* » par celui de « *contrat* » dans les a) et b) du même article.

<sup>126</sup> Directive 71/304/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, *Concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales*, J.O.C.E. n° L 185 du 16/08/1971, pp. 1-4.,

<sup>127</sup> Directive 71/304/CEE précitée, art. 3-1 a)

"marchés publics" sont des contrats [...] »<sup>128</sup> de la même manière qu'elles disposaient auparavant soit que « les marchés sont des contrats [...] »<sup>129</sup>, soit « qu'on entend par marché public de service les contrats conclus [...] »<sup>130</sup>. En revanche, la communication sur les concessions est moins claire sur ce point, elle semble vouloir aller rechercher la délégation au-delà de la forme contractuelle. Cette position engendre les plus vifs reproches doctrinaux.

La référence constante au mode contractuel trouve plusieurs justifications historiques et théoriques qui ne sont pas sans lien avec la place des personnes publiques ou de l'argent public dans ces contrats.

## 2) Justifications de la nécessité d'un contrat

**618.** La raison d'être des procédures de mise en concurrence lors de la passation des contrats et non des actes unilatéraux provient en partie de l'approche historique des contrats dans l'action administrative. Les contrats et les actes unilatéraux sont tous deux des moyens de régler des rapports entre personnes, que leurs intérêts soient communs ou opposés. Le contrat règle ces situations par un accord des volontés sur les moyens et les objectifs à atteindre, l'acte unilatéral les règle par l'imposition d'une volonté unique, un pouvoir, une autorité qui contraint les citoyens. La traduction juridique de cette approche était historiquement bien plus marquée qu'aujourd'hui.

**619.** Durant tout le XIX<sup>e</sup> siècle, l'acte unilatéral, modalité normale d'exercice de la souveraineté, était marqué par une soumission forte au droit public et trouvait sa force dans les prérogatives de puissance publique qu'il mettait en œuvre. En tant qu'acte de souveraineté, les actes unilatéraux ne devaient pas se voir imposer des règles contraignantes de passation, cela surtout aux époques où chaque marché était autorisé par l'Assemblée nationale<sup>131</sup>. À l'inverse, le contrat était bien plus la marque du compromis, de la personne publique qui agissait comme une personne privée, en dehors de sa qualité d'autorité publique ; la personnalité juridique qu'on lui reconnaît alors est une personnalité

<sup>128</sup> Directive 2004/18 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE L134 du 30 avril 2004, article 1<sup>er</sup>, 2 a) & directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JOUE L. 134 du 30 avril 2004, article 2 a) qui se différencie de la directive 2004 en ce qu'elle précise que « Les "marchés publics de fournitures, de travaux et de services" sont des contrats [...] ».

<sup>129</sup> Directive 93/37/CEE du 14 juin 1993, article 1-a « les marchés publics de travaux sont des contrats [...] » et directive 92/50 du 18 juin 1992 art 1-a « les marchés publics de service sont des contrats [...] ».

<sup>130</sup> Directive 93/36/CEE du 14 juin 1993 « On entend par marché public de fourniture [...] les contrats conclus par écrit [...] ».

<sup>131</sup> Loi de finance 21-28 avril 1832 : « art 10 : Nulle création, aux frais de l'État d'une route, d'un canal, d'un grand pont sur un fleuve ou une rivière, d'un ouvrage important dans un port maritime, d'un édifice ou d'un monument public, ne pourra avoir lieu, à l'avenir, qu'en vertu d'une loi spéciale ou d'un crédit ouvert à un chapitre spécial du budget. » Cette compétence législative sera reprise par le sénatus-consulte 25 décembre 1852, puis on verra un retour à la compétence de l'exécutif pour les travaux de l'État par la loi du 27 juillet 1870. Sur ce point, voir aussi « De la compétence respective du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif en matière d'autorisation de travaux publics d'après la loi du 27 juillet 1870 ». In *Mélanges Travaux publics*. Salle de droit public, Université Paris II Panthéon-Assas, n° A 124

civile, elle était donc soumise normalement au droit privé. C'est ainsi que la théorie des actes d'autorité et des actes de gestion, formalisée notamment par le Président E. LAFERRIÈRE<sup>132</sup> tourne essentiellement autour d'une distinction entre actes unilatéraux et actes contractuels, même s'il faut noter que les concessions font partie selon lui des actes de puissance publique ayant un caractère contractuel<sup>133</sup>.

**620.** Cette distinction était spécialement justifiée en matière de marché public. Théoriquement, les personnes publiques qui veulent encore aujourd'hui se procurer des biens ont le choix entre les deux modes d'actions que sont l'usage de la puissance publique, mode qui prend les formes principales de la réquisition ou de l'expropriation<sup>134</sup>, et le mode classique des relations commerciales pour les personnes privées qu'est le contrat<sup>135</sup>.

**621.** Au XIX<sup>e</sup> siècle, le choix de la forme contractuelle avait pour conséquence l'application du Code civil<sup>136</sup>. En effet, on considérait que la personne publique choisissait un mode d'action de personne privée et qu'elle se soumettait par conséquent au droit privé, cela sous la seule limite des textes attributifs de compétence *rationae materiae*<sup>137</sup>. Au fil des évolutions jurisprudentielles, la qualité de contrat administratif a été reconnue aux contrats en fonction des critères des clauses exorbitantes du droit commun et de la

<sup>132</sup> E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger Levrault ed. 1887. Spé. tome 1, p. 429 : « On ne doit donc pas considérer, comme échappant de plein droit à la compétence judiciaire, tout acte émané de l'administration, toute opération accomplie ou prescrite par elle en vue d'un intérêt général ; mais seulement les actes et les opérations qui se rattachent à l'exercice de la puissance publique [...] ».

<sup>133</sup> *ibidem*, pp. 549-569, E. LAFERRIÈRE cite parmi les « contrats administratifs par leur nature » les concessions, les engagements militaires, les fonctions et emplois publics et les engagement décennaux dans l'instruction publique. On verra *infra* B) que ces contrats mettent partiellement le cocontractant de l'administration ou les tiers dans une situation réglementaire (LAFERRIÈRE parle « d'actes de puissance publique auxquels s'ajoute un élément contractuel » Tome 1, p. 549) mais aussi que cette approche par le contentieux n'est pas la plus adaptée à notre matière de la commande publique.

<sup>134</sup> Il est évident que cette liberté est tout à fait théorique puisque les réquisitions ne sont possibles que dans des cas très restreints (notamment par la loi du 11 juillet 1938 *sur l'organisation de la nation pour le temps de guerre*, titre 2). Sur ce point voir M. et A. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12<sup>e</sup> ed. 1933, p. 956 et s., spé. p. 957 : « La réquisition proprement dite, qui est un acte de puissance publique consistant dans la mainmise par l'État, indépendamment de toute consentement ou accord sur le prix et sans indemnité préalable, sur les choses nécessaires aux besoins de l'armée (ou de la population civile) ». Par ailleurs, la réquisition d'un bien immobilier n'est pas comparable à un marché public puisqu'il n'y pas de transfert de propriété, la procédure unilatérale correspondante est par conséquent l'expropriation. Sur ces deux procédures, voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 14<sup>e</sup> ed., 2000, Tome 2, n° 840 et s.

<sup>135</sup> Les actes de gestion sont souvent abordés comme étant ceux qui portent sur les personnes publiques agissant comme « propriétaire » dans les conditions des personnes privées. À cet égard, on peut analyser le marché public comme l'acte visant, pour la personne publique à devenir propriétaire. Pour une analyse des actes de gestion comme portant sur le caractère de propriétaire, cf. par exemple F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF ed. 1995, p. 131.

<sup>136</sup> Comme le dit Y. GAUDEMET, in « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », *Mélanges J. GAUDEMET, Nonagesimo anno*, Paris, 1999, pp. 613-627 : « [le droit administratif] s'est construit autour de l'acte administratif unilatéral, comme le droit civil s'est construit autour du contrat. »

<sup>137</sup> On pense bien évidemment en premier lieu à la loi du 28 pluviôse An 8 pour les travaux publics et au décret du 11 juin 1806 *Décret sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État*, DUVERGIER *Lois et décrets*, Tome 15 page 376 pour les marchés de fournitures. Sur ce dernier texte et ses différentes interprétations, cf. *supra*.

participation au service public, mais la forme contractuelle était bien à l'origine l'apanage du droit privé. Partant, si l'on s'en réfère à la distinction entre actes d'autorité et actes de gestion qui a longtemps fondé la compétence et l'application du droit administratif<sup>138</sup>, les marchés publics étaient pour l'essentiel des contrats de droit privé, spécialement pour ce qui concerne les collectivités locales<sup>139</sup>.

**622.** La référence à une forme contractuelle dans le cadre des marchés publics ne peut se concevoir qu'en prenant à la fois en compte le développement des « contrats administratifs » c'est-à-dire la reconnaissance des contrats comme mode d'action administratif parallèlement aux actes unilatéraux ; mais aussi en faisant la différence entre « contrats administratifs » et « contrat de la commande publique ». En effet, d'une part le développement des contrats administratifs est bien postérieur aux réglementations mettant en place des procédures de passation<sup>140</sup>, et d'autre part les procédures de passation elles-mêmes n'ont jamais été un critère pour reconnaître le caractère administratif à un contrat<sup>141</sup>.

**623.** Pourtant, il est aussi possible de faire un rapprochement entre les contrats de la commande publique et les contrats administratifs dans la mesure où ils sont tous les deux marqués par l'acceptation d'une part de puissance publique dans le contrat : c'est l'idée même d'un contrat « administratif » différent du droit privé pour les premiers ; c'est l'idée de procédures de passation obligatoires, contraignantes, et justifiées non plus seulement sur le fondement de la bonne gestion mais aussi sur une part de mise en concurrence pour les seconds. C'est ce qui a motivé que durant l'essentiel du XIX<sup>e</sup> siècle on a pu avoir des règles de passation, réservées aux contrats appelés « marchés », mais qui n'étaient que des règles de bonne gestion qu'il était possible de ne pas respecter et dont la nature était d'être des contrats « de droit privé » puisque soumis aux juridictions et au code civils<sup>142</sup>. L'évolution parallèle de la puissance publique dans les contrats a conduit à une double publicisation des marchés : en amont avec le développement du caractère

---

<sup>138</sup> Sans forcément fonder toutes les règles de compétence sur cette distinction, des auteurs comme AUCOC et DUCROCQ montrent le retour de la compétence judiciaire, notamment en matière de marchés. Pour AUCOC, cf. ses *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école des ponts et chaussées*, spé. tome 2 p. 308, n° 622, mais surtout ses conclusions sous l'arrêt CE 20 février 1869 *Pinard*, rec. p. 188-199 avec conclusions en note. Pour DUCROCQ, cf. *Cours de droit administratif*, Paris, A. Fontemoing ed., 1897, Tome 2, spé. n° 530 et s.

<sup>139</sup> Cf. *Infra* les développements sur la personnalité juridique des collectivités locales et ceux sur la force contraignante des réglementations des marchés publics.

<sup>140</sup> Avant même que les marchés soient analysés comme des contrats administratifs, il y avait une application des procédures de passation issues des textes précités, textes qui font expressément référence aux contrats et excluent ce faisant les actes unilatéraux. On pourrait presque dire que les procédures de passation sont devenues juridiquement contraignantes en 1909, c'est-à-dire avant que les « contrats administratifs » ne soient reconnus comme une catégorie doctrinale spécifique avec G. JÉZE en 1927.

<sup>141</sup> À l'inverse par exemple des cahiers des clauses administratives générales ou spéciales, analysés comme des clauses exorbitantes du droit commun, mais qui organisent essentiellement l'exécution du contrat et non sa passation.

<sup>142</sup> Sous l'exception notable toutefois des marchés de travaux publics que la loi du 28 pluviôse An 8 soumettaient à la compétence du juge administratif. Le décret du 11 juin 1806 *Décret sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État*, DUVERGIER *Lois et décrets* tome 15 page 376 à propos des marchés de fournitures a eu une application très diverse, sur ce point, cf. *infra*.

contraignant des procédures de passation, en aval avec la soumission à la juridiction administrative. Pourtant, malgré cette évolution, jamais le caractère contractuel des marchés n'a été remis en cause, jamais on n'a assisté à une publicisation des règles de passation au point qu'elles dussent s'appliquer aux actes unilatéraux.

**624.** Le droit communautaire, qui est marqué par un retour des marchés publics passés par des personnes privées, a lui aussi suivi cette limitation à des actes contractuels. Il est possible de trouver deux justifications à ce maintien : d'abord l'influence du modèle français qui a servi de fondement au droit communautaire des marchés publics. Ensuite, il faut penser que l'Europe abordait ces procédures comme des règles de concurrence, or l'activité la plus marquée par la puissance publique, celle qui s'exerce normalement par actes unilatéraux, constituait une exception à l'application du droit de la concurrence du Traité. Il aurait ainsi été pour le moins étrange de soumettre à des procédures de « mise en concurrence » des activités que l'on évacuait de l'application du droit de la concurrence général.

### ***B) La notion de contrat en droit de la commande publique***

**625.** Les débats doctrinaux qui concernent les contrats sont nombreux en droit administratif. On peut par exemple penser à la place de la théorie de l'autonomie de la volonté, aussi bien en ce qu'elle serait la source de la force exécutoire des contrats<sup>143</sup> qu'en ce qu'elle pose la question de la différence entre la volonté de l'administration<sup>144</sup> et des

---

<sup>143</sup> Cette conséquence de la théorie de l'autonomie de la volonté n'a pas été aussi fondamentale que ce que l'on a bien voulu dire parfois comme l'ont montré certains auteurs. Cf. L. CASTRO, « Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat », *Arch. philo. drt.*, 1968, p. 51 et s., spéc. p. 55 et s. ; F. TERRÉ, « Sur la sociologie juridique du contrat », *Arch. philo. drt.*, 1968, p. 71 et s., spéc. p. 72 ; M. VILLEY, « Le contrat (Préface historique à la notion de contrat) », in *Seize essais de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1969, p. 234 et s. ; G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1997, n°13 et s. p. 25 et s. En tout état de cause, la doctrine privatiste comme publiciste admet aujourd'hui un « déclin » de cette théorie pour fonder la force exécutoire des contrats. Pour un aperçu de la doctrine privatiste nombreuse, cf. A. DANIS-FATÔME, *Apparence et contrats*, Paris, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit privé*, Tome 414, préface de G. VINEY, n° 843 et s. ; G. CORNU, « L'évolution du droit des contrats en France », *Journées de la société de législation comparée*, 1979, vol. 1, p. 447 et s., spéc. n°7 ; J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Dalloz*, 1980, Chr. p. 147, spéc. p. 148 et s. Pour le droit public, Cf. J. WALINE, « Le rôle de la volonté dans la théorie de l'acte administratif unilatéral et dans le droit civil des contrats », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Mélanges A. RIEG, Bruylant-Bruxelles*, 2000, p. 869 et s., spéc. p. 873 ; H. KELSEN « La théorie juridique de la convention », *Arch. Philo. drt.*, 1940, pp. 33-76 dans lequel l'auteur tente de démontrer l'inapplicabilité de la théorie de l'autonomie de la volonté pour justifier de sa force obligatoire. Voir aussi sur l'autonomie de la volonté des personnes publiques, J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, Paris, L'Harmattan, 1997, spé. pp. 145-152

<sup>144</sup> Le principe de l'autonomie de la volonté apparaît partiellement contradictoire avec les notions de fonctions et de compétences en droit administratif. C'est notamment sur ce fondement que le commissaire du gouvernement GAND estime que l'autonomie de la volonté est un principe « essentiellement civiliste » dans ses conclusions sur l'arrêt CE 28 novembre 1958 *Dame Veuve Langlois et Sieur Rolland de Chambaudouin d'Erzeville*, rec. pp. 590-599 avec conclusions GAND, voir spécialement p. 595 pour la phrase qui nous intéresse.

administrateurs<sup>145</sup> ; on peut penser aussi à la classification des contrats selon DUGUIT<sup>146</sup>, à la différence entre les contrats et les traités internationaux ou plus classiquement aux critères de distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé. Tous ces débats touchent plus ou moins directement les marchés publics, mais il est possible de montrer l'évolution de la notion de marchés publics et de définir celle de commande publique en évitant de rentrer trop avant dans les détails de ces controverses.

626. La notion de contrat est en elle-même difficile à définir, mais l'on peut chercher à donner les critères sur lesquels la doctrine s'accorde, au moins dans le cadre des contrats de la commande publique. L'intérêt est en effet de constater que les actes juridiques qui ne rempliraient pas ces critères minimums ne « seraient pas des contrats » et n'auraient pas, par conséquent, à être passés en respectant les principes et le régime applicable à la commande publique. Il s'agit donc de distinguer d'abord les critères qui définissent les contrats, notamment par rapport aux actes unilatéraux (1) ; mais aussi de constater ensuite que les contrats de la commande publique ont d'autres spécificités, et notamment leur caractère nécessairement synallagmatique. Or, ce caractère est bien plus important qu'il n'y paraît, il n'est pas qu'un simple critère à ajouter au caractère contractuel ; il nous permet ensuite d'inverser la proposition habituelle et de dire que ce qui est requis par le droit de la commande publique c'est un « acte synallagmatique », ce qui rend effectivement obligatoire la passation d'un contrat (2). Enfin, on constatera que le caractère écrit des actes de la commande publique est seulement complémentaire (3).

### 1) La notion de contrat en droit administratif ou la distinction entre le contrat et l'acte administratif unilatéral.

627. La notion de contrat en droit administratif est au minimum proche sinon identique à celle du droit privé<sup>147</sup>. Elle doit donc correspondre, au moins en partie, à celle que donne l'article 1101 du code civil : « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». La

<sup>145</sup> Cf. M. HAURIOU, « La déclaration de volonté en droit administratif », *RTDCiv*, 1903 p. 543

<sup>146</sup> À propos de cette classification, voir DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, troisième ed.*, Paris, A. Fontemoing ed. Tome 1, 1927 § 37 à 40a (pp. 367-433) et *Les transformations du droit public*, 1913, *Librairie Armand colin*, spé. pp.121-146 et 161-165. Pour une analyse de cette classification et un renvoi aux auteurs allemands auxquels DUGUIT fait référence, cf. S. FLOGAÏTIS, « Contrats et acte administratif unilatéral », *Mélanges Braibant*, pp. 229-251

<sup>147</sup> La question de la similitude de la notion de contrat entre le droit public et le droit privé a évolué dans le sens d'une différenciation, notamment du fait de la distinction entre actes unilatéraux et actes contractuels qui existe en droit public mais qui n'est pas abordée en droit privé (Pour l'analyse des actes unilatéraux du droit privé malgré l'absence de controverse doctrinale sur leur existence, cf. X. DUPRÉ de BOULOIS, *La puissance privée : contribution à l'étude du pouvoir de décision unilatéral*, Thèse, Paris 2, 2000). Il suffit pour se convaincre de cette évolution de comparer les deux premières éditions du *Traité des contrats* de A. de LAUBADÈRE, celle de 1956 (tome 1, Paris, *LGDJ*, 1956 n° 3 et s.) et celle de 1983-84 (Tome 1, Paris, *LGDJ*, 1983, n° 4 et s. p. 18 et s.). Remarquons toutefois que la différenciation n'est pas si récente puisque DUGUIT insistait déjà sur les différences entre contrats et conventions et développait par conséquent une doctrine différente de celle du droit privé cf. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, *Anc. Librairie Fontemoing ed.*, E. Boccard successeur, 3<sup>e</sup> ed., Tome 3, 1930, p. 44

doctrine administrativiste s'accorde effectivement sur des éléments communs avec le code civil<sup>148</sup>, et notamment sur la nécessité d'un accord de volontés pour l'existence du contrat (a). Mais, outre le fait qu'elle considère que l'accord de volontés doit être formalisé dans un acte juridique, elle précise surtout que l'accord de volontés n'est un contrat que s'il a pour objet de créer des effets de droit (b) et, spécificité du droit public, si ces effets portent, au moins partiellement, sur les droits subjectifs des parties (c).

### **a) Un acte formalisant un accord de volontés**

**628.** La doctrine civiliste fait de l'accord de volontés l'élément fondamental, et pour certains auteurs unique, de la qualification de contrat<sup>149</sup>. Si le droit administratif ne reconnaît pas le caractère unique de ce critère, s'il refuse une définition large qui en réalité comprend toutes les conventions, il reste qu'il accepte le caractère essentiel de cette exigence. La distinction entre les actes unilatéraux et les contrats tient d'ailleurs en grande partie à ce critère. Pour autant, la présence d'un accord de volontés n'est pas en-soi suffisante, il faut encore que cet accord de volontés soit une condition essentielle de la validité de l'acte. On peut en effet envisager – et il ne s'agit pas ici d'une hypothèse théorique – que le bénéficiaire d'un acte unilatéral soit d'accord avec la volonté de l'administration de le soumettre aux dispositions d'un acte. Il en est ainsi des actes accordant un permis de construire et, en général, des actes accordant des autorisations<sup>150</sup>. Or, cet accord de volontés ne transforme pas l'acte unilatéral en contrat. La raison en est que la validité de l'acte ne dépend pas de l'accord des volontés, ce qui sous-entend qu'en cas de désaccord de l'administré, il serait malgré tout contraint d'appliquer l'acte en cause.

À l'inverse, un contrat n'entre dans l'ordre juridique que par l'accord des volontés<sup>151</sup>. L'application en droit public des vices du consentement issus du droit privé est d'ailleurs là pour mettre en valeur cet échange de consentements, le vice, source de nullité du contrat pouvant trouver son origine dans la volonté de l'administration ou dans celle de son cocontractant<sup>152</sup>.

**629.** Par ailleurs, l'accord des volontés n'a pas à être précédé de la moindre négociation contractuelle et les obligations des cocontractants ne sont conditionnées par aucune exigence de réciprocité. Ainsi, contrairement à ce qu'affirme DUGUIT, on ne saurait retirer aux contrats d'adhésion leur caractère contractuel<sup>153</sup>. Cette question a

<sup>148</sup> Notons que l'on ne peut revenir sur ce point aux éléments que nous donnerait le droit romain dans la mesure où celui-ci ne connaissait pas de définition générale du contrat mais seulement des catégories de contrats distincts dans leur mode de formation. Sur ce point, cf. G. PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, LGDJ, A. Pedone ed., 1945, Thèse Montpellier, 625 pp.

<sup>149</sup> Voir sur ce point J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits*, n° 12, 1990, pp. 7-24

<sup>150</sup> Par exemple : les nominations, les délégations unilatérales de service public ou les permis de voiries.

<sup>151</sup> Cela ne veut pas dire que cet accord est le seul critère mais qu'il est un critère nécessaire.

<sup>152</sup> B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2003, p. 191 et s.

<sup>153</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, troisième ed.*, Paris, A. Fontemoing ed. Tome 1, 1927, § 37 « Il y a un certain nombre d'actes, considérés jusqu'ici comme contractuels, qui ne sont, en réalité, que des actes unilatéraux et auxquels, par suite, il ne faut point appliquer le droit commun des contrats, par exemple les actes que l'on qualifie de

notamment de l'importance dans notre matière puisque, sans pouvoir être tous qualifiés de contrats d'adhésion, les marchés publics voient l'essentiel de leurs clauses fixées par des Cahiers des clauses administratives ou techniques. Certes, ces cahiers ne sont pas tous obligatoires<sup>154</sup>, mais ils continuent à être appliqués par les administrations par souci de se mettre dans une situation protectrice et de ne pas s'imposer des clauses dont la légalité serait douteuse. DUGUIT met en avant le caractère objectif du contenu du contrat d'adhésion pour justifier la perte de sa qualité de contrat, caractère objectif issu du fait que l'auteur du contrat est la seule personne publique. Il est pourtant possible d'apporter une critique à cette approche : le contenu du contrat peut parfaitement être subjectif, tant du point de vue des droits subjectifs des administrés que de ceux de la personne publique.

**630.** DUGUIT part en effet de l'idée que c'est la rédaction unilatérale de l'acte qui caractérise les actes unilatéraux, c'est par conséquent ce qui leur donne leur caractère objectif. À l'inverse, ce qui caractérise les contrats c'est qu'ils sont « négociés », c'est le bi- ou multi-latéralisme de la rédaction qui implique la prise en compte des droits subjectifs des parties. Il en tire la conclusion qu'un acte non négocié est un acte objectif, donc que ce n'est pas un contrat. Pourtant, le lien logique entre la rédaction « unilatérale » et le caractère objectif des clauses ainsi rédigé n'est pas recevable. La personne publique peut bien prendre en compte les droits subjectifs de ses cocontractants ou les siens dans la rédaction unilatérale des clauses. La seconde est que DUGUIT oublie ici que le cocontractant de l'administration donne son accord pour se voir appliquer les dispositions du contrat, même s'il n'a pas participé à son écriture. Le fait que l'acte ne soit pas applicable sans cet accord suffit en réalité à bien faire rentrer les contrats d'adhésion dans la catégorie de contrats.

**631.** La réciprocité des obligations n'est pas non plus une condition de la qualification de contrat. Ainsi, l'offre de concours<sup>155</sup> est un contrat alors qu'un seul des deux cocontractants s'engage envers l'autre. On parle alors de « contrat unilatéral » dans la mesure où cet acte est un contrat puisque l'accord des deux cocontractants est nécessaire à l'existence de l'acte ; mais où, par ailleurs, les prestations sont unilatérales, c'est-à-dire que le contrat n'oblige qu'une des deux parties<sup>156</sup>. On verra que les offres de concours ne

---

*contrats d'adhésion. Le contrat d'adhésion paraît être, en réalité, un acte unilatéral. C'est celui par lequel une personne se soumet volontairement à un droit objectif préexistant ».*

<sup>154</sup> Les véritables cahiers des charges types sont normalement obligatoires et approuvés par les lois ou règlements. C'est notamment le cas pour certains contrats de l'État (en matière de concessions d'électricité et de gaz), les collectivités locales bénéficiant aujourd'hui d'une plus grande liberté sur ce point, cela depuis la loi du 22 juillet 1982 qui précise dans son article 13-I que les cahiers des charges deviennent des « modèles » non obligatoires. Les grands CCAG des marchés publics sont pour leur part facultatifs même pour l'État malgré leur approbation par décret, mais justement parce que les décrets en question précisent qu'ils ne sont applicables qu'aux marchés qui s'y réfèrent. (Décret 76-87 du 21 janvier 1976 pour le CCAG Travaux et décret 77-699 du 27 mai 1977 pour les fournitures et services courants notamment). Notons que les Code des marchés publics de 2001 et 2004 prévoient de manières identiques à leurs articles 13 que les prochains CCAG seront approuvés par arrêté.

<sup>155</sup> Cf. A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, tome 1, 1983, n° 208 p. 267 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ coll. Manuel, 3<sup>e</sup> ed. 2002 n° 97 p. 76

<sup>156</sup> Ce terme est issu de l'article 1103 c. civ. qui précise que le contrat est « unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait engagement. »

sauraient s'analyser comme des contrats de la commande publique justement par leur caractère unilatéral.

**632.** La nécessité d'un accord de volontés est par ailleurs ce qui différencie les contrats des quasi-contrats en droit civil<sup>157</sup>. La différence entre ces deux qualifications qui apparaît à de nombreux et éminents auteurs civilistes comme une *summa divisio*<sup>158</sup>, ne semble pourtant pas avoir cette valeur en droit administratif, pour lequel les deux notions ne sont pas aussi « étanches »<sup>159</sup>. Notre branche du droit met en effet plus en avant le fait que l'obligation qui résulte d'un quasi-contrat ne naît pas d'un « acte » mais d'un « fait » juridique<sup>160</sup>, ce qui n'exclut pas une certaine forme d'accord entre les deux parties. Ainsi, on sait que la théorie de l'enrichissement sans cause a été appliquée dans le cadre des « marchés publics » pour justifier la rémunération de travaux effectués hors d'un cadre contractuel classique. On en trouve des exemples pendant la seconde guerre mondiale, avec des travaux effectués pour les Allemands occupants, non payés par ces derniers, mais qui ont dû l'être, sur le fondement de l'enrichissement sans cause, par les Français qui en ont ensuite bénéficié à la fin de la guerre<sup>161</sup>. Si, dans ce cas, la solution ne pose pas de problème au regard du droit des marchés publics, la jurisprudence présente des cas bien plus limites.

**633.** Ainsi, c'est justement lorsqu'un marché – de travaux ou de fournitures principalement – n'a pas respecté les principes ou les procédures que lui impose le droit de la commande publique que la théorie de l'enrichissement sans cause va s'appliquer. C'est notamment le cas lorsqu'un marché, passé et exécuté, est ensuite annulé au contentieux. Le contrat ne pouvant plus servir de base légale aux obligations, la jurisprudence considère que l'enrichissement de la personne publique résultant de la réalisation du contrat annulé<sup>162</sup>

<sup>157</sup> Cette catégorie est issue des articles 1370 et suivants du code civil et utilisées en droit administratif. Elle comprend la répétition de l'indu et la gestion d'affaire (au terme de l'article 1370) mais aussi l'enrichissement sans cause. Sur l'ensemble de l'application des quasi-contrats au droit administratif, cf. F. MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, Paris, Sirey ed. coll. *Droit public*, 1995, 132 pp.

<sup>158</sup> On peut notamment se référer à M. PLANIOL et G. RIPERT *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> ed., 1947, tome 2, n° 1176 p. 404 : « *Le quasi-contrat différerait du contrat en ce qu'il n'y aurait pas accord de volontés entre le créancier et le débiteur. Comme le contrat est essentiellement un accord de volontés, si on supprime cet accord, la force qui crée l'obligation ne peut plus être la même.* ».

<sup>159</sup> Cf. D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit public*, tome 158, n° 492, p. 491 et s. et B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2003, p. 534 et s. à propos de l'enrichissement sans cause.

<sup>160</sup> Art. 1371 c. civ. « *Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties.* »

<sup>161</sup> Il est ici question de l'arrêt CE Sect. 14 avril 1961 *Ministre de la Reconstruction et du Logement c/ Société Sud-Aviation*, rec. p. 236 ; *AJDA* 1961, p. 326, chr. J.-M. GALABERT et M. GENTOT ; *JCP*, 1961, n° 12255, note J. de LANVERSIN ; *RDP*, 1961, p. 655, concl. C. HEUMANN. Le Conseil d'État précise d'ailleurs que « *le principe de l'enrichissement sans cause, principe général applicable, même sans texte, à la matière des travaux publics* » fonde la décision.

<sup>162</sup> Il faut étendre cette solution aux arrêts dans lesquels le contrat devait être conclu mais où il ne l'a pas été formellement, par exemple lorsque le contrat n'a pas été signé. On ne sait alors s'il y a consentement ou non. F. MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, Paris, Sirey ed. 1995 n° 103 les classe dans les contrats non valablement conclus. Cf. CE 11 mars 1927 *Bureau c/ Ville de Guérande*, rec. p. 324, CE 22 janvier 1930 *Vuitton*, rec. p. 81. Par ailleurs, rappelons qu'avant la loi du 2 mars 1982, le consentement des collectivités locales n'était valable qu'après l'approbation par l'autorité de tutelle.

est par conséquent « sans cause » et qu'il convient qu'elle « rembourse »<sup>163</sup> les frais engagés ou les travaux effectués par l'entreprise qui a exécuté le marché annulé. Les travaux en question ont donc reçu le consentement de la personne publique, consentement formalisé par le contrat annulé<sup>164</sup>, alors que nous sommes dans le cadre d'un quasi-contrat.

**634.** L'enrichissement sans cause a de plus été appliqué aux travaux supplémentaires. Si ces travaux avaient été acceptés par un avenant ou par des ordres de service, on retrouve peu ou prou la situation d'un contrat annulé, c'est-à-dire que ce quasi-contrat avait aussi pour source un accord de volonté<sup>165</sup>. Si les travaux n'avaient pas été acceptés, si la personne publique n'avait pas donné son consentement, la jurisprudence fait la différence entre les travaux supplémentaires indispensables<sup>166</sup> – auxquels la jurisprudence applique l'enrichissement sans cause<sup>167</sup> – et les travaux qui sont seulement utiles qui restent à la charge de l'entrepreneur<sup>168</sup>.

**635.** Contrairement à ce que dit PLANIOL pour le droit privé, en droit public, la différence entre contrats et quasi-contrats ne se trouve pas dans la présence ou l'absence d'un accord de volontés<sup>169</sup>. On distingue ces deux catégories par la source de l'obligation : dans les contrats, il s'agit d'un acte juridique, dans les quasi-contrats, il s'agit d'un fait juridique. Le fait pouvant être la réalisation de travaux ou la fourniture de meubles ou de services mais aussi ce « fait consenti » que serait le contrat nul. Il s'ensuit qu'un contrat ne peut se caractériser par le seul accord de volontés puisqu'il faut impérativement qu'il ait

<sup>163</sup> Le terme est de R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Tome 1, 15<sup>e</sup> ed. n° 1396 p. 1222 à propos de la répétition de l'indu mais en notant la proximité de ce mécanisme quasi-contractuel avec l'enrichissement sans cause.

<sup>164</sup> Sauf bien évidemment si le contrat a été annulé pour vice du consentement, le contrat nul est alors analysé comme un « fait juridique » mais on ne peut pas dire qu'il y ait consentement de la partie qui va être enrichie.

<sup>165</sup> Remarquons que l'accord de volonté, qui a conduit au contrat annulé est bien la source du quasi-contrat puisqu'il est la source des effets du contrat. Nous ne sommes donc pas dans le cas d'un « acte unilatéral accepté » dont nous avons dit qu'il existait.

<sup>166</sup> Comme le précise F. MODERNE, *Op. Cit.* n° 123, les travaux indispensables sont ceux qui sont à la fois essentiels à la stabilité d'un ouvrage et non prévus au contrat. Il ajoute qu'« *il est permis de penser que [la] négligence commune [des parties] n'est pas toujours parfaitement innocente* ». On voit bien ici le moyen d'augmenter les travaux sans avoir à repasser un marché ou à conclure un avenant, d'autant que la jurisprudence permet d'indemniser non seulement le montant des dépenses utiles, et cela « *dans la limite du prix du marché* » (sic) mais aussi « *le cas échéant, la privation du bénéfice* » que l'entreprise escomptait. Sur l'étendue de l'indemnité, cf. CE 19 avril 1974, *Société Entreprise Louis Segrette*, rec. p. 1052 et CE 8 décembre 1995, *Commune de Saint-Tropez*, rec. p. 432 *AJDA*, 1996, p. 448 note V. HAÏM ; *Dalloz*, 1996, SC p. 319 obs. PH. TERNEYRE. La limite la plus efficace à ce type de pratique n'est pas à trouver dans le régime contractuel ou quasi-contractuel mais bien dans le droit pénal et plus précisément dans le délit d'avantage injustifié – ou délit de favoritisme – de l'article 432-14 du Code pénal (délict intentionnel puni de deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende).

<sup>167</sup> Il n'en est bien évidemment ainsi que lorsque le contrat lui-même ne prévoit pas les éventuelles augmentations partielles de travaux qui ne bouleversent pas l'économie du contrat comme c'est notamment le cas dans les articles 14 et 15 du CCAG Travaux.

<sup>168</sup> Cf. par exemple au sein d'une jurisprudence abondante et constante CE 22 mai 1935, *Foyer*, rec. p. 582, qui fait supporter à l'architecte « *le coût de ceux des ouvrages réalisés sans autorisation qui n'auraient pas été nécessaires* » & CE Sect. 17 octobre 1975, *Commune de Canari*, rec. p. 516 ; *AJDA*, 1975, p. 562 chr. M. BOYON et M. NAUWELAERS

<sup>169</sup> Sur ce point, cf. F. MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, Paris, Sirey ed. 1995 n° 91 à 97 p.59 à 64.

aussi la nature d'un acte juridique – écrit ou non – marquant cet accord de volontés. Outre cette nécessaire nature d'acte juridique du contrat, l'analyse nous apprend aussi que les procédures de passation ne sont pas applicables aux quasi-contrats, justement parce qu'ils ne sont pas des contrats. Ces critères – la présence d'un acte juridique formalisant un accord de volontés – ne sont pourtant pas les seuls nécessaires à la qualification de « contrat ».

### **b) Un acte produisant des effets de droit**

**636.** Les effets de droit sont ceux des effets d'un accord qui ont un caractère obligatoire. C'est notamment le cas des effets qui peuvent être juridiquement sanctionnés en cas de non-exécution. Cette force obligatoire donne d'ailleurs aux contrats leur qualité de norme. Que l'on fonde la force contraignante de ces normes sur la théorie de l'autonomie de la volonté ou qu'on la fonde sur une délégation aux parties du pouvoir qu'à l'État de créer du droit, cela importe peu pourvu qu'elle soit considérée par les parties et les tiers comme impérieuse.

**637.** Le droit administratif connaît en effet des actes formalisant un accord de volontés dont les parties elles-mêmes estiment que cet accord ne les lie pas juridiquement. Cela ne veut pas dire que cet accord est inutile mais simplement qu'il n'engage ses parties que moralement ou politiquement. On trouve notamment ce type d'accord lorsque la personne publique veut montrer sa bonne volonté pour l'avenir mais qu'elle ne peut s'engager juridiquement, par exemple parce qu'elle ne peut s'obliger à utiliser pour l'avenir une prérogative qu'elle exerce unilatéralement – ne serait-ce qu'un pouvoir de police<sup>170</sup>. Ces accords ne comportant pas de sanction sont parfois appelés *Gentlemen's agreement administratifs*<sup>171</sup>. La difficulté que l'on peut rencontrer en droit administratif est la preuve que les cocontractants n'ont pas voulu donner une valeur juridique à l'acte, mais cette situation est difficilement envisageable en droit de la commande publique. En effet, ces contrats ayant pour but de se procurer un bien, il ne pourrait y avoir de *gentlemen's agreement* que dans un cadre prévisionnel, ce qui effectivement ne peut engager la personne publique que dans la mesure où elle est libre de contracter avec qui elle l'entend. Or, le formalisme du droit de la commande publique ne laisse que peu de cas dans lesquels la personne publique va pouvoir être certaine de choisir son cocontractant. Elle perd notamment cette capacité lorsqu'elle met en place – parce qu'on l'y oblige ou non – une procédure de mise en concurrence.

**638.** En tout état de cause, le contrat dont l'objet est de « prévoir » l'achat de biens ou de services n'est pas assimilable à un contrat dont l'objet est d'acheter le bien ou le service. Par conséquent, au-delà de la distinction entre contrat et « convention » non

---

<sup>170</sup> La jurisprudence sur ce point est relativement bien fournie. On peut citer notamment les arrêts CE 8 mars 1985 *Association les Amis de la Terre*, rec. p. 73, RFD, 1985 p. 363, concl. JEANNENEY ; CE Sect. 23 juin 1995, *Ministre de la culture et de la francophonie c/ Association « Défense Tuileries »*, rec. p. 268 ; CJEG, 1995 p. 376, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA.

<sup>171</sup> L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ coll. Manuel, 3<sup>e</sup> ed. 2002, n° 11 p. 13

sanctionnée juridiquement, c'est matériellement qu'un contrat de la commande publique ne peut pas être un *gentlemen's agreement*, ou, pour voir la situation sous un angle plus positiviste, que le *gentlemen's agreement* n'est pas soumis aux principes et régimes de la commande publique.

À ce titre, les marchés publics sont des contrats au sens de DUGUIT<sup>172</sup>, et les *Unions (Vereinbarungen)*<sup>173</sup> ou *actes collectifs (Gesamttakt)* ne sauraient, pour des raisons matérielles comme en raison de leurs effets de droit, être des marchés publics. Il faut sur ce point considérer que les marchés publics ont nécessairement « pour objet de faire naître une obligation à la charge de l'une [des parties] qui devient débitrice au profit de l'autre qui devient créancière »<sup>174</sup>. Remarquons que c'est cette définition de « l'obligation » – et le terme « d'obligation » est symbolique de cette force juridique – que reprend Y. GAUDEMET pour développer son intérêt à une théorie administrativiste des obligations<sup>175</sup>.

Au-delà de cette force juridique que l'on reconnaît par ailleurs aussi aux actes unilatéraux, le contrat en droit administratif doit contenir une part de droits subjectifs, il n'est pas la forme normale des droits objectifs même s'il peut en contenir.

### ***c) Un acte dont une partie des effets porte sur des droits subjectifs des cocontractants***

**639.** Otto MAYER, le professeur allemand à l'origine d'une partie des positions doctrinales du doyen DUGUIT<sup>176</sup>, estimait que les concessions étaient des actes administratifs unilatéraux individuels<sup>177</sup>. Cette position est encore aujourd'hui celle du droit

<sup>172</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> ed. 1927 t. 1 p. 380 et s. Il s'agit aussi aux dires mêmes de DUGUIT de la définition de AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4<sup>e</sup> edit. IV, p. 283 : « une convention est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt juridique. La convention qui a pour objet la formation d'une obligation se nomme plus spécialement contrat. La convention est le genre, le contrat est l'espèce ».

<sup>173</sup> DUGUIT développe cette théorie autour des termes allemands, notamment en réponse à une partie de la doctrine de ce pays comme GIERKE qui estime que les que l'acte de fondation d'un groupement n'est pas un contrat mais un « acte collectif unilatéral » ; cf. GIERKE, *Genossenschaftstheorie*, 1887, p. 135 et s.

<sup>174</sup> L. DUGUIT, *Ibid* p. 384

<sup>175</sup> Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », *Mélanges . J. GAUDEMET, Nonagesimo anno*, Paris, 1999, pp. 613-627. Il se fonde pour se faire sur la définition d'Eugène GAUDEMET : « Deux personnes seulement : l'une appelée créancier, l'autre débiteur [...] » in *Théorie générale des obligations*, Paris, 1937

<sup>176</sup> Sur ce point, voir les développements de S. FLOGAÏTIS, « Contrats et acte administratif unilatéral », *Mélanges Braibant*, pp. 229-251, spé. p. 234-235

<sup>177</sup> O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, Paris, Giard et Brière ed., 1903, tome 1, spé. p. 122 et s. Contrairement aux éléments de droit public reconnus dans la concession Française, c'est-à-dire les clauses réglementaires (cf *supra*), les éléments qui font de la « concession allemande » un acte administratif unilatéral et non un contrat ne se réfèrent pas aux rapports entre le concessionnaire et les tiers mais à ceux entre le concessionnaire et le concédant. MAYER estime que le cocontractant de l'administration est en réalité dans une situation contraignante qui se rapproche plus d'un acte individuel que d'un contrat. Sa position est fondée sur une conception du contrat qui exige deux parties à égalité, ce qui exclut en effet les contrats administratifs. Si l'élément qui rapproche les concessions des actes unilatéraux a des sources différentes entre les deux droits – dans le caractère contraignant pour l'Allemagne et dans le caractère objectif pour la France – il nous semble intéressant

allemand pour le contrat qu'il connaît et qui se rapproche le plus des concessions françaises. Certes, l'opinion de MAYER résultait d'un refus de sa part de reconnaître l'existence de contrats de droit public<sup>178</sup>, mais, pour le juriste français, cette solution renvoie au débat sur une spécificité du droit public qui est la part de droit objectif que l'on trouve dans les contrats administratifs, alors que le contrat est supposé être l'acte subjectif par excellence.

**640.** La concession a en effet été la source de nombreuses controverses portant sur la présence, au sein de ces contrats, de clauses « subjectives » et de clauses « objectives ». Les questions qui se posaient à propos des concessions peuvent aujourd'hui être étendues à l'ensemble des délégations de service public. Pour être plus précis, le débat porte sur la nature double ou mixte du contrat : il est d'abord acte « subjectif » en ce qu'il régit les rapports entre un concessionnaire<sup>179</sup> et un concédant. Les modalités de paiement ou le contrôle du concédant sur son cocontractant n'ont par exemple qu'un effet *inter partes*. Mais la concession est aussi un acte administratif « objectif », applicable aux tiers au contrat, et notamment aux usagers du service dans certaines des clauses de son cahier des charges. Si l'on s'en réfère au droit privé, les clauses fixant les tarifs du service ou celles fixant son organisation peuvent être analysées comme des « stipulations pour autrui », alors qu'au regard du droit administratif, ce sont des clauses réglementaires. Si le droit allemand a choisi la voie de l'acte unilatéral, le droit français a hésité entre la qualification d'acte mixte – acte qui est unilatéral ou contractuel selon les clauses – et celle d'acte « double » – qui serait dans son ensemble à la fois contractuel et unilatéral. La jurisprudence a aujourd'hui suivi la majorité de la doctrine pour considérer que les concessions étaient des « actes mixtes » en ouvrant le recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires du contrat depuis l'arrêt *Cayzeele* du 10 mai 1996<sup>180</sup>.

**641.** La concession, acte mixte type, nous permet de préciser la notion de contrat telle qu'elle doit être comprise dans le cadre de la commande publique. Si l'on se réfère à une grande partie de la doctrine<sup>181</sup>, il est difficile de considérer les concessions comme des contrats dans un sens strict ; il faudrait au contraire les assimiler à des « conventions »<sup>182</sup>. Ainsi, le *Traité des contrats* précise-t-il, en se fondant sur la différence que

---

que la nature complètement contractuel de la concession ait fait l'objet de controverses dans les deux pays.

<sup>178</sup> O. MAYER, « Zur Lehre vom öffentlichen Verträge », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1888, p. 53 et s. et *Revue européenne de droit public (Athènes)*, vol. 1, n° 2 p. 451 et s.

<sup>179</sup> Ou un fermier ou un régisseur intéressé.

<sup>180</sup> CE Ass. *Cayzeele* du 10 mai 1996, rec. p. 274, *AJDA*, 1996, p. 732, chr. CHAUVAUX et GIRARDOT ; *CJEG*, 1996, p. 382, note PH. TERNEYRE ; *RFDA*, 1997, p. 89, note P. DELVOLVÉ. Cette solution a été étendue ensuite en dehors de la concession pour des *Unions* au sens de DUGUIT : CE 15 janvier 1998 *Syndicat départemental Interco 35*, *AJDA*, 1999 p. 164 note J. PETIT pour la création d'un GIP.

<sup>181</sup> Voir notamment A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, *LGDJ*, tome 1, 1983, n° 19 et s p. 39 et s & n° 68 et s., p. 104 et s. ; R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, Paris, 1926 p. 715. Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte unilatéral : recherche sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, *LGDJ*, coll. *Bibliothèque de droit public*, 1971, Tome 103, spé. pp. 145-172.

<sup>182</sup> Notons par ailleurs que c'est formellement ce que fait la doctrine lorsqu'elle appelle les « contrats » issus de la loi Sapin des « conventions de délégation de service public ». Par ex. PH. TERNEYRE, « La notion de convention de délégation. Éléments constitutifs et tentative de délimitation sommaire »,

fait DUGUIT entre les actes-règles et les actes-subjectifs<sup>183</sup>, qu'il exclut « de la catégorie du contrat tous les accords de volontés que nous appellerons *conventions à conséquences réglementaires*<sup>184</sup> ». La position des auteurs du Traité est fondée sur le fait que les effets subjectifs de l'acte sont le critère de distinction essentiel entre les contrats et les règlements<sup>185</sup>. Tel n'est pourtant pas le sens dans lequel il faut interpréter la notion de contrat dans le cadre de la commande publique. On ne saurait en effet faire sortir les concessions du champ d'application des délégations de service public sous prétexte qu'elles ne sont pas des contrats mais des conventions et que la loi MURCEF définit les délégations de service public comme des contrats. Le traité des contrats nous laisse d'ailleurs la possibilité de tenir cette opinion. Ses auteurs admettent en effet que « *même si l'on devait reconnaître la qualification de contrats aux conventions en question, il demeurerait en tout cas que leur particularité obligerait à les identifier*<sup>186</sup> ». Or, d'une part le texte de la loi MURCEF nous conduit à considérer les concessions comme des contrats, et d'autre part, l'identification des concessions comme des actes mixtes n'a aucun intérêt pour l'application du droit de la commande publique. Si le fait que l'acte soit mixte conditionne la compétence contentieuse, les modifications unilatérales ou l'opposabilité aux tiers, cet élément ne conditionne pas l'applicabilité ou non des procédures de passation. Cette distinction touche le régime des contrats administratifs, pas celui de la commande publique.

Dans le cadre des contrats de la commande publique, la notion de contrat regroupe par conséquent les actes qui régissent au moins partiellement des situations juridiques subjectives. Il faut donc inclure dans la notion de « contrat » les actes entre deux parties qui n'ont d'influence que sur celles-ci, comme c'est le cas pour la plupart des marchés publics, mais aussi les actes qui ont en plus une influence sur l'organisation d'un service public, comme c'est le cas des actes-mixtes, et notamment des concessions. Les actes aux conséquences uniquement objectives ne sauraient en revanche être des contrats, ce sont des actes administratifs réglementaires.

**642.** Ainsi, les éléments fondamentaux de la définition des actes contractuels propres au droit public sont pour l'essentiel applicables à l'identique aux contrats de la commande publique. Les faibles différences ne portent ni sur l'existence d'un accord de volontés, ni sur la nécessité que l'acte produise des effets de droit, mais sur la place des droits subjectifs des cocontractants dans le contrat. Et encore la différence classique entre contrats et conventions qui est à l'origine de cette dissimilitude n'a-t-elle que des conséquences pratiques non appréciables dans le cadre de la passation des contrats. La

---

AJDA 1996 p. 588 ou D. LAURENT et O. ROUSSET, « Convention de délégation de service public local et loi Sapin », LPA 11 mars 1994 n° 30 p. 4.

<sup>183</sup> Il est aussi possible de retenir la qualification d'actes à effet *inter partes* ou *erga omnes*. Les actes mixtes sont ceux dont certaines clauses ont des effets *inter partes*, subjectives, et d'autres *erga omnes*, c'est-à-dire réglementaires ou objectives.

<sup>184</sup> *Ibid.*, n° 21 p. 41. Les trois derniers mots sont en italique dans le texte.

<sup>185</sup> Les actes ayant une part d'effet réglementaire ne pouvant être ni des contrats ni des règlements, le Traité des contrats les fait entrer dans ces « limbes » que sont les « conventions ».

<sup>186</sup> *Ibid.* n° 22 p. 42. Le dernier mot est en italique dans le texte.

véritable spécificité des contrats de la commande publique est qu'ils sont tous des actes synallagmatiques.

## 2) Le caractère par essence synallagmatique des contrats de la commande publique

**643.** L'article 1102 du code civil nous enseigne que « le contrat est *synallagmatique*, ou *bilatéral* lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ». Cette définition, parfaitement reçue en droit public, prend une importance particulière dans le cadre des contrats de la commande publique. Si l'on reprend en effet les définitions des marchés publics, internes ou communautaires, des délégations de service public ou des contrats de partenariats, tous sont des contrats synallagmatiques.

**644.** Le propre de ces contrats est que les contractants ont des obligations de créancier à débiteur, qui sont réciproques ou corrélatives<sup>187</sup>. Or, dans les différents contrats de la commande publique, la prestation de l'un des contractants a toujours pour contrepartie un paiement, soit direct sous la forme d'un prix, soit indirect sous la forme d'un droit à percevoir une rémunération. La doctrine civiliste prend d'ailleurs comme exemples topiques des contrats bilatéraux les contrats de vente et les contrats d'entreprise<sup>188</sup>, catégories dont nous avons déjà dit qu'elles pouvaient aussi regrouper l'ensemble des marchés publics et des autres contrats de la commande publique<sup>189</sup>.

**645.** Les conséquences de cette qualification de contrats synallagmatiques ne sont pas décisives au regard du régime de la commande publique, même si cela a malgré tout d'autres implications. Pour les contrats de droit privé, on sait que le caractère bilatéral a des conséquences en matière de preuve – l'obligation d'un double original de l'article 1325 du Code civil –, en matière de résiliation – la condition résolutoire sous-entendue en cas d'inexécution de son obligation par une partie de l'article 1184 du code civil – ou en matière d'interprétation<sup>190</sup>. Le droit public comme le droit privé considèrent de plus la

---

<sup>187</sup> Cf. A. SÉRIAUX, « La notion de contrat synallagmatique », *Études offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du 21<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2001 spécialement les pages 777 à 788.

<sup>188</sup> Cf. notamment F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 8<sup>e</sup> ed. 2002 n° 64 et s. après voir pris ces exemples, les auteurs ajoutent : « Les contrats étant l'instrument privilégié d'échange des biens et des services, la plupart d'entre eux rentrent dans cette catégorie ». A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Montchrestien coll. Domat droit privé, n° 19 apporte une précision qui va dans ce sens en ajoutant que « La plupart des contrats onéreux sont synallagmatiques tandis que la plupart des contrats gratuits sont unilatéraux ». Il ajoute comme contrat onéreux unilatéral le seul « prêt onéreux » auquel aucun des contrats de la commande publique ne saurait être assimilé.

<sup>189</sup> Cf. *infra* et F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics - contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, Paris, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public, Tome 139, 1981.

<sup>190</sup> Sur les conséquences du caractère synallagmatique du contrat en droit privé, cf. A. SÉRIAUX, « La notion de contrat synallagmatique », *Études offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du 21<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2001 pp. 777-788, spé. p. 778.

cause du contrat pour l'un des cocontractants comme partiellement fonction de la contre-prestation qu'il en attend<sup>191</sup>.

C'est sur un *plan théorique* que le caractère bilatéral a une importance au regard du droit des marchés publics et plus largement de la commande publique. On peut en effet inverser la proposition que nous avons faite : *l'acte de commande publique n'est pas un contrat qui a en plus la spécificité d'être synallagmatique ; il est avant tout synallagmatique, ce qui le conduit à être contractuel*. Ce qui est le fondement des « actes » de la commande publique c'est justement d'être synallagmatiques, ils le sont nécessairement par leur objet matériel. Un acte de commande publique se présente sous la forme d'un échange entre un mode de paiement et un bien ou une prestation. C'est cette nécessaire bilatéralité qui induit une forme elle aussi nécessairement contractuelle.

**646.** Parmi les conséquences de cette approche « inversée », on peut constater l'inapplicabilité, dont nous avons traité, du droit de la commande publique à certaines catégories de conventions de DUGUIT, notamment aux *Unions (Vereinbarungen)* aux purs *actes-règles*<sup>192</sup>, ou aux *actes-conditions*. C'est aussi ce caractère synallagmatique qui exclut l'application des procédures de commande publique aux contrats unilatéraux comme les offres de concours. Mais cette approche par le caractère synallagmatique nous conduit aussi à justifier que les seules « délégations de service public » qui ont une forme contractuelle soient soumises à des procédures de passation. En effet, si l'on se réfère à la *Communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaire*<sup>193</sup>, la volonté des instances communautaires était à l'origine de traiter sous le terme de « concession » l'ensemble des délégations de service, y compris celles unilatérales – que cela soit une délégation à une personne privée ou la création d'un établissement public – ou que l'on déduirait d'autres conventions – par exemple la création d'entreprises communes<sup>194</sup> comme les sociétés d'économie mixte en France. De ce projet initial n'est restée dans la version définitive de la communication qu'une formule malheureuse<sup>195</sup> d'acte contractuel

<sup>191</sup> Pour le droit public, cf. A de LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, tome 1, 1983, n° 515 & 517. Cette remarque a des conséquences pour l'application des vices du consentement.

<sup>192</sup> Mais pas aux actes qui ne seraient que partiellement des *Actes-règles* comme c'est le cas des concessions. Cf. *infra*.

<sup>193</sup> JOCE n° C 121 du 29 avril 2000 p. 2. commentée par J. ARNOULT, « Le texte définitif de la communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire », *RFDA*, septembre 2000, pp. 1015-1021 ; et pour le pré-projet, du même auteur : « Le projet de communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire des marchés publics » *RFDA*, janvier 2000, n° 1 pp. 24-28 ; CH. FOUASSIER, « Vers un véritable droit communautaire des concessions ? Audaces et imprécisions d'une communication interprétative. », *RTDEur*, Octobre 2000, n° 36(4) p. 675 ; CH. BETTINGER, « Réflexions sur le premier texte d'harmonisation sur les concessions dans le droit communautaire. À propos de la communication interprétative de la commission », *Revue des concessions et délégations de service public*, mars 2000, n° 8, p. 97

<sup>194</sup> On retrouve ici les *Union (ou vereinbarungen)* de DUGUIT

<sup>195</sup> Cette opinion est partagée par les commentateurs de la directive, et notamment par CH. FOUASSIER, « Vers un véritable droit communautaire des concessions ? Audaces et imprécisions d'une communication interprétative. », *RTDEur*, Octobre 2000, n° 36(4) p. 675

ou d'acte « unilatéral ayant reçu le consentement de ce tiers »<sup>196</sup>. Au vu de cette précision, on ne peut en effet que se demander le sens qu'il faut lui donner.

647. Plusieurs solutions sont envisageables. La première serait d'avoir de cette disposition une vision large qui conduirait à étendre à d'autres actes que les contrats les dispositions issues du droit des marchés communautaires. Cette approche est selon nous dangereuse pour l'unité de la commande publique, difficile à apprécier et méconnaît notre propre tradition. La deuxième interprétation serait d'inclure dans les contrats de la commande publique ceux qui s'apparenteraient à des contrats d'adhésion, mais cette précision serait alors superfétatoire puisqu'ils sont – au moins en droit français – de toute façon des contrats. En réalité, la raison à cette expression est vraisemblablement à trouver dans la tradition juridique d'un autre pays de l'Union<sup>197</sup>. On ne saurait que souligner la façon – à notre sens – maladroite dont cela a été rédigé. Plutôt que d'utiliser le terme d'acte « unilatéral ayant reçu le consentement d'un tiers », il aurait mieux fallu utiliser le terme d'acte synallagmatique, qui comprend en droit français les seuls contrats et qui pourrait inclure les autres actes juridiques de certains pays de l'Union qui ne sont pas considérés par la doctrine locale comme des contrats mais qui sont ce que nous pourrions appeler des « actes unilatéraux à visage inversé » par référence à l'expression employée en matière d'établissements publics. Il s'agit en effet de contrats que l'on considère comme unilatéraux mais qui, en tant qu'actes synallagmatiques, sont fondamentalement contractuels<sup>198</sup>.

Notons que ce débat n'est pas clos par les directives 2004/17 et 2004/18 malgré l'innovation que représente la définition des « concessions de services ». Celle-ci les définit en effet comme des « contrats *présentant les mêmes caractéristiques que les marchés publics* » mais cela ne veut pas dire que le droit communautaire a pris conscience du caractère d'actes synallagmatiques de ces actes.

Les contrats de la commande publique sont donc avant tout des actes synallagmatiques. Ce ne sont pourtant pas leurs seules spécificités, les sources internes et

---

<sup>196</sup> Communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaire du 20 avril 2000, point 2.4, p. 12 : « *Sont donc visés par la présente Communication, les actes imputables à l'État, par lesquels une autorité publique confie à un tiers – que ce soit par un acte contractuel ou par un acte unilatéral ayant reçu le consentement de ce tiers – la gestion totale ou partielle de services qui relèvent normalement de sa responsabilité et pour lesquels ce tiers assume les risques d'exploitation. Ces services ne sont visés par la Communication que s'ils s'analysent en une prestation d'activités économiques au sens des articles 43 à 55 (ex 52 à 66) du Traité. Ces actes étatiques seront désignés ci-après par le terme « concessions », indépendamment de leur qualification juridique en droit national.* »

<sup>197</sup> On peut penser semble-t-il aux concessions en droit allemand qui sont considérées comme des actes unilatéraux parce qu'elles sont rédigées par la personne publique mais qui ont, selon les critères que nous avons posés, un caractère non seulement synallagmatique mais aussi contractuel. À moins que la commission n'ait pas voulu abandonner complètement sa volonté d'étendre la notion de concession et qu'elle ait voulu laisser une trace de sa résistance dans la communication à travers cette expression.

<sup>198</sup> Si l'on reprend les critères que nous avons exposés auparavant, ils produisent des effets de droit, ils comportent une partie subjective minimum, ne serait-ce que parce qu'ils sont synallagmatiques et surtout, en tant qu'actes acceptés par les deux parties, ils sont bien la formalisation d'un accord de volontés.

communautaires ayant ajouté d'autres caractéristiques qui, sans être de l'essence de ces contrats n'en sont pas moins importantes en pratique.

### **3) Le caractère écrit des contrats de la commande publique, un élément complémentaire**

**648.** Les contrats de la commande publique ne requièrent fondamentalement que les éléments de définition cités au début de ce paragraphe. Pourtant, un autre critère doit aussi être abordé tant certains en font un critère du contrat public : sa forme écrite. Si cette question a été pendant longtemps liée à la nature administrative ou civile du contrat (a), elle est aujourd'hui propre à la commande publique (b), matière dans laquelle elle s'est renouvelée ces dernières années (c).

#### ***a) Contrats administratifs, marchés de travaux publics et de fournitures et exigence d'un écrit***

**649.** On a pendant un temps débattu en doctrine de la nécessité d'une forme écrite en matière de contrats administratifs, et surtout à propos du corollaire de cette éventuelle exigence : la question de savoir si, en l'absence de forme écrite, le contrat ne devenait pas un contrat de droit privé. Le Conseil d'État n'avait pour sa part pas clairement conclu au caractère civil de contrats sur le seul fondement de leur forme verbale<sup>199</sup>, même s'il ne se posait en tout état de cause pas cette question lorsque le contrat

---

<sup>199</sup> Les arrêts cités comme reconnaissant la nature privée d'un contrat sur le fondement de sa forme verbale ne nous semblent pas probants. Dans l'arrêt CE 12 novembre 1921 *Husson*, RDP 1922 p. 71, le contrat verbal entre l'armée et le propriétaire d'une carrière pour le prêt à titre gratuit de la carrière afin d'entraîner les troupes partant au front en 1918 est analysé comme un contrat de droit privé non pas parce qu'il est verbal mais bien parce qu'il s'agit de « gestion privée. » Les conclusions du commissaire du Gouvernement MAZERAT comme l'arrêt vont clairement dans ce sens. Pour ce qui est de l'arrêt CE 28 juillet 1951, *Dame Foucher, veuve Perrossier*, rec. p. 469, on peut aussi se demander si le contrat (appelé « accord amiable ») a une nature privée parce qu'il est oral ou parce qu'il s'agit d'un accord gratuit cédant des terrains pour la construction provisoire de maisons pour les sinistrés de la seconde Guerre – dans les conditions des ordonnances de 1945. La règle que l'on pourrait éventuellement tirer de ces deux arrêts est que lorsqu'un contrat était à la fois oral et gratuit il était qualifié de contrat de droit privé, sans exclure le fait qu'il s'agit dans les deux cas de « mise à disposition » de terrains, ce qui pourrait aussi être une troisième condition. Cette position trouve aujourd'hui un écho dans les définitions internes et communautaires des marchés publics qui précisent que les marchés sont des contrats « conclus à titre onéreux », ce qui laisse à penser qu'un contrat à titre gratuit ne peut pas être un marché public. Il n'est pas impossible que cette considération n'ait pas été concluante dans les arrêts précités. L'arrêt CE 22 mai 1939, *Dame Veuve Chabaud*, rec. p. 348 est plus délicat puisqu'il s'agit de savoir si le contrat en cause était un contrat de travaux publics (oral). L'arrêt conclut qu'il s'agissait d'un contrat de droit privé mais l'analyse nous conduit à constater que cette conclusion est vraisemblablement tirée du fait qu'il s'agissait d'un marché de transport de matériaux pour le cantonnier, donc un contrat qui pouvait être de droit privé (parce qu'il s'agissait d'un marché de transport alors soumis à une interprétation *contra legem* du décret de 1806) et qu'il ne faut pas y voir la conséquence du caractère oral du contrat.

avait, *rationae materiae* une nature administrative, ce qui était par exemple le cas en matière de travaux publics.

**650.** Cette question du caractère écrit ou oral qui pouvait engendrer une nature administrative ou commerciale du contrat s'appliquait de la même manière en matière de marchés publics que pour les autres contrats de l'administration. Pour les marchés de travaux publics, la question était facilement résolue<sup>200</sup> ; la dépendance de l'écrit valant surtout en matière de marchés publics de fournitures durant tout le temps des tergiversations à propos de l'interprétation du décret du 11 juin 1806<sup>201</sup>. Une thèse présentait d'ailleurs le marché de fourniture comme un contrat nécessairement écrit, faute de quoi il était un contrat de droit privé<sup>202</sup>. Pour simplifier on peut dire que, tant que le droit des marchés publics était développé autour de la notion de travaux publics il était, pour la question de son caractère écrit, parfaitement en adéquation avec le droit des contrats administratifs.

**651.** Il convient aujourd'hui de distinguer deux approches : celle issue du droit des contrats administratifs et celle issue du droit des contrats de la commande publique<sup>203</sup>. En matière de contrats administratifs, la forme écrite n'est pas requise impérativement, sauf si les lois et règlements en disposent différemment pour certaines catégories de contrats<sup>204</sup>. La conséquence de la nature verbale sur la nature administrative ou civile du contrat a elle aussi disparu après des hésitations contentieuses. On applique aujourd'hui les critères classiques de distinction des contrats administratifs et des contrats de droit privé, que le contrat soit écrit ou non. La situation en matière de commande publique est différente.

### ***b) La commande publique, un principe faussement inversé***

**652.** En matière de commande publique, la prégnance des textes permet de connaître pour chacune des catégories de contrats s'il existe, ou non, une obligation d'écrit.

---

<sup>200</sup> L'arrêt CE 12 juillet 1907 *Ministre des travaux publics*, montre qu'en matière de travaux publics, l'attractivité joue de toute façon en ce que la question de la soumission de ces contrats ne saurait dépendre de leur caractère oral : « [Considérant] *Qu'il suit de là que le contrat verbal passé entre l'État et le sieur Mouysset présente tous les éléments constitutifs du marché de travaux publics* ».

<sup>201</sup> En matière de marchés portant sur des « travaux publics », la compétence était administrative par l'effet de la loi du 28 pluviôse An VIII ; comme on l'a vu, la question a été plus diverse et complexe sous l'empire du décret du 11 juin 1806 *décret sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 15 page 376. Cf. 1<sup>e</sup> partie, Titre 2

<sup>202</sup> Cf. ARRIGHI, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, Thèse, Paris, 1945, notamment les pages 57 et 67 citées par ailleurs dans le *Traité des contrats* : « *Une convention verbale n'est pas un marché de fournitures [...] Si le contrat est verbal, il est civil* ».

<sup>203</sup> Cette distinction est faite aussi par A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, n° 116 et n° 525

<sup>204</sup> À cela il faut ajouter tous les cas dans lesquels le contrat est administratif par effet de la présence de clauses exorbitantes du droit commun. On voit en effet mal un contrat oral pouvant contenir de telles clauses. Il faudrait alors que les preuves du contenu du contrat soient spécialement fortes, ce qui est difficile à concevoir sauf peut-être par la présence de nombreux témoignages concordants.

Le principe reste pourtant, malgré les rares cas dans lesquels il peut être appliqué, l'absence de formalisme.

Les marchés publics doivent être des contrats écrits depuis le premier Code des marchés, comme ils l'étaient par ailleurs en pratique auparavant la plupart du temps. Les anciens articles 39 et 250 du Code de 1964 étaient clairs<sup>205</sup>, comme le sont les articles 11 des codes de 2001 et 2004<sup>206</sup>. L'exigence d'écrit est d'ailleurs liée à l'existence d'une procédure formalisée, ne serait-ce que comme preuve de la réalisation des différentes étapes de cette procédure. Les arrêts qui se réfèrent à l'absence d'écrit précisent en effet que le contrat verbal ainsi formé serait en tout état de cause illégal et qu'il ne saurait être le fondement à un paiement<sup>207</sup>, l'obligation d'écrit étant une règle d'ordre public<sup>208</sup>. Par ailleurs, un arrêt de la *Cour de discipline budgétaire et financière* considère que l'absence d'écrit et de notification du marché – cette dernière étant matériellement impossible sans écrit – avant le commencement d'exécution du marché est une « *infraction aux règles d'exécution des dépenses de l'État* »<sup>209</sup>.

**653.** Deux éléments nous conduisent donc à dire que l'exigence d'un écrit est une conséquence nécessaire du caractère très formel des procédures de passation des marchés. Le premier élément est le texte même du code de 2004 qui impose à plusieurs reprises des écrits comme élément des procédures. C'est le cas à son article 62, régissant les appels d'offres restreints, qui prévoit que l'invitation à présenter une offre se fait par écrit<sup>210</sup>, de même qu'à l'article 66 sur les procédures négociées avec son obligation d'un avis d'appel à la concurrence<sup>211</sup>, de même enfin qu'à l'article 71 qui prévoit que le « bon de commande » est un « *document écrit* »<sup>212</sup>. Le second élément prouvant le lien entre procédure

<sup>205</sup> Art. 39 : « *Les marchés publics de l'État sont des contrats écrits dont les cahiers des charges sont des éléments constitutifs* » et art. 250 : « *Les marchés sont des contrats écrits dont les cahiers des charges visés à l'article 318 sont des éléments constitutifs* ».

<sup>206</sup> Les deux articles sont rédigés de manière différente, mais comprennent tous deux une exigence d'écrit sauf exception. Par ailleurs les articles 15 des codes précisent que la reconduction d'un marché doit elle-aussi se faire par écrit,

<sup>207</sup> CE 1<sup>er</sup> octobre 1969, *Société des établissements Privés*, rec. p. 411, req. n° 74381. Le juge envisage tout de même dans cet arrêt que la théorie de l'enrichissement sans cause puisse jouer si l'entreprise a effectué le « marché nul » et que la personne publique s'en est enrichie (mais il refuse de considérer qu'il y a un enrichissement en l'espèce).

<sup>208</sup> Si aucun arrêt ne l'a précisé clairement, c'est ce qui ressort de l'arrêt précité *Société des établissements Privés* et des conclusions du commissaire du gouvernement DANDELLOT sur l'arrêt CE Sect. 12 octobre 1984 *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*, RFD 1985, p. 18.

<sup>209</sup> Cour de discipline budgétaire et financière, 15 décembre 1993, *A. et B., service d'information et de relations publiques des armées (SIRPA)*, rec. Lebon p. 536 ; J.O. du 25 juin 1994, p. 9242 ; *Marchés publics*, n° 284, octobre 1994 p. 29 obs. M.F. « [...] l'instruction révèle une méconnaissance des dispositions de l'article 39 du code des marchés publics, ce qui est constitutif d'une infraction aux règles d'exécution des dépenses de l'État au sens de l'article 5 de la loi du 25 septembre 1948 susvisée ».

<sup>210</sup> Article 62 du Code de 2004, (ancien article 63 du Code de 2001) « I. - *La personne responsable du marché adresse, simultanément et par écrit, à tous les candidats retenus une lettre de consultation pour les inviter à présenter une offre.* »

<sup>211</sup> Article 66 du code de 2004 (ancien article 67 du Code de 2001) : « *Elle adresse simultanément et par écrit aux candidats une lettre de consultation et, le cas échéant, le dossier de consultation.* »

<sup>212</sup> À cela il faut ajouter deux autres exigences d'écrit dans la procédure même : à l'article 76 : « *La personne responsable du marché doit informer également, dans les plus brefs délais, les candidats des motifs qui l'ont conduite à ne pas attribuer ou notifier le marché ou à recommencer la procédure. Sur demande écrite des candidats, la*

et « écrit » est l'absence de formalisme pour les marchés en dessous du seuil auquel la mise en concurrence est obligatoire, ce dès le code de 1964 – c'est ce que l'on appelait les marchés sur mémoire ou facture – et, bien sûr, aujourd'hui<sup>213</sup>.

**654.** Le droit communautaire ne laisse pas plus de doute quant à l'exigence d'un écrit puisqu'il l'inclut dans sa définition même des marchés publics à l'article 1<sup>er</sup>, 2, a) des directives 2004/17 et 2004/18<sup>214</sup>. Il va même plus loin en définissant au point 12 du même article la notion d'« écrit »<sup>215</sup>, qu'il renouvelle partiellement autour de la transmission par moyens électroniques<sup>216</sup>. Comme en droit interne, les exigences d'écrit se retrouvent ensuite tout au long de la procédure<sup>217</sup>. Ici encore, l'exigence d'un écrit – plus large du fait du champ d'application plus étendu des directives communautaires – se justifie aussi par les nécessités d'une procédure formalisée, par la complexité des marchés quant aux opérations en jeu (objets multiples ou complexes, délais...) <sup>218</sup>, par les sommes en jeu<sup>219</sup> et par la preuve de l'application des procédures.

**655.** On peut aussi voir dans d'autres textes de la commande publique cette obligation d'un écrit. Il en était notamment ainsi du décret de 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par les maîtres de l'ouvrage public à des personnes privées. Ce décret d'application de la loi MOP<sup>220</sup> oblige en effet le contrat à comporter tellement de dispositions obligatoires que l'on considère depuis son entrée en vigueur qu'il est impossible de les envisager dans le cadre d'un accord verbal<sup>221</sup>. Le droit positif a d'ailleurs

*réponse est écrite* » ; et à l'article 95 sur le paiement : « *Les opérations effectuées par le titulaire d'un marché qui donnent lieu à versement d'avances ou d'acomptes, à règlement partiel définitif ou à paiement pour solde, doivent être constatées par un écrit dressé par la personne publique contractante ou vérifié et accepté par elle* ».

<sup>213</sup> L'article 11 prévoit un écrit pour les seuls « *marchés dont le montant est égal ou supérieur aux seuils fixés au II, au 1<sup>er</sup> alinéa du III et au IV de l'article 28 du présent code* » c'est-à-dire pour les marchés en dessous des seuils pour lesquels la procédure adaptée est possible (marchés de travaux, de fournitures ou de services, y compris marchés des opérateurs de réseaux).

<sup>214</sup> « *Les [marchés] sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit* ».

<sup>215</sup> Article 1<sup>er</sup> point 12 : « *Les termes «écrit(e)» ou «par écrit» désignent tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit, puis communiqué. Cet ensemble peut inclure des informations transmises et stockées par des moyens électroniques.* »

<sup>216</sup> Cf. *supra* 3°).

<sup>217</sup> Articles 32 3) ; 32 4) a) ; 32 4) d) ; 40 1) ; 41 1) et 2) ; 42 6) a) et b) ; et enfin art 55 1)

<sup>218</sup> Il apparaît en effet clairement qu'un marché complexe de construction qui multiplie les entreprises groupées, les sous-traitants, les corps de métiers pour un ensemble de plusieurs dizaines de millions d'euros ne saurait être un contrat verbal.

<sup>219</sup> Rappelons que les procédures communautaires ne s'appliquent qu'aux marchés au dessus de seuils qui sont, somme toutes, importants.

<sup>220</sup> Ce décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993, *Décret relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrages publics à des prestataires de droit privé*, qui est l'un des décrets d'application de la loi 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée, *relative à la maîtrise d'ouvrage public et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*, dite loi MOP. Outre l'argument de la complexité des clauses obligatoires qui justifie un écrit comme l'ont précisées deux réponses ministérielles (n° 31241 JOAN (Q) 12 février 1996 p. 771 et n° 35626, JOAN (Q) 17 juin 1986 p. 3254), l'article 26 de ce décret précise que l'entrepreneur doit, dans certains cas, remettre au maître d'œuvre « *les éléments graphiques et écrits définissant [...]* »

<sup>221</sup> Cf. L. RICHER, *Droit des marchés publics*, Paris, ed. du Moniteur, fasc. II.100.2/2 M.A.J. n° 34

confirmé cette position puisque l'ordonnance du 17 juin 2004 qui modifie la loi MOP<sup>222</sup> précise expressément que « *les rapports entre le maître de l'ouvrage et le mandataire sont définis par un contrat écrit* »<sup>223</sup>.

**656.** On ne saurait pourtant conclure de ces textes que le droit de la commande publique a, à l'inverse de celui des contrats administratifs, une obligation de forme écrite. Cette obligation serait pourtant envisageable puisque le droit allemand est même allé plus loin en imposant une exigence d'écrit à l'ensemble de ses contrats administratifs<sup>224</sup>. On peut en effet trouver un certain nombre de cas dans lesquels l'écrit n'est pas requis.

Le premier est l'ensemble des marchés en dessous des seuils pour lesquels la procédure adaptée est possible tel que le précise l'article 11 du Code des marchés publics. La conséquence de cela a été l'intégration, dans le CGCT, d'une dispense de transmission au représentant de l'État des marchés d'un montant inférieur à 90 000 € HT. On remarque encore le lien entre l'exigence d'un écrit et les exigences procédurales de tout ordre<sup>225</sup>. Le deuxième cas dans lequel l'écrit n'est pas obligatoire recouvre l'ensemble des délégations de service public. La loi MURCEF qui définit cette catégorie contractuelle ne reprend en effet pas l'exigence d'écrit<sup>226</sup> et la jurisprudence ne l'impose pas non plus<sup>227</sup>. Il semble de

<sup>222</sup> Ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 portant modification de la loi no 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, J.O. 19 juin 2004, texte n° 27

<sup>223</sup> Il s'agit d'une modification de l'article 5 de la loi MOP.

<sup>224</sup> Le droit allemand prévoit un principe de « forme écrite » (*Schriftform*) pour tous les contrats administratifs, sauf disposition contraire. Ce principe est issu du § 57 de la *Verwaltungsverfahrensgesetz* (code de procédure administrative), et il a été imposé alors même que ce code pose au contraire un principe d'absence de formalisme de la procédure administrative à son § 10. Cf. § 57 « *Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist schriftlich zu schließen, soweit nicht durch Rechtsvorschrift eine andere Form vorgeschrieben ist.* » Sur ce point, cf. P. STELKENS, H. J. BONK u. M. SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1990, § 57 et H.-U. ERICHSEN u. W. MARTENS *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, New-York, Walter de Gruyter, 1992.

<sup>225</sup> Cette insertion aux articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 du CGCT et L. 6145-6 du code de la santé publique est issue de l'article 11 de la loi MURCEF (Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, J.O. n° 288 du 12 décembre 2001 page 19703). Ces articles du CGCT et du CSP faisant référence aux « marchés sans formalité préalable », catégorie de marchés présente dans le code de 2001 mais qui n'existe plus dans le code de 2004, ce dernier précise à son article 28 que les « marchés passés selon la procédure adaptée » « [...] constituent les « marchés passés sans formalités préalables » mentionnés aux articles 9, 10 et 11 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001. »

<sup>226</sup> Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 MURCEF (Cf. note précédente), article 3 : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. » Définition insérée à l'article L 1411-1 du CGCT et à l'article 38 de la 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.

<sup>227</sup> Le « grand arrêt » CE Sect. Du 20 avril 1956 *Epoux Bertin*, rec. p. 167, *GAJA*, 14<sup>e</sup> ed. n° 75 p. 486 ; *AJDA* 1956.II p. 272, concl. M. LONG et 221 chr. J. FOURNIER et G. BRAIBANT ; *RDP* 1956, p. 869, concl. M. LONG, note M. WALINE ; *Dalloz* 1956, p. 433, note A. de LAUBADÈRE ; *La Revue Administrative*, 1956 p. 496, note G. LIET-VEAUX ; porte notamment sur un contrat verbal entre l'administration et les époux Bertin qui s'engageaient à fournir la nourriture des prisonniers soviétiques

surcroît que la jurisprudence soit spécialement souple dans certains cas comme tend à le prouver un arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 29 juin 1994 qui considère une demande du Préfet par téléphone à une entreprise comme un contrat valable. En l'espèce, il nous semble qu'il s'agissait alors d'un marché public de service qui aurait normalement dû être passé par écrit mais que le fait que le contrat soit passé pour l'exercice des pouvoirs de police de la sécurité du Préfet conduit à en faire un marché passé dans l'urgence, ce qui suffirait à l'analyse de l'arrêt pour que le contrat pût être oral<sup>228</sup>. Cette interprétation stricte de l'étendue de l'obligation d'un écrit se rapproche d'une interprétation *contra legem* dans la mesure où elle ne lie plus l'exigence d'un écrit à la qualification de « marché public » mais à la présence de procédures de passation.

L'exigence d'un écrit, même non généralisée, est par conséquent une règle relativement répandue dans le cadre des contrats de la commande publique. Sa non-généralisation empêche par ailleurs qu'elle soit l'un des critères des « contrats » au sens de la commande publique. Reste que la notion « d'écrit » elle-même a été renouvelée par les textes récents.

### ***c) Le renouvellement de la notion d'écrit***

**657.** La forme de l'écrit est une question que la doctrine se pose pour l'ensemble des contrats administratifs : acte notarié, sous seing privé, sous forme d'échange de lettres ou « *en la forme administrative* », la question a été traitée par les ouvrages<sup>229</sup>. Elle a pourtant récemment été renouvelée à deux égards : d'une part par l'imposition de la langue française, d'autre part par les téléprocédures et les « moyens électroniques » d'échanges de données.

**658.** Pour ce qui concerne la langue française, l'ordonnance de Villers-Cotterêts n'avait jamais été interprétée comme imposant la langue française dans les

---

avant leur rapatriement pour une somme forfaitaire de 30 francs par jour. Ce contrat s'assimilerait aujourd'hui à une délégation de service public, la rémunération étant fonction des résultats d'exploitation et le contrat confiant une mission de service public (c'est même ce second point qui est l'apport principal de l'arrêt en ce qu'il confère au contrat son caractère administratif).

Remarquons toutefois que les délégations de services publics qui sont des « concessions de travaux » au sens des directives 2004/18 et 2004/17 sont, elles, soumises à une obligation d'écrit en application du droit communautaire. Cela étant, en toute logique, une concession dépassant les seuils communautaires nécessite en pratique un contrat pour préciser les obligations réciproques des cocontractants.

<sup>228</sup> CAA Lyon, 29 juin 1994, *Société Trédi*, rec. T. p. 1030, 1057, 1076 et 1078, req. 92LY01571. En tout état de cause, la question de la passation dans les conditions du Code des marchés publics ne s'est pas posée devant le juge. On peut aussi estimer que cela est dû au fait que les pouvoirs du préfet étaient tirés de l'article 2 de la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 qui dérogerait au Code des marchés publics. Cette interprétation ne nous convainc pas, aucun élément de ce texte (actuellement article L 541-2 du code de l'environnement) ne laissant supposer qu'il faille y voir un texte empêchant l'application des procédures de passation.

<sup>229</sup> Cf. notamment A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, Tome 1, 1983, n° 529 et s p. 565 et s.

contrats de l'administration, ce qui reste un mystère au vu du contenu de ce texte<sup>230</sup>. L'article 2 de la Constitution de 1958 qui dispose que « *la langue de la République est le français* » non plus. C'est pourtant sur le fondement de ce deuxième texte que la loi du 4 août 1994 impose le français dans les marchés publics comme dans presque tous les contrats administratifs<sup>231</sup>. Le droit communautaire est un peu plus en retrait sur ce point puisqu'il impose le choix d'une langue officielle de la communauté pour la publication des avis de marché<sup>232</sup> et qu'il demande à ce que l'invitation à présenter une offre, à participer au dialogue ou à négocier précise la langue dans laquelle il faut répondre<sup>233</sup>, mais qu'il n'impose pas la rédaction du marché dans une langue ou une autre.

659. Pour ce qui concerne les échanges de données informatisées, les directives de 2004 ont, pour la première fois, donné une définition de l'écrit<sup>234</sup> qui permet de les inclure dans ce terme à travers la notion de « moyen électronique », qu'elle définit aussi. Les codes de 2001 et 2004 avaient anticipé cette évolution en introduisant un Titre 8 intitulé « *dématérialisation des procédures* » contenant l'article 56 qui précise que « *les dispositions du présent code qui font référence à des écrits ne font pas obstacle au remplacement de ceux-ci par un support ou un échange électronique* » et qui impose à partir du premier janvier 2005 une obligation d'accepter les candidatures et remises d'offre par voie électronique.

Cette évolution n'est pas un bouleversement, elle permettra au contraire une meilleure publicité des offres et une meilleure gestion de l'ensemble de celles-ci par les

---

<sup>230</sup> Le 10 août 1539, le roi François 1<sup>er</sup> signe à Villers-Cotterêts une ordonnance, appelée parfois *Guillemine*, de 192 articles. Le Parlement de Paris l'enregistrera le 6 septembre. Son article 111 dispose : « *Et pour ce que telles choses sont souvent advenues sur l'intelligence des mots latins contenus dans lesdits arrêts, nous voulons dorénavant que tous arrêts, ensemble toutes autres procédures, soit de nos cours souveraines et autres subalternes et inférieures, soit de registres, enquêtes, **contrats**, commissions, sentences, testaments, et autres quelconques actes et exploits de justice, ou qui en dépendent, soient prononcés, enregistrés et délivrés aux parties, en langage maternel et non autrement* ».

<sup>231</sup> Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, article 5 : « *Quels qu'en soient l'objet et les formes, les contrats auxquels une personne morale de droit public ou une personne privée exécutant une mission de service public sont parties sont rédigés en langue française.* » Ces dispositions ne sont pas applicables aux personnes gérant des activités industrielles et commerciales lorsque le contrat s'exécute intégralement hors du territoire national. Une autre version en langue étrangère peut pourtant faire foi aussi si le contrat est conclu avec un ou plusieurs cocontractants étrangers.

<sup>232</sup> Article 36 4) de la directive 2004/18 et 44 4) de la directive 2004/17. Avant ces directives, le Conseil d'État avait déjà considéré que les modèles d'avis communautaires imposaient d'indiquer la langue de rédaction des offres, cf. CE 27 juillet 2001, *Compagnie générale des eaux*, BJC, 2002, n° 20 p. 21, conclusions D. PIVETEAU.

<sup>233</sup> article 40 5) b) et c) de la directive 2004/18 et art 47 4) b) et 47 5) d) de la directive 2004/17.

<sup>234</sup> L'article 1<sup>er</sup>, point 12 de la directive 2004/18 (et point 11 de la directive 2004/17) précise en effet : « *Les termes « écrit(e) » ou « par écrit » désignent tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit, puis communiqué. Cet ensemble peut inclure des informations transmises et stockées par des moyens électroniques.* » et le point 13 (point 12 de la directive 2004/17) du même article définit la notion de moyen électronique comme « *[...] un moyen utilisant des équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et utilisant la diffusion, l'acheminement et la réception par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.* ». La référence à la compression numérique sans une référence à la cryptographie nous semble relativement étrange. Il est vrai que la première peut dénaturer la substance de « l'écrit » d'origine et pas la seconde, mais si c'est cela qui est en cause, le juge va devoir préciser le niveau de compression admis au cas par cas, en fonction de la nécessité d'avoir un « écrit » plus ou moins fidèle à l'original.