

^E ***L'EXTENSION DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS À
CERTAINES PERSONNES PRIVÉES***

434. L'existence de marchés publics passés par des personnes privées apparaît au premier abord comme une incongruité. Les dispositions de la loi MURCEF qualifiant tous les marchés soumis au Code des marchés publics de contrats administratifs visaient d'ailleurs à lutter contre cet avatar juridique ; et l'on peut dire la même chose de l'ordonnance du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*³⁴¹, qui précise à son article 1^{er} qu'ils « *sont des contrats administratifs* ». Pourtant, de tels contrats ont existé et existent toujours si l'on veut bien avoir une vision plus réaliste – et plus large – de la notion de marchés publics. Non seulement en effet ils ont existé au cours du XIX^e siècle, il suffit de rappeler par exemple la soumission aux procédures de passation de l'ordonnance de 1837 des marchés de fournitures des communes, alors même que ces contrats étaient des contrats de droit privé³⁴², situation qui a perduré au moins jusqu'en 1903, date de l'arrêt *Terrier*³⁴³, et même encore un peu après.

Pour ce qui est de l'état actuel du droit, la soumission de plus en plus fréquente de personnes privées au « droit des marchés publics » apparaît comme étant principalement due aux directives communautaires. Leurs critères organiques très larges étant en réalité des critères finalistes, la personnalité juridique interne – publique ou privée – que peuvent avoir les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices est une variable qui n'intéresse pas le droit communautaire. Cette évolution est d'ailleurs plus patente encore pour les secteurs spéciaux que pour les secteurs classiques (Sous-Section 1^e).

³⁴¹ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. 19 juin 2004, texte 2. Cette ordonnance a été suivie de deux décrets d'application : le premier est le décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 *pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du Code général des collectivités territoriales*, J.O. n° 253 du 29 octobre 2004 page 18260, texte n° 4, et le second le décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 *portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat*, J.O. n° 246 du 21 octobre 2004, p. 17821, texte n° 19. Notons que cette ordonnance a été contestée au contentieux et que le Conseil d'État a jugé de sa légalité dans un arrêt du 19 octobre 2004 *Jean-Pierre Sueur et autres*, req. n° 269814, 2711119, 271357 et 271362.

³⁴² Les communes étaient en effet considérées comme des « personnes civiles » pour la passation de leurs contrats, ce qui le soumettaient au droit privé dans le cadre des marchés de fournitures en application de l'interprétation que l'on faisait à l'époque du décret du 11 juin 1806 (à l'inverse de ce qui se passait pour les contrats de travaux publics en application de la loi du 28 pluviôse An 8). Cf. *Première partie, titre 2^e, chapitre 1^{er}, Section 1^{ère}, Sous-Section 1^{ère}, § 2^e A, 1.*

³⁴³ CE 6 février 1903 *Terrier*, rec p. 94, concl. J. ROMIEU ; *Dalloz* 1904, III p. 65, concl. J. ROMIEU ; *Sirey* 1903, III p. 25 concl. J. ROMIEU, note HAURIU

Mais le droit interne connaît aussi le cas de marchés publics, et plus largement de contrats de la commande publique, dont les deux parties sont des personnes privées. Il s'agit des situations dans lesquelles la personne voulant subvenir à ses besoins en travaux, fournitures et services – directement ou en les déléguant – n'est pas une personne publique, mais un mandataire de celle-ci. La vision classique du droit administratif d'un mandat largement entendu pourrait laisser penser que l'ouverture de ce type de contrat au mécanisme du mandat étend le champ d'application des contrats de la commande publique. Une analyse plus précise montre au contraire que cette vision classique, principalement issue du droit des « travaux publics », ne saurait s'étendre au droit de la commande publique (Sous-Section 2^e).

Sous-Section 1^e : L'extension communautaire à certaines personnes privées

435. Les notions de pouvoirs adjudicateurs et d'entités adjudicatrices qui constituent les critères organiques des directives – respectivement dans les « secteurs classiques » et dans les « secteurs spéciaux » – ne contiennent pas de référence à la qualité de personne publique ou privée des entités qu'elles régissent. Partant, dans la mesure où elles correspondent aux critères posés par les directives, même les personnes privées doivent respecter les procédures de passation communautaires.

Puisque le Code des marchés publics ne s'appliquait qu'à des personnes publiques, la transposition des dispositions des directives pour ce qui concerne les personnes privées s'est faite par des textes spéciaux. Or les directives touchant aux principes fondamentaux des « obligations civiles et commerciales³⁴⁴ », l'article 34 de Constitution imposait qu'elles fussent transposées par la loi, ce que le législateur a fait en deux temps, d'abord pour les secteurs classiques (§ 1er), ensuite pour les secteurs spéciaux (§ 2ème).

§ 1er : Les personnes privées, pouvoirs adjudicateurs

436. Les cas dans lesquels les personnes privées peuvent être des pouvoirs adjudicateurs ne sont pas spécialement nombreux³⁴⁵. L'objet des directives n'est pas en

³⁴⁴ L'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 précise que « [...] La loi détermine les principes fondamentaux [...] - du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ; [...] ». La nécessité d'une réforme législative tient également au fait que ce texte porte aussi atteinte à la libre administration des collectivités territoriales, liberté qui ne peut être aménagée que par la loi.

³⁴⁵ Le professeur Ph. TERNEYRE rappelle d'ailleurs dans le premier commentaire sur la loi de 1991 (*ALD* 1991, n° 7 du 11 avril p. 41 et n° 8 du 25 avril p. 49) le nombre réduit de marchés de travaux – 1300 – qui auraient été touchés en 1988 par cette transposition. Certes il faut aujourd'hui ajouter les marchés de fournitures ou de services, mais encore faut-il que ces marchés dépassent les seuils communautaires. À cela il faut ajouter les exceptions posées à l'article 12 de la loi du 3 janvier 1991 qui excluent l'application des procédures de publicité ou de mise en concurrence pour les marchés dans les

effet de s'appliquer dans des secteurs normalement gérés par des personnes privées, elles ne doivent théoriquement s'appliquer que dans des cas dans lesquels les personnes privées agissent « comme des personnes publiques ». C'est d'ailleurs ce qui ressort des critères des pouvoirs adjudicateurs (A). La volonté de soumettre largement les concessions à des procédures de publicité constitue une autre extension des marchés publics (B).

A) Les pouvoirs adjudicateurs privés passant des marchés publics « européens »

437. Si l'on s'en réfère à la notion de pouvoirs adjudicateurs telle qu'elle est posée par la directive 2004/18³⁴⁶, les personnes privées peuvent être soit des « organismes de droit public » soit des « associations de plusieurs collectivités ou organismes de droit public ».

L'hypothèse dans laquelle les personnes privées sont des « associations de pouvoirs adjudicateurs » est, on l'a vu³⁴⁷, considérée par certains avocats généraux devant la CJCE comme impossible. En effet, dans la mesure où l'« association » en question devrait à leur sens ne recouvrir que des entités sans personnalité morale, une personne privée qui a par essence une personnalité morale ne devrait pas pouvoir être une association de ce type. Pourtant, c'est bien en faisant fi de l'opinion des avocats généraux et en analysant les dispositions de la directive plus pragmatiquement que le législateur français a transposé la directive. C'est ainsi qu'il a estimé à l'article 9 a) de la loi du 3 janvier 1991 qu'étaient soumis à procédure de passation les « groupement[s] de droit privé formé[s] entre des collectivités publiques »³⁴⁸.

Cette disposition vise spécifiquement en droit français des associations régies par la loi de 1901 et des Groupements d'intérêt économique regroupant des pouvoirs adjudicateurs. Cette question est spécialement représentative de la différence fondamentale d'approche entre le droit interne et le droit communautaire : alors que le droit interne développe ces modes privés d'activité publique dans le but exprès de se soumettre à la souplesse présumée du droit privé, le droit communautaire va au contraire aller chercher « l'activité de droit public » et l'argent public qui s'y attache sans considération de la personnalité morale de l'entité. Au sens du droit communautaire, passer par un organisme de droit privé pour échapper aux procédures de passation constituerait un détournement

secteurs spéciaux, pour les marchés déclarés secrets et ceux passés en application d'un traité international.

³⁴⁶ Cette directive ne faisant que reprendre sur ce point celle de 1993 et surtout celle de 1989 qui a servi de fondement à la transposition dans la loi du 3 janvier 1991.

³⁴⁷ Cf. *supra*

³⁴⁸ Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 *relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence*. J.O. 5 janvier 1991 p. 236, *Dalloz* et *ALD* 1991 p. 95 ; *ALD* 1991, n° 7 du 11 avril p. 41 et n° 8 du 25 avril p. 49, commentaire Ph. TERNEYRE ; *AJDA* 1991 pp. 296-300, commentaire M. GUIBAL. On rappellera que ce texte au départ limité aux marchés publics de travaux (selon la définition qu'en donne la directive 93/37) a été étendu aux marchés de fourniture et de service par la loi 97-50 du 22 janvier 1997 et le décret 98-112 du 27 février 1998. Sur cette dernière transposition, cf. Ch. MAUGÜÉ et Ph. TERNEYRE « Achèvement (ou presque) de la transposition des directives marchés publics. Commentaire de la loi du 22 janvier 1997 et des décrets du 27 février 1998 », *RFDA* 1998 p. 593 à 608

des objectifs des directives, c'est pour cette raison qu'il préfère faire rentrer ce mode d'action administrative dans le champ d'application des directives « marchés publics », même si c'est un mode « privé ».

438. La soumission des personnes privées qualifiées en droit communautaire « *d'organismes de droit public* » procède pour partie de la même logique³⁴⁹. Ces organismes, qualifiés par la loi du 3 janvier 1991 « *d'organismes privés créés en vue de satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial* » et sous influence publique sont soumis aux procédures par simple application des dispositions de la directive³⁵⁰. On peut distinguer les entités selon les modalités du contrôle public³⁵¹. Certaines de ces entités sont financées majoritairement par des personnes publiques. C'est le cas des caisses de sécurité sociale en dehors des trois caisses nationales³⁵² ou à des associations locales comme les comités des fêtes... même si pour toutes les entités locales la condition de seuil constitue un obstacle important à l'application du droit d'origine communautaire. L'autre critère d'influence publique possible est le contrôle de la gestion de la personne privée par un organisme public³⁵³. Cette hypothèse représente vraisemblablement la plus grande catégorie puisqu'elle comprend toutes les fédérations sportives, toutes les associations faisant appel à la générosité publique, mais aussi toutes les sociétés privées d'habitation à loyer modéré. Le dernier critère d'influence publique est la nomination des dirigeants de ces personnes privées par des personnes publiques. Ces cas sont à l'inverse probablement les plus rares, on n'en trouve en réalité que dans des Sociétés d'économie mixte locales gérant des services publics administratifs³⁵⁴.

³⁴⁹ Remarquons que la notion de pouvoir adjudicateur a été précisée par la Cour de justice à l'occasion des marchés d'une personne privée – hollandaise – chargée de la collecte des ordures ménagères Cf. CJCE 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem c/ BFI Holding*, aff. C-360/96, rec. p. I-6821; *BJCP* n° 2 p. 155-170, concl. A. LA PERGOLA, note Ch. MAUGÜÉ

³⁵⁰ On notera pourtant la qualification presque paradoxale d'« organisme privé » de ce qui est en droit communautaire justement qualifié « d'organisme de droit public ». Le paradoxe qui n'est qu'apparent est une nouvelle preuve de la différence d'approche entre les deux sources du droit : là où le droit communautaire se fonde sur la mission et l'origine de l'argent en cause pour qualifier l'organisme de public, le droit interne va au contraire avoir recours à une approche par la personnalité morale et insister sur le fait que le champ d'application de cette disposition reste limitée à des personnes privées.

³⁵¹ Pour l'analyse des autres conditions – notamment I, cf. les remarques *infra* à propos du droit communautaire.

³⁵² Ces caisses sont en effet des établissements publics administratifs par détermination de la loi, donc des personnes morales de droit public. Cf. *Code de la sécurité sociale*, art. L. 221-2 pour la *caisse nationale d'assurance maladie*, art. L. 222-4 pour la *caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés* et art. L. 223-2 pour la *caisse nationale des allocations familiales*. Ces organismes font par ailleurs partie de la liste des organismes de droit public que l'on trouve en annexe 1 de la directive Travaux 93/37 (catégorie organismes, point 1.3)

³⁵³ Ce contrôle comprend aussi celui des juridictions financières, ce qui élargit bien évidemment le champ d'action de ce critère.

³⁵⁴ Cf. Ch. MAUGÜÉ et Ph. TERNEYRE « Achèvement ... » *Op. Cit.* p. 598

B) Concessions et marchés publics communautaires

439. Les concessions de travaux ont été reconnues par la directive travaux comme faisant partie intégrante des « marchés publics » au sens européen. Le publiciste français ne laisse pas de s'étonner de cette assimilation si contraire lui semble-t-il à l'approche de notre droit qui « traditionnellement » distingue, au sein des contrats visant à la réalisation des travaux publics, ces deux catégories contractuelles. C'est oublier la tradition de l'ancien droit et la pratique postérieure qui comme le droit communautaire constataient la proximité de ces contrats pour leur appliquer le même régime. Ainsi, MALAPERT nous précise-t-il que l'ordonnance de 1535 qui imposait l'adjudication au rabais³⁵⁵ pour les marchés de l'État s'appliquait aussi aux concessions tellement cette règle de passation apparaissait comme « absolue »³⁵⁶. AUCOC³⁵⁷ va dans le même sens en rappelant un arrêt du Conseil du 10 septembre 1602³⁵⁸ qui autorise la Ville de Nevers à faire une adjudication pour établir un octroi sur le vin pour subvenir aux frais de la réparation du pont.

La pratique et le droit sont pourtant tout autres aujourd'hui et le droit communautaire bien plus restrictif. Il est non seulement limité dans son régime puisqu'il se contente de soumettre les concessions à des mesures de publicité, mais il est aussi limité dans le nombre de personnes privées qui peuvent passer de concessions de travaux (1). Il ne faut cependant pas oublier qu'il soumet aussi certains concessionnaires privés à des procédures communautaires de publicité pour la passation de leurs propres marchés (2).

1) Les personnes privées concédantes

440. Les concessions de travaux au sens communautaire étant définies par les directives de la même manière que les marchés publics, excepté pour ce qui est du mode de rémunération, les deux notions se fondent par conséquent sur un critère organique identique. Il s'ensuit que les mêmes personnes privées qui sont susceptibles de passer un marché au sens communautaire peuvent aussi passer une concession de travaux. L'article 11 de la loi du 3 janvier 1991 et son décret d'application n° 92-311 du 31 mars 1992 ont donc mis en place un régime pour ces concessions de travaux passées par des personnes privées le plus souvent avec d'autres personnes privées. Conformément aux directives, ces

³⁵⁵ La procédure voulait que la personne publique propose un prix et les personnes habilitées à donner des propositions, et que celui qui aurait fait l'offre la plus basse à la mort de trois feux était déclaré adjudicataire.

³⁵⁶ M. F. MALAPERT, *Histoire de la législation des travaux publics*, Paris, *Librairie générale de l'architecture ed.*, 1880 p. 91 : « La règle que les travaux publics devaient être mis en adjudication était si absolue, que l'on ne s'en dispensait pas, lors même que les travaux étaient donnés à des concessionnaires, à qui le Roi accordait par faveur spéciale des grands ouvrages à exécuter, parce qu'il voulait les enrichir. »

³⁵⁷ Léon AUCOC *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école des ponts et chaussées*, 3^e ed. *Vve Ch. Dunod ed.* 1886 p. 316 n°630

³⁵⁸ *Ibid*, Arrêt du Conseil du 10 septembre 1602, relatif aux travaux de réparation du pont de Nevers sur la Loire. AUCOC précise les faits de l'arrêt en note en citant M. VIGNON et ses *Etudes sur l'histoire des voies publiques en France*.

contrats ne sont soumis qu'à des mesures de publicité et non à une véritable mise en concurrence, et cela seulement au dessus de seuils d'application du droit communautaire. Pourtant, l'existence de ces contrats est doublement remarquable, d'une part parce qu'elle fait rentrer les concessions françaises dans le droit communautaire, d'autant que, comme nous l'avons déjà dit, la plupart des concessions de travaux au sens communautaire sont en droit français des concessions de service et travaux publics soumis au régime des concessions de service public. D'autre part, parce qu'il est fort probable de voir à moyen terme le droit applicable aux « concessions de travaux » se généraliser à la catégorie, reconnue dans les directives de 2004, des « concessions de service ». Si l'évolution va dans ce sens, on ne peut pourtant que noter la différence qu'il y aurait une nouvelle fois, au sein du droit de la commande publique, entre le droit communautaire et le droit français puisque la loi Sapin telle qu'interprétée par la jurisprudence et modifiée ensuite par la loi MURCEF ne s'applique qu'aux contrats des « personnes morales de droit public » et que les évolutions les plus récentes, comme celle des *Contrats de partenariat*³⁵⁹, vont aussi dans ce sens.

2) Les personnes privées « concessionnaires » soumises au droit des marchés publics

441. Il ne s'agit pas ici d'envisager le cocontractant du concédant en tant que tel, mais bien d'appréhender le concessionnaire lui-même, comme entité devant passer ses contrats dans des conditions particulières de passation. L'analyse du droit communautaire est à son égard guidée par la volonté de dépasser les éventuels montages contractuels qui pourraient « cacher » un marché public, et c'est cette analyse qui a été transposée à l'article 11 de la loi du 3 janvier 1991. La volonté des directives est de plus relayée, et même étendue, à des contrats proches des concessions, par le droit interne.

Pour ce qui est des concessionnaires, outre les cas dans lesquels ils sont aussi des pouvoirs adjudicateurs³⁶⁰, l'article 11 § 2 de la loi du 3 janvier 1991 les soumet aux procédures de publicité du décret n° 92-311 du 31 mars 1992 comme l'avait été le concédant originel. L'objet de ces dispositions est bien entendu d'éviter que les personnes publiques délèguent la construction d'un ouvrage à une personne en suivant les procédures de publicité mais que l'objet du contrat soit réalisé par une autre personne à qui le concessionnaire aurait transmis le contrat – sans publicité et donc potentiellement sans respect des principes de concurrence et d'égalité.

³⁵⁹ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. 19 juin 2004, texte 2. Cette ordonnance a été suivie de deux décrets d'application. Pour la référence aux personnes publiques, cf *supra* note 271.

³⁶⁰ Directive 2004/18 article 62 : « Lorsque le concessionnaire est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er, paragraphe 9, il est tenu, pour les travaux à exécuter par des tiers, de respecter les dispositions que la présente directive établit pour la passation des marchés publics de travaux ». La directive 93/37, article 3, point 3 disposait : « Lorsque le concessionnaire est lui-même un des pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 1er point b), il est tenu, pour les travaux à exécuter par des tiers, de respecter les dispositions de la présente directive. »

La transposition française va pourtant plus loin que ne le requiert la directive sur ce point. Elle ajoute en effet aux concessionnaires – plus exactement aux « *titulaires d'un contrat mentionné ci-dessus [au paragraphe 1er]* » – les titulaires d'un « *contrat de même nature* » passé par les pouvoirs adjudicateurs « *lorsque ces titulaires ne sont pas soumis au Code des marchés publics ou ne figurent pas à l'article 9* ». On doit comprendre que ces dispositions soumettent à publicité tous les contrats qui ne sont ni des marchés ni des concessions mais qui, passés par des pouvoirs adjudicateurs ont *la même nature* que les concessions. Les vastes querelles que ces dispositions auraient pu susciter n'ont pas eu lieu. Il faut voir dans cet ajout la volonté du législateur interne de ne pas permettre des détournements de procédures communautaires en jouant sur l'existence, dans notre tradition, de contrats ayant aussi la qualification de concessions en droit communautaire. Ce texte permet en effet que des contrats qui ne seraient pas à proprement parler des concessions mais qui s'en rapprocheraient – on pense notamment aux affermages, aux contrats *sui generis* mais aussi aux METP³⁶¹ très en vogue au moment de la transposition – soient soumis aux procédures de publicité communautaire³⁶².

442. Comment pourtant ne pas retrouver dans ces dispositions la tendance à l'extension de la notion de marchés publics que nous développons depuis le début de cette étude ? En effet, non seulement on voit le droit français se soumettre au droit communautaire et accepter de soumettre les concessions de travaux et service public à des procédures communautaires de publicité, mais on le voit de plus accepter d'assimiler aux concessions d'autres contrats comportant une part de travaux, mais financés autrement que par un prix. On peut certainement voir dans cette disposition l'idée de « délégation de service public » qui fondera la loi Sapin deux ans plus tard. On retrouve en effet une « idée fondamentale » qui, au-delà de l'objet matériel du contrat qui est différent (en 1991 les « contrats de même nature » ont en effet pour point commun d'être fondé sur les *travaux* alors qu'en 1993 les délégations de *service public* sont au contraire unifiées autour de cet objet) conduit le législateur à constater la proximité de ces contrats de la « commande publique ». Le droit communautaire s'inscrit en cela dans la tradition française qui assimilait partiellement, autour de la notion de « travaux publics », les marchés publics et les concessions. La question est alors celle de savoir si cette « idée fondamentale » se retrouve dans un critère juridique. Il est bien possible qu'après les *travaux publics* on puisse trouver cet élément d'unité dans un critère de « *l'argent public* ».

³⁶¹ Les marchés d'entreprise de travaux publics, apparus avec l'arrêt CE 11 décembre 1963 *Ville de Colombes* rec. p. 612 ont été fortement utilisés à partir du milieu des années 1980, ce qui a conduit à de nombreux débats doctrinaux – Cf. par ex. X. BEZANÇON et O. VAN RUYMBEKE « Le Marché d'entreprise de travaux publics, une forme particulière de concession ? » *AJDA* 1990 p. 813 – avant que cette forme contractuelle ne soit considérée comme illégale par la jurisprudence cf. CE 8 février 1999 *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de la Ciotat*, *AJDA* 1999 p. 364 concl. C. BERGEAL, note D. CHABANOL ; *BJCP* 1999 p. 352 obs. Ch. MAUGÜÉ puis implicitement par les codes des marchés publics de 2001 et 2004. Cf. pour *supra* pour l'analyse des « Contrats de partenariat » que d'aucuns analysent comme un retour de METP.

³⁶² Sauf, et c'est ce qu'apportent les 3^e et 4^e alinéas de l'article 11 de la loi, le cas où le cocontractant du concessionnaire (ou assimilé) est une entreprise liée de celui-ci ou fait partie d'un même groupement d'entreprises.

C) Le critère de l'argent public ?

443. Que cela soit pour la notion *d'organisme de droit public* ou pour celle de *concessionnaire*, l'extension du droit des marchés publics est fondée sur un double rattachement des entités à des activités « normalement » de la compétence des personnes publiques. Pour ce qui est des organismes de droit public, on retrouve en effet à la fois le critère d'une « *activité autre qu'industrielle et commerciale* », ce qui sous-entend principalement des activités administratives, d'intérêt général, mais en plus un critère *d'influence d'une personne publique*, que cela soit par la nomination, le financement ou le contrôle. Pour ce qui est des concessionnaires, on retrouve dans le même sens la nécessité de travaux *dans un but d'intérêt général* puisqu'ils sont effectués dans le cadre de compétences appartenant à la personne publique et le *financement par le droit d'exploiter l'ouvrage*, ce qui constitue un droit en réalité délégué par la personne publique et par conséquent financé par des fonds qui devraient lui revenir.

Cette volonté de cumuler les critères, dont on a déjà dit qu'elle se rapprochait de la méthode du faisceau d'indices du juge administratif français, trouve pourtant une limite dans le fait que le droit communautaire impose parfois des procédures de passation à des entités sur le seul fondement d'un *financement public à plus de cinquante pour cent*. Ces dispositions sont reprises dans le droit interne aux articles 10 et 10-1 2°) de la loi du 3 janvier 1991³⁶³ qui transposent les dispositions des articles 2 § 1 de la directive 93/37 et 3 de la directive 92/50³⁶⁴. Le texte français reprend les mêmes limites que celles du droit communautaire, c'est-à-dire la nécessité, outre la subvention à plus de 50 %, de contrats de travaux et services portant sur du génie civil ou du bâtiment pour les hôpitaux, les équipements sportifs et de loisirs, l'enseignement et l'administration³⁶⁵.

Le droit français suit ici le droit communautaire au bout de sa logique qui est de trouver non pas l'activité administrative mais bien *l'argent public*. Le caractère restreint du champ d'application matériel de cette règle ne change rien à l'importance théorique de cette disposition, d'autant que contrairement au régime des concessions qui reste limité à de la publicité, les marchés qui rentrent dans cette catégorie des « marchés subventionnés à

³⁶³ Les procédures de passation sont précisées aux articles 7 et suivants du décret d'application n° 92-311 du 31 mars 1992 précité.

³⁶⁴ Aujourd'hui, il s'agit de l'article 8 de la directive 2004/18/CE 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. Elle ajoute dans le texte de cet article l'obligation d'un marché « *dont la valeur estimée, hors TVA, égale ou dépasse 6 242 000 €* ».

³⁶⁵ Les directives de 1992 et 1993 faisaient en réalité référence à la classe 50 groupe 502 de la nomenclature générale des activités économiques dans les Communautés Européennes (NACE), ce qui renvoyait à la liste des travaux de génie civil ; puis elle reprenait les cas de bâtiments qu'elle voulait aussi inclure dans le champ d'application de cet article. La loi de 1991 a préféré utiliser simplement le terme de « génie civil » et reprendre le texte des directives pour les bâtiments en cause. Les dispositions en question ne devraient pas évoluer à la suite de la directive 2004/17 dans la mesure où cette dernière ne fait qu'un renvoi à l'annexe 1 plutôt qu'à la NACE et qu'elle reprend ensuite la même liste de bâtiments qu'auparavant.

plus de cinquante pour cent par un pouvoir adjudicateur » se voient appliquer un régime complet de passation, publicité mais aussi mise en concurrence.

444. La transposition française des directives communautaires applicables aux personnes privées s'est donc faite dans une double perspective. Elle a d'abord essayé de coller au mieux aux dispositions européennes, elle a ensuite essayé d'adapter ce nouveau droit des marchés publics des personnes privées à la volonté communautaire de toucher l'action – et l'argent – administratifs, et non tel ou tel contrat défini. C'est une telle compréhension téléologique du texte communautaire que l'on retrouve dans la transposition de la notion d'entités adjudicatrices.

§ 2^e : les entreprises publiques, entités adjudicatrices

445. La notion d'entité adjudicatrice reprend pour une bonne partie celle de pouvoir adjudicateur. On l'a vu, ce qui différencie les deux notions c'est l'ajout, dans celle d'entité adjudicatrice, de deux catégories de personnes : les entreprises publiques et les entités bénéficiant de droits exclusifs et spéciaux. Si l'on excepte les entreprises publiques qui ont la forme d'établissements publics industriels et commerciaux, on constate que l'essentiel des personnes visées en plus dans les secteurs spéciaux par rapport aux secteurs classiques sont des personnes privées.

Les dispositions de la directive « secteurs spéciaux » ont été transposées en droit interne par la loi du 11 décembre 1992³⁶⁶. Celle-ci reprend les limites de la directive dont elle est issue, à savoir notamment une application dans les seuls secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications et les exceptions plus générales tenant à des activités spécifiques³⁶⁷. Plus généralement d'ailleurs, sans recopier *in extenso* le texte de la directive, le législateur français a cherché à rester le plus proche possible du texte communautaire. Les quelques différences de rédaction n'entraînent donc pas de difficulté d'interprétation particulière³⁶⁸.

³⁶⁶ Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992, *Relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications*, modifiée par la loi par la loi 93-1416 du 29 décembre 1993 et par l'article 6 à 13 de la loi n° 97-50 du 22 janvier 1997 et le décret 98-113 du 27 février 1998 (qui modifie le décret n° 93-990 du 3 août 1993 d'application de la loi de 1992). Sur les dernières transpositions, cf. Ch. MAUGÜÉ et Ph. TERNEYRE « Achèvement (ou presque) de la transposition des directives marchés publics. Commentaire de la loi du 22 janvier 1997 et des décrets du 27 février 1998 », *RFDA* 1998 p. 593 à 608

³⁶⁷ Article 5 modifié de la loi du 11 décembre 1992. Il s'agit par exemple des contrats de production et distribution d'eau, les marchés déclarés secrets ou de ceux conclus avec des organisations internationales.

³⁶⁸ L. RICHER qui souligne une ambiguïté et deux omissions dans la rédaction de la loi de 1992 note qu' « il faut, bien sûr, retenir l'interprétation conforme à la directive », et insiste à chacune de ses remarques sur la logique qui a prévalu à cette rédaction, notamment le caractère théorique des cas dans lesquels cette rédaction pourrait poser problème. Cf. *Droit des marchés publics*, ed du *Moniteur*, fasc. II.520.2/8 p. 8 version Juillet 2000 mise à jour n° 23.

Notons toutefois que le texte de 1992, comme la loi du 3 janvier 1991³⁶⁹ pour les secteurs classiques, avait pour champ d'application les seules personnes privées. En revanche, à l'inverse du texte de 1991 qui n'a été modifié sur ce point que pour intégrer les *établissements publics industriels et commerciaux* ayant une activité autre qu'industrielle et commerciale³⁷⁰, la loi du 11 décembre 1992 a été modifiée par l'intégration d'un 3°) dans son article 1^{er} par la loi du 29 décembre 1993 qui dispose que sont soumis à ses dispositions « *les exploitants publics et les établissements publics de l'État ayant un caractère industriel et commercial.* » Cet ajout est logique dans la mesure le nombre d'établissements publics visés par les textes dans les secteurs spéciaux est plus important que ceux visés dans les secteurs classiques. Les directives 93/38 et 2004/17 n'imposent pas, en effet, qu'il y ait une activité « *autre qu'industrielle et commerciale* » pour les entités adjudicatrices lorsqu'elles ont le statut d'entreprises publiques et de personnes bénéficiant de droits exclusifs et spéciaux.

Sous-Section 2^e : L'extension interne des personnes privées

446. Le droit communautaire n'est pas le seul facteur d'évolution du droit des marchés publics français, la longue tradition de notre système juridique en la matière lui permet d'être encore une source importante de sa propre amélioration. On l'a noté pour ce qui concerne les personnes publiques, la mise en place de procédures de publicité pour les délégations de service public est une initiative d'origine purement nationale qui participe grandement de l'extension du droit des marchés publics.

Le rôle du droit français dans l'extension à des personnes privées du droit de la commande publique est plus limité. Il faut bien dire que cela va clairement contre la tradition juridique qui est la nôtre, tradition qui a pendant tellement longtemps lié personne publique et droit administratif, que le champ d'application de notre Code des marchés publics reste aujourd'hui limité à des personnes morales de droit public. On le comprend, cette extension interne n'a pu se faire que de deux manières : indirectement d'abord, par le recours à la notion de mandat (§ 1^{er}), directement ensuite par des législations spéciales, issues de réflexions proches de celles qui prévalent dans le droit des marchés publics, mais sans que le lien avec celui-ci soit spécialement invoqué (§ 2^e).

§ 1^{er} : Une fausse extension : le mandat

447. Le mandat est une notion qui, bien qu'utilisée en droit public, est issue du droit privé. Cette « utilisation » de la notion est, comme c'est toujours le cas, soumise à une

³⁶⁹ Cf. *supra* pour la transposition des marchés des personnes privées, des EPIC et des GIE dans les secteurs classiques.

³⁷⁰ Cf. *infra*

forme d'appropriation par le juge et la doctrine administratifs qui en font une notion juridique distincte de celle du droit civil³⁷¹. C'est cette différence entre le droit privé et le droit administratif qui justifie que l'on traite du mandat à l'occasion de l'analyse du critère organique. En effet, si l'on se place dans le cadre strict des articles 1984 et suivants du Code civil³⁷², le droit applicable par le mandataire (celui qui exécute le mandat) est celui du mandant (celui qui cherche à faire faire). Si tel était toujours le cas en droit administratif, il suffirait de signaler la possibilité d'un mandat pour que les critères organiques des marchés publics ou des autres contrats de la commande publique ne soient en aucun cas modifiés. Au mieux pourrions-nous ajouter que le mandat permet *formellement* – mais c'est déjà beaucoup – qu'une personne privée passe un marché public³⁷³ avec une autre, voire avec une personne publique³⁷⁴.

Les différentes études sur le mandat en droit administratif montrent en effet une grande spécificité de celui-ci par rapport au droit privé, au point que certains n'hésitent pas à le qualifier de « mandat administratif » pour montrer qu'on ne peut que difficilement le rapprocher du contrat de droit privé³⁷⁵. Ce qui est principalement en cause dans cette différence, c'est l'idée de la représentation du mandant par le mandataire. Qu'elle estime que le mandat administratif serait une « représentation imparfaite »³⁷⁶ ou au contraire qu'il serait une « sur représentation »³⁷⁷, la doctrine administrativiste reconnaît ici une différence avec le principe de la représentation posé par le droit civil.

448. Pourtant, et la doctrine n'a que très partiellement soulevé cette difficulté³⁷⁸, le mandat utilisé en droit de la commande publique n'est pas le mandat

³⁷¹ Sur ce phénomène de « l'utilisation », voir l'excellente thèse de B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2003, 878 pp. Préface de J.-J. BIENVENU. L'auteur de cette thèse montre que le juge administratif n'utilise que ce qu'il estime nécessaire dans les concepts et notions du droit civil et qu'il les modifie si cela correspond à l'utilité qu'il leur donne. Il y a donc appropriation de chaque concept par le juge administratif et, même dans ces cas, création d'un droit administratif autonome.

³⁷² On ne peut pas dire « du droit civil » puisque, comme nous le verrons, ce dernier ne respecte pas non plus strictement les dispositions de ces articles.

³⁷³ Le terme est ici à prendre dans le sens interne de marché soumis au code des marchés publics.

³⁷⁴ Cf. le chapitre suivant pour l'analyse permettant de dire qu'une personne publique peut répondre à un marché public. Dans le cas d'un mandat, il y a donc une inversion formelle puisque la personne qui passe le marché public est une personne privée et que celle qui y répond est une personne publique.

³⁷⁵ On retrouve le phénomène de requalification avec le « bail emphytéotique administratif ». Dans les deux cas ce sont les analyses doctrinales qui montrent que les dérogations à la notion de droit privé sont telles qu'il est presque impossible de rattacher la notion du droit administratif à ses origines civilistes. Pour le BEA, on sait qu'il met en place un droit qui se rapproche bien plus d'un droit personnel que d'un droit réel, pour le mandat administratif on verra qu'il ne remplit strictement aucune des conditions de l'article 1984 du code civil. Pour être plus précis, cette requalification apparaît à chaque fois à la suite de débats doctrinaux dans lesquels certains nient le rattachement au contrat de droit privé et d'autres en montrent la proximité ; la nouvelle notion fait alors office de compromis.

³⁷⁶ Cette opinion était celle qui prédominait avant la thèse de M. CANEDO, *Le mandat administratif*, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public, 2001, Tome 216. Comme le disent A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ dans le *Traité des contrats administratifs*, LGDJ 1982, Tome 1 n° 310 « *La vie publique s'accommode moins bien du mandat de représentation (et surtout du mandat tacite) que la vie privée.* »

³⁷⁷ C'est notamment ce que défend la thèse de M. CANEDO, précitée.

³⁷⁸ La thèse de M. CANEDO *Le mandat administratif*, Paris, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public Tome 216, y fait allusion (p. 607) mais avec une analyse succincte du droit des marchés publics ; L. RICHER *droit*

administratif classique. La différence porte d'ailleurs sur la notion de représentation. À son entrée en vigueur, le code des marchés publics de 2001 posait en effet une exception à l'application des règles de mise en concurrence pour les contrats de mandat que passent les collectivités publiques entrant dans son champ d'application³⁷⁹. Cette exception était fondée sur le fort *intuitus personae* qui existe dans le contrat de mandat. Les auteurs du code pensaient qu'on ne pouvait pas imposer aux personnes publiques de choisir leur cocontractant sur des critères objectifs alors que les missions et les pouvoirs transférés au mandataire imposaient que la personne publique eût une confiance particulière en son cocontractant. Or le Conseil d'État a annulé cette disposition du Code des marchés publics dans un arrêt d'Assemblée *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres* du 5 mars 2003³⁸⁰, en se fondant sur le caractère trop large de l'exception.

Cette solution n'est pas étonnante et apporte un argument de plus à la spécificité et à l'unité du droit de la commande publique. Certes – et ce n'est pas le moindre des paradoxes – la théorie du mandat administratif a en grande partie été créée à l'occasion de contrats touchant à des travaux publics³⁸¹. Pourtant, à travers le prisme du droit de la commande publique, on ne peut que constater les limites de la théorie du mandat administratif : ce dernier n'a d'intérêt que dans le cadre de la qualification de contrat administratif et de la compétence administrative. (A)

449. De cette observation on peut tirer une question : si la théorie du mandat administratif n'a pas d'intérêt pour l'application du droit de la commande publique, ne doit-on pas revenir à une notion de mandat bien plus proche de celle du Code civil en la matière ? Cette question trouve selon nous une réponse affirmative pour la raison principale que le contrat appelé « mandat administratif » est très proche d'un « contrat d'entreprise » au sens du Code civil, et par conséquent des marchés publics. Après cette constatation, n'est-il pas logique de refuser au mandat administratif le droit d'être un contrat exclu du champ d'application du code des marchés publics ? En d'autres termes, ne doit-on pas voir dans le mandat administratif un marché de service³⁸², ce qui n'empêche pas que l'on puisse ensuite volontairement exclure les « mandats de la commande publique » du champ d'application du Code. (B)

des contrats administratifs, LGDJ coll. Manuel 4^e ed., 2004, n° 161 abonde dans le sens de l'analyse que nous adopterons aussi.

³⁷⁹ Il s'agissait du 7° de l'article 3 du Code des marchés publics.

³⁸⁰ CE Ass. 5 mars 2003 *Union nationale des services publics industriels et commerciaux (UNSPIC) et autres*, req. n° 233372, *Contrats et Marchés publics*, 2003, chro. n° 4, concl. D. PIVETEAU, comm. n° 69 note Ph. DELELIS ; *AJDA* 2003, p. 722, chr. F. DONNAT et D. CASAS ; *Droit administratif*, Mai 2003, comm. n° 107 p. 26 A. MÉNÉMÉNIS ; *JCP A*, 2003, p. 424, note F. LINDITCH ; *BJCP* n° 28/2003, p. 209 concl. D. PIVETEAU ; *RDI* 2003, n° 3 p. 269

³⁸¹ Pour s'en convaincre, il suffit de penser à l'arrêt du TC 8 juillet 1963 *Société entreprise Peyrot c/ Société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur*, rec. p. 787 ; *GAJA*, 14^e ed. n° 85 ; *Dalloz* 1963 p. 534, concl. C. LASRY, note P.-L. JOSSE ; *RDP* 1963 p. 776, concl. C. LASRY ; *Sirey* 1963 p. 273, concl. C. LASRY ; *AJDA* 1963 p. 463, Chr. M. GENTOT et J. FOURRÉ ; *AJDA* 1966 p. 474, Chr. COLIN ; *Gaz. Pal.* 1964.2 p. 58 note BLAVOET ; *JCP* 1963, II n° 13375, note J.-M. AUBY ; *RDP* 1964 p. 767, note FABRE et MORIN

³⁸² Ou d'ailleurs un marché de travaux ou une délégation de service public. Sur ce point, *Cf. supra*.

A) Les mandats administratifs : des conséquences limitées

450. Le débat doctrinal à propos du mandat en droit administratif porte le plus souvent sur les différences qu'il faut faire entre le mandat tel qu'il est défini dans le Code civil et le mandat tel qu'il est reconnu par le juge administratif. Ce dernier, dont la spécificité a conduit à lui donner le nom de « *mandat administratif* » pour le distinguer de celui du Code civil, n'a pas une unité évidente. Certes, la thèse de M. CANEDO³⁸³ a contribué à une plus grande maîtrise des cas et justifications du mandat administratif, mais elle ne convainc pas complètement une partie de la doctrine³⁸⁴. La raison à cela est peut-être en partie à trouver dans la notion civiliste du mandat qui n'est pas aussi claire que le laisse paraître l'article 1984 du code civil (1). Nonobstant cette limite et les difficultés qui tiennent à la diversité des situations de mandats administratifs, l'analyse de cette notion reste intéressante puisqu'elle nous permet de constater son inadaptation au droit de la commande publique, son rôle étant limité à la compétence administrative et au droit des contrats administratifs (2).

1) Les mandats du droit privé, la diversité du modèle

451. Le code civil pose cinq conditions pour la qualification de mandat. L'article 1984³⁸⁵ en pose quatre : le mandat doit être un contrat, le mandataire doit faire « quelque chose », il doit le faire pour le compte du mandant et, dernière condition, il doit le faire au nom de ce dernier. L'article 1986³⁸⁶ en ajoute une même si elle n'est pas obligatoire : le contrat doit être gratuit.

La précision du code civil – tant louée par Balzac – a subi en pratique au fil du temps des adaptations qui, si elles sont utiles à la vie des affaires, n'en sont pas moins préjudiciables à la cohérence de la notion. C'est ainsi que de nombreux mandats portent atteinte à telle ou telle des conditions du code tout en restant qualifiés de mandat par la doctrine et la jurisprudence civilistes³⁸⁷. Le premier point sur lequel la doctrine privatiste ne réussit pas à avoir une position commune est le sens du terme « quelque chose », c'est-à-dire l'objet du contrat de mandat. Pour les uns le mandat ne s'entend que lorsque la

³⁸³ Marguerite CANEDO, *Le mandat administratif*, Paris, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public, 2001, Tome 216.

³⁸⁴ Voir sur ce point les réserves de L. RICHER in, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ coll. Manuel, 4^e ed., 2004, spé. p. n° 161 « cette thèse est convaincante [...] On reste cependant déconcerté par la diversité des solutions sans qu'apparaissent la rationalité du choix entre le mandat civiliste et le mandat administratif et entre les différents types d'indices »

³⁸⁵ Art. 1984 c. civ. « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. »

³⁸⁶ Art. 1986 c. civ. « Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire. »

³⁸⁷ F. TERRÉ considère même in *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse Paris LGDJ 1957 n° 115 à propos du mandat « qu'il n'est pas d'exemple de qualification qui ait été plus déformée et utilisée à diverses fins au gré des espèces ».

mission du mandataire se limite à la conclusion d'actes juridiques³⁸⁸, tandis que d'autres acceptent, de façon accessoire³⁸⁹ ou à titre principal³⁹⁰ que la mission puisse être la réalisation d'actes matériels.

Mais la confusion est encore plus grande en droit civil à propos des autres conditions, au point qu'il n'est pas exagéré de dire que l'on rencontre plusieurs notions de mandat. La comparaison entre le droit administratif et le droit civil ne peut alors se passer d'une analyse des différents contrats qualifiés de « mandat » chez le second.

452. Les deux principaux critères du mandat – c'est-à-dire la conclusion par le mandataire d'un contrat « au nom *et* pour le compte » du mandant – trouvent leurs développements les plus intéressants autour de la notion de « mandat sans représentation »³⁹¹. En effet, c'est bien cette idée de représentation qui est au centre de l'expression « au nom et pour le compte » : représenter signifiant « rendre présent »³⁹². Or du fait de différentes interprétations de la notion de représentation, le mandat du code civil trouve deux acceptions, l'une stricte, l'autre large. La notion stricte correspond aux cas dans lesquels on ne va qualifier de mandat que les contrats dans lesquels le mandataire va non seulement dire à son interlocuteur qu'il ne fait que représenter une tierce personne (il agit « au nom de »), mais encore dans lesquels il ne va servir que de vecteur à l'acte juridique qui sera conclu *ab initio* entre son mandant et le tiers. À l'inverse, le mandat dans son sens large regroupera des cas dans lesquels le mandataire pourra éventuellement cacher qu'il agit pour son mandant (et donc laisser croire au tiers que le contrat est conclu pour lui, en son propre nom), mais aussi des cas dans lesquels il s'engagera personnellement avant de « transmettre » le contrat à son mandant (le contrat ne sera pas conclu *ab initio* pour le compte du mandant).

453. Or, comme le démontre M.-L. IZORCHE, le mandat au sens large regroupe des contrats qui ont d'autres qualifications et que la doctrine et la jurisprudence privatistes estiment être des « espèces » ou des « genres » de mandats³⁹³. Selon que l'on prend la définition dans son sens strict ou large, ces autres contrats seront, ou non, des mandats. Il en est notamment ainsi des « commissions » issues du Code de commerce. Dans ces contrats, le « mandataire », alors appelé commissionnaire, agit « *en son propre nom*

³⁸⁸ Cf. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS *Les contrats spéciaux*, Paris, Cujas ed., 11^e ed. 1998 n° 530, A BÉNABENT, *Les contrats spéciaux*, Paris, Montchrestien 1993, n° 626 et s. B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, les obligations*, Paris, Litec, 6^e ed., 1998, Tome 2, n° 255 et P. LE TOURNEAU, *Rep. Civil. Dalloz*, V° Mandat, n° 52

³⁸⁹ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 3^e ed. 1996, n° 639

³⁹⁰ G. GHESTIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les obligations, Les effets du contrat*, LGDJ, 1992, n°793. Leur position acceptant les mandats pour la réalisations de seuls actes matériels est, semble-t-il, fondée sur plusieurs jurisprudences de la Cour de cassation.

³⁹¹ Voir principalement M.-L. IZORCHE, « À propos du "mandat sans représentation" », *Dalloz*, 1999, chr. p. 369.

³⁹² LITTRÉ (V° Représenter) propose comme synonyme de ce mot le terme de « mandataire » au 12° de ses développements. « *Il se dit également de celui qui est chargé d'une procuration spéciale pour faire quelque chose au nom d'un autre* ».

³⁹³ *Op. Cit.* p. 369 n° 4

ou sous un nom social pour le compte d'un commettant »³⁹⁴ Ce contrat est en effet tellement proche du mandat qu'il se réfère aux articles du Code civil relatifs au mandat pour les obligations du commissionnaire envers le commettant³⁹⁵. Pourtant, il ne correspond pas à un mandat dans la mesure où il manque la condition de transparence du commissionnaire.

La convention de prête-nom est elle aussi proche du mandat et de la commission, avec la différence que le prête-nom laisse croire qu'il agit dans son intérêt propre³⁹⁶. La différence avec le commissionnaire tient au caractère parfaitement opaque du prête-nom pour le cocontractant, alors que le commissionnaire conclut le contrat en son nom mais laisse entendre qu'il agit pour le compte de quelqu'un. On peut aussi rattacher à la notion large de mandat les contrats appelés « déclaration de *command* » dans lesquels l'identité du « mandant » n'est déclarée qu'au dernier moment³⁹⁷.

454. La distinction entre les deux notions de mandat en droit privé est très importante pour l'analyse comparée qui peut en être faite avec le mandat administratif. Dans la notion stricte, toutes les conditions du code civil sont requises, dans la notion large, celle que d'aucuns appellent le « mandat sans représentation », la condition d'une passation « au nom de » perd son importance. La question de la non-représentation ou de la sur-représentation qui est considérée comme centrale en droit administratif doit donc s'entendre sur ce qui est représenté dans la doctrine civiliste : Soit il s'agit d'une non-représentation de la personne, auquel cas il ne saurait y avoir ni mandat du droit civil, même au sens large, ni autres contrats proches. Soit il s'agit de représentation ou non-représentation des intérêts du « mandant », auquel cas on retrouve notre division entre le mandat au sens strict (dans lequel il y a forcément représentation des intérêts du mandant) et le mandat au sens large (dans lequel il peut ne pas y avoir représentation des intérêts du mandant, c'est-à-dire contrat non conclu « au nom de ».)

Chacune des conditions du mandat de l'article 1984 du Code civil devrait être examinée pour qualifier un contrat de mandat en droit administratif. Cependant, le droit administratif se référant plus à la doctrine privatiste qu'au texte du code, le Conseil d'État a qualifié de mandat des contrats qui étaient, en droit privé, aussi bien des mandats au sens strict qu'au sens large. Si la doctrine administrativiste s'était arrêtée là, on n'aurait pas eu besoin d'une notion spéciale de « mandats administratifs » ; mais il semble que le droit administratif aille encore plus loin et qualifie de mandat des contrats qui n'en seraient pas, même au sens large, en droit privé. On peut alors se demander si le mandat administratif ne serait pas une extension de la vision large du mandat de droit privé ?

³⁹⁴ Article L. 132-1 (ancien art 94 al. 1) du Code de commerce.

³⁹⁵ La référence aux articles (Livre III, titre XIII) du Code civil est à l'alinéa 2 de l'article L. 132-1 du code de commerce (ancien art. 94 al. 2).

³⁹⁶ G. CORNU *Dictionnaire juridique, Association Henri Capitant*, Paris, PUF coll. *Quadrige*, V^o Prête-nom « mandataire traitant pour le compte du mandant, mais en laissant croire qu'il agit dans son intérêt propre et en assumant personnellement les charges du contrat ».

³⁹⁷ G. CORNU *Dictionnaire juridique, Association Henri Capitant*, Paris, PUF coll. *Quadrige*, V^o Déclaration « - de *command* : Acte par lequel l'acquéreur en titre révèle, dans les formes et délais requis (en général au secrétariat-greffe ou devant notaire) l'identité du véritable acquéreur ».

2) *Le mandat administratif, contrat de mandat ou mandat dans le contrat*

455. La complexité de la théorie du mandat administratif³⁹⁸ nous conduit à faire une distinction entre le contrat de mandat lui-même, qui lie une personne publique mandante et son mandataire et un contrat dont l'objet principal est différent (une concession souvent, mais pourquoi pas un marché public) et qui est lui-aussi qualifié de mandat, mais de manière tacite. La jurisprudence considère dans le cas des « mandats tacites » que le contrat principal contient implicitement un deuxième contrat qui est un contrat de mandat. Les premiers cas se rapprochent de ceux du droit civil, voire se confondent avec eux, les seconds sont à la fois l'origine et le cœur de la théorie du « mandat administratif »³⁹⁹. À cela il faut ajouter les cas de mandats administratifs par la loi... (avec une grande diversité selon les lois, diversité due à une grande liberté du législateur qui peut appeler « mandat » un contrat – même tacite – qui ne correspond en rien à la théorie civiliste.)

a) Le contrat de mandat classique : une absence de spécificité par rapport au droit privé

456. Dans le cas des mandats exprès, les mandats en cause se rapprochent singulièrement des mandats du droit privé, au sens large et parfois restreint, cela tout en étant des « mandats administratifs » puisqu'ils ressortissent à la compétence de la juridiction administrative. S'ils sont des mandats administratifs, c'est qu'*a priori* ces contrats sont de la compétence administrative en application des critères classiques qui prévalent pour les autres contrats. Deux cas peuvent donc se rencontrer : soit le contrat de mandat est administratif parce qu'il fait participer le cocontractant au service public, soit parce qu'il contient des clauses exorbitantes⁴⁰⁰. Dans le premier cas, le mandat peut n'avoir aucune différence avec des mandats de droit privé, aucune clause spéciale n'étant requise. Le juge administratif a reconnu la possibilité de tels contrats à plusieurs reprises, d'abord de façon peu claire⁴⁰¹, puis plus nettement⁴⁰². Dans le second cas, celui où le contrat de mandat est

³⁹⁸ On se permettra de parler de « théorie » du mandat administratif même si les différents auteurs qui ont recherché la consistance de cette notion ne sont pas parvenus aux mêmes conclusions. Nous entendrons donc dans le terme « théorie » le point commun de ces études, à savoir la volonté de regrouper ces cas de mandat pourtant bien disparates. Cf. M. CANEDO, *Le mandat administratif*, Paris, LGDJ 2001, Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 216 ; F. LICHÈRE *Les contrats administratifs entre personnes privées*, Thèse dactylographiée, Montpellier 1998.

³⁹⁹ On notera toutefois l'existence de mandats tacites en droit privé. L'étude la plus complète à ce sujet (Ch. LAZERGUE, « Les mandats tacites », *RTDCiv*, 1975, p. 222) précisant à ce sujet, d'une part, que la majorité de la doctrine privatiste considère que le mandat tacite n'était pas envisagé par les auteurs du code civil et, d'autre part, que dans les cas où la jurisprudence civile reconnaît un tel mandat, non seulement ce dernier est parfois un mandat verbal, occulte ou apparent, voire une déclaration de *command* ou une gestion d'affaire. Elle ajoute en outre que l'existence de mandats tacites pose des problèmes de preuve souvent prégnants.

⁴⁰⁰ On exclura ici les contrats administratifs par détermination de la loi.

⁴⁰¹ Cf. CE 24 février 1954 *Sté des ateliers de construction Schwartz-Haumont*, *AJDA* 1954.II p. 189 note P. SILLARD. Cet arrêt qui ne traite que de la possibilité d'une expertise sans détailler ni se prononcer sur le fond de l'affaire montre l'ambiguïté du droit à l'époque : l'expertise doit montrer s'il y avait ou

soumis au juge administratif en raison de la présence de clauses exorbitantes, il contient, par définition, des clauses qui changent de celles que l'on retrouve en droit privé. On ne saurait, dans ces cas, assimiler complètement mandats de droit privé et mandats administratifs, mais les différences peuvent ne pas toucher aux règles mettant en place les obligations du mandat. Ainsi, si le contrat soumet le cocontractant à un contrôle strict de ses résultats financiers⁴⁰³ ou laisse la possibilité à l'administration de renvoyer certains de ses employés⁴⁰⁴, il y a clause exorbitante et le mandat est un contrat administratif, sans pour autant que la nature du contrat diffère de celle d'un mandat du droit privé.

457. La reconnaissance par le juge administratif ou le Tribunal des conflits de la qualité de « contrat de mandat » dans ces cas a pour conséquence la qualification par ricochet de contrat administratif du contrat passé par le mandataire avec un tiers. Le but recherché est donc en premier lieu la soumission au juge administratif de contrats passés entre deux personnes privées, ces contrats pouvant revenir à la compétence administrative par effet d'un principe de représentation du mandant par le mandataire. Le second contrat étant sensé être passé par une personne publique – puisqu'il l'est pas son mandataire – il peut être administratif en application des critères classiques des contrats administratifs⁴⁰⁵. On ne peut que noter en effet la proximité entre ces mandats du droit administratif et les mandats au sens du droit privé, surtout si l'on se réfère au sens large qui leur est donné en droit privé⁴⁰⁶. Ce transfert de la compétence juridictionnelle a pour principale conséquence

non mandat passé conformément « au droit commun du mandat établi par l'article 1998 du code civil », et le commentateur se demande si la proximité par rapport au droit commun va aboutir *in fine* à une compétence judiciaire ou si les précautions que prend le Conseil d'État dans la rédaction de l'arrêt signifient qu'il a l'intention d'appliquer en droit public ce « droit commun du mandat ».

⁴⁰² CE 27 mai 1957 *Sieur Artaud et autres*, rec. p. 350 : il s'agit de contrats conclus « au nom de l'État par le groupement national des produits laitiers en vertu de la convention passée [...] avec le haut commissariat au Ravitaillement pour les besoins du service public du ravitaillement à l'exécution duquel les entreprises co-contractantes se trouvent étroitement associées ». L'arrêt CE Sect. 18 juin 1976 *Dame Culard*, *AJDA* 1976 p. 579 note M. DURUPTY va dans le même sens puisqu'il reconnaît « que les contrats passés entre le Crédit Foncier de France et les emprunteurs ont été conclus pour le compte de l'État et avaient pour objet l'exécution même du service public d'aide aux Français rapatriés du Tunisie » et que dès lors les contrats passés par le CFF avaient le caractère de contrat administratif.

⁴⁰³ Ce qui a été qualifié de clause exorbitante dans un arrêt CE Ass. 26 février 1965 *Société du vélodrome du Parc des Princes*, rec. p. 133, *RDP* 1965 p. 506, concl. L. BERTAND et p. 1175 note M. WALINE.

⁴⁰⁴ *Idem* par un arrêt TC 20 avril 1959 *Sté nouvelle d'exploitation des plages, piscines et patinoires*, rec. p. 866, *RDP* 1959 p. 1059 à propos d'un marché pour la gestion du Palais des glaces (à l'époque patinoire) qui, parce qu'il contient cette clause est qualifié de contrat administratif.

⁴⁰⁵ Ce sera le cas de la présence de clauses exorbitantes ou de participation au service public mais aussi par exemple par application du caractère attractif des travaux publics (par ex. CE 2 juin 1961 *Leduc*, rec. p. 365, *AJDA* 1961 p. 345 concl. G. BRAIBANT). Cependant, ce critère des travaux publics ne vaut semble-t-il que lorsqu'il y a mandat exprès, dans lequel il y a une véritable représentation, sinon il ne suffit pas rendre administratif le contrat entre les deux personnes publiques. Cf. CE 7 juillet 1976 *Sté d'aménagement de la région de Rouen*, rec. T. p. 805 et CE 15 décembre 1976 *Société civile immobilière de construction « Résidence Gallieni à Auxerre »*, rec. p. 542. Notons que ces deux arrêts concernent l'aménagement urbain, et qu'ils n'auraient plus la même solution si l'on s'en réfère aux arrêts CE Sect. 30 mai 1975 *Société d'équipement de la région montpelliéraine* et TC 7 juillet 1975 *Commune d'Agde* (sur ce point, cf. *supra*).

⁴⁰⁶ La matière contractuelle est par ailleurs facilement sujette à une vision large des catégories du fait de la liberté contractuelle reconnue comme un principe en droit privé comme en droit public. Cette liberté pousse en effet les auteurs des contrats à être imaginatifs pour adapter le contrat à leur situation

l'application du régime des contrats administratifs avec tout ce qu'il a de protecteur pour les intérêts publics. À cela il faut ajouter, à la suite du professeur L. RICHER⁴⁰⁷, la volonté de soumettre au droit administratif ces contrats de mandat parce que l'utilisation du mandat a parfois pour objectif de mettre en place une délégation de compétence. Les conditions dans lesquelles il est possible de passer un contrat de mandat sont en effet bien plus souples que celles qui permettent classiquement une délégation de compétence, mais ce « détournement de procédure » ne saurait permettre que les litiges changent aussi de juge. Le droit public se devait d'être appliqué à ces contrats comme il l'aurait sans aucun doute été aux contrats issus de la délégation de compétences.

Ce mandat administratif proche du sens large du droit privé n'est pourtant pas assez original pour justifier que certains auteurs tentent une théorie du mandat administratif. D'autres mandats, implicites pour la plupart, s'éloignent en revanche sur de nombreux points du droit privé et peuvent pour leur part justifier une systématisation.

b) Le mandat dans le contrat : le mandat administratif très spécial

458. Le cas des mandats tacites⁴⁰⁸ est plus complexe et pousse loin la spécificité du droit administratif en matière de mandat. Les mandats exprès, on le voit, se rapprochaient pour la plupart nettement des mandats de droit privé, soit parce qu'ils appliquaient strictement les conditions du code civil, soit parce qu'ils ne les appliquaient pas de façon plus large que ce qu'accepte la Cour de cassation. Les mandats tacites au contraire s'éloignent singulièrement du droit privé, non seulement parce qu'à l'occasion de leur utilisation par le juge administratif leurs critères se sont brouillés, mais aussi parce qu'*in fine*, ils ne correspondent pour ainsi dire à aucun des critères du Code civil analysés strictement.

particulière, donc à s'éloigner des canons juridiques que posent la loi et la doctrine pour chaque catégorie contractuelle.

⁴⁰⁷ L. RICHER *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ 4^e ed. 2004 n° 153 *in fine* ; L. RICHER « Le contrat de mandat au risque du droit administratif », *CJEG* 1999 p. 127

⁴⁰⁸ Le *Traité des contrats administratifs* de A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ cite en page 169, Tome 1, un arrêt du Conseil d'État, Sect., du 18 décembre 1936 *Sieur Prade*, rec. 1124, *Sirey* 1938.3 p. 59, note R. ALIBERT ; *Dalloz* 1938.3 p. 70 note P-L. J. qui serait un mandat tacite assimilable à un contrat de droit privé. Il nous semble que les contrats en cause dans cet arrêt seraient aujourd'hui analysés comme des délégations de service public. Il s'agissait de contrats passés, d'une part, entre la ville de Juan-les-Pins et le syndicat d'initiative et, d'autre part, entre ce syndicat et le sieur Prade. Les jurisprudences actuelles concernant les plages estimeraient que le contrat entre la ville et le syndicat est une délégation de service public (et non un mandat) et le second une subdélégation de ce service public. D'autres exemples visant à dire que la jurisprudence administrative reconnaît un mandat – au sens du code civil – tacite ne sont pas plus convaincant et, en tout état de cause ne s'appliquent pas à notre matière. Cf. l'arrêt CE 19 mars 1956 *Sieur Jean dit François Rolland-Nouvelles*, rec. p. 130 cité par les *Grands Avis du Conseil d'État*, Paris, *Dalloz*, 2^e ed. 2002, p. 417, note F. ROLLIN. Cet arrêt ne qualifie le contrat contesté de mandat tacite que parce qu'il est conclu entre deux personnes privées solidairement responsables et que cette qualification lui est donnée pour refuser à l'une des parties le bénéfice de la tierce opposition.

α) *La teneur*

459. Le premier cas de mandat administratif véritablement original est celui de la fameuse jurisprudence du Tribunal des conflits du 8 juillet 1963 *Société Entreprise Peyrot*⁴⁰⁹ qui a suscité en doctrine de nombreux commentaires sur la possibilité ou l'impossibilité de qualifier cette situation de mandat. En effet, afin de juger que les litiges consécutifs à un contrat entre un concessionnaire d'autoroute et des entreprises ressortissaient à la compétence administrative⁴¹⁰ le Tribunal s'est fondé non pas sur les critères posés par le code civil, mais sur le fait que les travaux routiers « appartenaient par nature à l'État ». S'il y a mandat, il est alors lié dans cette jurisprudence et ses suites⁴¹¹ à la nature des travaux. L'argument permettant de raccrocher cette situation à un mandat consiste à dire que les travaux routiers étant par nature de la compétence de l'État, les faire faire par une autre personne, même privée, ne peut être analysé que comme la volonté de la personne publique de se faire représenter et non de déléguer cette compétence⁴¹².

L'intérêt de cette qualification de mandat est de « transmettre » la compétence administrative aux litiges entre les deux personnes privées que sont le concessionnaire d'autoroute et l'entrepreneur qui la construit. Dire qu'il s'agit d'un mandat⁴¹³, c'est faire primer l'idée de « représentation » sur tous les autres critères du mandat. Plus encore, la vision de la représentation qu'il faut alors retenir est spécialement extensive, le « pour le compte »⁴¹⁴ au sens très large de l'arrêt *Entreprise Peyrot*.

⁴⁰⁹ TC 8 juillet 1963 *Société entreprise Peyrot c/ Société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur*, rec. p. 787 ; *GAJA*, 14^e ed. n° 85 ; *Dalloz* 1963 p. 534, concl. C. LASRY, note P.-L. JOSSE ; *RDP* 1963 p. 776, concl. C. LASRY ; *Sirey* 1963 p. 273, concl. C. LASRY ; *AJDA* 1963 p. 463, Chr. M. GENTOT et J. FOURRÉ ; *AJDA* 1966 p. 474, Chr. COLIN ; *Gaz. Pal.* 1964.2 p. 58 note BLAVOET ; *JCP* 1963, II n° 13375, note J.-M. AUBY ; *RDP* 1964 p. 767, note FABRE et MORIN.

⁴¹⁰ Ces contrats sont alors des contrats administratifs auxquels on applique tout le régime lié à cette qualification.

⁴¹¹ La solution de l'arrêt *Sté entreprise Peyrot* a en effet été reprise pour d'autres contrats de travaux « routiers » en dehors de la construction d'autoroutes. C'est notamment le cas des travaux sur des tunnels routiers cf. CE 24 mai 1968 *Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier du Mont-Blanc*, rec. p. 256 et TC 12 novembre 1984 *Sté d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines*, rec. p. 666 ; *AJDA* 1985 p. 156 concl. B. GENEVOIS ; *JCP* 1985.II.20508 note ABELLA ; *RFDA* 1985 p. 353 note F. LLORENS. L'extension a aussi été organique puisque l'arrêt *Sté entreprise Peyrot* s'applique à une SEM et que d'autres arrêts postérieurs ont étendu cette solution du mandat « de travaux routiers » à des sociétés entièrement privées Cf. CE 3 mars 1989 *Sté des autoroutes de la Région Rhône-Alpes*, rec. p. 69, concl. E. GUILLAUME, *AJDA* 1989 p. 391, note J. DUFAU ; *JCP* 1989.II.21323, note LEVEL ; *RFDA* 1989 p. 619, note B. PACTEAU.

⁴¹² Notons que le commissaire du Gouvernement LASRY estimait pour sa part dans ses conclusions sur *Société entreprise Peyrot* que c'est la nature de société d'économie mixte du concessionnaire qui mettait en place une forme de mandat implicite. Les arrêts postérieurs concernant les sociétés à capital privé concessionnaires auraient eu une solution différente si le Conseil d'État l'avait suivi... Peut-être est-ce la situation de ces sociétés qui a justifié que le Conseil d'État se fonde sur un motif différent.

⁴¹³ Le terme de « Mandat administratif » que nous utilisons est celui du Président B. GENEVOIS dans ses conclusions sur TC 12 novembre 1984 *Sté d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines*, *Op. Cit.* Notons qu'il estime à l'occasion de ces conclusions que le fondement de cet arrêt devrait être la « représentation [de ce] mandat administratif, qui est plus souple que celle du mandat civil ». Il n'a pas été suivi à cette occasion par le Tribunal des conflits.

⁴¹⁴ 4^e considérant de l'arrêt « *la construction est assurée [...] à titre exceptionnel par un concessionnaire agissant en pareil cas pour le compte de l'État* ».

460. Une extension plus importante – car non limitée aux seuls travaux routiers nationaux – a définitivement poussé la doctrine vers une notion autonome de mandats administratifs⁴¹⁵. Cette évolution est principalement due à deux arrêts de 1975 : l'arrêt du Conseil d'État du 30 mai *Société d'équipement de la région montpelliéraine (SERM)*⁴¹⁶ et l'arrêt du Tribunal des conflits du 7 juillet *Commune d'Agde*⁴¹⁷. Dans ces deux espèces, les juges se sont fondés sur des indices divers et non plus seulement sur la nature des travaux pour estimer que la société privée concessionnaire avait agi « pour le compte » de la personne publique, ce qui avait pour conséquence que le contrat entre cette société concessionnaire et une autre société privée était un contrat administratif. Les critères posés par ces arrêts sont nombreux et pour ainsi dire propres à chaque espèce. La méthode employée par le juge administratif s'assimile en effet plus à celle du faisceau d'indices qu'à des critères fixés, le but étant en quelque sorte de discerner une « ambiance de mandat » et non un mandat strict au sens du Code civil⁴¹⁸. La raison à cette recherche tient notamment au fait que le mandat est implicite, c'est-à-dire qu'il doit être recherché au sein d'un contrat dont l'objet initial est une concession. L'analyse de ce contrat comme un mandat vient *a posteriori*, lorsqu'il y a litige et qu'il s'agit de rechercher s'il y a compétence des juridictions administratives ou judiciaires. C'est alors le fait qu'il y ait un mandat qui permet de dire que, dans certaines de ses actions, le concessionnaire a agi pour le compte de la personne publique, ce qui permet de dire que ce contrat est en réalité passé par elle et que le contrat est donc un contrat administratif.

Parmi ces indices, on peut trouver le financement public, la remise des ouvrages aux collectivités dès la fin de la concession avec la transmission de la garantie décennale, la présence d'un cahier des charges qui montre une volonté publique d'obligations imposées au cocontractant privé mais aussi un contrat qui n'est pas sans lien avec des travaux publics.

461. La jurisprudence est allée encore plus loin dans des cas – heureusement – isolés en utilisant des « indices » dont on a du mal à déceler la spécificité par rapport à une délégation de service public sans idée de représentation. Il en a notamment été ainsi dans

⁴¹⁵ Selon le Président R. ODENT, *in Contentieux administratif*, p. 561, l'arrêt *Société entreprise Peyrot* et ses suites ne sont pas les premiers cas d'une exception qui se prolonge par les arrêts de 1975. Pour lui, l'arrêt *Société entreprise Peyrot* est une véritable exception alors que les autres constituent un inflexionnement de la notion de représentation. La doctrine postérieure (*cf.* notamment A. de LAUBABÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ *Traité des contrats administratifs*, Tome 1 p. 263) a une position différente, fondée sur l'utilisation, dans tous ces arrêts, de l'expression « pour le compte », ce qui tend à fonder une unité entre ces différentes situations.

⁴¹⁶ CE Sect. 30 mai 1975 *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, *rec.* p. 326 ; *AJDA* 1975 p. 345, *chr.* FRANC et BOYON ; *Dalloz* 1976 p. 3, note F. MODERNE.

⁴¹⁷ TC 7 juillet 1975 *Commune d'Agde*, *rec.* p. 798 ; *Dalloz* 1977 p. 8 note Ch. BETTINGER ; *JCP* 1975.II.18171, note F. MODERNE. Peu de temps après, ces deux décisions ont été suivies d'autres arrêts moins commentés mais qui allaient dans le même sens : *Cf.* CE 11 juin 1975 *Sté d'équipement d'Auvergne*, *rec.* p. 1127 ; *Droit Adm.* 1975 n° 279 ; CE 30 juin 1976 *Société d'économie mixte d'équipement de la ville d'Aix-en-Provence*, *rec.* p. 806 et TC 17 novembre 1975 *Cie française des pétroles*, *rec.* p. 799.

⁴¹⁸ Notons toutefois que certaines jurisprudences postérieures employant le raisonnement des arrêts de 1975 utilisent expressément le terme de « mandat » pour qualifier le contrat de concession. *Cf.* CE 27 novembre 1987 *Société provençale d'équipement*, *rec.* p. 384, *RFDA* 1988 p. 384 *concl.* M. FORNACCIARI, note F. MODERNE

l'arrêt du Tribunal des conflits du 10 mai 1993 *Wanner Isofi Isolation*⁴¹⁹ dans lequel une société à forme privée a été considérée comme ayant passé un « *marché de travaux publics* » avec une autre société privée sous-traitante parce qu'un certain nombre d'indices laissaient penser que cette société agissait « *pour le compte* » d'Électricité de France. Afin d'aboutir à cette conclusion, le Tribunal a examiné le statut de la société Nersa et ses liens avec EDF. Il a conclu à un mandat implicite après avoir noté que la société avait été créée par décret en application d'une loi conforme à la loi du 8 avril 1946 sur la création d'EDF, que le personnel de la société Nersa avait le même statut que le personnel d'EDF et qu'EDF détenait 51 % des actions de la société Nersa⁴²⁰.

À la suite des auteurs du *Traité des contrats*⁴²¹, on peut se demander si ce rattachement à la notion de contrat administratif n'a pas pour objectif de soumettre à la juridiction administrative et au droit administratif des litiges qui devraient leur revenir si la pratique administrative et l'organisation institutionnelle de l'administration n'avaient pas interposé entre la personne publique et celui qui aurait dû être son cocontractant une personne privée « fictive ». Ce faisant, la juridiction administrative va rechercher l'activité administrative là où elle est, dissimulée derrière une personne privée. La question qui se pose alors est le lien entre la notion de « mandat administratif », création jurisprudentielle qui serait – et qui est à notre avis – limitée à la volonté de rattraper l'activité administrative et le « vrai » mandat du droit privé.

β) *Les critères différents*

462. À l'analyse des critères stricts du mandat du Code civil, on ne peut que remarquer l'inadéquation entre ces dispositions et les critères du faisceau d'indices que l'on trouve dans la théorie du « mandat administratif ». La différence porte notamment sur deux points : la notion de « *pour le compte de* » et celle de « *au nom de* ». En fait de différence, la notion de « *pour le compte de* » pourrait passer pour une similitude entre le mandat administratif et le mandat du Code civil puisque cette expression est utilisée dans les deux cas. En réalité, il s'agit bien de deux visions divergentes d'un même terme. Dans le cadre du Code civil, le fait que le mandataire agisse pour le compte du mandant signifie qu'il a

⁴¹⁹ TC 10 mai 1993 *Société Wanner Isofi Isolation et société Nersa*, *CJEG* 1994 p. 86 conclusion P. MARTIN, note D. DELPIROU ; *RDP* 1996 p. 1171, note F. LICHÈRE

⁴²⁰ Le Conseil d'État a confirmé l'utilisation de ces critères à l'occasion d'un arrêt du 17 décembre 1999 *Société Ansaldo Industria et SA Bouygues*, rec. p. 424, *BJCP* 2000 p. 136 ; *CJEG* 2000 p. 124, concl. conformes H. SAVOIE ; dans lequel il considère que la Cour administrative d'appel de Lyon n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le marché en cause (celui du Synchrotron), passé entre deux personnes privées avait le caractère d'un contrat de droit privé, dans la mesure où la CAA avait recherché si une des personnes privées avait agi pour le compte d'une personne publique par l'analyse de différents critères. Ces critères étaient la participation minoritaire de personnes publiques – le CNRS et le CEA – dans le capital, la soumission du personnel à un autre statut que celui de ces établissements publics et la destruction des ouvrages en fin d'exploitation. Si la solution est inverse de celle de l'arrêt *Wanner Isofi Isolation*, les critères employés sont donc strictement identiques. Notons que le commissaire du Gouvernement Savoie dans ses conclusions sur cet arrêt *Société Ansaldo* estime que l'arrêt *Wanner Isofi* constitue « l'avancée extrême de cette branche de la jurisprudence [sur le mandat administratif] ».

⁴²¹ A. de LAUBABÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, Tome 1, 1982, p. 262

pour objectif de faire primer les objectifs du mandant sur les siens et que le mandant va se trouver engagé comme une partie au contrat conclu par le mandataire. À l'inverse, dans le mandat administratif, le concessionnaire-mandataire va bien souvent faire valoir ses intérêts, notamment ses intérêts financiers puisque c'est lui qui porte normalement le risque des investissements stipulés au contrat de concession. De plus, c'est lui qui va être engagé au contrat de concession et les relations entre le concédant-mandant (la personne publique) et le cocontractant du mandataire ne vont être que rarement des rapports contractuels. Par exemple, si l'entreprise cocontractante du concessionnaire-mandataire veut engager la responsabilité de la personne publique concédante-mandante, elle ne pourra bien souvent⁴²² pas le faire sur le fondement d'une responsabilité contractuelle, elle devra se placer sur le plan délictuel⁴²³.

463. Plus encore que celle de « pour le compte » dont on voit à quel point elle est plus large dans un cas que dans l'autre, c'est la condition de « au nom de » qui fait vraiment défaut dans le mandat administratif. Dans le cadre des concessions, le concessionnaire va agir en son nom, non seulement pour les biens qui lui sont propres, mais aussi pour les biens de retour ou de reprise⁴²⁴. Le contrat est d'ailleurs passé au nom du concessionnaire. Par ailleurs, notons qu'aucun des arrêts qui concernent les mandats administratifs n'utilisent l'expression « au nom et pour le compte », ils se contentent de la seconde partie de cette formule.

C'est principalement l'absence de ces deux conditions, qui insiste sur le rôle actif du « concessionnaire-mandataire » de l'administration, qui explique que Marguerite CANEDO considère que le mandat administratif n'est pas un mandat de sous-représentation mais un mandat de sur-représentation.

464. Enfin, si l'on acceptait effectivement de considérer que le mandat administratif était un mandat tel qu'il peut se concevoir dans le cadre du Code civil, il faudrait qu'il remplisse les conditions de l'article 1988. Cet article dispose que les mandats doivent être exprès « *s'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété* ». Or les concessionnaires considérés comme disposant d'un mandat administratif ont tous pour mission non seulement de gérer un service public mais aussi de construire un ouvrage. Le lien avec les travaux publics est une constante⁴²⁵ dans toutes ces jurisprudences. Pour que les dispositions du Code civil fussent respectées, il faudrait que tous ces mandats fussent

⁴²² Le contrat peut bien évidemment stipuler un transfert de responsabilité contractuelle.

⁴²³ Le cas de l'arrêt du Conseil d'État du 27 janvier 1984 *Ville d'Avignon c/ Da Costa Nunes*, rec. p. 28, LPA 4 août 1984 p. 2, obs. F. MODERNE ; LPA 5 avril 1985, p. 9 note F. LLORENS, va dans ce sens même s'il s'agit d'un recours de la personne publique contre le cocontractant de son mandataire. Dans cet arrêt, le marché passé entre un aménageur et une entreprise est considéré comme un marché de travaux publics, parce qu'il est passé par un aménageur « pour le compte » de la Ville d'Avignon (du fait de conditions de financement et de la remise à la Ville d'Avignon des ouvrages en fin de contrat), ce qui a pour conséquence de donner compétence au juge administratif pour résoudre le litige. Pourtant, le juge administratif considère que la ville d'Avignon n'est pas partie au contrat, ce qui entraîne pour la commune l'impossibilité de se fonder sur le contrat pour engager la responsabilité de l'entreprise (après avoir elle-même payé des dommages-intérêts à des ouvriers à la suite de la chute d'un mur).

⁴²⁴ Sur ce point, cf. *Traité des contrats administratifs*, Op. Cit. Tome 2, 1983, n° 1506 et s., p. 742 et s.

⁴²⁵ Cf. *infra*

exprès, or justement, le propre des mandats administratifs lorsqu'ils sont liés à une concession est qu'ils sont tacites.

La différence fondamentale entre le mandat administratif que le juge trouve dans certaines concessions de travaux et service public et le mandat du Code civil porte donc sur la *notion de représentation*. Dans le premier cas, il y a réalisation d'activités « pour le compte » d'une personne publique, c'est-à-dire représentation au sens très large. De plus, cette représentation est nécessairement éloignée du Code civil en ce qu'elle s'insère dans un contrat de « délégation de service public » dont le but premier n'est pas la représentation mais au contraire la transmission de compétence⁴²⁶. Il n'y a donc pas de transparence véritable, nécessaire à la qualification de mandat au sens du droit privé. Dans le second cas, la représentation est bien plus forte, ne serait-ce parce qu'il y a transparence du mandataire. Certes, dans le sens le plus large que lui donne la doctrine privatiste, le mandat du droit privé peut se rapprocher du mandat administratif, mais il n'atteint jamais le même niveau d'opacité.

465. Les liens qu'ont tous les contrats de « mandat administratif » les plus poussés – les mandats tacites associés à des concessions de services et travaux publics ou d'aménagement – avec les travaux publics ne sont pas fortuits. Tout se passe comme si, recherchant un fondement textuel à la compétence administrative, les juges s'étaient référés à la plus ancienne des lois de compétence : celle du 28 pluviôse An 8. L'utilisation de ce texte était d'autant plus naturelle qu'ils utilisaient déjà ce fondement pour qualifier de contrats administratifs des mandats plus proches de ceux du Code civil⁴²⁷. Si l'on devait analyser la place des faisceaux posés par les arrêts *SERM*, *Commune d'Agde* et leurs suites, il nous semble qu'il faille distinguer deux choses. D'une part les conditions, diverses et propres à chaque contrat, qui démontrent un contrôle du concédant malgré sa volonté de « faire faire ». Ces conditions seraient la marque du « pour le compte », l'idée large d'un mandat. D'autre part, et c'est cela qui rattache le plus le « mandat » à la compétence administrative, la constante des « travaux publics ».

Mais, comme nous l'avons montré, le droit des marchés publics n'est pas seulement le droit des travaux publics et surtout, paradoxalement, c'est en droit des marchés publics qu'il est le plus difficile de faire référence au mandat administratif. Même si ce n'est pas la raison principale, cela est notamment dû à l'existence de qualifications légales de mandat.

⁴²⁶ Cf. *infra* pour une analyse visant à démontrer que les mandats administratifs sont pour l'essentiel – et sauf lorsqu'ils remplissent les stricts critères du code civil – des contrats d'entreprise.

⁴²⁷ Certains arrêts jugent en effet que le contrat entre une personne bénéficiant d'un mandat *explicite* et le tiers privé est un contrat administratif quand il porte sur des travaux publics. Cf. TC 12 janvier 1970 *GDF c/ Société d'économie mixte d'aménagement et d'équipement du grand ensemble de Massy-Antony (SAEGEMA)*, *rec. T.* p. 968 et 1108, *AJ* 1970 p. 249, à propos d'une concession d'aménagement mandataire de deux communes pour un mandat non légal. Pour des mandats légaux mais proches du droit privé cf. CE 2 juin 1961 *Sieur Leduc*, *rec. p.* 365, *AJDA* 1961 p. 345 concl. G. BRAIBANT pour une société coopérative de reconstruction, bénéficiant d'un mandat légal de la loi du 16 juin 1948 et devant reconstruire une église ; CE 16 octobre 1966 *Ville de Montdidier (Somme)*, *rec. p.* 539 là aussi pour une société coopérative de reconstruction devant cette fois reconstruire une école.

c) Les mandats administratifs par la loi

466. Les différentes définitions des mandats telles que l'on a pu les envisager avec les mandats stricts et larges du droit civil ou avec les différentes facettes du « mandat administratif » sont déjà spécialement variées. Pourtant, un panorama de cette question ne saurait oublier que des textes ont, au cas par cas, qualifié de « mandat » des contrats dont ils précisaient le contenu.

La plus connue de ces lois aujourd'hui est la loi *relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*, le plus souvent appelée loi MOP⁴²⁸. Mais elle n'est ni la première ni la seule. Sans rentrer dans une typologie complète de ces dispositions, on peut distinguer les cas dans lesquels la loi pose explicitement la mise en place d'un mandat et ceux dans lesquels le mandat est implicite. Comme exemple des premières, on peut citer l'article R. 321-20 du Code de l'urbanisme qui met en place des conventions d'aménagement entre les personnes publiques et des organismes aménageurs, conventions dans lesquelles les seconds agissent au nom et pour le compte des premières⁴²⁹. Par ailleurs, le mandat est tout aussi explicite dans la loi MOP⁴³⁰. Certaines lois peuvent ensuite être considérées comme mettant en place des mandats implicites. C'est par exemple le cas de la COFACE à qui le code des assurances donne la mission de garantir pour le compte de l'État les activités commerciales des exportateurs⁴³¹.

En tout état de cause, la spécificité des mandats légaux est qu'on ne peut leur retirer cette qualification de mandat quand bien même ils ne rempliraient aucun des critères du mandat au sens du Code civil. Cette constatation oblige à une certaine circonspection dans l'application de toutes les conséquences des mandats aux mandats légaux, même si, bien souvent, ils mettent en place des phénomènes de représentation proches de ceux du droit privé ou, en tout état de cause, plus proches de la représentation que ce que l'on peut trouver dans le cadre des « mandats administratifs » les plus caractéristiques.

467. L'analyse de la notion de mandat montre que ce qui en fait la disparité, c'est la façon dont on entend la notion de représentation qui est au cœur de ce type de contrats. C'est ainsi que l'on peut faire une gradation selon le degré de transparence du mandataire, cette « échelle » partant du mandat strict au sens du code civil, pour ensuite arriver à des visions plus larges en droit privé (comme celle de commission du code de

⁴²⁸ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 *Loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*, J.O. 13 juillet 1985

⁴²⁹ Ces organismes aménageurs, qui peuvent être des sociétés d'économie mixte, des établissements publics ou certains organismes d'HLM se voient décrits aux articles L. 321-1 à L. 325-4 du Code de l'urbanisme.

⁴³⁰ L'article 3 al. 1^{er} emploie les termes de « mandataire » et d'exercice d'attributions « en son nom et pour son compte ». Les deux textes auxquels il est ici fait référence sont d'ailleurs liés puisque l'article 1^{er} de la loi MOP vise expressément l'article L. 321-1 du code de l'urbanisme.

⁴³¹ La *Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur* voit ses missions précisées aux articles L. 432-1 à 4 du Code des assurances.

commerce que certains assimilent aux mandats). Après ces deux mandats que l'on retrouve aussi bien en droit privé qu'en droit public, d'autres mandats réservés au droit administratif sont encore moins transparents : c'est le cas des mandats concernant la construction de travaux routiers et plus encore ceux tels qu'on peut en voir dans les suites des jurisprudences *SERM* et *Commune d'Agde*.

Si ces dernières catégories de mandat propres au droit public ont toutes un lien indéniable avec les travaux publics, il faut pourtant se garder d'une analyse trop rapide qui tirerait de cela la conséquence inexacte que la définition qu'il faut retenir du mandat dans le cadre de la commande publique est la définition la plus large. Ces « mandats administratifs », très éloignés du droit privé, ont en effet pour objectif la seule dévolution au juge administratif de litiges qui, *a priori*, devraient relever de la compétence judiciaire parce que passés entre deux personnes privées. Si cette modification a des conséquences de fond – l'application du régime des contrats administratifs – on peut sans hésitation dire qu'en devenant « mandat administratif », le mandat passe d'une « technique contractuelle » à une « technique contentieuse » de l'administration.

La soumission des litiges à un contentieux et à un régime d'exécution administratifs ne se confondant pas avec la soumission à un régime de passation de ces contrats, régime dépendant non pas de la qualification de contrat administratif mais de celle de « contrat de la commande publique », la notion de mandat peut être différente selon le moment de vie du contrat en question. C'est cette deuxième notion qu'il nous faut maintenant préciser.

B) Le mandat spécifique de la commande publique, un retour aux sources

468. Le fait, pour une personne soumise à des procédures de passation, de passer un contrat consistant à transférer à une autre personne – le plus souvent privée – le droit de conclure un « marché public » en son nom et pour son compte correspond à une situation de mandat. Le « mandat de la commande publique » est en réalité à un mandat différent du mandat administratif, il se définit par application de critères bien plus stricts. L'évolution des marchés publics, qui commence à envisager la matière de la commande publique comme une globalité, conduit en effet à qualifier le contrat qu'est le « mandat administratif » lui-même de marché public – ou de convention de délégation de service public – le soumettant ce faisant à des procédures de passation (1). Dans cette perspective d'extension du droit des marchés, le mandat légal le plus connu et qui a été spécialement conçu pour s'appliquer aux marchés publics de travaux, à savoir le mandat de la loi MOP, s'en trouve fortement ébranlé ; au point que l'on pouvait dire qu'il était, jusqu'à une ordonnance de 2004, incompatible avec le droit communautaire (2).

1) L'impossible recours à la théorie du mandat administratif dans le cadre de la commande publique

a) L'annulation de l'article 7-3° du Code des marchés publics de 2001

469. Le mandat a, pour la première fois, reçu un statut réellement particulier en droit des marchés publics à l'occasion de la rédaction du code de 2001. L'article 7-3° de ce texte en faisait, en effet, une exception à l'application des mesures de publicité et de mise en concurrence. Les fondements de cette règle, bien que non exprimés, étaient doubles : d'une part l'idée qui prévalait était que *l'intuitus personae* devait primer sur les considérations de transparence du choix. D'autre part, accessoirement, l'idée que le mandataire devait lui-même passer ses contrats après une mise en concurrence conduisait à estimer qu'il n'était pas nécessaire que le contrat qui lui donnait la charge du mandat fût passé après une mise en concurrence. Pourtant, cette disposition a été annulée par le Conseil d'État dans un arrêt *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres* du 5 mars 2003⁴³².

Cet arrêt, loin d'être une condamnation générale et absolue du mandat comme exception à l'application du Code des marchés publics fixe en réalité les limites de cette exception. Le Conseil d'État, bien que se référant aux dispositions et aux objectifs de la directive communautaire 92/50 sur les services, participe par cet arrêt à la création de la notion de « mandat de la commande publique » dont nous essayons ici de déterminer la substance. Cependant, il ne détermine que partiellement à notre avis les contours de cette notion. Pour reprendre les motifs de cet arrêt, on voit qu'il met en place un raisonnement général mais qu'il ne dépasse pas les faits de l'affaire dans les conséquences de ce raisonnement, ce qui l'oblige à une solution inutilement limitée à un double titre.

Le raisonnement général de la Haute juridiction consiste à laisser entendre que le contrat de mandat, lorsqu'il est conclu « à titre onéreux » et qu'il contient, en plus du mandat « la réalisation de prestations d'autres services » s'assimile lui-même à un marché de services au sens du droit communautaire. Si l'on décompose le raisonnement du Conseil, cela signifie que faire du mandat (au sens mandat administratif, c'est-à-dire au sens le plus large possible) une exception à l'application de la directive sur les services est une mauvaise transposition de celle-ci dans la mesure où le mandat administratif est alors, en lui-même, un marché soumis aux procédures de passation.

⁴³² CE Ass. 5 mars 2003 *Union nationale des services publics industriels et commerciaux (UNSPIC) et autres*, req. n° 233372, *Contrats et Marchés publics*, 2003, chro. n° 4, concl. D. PIVETEAU, comm. n° 69 note Ph. DELELIS ; *AJDA* 2003, p. 722, chr. F. DONNAT et D. CASAS ; *Droit administratif*, Mai 2003, comm. n° 107 p. 26 A. MÉNÉMÉNIS ; *JCP A*, 2003, p. 424, note F. LINDTICH ; *BJCP* n° 28/2003, p. 209 concl. D. PIVETEAU ; *RDI* 2003, n° 3 p. 269 : « Sur les conclusions dirigées contre le 7° de l'article 3 du code des marchés publics : Considérant que la directive n° 92/50/CEE susvisée soumet la passation des marchés publics de services à des règles de transparence et de mise en concurrence ; que si le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie soutient que les **contrats de mandat** qui ont pour **objet exclusif de confier au mandataire mission de représenter une personne publique mandante** n'entrent pas dans le champ d'application des annexes I A et I B de cette directive, le 7° de l'article 3 ne pouvait, sans méconnaître les objectifs de cette dernière, **soustraire de façon générale et absolue tous les contrats de mandat** à l'application des dispositions du code des marchés publics prises pour assurer la transposition des dispositions de cette directive, *y compris ceux qui, conclus à titre onéreux, sont passés en vue de la réalisation de prestations d'autres services* »

Ce raisonnement qui nous convainc parfaitement dans les limites qu'il contient nous paraît pourtant par trop circonscrit dans sa portée. Pourquoi en effet limiter les mandats à la qualification de marché de services alors qu'il est envisageable, selon nous, de considérer qu'ils sont parfois des concessions de travaux et service public.

b) Le mandat de la commande publique, un mandat au sens strict

470. Si, aujourd'hui, le mandat n'est plus une exception à l'application des règles du Code des marchés publics, l'utilisation de ce contrat, en pratique⁴³³, conduit naturellement à lui laisser un statut particulier. Dans le sens très strict que nous allons détailler, il doit rester une exception à l'application des règles de mise en concurrence, et ce non seulement dans le cadre des marchés publics au sens du Code, mais pourquoi pas aussi au sens des lois du 3 janvier 1991 et 11 décembre 1992, voire des délégations de services publics.

Pour ce qui est de la définition de ces « *mandats de la commande publique* », on peut penser que si l'on exclut la possibilité de les voir correspondre à des marchés ou à des délégations, on peut penser qu'ils se rapprochent alors des mandats du Code civil. Pour confirmer cette démarche, il est nécessaire d'analyser la pertinence, dans notre matière, des critères posés par les articles 1984 et 1986 du Code civil.

471. Le premier critère est que le mandat doit être un contrat. Rien ne s'oppose à ce qu'un contrat soit passé par une personne publique sans procédure de passation tant qu'elle ne rentre pas dans le champ d'application des réglementations de commande publique. Le seul point qui pourrait en faire douter est la gratuité du contrat que requiert le code civil dans son article 1986. En effet, si l'un des cocontractants n'apporte rien en échange de ce qu'il reçoit, le caractère contractuel de l'acte peut apparaître fictif, même si, rappelons le, la contradiction vient des dispositions du code civil⁴³⁴. En réalité, si le mandat gratuit est bien un contrat, c'est que les deux parties ont donné leur accord à sa signature, quand bien même leurs obligations respectives seraient déséquilibrées. En droit des marchés publics, la gratuité est aussi un élément important pour éviter une qualification de marché public ; l'arrêt *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres* met d'ailleurs en avant le caractère onéreux du contrat pour sa qualification de marché public. Un marché public qui serait à titre gratuit ne saurait être un marché public. À ce titre, on note une différence entre les mandats de la commande publique et les mandats du code civil : si dans les seconds la gratuité n'est qu'une règle permettant de pallier l'absence de stipulation relative à la rémunération, dans les premiers, il est une condition suffisante pour que le contrat ne soit pas un marché public, même s'il n'est pas une conditions nécessaire. Sur ce point, le mandat de la commande publique apparaît légèrement plus strict que le mandat du code civil.

⁴³³ On peut notamment à ce sujet penser aux nombreux mandats dont bénéficient les Sociétés d'économie mixte

⁴³⁴ Rappelons toutefois que la gratuité est simplement le principe en l'absence de stipulation à propos d'une éventuelle contrepartie pécuniaire dans le contrat de mandat, mais qu'il peut y avoir rémunération du mandataire sans illégalité du contrat.

472. Le second critère est que le mandataire doit faire quelque chose. Sur ce point, la contradiction entre le mandat de la commande publique et les « mandats administratifs » notamment est flagrante. Cette question recoupe par ailleurs une controverse doctrinale au sein du droit civil entre ceux qui estiment que le mandataire ne doit effectuer que des actes juridiques, et les autres qui acceptent qu'il ait un rôle plus important⁴³⁵. Or c'est justement ce critère de l'activité qui peut faire rentrer le « mandat » dans la catégorie des contrats d'entreprise⁴³⁶, donc des marchés en droit public⁴³⁷. Si l'on se place dans le cadre de l'arrêt du Conseil d'État *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres* du 5 mars 2003⁴³⁸, le mandat est sanctionné justement quand il a pour objet « la réalisation de prestation d'autres services », sous-entendu d'autres services que la simple représentation à l'occasion d'un acte juridique.

Selon cette limite, tous les mandats implicites qualifiés de « mandats administratifs » sont, pour le droit de la commande publique, soit des marchés publics, soit des délégations de service public. L'arrêt va dans ce sens en faisant référence aux dispositions communautaires sur les marchés de services. Il insiste ainsi selon nous sur le fait que transférer l'ensemble de la procédure de passation oblige le « mandataire » a bien plus d'interventions que la simple représentation. En organisant les procédures, en négociant éventuellement avec les cocontractants, en mettant en place les publicités et, surtout, en prenant *in fine* la décision, le mandataire a plus une activité de prestataire de service qu'une activité de représentant⁴³⁹.

473. C'est sur ce point que l'on peut étendre la portée de cet arrêt. On peut en effet *mutatis mutandis* transposer ce raisonnement pour constater que certains contrats aujourd'hui qualifiés de « mandats » en droit administratif sont des marchés de travaux ou des délégations de service public. On peut ainsi estimer que les « mandats administratifs » sont tous soumis aux contraintes de la commande publique. Le point commun qu'ils ont est en effet de tous avoir un lien avec les travaux publics. Ce lien, dont on a dit qu'il permettait de soumettre les contrats entre le mandataire et les entreprises à la compétence administrative, permet aussi, parce que les travaux publics sont avant tout des travaux, de les soumettre aux directives communautaires 93/37 et 2004/18 sur les travaux. Si l'on se réfère aux contrats qualifiés de « mandats administratifs » qui ont pour objet la

⁴³⁵ Certains auteurs civilistes notent d'ailleurs la proximité entre les mandats qui comprennent des services importants en plus de la représentation pure et simple et les contrats d'entreprise.

⁴³⁶ Pour un développement sur les analogies entre le mandat – quand il n'est pas défini de la façon la plus stricte – et le contrat de louage d'ouvrage en droit privé, cf. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, in *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 2002, 2^e ed. n° 31124

⁴³⁷ Sur ce point, cf. 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* 1981 n° 139, et nos développements, 1^{ère} partie, titre 1^{er}.

⁴³⁸ *Précité*.

⁴³⁹ On peut en revanche estimer que l'impression par le mandataire du document qu'il doit signer avec une entreprise tierce au nom et pour le compte du mandant n'est pas une activité tellement importante qu'elle doive constituer une prestation de service dont le « mandat » serait une mesure d'exécution. Il est probable que les juges qui auraient à se prononcer à ce sujet estimeraient la proportion de « mandat » par rapport à la « prestation de service » au cas par cas dans le contrat.

construction, dans les conditions de la jurisprudence *Entreprise Peyrot*, d'une autoroute, on constate que le contrat est administratif, mais aussi qu'il est, au sens du droit communautaire, une « concession de travaux ». Le « mandat » implicite étant inclus dans la concession⁴⁴⁰, cette dernière prévaut et c'est bien le caractère de « contrat de la commande publique » qui impose à cette concession d'être passée après publicité ; quand bien même elle serait qualifiée de mandat.

474. La distinction que nous faisons entre le « *mandat de la commande publique* » et les autres mandats (au premier rang desquels le mandat administratif, mais aussi d'autres formes plus souples de mandats privés) permet de comprendre une des questions qui se posaient lors de l'entrée en vigueur de la loi Sapin en 1993⁴⁴¹. Il s'agissait de savoir si l'on pouvait déclarer l'incompatibilité entre les mandats et les délégations de service public, alors que cette déclaration aurait pour conséquence d'exclure des délégations de service public la gérance et la régie intéressée qui sont considérées comme deux formes de mandat⁴⁴². Pour nous, lorsqu'il s'agit d'un « *mandat de la commande publique* », il ne saurait y avoir de service public délégué et par conséquent d'incompatibilité entre mandat et délégation de service public. Ce qui conduit les gérances ou les régies intéressées à se voir, parfois, refuser la qualification de délégations de service public, c'est que la rémunération peut ne pas être fonction des résultats de l'exploitation⁴⁴³. Elles sont alors dans ce cas des marchés publics de services ou de travaux. Pourtant, dans aucun des cas elles ne peuvent être des mandats « de la commande publique » dans la mesure où leur fonction est bien trop importante et contient bien plus de services que la seule représentation, ne serait-ce que la gestion du service dont elles ont la charge. En revanche, si l'on se place dans le cadre d'un « mandat administratif », alors effectivement, on peut considérer que ces contrats sont assimilés à des mandats pour conclure à la compétence de la juridiction administrative ; mais il ne saurait y avoir alors d'incompatibilité entre les « mandats administratifs » et la qualification de délégation de service public⁴⁴⁴.

On voit assurément une différence entre le cas de l'arrêt du 5 mars 2003 et celui des « mandats administratifs », mais ils vont tous deux dans le sens d'une approche très stricte du mandat. Dans le cas de l'arrêt, le contrat qui pourrait n'être qu'un mandat est en réalité un marché de services en ce qu'il oblige le « mandataire » à être aussi prestataire de services ; dans le second, le mandat étant un « greffon » sur le contrat original, il apparaît plus normal que le régime de passation du premier contrat s'applique.

⁴⁴⁰ Les concessions d'autoroutes sont, en droit interne, des concessions de services et travaux publics, mais en droit communautaire des concessions définies à l'article 1, d) de la directive 93/37 comme des marchés publics de travaux « à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix ».

⁴⁴¹ Voir notamment J.-B. AUBY et Ch. MAUGÜÉ, « Les contrats de délégation de service public », *JCP (G)* 2 mars 1994, doctrine n°3743 p. 115-124, spé. p. 118 n° 32 à 34. *Idem in* Ch. MAUGÜÉ et Ph. TERNEYRE, « Les délégations de service public en questions », *CJEG* avril 1997 p. 131 à 146, spé. p. 133

⁴⁴² *ibid*, n° 33 et J.-Cl. DOUENCE, « La dévolution contractuelle du service public local », par Francis-Paul BENOÎT, *in* Collectivités Locales, *Dalloz* n° 6150-1 et s.

⁴⁴³ *Cf. supra*

⁴⁴⁴ Au contraire, rappelons que les concessions de services et travaux publics sont qualifiées en droit interne de délégations de service public et soumises à la loi Sapin.

Pourtant, le phénomène est le même dans la mesure où le droit de la commande publique ne reconnaît pas ici un « mandat » qui conduirait à l'application d'un régime dérogatoire de passation.

475. La question de ces missions, de ce « quelque chose » que doit faire le mandataire est par ailleurs liée à un autre critère du mandat au sens du Code civil : le fait que les missions du mandataire doivent être effectuées « au nom et pour le compte » du mandant. Sur ce point encore, le mandat administratif ne correspond en aucun cas à un mandat tel qu'il pourrait être une exception au sens du droit de la commande publique, il se rapproche en revanche du mandat du code civil. Ainsi, si les missions du mandataire n'étaient pas effectuées « au nom » et accessoirement « pour le compte de » son mandant, le mandataire n'aurait pas à appliquer les obligations de mise en concurrence et de publicité de son mandant. Or, si tel était le cas, l'utilisation d'un mandataire par une personne publique aurait pour effet (voir pour fonction), de détourner les règles de passation. Ce détournement constituerait une illégalité patente⁴⁴⁵, sinon en droit interne où cela a pu être accepté, au moins en droit communautaire⁴⁴⁶. Or c'est précisément à propos de ces deux conditions que le « mandat administratif » ne saurait être qualifié de mandat dans le cadre des contrats de la commande publique, c'est-à-dire qu'il ne saurait permettre une exception aux procédures de passation.

En effet, comme le démontre le professeur Marguerite CANEDO dans sa thèse, la différence entre le mandat administratif et le mandat du code civil n'est pas dans un « déficit » de représentation du mandant par le mandataire en droit administratif mais au contraire par une « sur-représentation ». Cette sur-représentation se caractérise par une mission bien plus large du « mandataire » que la simple représentation puisqu'elle va jusqu'à la délégation de la maîtrise d'ouvrage. Cette délégation conduit le titulaire du mandat – le concessionnaire – à être le seul bénéficiaire des contrats qu'il passe avec les entreprises tierces au contrat de mandat. Cette délégation a non seulement pour effet que le contrat est passé « en son nom », mais en plus qu'il l'est, au moins temporairement, « pour son compte ». En effet, tant que la concession n'est pas arrivée à son terme, les ouvrages sont réalisés – au moins pour les biens propres et les biens de reprise – pour le compte du concessionnaire.

Le « mandat de la commande publique » est donc un mandat particulier, dont la définition est très proche de celle du mandat du code civil. À l'inverse, le mandat administratif ne saurait constituer une exception à l'application des procédures de passation. D'ailleurs, les deux justifications traditionnelles de la non-application de ces

⁴⁴⁵ Cette solution a été confirmée par le Conseil d'État à la suite de deux arrêts CE 28 juillet 1995 *Préfet de la Région Ile-de-France c/ Sté Jeanne d'Arc*, rec. p. 321 ; RDP 1996 p. 569, concl. S. FRATACCI ; RDI 1995 p. 742 obs. F. LLORENS et Ph. TERNEYRE ; *Dalloz* 1996 Somm. p. 319, obs. Ph. TERNEYRE ; JCP 1996 n° 22577, note V. HAÏM ; et CE 22 janvier 1997 *SA Bivater*, rec. p. 24 ; *Dalloz* 1998 Somm. p. 225 obs. Ph. TERNEYRE ; RFDA 1997 p. 421, *Marchés publics*, n° 1/98 p. 16

⁴⁴⁶ On peut penser aux très nombreux mandats donnés par les collectivités locales aux sociétés d'économie mixte qui n'avaient pour but que de faire passer le marché selon les procédures imposées aux SEML afin d'éviter celles imposées aux collectivités elles-mêmes. De nombreuses SEML ont d'ailleurs été créées au seul dessein de simplifier la passation de ces marchés.