

DROIT ADMINISTRATIF (2)

Séance 6 - La notion de contrat administratif

I. Les différentes catégories de contrats administratifs.....	4
A) Les marchés publics.....	5
1) Les marchés.....	5
2) Les marchés de partenariat.....	6
B) Les contrats de concession de travaux ou de services.....	7
1) Le contrat de concession de travaux.....	8
2) Le contrat de concession de services.....	8
C) Les contrats entre personnes publiques.....	10
II. La qualification de contrat administratif.....	11
A) Les contrats administratifs par détermination de la loi.....	11
B) Les contrats administratifs par application des critères jurisprudentiels	12
1) <i>Le critère jurisprudentiel matériel : L'intérêt général.....</i>	<i>12</i>
a) La présence d'une ou plusieurs clauses exorbitantes de droit commun dans le contrat.....	14
b) Le contrat administratif en raison de son objet : l'exécution même du service public.....	16
c) Le contrat administratif en raison de son contexte : l'application d'un régime exorbitant de droit commun.....	17
2) <i>Le critère jurisprudentiel organique : la présence d'au moins une personne publique au contrat.....</i>	<i>17</i>
a) Contrat conclu entre deux personnes publiques.....	18
b) Le mandat explicite.....	18
c) Le mandat implicite.....	19

d) La présence au contrat d'une personne privée transparente 19

Le droit commun des contrats est marqué par la liberté contractuelle. Or, en droit administratif, la liberté contractuelle des cocontractants est limitée par de nombreuses règles. Cela s'explique notamment par le rapport déséquilibré existant entre la personne publique et le cocontractant. Ce déséquilibre est toujours en faveur de l'action administrative, car son action est guidée par des objectifs d'intérêt général.

Ainsi, le principe de liberté contractuelle des personnes publiques, principe général du droit à valeur infra législative et supra décrétole, ne peut être restreint que par la loi, (**CE, 1998, Société Borg Wagner**), à condition toutefois de ne pas porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Le contrat administratif est, tout comme l'acte administratif unilatéral, un procédé classique d'intervention des personnes publiques. Le contrat est donc un autre procédé d'intervention des personnes publiques devenu extrêmement courant.

Le contrat administratif se distingue de l'acte administratif unilatéral en ce qu'il appelle à la négociation alors que l'AAU s'impose unilatéralement à l'administré, sans lui laisser le choix.

Toutefois, le principe de liberté contractuelle est limité sur de nombreux points.

En ce sens, il existe des **cas où l'Administration a l'interdiction de recourir aux contrats**. Dans certains domaines, les textes lui imposent d'agir par la voie de l'AAU :

- En matière de police administrative générale comme spéciale (**CE, 1932, Commune de Castelnaudary**)
- En matière d'organisation du service public (conclusions de Denoix de Saint Marc sous **CE, 1978, Syndicat national de l'enseignement technique agricole**)
- S'agissant de la situation légale et réglementaire des fonctionnaires
- Ou encore en matière d'exercice du pouvoir réglementaire qui nécessite la mise en œuvre de PPP.

Par ailleurs, l'Administration passe une multitude de contrats pour acheter des biens, des fournitures, des services, pour concevoir des projets d'aménagement, créer de nouveaux établissements publics, déléguer la gestion de ses SP, etc. Il est donc nécessaire de distinguer parmi l'ensemble des contrats passés par l'Administration ceux qui doivent être qualifiés de contrats administratifs et qui obéissent dès lors à un **régime juridique spécial exorbitant du droit commun**. L'ensemble des contrats publics passés par les personnes publiques pour exercer leurs compétences et leurs missions sont regroupés sous le terme générique de « **contrats de la commande publique** ». En outre, le droit des contrats administratifs a fait l'objet d'une récente

ordonnance du 26 novembre 2018, qui a créé le Code de la commande publique, entré en vigueur le **1^{er} avril 2019**.

Après avoir défini les catégories principales des contrats administratifs (I), il conviendra de définir les critères d'identification des contrats administratifs (II).

I. Les différentes catégories de contrats administratifs

L'existence de différentes catégories de contrats administratifs découle directement de la diversité des activités des personnes publiques, qui peuvent être amenées à contracter dans de nombreuses situations :

- L'Administration fournit elle-même des prestations aux usagers, avec lesquels elle conclut des contrats (distribution d'eau, de gaz, d'électricité notamment).
- Elle gère ses propriétés en autorisant par exemple l'occupation du domaine public ou en louant/vendant des biens (meubles ou immeubles) de son domaine privé.
- Les personnes publiques peuvent également contracter pour que des particuliers leur fournissent diverses prestations : contrat de recrutement d'agents publics, les marchés publics, les contrats d'emprunt
- L'Administration, seule compétente pour organiser les services publics, peut décider d'en confier la gestion ou l'exécution à d'autres personnes.
- Les personnes publiques s'accordent parfois entre elles pour exercer en commun certaines de leurs missions.

Dès lors, pour ce qui nous intéresse à ce stade, il faut distinguer les marchés publics comprenant les marchés et les marchés de partenariat (A), les contrats de concession de travaux ou de services (B) et les contrats conclus entre personnes publiques, souhaitant exercer en commun certaines activités (C).

A) Les marchés publics

Il faut distinguer le marché « classique » (1) et le marché de partenariat (2).

1) Les marchés

Un marché est un contrat conclu à titre onéreux entre un acheteur public et un ou plusieurs fournisseurs, auxquels il fait appel, pour qu'ils assurent diverses prestations. Il apparaît ainsi comme un contrat synallagmatique classique.

L'objet du contrat peut être de trois ordres :

- Travaux publics : réalisation de travaux ;
- Fournitures : l'Administration achète/loue un produit ou du matériel ;
- Services : l'Administration demande la réalisation d'une prestation comme le nettoyage des salles de classes d'une école par exemple.



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

Caractéristiques :

- La personne publique prend l'initiative de faire appel à un opérateur économique pour se procurer les moyens nécessaires à l'exercice de ses missions
- La personne publique paye le prix de la prestation fournie et achevée directement à l'opérateur économique.
- Les marchés doivent être écrits

- Les marchés obéissent à certains principes : l'égalité d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures.

2) Les marchés de partenariat

Les personnes publiques ont recours aux marchés de partenariat dans le cadre d'opérations complexes ou pour lesquelles le marché de partenariat s'avère plus adapté que les autres contrats administratifs, notamment d'un point de vue financier.

L'**article L. 1112-1 du Code de la commande publique** (CCP) le définit comme suit :

« Un marché de partenariat est un marché public qui a pour objet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.

Cette mission globale peut en outre comprendre :

- 1° *Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;*
- 2° *L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;*
- 3° *La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. ».*

Caractéristiques :

- Il permet de confier une mission globale, à un ou plusieurs opérateurs économiques, qui comprend plusieurs aspects complexes : études techniques et financières, constructions, transformations, exploitations d'ouvrages ou d'équipements, gestion d'un service public, etc.
- Au lieu de payer intégralement le prix de l'ouvrage au tiers partenaire lors de son achèvement, la personne publique va verser à ce partenaire une rémunération tout au long de la réalisation de l'opération. Cela pourrait être assimilé à un préfinancement de l'ouvrage. Le plus souvent, l'Administration

confié au partenaire, en plus de la réalisation de l'ouvrage, l'exploitation de celui-ci, voire la gestion du service public auquel il est affecté. Dans cette hypothèse, la rémunération versée par la personne publique au partenaire reste accessoire, le partenaire se rémunérant substantiellement grâce aux résultats de l'exploitation de l'ouvrage et/ou du service.

- Les contrats de partenariat doivent également être écrits et sont soumis aux principes d'égalité de concurrence, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

B) Les contrats de concession de travaux ou de services



Définition : Article L1121-1 du CCP : « Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

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

Il existe deux types de contrats de concession : le contrat de concession de travaux (1) et le contrat de concession de services (2).

1) Le contrat de concession de travaux

Il a pour objet :

- Soit l'exécution seule, soit la conception et l'exécution de travaux ;
- Soit la réalisation seule, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un **ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante**.



À retenir : Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

L'Administration confie donc ici au délégataire le soin de construire à ses frais un ouvrage puis de l'exploiter, et ce, pendant une durée assez longue pour qu'il puisse récupérer le montant de ses investissements et faire des bénéfices grâce aux recettes perçues.

2) Le contrat de concession de services

Il est entouré des mêmes principes que les concessions de travaux.

Il a pour objet la gestion d'un service. Parallèlement à la gestion de ce service, le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

Parmi les contrats de concession de services, existe la délégation de service public mentionnée à l'**article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales** et qui est une concession de services ayant pour objet l'exploitation d'un service public et conclue par une collectivité territoriale, un établissement public local, un de leurs groupements, ou plusieurs de ces personnes morales.



Attention : Lorsqu'un contrat de concession porte à la fois sur des travaux et sur des services, il est qualifié de concession de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.

Caractéristiques :

- L'Administration confie à un particulier, une entreprise ou une autre personne publique le soin de **prendre en charge l'exécution d'un ouvrage et/ou d'un service public** (et non de fournir une simple prestation comme dans le cadre du marché).
- La **maîtrise d'ouvrage est transférée au délégataire qui agit à ses risques et périls** (dans le cadre du marché de travaux, c'est l'Administration qui conserve la maîtrise d'ouvrage et qui assume les risques de l'opération)
- L'Administration ne verse pas un prix au délégataire (contrairement au marché) qui se **rémunère par les résultats de l'exploitation de l'ouvrage et/ou du service** : ce sont les redevances perçues sur les usagers. Des subventions publiques peuvent être versées dans les domaines où la rentabilité est faible, mais la rémunération du délégataire doit toujours rester substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

À retenir : Les acheteurs, pour ce qui concerne les marchés publics, et les autorités concédantes, pour ce qui concerne les concessions de travaux ou de services, sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.

L'**article L. 1211-1 du CCP** liste les pouvoirs adjudicateurs :

« **1° Les personnes morales de droit public ;**

2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

- a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;**
- b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;**
- c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir**





adjudicateur ; »

À retenir : Les entités adjudicatrices sont :

Les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux (activités de mise à disposition, d'exploitation ou d'alimentation en gaz ou chaleur, en électricité ou en eau potable).

C) Les contrats entre personnes publiques

Ces contrats peuvent avoir différents objets.

Par exemple :

- Les personnes publiques peuvent conclure entre elles des marchés publics ou des concessions de service.
Les personnes publiques peuvent en effet candidater à de tels contrats dans le **respect des conditions d'égalité de concurrence avec les autres opérateurs**. En ce sens, dans un **avis de Conseil d'État de 2000, Jean-Louis Bernard Consultants** a jugé que le prix proposé par la personne publique candidate « doit correspondre à l'ensemble des prix réels et ne pas être minoré grâce aux ressources et moyens attribués au titre de la mission de service public ».
- Dans le cadre de partenariats, et dans un souci de coordination des différentes politiques publiques, les personnes publiques peuvent signer entre elles des contrats : contrats État-Région, contrat d'agglomération, contrat de ville pour le renouvellement urbain des quartiers sensibles, etc.
- Contrats entre l'État et les collectivités territoriales comme une convention de mise à disposition d'un agent de l'État auprès du département.
- Contrat entre collectivités territoriales pour organiser la gestion d'un bâtiment abritant un collège ou un lycée.

II. La qualification de contrat administratif

Parmi l'ensemble des contrats passés par l'Administration, il faut pouvoir distinguer les contrats privés, qui obéissent au droit privé des contrats, et les contrats administratifs, qui seuls bénéficient d'un régime exorbitant de droit commun, plus favorable à l'Administration.

En ce sens, certains contrats sont qualifiés d'administratifs directement par la loi (A), à défaut, il faut appliquer les critères jurisprudentiels (B).

A) Les contrats administratifs par détermination de la loi



Définition : Article L. 6 du code de la commande publique : « S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs, sous réserve de ceux mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie. Les contrats mentionnés dans ces livres, conclus par des personnes morales de droit public, peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses ».

Sont ainsi des contrats administratifs par détermination de la loi **les marchés et les marchés de partenariat**. Les concessions peuvent être qualifiées de contrats administratifs en fonction de leurs clauses : si elles comportent des clauses exorbitantes de droit commun ; ou de leur objet : comme la délégation de service public qui en confie l'exécution.

Il existe d'autres contrats administratifs par détermination de la loi :

- Les contrats portant occupation du domaine public passés par l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics (**L. 2333-1 CG3P**).
- Outre les marchés et concessions de travaux, tous les contrats portant sur la réalisation de travaux publics, dès lors que le critère organique est rempli (**loi du 28 pluviôse an VIII/TC, 2000, Sté Solycaf**).
- Les contrats de vente d'immeuble du domaine privé de l'État (**L. 3333-1 CG3P**)

B) Les contrats administratifs par application des critères jurisprudentiels

Le juge a dégagé deux conditions cumulatives qui doivent être remplies pour qu'un contrat puisse être qualifié de contrat administratif :

Le contrat doit se rattacher à l'intérêt général en raison de son objet, de son contenu ou de son contexte (**critère matériel**) (1) et au moins une personne publique doit être partie au contrat (**critère organique**) (2). **Les critères matériel et organique sont cumulatifs.**

1) Le critère jurisprudentiel matériel : L'intérêt général

Le contrat administratif se rattache à l'intérêt général :

- En raison de son contenu : par la présence de clause(s) exorbitante(s) de droit commun ;
- De son objet : par exemple un contrat qui confie l'exécution du service public ;
- Ou de son contexte : par l'application de règles dérogatoires de droit commun.

Initialement, le juge se fondait sur la finalité de l'opération : était administratif tout contrat qui avait pour but de confier à une personne l'exécution d'un service public.

C'est la portée de la jurisprudence **CE, 1910, Thérond** :

À l'occasion d'un contrat passé entre une ville et un particulier en vue de l'enlèvement des bêtes mortes, le Conseil d'État s'est référé au but de service public inhérent au contrat pour déterminer son caractère administratif. Le contrat avait pour objet de confier directement l'exécution du service public d'hygiène de la commune au cocontractant.

Puis, en **1912**, le juge va faire primer un autre critère pour déterminer la nature administrative d'un contrat : celui de la clause exorbitante de droit commun. Est donc administratif un contrat qui contient une ou plusieurs clauses exorbitantes de droit commun.

→ C'est la portée de la jurisprudence **CE, 1912, Société des granites porphyroïdes des Vosges** : dans cette affaire, la société des granits porphyroïdes des Vosges et la ville de Lille ont conclu un contrat pour la fourniture de pavés. Le Conseil d'État relève que le contrat en cause a été passé selon les règles et conditions propres aux contrats entre particuliers et constitue donc un contrat de droit privé. Et, c'est par la présence ou l'absence dans le contrat de clauses exorbitantes du droit commun, que le juge détermine le type de contrat en cause.

Puis, c'est le critère de la finalité du contrat, c'est-à-dire l'exécution d'un service public, qui va resurgir avec notamment deux jurisprudences :

- **CE, 1956, Époux Bertin** : Est administratif le contrat qui confie aux cocontractants de l'Administration **l'exécution même** du service public chargé d'assurer le rapatriement des réfugiés.
- **CE, 1956, Consorts Grimouard** : Est administratif le contrat par lequel l'Administration **exécute elle-même** la mission de service public dont elle est investie.

L'état du droit actuel est désormais résumé par l'arrêt du **TC, 1980, Société d'exploitation touristique de la Haute Maurienne** : le juge admet désormais le caractère administratif d'un contrat en raison de ses clauses exorbitantes, sans qu'il ne soit nécessaire de rechercher si le cocontractant participe ou non à l'exécution du service public.

Il faut donc regarder en priorité s'il existe ou non une clause exorbitante de droit commun (a), avant de vérifier si le contrat porte sur l'exécution d'un service public (b) ou obéit à des règles dérogatoires de droit commun (c).



À retenir : Les trois critères matériels sont alternatifs.

a) La présence d'une ou plusieurs clauses exorbitantes de droit commun dans le contrat

Une telle clause s'identifie du fait de son originalité par rapport au droit privé :

- Il peut s'agir d'une clause qui ne saurait figurer au sein d'un contrat de droit privé, car elle ne traduit la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique.



Exemple :

- Une clause qui prévoit une exonération fiscale du cocontractant (TC, 1962, *Consorts Cazautets*).
- Une clause qui prévoit un droit d'accès à demi-tarif pour les habitants d'une commune à des remontées mécaniques situées dans une commune voisine (TC, 1999, *Commune de Bourisp*).

- Il peut s'agir d'une clause inhabituelle en droit privé, car la clause fait transparaître le but d'intérêt général pour lequel le contrat a été signé.



Exemple :

- Une clause qui prévoit la mise à disposition d'une salle communale pour des manifestations publiques (TC, 1962, *Consorts Cazautets*)
- Une clause qui fixe les conditions d'exploitation d'une activité (TC, 1980, *Société d'exploitation touristiques de la Haute Maurienne* : détermination des horaires d'ouverture d'un restaurant en haut des pistes/TC, 2005, *Société hôtelière guyanaise* : imposition de plafonds pour le prix des chambres d'un hôtel).

- Il peut s'agir d'une clause qui traduit des rapports inégalitaires entre la puissance publique et la personne privée.



Exemple :

- Une clause permettant à l'Administration de contrôler les résultats financiers de son cocontractant (**CE, 1965, Société du Vélodrome du Parc des Princes/TC, 2010, Cne de Vallon-en-Sully** : l'obligation de communiquer une fois par an son bilan comptable à la personne publique).
- Une clause qui prévoit la possible résiliation unilatérale du contrat par l'administration en dehors de toute faute du cocontractant (**TC, 1999, UGAP**).



Attention : La notion de clause exorbitante a fait l'objet d'une évolution avec l'arrêt du **Tribunal des Conflits du 13 octobre 2014, Sté Axa France Iard**, qui redéfinit la notion de clause exorbitante en lui appliquant un critère finaliste, celui de satisfaire l'intérêt général. Selon cette jurisprudence une clause exorbitante du droit commun est celle qui, *« notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, que le contrat relève du régime exorbitant des contrats administratifs »*. L'intérêt général est au cœur de la notion de clause exorbitante, et donc de la notion de contrat administratif.

À la lecture de cet arrêt, une clause ne peut être désormais qualifiée d'exorbitante que si **deux conditions sont réunies** :

La clause doit satisfaire un intérêt général

ET

Soit conférer des PPP à la personne publique, soit imposer au cocontractant des obligations ou sujétions exorbitantes de droit commun.

b) Le contrat administratif en raison de son objet : l'exécution même du service public

Est administratif le contrat par lequel la personne publique confie au cocontractant l'exécution même d'un service public depuis la jurisprudence précitée **CE, 1956, Époux Bertin**. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat entre l'Administration et les époux Bertin par lequel ces derniers s'engageaient à assurer le rapatriement des réfugiés se trouvant sur le territoire français. Le juge a retenu que le contrat confiait aux époux **l'exécution même du service public**, conférant ainsi au contrat son caractère administratif.

Ce critère a pu poser des difficultés s'agissant des contrats de louage de services, autrement dit les contrats de recrutement :

Initialement, la qualification du contrat par lequel l'Administration recrutait un agent dans le cadre d'un SPA dépendait des fonctions exercées par celui-ci. Ainsi, une personne qui avait pour simple fonction le nettoyage des salles de classe ne participait pas à l'exécution même du service de l'éducation. Son contrat était donc de droit privé... Mais, le jour où cette même personne se vit également confier l'aide aux devoirs lors d'études dirigées, alors, elle s'est mise à participer à l'exécution du service éducatif et son contrat devint administratif (**TC, 1963, Dame Mazerand**).

Cette solution entraînait forcément des décisions différentes selon chaque cas d'espèce. Par conséquent, le Tribunal des Conflits est intervenu pour simplifier le droit. Désormais, depuis un arrêt du **TC de 1996, Berkani**, tous les contrats de travail passés par une personne publique gérant un SPA sont, en toutes hypothèses, des contrats de droit public.

Au-delà, sont également des contrats administratifs, ceux par lesquels l'administration remplit sa propre mission de service public dont elle a la charge (**CE, 1956, Consort Grimouard** : il s'agissait d'un contrat portant sur des travaux de reboisement nécessaires à l'exécution d'un service public).

Enfin, est automatiquement administratif le contrat relatif à l'organisation d'un service public.

c) Le contrat administratif en raison de son contexte : l'application d'un régime exorbitant de droit commun

Sont visés les contrats qui ne comportent pas de clause exorbitante et qui ne concourent pas à l'exécution même du service public, mais dont le contexte général de passation leur confère une réelle spécificité par rapport aux contrats de droit privé. En d'autres termes, il s'agit de contrats qui ne sont pas assimilables à des contrats privés en raison du **régime** exorbitant de droit commun auquel ils sont soumis du fait de l'application de dispositions textuelles spécifiques.

En ce sens, il faut citer l'arrêt du **Conseil d'État de 1973, Société d'exploitation de la rivière de Sant** : en l'espèce il s'agissait d'un contrat où EDF, alors établissement public, avait l'obligation légale d'acheter l'électricité auprès de centrales de production. EDF avait donc passé un contrat avec l'une de ces centrales électriques pour se fournir en électricité. En cas de litige, le contrat prévoyait la compétence du ministre de l'Énergie pour arbitrer la résolution du contentieux entre les parties. L'ensemble de ces spécificités, qui ne peuvent figurer au sein d'un contrat de droit privé, révèle l'application d'un **régime dérogatoire du droit commun** qui justifie que les contrats passés par une personne publique dans ce cadre soient qualifiés de contrats administratifs.



À retenir : Plus récemment, le **Tribunal des Conflits** a admis, dans un arrêt de **2014, Société AXA France IARD**, qu'un contrat puisse relever du régime exorbitant des contrats administratifs dans l'intérêt général.



Attention : Il ne suffit pas que l'un des trois critères matériels soit rempli, encore faut-il que le critère organique le soit aussi pour que le contrat soit qualifié d'administratif.

2) *Le critère jurisprudentiel organique : la présence d'au moins une personne publique au contrat*

Le principe est clair : un contrat ne peut être administratif que si l'une au moins des parties est une personne publique (**TC, 1969, Société Interlait**).

a) Contrat conclu entre deux personnes publiques

En principe, un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt un caractère administratif : il y a une **présomption d'administrativité** du contrat. Il existe une exception : lorsque, **eu égard à son objet, ce contrat ne fait naître que des rapports de droit privé entre les parties** (TC, 1983, UAP).



Exemple : Cas d'un contrat classique (aucune spécificité par rapport à un contrat de droit commun) de fourniture d'eau passé entre deux personnes publiques : **CE, 2004, Syndicat intercommunal de distribution d'eau du Nord**

Cas d'un contrat classique de prêt octroyé par une personne publique à une autre personne publique : **CE, 2000, Cne de Morestel**

Contrat conclu entre deux personnes privées : En principe, un contrat conclu entre deux personnes privées ne saurait être qualifié d'administratif (TC, 1972, SNCF c/Solon-Barrault).

Il existe aujourd'hui trois aménagements à ce principe : le mandat explicite, le mandat implicite et la présence d'une personne privée transparente.

b) Le mandat explicite

Une personne publique donne explicitement mandat à une personne privée pour la représenter dans l'accomplissement de tel ou tel acte juridique. Le mandataire agit au nom du mandat et les contrats passés par le mandataire le sont pour le compte du mandant (personne publique). Le juge considère dès lors que le critère organique est rempli. Cette solution est admise tant en matière de travaux publics (**CE, 1961, Leduc**) qu'en matière d'exécution des SP (**CE, 1947, Artaud**).

c) Le mandat implicite

L'ancienne solution issue de la jurisprudence **TC, 1963, Peyrot** a été étendue à d'autres activités (ex : voirie locale) par le biais de la théorie du mandat implicite.

En application de la théorie du mandat implicite, le juge considère que le critère organique est rempli lorsque, par l'application **d'un faisceau d'indices**, il apparaît que la personne privée a agi, **non pas pour son propre compte, mais pour celui de la personne publique elle-même.**

Il convient de citer en ce sens l'arrêt du **Conseil d'État de 1975, Société d'équipement de la région montpelliéraine** : en l'espèce une société avait passé un contrat portant sur la réalisation de travaux d'équipement avec différentes entreprises. Pour qualifier le contrat de contrat administratif, le juge a révélé un certain nombre d'indices :

- Le cahier des charges de l'opération avait été établi en réalité par la personne publique,
- La personne publique assurait également la direction de l'opération,
- La personne publique versait d'importantes subventions pour financer l'ouvrage,
- L'ouvrage, dès son achèvement, devait être remis à la personne publique,
- enfin, c'est la responsabilité de la personne publique qui se substituait à celle de la société pour toute action extérieure.

d) La présence au contrat d'une personne privée transparente

Sont ici visés les contrats passés par des personnes privées, essentiellement des associations, qui sont considérées comme transparentes car elles se trouvent dans une dépendance très étroite vis-à-vis de l'Administration (**CE, 2007, Commune d'Aix-en-Provence**). On considère finalement que la personne publique a énormément de contrôle sur l'exécution du contrat par son cocontractant, à tel point qu'il en devient transparent.

Dans une telle situation, le juge administratif a d'abord fait application de la théorie du mandat implicite précitée selon laquelle on considère que le cocontractant agit pour le compte de la personne publique (**TC, 1985, Laurent**).

Puis la jurisprudence a évolué et depuis la jurisprudence **CE, 2007, Commune de Boulogne Billancourt** le juge administratif considère qu'un contrat passé par une personne privée transparente doit être regardé comme étant passé par la personne publique elle-même, et non plus pour son compte.



À retenir : Un troisième aménagement a été abandonné récemment. Il concernait le cas des contrats passés par les sociétés d'économie mixte, sociétés privées, avec d'autres entreprises privées et portant sur des travaux autoroutiers. En effet, en 2015, le Tribunal des Conflits est revenu sur sa jurisprudence **Entreprise Peyrot**. Il faut comprendre que depuis 1955, les autoroutes sont normalement construites directement par l'État, mais il arrive parfois que leur construction soit concédée à des sociétés d'économie mixte, qui sont des sociétés qui relèvent du droit privé. Dans l'arrêt du **TC de 1963, Sté Entreprise Peyrot**, le juge avait admis qu'un contrat passé par une société d'économie mixte concernant la réalisation de travaux sur une autoroute pouvait être qualifié d'administratif dès lors que le critère organique était rempli. Le juge retenait que la construction des autoroutes appartenait par nature à l'État et était traditionnellement exécutée en régie directe. Il n'y avait dès lors pas lieu de distinguer entre les situations où la construction était assurée de manière « normale » par l'État et celles où elle était assurée à titre exceptionnel par un concessionnaire privé agissant alors pour le compte de l'État. Ainsi, ces deux configurations de contrats devaient être regardées comme des contrats administratifs.

Cette solution avait été étendue à l'ensemble des ouvrages d'art nationaux comme les ponts ou les tunnels (**CE, 1968, Commune de Chamonix**).



Attention : En 2015, le Tribunal des conflits est totalement revenu sur sa jurisprudence **Entreprise Peyrot**.

C'est l'objet de la jurisprudence résultant de l'arrêt **TC, 9 mars 2015, Rispal** : il considère désormais qu'une société concessionnaire qui conclut, avec une autre personne privée, un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou

l'entretien d'une autoroute ne peut, en l'absence de conditions particulières, être regardée comme ayant agi pour le compte de l'État.

Par suite, il s'agit d'un contrat de droit privé et les litiges nés de l'exécution de ce contrat ressortissent de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

Attention toutefois, car le tribunal des conflits a modulé pour la première fois son revirement de jurisprudence dans le temps en prévoyant qu'elle ne vaut que pour l'avenir. Il précise en ce sens que la nature juridique d'un contrat s'appréciant à la date à laquelle il a été conclu, les contrats qui ont été conclus antérieurement à la présente décision par une société concessionnaire d'autoroute sous le régime des contrats administratifs demeurent régis par le droit public et les litiges nés de leur exécution relèvent des juridictions de l'ordre administratif.