UNIVERSITÉ DE TOURS

ÉCOLE DOCTORALE « Sciences de la société : Territoires, Économie, Droit »

Institut de Recherche Juridique Interdisciplinaires François-Rabelais

THÈSE présentée par :

Joachim LEBIED

soutenue le : **10 janvier 2020**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Tours**

Discipline/ Spécialité : Droit public

L'EXIGENCE DE LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES EN DROIT PUBLIC

THÈSE dirigée par :

Mme ALBERT-MORETTI Nathalie	Professeure à l'Université de Tours
M. BRUNET François	Professeur à l'Université de Tours

RAPPORTEURS :

M. BRENET François	Professeur à l'Université de Poitiers
M. DUBREUIL Charles-André	Professeur à l'Université Clermont-Auvergne

---

JURY :

Mme ALBERT-MORETTI Nathalie	Professeure à l'Université de Tours
M. BOURDON Pierre	Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise
M. BRENET François	Professeur à l'Université de Poitiers
M. BRUNET François	Professeur à l'Université de Tours
M. DUBREUIL Charles-André	Professeur à l'Université Clermont-Auvergne
M. PELLISSIER Gilles	Maître des requêtes au Conseil d'État

À la mémoire de Rahma Lebied et de Colette Dautin.
إلـى روح رحـمة لـبـيـض و كــولـيـط دوتــان

À François Brunet.

REMERCIEMENTS

La thèse est un parcours éprouvant et solitaire : un véritable rite initiatique. Au moment où viendra le temps du jugement des présents travaux, je préfère repenser au chemin. Celui-ci était difficile, mais il m'a tellement enseigné. L'humilité, la constance, la rigueur, la persévérance et la patience sont les plus belles leçons apprises de mes Maîtres de thèse, le professeur Nathalie Albert et le professeur François Brunet. Pour toutes ces raisons évoquées et pour celles qui ne le seront pas, qu'ils reçoivent ici le témoignage de ma plus profonde affection, de mon respect et si j'ose le dire ainsi, de ma loyauté qui leur est éternellement acquise.

La pensée s'affine et le moral est sauf grâce aux rencontres et aux paroles échangées avec ceux qui font l'Université. Pour cela, j'adresse mes plus sincères remerciements à ceux qui, sans le savoir, ont été d'une aide précieuse.

À mes parents, mes frères et ma sœur, notre meute, sachez combien votre soutien inestimable, votre affection sans limite et votre humour sans pareil ont été pour moi le plus grand des réconforts.

Mes remerciements vont tout particulièrement à la famille que l'on se construit. À vous mes amis, Alexia, Antoine, Antonin, Benjamin, Claire et Marion. Je voudrais simplement vous dire merci. Merci pour ce que vous êtes et pour que ce que vous avez été pour moi. J'emmène avec moi pour toujours les moments que l'on a partagé, dans l'attente de ceux que nous partagerons.

À mes collègues et amis de la salle des doctorants, pour vos relectures attentives mais surtout pour nos rires échangés, nos moments partagés et nos fardeaux soulagés, un immense merci. Que Clémence Appert, Antonin Crinon, Élodie Delacoure, Émilie Delcher, François Fontaine, Sofian Goudjil et Marion Travers trouvent dans ces quelques mots la preuve de mon affection.

Enfin, à ma compagne Aude et à nos filles Léonie et Joséphine, qu'elles reçoivent ici le témoignage de tout mon amour. La thèse est un exercice solitaire, mais on le partage et certainement on le fait subir. J'imagine avoir compris le sens de la loyauté dans leurs regards. Sans elles je ne suis plus rien, et mon travail leur doit tout.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

ACCP	*Contrats publics – Actualité de la commande et des contrats publics*
act.	actualité
aff.	affaire
Agglo.	Agglomération
AJCT	Actualité juridique – Collectivités territoriales
AJDA	Actualité juridique – Droit administratif
AJFP	Actualité juridique – Droit de la fonction publique
Al.	Alinéa
Arch. Phil. du dr.	Archives de philosophie du droit
art.	article
Ass.	Assemblée
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Avis	Avis consultatifs ou contentieux
Bibl.	Bibliothèque
BJCL	Bulletin juridique des collectivités locales
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics
Bull.	Bulletin
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. com.	Bulletin des arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation
c./	contre
Cah. dr. entr.	Cahier de droit de l'entreprise
CAA	Cour administrative d'appel
CC	Conseil constitutionnel
Contr. Conc. Cons.	Revue Contrats – Concurrence – Consommation
CE	Conseil d'État
CCP	Code de la commande publique
CGCT	Code général des collectivités territoriales
chron.	Chronique
Civ.	Cour de cassation, chambre civile
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
CMP	Revue des contrats et marchés publics
coll.	Collection
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale, économique et financière
Comm.	Commission de l'Union européenne
comm.	commentaire
concl.	conclusions
Cne	Commune
cons.	considérant
D.	Recueil Dalloz
Dactyl.	Dactylographié
Dr. adm.	Droit administratif

Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. soc.	Droit social
DC	décision concernant la déclaration de conformité à la Constitution
dir.	sous la direction de
éd.	édition, édité par
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
fasc.	Fascicule
GACA	*Les Grands arrêts du contentieux administratifs*
GAJA	*Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
Ibid.	*Ibidem*
IRJS	Institut de recherche juridique de la Sorbonne
J.-Cl.	Jurisclasseur
JCP Adm.	La Semaine juridique, édition Administration et collectivités territoriales
JCP E.	La Semaine juridique, édition entreprises
JCP G.	La Semaine juridique, édition générale
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LGDJ	Librairie générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
MOP	Loi n°85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée
n°	numéro
obs.	observations
op. cit.	*opere citato*
Ord.	Ordonnance
p./pp.	page/pages
préc.	Précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDA	Revue du Droit d'Assas
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue du droit public et de la science juridique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil Lebon des arrêts du CE, des décisions du TC, des arrêts de CAA, des jugements de TA ; Recueil des décisions du CC ; Recueil des arrêts de la CJCE et du TPICE
Rép.	Répertoire
Req.	requête
RFDA	Revue française de droit administratif
RRJ	Revue de la recherche juridique, Droit prospectif
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey
s.	suivants

Sect.	Section
Sté	Société
Synd.	Syndicat
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
trad.	traduction de
TUE	Traité sur l'Union européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
v.	voir
vol.	volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Première Partie
LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES, INSTRUMENT DE STABILISATION DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Titre 1. L'identification complexe de l'exigence de loyauté des relations contractuelles

Chapitre 1. L'incertitude entourant la définition de la loyauté
Chapitre 2. L'Incertitude entourant le cloisonnement procédural de la loyauté des relations contractuelles

Titre 2. Les fonctions négatives de la loyauté des relations contractuelles

Chapitre 1. La loyauté des relations contractuelles, instrument de lutte contre la remise en cause des contrats administratifs
Chapitre 2. La loyauté des relations contractuelles, instrument de lutte contre l'inefficacité de l'action administrative

Seconde Partie
LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES, INSTRUMENT EXCESSIF DE STABILISATION DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Titre 1. La loyauté des relations contractuelles, instrument de relativisation du principe de légalité en contentieux des parties

Chapitre 1. La variabilité inquiétante de la loyauté des relations contractuelles dans son utilisation par le juge
Chapitre 2. La loyauté des relations contractuelles, instrument à l'origine d'un recul discutable de la légalité au stade de la formation du contrat administratif

Titre 2. L'indétermination du champ de la loyauté en droit des contrats administratifs

Chapitre 1. L'extension problématique de la loyauté aux relations précontractuelles
Chapitre 2. L'extension de la loyauté au cœur et au-delà de la relation contractuelle

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« *Quoi de plus simple que de mimer la loyauté, elle n'est jamais plus vraie que dans les bouches menteuses* ».
MAALOUF A., *Samarcande*.

1. En débutant une étude dont l'objet principal est la loyauté, la sensation de vertige et le « *sentiment de naviguer à vue* »[1] sont omniprésents tant la notion traverse de nombreuses sciences humaines, sinon toutes[2], au cœur desquelles les rapports entre individus sont un objet d'étude. Mais encore, la théologie dans la relation du croyant à Dieu est imprégnée elle aussi par la loyauté au même titre que les arts avec des références innombrables à la notion. On la retrouve même au frontispice des valeurs du temple du secret de l'État français. La Direction Générale de la Sécurité Extérieure oblige en effet ses agents au respect de quatre principes cardinaux : loyauté, exigence, discrétion et adaptabilité. De l'étude[3] des écrits de Cicéron[4] à *Samarcande* ; des relations du roi Saint Louis avec les Sarrasins à *Henri Duflot* (Jean-Pierre Darroussin) dans ses rapports complexes à son agent *Malotru* (Mathieu Kassovitz) ; de la science juridique au cinéma ; des Livres saints à la devise des services de renseignements français, la loyauté est omniprésente.

2. En droit, la loyauté transcende et irrigue toutes les branches de la science juridique. Que le champ d'étude porte aussi bien sur le contrat de droit privé[5] ou de droit public[1], le droit

---

[1] NIQUÈGE S., « Les figures de la loyauté en droit public. Propos introductifs », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, Mare & Martin, coll. « Droit public », 2017, p. 11.
[2] AYNÈS L., « L'obligation de loyauté », *Arch. phil. droit*, 2000, n°44, p. 204 : « À cet égard, le devoir de loyauté est indispensable à tous les rapports sociaux, à l'action même, parce qu'il contribue à dissiper l'incertitude de l'avenir ».
[3] VOLANSKY A., *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, th. Paris, 1929, L. Chauny et L. Quinsac, 1930, p. 160.
[4] CICÉRON M. T., *De officiis*, III, trad. Émile Bréhier, Pléiade, pp. 99-100 : Il s'agit de l'histoire de Marcus Atilius REGULUS qui, à la suite de sa défaite lors de son combat contre Carthage a été fait prisonnier et a respecté sa parole, la *fides*.
[5] V. notamment : PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. Dijon, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 208, 1989, 254 p. ; MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 603 ; FLÉCHEUX G., « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Le contrat au début du XXIe siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 341 ; MAINGUY D., « Loyauté et droit des contrats de droit privé », *in* F. Petit (dir.), *Droit et* loyauté, Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », 2015, p. 5.

processuel[2], le droit de la concurrence[3], le droit international[4], le droit de la propriété intellectuelle[5], le droit du travail[6], le droit de la fonction publique[7] ou encore le droit fiscal[8] : la loyauté est finalement partout.

Dans le discours juridique, les membres de la doctrine s'accordent tous à reprocher à la notion ou peut-être à ceux qui se risquent à l'examiner, « *qu'il est devenu difficile, sinon impossible, de rattacher ses différentes applications à une notion cohérente* »[9]. Ainsi éclatée et

---

[1] V. notamment : BRÉCHON-MOULÈNES CH., « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », in Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Dalloz, 2004, p. 439 ; MARGUERY L., « La "loyauté des relations contractuelles" en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », RFDA, 2012, p. 663 ; CHEVALLIER É., « La loyauté contractuelle : portée d'une notion novatrice en droit des contrats administratifs », JCP Adm., 2012, n°50, p. 29 ; LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie générale du contrat », in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, LGDJ, 2013, p. 365 ; SEILLER B., « La loyauté [hors] des relations contractuelles », in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, ibid., p. 435 ; SESTIER J.-F., « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? », in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, ibid., p. 451 ; LOMBARD F., « Loyauté et contrat administratif », in F. Petit (dir.), Droit et loyauté, op. cit., p. 29 ; MARTIN J., « La loyauté de l'administration dans les contrats administratifs », in S. Niquège (dir.), Les figures de la loyauté en droit public, op. cit., p. 275 ; HOURSON S., « L'exécution loyale du contrat administratif », in S. Ferrari et S. Hourson (dir.), La loyauté en droit public, Institut Universitaire Varenne, coll. « Colloques & Essais », 2018, p. 49 ; BOULOUIS N., « Confiance et loyauté des relations contractuelles dans le contentieux des contrats publics », in C. Teitgen-Colly et O. Renaudie (dir.), Confiance et droit public, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2019, p. 209.

[2] V. notamment : LEBORGNE A., « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.*, 1996, p. 535 ; BOURSIER M.-E., *Le principe de loyauté en droit processuel*, th. Paris II, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », vol. 23, 2003, 527 p. ; HOURBON H., *Loyauté et vérité. Étude de droit processuel*, th. dactyl. Reims, 2004, 1256 p. ; COURCENET S., *Les atteintes subies par les témoins et la loyauté processuelle*, th. dactyl. Strasbourg, 2006, 937 p. ; DAUMAS V., « Liberté et loyauté de la preuve devant le juge administratif », *RFDA*, 2014, p. 924.

[3] V. notamment : LASSERRE B., « La loyauté dans le domaine économique : le rôle des autorités administratives indépendantes », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, *op. cit.*, p. 391 ; FERRARI S., « Personnes publiques et loyauté de la concurrence », *in* S. Ferrari et S. Hourson (dir.), *La loyauté en droit public, op. cit.*, p. 91.

[4] LAROCHE J. (dir), *La loyauté dans les relations internationales*, L'Harmattan, coll. « Chaos International », rééd., 2011, 382 p.

[5] WATHELET J., *La loyauté en droit de la propriété intellectuelle*, PUAM, coll. « Droit des affaires », 2019, 684 p.

[6] AUZERO G., « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », in *Un droit en perpétuel mouvement. Mélanges offerts à Geneviève Pignarre*, LGDJ, 2018, p. 33.

[7] V. notamment : TAILLEFAIT A., « Réflexions sur la loyauté des relations contractuelles entre l'administration et son agent public », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, *op. cit.*, p. 285 ; ROUSSEL F., « La contractualisation des accords collectifs dans la fonction publique », *AJDA*, 2021, p. 1013.

[8] V. notamment : NOËL G., « La loyauté dans le couple administration fiscale-contribuable », in *Écrits de fiscalité des entreprises. Études à la mémoire du professeur Maurice Cozian*, Litec, 2009, p. 77 ; COLLET M., « La loyauté en matière fiscale », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, *op. cit.*, p. 325 ; GIRARD A.-L., « Le rescrit fiscal et la théorie de l'acte administratif unilatéral », *Dr. adm.*, n°5, 2017, étude 8 ; GIRARD A.-L., « Le rescrit », *RFDA*, 2018, p. 838.

[9] PETIT F., « Avant-propos », *in* F. Petit (dir.), *Droit et loyauté*, *op. cit.*, p. 1.

« *osmotique* »[1], la nature et le périmètre de la loyauté semblent dépendre de la discipline à laquelle elle est adossée. La loyauté est peut-être finalement nulle part.

3. La prudence impose alors de reconnaître qu'une étude dont l'objet est la loyauté risque de manquer singulièrement d'originalité. Le constat est identique lorsqu'il s'agit d'étudier les rapports qu'entretiennent la loyauté et le contrat, tant un tel sujet semble avoir déjà été traité. En revanche, à notre connaissance, aucune étude générale sur la loyauté en contentieux des contrats administratifs n'a été réalisée à ce jour. Si la notion a pu être abordée à l'occasion de certaines thèses[2], elle n'en constituait pourtant pas l'objet d'étude proprement dit. Si les rapports entre la loyauté et le contrat administratif ou plus précisément le contentieux des parties ont pu être évoqués dans les *Mélanges Franck Moderne*[3] et dans les *Mélanges Laurent Richer*[4], la place centrale qu'occupe « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* » depuis l'arrêt *Commune de Béziers*[5] – qui a fêté son dixième anniversaire – rend indispensable un examen approfondi de la notion, de son avènement et bien évidemment de ses conséquences et ses prolongements éventuels.

Le rapport complexe du contrat de manière générale, et du contrat administratif en particulier, avec son environnement est perceptible lorsque l'on se confronte à l'évolution des thèses de doctorat. Le choix des sujets témoigne sans aucun doute de l'état du contrat et/ou de son contentieux à un moment donné. Dès lors, l'examen de l'évolution des sujets est susceptible de nous montrer l'existence de tendances lourdes et de long terme.

---

[1] DIJON X., « La loyauté osmotique », in *La loyauté. Mélanges Cerexhe*, De Boeck et Larcier, Bruxelles, 1997, p. 127.

[2] V. notamment : HOEPFFNER H., *La modification du contrat administratif*, th. *op. cit.*, pp. 34-38 ; BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, th. Paris I, Dalloz, coll. « Nouvelles Bibliothèque de Thèses », vol. 131, 2014, pp. 711-729 ; GABAYET N., *L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et droit français*, th. Aix-Marseille, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 288, 2015, pp. 89-97 ; DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. dactyl. Pau, 2017, pp. 229-247 ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. Montpellier, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 310, 2019, pp. 60-80.

[3] BRÉCHON-MOULÈNES CH., « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », in Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, op. cit., p. 439.

[4] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie générale du contrat », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 365 ; SEILLER B., « La loyauté [hors] des relations contractuelles », *ibid.*, p. 435 ; SESTIER J.-F., « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? », *ibid.*, p. 451.

[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, n°304802 : *Rec.*, p. 509, concl. E. Glaser ; *GAJA*, n°118, p. 939 ; *GACA*, n°9, p. 194, obs. P. Cassia ; *BJCP*, 2010, n°69, p. 138, concl. E. Glaser et obs. Ch. Maugüé ; *AJDA*, 2010, p. 142, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *JCP Adm.*, 2010, comm. 8, note F. Linditch ; *RFDA*, 2010, p. 506, concl. E. Glaser et note D. Pouyaud ; *RJEP*, 2010, n°676, p. 19, note J. Gourdou et Ph. Terneyre ; *JCP G.*, 2010, act. 1, note L. Erstein ; *Gaz. Pal.*, 2010, n°6, p. 1, note F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *ACCP*, 2010, n°97.

[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

Ainsi, aux premières thèses relatives aux constructions d'un régime général du droit des contrats de l'administration[1], se sont succédées des thèses relatives à son évolution[2]. Imprégnés par l'influence de plus en plus prégnante du droit communautaire devenu droit de l'Union européenne, les auteurs se sont intéressés aux conséquences du passage d'un droit des contrats administratifs à un droit de la commande publique, sans que le sujet ne soit d'ailleurs épuisé[3]. Ensuite, est venu le temps des thèses de précision[4] proposant une analyse complète sur une technique contractuelle donnée. Enfin, les thèses les plus récentes sont placées sous le signe d'une « *reconstruction* »[5] de la discipline[6] pour de nouveau reprendre la marche de la précision[7]. Notre étude s'inscrit dans le mouvement de recomposition du contentieux des contrats administratifs et d'anticipation de prochaines évolutions.

---

[1] V. notamment : PÉQUIGNOT G., *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th. Perpignan, Imprimerie du Midi, 1944, 625 p. ; THIBAULT L., *Les effets de la nullité des contrats administratifs*, th. Paris, 1955, 192 p. ; LLORENS F., *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics. Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, th. Toulouse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 139, 1981, 705 p. ; POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, th. Paris II, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », th. *op. cit.*, 558 p. ; FOLLIOT L., *Pouvoirs des juges et distinction des contentieux en matière contractuelle*, th. Paris II, 1994, 724 p. ; VIVIANO M., *La théorie de la distinction des recours et le contentieux administratif contractuel*, th. *op. cit.*, 611 p.

[2] V. notamment : BRENET F., Recherches sur l'évolution du contrat administratif, th. Poitiers, 2002, 695 p. ; KALFLÈCHE G., L'évolution du droit des marchés publics. Des marchés publics à la commande publique, th. Paris II, 2004, 971 p.

[3] V. notamment : KALFLÈCHE G., L'évolution du droit des marchés publics. Des marchés publics à la commande publique, ibid. ; AMILHAT M., La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne, th. Toulouse, Bruylant, 2014, 680 p. ; HASQUENOPH I., Contrats publics et concurrence, th. Paris I, 2019.

[4] V. notamment : UBAUD-BERGERON M., *La mutabilité du contrat administratif*, th. *op. cit.*, 705 p. ; LOMBARD F., *La cause dans le contrat administratif*, th. Aix-Marseille, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », vol. 77, 2008, 484 p. ; HOEPFFNER H., *La modification du contrat administratif*, th. *op. cit.*, 579 p.

[5] LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. *op. cit.*, p. 2.

[6] V. notamment : HOFFMANN F., *La rupture du contrat administratif. Essai sur la pérennité des relations contractuelles en droit administratif*, th. Bordeaux IV, 2009, 551 p. ; LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. *op. cit*., 768 p. ; LANGELIER É., *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, th. Poitiers, LGDJ, coll. « Thèses », 2012, 894 p. ; BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, th. *op. cit*., 938 p. ; DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit*., 1066 p.

[7] V. notamment : OUM OUM J. F., *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, th. Toulouse 1, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 270, 2014, 591 p. ; TALLET-PREUD'HOMME L., *L'articulation des voies dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat*, th. Paris I, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2014, 531 p. ; GABAYET N., *L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et droit français*, th. *op. cit.*, 454 p. ; MRAD D., *Subjectivisation du contentieux et contrat administratif*, th. Paris-Saclay, 2018, 847 p. ; RICCARDI D., *Les sanctions contractuelles en droit administratif*, th. Paris XI, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », vol. 189, 2019, 502 p. ; SOURZAT L., *Le contrat administratif résilient*, th. Toulouse 1, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 308, 2019, 648 p. ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, 642 p. ; ALLIEZ Q., *L'après-contrat administratif*, th. Paris I, 2020.

4. Indispensable donc, l'examen n'en demeure pas moins complexe et impose de réfléchir aux rapports qu'entretiennent la loyauté comme « *exigence* » – puisque tel est le terme utilisé par le Conseil d'État dans sa décision *Commune de Béziers*[1] – et le contentieux des parties à un contrat administratif. Si nous devons nécessairement définir la loyauté, certaines précautions doivent être prises. Ainsi, « *il ne saurait être question de faire œuvre philosophique pour autant : notre perspective se veut essentiellement juridique* »[2]. Nous analyserons d'abord les rapports étroits qu'entretient la loyauté avec le contrat de droit privé et le contrat de droit public **(1)**, puis nous traiterons des relations entre la loyauté et le contentieux des parties à un contrat administratif **(2)**. Ensuite, nous aborderons la question centrale des rapports entre « *exigence de loyauté des relations contractuelles* »[3] et le principe de légalité **(3)** et du périmètre de la notion **(4)**. Enfin, nous terminerons par la présentation des hypothèses de la recherche, sa méthode et l'annonce du plan de l'étude **(5)**.

1) Les rapports étroits entre la loyauté et les contrats de droit privé et de droit administratif

5. Pour apprécier l'importance de « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[4] dans l'évolution récente du contentieux des parties à un contrat administratif, il nous faut étudier les rapports qu'entretiennent la loyauté et le contrat. L'examen du droit montre que la loyauté et le contrat de droit privé ont des rapports que l'on peut qualifier d'évidents tandis que la loyauté et le contrat administratif entretiennent des relations plus complexes.

Les rapports évidents entre la loyauté et le contrat de droit privé.

6. Acte relationnel par excellence, le contrat est l'instrument par lequel des volontés différentes s'accordent et s'entendent pour la réalisation d'un but commun. À ce titre, le contrat est considéré comme « *la tentative la plus hardie qui puisse se concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision* »[5]. Cette formule célèbre de Maurice Hauriou montre à elle seule les liens étroits

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] BRUNET F., *La normativité en droit*, th. Paris I, Mare & Martin, coll. « Droit public », 2011, p. 24.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] HAURIOU M., *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 1905, p. 206.

qu'entretiennent la volonté des parties et l'espoir que les prévisions contractuellement déterminées se réalisent. Plus qu'une formule, il s'agit davantage d'une représentation de ce que doivent être les rapports entre cocontractants. Ceux-ci supposent une relation loyale, de bonne foi et de confiance entre parties devenues partenaires[1] désirant dans un premier temps négocier et signer le contrat puis dans un second temps, l'exécuter conformément à leurs attentes et espérances. Autrement dit, « *contracter ce n'est pas seulement prévoir. C'est aussi et surtout réaliser* »[2].

7. En revanche, qu'en est-il de la domination de la volonté d'une partie sur l'autre, telle qu'elle est parfois reconnue pour être combattue dans les rapports de droit privé ? Si l'on tient pour acquis que les volontés concordantes aspirent à ce que le contrat soit négocié pour être signé puis pour être exécuté, la domination de la volonté d'une partie sur l'autre perturbe nécessairement ce postulat. Alors, comment apprécier ce rapport de domination ? Nous montrerons à ce titre combien la loyauté peut être utile.

De prime abord, dans le cadre d'une relation contractuelle, la domination sous-entend l'existence d'une inégalité entre les parties. Le postulat initial, propre au droit civil libéral, était certes sans doute celui d'une stricte égalité formelle entre contractants. Néanmoins, le droit privé a depuis lors pris des distances vis-à-vis d'un tel postulat, en lui privilégiant une conception plus lucide de l'inégalité qui existe parfois nettement entre parties. Cette inégalité peut être prévue, encadrée et donc régulière, comme elle peut être subie, abusive[3] et manifestement irrégulière. Les exemples ne manquent pas en droit privé et notamment en droit commercial, entre le professionnel considéré comme le *sachant* et le consommateur réputé *profane*. Cette inégalité évidente peut être parfaitement régulière lorsque la partie réputée être en position de supériorité est astreinte au respect d'obligations positives d'information et de conseil[4]. Cette inégalité est irrégulière et est à ce titre sanctionnée par le juge, lorsqu'elle conduit en définitive à vicier le consentement exprimé par la partie réputée être en situation d'infériorité.

---

[1] BOULOUIS N., « Confiance et loyauté des relations contractuelles dans le contentieux des contrats publics », *in* C. Teitgen-Colly et O. Renaudie (dir.), *Confiance et droit public*, *op. cit.*, pp. 209-210 : « Il y a sans doute à dire sur la confiance tout court dans la vie du contrat, dans son existence même : un contrat est toujours un contrat de confiance, contracter implique une certaine confiance dans l'avenir car c'est se lier en faisant un pari raisonné mais un pari tout de même. […] Confiance dans l'avenir mais aussi confiance dans son cocontractant : on s'approche de la loyauté ».

[2] HOEPFFNER H., *La modification du contrat administratif*, th. *op. cit.*, p. 1.

[3] STOFFEL-MUNCK PH., *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 337, 2000, 552 p.

[4] FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats*, th. Paris I, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 221, 1992, 573 p. ; rééd. coll. « Anthologie du droit », 2014, 596 p.

Pour autant, l'inégalité n'épuise pas le sujet de la domination de la volonté dans le cadre d'une relation contractuelle. Précisément, l'on peut parfaitement considérer que le changement brutal de comportement[1] d'une partie est une conséquence de sa volonté qui s'impose à l'autre. Il y a alors domination lorsque dans la phase de négociation, la partie qui désire signer le contrat se voit opposer la volonté de celle qui souhaite rompre les pourparlers. Ici aussi, l'exercice du droit de rompre les tractations, conséquence du principe de liberté contractuelle, peut être régulier comme il peut être abusif[2]. Dans le même ordre d'idée, le cocontractant qui souhaite mettre un terme à l'exécution de son contrat impose manifestement sa volonté à celui désireux d'en poursuivre l'exécution.

En dépit de leur variété et de l'incertitude du moment auquel elles peuvent survenir, toutes ces situations peuvent être appréciées par le juge à l'aune d'une seule et même notion : la loyauté. Elle serait d'ailleurs « *la main invisible du droit des contrats* »[3]. Pourtant, les situations sont si différentes et hétérogènes qu'on peine à envisager comment la loyauté dans son unicité pourrait embrasser l'ensemble. Certaines situations sont positives et la loyauté prend l'apparence d'une valeur ou qualité que l'on reconnaît aux cocontractants lorsqu'ils se comportent avec honnêteté, fidélité, bonne foi et confiance dans la formation et l'exécution de leur contrat. Certaines situations sont négatives et la loyauté prend alors l'atour d'un instrument à disposition du droit et du juge pour justement combattre la déloyauté des parties. Il n'y a donc pas *une* mais bien *des* loyautés. Nous sommes en présence d'une notion aux multiples visages : tantôt *positive* ou *négative*, tantôt *objective* ou *subjective*, tantôt *valeur* ou *instrument contentieux*. Elle semble cependant toujours être liée à l'idée d'égalité ou du moins d'équilibre entre les partenaires, soit en la renforçant par des obligations positives, soit en combattant la domination d'une partie sur l'autre par l'acception négative de la notion. De ce point de vue, la dimension polymorphe de la loyauté n'est étonnamment pas la raison pour laquelle elle est accablée de nombreux maux.

8. En effet, le reproche le plus important qui est formé à l'encontre de la notion de loyauté est qu'elle peine à se distinguer de celle, voisine, de bonne foi. Associées et même confondues, la loyauté et la bonne foi peinent à être autonomisées. Ainsi, le professeur Martine Lombard est par exemple arrivée à la conclusion que « *la bonne foi peut être entendue, dans une première*

---

[1] FAGES B., *Le comportement du cocontractant*, th., PUAM, coll. « Institut de Droit des Affaires », 1997, 519 p.

[2] ROUBIER P., *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th. Lyon, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, 311 p.

[3] MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th. Paris I, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 411, 2004, p. 762.

acception, comme une certaine loyauté, qui implique au minimum l'absence de fraude mais peut aller jusqu'à exiger, de façon positive, quelque esprit de coopération »[1]. Selon cette conception défendue par l'auteur, la loyauté serait donc une composante de la bonne foi contractuelle. Autrement dit, être de bonne foi, ce serait notamment être loyal. Le professeur Mustapha Mekki considère quant à lui que c'est justement la loyauté qui a un champ d'application bien plus large que la bonne foi[2] : la bonne foi serait ici une composante de la loyauté.

En revanche, et nous aurons l'occasion d'y revenir[3], pour d'autres auteurs, la loyauté et la bonne foi ne sont pas associées et doivent plutôt être distinguées. Ainsi, la comparaison des thèses du professeur Yves Picod[4] et de Rita Jabbour[5] est, à ce titre, riche d'enseignements. Toutes les deux sont relatives à l'exécution du contrat de droit privé. Pourtant, la première a fait de la loyauté son objet d'étude tandis que la seconde a choisi la bonne foi. Respectivement, les deux thèses excluent du champ de leur étude soit la bonne foi pour son manque de précision et de juridicité[6], soit la loyauté car elle n'est formellement pas présente dans l'ancien article 1134 du Code civil[7]. Pour Rita Jabbour, la loyauté prendrait l'apparence d'un « *devoir général de comportement* » tandis que la bonne foi serait une norme « *spéciale de comportement* » ayant vocation « *à garantir la promesse contractuelle* »[8]. Dans cette perspective, la loyauté serait extérieure au contrat mais influencerait la relation contractuelle tandis que la bonne foi serait, quant à elle, intimement liée au contrat. Les tentatives de distinction entre les deux notions ne semblent donc pas satisfaisantes.

9. Polymorphe, associée ou même confondue avec la bonne foi, la notion de loyauté est pour autant essentielle en droit des contrats, et osons le formuler ainsi : la loyauté est essentielle au contrat lui-même et à ses parties. En affirmant que « *la loyauté fleure bon la chevalerie* »[9], le professeur Laurent Aynès en fait une vertu. Par conséquent, celle-ci est empreinte de

---

[1] LOMBARD M., *Recherches sur le rôle de la bonne et la mauvaise foi en droit administratif français*, th. dactyl. Strasbourg, 1978, p. 450.
[2] MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th. *op. cit*., p. 762.
[3] V. *infra*, § 62 et s.
[4] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit*.
[5] JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. Paris I, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 573, 2016, 504 p.
[6] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit*., p. 13.
[7] JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit*., p. 4.
[8] JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, *ibid*., p. 125.
[9] AYNÈS L., « L'obligation de loyauté », art. *op. cit.,* p. 196.

bravoure, d'honnêteté, de fidélité, d'abandon de soi au profit d'autrui, mais aussi – et surtout – de respect de la loi du roi.

En droit des contrats, la loyauté se devine à travers l'ancien article 1134 du Code civil : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Être un cocontractant loyal c'est donc faire vœu de fidélité à sa parole donnée et ainsi respecter son contrat et son cocontractant. Mais c'est également aider son partenaire pour qu'il puisse être lui aussi fidèle à la loi du contrat, car le contrat est négocié pour être signé puis pour être exécuté. Or, la loyauté est également un instrument contentieux. L'on peut à ce titre considérer qu'être loyal signifie respecter la loi dans son sens le plus large, car si le contrat est *illégalement* formé, il n'y a plus intérêt à considérer qu'il tient « *lieu de loi* » aux cocontractants. Il y a sans doute deux questions logiquement distinctes : *la légalité qui s'impose au contrat* (tout ne peut pas être « *loi des parties* » : il y a à cela des conditions) et la légalité qui s'impose par le contrat, dès lors que le contrat fait en quelque sorte partie de la légalité une fois signé (*loyauté pour le contrat*).

10. La loyauté est donc une vertu dans une acception positive, à l'origine d'obligations elles aussi positives. Elle est selon une acception négative également un instrument mobilisé par le juge en contentieux pour sanctionner le cocontractant qui aurait exercé de manière abusive son droit au détriment de son partenaire[1]. Dans le même ordre d'idée, la loyauté est utile pour garantir l'intégrité du consentement exprimé par une partie. En cas de dol, d'erreur et/ou de violence, la loyauté est utilisée par le juge pour annuler le contrat.

Si les rapports entre la loyauté et le contrat de droit privé semblent évidents ou naturels, qu'il s'agisse d'une vertu ou d'un instrument contentieux, ils apparaissent nettement plus complexes en droit des contrats administratifs.

Les rapports complexes entre la loyauté et le contrat administratif.

11. Il existe un sentiment à peine dissimulé par certains membres de la doctrine privatiste selon lequel la loyauté serait un objet propre au droit privé ou, du moins, plus naturellement objet d'étude en droit privé qu'en droit public[2]. Autrement dit, au droit privé l'étude des

---

[1] AYNÈS L., « L'obligation de loyauté », *ibid.*, p. 197 : « dans les rapports entre les individus, l'obligation de loyauté est souvent invoquée pour limiter, supprimer l'exercice d'un droit subjectif ou engager la responsabilité d'un contractant. Les manifestations de ce devoir en effet sont toujours négatives : il paralyse ou interdit l'exercice d'un droit, souvent inexprimé, mais toujours sous-entendu ».

[2] À titre d'illustration, V. par exemple : PETIT F., « Avant-propos », *in* F. Petit (dir.), *Droit et loyauté*, *op. cit.*, p. 1 : « On notera aussi que la notion de loyauté a migré sur des terres qui lui étaient autrefois

rapports entre individus et la garantie de leur égalité ; au droit public l'étude de l'exorbitance des pouvoirs publics et du rapport inégalitaire entre l'Administration et les administrés. Dans ce cas de figure, l'on imagine difficilement comment la loyauté pourrait déployer ses effets en droit public de manière générale et en droit des contrats administratifs en particulier. Il y aurait effectivement quelque chose de paradoxal à ce qu'un principe de loyauté contribue à relativiser la différence entre la personne publique et les administrés, au risque de mettre sur un pied d'égalité l'intérêt général et l'intérêt personnel de chaque administré dans ses relations à l'Administration.

12. Pourtant, il semble bien que la place de la loyauté en droit public « *est non seulement sous-jacente mais omniprésente* »[1]. Précisément, puisque la loyauté n'est pas unique, pourquoi une conception propre au droit public ne serait-elle pas envisageable ? Que ce soit dans son rapport à l'administré ou dans l'exécution de ses relations contractuelles, un mouvement en doctrine a d'ailleurs reconnu l'existence d'une évolution de la conduite administrative en faveur d'une démarche partenariale, évolution que le droit accompagne à son tour. Sans pour autant abandonner ce qui conditionne l'existence des prérogatives de puissance publique à savoir la poursuite de l'intérêt général, l'Administration peut néanmoins avoir à cœur et même avoir intérêt à préserver la qualité de ses rapports avec l'administré. Il n'y aurait pas d'incompatibilité ou « *d'antagonisme* » à ce que l'Administration fasse montre d'attention envers ce dernier[2], l'unilatéralisme laissant davantage de place au compromis[3]. En 1985, le professeur Jean-François Lachaume a montré que « *là est peut-être la véritable*

étrangères : en témoigne son développement dans le domaine des contrats publics ». En guise de réponse : NIQUÈGE S., « Les figures de la loyauté en droit public. Propos introductifs », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, *op. cit.*, p. 11 : « C'est un fait que la loyauté représente pour la doctrine privatiste, et ce depuis bien longtemps, un sujet d'étude privilégié. […] Cette ancienneté et cette constance du thème de la loyauté en droit privé autorisent-elles pour autant à affirmer que le droit public lui serait resté, jusque récemment, une "terre étrangère" ? Le formidable écho donné par la jurisprudence *Béziers I*, par laquelle le Conseil d'État dégage une "exigence de loyauté des relations contractuelles", ne doit pas tromper : 2009 n'est pas l'an I de la loyauté en droit public » ; MONGOIN D., « Rapport introductif », *in* S. Ferrari et S. Hourson (dir.), *La loyauté en droit public*, *op. cit.*, p. 23 : « La loyauté apparaît ici comme une règle de droiture, une norme de moralisation du comportement qui a vocation à s'imposer aussi bien aux personnes publiques, et notamment à l'État, qu'aux personnes privées. En d'autres termes, la loyauté, entendue comme une obligation générale de comportement honnête, est quasiment redondante avec le droit, et il est dès lors naturel que le droit public n'en soit pas immunisé ».

[1] BRÉCHON-MOULÈNES CH., « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », in Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, op. cit., p. 442.

[2] WALINE M., « L'évolution récente des rapports de l'État avec ses cocontractants », *RDP*, 1951, p. 5 : « si le cocontractant de l'État était considéré autrefois comme ayant naturellement des intérêts antagonistes à ceux de l'État, [il est désormais considéré] comme un collaborateur volontaire, sinon désintéressé, dont les intérêts, même pécuniaires, ne sont pas nécessairement opposés à l'intérêt bien entendu de l'État ».

[3] LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement de la nullité des contrats de l'Administration*, th. Paris II, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », vol. 87, 2009, p. 8.

évolution en matière de contrats administratifs : l'Administration tend à se conduire à l'égard de ses cocontractants beaucoup plus comme un partenaire que comme le bras séculier de la puissance publique »[1]. Plus récemment, le professeur Hélène Hoepffner a expliqué que « *l'idée d'une collaboration entre l'Administration et ses cocontractants existe depuis fort longtemps* »[2]. Le professeur Marion Ubaud-Bergeron évoque quant à elle « *le déclin d'une conception autoritaire de la personne publique contractante* » au profit d'une « *éthique contractuelle, conférant une place essentielle à l'équilibre entre les parties* »[3]. Parce qu'elle est un outil moderne de l'action publique[4], il n'est donc pas étonnant que l'idée de collaboration entre l'Administration et ses cocontractants et donc de loyauté ait pu pénétrer le champ du droit public par l'entremise du contrat administratif[5].

Cela étant dit, la loyauté reste difficilement saisissable, son sens et ses effets dépendent effectivement de la matière à laquelle elle est adossée. Nous avons montré que la loyauté en droit des contrats peut être une vertu à l'origine d'obligations positives comme elle peut, dans une dimension négative, être un instrument juridique et contentieux pour combattre justement la déloyauté des cocontractants aussi bien au stade de la formation qu'au cœur de l'exécution du contrat.

13. Dès lors, quelle est donc cette loyauté en contentieux des parties à un contrat administratif ? Est-elle une vertu imposant une démarche partenariale entre les parties ou n'est-elle qu'un instrument à disposition du juge lui permettant de lutter contre les manifestations de la déloyauté des cocontractants ? Autrement dit, est-elle circonscrite au prétoire ou est-elle à l'origine d'obligations positives ? Si elle est un instrument contentieux, la loyauté est-elle pensée pour lutter contre l'inégalité entre les parties et ainsi ressembler à la loyauté contractuelle en droit privé ou, au contraire, se démarque-t-elle pour avoir une acception propre au droit public ? Est-elle circonscrite ou, au contraire, peut-elle être utilisée à tous les stades de la vie du contrat administratif ? C'est par l'examen précis de la jurisprudence que nous montrerons que la loyauté est, en l'état actuel du droit, circonscrite au

---

[1] LACHAUME J.-F., « L'évolutivité du contrat administratif en droit français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, Poitiers, 24-25 octobre 1985, PUF, p. 61.
[2] HOEPFFNER H., La modification du contrat administratif, th. op. cit., p. 36.
[3] UBAUD-BERGERON M., La mutabilité du contrat administratif, th, op. cit., p. 162.
[4] CAILLOSSE J., « Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration », *in* L. Cadiet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, 3ème éd., PUF, 2002, pp. 434-435.
[5] V. notamment : BRÉCHON-MOULÈNES CH., « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », in Mouvement du droit. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, op. cit., p. 439 ; EDCE, Rapport public 2002, La Documentation française, n°53, p. 331 ; HOEPFFNER H., *La modification du contrat administratif*, th. *op. cit*., p. 37 ; UBAUD-BERGERON M., *La mutabilité du contrat administratif*, th. *op. cit*., p. 163.

contentieux en contestation de validité du contrat initié par une partie. Cependant, son entrée remarquée le 28 décembre 2009 n'interdit pas une étude de l'influence diffuse de la loyauté bien avant *Commune de Béziers*[1].

2) La loyauté en contentieux des parties à un contrat administratif : *des rapports anciens et complexes*

14. Adaptée aux spécificités du droit public que sont la poursuite de l'intérêt général et la continuité du service public, la loyauté en droit des contrats administratifs n'a pas attendu le 28 décembre 2009 pour influencer certaines décisions rendues par le juge du contrat. Autrement dit, la décision *Commune de Béziers*[2] ne doit effectivement pas être comprise comme étant « *l'an I de la loyauté en droit public* »[3]. Même si *Commune de Béziers*[4] symbolise son avènement explicite par la formation la plus solennelle du Palais-Royal, la loyauté et le (contentieux des parties à un) contrat administratif entretiennent des relations anciennes.

Les principales recherches[5] effectuées en matière de recours en déclaration de nullité menées jusqu'au milieu des années 1990 aboutissent à la même conclusion : l'existence d'une politique jurisprudentielle soucieuse de la protection du lien contractuel[6].

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] NIQUÈGE S., « Les figures de la loyauté en droit public. Propos introductifs », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, *op. cit.*, p. 11.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] V. notamment : POUYAUD D., *La nullité des contrats* administratifs, th. Paris II, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 158, 1991, p. 288 : « il est exceptionnel que la sanction de ces irrégularités soit la nullité du contrat. La violation de l'ordre public ou l'incompétence n'aboutissent que très rarement à la nullité de la convention » ; VIVIANO M., *La théorie de la distinction des recours et le contentieux administratif contractuel*, th. Lille II, 1995, p. 452 : « Il y a une singulière pluralité d'attitudes de la jurisprudence dans le contentieux contractuel de l'acte. L'une de ces attitudes consiste à estimer qu'à la pluralité de causes de nullité susceptibles d'atteindre la formation du contrat répond une faiblesse des prononcés de cette nullité ».
[6] V. notamment : HAURIOU M., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Centre de philosophie politique et juridique, 1986, p. 134 : « le Conseil d'État s'attachait à dégager dans le contrat de concession entre les deux parties les éléments d'une communauté d'intérêt nouée autour de l'exécution du service public. N'allait-on pas jusqu'à dire que l'administration et le concessionnaire étaient comme deux associés ou comme deux conjoints en état de mariage pendant la durée de la concession ? » ; DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit.*, p. 236 : « Il ne faudrait pas croire en effet que le contentieux des parties au contrat a été intégralement bouleversé en 2009, que

15. Ainsi, durant cette période, lorsque le juge du contrat était saisi d'un recours par une partie contractante démontrant une irrégularité contractuelle, cette dernière n'entraînait pas obligatoirement le constat de la nullité du contrat. Le juge du contrat pouvait donc agir d'une part sur le moyen d'irrégularité soulevé par le requérant[1] et d'autre part sur la modulation des effets de la nullité. Il s'agissait, manifestement, de véritables « *procédés stabilisateurs* »[2]. Dès le début du XXe siècle, plusieurs décisions ont prouvé que le juge du contrat n'était pas lié par la présence d'une irrégularité contractuelle[3]. Autrement dit, il n'était pas tenu de constater l'anéantissement rétroactif du contrat administratif irrégulier. Avec un juge mu par un objectif de protection des rapports contractuels, ces rapports vivaient dans ce que l'on nommera ici « *l'ère de la stabilité du contrat* ».

Si l'on doit au professeur Christine Bréchon-Moulènes la primeur de l'étude de la loyauté en droit des contrats administratifs[4], les travaux du professeur Pierre Bourdon sont également, sur ce point, tout à fait remarquables. Précisément, l'auteur a déduit de nombreuses pratiques du juge durant l'ère de la stabilité du contrat l'influence d'une idée diffuse de loyauté[5] empêchant que les cocontractants-requérants puissent remettre en cause, de manière opportuniste, leurs engagements. L'arrêt *Sieur Bagnolet*[6] rendu par le Conseil d'État le 1er avril 1936 relevait que le cocontractant-requérant s'était prévalu d'une irrégularité « *dans le seul but* » de se défaire de ses obligations. Dans la décision *Ville de la Fère contre héritiers Galant*[7] du 3 janvier 1881, le Conseil d'État insistait sur le fait que l'administration souhaitait en réalité « *échapper aux obligations financières* » de son propre contrat, raison pour laquelle elle souhaitait obtenir le constat de la nullité. Le juge du contrat n'hésitait pas non plus à faire référence à l'exécution continue et sans difficulté des obligations contractuelles pour justement écarter un moyen déloyal qui révélait en définitive la stratégie d'évitement du contrat[8]. Les conclusions Josse sous l'arrêt *Compagnie des tramways de Cherbourg*[1] sont sur

---

l'avant "*Béziers*" permettait une contestation sans borne, avant d'être soudainement réglementée par l'Assemblée du Conseil d'État au début du XXIe siècle ».

[1] LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement de la nullité des contrats de l'Administration*, th., *op. cit.*, p. 69.

[2] DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit.*, p. 19.

[3] V. notamment : CE, 23 décembre 1925, *Dame Bava c/ Ville de Toulon*, n°68677 : *Rec.* p. 1047 ; CE, 7 août 1926, *Protectorat du Tonkin c/ Sieur La-Qui-Chân*, n°80915 : *Rec.* p. 885 ; CE, 7 août 1926, *Protectorat du Tonkin c/ Sieur Bach-Thaï-Buoï,* n°89914 : *Rec.* p. 885 ;

[4] BRÉCHON-MOULÈNES CH., « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, *op. cit.*, p. 442.

[5] BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, th. *op. cit.*, pp. 712-724.

[6] CE, 1er avril 1936, *Sieur Bagnolet*, n°20977 : *Rec.*, p. 432.

[7] CE, 3 janvier 1881, *Ville de la Fère c/ héritiers Galant*, n°52911 : *Rec.*, p. 30.

[8] CE, 18 mai 1877, *Dalloz c/ Ministre de l'Intérieur,* n°51459 : *Rec.*, p. 480.

ce point particulièrement éclairantes. Le commissaire du gouvernement n'hésitait pas à faire une référence appuyée à « *une collaboration loyale et confiante* » entre les parties « *pour le bien du service* »[2]. En d'autres termes, « *loin d'être dupe* »[3], le juge du contrat a cherché à combattre l'attitude opportuniste de l'auteur du recours.

16. Pour stabiliser les relations contractuelles, le juge du contrat pouvait soit tout simplement disqualifier la nullité, soit en moduler les effets. Saisi d'un recours en déclaration de nullité par l'une des parties contractantes, le juge pouvait, en présence d'une irrégularité avérée, ne pas constater la nullité du contrat[4]. Une telle attitude d'un magistrat peut étonner dans la mesure où, « *intuitivement* »[5], lorsqu'une violation d'une norme est constatée, le réflexe est de purger de l'ordre juridique l'acte vicié en raison de cette violation. C'est en ce sens que Jèze a conclu qu'il « *semble que la sanction naturelle et logique de l'irrégularité doive être l'inefficacité juridique de l'acte accompli* »[6]. Cette vision de la nullité comme sanction *normale* de l'irrégularité apparaît en France au début du XXe siècle sous la plume du professeur Japiot[7]. Partant, l'attitude du juge favorable à la stabilité des relations contractuelles[8] révélait un paradoxe[9]. La possibilité de disqualifier la nullité était offerte au juge lorsqu'il constatait la présence d'irrégularités de pure forme ou d'irrégularités non-substantielles[10]. Selon le Président Odent, l'irrégularité est considérée comme substantielle si

---

[1] CE, Ass., 9 décembre 1932, *Cie des tramways de Cherbourg*, *Rec.* 1050 ; *D.*, 1933, n°3, p. 17, concl. Josse ; *RDP*, 1933, p. 117, note G. Jèze ; *S.*, 1933, n°3, p. 9, note P. Laroque.

[2] JOSSE P., « Concl. sur CE, Ass. 9 décembre 1932, *Cie des tramways de Cherbourg*, *Rec.* 1050 ; *D.*, 1933, n°3, p. 17 ».

[3] BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, th. *op. cit.*, p. 713.

[4] LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration,* th. *op. cit.*, p. 59 : « La nullité dépend certainement de l'irrégularité, mais elle n'en résulte pas automatiquement. Si un acte irrégulier doit, en principe, être annulé, il n'en reste pas moins possible d'admettre des dérogations. Par suite, l'acte produira des effets juridiques malgré l'irrégularité qui l'affecte ».

[5] LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, *ibid.*, p. 4.

[6] JÈZE G., « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », *RDP*, 1913, p. 296.

[7] JAPIOT R., *Des nullités en matière d'acte juridique. Essai d'une théorie nouvelle*, th. Dijon, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909, p. 13

[8] HAURIOU M., *Principes de droit public*, Dalloz, 2010, p. 209 : « À notre époque, la fixité des contrats est tellement établie qu'il nous semble qu'elle a toujours existé [...]. Mais c'est une illusion d'optique, le contrat primitif était assiégé d'actions en résolution ou en rescision de toutes sortes ; ce qui fut nouveau, ce fut de le voir peu à peu échapper à ces causes de destructions qui le menaçaient dès le lendemain de sa création ».

[9] TERNEYRE PH., « Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs », *in* EDCE, 1988, n°39, p. 78 : « Eu égard à son appellation, on pourrait logiquement penser que le recours en nullité, s'il s'avère fondé, aboutisse en toute hypothèse à l'annulation totale ou partielle du contrat. Si tel est le cas en principe, il arrive pourtant que l'on rencontre en jurisprudence des hypothèses où la reconnaissance par le juge de ce type de nullité du contrat ne le conduise pas à annuler celui-ci ».

[10] V. notamment : CE, 16 juin 1997, *Préfet du Morbihan c/ Cne de Guilliers*, n°154564 : relatif à la présence d'une irrégularité vénielle du procès-verbal incomplet lors de l'ouverture des plis. *A contrario*,

« *elle peut avoir une influence sur le sens de la décision à prendre ou bien si elle constitue une garantie pour les intéressés* »[1]. Pour le professeur Pierre Bourdon, pour que l'irrégularité soit en mesure d'être constatée par le juge, elle doit être appréciable, c'est-à-dire qu'elle doit être à la fois substantielle et préjudiciable[2]. Pour que tel soit le cas, il faut que « *la finalité objective* » de la règle juridique ait été violée : l'on sera alors en présence d'une irrégularité substantielle[3]. En d'autres termes, il faut que l'irrégularité touche à la substance de la règle (laquelle renvoie à son but) et « *suppose un certain degré de gravité dans l'acte* »[4].

Les effets de la nullité étaient modulés lorsque le juge participait activement à garantir la stabilité du contrat. Précisément, grâce à la détachabilité, il avait pu constater la nullité d'une partie seulement du contrat et par la même occasion, garantir la stabilité des relations contractuelles pour le reste. Cette possibilité ne lui était reconnue que « *lorsque le jugement supprimait dans un acte juridique donné une clause ou une partie matérialisée de cet acte* »[5]. Il revenait alors au juge de s'intéresser principalement à la localisation de l'irrégularité. Précisément, si cette dernière était inscrite dans une clause marginale et non dans un élément obligatoire du contrat, la détachabilité ne posait pas de difficulté sérieuse[6]. En revanche, si elle s'inscrivait dans des éléments intrinsèquement liés aux conditions de validité du contrat, la nullité pleine et entière s'imposait à l'ensemble du contrat. Dans tous les cas, l'analyse du juge était plutôt nuancée et favorable à la protection du lien contractuel.

17. Ce faisant, la loyauté en droit des contrats administratifs a manifestement influencé une politique jurisprudentielle en faveur d'une « *tolérance juridictionnelle* »[7] en présence d'un contrat administratif irrégulier. Pourtant, si le Conseil d'État a eu besoin de recourir explicitement à la loyauté des relations contractuelles en 2009, c'est que la politique jurisprudentielle en faveur de la stabilité des contrats administratifs, même irréguliers, qui

---

pour une illustration de l'irrégularité substantielle : CE, Ass., 7 mars 1975, *Association des amis de l'abbaye de Fontevraud et groupement de défense interdépartemental de la forêt de Fontevraud*, n°89011 ; *AJDA*, 1976, p. 208, note R. Hostiou.

[1] ODENT R., *Contentieux administratif*, vol. 2, réed. Dalloz, 2007, p. 432.

[2] BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, th. *op. cit.*, p. 346.

[3] V. notamment : LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. *op. cit.*, p. 111 et s. ; BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, th. *op. cit.*, p. 348.

[4] VIVIANO M., *La théorie de la distinction des recours et le contentieux administratif contractuel*, th. *op. cit.*, p. 183.

[5] SIMLER PH., *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 101, 1969, pp.7-8.

[6] V. notamment : CE, sect., 19 janvier 1934, *Cne de Nœux-les-Mines* : *Rec*. p. 99 ; CE, 29 janvier 1964, *Éts M. Pelletier* : *Rec*. p. 51 ; CE, 4 juin 1965, *Office Public HLM de la Seine c/ Entreprise Ile-de-France* : *Rec*. p. 983 ; CE, 10 novembre 1967, *Sté Union Française d'Entreprises* : *Rec*. p. 716.

[7] GRABIAS F., *La tolérance administrative*, th. Université de Lorraine, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », t. 190, 2018, p. 13.

prévalait jusqu'à la fin du XXe siècle n'était plus en vigueur. En ce sens, l'ère inaugurée par *Commune de Béziers*[1] constitue *mutatis mutandis* une sorte de retour aux origines jurisprudentielles. La façon qu'avait le juge de s'accommoder ou non des irrégularités témoignait en tout cas d'une certaine attitude de sa part vis-à-vis du principe de légalité, appliqué tour à tour avec nuance ou de la façon la plus sévère. En ce sens, l'examen de la loyauté à l'aune du contentieux des parties ne peut être réalisé qu'à travers l'étude du rapport de la notion avec le principe de légalité lui-même.

3) La question centrale du rapport de « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[2] avec le principe de légalité

« *Les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat administratif qui les lie ; qu'il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui* »[3].

« *Lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat* »[4].

« *Lorsque le juge est saisi d'un litige relatif à l'exécution du contrat, les parties à ce contrat ne peuvent invoquer un manquement aux règles de passation, ni le juge le relever d'office, aux fins d'écarter le contrat pour le règlement du litige ; que, par exception, il en va autrement lorsque, eu égard d'une part à la gravité de l'illégalité et d'autre part aux circonstances dans lesquelles elle a été commise, le litige ne peut plus être réglé sur le fondement de ce contrat* »[5].

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, n°338551 : *Rec.*, p. 5 ; *AJDA*, 2011, p. 665, chron. A. Lallet et X. Domino ; *RDI*, 2011, p. 270, obs. S. Braconnier ; *AJCT*, 2011, p. 129, obs. A. Burel ; *BJCP*, 2011, p. 121, concl. N. Boulouis et obs. Ch. Maugüé ; *CMP*, 2011, comm. 88, note J.-P. Pietri ; *Dr. adm.*, 2011, comm. 29, note F. Brenet ; CE, 12 janvier 2011, *Sté des autoroutes du nord et de l'est de la France,* n°332136 : *Rec.*, p. 844 ; *AJDA*, 2011, p. 72 ; *ibid.*, p. 665, chron. A. Lallet et X. Domino ; *RDI*, 2011, p. 270, obs. S. Braconnier ; CE, 12 janvier 2011, *Sté Léon Grosse*, n°334420 : *Rec.*, p. 1011 ; *AJDA*, 2011, p. 135 ; *ibid.*, 2011, p. 670, chron. A. Lallet et X. Domino ; *CMP*, 2011, comm. 90, note J.-P. Pietri.

18. Par ces formules issues de la déjà célèbre décision *Commune de Béziers* du 28 décembre 2009[1] et précisée dans ses modalités d'application par trois arrêts rendus le 12 janvier 2011[2], le Conseil d'État fait passer le contentieux des parties contractantes dans une nouvelle ère. Plusieurs auteurs ont considéré que la loyauté des relations contractuelles dans son rapport au principe de légalité consistait même en une « *révolution* »[3]. Si nous partageons le choix du terme, encore faut-il être d'accord sur son sens. L'avènement de la jurisprudence *Commune de Béziers* est bien une *révolution* au sens physique du terme. Cela signifie que le cycle[4] d'évolution est révolu et que nous sommes bien en présence d'un retour aux sources ou d'un « *retour en arrière* »[5], sans que cela ne soit péjoratif, plutôt qu'en présence d'une situation inédite. Loin de faire table rase du passé, *Commune de Béziers*[6] sonne le glas d'une période marquée par une crise du contrat, c'est-à-dire une crise de sa stabilité, conséquence du « *"tout ou rien", c'est-à-dire du diptyque annulation/rejet* »[7] d'un contrat administratif irrégulier. Ainsi, la compréhension des enjeux de la présente étude ne peut véritablement être réalisée qu'à l'aune de l'examen des rapports complexes qu'entretiennent la loyauté des relations contractuelles et le principe de légalité.

La légalité comme fin en soi.

19. L'avènement de ce que nous qualifierons d'« *état de crise du contrat* » et l'ère de l'instabilité des relations contractuelles est la conséquence de plusieurs évolutions législatives et contentieuses et de l'accélération de l'intégration européenne en droit des contrats

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[2] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc. ; CE, 12 janvier 2011, *Sté des autoroutes du nord et de l'est de la France*, préc. ; CE, 12 janvier 2011, *Sté Léon Grosse*, préc.

[3] V. notamment : AUBY J.-B., « Ancien régime et Révolution dans le contentieux contractuel », *Dr. adm.*, 2011, repère 5 ; BRACONNIER S., « Contentieux des contrats : le choc de sécurisation ? », *AJDA*, 2014, p. 945 ; DELVOLVÉ P., « Le contentieux récent de la validité des contrats publics : essai de comparaison entre contrats administratifs et contrats de droit privé », in *La scène juridique : harmonies en mouvement. Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, *op. cit.*, p. 167 ; MAUGÜÉ CH., TERNEYRE PH., « L'évolution du droit du contentieux des contrats administratifs au cours de la présidence Bernard Stirn », in *La scène juridique : harmonies en mouvement. Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, *ibid.*, p. 420.

[4] MELLERAY F., « Les cycles de la jurisprudence administrative », in La scène juridique : harmonies en mouvement. Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn, ibid., p. 433.

[5] BOULOUIS N., « Confiance et loyauté des relations contractuelles en contentieux des contrats publics », *in* O. Renaudie et C. Teitgen-Colly (dir.), *Confiance et droit public*, *op. cit.*, p. 212 : « *Béziers I* est donc une sorte de retour en arrière : là où le juge était pieds et poings liés, il dispose d'un outil qui va lui permettre de maîtriser le litige, en rappelant aux parties "l'exigence" de loyauté, c'est-à-dire une espèce de surplomb moral qui se transforme sur un plan purement contentieux en outil d'inopérance des moyens ».

[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[7] SAUVÉ J.-M., « Le juge administratif face au défi de l'efficacité. Retour sur les pertinents propos d'un Huron au Palais-Royal et sur la "critique managériale" », *RFDA,* 2012, p. 616.

administratifs[1]. Ces évolutions ont considérablement transformé l'office du juge en charge du contentieux des parties contractantes, laissant les stratégies malhonnêtes et déloyales de certains requérants prospérer, profitant de cet « *effet d'aubaine* »[2].

20. En effet, le professeur Fatôme a notamment fait porter le poids de l'instabilité contractuelle sur les épaules de deux lois[3] : celle du 16 juillet 1980[4] relative à l'astreinte et surtout celle du 8 février 1995 relative à l'injonction[5]. À ces lois, il faut ajouter celles relatives à la décentralisation de 1982[6] et la transposition des directives « *Recours* »[7] donnant naissance au référé précontractuel. Conséquence des lois du 4 janvier 1992 et du 29 décembre 1993, le référé précontractuel, souvent qualifié de « *référé publicité-concurrence* »[8] ou de « *recours de troisième type* »[9], est devenu la voie de droit pertinente à disposition des candidats évincés leur permettant de demander l'annulation d'une procédure de passation d'un contrat de la commande publique. Si l'on met en perspective cette nouvelle voie de recours ouverte aux tiers-requérants avec le recours pour excès de pouvoir « *platonique* » contre l'acte détachable[10], l'opérateur économique évincé pouvait, grâce au référé précontractuel, efficacement défendre ses intérêts[11]. Précisément, si l'illégalité d'un acte préparatoire

---

[1] LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement de la nullité des contrats de l'Administration*, th. *op. cit*., pp. 9-26.

[2] MAUGÜÉ CH., TERNEYRE PH., « L'évolution du droit du contentieux des contrats administratifs au cours de la présidence Stirn », in *La scène juridique : harmonies en mouvement. Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, Dalloz, 2019, p. 420 : « l'urgence de mettre fin à l'effet d'aubaine que ne manquaient pas d'utiliser les parties à un contrat administratif, avec une particulière mauvaise foi, afin de se soustraire à leurs obligations contractuelles, en invoquant devant le juge du contrat des nullités très anciennes (et vénielles) ayant pu affecter le contrat qu'elles connaissaient parfaitement depuis l'origine sans s'en être formalisées pendant l'exécution du contrat, voire dont elles étaient à l'origine ».

[3] FATÔME É., « Préface », th. J.-F. Lafaix, *op. cit.*, p. XI.

[4] Loi n°80-539 du 16 juillet 1980, relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public.

[5] Loi n°95-125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

[6] Loi n°82-213 du 2 mars 1982, relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

[7] Directive 89/655/CEE, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.
Directive 92/13/CEE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

[8] BRACONNIER S., « L'autonomie contrastée du contentieux des contrats publics d'affaires », *RDP*, 2010, p. 331.

[9] TERNEYRE PH., « L'émergence d'un recours contentieux de troisième type », *D.*, 1992, p. 82.

[10] TERNEYRE PH., « Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs », *EDCE* 1988, p. 69.

[11] STAHL J.-H., CHAUVAUX D., « Régime du référé précontractuel », *AJDA,* 1995, p. 890 : « Il y a tout lieu de penser que le pouvoir d'annulation confié au juge des référés par l'article L. 22 est plus large que celui dont dispose le juge de l'excès de pouvoir, en ce qu'il peut concerner des mesures préparatoires qui ne feraient pas grief en excès de pouvoir. En tout cas, il est certain que toute décision susceptible d'être

n'entraînait généralement aucune conséquence sur le contrat administratif, l'annulation d'une procédure de passation d'un marché public empêchait, cette fois-ci, la conclusion pure et simple du contrat.

21. L'état de crise du contrat a consisté en une transformation sans précédent, « *radicale et très lourde de conséquences* »[1], du contentieux des parties. La détermination des moyens d'ordre public[2] en est le parfait exemple. Ceux-ci servent de façon générale au juge à soulever d'office un moyen qui ne l'aurait pas nécessairement été par les cocontractants-requérants, mais aussi, et surtout, à transformer l'objet même de l'action contentieuse[3]. Ainsi, les conclusions indemnitaires soulevées par une partie contractante pouvaient conduire à l'anéantissement rétroactif du contrat si le juge relevait un moyen d'ordre public. Classiquement, c'est la nullité qui était d'ordre public et non l'irrégularité en tant que telle[4]. Dans pareil cas, cela tendait à confirmer que la nullité était un état préexistant de l'acte juridique[5]. Les conclusions d'Emmanuel Glaser sur la décision *Commune de Béziers* sont précieuses car elles révèlent rétrospectivement la particularité du contentieux des parties durant l'état de crise : la dimension d'ordre public de toutes les irrégularités[6]. Qu'elles soient relatives à l'objet du contrat[7], à l'illégalité d'une clause[8], à l'incompétence de l'autorité signataire[9], au respect de la transmission au contrôle de légalité[10] ainsi que celles portant sur la procédure de passation[11], elles étaient toutes d'ordre public et donc de nature à conduire le juge à constater la nullité du contrat administratif ou à en écarter l'application pour trancher le

---

annulée en excès de pouvoir peut l'être dans le cadre du référé précontractuel. Dans ces conditions, l'articulation entre les deux voies de recours pose des problèmes délicats ».

[1] LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. *op. cit.*, p. 58.

[2] V. notamment : DEBOUY CH., *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, th. Poitiers, 1980, PUF, 528 p. ; PISSALOUX J.-L., « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », *RDP,* 1999, p. 781 ; AKOUN É., *Les moyens d'ordre public en contentieux administratif*, th. Grenoble, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des Thèses », 2017, 742 p.

[3] TERNEYRE PH., DE BÉCHILLON D., *Répertoire contentieux administratif*, « Contentieux des contrats administratifs », Dalloz, n°188.

[4] POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, th. *op. cit.*, p. 598.

[5] LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. *op. cit.*, p. 64.

[6] GLASER E., « L'office du juge du contrat », *RFDA*, 2010, p. 510.

[7] CE, 11 mai 2009, *Ville de Toulouse*, n°296919 ; *BJCP*, 2009, n°66, p. 399, concl. B. Dacosta.

[8] CE, 1er octobre 1993, *Sté "Le Yacht-club international de Bormes-les-Mimosas"*, n°54660 ; *AJDA*, 1993, p. 810, concl. M. Pochard ; *JCP G.*, 1994, n°323, p. 42, obs. M.-Ch. Rouault ; *RFDA*, 1994, p. 248, note B. Pacteau.

[9] CE, sect., 13 juillet 1961, *Sté d'entreprises générales et de travaux publics pour la France et les colonies et ministre des Travaux publics*, n°47355 : *Rec.*, p. 473 ; *AJDA*, 1961, p. 548, concl. P. Nicolay ; *RDP*, 1962, p. 535, note M. Waline.

[10] CE, sect., 20 octobre 2000, *Sté Citécable Est* : *Rec.*, p. 457 ; *RFDA*, 2001, p. 359, concl. H. Savoie ; *BJCP*, 2000, n°14, p. 54, obs. Ph. Terneyre ; *RDP*, 2001, p. 376, note Ch. Guettier.

[11] CE, sect., 29 janvier 1982, *Martin* ; Lebon, 44.

litige. Par voie de conséquence, durant cette période, le juge du contrat ne se reconnaissait plus la compétence d'intervenir sur l'intensité de la nullité ni d'en moduler les effets[1]. Dès lors, l'automaticité du constat de la nullité[2], ce « *prononcé mécanique d'une sanction impitoyable* »[3], était à l'origine de la crise du contrat administratif.

Durant cette période, l'Administration contractante était soumise au respect de l'entièreté du principe de légalité. Celui-ci s'impose aussi bien à l'Administration qu'au juge dans le contrôle des actes de la personne publique[4]. Ce principe de légalité « *se confond purement et simplement avec la hiérarchie des normes* »[5]. Plus précisément, le principe de légalité « *s'identifie au principe de la hiérarchie des normes ou de l'État de droit : les actes des autorités administratives doivent être conformes aux normes hiérarchiquement supérieures* »[6]. Par voie de conséquence, le principe de légalité impose que les actes pris par l'Administration soient conformes aux normes supérieures[7], sous le contrôle du juge administratif[8] afin de lutter contre l'arbitraire[9] et ainsi garantir l'État de droit[10]. Ihéring affirmait d'ailleurs que le justiciable qui se défend contre la violation d'un intérêt personnel, « *en défendant son droit […] défend la loi, et dans la loi l'ordre indispensable au bien public* ». Dès lors*, « qui osera soutenir qu'il n'accomplit pas en même temps un devoir envers la société ?* »[11]. Autrement dit, la protection de la légalité confine à la protection de la « *finalité sociale* »[12] du droit.

---

[1] GLASER E. « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 510 : « aucune décision où vous [le juge du contrat] écartiez la nullité en raison du caractère véniel de l'irrégularité »

[2] NOGUELLOU R., « La transformation du contentieux contractuel », *RDI,* 2010, p. 265 : « La "théorie des nullités" était, en matière de contrats administratifs, à la fois très ouverte – tout type de vices pouvant être invoqués – et particulièrement efficace puisque la sanction quasi automatique était la nullité absolue du contrat ».

[3] PLESSIX B., *Droit administratif général*, 2ème éd., LexisNexis, coll. « Manuels », 2018, p. 1441.

[4] TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 268.

[5] CHEVALLIER J., « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP*, 1990, p. 1672.

[6] FAVOREU L., « Légalité et constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n°3, p. 78.

[7] V. notamment : CIAUDO A., « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », *LPA*, 2009, n°240, p. 4 ; LELLIG W., *L'office du juge administratif de la légalité*, th. dactyl. Montpellier, 2015, p. 122.

[8] FAVOREU L., « Légalité et constitutionnalité », art. *op. cit.,* p. 76 : « l'État légal repose sur un double pilier : la légalité dont le respect est imposé à l'administration par le juge administratif ».

[9] V. notamment : FRAYSSE-DRUESNE G., *La lutte contre l'arbitraire en droit public français*, th. Paris, 1977, p. 29 ; REDOR M. J., *De l'État légal à l'État de droit*, Economica, 1992, p. 314.

[10] BLANCO F., *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, th. Aix-Marseille, PUAM, coll. « Centre de Recherches Administratives », 2010, p. 97 ; BLANCO F., « Juger de la légalité "pour elle-même" ? », *in* B. Defoort, B. Lavergne (dir.), *Juger de la légalité administrative. Quelle(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, *op. cit.*, p. 213.

[11] IHERING R., *Le combat pour le droit*, Durant et Pédone-Lauriel, 1875, p. 30.

[12] BLANCO F., *Pouvoirs du juge et contentieux de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, th. *op. cit*., p. 65.

22. Le principe de légalité aurait donc trois fonctions complémentaires pour Serge Velley : une « *fonction ordinatrice* » au cœur de l'action administrative ; une « *fonction protectrice* » à destination des administrés et une « *fonction idéologique* » dont l'objectif est de légitimer l'action de l'Administration qui « *soumise à la loi, ne peut, par définition, être arbitraire ou tyrannique* »[1]. Principe cardinal, « *dogme* »[2] ou « *mirage de la légalité* »[3], c'est l'examen de l'attitude du juge administratif en présence d'un acte ne respectant pas la légalité objective qui livre de précieux enseignements sur l'état du droit[4].

23. En contentieux des parties à un contrat administratif durant l'état de crise, le « *caractère intransigeant* »[5] du principe de légalité emportait, en présence de n'importe quelle irrégularité, même vétille[6], le constat de la nullité du contrat ou son inapplication pour trancher le litige. Autrement dit, toutes les étapes nécessaires à la création du contrat étaient considérées comme des conditions essentielles de sa validité. Pour que le contrat produise ses effets, il devait respecter l'ensemble des conditions imposées pour sa création. Dès lors, conformément à la doctrine classique, « *la sanction naturelle* »[7] en présence d'un manquement aux conditions de la validité d'un acte juridique devait être sa nullité et donc son inefficacité. Pour le professeur Jean-François Lafaix, « *l'instabilité des situations contractuelles de l'administration est, pour partie, le fruit d'un progrès !* »[8]. Qu'il s'agisse effectivement de la création du référé précontractuel, les conséquences concrètes contre le contrat à la suite de l'annulation d'un acte détachable[9] et la protection pleine et entière du principe de légalité sont le signe d'un progrès des droits des justiciables et de la protection

---

[1] VELLEY S., Les origines du principe de légalité en droit public français, th. Paris X, 1988, pp. 375 et s.
[2] LOCHAK D., « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », *AJDA*, 1981, p. 387.
[3] LOCHAK D., « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », *ibid.*, p. 391.
[4] V. notamment : JÈZE G., *Principes généraux du droit administratif. La technique juridique du droit public français*, Dalloz, rééd. 2005, 3ème éd., t. I, préface, p. V : « Le droit vit ; il évolue sans cesse comme tout ce qui vit, sous l'influence du milieu. Observons sans cesse ce milieu : nous comprendrons mieux le droit » ; LELLIG W., *L'office du juge administratif de la légalité*, th. *op. cit.*, pp. 125-126 : « les recours en annulation d'actes administratifs illégaux dont est amené à connaître le juge administratif apparaissent, par ricochet, comme l'une des plus éminentes protections de la prédominance du droit. C'est l'une des raisons pour lesquelles les entraves à l'entière performance de ces recours doivent au moins interpeller l'esprit ».
[5] MACLAUCHLAN H. W., « Le caractère intransigeant du principe de légalité », *in* Ch.-A. Morand (dir.), *Figures de la légalité*, Publisud, 1992, p. 91.
[6] BOULOUIS N., « Confiance et loyauté des relations contractuelles dans le contentieux des contrats publics », *in* O. Renaudie et C. Teitgen-Colly (dir.), *Confiance et droit public*, *op. cit.*, pp. 211-212 : « toute irrégularité, même mineure, affectant le contrat pouvait être invoquée par les parties d'autant que […] toute irrégularité était d'ordre public et que le juge devait toujours la relever d'office. En caricaturant on pourrait presque dire qu'avant *Béziers I* régnait la déloyauté et donc la défiance ! ».
[7] JÈZE G., « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », *RDP*, 1913, p. 296.
[8] LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement de la nullité des contrats de l'Administration*, th. *op. cit.*, p. 8.
[9] CE, Ass., 10 juillet 1996, *Cayzeele* : *Rec.*, p. 274 ; *AJDA*, 1996, p. 732, chron. Chauvaux et Girardot ; *RFDA*, 1996, p. 89, note P. Delvolvé.

attentive de l'État de droit. C'était une conception objective de la règle de droit qui prévalait durant l'état de crise. La norme supérieure devait être rigoureusement respectée en raison de sa nature. La référence à l'ordre public laissait d'ailleurs bien entendre combien il s'agissait de préserver une légalité objective, indiscutable et irréductible.

24. Cette période d'état de crise du contrat pourrait également être qualifiée d'ère du paradoxe. En érigeant en politique jurisprudentielle la soumission pleine et entière des actes et des contrats de l'Administration au principe de légalité, l'extrême rigueur de la jurisprudence a laissé s'épanouir entre les interstices de la rigueur l'émergence de pratiques manifestement déloyales. Tenu par la présence d'une irrégularité devenue moyen d'ordre public, le juge n'avait d'autre choix que de constater la nullité du contrat. Partant, les stratégies les plus déloyales avaient pu s'épanouir et les cocontractants ne désirant plus poursuivre l'exécution de leurs propres obligations pouvaient conduire leur contrat au prétoire en étant à peu près certains qu'il comportait une irrégularité tant les procédures étaient devenues lourdes et complexes[1]. En cas de doute, l'invocation de sa propre faute suffisait parfois à se défaire du contrat[2]. Protection absolue du principe de légalité mais, défiances, stratégies déloyales et « *effet pervers* »[3] au cœur des relations contractuelles : c'est afin de réguler cette situation que le Palais-Royal a eu besoin de « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[4] pour que le contentieux des contrats publics en général et le contentieux des parties en particulier puissent atteindre leur pleine « *maturité* »[5].

---

[1] V. notamment : RICCI J.-CL., « Contrats de délégation de services publics et marchés publics », in *Sécurité juridique et action publique locale*, Colloque organisé au Sénat le 29 avril 1999, p. 89 : « nous sommes victimes d'un système dans lequel le législateur ne définit pas les notions et les concepts qu'il utilise. Ce ne serait pas grave s'il n'attachait pas des conséquences parfois très dures à l'ignorance et à la mauvaise utilisation de ces concepts ou de ces notions qu'il est incapable de définir » ; LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement de la nullité des contrats de l'Administration*, th. *op. cit.*, p. 9 : « La cause principale de l'instabilité actuelle des situations juridiques réside dans la complexification du droit applicable aux contrats de l'administration. Toutefois, la complexité du droit suscite un autre mouvement qui la rend d'ailleurs plus aigüe : l'accélération du contentieux ».

[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[3] DACOSTA B., « La gestion des illégalités du contrat administratif – L'analyse du juge administratif », *in* C. Teitgen-Colly (dir.), *Les figures du juge administratif*, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2015, p. 44 : le recours en déclaration de nullité « suscitait quelques effets pervers ou quelques dérives, puisqu'en réalité cette approche du contentieux contractuel permettait assez facilement aux parties de se désengager de leurs obligations, motifs pris de n'importe quelle illégalité même la plus vénielle, et avec la complicité tacite du juge puisque c'était la jurisprudence de *l'époque* ».

[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[5] V. notamment : EDCE, *Rapport public 2008*, La Documentation française, n°59, p. 383 ; MAUGÜÉ CH., TERNEYRE PH., « L'évolution du droit du contentieux des contrats administratifs au cours de la présidence Stirn », in *La scène juridique : harmonies en mouvement. Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, *op. cit.*, p. 419.

***La légalité désormais reléguée comme « moyen au service d'une fin »*[1].**

25. Du respect plein et entier de la légalité objective, la jurisprudence désormais bien établie du Conseil d'État a inscrit le contentieux des parties dans l'ère de la légalité comme *instrument*. La licéité du contrat cède désormais au profit de sa stabilité, sa légalité « *externe* » (ses conditions de formation) est devenue « *à la fois située, relative et secondaire* »[2]. Autrement dit, le droit ne semble plus être *l'alpha* et *l'omega* mais simplement « *un moyen au service d'une fin* »[3] : la stabilité des relations contractuelles. C'est précisément ce rôle que le Palais-Royal a confié à « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[4].

En effet, en pleine crise économique, la décision *Commune de Béziers*[5] offre un nouveau regard sur la conception du Palais-Royal de ce qu'est « *l'efficacité* »[6]. Si Bertrand Dacosta reprochait un « *effet pervers* »[7] à la jurisprudence qui prévalait durant l'état de crise, le Conseil d'État a fait le choix de la performance[8] de l'action administrative au détriment de sa légalité. Dans ce cas de figure, « *le **manager** doit l'emporter sur le **légiste*** »[9] au même titre que « *le réalisme* »[10] mérite de primer « *le dogme de la légalité* »[11].

26. La lutte contre l'instabilité des relations contractuelles est la conséquence de la recherche de performance des contrats administratifs. D'une part, ont été pointés du doigt la passivité du

---

[1] SOLER-COUTEAUX P., « Réflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 380 : « le droit est un moyen au service d'une fin et qu'il convient régulièrement de vérifier que l'instrument qu'il constitue reste à la fois adapté aux buts qu'il poursuit et sûr dans sa mise en œuvre ».
[2] BOULOUIS N., « Confiance et loyauté des relations contractuelles dans le contentieux des contrats publics », *in* O. Renaudie et C. Teitgen-Colly (dir.), *Confiance et droit public*, *op. cit.*, p. 216.
[3] SOLER-COUTEAUX P., « Réflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, *op. cit.*, p. 380.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[6] SAUVÉ J.-M., « Le juge administratif face au défi de l'efficacité. Retour sur les pertinents propos d'un Huron au Palais-Royal et sur la "critique managériale" », art. *op. cit.*, p. 613.
[7] DACOSTA B., « La gestion des illégalités du contrat administratif – L'analyse du juge administratif », *in* C. Teitgen-Colly (dir.), *Les figures du juge administratif*, *op. cit.*, p. 44.
[8] CAILLOSSE J., « Rapport introductif : performance et droit de l'administration », *in* N. Albert (dir.), *Performance et droit administratif*, LexisNexis Litec, coll. « Colloques & Débats », 2010, p. 8.
[9] V. notamment : CAILLOSSE J., « La modernisation de l'État », *AJDA*, 1991, p. 755 [nous soulignons] ; CAILLOSSE J., « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'État », *RFAP*, 2003, n°1, p. 133.
[10] DELVOLVÉ P., « Le contentieux récent de la validité des contrats publics : essai de comparaison entre contrats administratifs et contrats de droit privé », in *La scène juridique : harmonies en mouvement. Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, *op. cit.*, p. 168 : « Même si des réserves ont pu être émises, elles n'empêchent pas de reconnaître la simplification, le réalisme et l'efficacité du nouveau contentieux de ces contrats ».
[11] LOCHAK D., « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », art. *op. cit.*, p. 387.

juge et son incapacité à apprécier différemment des irrégularités pourtant de différentes natures et donc la détermination du champ des moyens d'ordre public ; d'autre part, la conception même du recours en déclaration de nullité et l'attitude des cocontractants-requérants. Par voie de conséquence, il est acquis aujourd'hui qu'un contrat administratif même irrégulier, tant que l'irrégularité qui l'affecte n'est pas d'ordre public, doit être stable. Sa stabilité semble désormais préférable à la quête du respect de la légalité objective. Le Conseil d'État considère alors que, en principe, les conséquences sont plus lourdes en présence d'un contrat administratif irrégulier et dont la nullité est constatée par le juge, que face à un contrat administratif même irrégulier qui demeure pérenne et dont les effets sont maintenus.

27. Partant, « *le droit n'est plus pensé comme un instrument de progrès social, de protection de la justice* »[1]. Autrement dit, le droit n'est plus une fin en soi, poursuivant des buts propres, mais un instrument « *permettant de parvenir à certaines fins* »[2]. Durant l'état de crise du contrat, la norme supérieure imposait son respect parce qu'elle était précisément une norme supérieure. Reléguée au rang d'instrument, la légalité est mise en perspective avec l'intérêt même du respect de la norme[3]. Cela étant dit, le professeur François Brunet a montré que la « *normativité pratique* » est devenue « *un instrument de chantage vis-à-vis de la normativité juridique. Celle-ci étant avant tout pensée comme un risque social, économique ou encore politique, elle ne peut plus atteindre les buts qu'elle se fixe car elle se heurte à chaque instant aux conséquences néfastes qu'elle pourrait engendrer et qui pèsent toujours plus lourd que les "bénéfices" que l'on pourrait retirer d'une application du droit* »[4]. L'on peut estimer qu'il en va de même de la logique qui sous-tend la jurisprudence *Commune de Béziers*[5] : à la légalité, il est préféré désormais la stabilité[6] érigée depuis lors en « *objectif* »[7].

---

[1] BRUNET F., *La normativité en droit*, th. *op. cit.*, p. 576.
[2] LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. *op. cit.*, p. 5.
[3] LEBEN CH., « Impératif juridique, dérogation et dispense. Quelques observations », in *Droits*, 1997, n°25, pp. 39-40 : « le droit étant tout entier une technique d'organisation sociale dont la fin est la coexistence pacifique des membres de la société, une norme juridique n'est jamais bonne absolument et en elle-même, mais uniquement dans la mesure où elle est susceptible de jouer un rôle positif dans l'organisation sociale ».
[4] BRUNET F., *La normativité en droit*, th. *op. cit.*, p. 576.
[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[6] VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, coll. « Quadrige », 2006, p. 373 : « le droit se trouve réduit à n'être plus qu'un "ensemble de règles" à fonction coercitive, une "technique", un instrument au service de l'économie ou de la morale individuelle. Il n'a point de fin particulière. Dans la pensée contemporaine, le droit a cessé d'exister comme activité autonome, poursuivant une fin spécifique ».
[7] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

Ainsi, « *la règle juridique étant un épiphénomène des rapports sociaux, elle témoigne des mouvements les plus profonds qui traversent les différents champs de l'activité humaine* »[1], comme l'a écrit le professeur Jean-François Lafaix. Le contrat n'y fait pas exception, il « *est l'objet d'ajustements constants destinés à répondre aux besoins des acteurs sociaux* »[2]. Le règne de l'anéantissement automatique de la relation contractuelle a ainsi contribué à la prise de conscience tant par la doctrine que par le Conseil d'État lui-même d'une nouvelle et nécessaire transformation de la pratique des recours des parties contractantes[3].

28. Depuis une décennie, lorsque le juge du contrat est saisi d'un recours en contestation de validité à l'initiative d'une partie, il doit systématiquement vérifier[4] par voie d'action que le moyen d'irrégularité est loyalement invoqué. Par voie d'exception, la loyauté des relations contractuelles est une « *exigence* » notamment pour le juge[5] lui commandant de faire « *en principe* »[6] application du contrat pour trancher le litige. Nous montrerons par l'examen de la jurisprudence que la *loi* des parties est ainsi par principe bien plus garantie que la *Loi*. Or, la *loi* des parties peut-elle véritablement l'être si elle est justement contraire à la *Loi* ?

29. C'est donc à la question du degré de tolérance de l'irrégularité que cette étude doit s'intéresser. Jean Rivero a montré que l'*« une des fonctions essentielles du droit est de créer la sécurité ; or, il n'est pas de sécurité dans l'instabilité* »[7]. Peut-on véritablement considérer que la sécurité juridique est garantie en tolérant de nombreuses irrégularités ? Il s'agit ici du problème posé par le Président Labetoulle du « *subtil équilibre* » entre la légalité et la sécurité juridique[8]. En opposant ces deux principes, l'on a perdu de vue leur étroite complémentarité.

---

[1] LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. *op. cit.*, p. 1.
[2] LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, *ibid.*, p. 1.
[3] LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », *RFDA*, 2010, p. 1089 : « Si le droit a vocation à la stabilité, c'est parce qu'il repose sur un équilibre. La continuité de la règle de droit est le signe de son adéquation aux intérêts sociaux. Dans ces conditions, la fréquence des évolutions marquant le droit du contentieux des contrats administratifs traduit l'absence d'équilibre de la matière et l'insatisfaction que son état suscite de façon récurrente ».
[4] DELVOLVÉ P., « Le contentieux récent de la validité des contrats publics : essai de comparaison entre contrats administratifs et contrats de droit privé », in *La scène juridique : harmonies en mouvement. Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, *op. cit.*, p. 181 : l'auteur insiste sur « l'importance de l'analyse à laquelle doit procéder le juge du contrat avant de se déterminer ».
[5] EUSTACHE S., JANICOT L., « Retour sur les transformations contemporaines du contentieux de la validité des contrats administratifs », *Dr. adm.*, 2018, étude 4.
[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[7] RIVERO J., « Le juge administratif, un juge qui gouverne ? », *D.,* 1951, chron., p. 21.
[8] LABETOULLE D., « Principe de légalité et principe de sécurité juridique », in *L'État de droit. Mélanges Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 407. Image reprise ensuite par : GUYOMAR M., « Peser. La recherche du juste équilibre », in *Les méthodes en droit administratif,* Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2018, p. 53.

Autrement dit, ces deux principes ne doivent pas être considérés comme antagonistes, car ils sont au contraire inextricablement liés : la stabilité est en effet consubstantielle au respect de la légalité ; la légalité et son respect sont peut-être avant tout des instruments de stabilité et de sécurité juridique. Trop souple, la loyauté des relations contractuelles n'apporterait en définitive aucun changement par rapport à l'état de crise. Trop rigoureuse, la loyauté en contentieux des parties contribuerait à créer une distance trop grande et inquiétante entre le contrat administratif et le principe de légalité.

4) Le périmètre de la loyauté des relations contractuelles en droit public

30. L'expérience des contrats de droit privé montre que la loyauté est un véritable principe général[1] et influence toutes les phases de la vie du contrat. Ce choix n'a pas été celui du Palais-Royal en 2009[2] qui a préféré consacrer une « *exigence* »[3]. Il a ainsi, contrairement au droit privé, tenu à ce que la loyauté soit circonscrite à la relation contractuelle et donc au contentieux des parties.

La loyauté circonscrite à la relation contractuelle et à son contentieux.

31. Le Conseil d'État a fait de la loyauté un instrument de régulation et de moralisation des relations contractuelles. C'est en tout cas de cette façon que l'instrument est présenté par la doctrine institutionnelle[4]. Par exemple, dans ses conclusions sur la décision *Commune de Montreuil*[5], le rapporteur public Bertrand Dacosta a expliqué « *qu'en tant que telle, l'exigence de loyauté des relations contractuelles n'est pas susceptible de déborder en-deçà ou au-delà*

---

[1] BERTIER-LESTRADE B., « La bonne foi dans la réforme française des contrats », *in* C. Le Gallou et A. Marmisse-D'Abbadie D'Arrast (dir.), *Le contrat dans tous ses États*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2019, p. 142 et s.

[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[3] BOULOUIS N., « Confiance et loyauté des relations contractuelles dans le contentieux des contrats publics », *in* O. Renaudie et C. Teitgen-Colly (dir.), *Confiance et droit public*, *op. cit.*, p. 212 : « Exigence. Parce que ce n'est pas un principe général du droit, ni une règle générale applicable à tous les contrats administratifs ».

[4] BOULOUIS N., « Confiance et loyauté des relations contractuelles dans le contentieux des contrats publics », *in* O. Renaudie et C. Teitgen-Colly (dir.), *Confiance et droit public*, *ibid.*, p. 212.

[5] CE, 11 avril 2014, *Cne de Montreuil*, n°375051 ; *AJDA*, 2014, p. 825, note D. Poupeau ; *AJCT*, 2014, p. 449, obs. S. Hul ; *RTD. com.*, 2014, p. 567, obs. G. Orsoni ; *CMP*, 2014, comm. 170, note P. Devillers ; *AJDA*, 2015, p. 1729, note O. Agnus.

des limites temporelles du contrat ». Par conséquent, le moyen soulevé par le candidat évincé d'une procédure de passation d'un contrat de la commande publique et relatif au manquement à la loyauté était « *voué au rejet* »[1]. Autrement dit, la loyauté ne concerne que la relation contractuelle en cours d'exécution, c'est-à-dire de la signature du contrat jusqu'à son terme.

Dès lors, l'on ne peut faire montre de loyauté qu'au contrat administratif en cours d'exécution. Il n'y aurait donc, contrairement au contrat de droit privé, de loyauté ni en amont du contrat ni après le terme de son exécution. Il existe alors en droit public une conception propre de la loyauté. L'on peut imaginer que la conception de la loyauté que retient le Conseil d'État ne doit pas être comprise comme interdisant la déloyauté durant l'exécution et ne s'y intéressant pas dans les relations précontractuelles et au-delà du contrat. Autrement dit, la loyauté comme « *exigence* » est pensée comme un instrument contentieux ne trouvant, en l'état actuel du droit, à déployer explicitement ses effets que dans le cadre d'un recours en contestation de validité.

32. Pour autant, nous démontrerons d'une part qu'il existe une loyauté diffuse tout au long de la vie du contrat. Non plus seulement instrument contentieux, cette loyauté se devine à travers certaines pratiques de l'Administration. D'autre part, que la position du Conseil d'État sur le périmètre de la loyauté peut parfaitement évoluer. En tout état de cause, rien ne l'interdit. À ce titre, Bertrand Dacosta dans ses conclusions précitées et tout en proposant le rejet du moyen de cassation, reconnaissait que la question de l'extension du périmètre de la loyauté méritait d'être posée[2]. De nombreux auteurs, à l'appui notamment des évolutions récentes en droit privé des contrats, souhaitent d'ailleurs un décloisonnement pour que la loyauté s'applique dès la phase précontractuelle[3].

33. Ainsi circonscrite, le Conseil d'État entend depuis dix ans maintenant faire jouer à la loyauté des relations contractuelles un rôle qu'en recours des parties contractantes. Quelles conclusions en tirer ?

De prime abord, l'on pourrait considérer que la loyauté ne peut utilement être invoquée dans aucun autre contentieux que le recours en contestation de validité du contrat à l'initiative

---

[1] DACOSTA B., « Concl. sur CE, 11 avril 2014, *Cne de Montreuil*, préc. ».
[2] DACOSTA B., « Concl. sur CE, 11 avril 2014, *Cne de Montreuil*, préc. ».
[3] V. notamment : VILA J.-B., « Le compte prévisionnel d'exploitation et la loyauté précontractuelle en délégation de service public », *JCP Adm.*, 2015, comm. 2232 ; RICCI J.-CL., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, Sirey, coll. « Université », 2018, p. 58 : « le principe de loyauté contractuelle est jugé inapplicable "à la phase de passation des contrats" ce qui est très regrettable ».

d'une partie. Par conséquent, les atteintes à « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[1] ne peuvent être opposées qu'aux cocontractants.

Cependant, si la loyauté comme nous venons de le préciser peut être amenée à déborder en amont du contrat, cela signifie que sa violation pourrait être utilement invoquée dans le cadre notamment d'un référé précontractuel. Dès lors, ce n'est pas tant la nature du recours qui restreint la loyauté que la personne du requérant. En l'état actuel du droit, la loyauté ne peut être opposée qu'aux cocontractants en cours d'exécution du contrat. Si à l'avenir la loyauté débordait en amont du contrat, la loyauté pourra certes toujours être opposée aux cocontractants mais également à ceux qui aspirent à signer le contrat administratif. Plus spécialement, la loyauté en amont du contrat pourrait être invoquée par le candidat évincé à l'appui de sa demande d'annulation de la procédure et donc s'opposer à l'acheteur ou à l'autorité concédante.

Dès lors, les tiers qui ne sont pas recevables à exercer un référé précontractuel et qui ne sont bien évidemment pas des parties, ne seront vraisemblablement jamais concernés par la loyauté. En effet, sauf à ce que le Conseil d'État s'aventure à créer une nouvelle exigence ou un principe innovant de loyauté au service public dont les contours seraient encore plus indéterminés que la loyauté des relations contractuelles, l'on peine à imaginer – sauf peut-être dans des hypothèses très spécifiques – comment le tiers pourrait être victime d'une déloyauté.

Les conséquences pourtant normatives de la loyauté des relations contractuelles dans le quotidien de l'action administrative.

34. Pensée et construite pour déployer ses effets dans l'unique cadre d'un recours en contestation de validité initié par une partie, la pratique de la loyauté au prétoire semble avoir des effets concrets dans la pratique quotidienne de l'action administrative. Précisément, la pratique contentieuse de l'instrument qu'est la loyauté a des conséquences normatives. Cela signifie que si le juge refuse d'annuler ou d'écarter un contrat administratif alors que celui-ci a été signé en violant les règles de la commande publique, l'action administrative tend à s'aligner sur cette réalité. Si notre hypothèse est correcte, l'on peut considérer que la dimension contentieuse de la loyauté des relations contractuelles est déjà, en soi, de nature à influer sur les comportements quotidiens et donc hors contentieux de l'administration contractante y compris au stade de l'exécution.

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

35. En 1922, Gaston Jèze se demandait : « *les actes administratifs ne doivent-ils pas être tout à fait corrects pour produire leurs effets ?* »[1]. Près d'un siècle plus tard, le président de la Cour administrative d'appel de Marseille s'interroge à son tour : « *ainsi, nombre d'illégalités n'entraînent aucune conséquence, soit en raison des règles tenant à l'intérêt pour agir, soit en raison de celles tenant au principe de loyauté. Bien sûr, on comprend que les erreurs vénielles de procédure échappent à la censure radicale de l'annulation du contrat. Pour autant, est-il acceptable que le contrat continue à régler les relations entre parties, alors même qu'aucune mesure de publicité et de mise en concurrence n'a été mise en œuvre ? Il est vrai que la stabilité des relations contractuelles constitue un objectif d'intérêt général. Mais la sanction des illégalités n'a-t-elle pas la même nature ? Et le Conseil d'État n'est-il pas en train de faire passer ce rôle social des juridictions administratives, le cœur de leur activité, au second plan ? Dès lors que la plupart des illégalités qui ne sont pas neutralisées sont régularisables, pourquoi l'administration devrait-elle s'efforcer d'agir légalement ?* »[2].

C'est sur la base de ces termes que pourrait avoir lieu, si nous l'imaginons, une rencontre passionnante entre un illustre professeur du XXe siècle et le président d'une juridiction administrative de nos jours, à une période marquée par un paradigme stabilisateur des situations juridiques même irrégulières. Que se diraient-ils ? Gageons que Laurent Marcovici répondrait au professeur Jèze, tout en le regrettant certainement, que les contrats administratifs n'ont plus besoin d'être « *tout à fait corrects* » pour continuer à « *produire leurs effets* ». Mais encore, la question que Jèze se posait en 1922 a peut-être été au cœur des débats le 28 décembre 2009, au Palais-Royal, au moment où l'Assemblée du contentieux a fait connaître sa décision *Commune de Béziers*[3].

36. Nous avons montré que la fin de l'état de crise du contrat administratif signifie son passage dans l'ère d'une conception renouvelée du droit. Celui-ci n'étant plus une fin en soi mais un instrument, l'on peut légitimement s'interroger sur la conception que se font les personnes publiques de la légalité administrative, des règles du droit des contrats administratifs et de la commande publique notamment[4]. Autrement dit, ces règles sont-elles nécessaires ou ne sont-elles finalement que des freins à l'action administrative ? Le sens juridique s'oppose-t-il à une forme de bon sens administratif ?

---

[1] JÈZE G., « Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en droit public français », *RDP*, 1922, p. 393.
[2] MARCOVICI L., « Sauvons l'arrêt *Martin* ! », *AJDA*, 2013, pp. 1298-1299.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] LAFAIX J.-F., « Réflexions sur la sanction des règles relatives aux procédures de passation des contrats publics », *RFDA*, 2010, p. 85.

37. À l'aune de la pratique contentieuse de la loyauté des relations contractuelles depuis la décision *Manoukian*[1], l'examen du droit positif montre que le juge répugne « *en principe* » à reconnaître l'opérance des manquements aux procédures de passation des contrats administratifs. De prime abord, l'on pourrait alors considérer que les personnes publiques n'ont plus besoin de respecter les procédures de passation. Or, il nous serait reproché de ne pas avoir intégré l'architecture globale du contentieux des contrats administratifs. Véritable « *jardin à la française* »[2] d'après Gilles Pellissier, les manquements aux procédures de passation n'intéresseraient en définitive que les tiers. Il existerait des voies préférentielles au cœur desquelles le moyen qui n'est pas opérant pour les parties le deviendrait pour les tiers dans le cadre d'un référé précontractuel ou d'un recours *Département de Tarn-et-Garonne*[3]. Dans une étude récente, un président de juridiction administrative a montré que le recours en contestation de validité contre le contrat à destination des tiers ne conduisait qu'à de très rares hypothèses le juge à annuler le contrat[4].

38. Par voie de conséquence, la pratique contentieuse de la loyauté des relations contractuelles a nécessairement des effets dans la conduite quotidienne de l'Administration. Les manquements aux procédures de passation n'étant pas opérants dans le cadre d'un recours des parties et n'entraînant pour ainsi dire jamais l'annulation de la procédure en référé ou du contrat directement dans le cadre d'un recours des tiers, Laurent Marcovici s'inquiète à raison[5] : pourquoi l'Administration devrait-elle continuer d'agir légalement ? Ou plutôt, dans quelle mesure l'Administration devrait-elle s'inquiéter de ne pas agir légalement ?

38-1. Cette réflexion dépasse très largement le cadre des contrats administratifs et son contentieux et interroge sur l'existence d'une politique jurisprudentielle globale du juge administratif. Ce faisant, *Commune de Béziers*[6] et la loyauté des relations contractuelle s'inscrivent dans une tendance de « *profonde mutation* »[7] de l'office du juge. Si la présente

---

[1] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.
[2] PELLISSIER G., « Concl. sur CE, 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche [SMPAT]*, n°398445 ».
[3] CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n°358994 : *Rec.*, p. 70 ; *Dr. adm.*, 2014, comm. 36, note F. Brenet ; *JCP Adm.*, 2014, comm. 2152, note J.-F. Sestier ; *ibid.* comm. 2153, note S. Hul ; *CMP*, 2014, repère 5, note F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *ibid.,* étude 5, obs. Ph. Rees ; *JCP G.*, 2014, doctr. 732, étude P. Bourdon ; *Procédures*, 2014, alerte 26, note M.-Ch. Rouault ; *RFDA*, 2014, p. 425, concl. B. Dacosta ; *ibid.,* p. 438, note P. Delvolvé ; *AJDA*, 2014, p. 1035, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; *RDI*, 2014, p. 244, note S. Braconnier ; *RJEP*, 2014, comm. 31, note J.-F. Lafaix ; *LPA*, 20 juin 2014, p. 13, note S. Douteaud ; *AJCT*, 2014, p. 375, obs. S. Duyens.
[4] DEVILLERS P., « Il faut sauver le contrat public – opération réussie ? », *CMP*, 2019, repère 5.
[5] MARCOVICI L., « Sauvons l'arrêt *Martin* ! », art. *op. cit.*, p. 1299.
[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[7] BAILLEUL D., « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA*, 2004, p. 1630.

étude est consacrée au contentieux des cocontractants, la contextualisation de la décision *Commune de Béziers*[1] dans son environnement jurisprudentiel nous semble importante. À ce titre, des points communs saisissants existent bel et bien lorsque l'on compare l'évolution contemporaine du recours pour excès de pouvoir et celle du contentieux des parties à un contrat administratif. Le professeur Benjamin Defoort a ainsi souligné que la transformation de l'office du juge de l'excès de pouvoir pour qu'il soit bien plus attentif de la stabilité des actes[2].

En effet, en l'état actuel du droit positif, le temps n'est plus au lien indissociable[3] de la sanction par l'annulation en présence d'une irrégularité. L'inefficacité juridique de l'acte n'est plus « *la sanction naturelle et logique* »[4], elle n'est qu'une possibilité. Le juge administratif, qu'il s'agisse du juge du plein contentieux ou celui de l'excès de pouvoir, semble protéger davantage désormais la sécurité juridique[5] sous l'angle de la stabilité que le principe de légalité[6]. Autrement dit, le lien qui était indissociable entre l'irrégularité et la sanction par l'annulation est de plus en plus distendu.

Ainsi, le juge administratif dans le contentieux de la légalité des actes administratifs opère une distinction entre les irrégularités substantielles et celles considérées comme étant de pure forme[7]. L'irrégularité est « *substantielle* » selon le Président Odent si « *elle peut avoir une influence sur le sens de la décision à prendre ou bien si elle constitue une garantie pour les*

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[2] DEFOORT B., « Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents », *RFDA*, 2018, pp. 1071-1072 : « Il s'est agi aussi, dans un même mouvement, d'éviter que la saisine du juge n'aboutisse inutilement – ou de manière trop perturbatrice de la sécurité juridique – à des annulations qui auraient pu être évitées ».

[3] MAMOUDY O., « Juger de la légalité, sanctionner l'illégalité », *in* B. Defoort, B. Lavergne (dir.), *Juger de la légalité administrative. Quels(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, LexisNexis, 2021, p. 243.

[4] JÈZE G., « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », *RDP*, 1913, p. 296.

[5] PELLISSIER G., « Juger de la légalité et sécurité juridique », *in* B. Defoort, B. Lavergne (dir.), *Juger de la légalité administrative. Quels(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, *op. cit.*, p. 189 : « Des liens essentiels ont toujours existé entre légalité, et en particulier son contrôle juridictionnel, et la sécurité juridique. Mais l'importance croissante prise par la seconde dans le cadre de l'extension continue du premier a conduit d'une part à consacrer explicitement la sécurité juridique parmi les composantes de la légalité, d'autre part à réajuster l'équilibre entre ces deux objectifs fondamentaux de l'État de droit ».

[6] SEILLER B., « Sécurité juridique et office du juge administratif », *RFDA*, 2016, p. 765.

[7] Pour des développements plus amples sur ce point, V. notamment : HOSTIOU R., *Procédure et Formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, th. Rennes, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 119, 1975, pp. 255-273 ; CALOGEROPOULOS A., *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, th. Paris II, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 145, 1983, pp. 187-249 ; LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. *op. cit.*, pp. 76-141 ; BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, th. *op. cit.,* pp. 347-359.

intéressés »[1]. Dès lors, pour que l'irrégularité soit en mesure d'être traitée par le juge, elle doit être « *appréciable* », c'est-à-dire qu'elle doit être à la fois « *substantielle et préjudiciable* »[2]. Il faut que l'objet même de la règle juridique ait été violé pour que l'on soit en présence d'une irrégularité substantielle[3]. En d'autres termes, il faut que l'irrégularité touche à la substance même de la règle violée.

Le juge de la légalité se reconnaît désormais compétent pour moduler dans le temps les conséquences de l'anéantissement de l'acte administratif[4], de procéder à des substitutions de motifs[5] voire de régulariser un acte administratif illégal à la suite d'une irrégularité de pure forme ou de procédure[6]. La jurisprudence *Danthony*[7] a contribué à dégager une nouvelle lecture du vice de procédure qui doit avoir été « *susceptible d'exercer* […] *une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie* » pour conduire le juge à annuler l'acte.

En outre, par son arrêt *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*[8], le Conseil d'État a réduit drastiquement les moyens qu'un requérant peut soulever à l'encontre d'un acte réglementaire devenu définitif dans le cadre d'une exception d'illégalité ou dans le cadre d'un recours contre le refus de l'abroger.

---

[1] ODENT R., *Contentieux administratif*, *op. cit*., p. 432.
[2] BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, th. *op. cit*., p. 346.
[3] V. notamment : LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. *op. cit*., p. 111 et s. ; BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, th. *op. cit*., p. 348.
[4] CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n°255886 et n°255892 : *Rec.* p. 197, concl. C. Devys ; *AJDA*, 2004, p. 1183, chron. J.-E. Schoetti ; *D.*, 2004, p. 1499, et les obs. ; *ibid.*, p. 1603, chron. B. Mathieu ; *ibid.*, 2005, p. 26, obs. P.-L. Frier ; *ibid.*, p. 2187, obs. C. Willmann, J.-M. Labouz, L. Gamet et V. Antoine-Lemaire ; *Just. & cass.*, 2007, p. 15, étude J. Arrighi de Casanova ; *Dr. soc.*, 2004, p. 762, étude P. Langlois ; *ibid.*, p. 766, note X. Prétot ; *RFDA*, 2004, p. 438, note. J.-H. Stahl et A. Courrèges ; *ibid.*, p. 454, concl. C. Devys.
[5] CE, sect., 6 février 2004, *Mme Hallal* ; *AJDA*, 2004, p. 436, chron. F. Donnat et D. Casas.
[6] CE, sect., 1er juillet 2016, *Cne d'Émerainville et syndicat d'agglomération nouvelle de Marne-la-Vallée-Val-Maubuée*, n°363047 et n°363134.
[7] CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et autres*, n°335033, Lebon p. 649 ; *JCP Adm.*„ 2012 n°13, comm. 2089, C. Broyelle ; *AJDA,* 2012, p. 1609, tribune B. Seiller ; *RFDA,* 2012, p. 284, concl. G. Dumortier ; n°335033, *Danthony*, Lebon p. 737 ; *AJDA,* 2012, p. 7 ; *ibid.* p. 195, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *D.,* 2013, p. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot.
[7] CE, 18 mai 2018*, Fédération des finances et de affaires économiques de la CFDT*, préc.
[8] CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, n°414583 ; *RFDA*, 2018, p. 649, concl. A. Bretonneau ; *ibid.,* p. 662, note D. de Béchillon ; *ibid.*, p. 665, note P. Delvolvé ; *Dr. adm.*, 2018, repère 7, note B. Plessix ; *JCP Adm.*, 2018, act. 469, note M. Touzeil-Divina ; *AJDA*, 2018 p. 1009 ; *ibid.* p. 1206, chron. S. Roussel et Ch. Nicolas.

Par voie de conséquence, si certaines formalités sont « *sanctuarisées* »[1], d'autres le sont nettement moins. L'on pourrait même aller jusqu'à les qualifier « *d'indicatives* »[2], car n'entraînant aucune incidence après l'expiration du délai de recours sur le fond en cas de violation. En substance, il s'agit d'une technique de privation d'efficacité de certaines irrégularités[3].

Le constat est identique lorsque l'objet d'étude est le contentieux des parties à un contrat administratif depuis *Commune de Béziers*[4]. Aux irrégularités qui conduisaient au constat de la nullité du contrat a succédé un cycle contentieux au cœur duquel « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* » empêche que les contrats administratifs même irréguliers soient annulés par voie d'action ou écartés par voie d'exception.

5) Les hypothèses de la recherche

39. La matière étudiée est le contentieux des contrats administratifs, et notamment les contrats de la commande publique, qui peuvent être contestés dans le cadre d'un recours en contestation de validité par une partie. Dès lors, le cas particulier des contrats de recrutement des agents publics doit être exclu de notre étude. Précisément, le recrutement de l'agent public aurait été « *vidé de sa substance contractuelle* »[5] pour que son régime ressemble davantage à celui de l'acte administratif unilatéral. Emmanuel Glaser avait d'ailleurs bien précisé dans ses conclusions en 2009 que l'office du juge du contrat ne coïncidait pas avec celui du « *juge du contrat de la fonction publique* »[6] prévu par la jurisprudence *Cavallo*[7].

40. La présente étude a été réalisée après examen du droit positif et construction d'un *corpus* de décisions qui est devenu le cœur même de notre analyse. Il est constitué de l'ensemble des

---

[1] BROYELLE C., « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif », *JCP Adm.*, 2012, comm. 2089.
[2] ISAAC G., *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 79, 1968, p. 294.
[3] DOUTEAUD S., « Jurisprudence *Danthony* : théorie des moyens inopérants, des formalités non-substantielles ou des vices non substantiels ? », *RFDA,* 2018, p. 109.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] TAILLEFAIT A., « Réflexions sur la loyauté des relations contractuelles entre l'administration et son agent », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, *op. cit.*, p. 286.
[6] GLASER E., « L'office du juge du contrat », *RFDA*, 2010, p. 516.
[7] CE, sect., 31 décembre 2008, *Cavallo* : *Rec.*, p. 481, concl. E. Glaser ; *RFDA*, 2009, p. 89, concl. E. Glaser ; *AJDA*, 2009, p. 142, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *Dr. adm.*, 2009, comm. 29, note F. Melleray ; *JCP Adm.*, 2009, comm. 2062, note D. Jean-Pierre.

arrêts et avis contentieux ainsi que consultatifs rendus par le Conseil d'État ainsi que les arrêts des Cours administratives d'appel dans le cadre d'un recours en contestation de validité d'un contrat administratif sur la période 2009-2021. En effet, la nouvelle règle jurisprudentielle issue de la décision *Commune de Béziers*[1] lue le 28 décembre 2009 n'ayant pas été modulée, elle s'appliquait immédiatement, y compris aux affaires en cours. C'est ainsi par exemple que, dès le 31 décembre 2009, la Cour administrative d'appel de Nantes appliquait la nouvelle jurisprudence sur la loyauté[2]. Les décisions des tribunaux administratifs, à l'exception de certaines, ne seront en revanche pas utilisées dans la mesure où elles ne sont pas disponibles dans la base donnée *Légifrance* et ne sont pour la plupart pas commentées par la doctrine dans les revues juridiques spécialisées. Bien évidemment, des décisions antérieures feront elles aussi, l'objet d'un examen lorsqu'elles seront de nature à éclairer notre analyse du droit positif. Comme souvent, les conclusions des commissaires du gouvernement devenus rapporteurs publics[3] ont été une source précieuse pour comprendre les évolutions de la matière[4]. Pour enrichir l'analyse, lorsque cela était rendu nécessaire, nous nous sommes également servis de la méthode « *des ponts interdisciplinaires* »[5] du Doyen Hauriou pour comparer le contrat administratif et le contrat de droit privé mais aussi le droit interne français avec le droit de l'Union européenne et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

41. Après une décennie d'application de la jurisprudence *Commune de Béziers*[6], la loyauté des relations contractuelles a évolué. Non plus cantonnée au contrôle de l'imputabilité du moyen d'irrégularité invoqué, elle est au contraire marquée par sa grande diversité. Dimensions subjective et objective, toutes deux ont été perfectionnées par le Conseil d'État et les propositions des rapporteurs publics. En 2009[7] donc, le Palais-Royal a doté le juge du contrat d'un nouvel instrument contentieux. Cependant, il l'a aussi investi d'une mission

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CAA Nantes, 31 décembre 2009, *SCA Dalkia France*, n°09NT00343.
[3] Article 1er du décret n°2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions, *JORF*, n°6, 8 janvier 2009, p. 479.
[4] BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, th. *op. cit.*, p. 74 : « La doctrine et la jurisprudence seront parfois critiquées, parfois applaudies, au cours de l'étude. Quoi qu'il en soit, l'auteur de ces lignes a bien conscience de ce qu'il doit à ceux qui, auteurs ou juges, l'ont précédé. Même dans leurs opinions ou décisions divergentes, tous ont apporté une contribution à la rédaction de cette étude, notamment, par la contradiction qu'ils ont pu susciter ».
[5] SFEZ L., *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, th. Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », th. *op. cit.,* pp. 262 et s.
[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[7] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

capitale érigée en objectif principal : mettre fin à l'état de crise du contrat et œuvrer en faveur de la stabilité des relations contractuelles.

42. L'expérience de plus de dix ans d'application de la loyauté des relations contractuelles sur près de quatre cents arrêts nous permettra de ***déterminer si l'entreprise débutée en 2009 de sécurisation des contrats administratifs même irréguliers est accomplie***. Pour y parvenir, il nous faudra préalablement identifier avec précision ce que recouvre, d'une part, le terme de « *loyauté* », et d'autre part la loyauté des relations contractuelles comme « *exigence* ». Comme nous l'avons montré, la loyauté est une notion fuyante. Confondue avec la bonne foi, l'arrêt *Commune de Béziers*[1] interroge quant à l'utilisation de la notion. S'agit-il d'une notion comportementale ou est-elle strictement cantonnée dans un carcan procédural ? Suivant la même démarche, la loyauté n'est-elle qu'une « *exigence* » où prend-elle l'apparence d'un véritable principe ? Ce n'est que par une analyse fine de la notion que nous pourrons ensuite – et seulement ensuite – déterminer ses fonctions en contentieux des parties contractantes. L'analyse de notre *corpus* de décisions montrera si, à l'aune de moyens qui justifiaient avant 2009 le constat de la nullité du contrat, conduisent depuis lors le juge administratif saisi par une partie contractante à annuler le contrat par voie d'action ou à l'écarter pour trancher le litige par voie d'exception. L'examen de l'ensemble des arrêts mobilisant la loyauté des relations contractuelles en contentieux des parties montre que l'essentielle des irrégularités sont par voie d'action soit immédiatement neutralisées, soit n'entraîneront que dans les cas les plus rares l'annulation du contrat. Par voie d'exception, les arrêts dans lesquels le juge écarte le contrat pour trancher le litige sont également réduits à de très rares hypothèses. Par voie de conséquence, « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* » est atteint grâce au filtre de la loyauté.

Ensuite seulement, une fois démontrée la réussite du juge du contrat dans la mission qui lui a été impartie, il s'agira ***d'apprécier si l'opération de stabilisation des contrats administratifs même irréguliers n'est pas excessive au regard du principe de légalité***. Pour le déterminer, nous montrerons que « *la tolérance juridictionnelle* »[2] face à l'irrégularité contractuelle dans la mise en œuvre d'une loyauté aux contours variables est à l'origine d'un recul inquiétant de la légalité au stade de la formation du contrat. L'essentiel des moyens soulevés par les requérants n'est soit pas traité par le juge administratif car la loyauté l'empêche par voie d'action. Ou par voie d'exception, le juge du contrat ne leur reconnait pas une gravité

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] GRABIAS F., *La tolérance administrative*, th. *op. cit.*, p. 13.

suffisante pour justifier de régler le litige en dehors du champ de la responsabilité contractuelle. La loyauté des relations contractuelles neutralise en effet des pans entiers d'irrégularités dont notamment les vices trouvant leur origine au stade de la passation du contrat alors que le droit européen de la commande publique en font des principes cardinaux. De la même manière, l'appréciation que le juge du contrat réalise en matière de vice d'incompétence montre comment cette irrégularité n'entraîne pour ainsi dire plus la disparition du contrat. Par voie de conséquence, des pans entiers d'irrégularités ne conduisent plus le juge administratif saisi par une partie contestant la validité de son propre contrat à y apporter une sanction. Le principe de légalité cède sous le poids de la stabilité des relations contractuelles érigée en « *objectif* ». Enfin, nous examinerons les évolutions en cours et anticiper celles à venir[1], conséquences de l'indétermination du champ d'application de la loyauté.

Cette problématique nous conduit à adopter un plan en deux parties étroitement liées : en premier lieu, il s'agira de procéder à l'examen de la loyauté des relations contractuelles comme instrument de stabilisation du contrat administratif en contentieux des parties **(Première partie)**, puis, en second lieu, d'analyser l'excessivité de la stabilisation **(Seconde partie)**.

<u>Première partie</u> : La loyauté des relations contractuelles, instrument de stabilisation des contrats administratifs.

<u>Seconde partie</u> : La loyauté des relations contractuelles, instrument excessif de stabilisation des contrats administratifs.

[1] MELLERAY F., « Les cycles de la jurisprudence administrative », in *La scène juridique : harmonies en mouvement. Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, *op. cit.*, p. 439 : « Les réactions à tout le moins contrastées suscitées par le récent arrêt *CFDT Finances*, où le Conseil d'État a réduit la liste des moyens de légalité externe invocables par voie d'exception contre un règlement ou dans le cadre d'une demande d'abrogation de celui-ci, démontrent sans doute <u>une prise de conscience que la somme des évolutions privilégiant la sécurité juridique va probablement un peu trop loin</u> » [nous soulignons].

Première Partie

LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES, INSTRUMENT DE STABILISATION DES CONTRAT ADMINISTRATIFS

43. Le règne de l'anéantissement automatique de la relation contractuelle a contribué à la prise de conscience de la doctrine et du Conseil d'État lui-même quant à une nouvelle et nécessaire transformation de la pratique des recours des parties contractantes[1]. Le conseiller d'État Bertrand Dacosta a parfaitement décrit les conséquences de l'état de crise du contrat. Comme il le relevait, le recours en déclaration de nullité « *suscitait quelques effets pervers ou quelques dérives, puisqu'en réalité cette approche du contentieux contractuel permettait assez facilement aux parties de se désengager de leurs obligations, motifs pris de n'importe quelle illégalité même la plus vénielle, et avec la complicité tacite du juge puisque c'était la jurisprudence de l'époque* »[2]. La « *révolution* »[3] savamment pensée et mise au point par le juge lui-même a profondément restructuré[4] l'architecture du contentieux contractuel[5]. À ce titre, et comme l'a parfaitement expliqué l'ancien Vice-Président du Conseil d'État Jean-Marc

---

[1] V. notamment : LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. *op. cit.*, p. 1 ; LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », *RFDA*, 2010, p. 1089 : « Si le droit a vocation à la stabilité, c'est parce qu'il repose sur un équilibre. La continuité de la règle de droit est le signe de son adéquation aux intérêts sociaux. Dans ces conditions, la fréquence des évolutions marquant le droit du contentieux des contrats administratifs traduit l'absence d'équilibre de la matière et l'insatisfaction que son état suscite de façon récurrente ».

[2] DACOSTA B., « La gestion des illégalités du contrat administratif – L'analyse du juge administratif », *in* C. Teitgen-Colly (dir.), *Les figures du juge administratif*, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2015, p. 44.

[3] AUBY J.-B., « Ancien régime et Révolution dans le contentieux contractuel », art. *op. cit.*, p. 1 ; BRACONNIER S., « Contentieux des contrats : le choc de sécurisation ? », art. *op. cit.*, p. 945.

[4] GUYOMAR M., SEILLER B., *Contentieux administratif*, Dalloz, 4e éd., 2017, p. 138 : « L'office du juge a été récemment profondément transformé ».

[5] MÉNÉMÉNIS A., « Le juge administratif : fragments pour un portrait », art. *op. cit.* : « Qu'on les doive au hasard ou à une démarche concrète du juge, il est des moments privilégiés où une série d'arrêts trace, en peu de temps, les contours d'une nouvelle jurisprudence, dont on devine qu'elle est à la fois le résultat d'une longue maturation, puisant sa source à de multiples influences, et un point de départ ».

Sauvé, la décision *Commune de Béziers*[1] a contribué en définitive à mettre fin au « *"tout ou rien" c'est-à-dire du diptyque annulation/rejet* »[2].

Le juge du contrat, « *gardien de la loyauté contractuelle* »[3], est habité depuis lors par la protection de « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[4]. Contrairement au « *tout-légalité* » qui primait durant l'état de crise, le juge porte désormais une attention toute particulière à la pérennité de l'exécution des conventions[5] qui a conduit à « *l'immunité de principe du contrat* »[6] et au « *sacrifice du principe de légalité* »[7]. Conséquence immédiate du changement de paradigme, le juge du contrat est devenu véritablement le gardien de la stabilité des contrats en agissant de façon plus mesurée et équilibrée sur les irrégularités soulevées, tant par voie d'action que par voie d'exception. Au « *subtil équilibre* » évoqué par le président Labetoulle[8] au sujet des rapports entre légalité et sécurité suit le « *juste équilibre* » mentionné par le conseiller d'État Mattias Guyomar[9]. En substance, il s'agit, conformément aux enseignements du président Odent et comme toujours en droit administratif, d'opérer une balance des intérêts entre d'une part le fonctionnement efficace de l'Administration et d'autre part la protection des administrés. Cette recherche d'un équilibre n'est certes pas nouvelle en droit et en contentieux administratifs. Elle se décline toutefois en matière contractuelle dans des termes nouveaux. Adaptée au contentieux des contrats administratifs, la restructuration évoquée avec, en clé de voûte, la stabilité des relations contractuelles met en balance avant tout l'efficacité des contrats signés et la protection du principe de légalité.

44. Ainsi, « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[10] révèle assurément le changement de politique jurisprudentielle mené par le Palais-Royal pour dépasser l'état de

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] SAUVÉ J.-M., « Le juge administratif face au défi de l'efficacité. Retour sur les pertinents propos d'un Huron au Palais-Royal et sur la "critique managériale" », art. *op. cit.*, p. 616.
[3] LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1091.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers,* préc.
[5] PLESSIX B., « Chronique droit administratif », *JCP G*, mars 2010, doctr. 365 : « Le Conseil d'État s'est enfin décidé à résoudre le sort des coups de tonnerre dans les ciels contractuels sereins ».
[6] LOUVARIS A., « La contestation contentieuse de la validité du contrat administratif par les parties : la loi des parties est la règle, sa censure l'exception », *ACCP*, avril 2015, p. 41.
[7] TAILLEFAIT A., « Réflexions sur la loyauté des relations contractuelles entre l'administration et son agent public », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public, op. cit.*, p. 286.
[8] LABETOULLE D., « Principe de légalité et principe de sécurité juridique », in *L'État de droit. Mélanges Guy Braibant*, Dalloz, *op. cit.*, p. 407.
[9] GUYOMAR M., « Peser. La recherche du juste équilibre », in *Les méthodes en droit administratif,* Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2018, p. 53.
[10] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

crise du contrat et le systématisme des constats de nullité[1]. La fin de l'état de crise du contrat démontre que les magistrats du Palais-Royal ont fait le choix, délibéré et fort[2], de la sécurité du commerce juridique[3]. L'office[4] d'un *véritable* juge avant tout du contrat doit – révélant alors assurément sa dimension téléologique[5] – lui permettre, après avoir apprécié l'irrégularité, de la neutraliser ou la traiter par l'intermédiaire de sanctions graduées et adaptées à l'intensité de l'irrégularité. Ici réside un élément essentiel de la métamorphose du contentieux des parties contractantes. Le juge du contrat n'est plus tenu de constater la nullité du contrat en présence de n'importe quel moyen d'irrégularité comme c'était le cas durant l'état de crise. Depuis l'arrêt *Commune de Béziers*[6], par voie d'action, « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* » contribue, dans une première étape, à filtrer l'invocation des moyens. Si l'invocation est loyale, la seconde étape impose au juge du contrat de traiter l'irrégularité. Cela signifie qu'il lui apportera le remède le plus adapté : neutralisation de l'irrégularité, régularisation de celle-ci, résiliation du contrat ou anéantissement de celui-ci. Tel est précisément le rôle joué par l'exigence de loyauté des relations contractuelles[7]. Ce faisant, cette loyauté est l'instrument indispensable concourant à la réalisation de « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[8].

---

[1] DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit.*, p. 24 : « [Il s'agit d'une] politique jurisprudentielle orientée pour endiguer le risque d'annulation d'un contrat prétendument irrégulier, qu'elle préserve l'opération projetée par les parties et qu'elle se réalise au moyen de techniques juridictionnelles ».

[2] CHABANOL D., *Le juge administratif*, LGDJ, coll. « Systèmes », 1993, p. 89 : « Contrairement à ce que certains attendent, ou espèrent, nous ne sommes que des juges. Je veux souligner par-là que nous n'avons pas pour mission de jouer les "chevaliers blancs" dans une société grise. Notre seule mission est de mettre fin à des litiges, litiges façonnés et délimités par les parties […]. C'est là une discipline rigoureuse et parfois difficile à supporter ».

[3] KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 256-257.

[4] V. notamment : NORMAND J., « Office du juge », *in* L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, p. 925 : « les fonctions, la ou les missions, dont le juge est investi, les divers aspects du rôle qui est le sien dans l'ordonnancement juridique [mais aussi les] pouvoirs et obligations qu'il exerce ou doit respecter dans l'accomplissement des fonctions qui lui sont dévolues » ; DARCY G., « Regard elliptique sur l'office du juge », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 291 : « [L'office signifie] le rôle qui leur est assigné, la charge qu'ils doivent remplir ».

[5] MEYNAUD-ZEROUAL A., *L'office des parties dans le procès administratifs*, th. dactyl., Paris II, 2017, p. 51 : « En tant qu'"instrument d'analyse" finaliste du droit, la notion d'office permet de mesurer l'adéquation entre l'office au sens strict et l'office au sens large : les pouvoirs reconnus et les devoirs assumés par le juge lui permettent-ils de réaliser les différentes missions que l'ordre juridique lui assigne ? ».

[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[7] DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit.*, p. 239 : « La loyauté présente des qualités qui la prédisposaient à devenir le procédé stabilisateur propre à discipliner la procédure contentieuse qu'il manquait au juge ».

[8] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

45. En étant l'instrument grâce auquel le juge administratif empêche de nombreux moyens d'irrégularité d'entraîner la disparition du contrat, l'exigence de loyauté des relations contractuelles est irrémédiablement liée à la stabilité des contrats administratifs. Il s'agit en définitive de la réponse du juge du contrat à l'appel lancé par Jean Rivero lorsqu'il expliquait comment l'*« une des fonctions essentielles du droit est de créer la sécurité ; or, il n'est pas de sécurité dans l'instabilité »*[1]. C'est ce qui explique la première fonction de la loyauté : son rôle de filtre des moyens invocables ou opérants.

46. Cependant, il ne faut pas résumer l'instrument qu'est la loyauté contractuelle à son rôle de filtre des moyens invocables ou opérants. Précisément, la loyauté ne saurait être réduite à un rempart contre l'irrégularité et l'anéantissement du contrat. Ses fonctions sont bien plus importantes et ses effets plus vastes. Si les conclusions d'Emmanuel Glaser et les chroniques de la doctrine institutionnelle considèrent que la loyauté est « *par nature* » ou « *naturellement* » liée au contrat[2], elle est également l'alliée nécessaire dans la réalisation de « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* ». Ainsi la loyauté est le vecteur d'une véritable métamorphose de l'attitude de deux protagonistes majeurs que sont les cocontractants et le juge du contrat[3]. Nous ne parlerons donc pas ici du recours des tiers au contrat, qui a connu également une transformation significative qui a eu pour objet et pour effet de contribuer à la stabilité des relations contractuelles. Nous n'aborderons donc que le contentieux des parties contractantes contestant la validité de leur propre contrat administratif.

---

[1] RIVERO J., « Le juge administratif, un juge qui gouverne ? », *D.,* 1951, chron., p. 21.

[2] V. notamment : GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 514 ; LIÉBER S.-J., BOTTEGHI D., « Le contrat public aurait-il (enfin) trouvé son juge ? », art. *op. cit.*, p. 143. *Contra* : LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1099 : « Il est tout de même étonnant que l'on ait si longtemps pu s'abstenir d'affirmer, et surtout méconnaître, quelque chose de si "naturel". C'est qu'en réalité, tout cela ne va pas de soi ».

[3] V. notamment : MÉNÉMÉNIS A., « Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », art. *op. cit.* : « L'arrêt *Béziers I* insiste, en premier lieu, sur "l'exigence de loyauté des relations contractuelles". La loyauté des relations contractuelles évoque la bonne foi, qui doit présider tout à la fois à l'interprétation des stipulations du contrat et à leur exécution. Cependant, dans la logique de la jurisprudence *Béziers*, il faut d'abord y voir, nous semble-t-il, une discipline pour le règlement des litiges devant le juge du contrat » ; LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.,* p. 367 : « la loyauté des relations contractuelles produit des effets aussi bien à l'égard des parties qu'à l'égard du juge. Elle empêche les parties de contester le contrat et elle oblige le juge à appliquer le contrat dans un litige opposant les parties » ; DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit.*, p. 229 : « La loyauté des parties est alors érigée en pierre angulaire d'un procédé inédit de stabilisation du contrat. pour que cette nouvelle exigence devienne un principe d'interdiction à l'égard des parties, il faut symétriquement considérer qu'elle est un principe d'action à destination du juge ».

Véritable « *clé de voûte* » du recours entre parties, « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[1] est l'outil juridique entre les mains du juge du contrat aux « habits »[2] retrouvés, lui assurant de redevenir l'interlocuteur privilégié des parties contractantes à l'occasion d'un litige. Si la décision *Commune de Béziers*[3] officialise son utilisation par le juge du contrat, elle n'est pas pour autant l'acte de naissance de la loyauté en droit des contrats publics. C'est par l'apport de la doctrine en effet que les prémices d'une loyauté ont commencé à germer bien avant 2009. Le professeur Christine Bréchon-Moulènes a consacré à cette question d'importants travaux dès 2004[4] et le professeur Pierre Bourdon a démontré que le principe de loyauté « *a toujours été implicitement admis* »[5], l'auteur s'inscrivant en contradiction avec une partie de la doctrine qui n'y a vu qu'une « *terre étrangère* »[6] au droit public. Le professeur Benoît Plessix, suivant la même démarche, a considéré que la réception de la théorie civiliste des vices du consentement en droit public démontre la protection d'une « *loyauté contractuelle* »[7].

47. Pourtant, la loyauté dont il a pu être question à travers ces travaux ne coïncide pas nécessairement avec celle finalement consacrée en tant qu'exigence par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État dans sa décision *Commune de Béziers*[8]. Si le réflexe a toujours été de se représenter la loyauté en droit public comme la pure transposition de celle prévalant en droit civil, il nous semble que ce n'est pas le cas avec l'avènement de « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[9]. Ces débats sur la qualité de la réception de la loyauté, de son adaptation au droit public ne sont en réalité que la conséquence de l'incertitude entourant la notion même de *loyauté*[10]. Très vague, connoté moralement, ce terme est en effet

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] GLASER E., « Les habits neufs du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 310.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] BRÉCHON-MOULÈNES CH., « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », in Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, op. cit., p. 441 : « Question inutile en matière de contrat administratif ? […] Et, pourtant, la question [de l'intégration de la loyauté contractuelle] est au cœur des réformes en cours avec le recul de la réglementation dans le cadre des marchés publics, la mise en place de nouvelles formes de partenariat, plus largement, l'internationalisation des contrats … ».
[5] BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, th. *op. cit*., p. 712.
[6] PETIT F., « Propos introductifs », *in* F. Petit (dir.), *Droit et loyauté*, *op. cit.*, p. 1.
[7] PLESSIX B. L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, th. op. cit., p. 211.
[8] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[9] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[10] BRÉCHON-MOULÈNES CH., « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », in Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, op. cit., p. 442 : « L'analyse n'est pas simple. Les définitions de la loyauté sont multiples : proche et distincte de notions voisines (bonne foi, probité, droiture, sincérité, franchise …, avec leurs contraires, dol, mauvaise foi, fraude, abus …). La loyauté entretient avec elle des relations complexes. De telle sorte que chacun en a sa propre définition, et donc sa propre grille de réflexion ».

ambigu et polysémique. Il parait d'emblée difficile d'entrevoir clairement ses conséquences concrètes en matière de technique juridique.

Par voie de conséquence, la rigueur de la démonstration conduit nécessairement à adopter une méthode d'analyse permettant d'appréhender au plus près de ses effets la notion de loyauté pensée par le Palais-Royal en 2009[1]. Le professeur François Brunet a rappelé que celui qui s'intéresse au champ d'application d'une norme doit nécessairement, au préalable, avoir délimité son sens. En effet, « *la détermination du champ d'application d'une norme est proprement cruciale pour envisager ensuite (mais ensuite seulement) sa portée exacte. C'est en délimitant le sens d'une norme que le juriste définit son champ d'application, lequel conditionne son applicabilité* »[2]. Ainsi, en levant certaines interrogations sur la délimitation du sens de la loyauté contractuelle **(Titre premier)**, nous pourrons mieux en saisir ses fonctions en contentieux des contrats administratifs **(Titre second)**.

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] BRUNET F., « Le champ d'application de la Charte de l'environnement. Variations sur le thème du juriste linguiste », *AJDA*, 2016, p. 1327.

Titre premier

L'IDENTIFICATION COMPLEXE DE L'EXIGENCE DE LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES

48. Que « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* » ait été découverte en 2009[1] ne suffit pas à rendre compte de son utilisation véritable. À ce titre, un auteur a pu dire que « *2009 n'est pas l'an I de la loyauté en droit public* »[2]. Comptant au rang des principes qui transcendent et qui irradient l'ensemble du droit positif[3], la loyauté se retrouve dans de très nombreuses disciplines. Pour preuve, un ouvrage a détaillé autant que possible toutes les « *figures* » de la loyauté en droit public[4]. Nous trouvons à cet égard de nombreuses références à la loyauté de la preuve en droit processuel[5], en droit public des affaires[6], en droit de la fonction publique[7], en droit fiscal[8], ou encore en droit constitutionnel[9]. En contentieux des contrats administratifs, si elle a pu être implicitement utilisée par le Conseil d'État avant 2009, c'est bien l'arrêt d'Assemblée *Commune de Béziers*[10] qui symbolise sa consécration.

Ainsi, lorsque les magistrats du Palais-Royal ont fait le choix de « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[11] dans le cadre du contentieux entre parties contractantes, ils ont

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] NIQUÈGE S., « Les figures de la loyauté en droit public. Propos introductifs », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public, op.cit*, p. 11.
[3] V. notamment : LOMBARD F., « Loyauté et contrat administratif », *in* F. Petit (dir.), *Droit et loyauté*, *op. cit.*, p. 39 : « Qu'elle s'y exprime de manière spectaculaire ou de manière plus subreptice elle innerve l'ensemble du droit positif » ; BARBIER H., « Un point sur le devoir de loyauté : existence, contenu et rayonnement », *RTD civ.*, 2019, p. 100.
[4] NIQUÈGE S. (dir.), Les figures de la loyauté en droit public, op. cit.
[5] V. notamment : DAUMAS V., « Liberté et loyauté de la preuve devant le juge administratif », *RFDA,* 2014, p. 924 ; VIGOUROUX CH., « Déontologie du juge administratif », *RFDA,* 2017, p. 8.
[6] NICINSKI S., « La réglementation des professions », *RFDA,* 2017, p. 68.
[7] V. notamment : JEAN-PIERRE D., *L'éthique du fonctionnaire civil*, th., LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 202, 1999, p. 6 ; PUPPO A., « La lutte contre le harcèlement moral dans la fonction publique », *AJFP,* 2002, p. 36.
[8] V. notamment : NOËL G., « La loyauté dans le couple "administration fiscale-contribuable" », in *Mélanges Cozian*, Litec, 2009, p. 81 ; COLLET M., « La loyauté en matière fiscale », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté, op. cit.*, p. 325.
[9] JENNEQUIN A., « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *RFDA,* 2009, p. 913.
[10] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[11] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

sciemment utilisé une norme à contenu variable[1]. Les nombreuses espèces appliquant la jurisprudence *Commune de Béziers*[2] n'ont pas contribué à révéler l'étendue de ce que recouvre la loyauté des relations contractuelles, de sa définition jusqu'à sa nature lorsqu'elle est utilisée par le juge du contrat[3]. En dépit de sa grande importance et à l'exception notable d'un article du professeur Benoît Plessix[4], l'étude de la loyauté en tant que notion juridique a été largement délaissée au lendemain de la décision *Commune de Béziers*[5].

Précisément, les auteurs ont préféré examiner l'évolution de l'office du juge du contrat[6]. Si « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[7] est le symbole du recours des parties contractantes revisité, aucune définition précise de la loyauté n'a été proposée par le Conseil d'État[8]. Cette notion brille par l'incertitude entourant sa définition et interroge nécessairement quant à son identification en droit des contrats administratifs. Dès lors, il est tentant de considérer que c'est la notion même de loyauté qui est source de nombreuses interrogations quant à sa détermination[9] et donc, par contamination, quant à la détermination de la loyauté contractuelle. Mobilisée certes de longue date en droit des contrats privés, la loyauté demeure malgré tout difficilement saisissable, notamment en raison de son association ou confusion avec la « *bonne foi contractuelle* ».

---

[1] CARBONNIER J., « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *in* Ch. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 100 : « la variabilité est une variabilité préparée d'avance : *l'intentionnalité* est inhérente à la variabilité ».
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] SESTIER J.-F., « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 453 : « La jurisprudence nouvelle en matière de loyauté dans l'exécution des contrats ne peut faire l'économie d'une telle grille d'analyse. Les hésitations auxquelles elle a donné lieu et dont il sera fait état reflètent un certain nombre d'interrogations ou d'incertitudes quant à la notion de loyauté ».
[4] PLESSIX B., « Chronique de droit administratif », art. *op. cit.*, pp. 676-677.
[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[6] SEILLER B., « La loyauté [hors] des relations contractuelles », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 435 : « Bien que relevé par de nombreux commentateurs de cette décision, cet aspect de la décision n'a guère retenu leur attention et c'est au considérable développement de l'office du juge du contrat qu'ils se sont pour l'essentiel intéressés ».
[7] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[8] SESTIER J.-F., « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.,* p. 453 : « Les hésitations auxquelles elle a donné lieu […] reflètent un certain nombre d'interrogations ou d'incertitudes quant à la notion de loyauté ».
[9] BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, th. Strasbourg, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2009, p. 165 : « La notion de coopération loyale fait l'objet de multiples réflexions doctrinales, parce qu'elle soulève des questions quant à sa nature, mais aussi parce que les notions qui peuvent être considérées comme ses dérivées sont diverses et nombreuses ».

49. En doctrine, il est fréquent de rencontrer alternativement les termes de « *loyauté* », de « *loyauté contractuelle* » ou encore de « *loyauté des relations contractuelles* ». La rigueur et la précision de la démonstration imposent d'examiner en détail ces termes. La « *loyauté* », lorsqu'elle est étudiée isolément, représente une norme comportementale empreinte de morale et qui, comme nous le verrons, impose la soumission de l'individu loyal au droit. La « *loyauté contractuelle* » est l'application de cette norme comportementale au contrat. Cependant, la « *loyauté contractuelle* » est duale.

Elle représente soit de manière générale la loyauté telle que mobilisée en droit des contrats, soit une manifestation spéciale de la loyauté en droit des contrats. Précisément, certains auteurs considèrent qu'il existe « *deux loyautés* »[1] que sont « *la loyauté du contractant* » et « *la loyauté contractuelle* »[2]. La « *loyauté du contractant* » embrasse l'ensemble des règles juridiques qui permettent au juge de sanctionner le comportement déloyal d'une partie contractante[3]. Il s'agit donc d'un impératif régissant la relation interpersonnelle des contractants. Est ainsi sanctionnée l'attitude déloyale du contractant qui se serait rendu coupable d'un abus de droit, d'un dol ou d'une fraude. La « *loyauté contractuelle* » quant à elle marque une objectivation du contrat qui se trouve inscrit dans l'ordre social[4].

50. En conséquence, la « *loyauté contractuelle* » en droit privé est « *un instrument d'adaptation du contrat en cours d'exécution aux circonstances de fait et de temps* »[5] qui conduit les parties contractantes à se soumettre à un certain nombre d'obligations positives que peuvent être la coopération, le renseignement ou encore la renégociation. Il s'agit d'obligations positives justifiant la rupture du contrat en cas de violation de ces règles. La « *loyauté des relations contractuelle*s » peut, comme nous le verrons, prendre plusieurs

---

[1] LE TOURNEAU PH., « Les deux loyautés », in *Dalloz Action*, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2018-2019, n°3124.91 : « La loyauté appliquée au contrat est ambigüe, comme l'est au fond le contrat lui-même, qui est à la fois un *lien* [un phénomène interpersonnel], et un *bien* [un phénomène réel], constituant une opération économique. Sous le premier aspect, la loyauté présente un aspect moral : *c'est la loyauté du contractant*. Mais le second suppose une *loyauté contractuelle*, une sorte de loyalisme dans son exécution ».

[2] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit.*, pp. 22-23.

[3] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *ibid.*, p. 27 : « La loyauté du contractant est envisagée ici sous aspect neutre, en ce sens qu'elle est définie par rapport à d'autres notions dont elle constitue la négation ».

[4] PILLEBOUT J.-F., *Recherches sur l'exception d'inexécution*, th. Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 119, 1971, p. 298 : « le contrat formé, ses effets subissent une sorte d'objectivation ; ce n'est plus seulement un lien personnel entre deux ou plusieurs personnes privées, mais une situation juridique qui intéresse l'ordre social ».

[5] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit.*, p. 83.

formes. En 2009[1], elle a été pensée comme une « exigence », mais elle connaît depuis d'autres qualifications comme le « *principe* », l'« *obligation* » ou le « *devoir* ». Nous pensons qu'en droit des contrats administratifs, « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[2] a été pensée comme une obligation négative consistant à ne pas tenter de rompre le contrat, malgré la présence d'une irrégularité.

La « *loyauté des relations contractuelles* » en droit des contrats a donc tous les aspects de la boîte de Pandore. Pour autant, « *pour s'inscrire dans un système de droit, la notion dite indéterminée doit rester déterminable* »[3]. En d'autres termes, l'incertitude entourant la définition de la loyauté **(Chapitre premier)** interroge tout autant que sa nature lorsqu'elle est mobilisée par le juge (**Chapitre second)**.

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun,* Seuil, coll. « La librairie du XXe siècle », 1994, p. 121.

Chapitre premier

L'INCERTITUDE ENTOURANT LA DÉFINITION DE LA LOYAUTÉ

51. Si la loyauté peine à recevoir une acception propre et contribue, logiquement, à la considérer comme souffrant d'une incertitude chronique, c'est en raison notamment de son « *sens insuffisant* » et « *fluctuant* »[1] qui « *ne peut manquer de désorienter le juriste cartésien* »[2]. Il nous semble cependant que « *la loyauté a besoin d'être spécifiée* »[3], c'est-à-dire d'être autonomisée[4], par rapport notamment à la bonne foi si l'on veut pouvoir en maîtriser aussi bien son objet que ses effets.

L'étude de la jurisprudence nous autorise à déduire qu'en droit des contrats administratifs, la loyauté contractuelle est un instrument mobilisé par le juge à l'occasion d'un contentieux en contestation de validité d'un contrat intenté par une partie contractante. C'est le choix que semble avoir retenu le Conseil d'État en 2009 dans la décision *Commune de Béziers*[5].

52. Pourtant, si l'on ose la comparaison de la loyauté contractuelle à une boîte de Pandore[6], c'est bien en raison de son imprécision originelle. Bercée à la fois par la fidélité à son engagement, des commandements moraux, et par le respect strict de la loi, la loyauté oscille entre la règle procédurale et la règle comportementale. Pour être en mesure d'avoir un regard précis sur ce qu'est la loyauté des relations contractuelles en droit des contrats administratifs, il nous revient au préalable de mettre en lumière les incertitudes originaires d'une telle notion.

---

[1] SEILLER B., « La loyauté [hors] des relations contractuelles », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, 439 : « Il en ressort deux impressions que confirme l'étude des textes et de la jurisprudence administrative y faisant référence : le sens de ce mot est à ce point indéfini qu'il conduit le plus souvent à l'associer à d'autres notions ; il est indéfini également en ce qu'il varie considérablement selon les usages qui en sont faits ».

[2] LEBORGNE A., « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.*, 1996, p. 537.

[3] BOURSIER M.-E., *Le principe de loyauté en droit processuel*, th. *op. cit.*, p. 3.

[4] HAGE-CHAHINE N., *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, th. Paris II, Éd. Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2017, p. 32 : « Scientifiquement, deux termes différents ne peuvent pas avoir un sens identique. La raison n'admet pas qu'une dualité puisse être ramenée à l'unité sans aucune justification ».

[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[6] PLESSIX B., « Chronique de droit administratif », art. *op. cit.*, p. 677.

Non seulement la loyauté en général peine à être distinguée de la bonne foi, mais de plus son interprétation semble être différente en droit privé et en droit public.

Ainsi, la difficulté à spécifier la loyauté contractuelle trouve son origine dans sa nature transversale, protéiforme[1] et donc polysémique **(Section première)**, nous imposant alors d'avoir un regard attentif à son utilisation et à sa mobilisation en droit des contrats administratifs **(Section seconde)**.

Section 1

LA POLYSÉMIE DE LA LOYAUTÉ, SOURCE D'INÉVITABLES INCERTITUDES

53. S'il semble acquis que la loyauté contractuelle connaît aujourd'hui une certaine forme de succès[2], il paraît aussi que la multiplicité des sens qu'on lui prête empêche d'en offrir une définition claire et précise[3]. En effet, principalement définie par la négative[4], la loyauté peine à être assise sur une acception positive solide. Qu'elle soit étudiée par les civilistes ou les publicistes, tous les auteurs se heurtent à la difficile caractérisation de la loyauté dans son rapport au droit[5].

---

[1] DEVIN G., « La loyauté : d'un monde à l'autre », *in* J. Laroche (dir.), *La loyauté dans les relations internationales*, *op. cit.*, p. 365 : « La loyauté n'existe pas, il n'existe que des loyautés. Variables, relatives, la loyauté est multi-dimensionnelle » ; WATHELET J., *La loyauté en droit de la propriété intellectuelle*, th. *op. cit.,* p. 19 : « La malléabilité et la nature protéiforme de la notion apparaissent comme ses qualités essentielles ».

[2] V. notamment : PERROT R., « La loyauté procédurale », *RTD. Civ.*, 2006, p. 151 : « la loyauté tend à devenir une tête d'affiche, tant chez certains auteurs qu'en jurisprudence […] » ; PLESSIX B., « Chronique de droit administratif », art. *op. cit.*, p. 676 : « Il est des grandes décisions dont on doit se féliciter […]. Le Conseil d'État s'est enfin décidé à résoudre le sort des coups de tonnerre dans les ciels contractuels sereins ».

[3] SEILLER B., « La loyauté [hors] des relations contractuelles », in *Mélanges Laurent Richer, op. cit.*, p. 438 : « Qu'est-ce que la loyauté ? La consultation des dictionnaires révèle la pluralité de sens d'un mot attesté depuis le XIe siècle, époque où il désignait une vertu prêtée aux chevaliers ».

[4] V. notamment : AYNÈS L., « L'obligation de loyauté », art. *op. cit.*, p. 195 : la loyauté s'opposerait donc à « la duplicité, l'attitude double, qui égare autrui et ruine ses prévisions » ; PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit.,* p. 27 : « La loyauté du contractant est envisagée sous son aspect neutre, en ce sens qu'elle est définie par rapport à d'autres notions dont elle constitue la négation » ; SESTIER J.-F., « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques,* art. *op. cit.*, p. 454 : « Les études sur la loyauté ont défini cette dernière par ses contraires davantage que positivement ».

[5] SEILLER B., « La loyauté [hors] des relations contractuelles », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 436 : « Il en ressort que la

Dès lors, l'analyse historique du terme « loyauté » est la méthode qui doit nous servir à la différencier d'autres notions avec lesquelles on la rapproche généralement, en particulier la bonne foi[1]. Les fondements de la loyauté sont d'ailleurs à l'origine de sa confusion originaire avec la bonne foi **(Paragraphe premier)**. Cette association systématique a conduit à une tentative d'autonomisation en droit privé qui ne nous semble pas satisfaisante **(Paragraphe second)**.

§1. LES FONDEMENTS DE LA LOYAUTÉ SOURCE D'UNE CONFUSION ÉVIDENTE AVEC LA BONNE FOI

54. L'avènement de la loyauté commande à celui qui en fait l'analyse un indispensable passage par la construction historique de la loyauté en droit[2]. Si l'origine médiévale de la loyauté ne fait pas de doute, le lien qu'elle entretient avec la *fides* de la Rome antique est prégnant. Ainsi, la loyauté, non autrement spécifiée, désigne : soit une forme de rectitude morale vis-à-vis d'autrui, soit la soumission de l'individu au droit. À ce titre, il existe une origine duale de la loyauté source de sa confusion avec la bonne foi contractuelle : l'une supposée, liée à la *fides* et à la *bona fides* **(A)**, l'autre, originaire, conséquence de l'évolution du terme latin « *legalis* » devenu « *loyal* » et « *légal* », révélant le sens premier de la loyauté **(B)**.

A) L'ORIGINE SUPPOSÉE DE LA LOYAUTÉ : LE LIEN AVEC LES TERMES « *FIDES* » ET « *BONA FIDES* »

55. Comme nous l'avons rappelé, si la loyauté et la bonne foi entretiennent, au moins dans le discours doctrinal, des relations étroites, c'est en raison des liens que sont supposées entretenir la loyauté et la *fides*. Pour preuve, la loyauté est souvent définie en doctrine comme

---

loyauté n'est que l'une des manifestations de la bonne foi entendue […] dans sa conception la plus objective et la plus active, celle qui pose une règle de comportement. Si les deux notions sont parfois confondues en raison de leurs liens indéniables, la loyauté et la bonne foi doivent donc être distinguées ».

[1] Mais l'on peut aussi penser à la moralité, à l'honnêteté, au *nemo auditur* ou encore à la confiance légitime.

[2] VERGNE A., « Observations liminaires, historiques et terminologiques sur la loyauté et le droit », *in* S. Ferrari et S. Hourson et (dir.), *La loyauté en droit public*, art. *op. cit.*, p. 12.

le respect de la parole donnée par une personne droite et sincère[1]. Pour certains auteurs, le principe du respect de la parole donnée serait au principe même du droit[2]. Pour autant, la source étymologique de la loyauté remonte à la fin du XIe siècle et non à la Rome antique. Or, l'acception objective de la loyauté – « *la loyauté contractuelle* » – fait d'elle une norme comportementale, c'est-à-dire l'analyse du comportement de la partie contractante qui doit être vierge de toute mauvaise foi. Dès lors, un lien existe entre la loyauté et la bonne foi, elle-même héritière de la *fides*. Celle-ci a connu deux étapes principales dans son utilisation en droit romain.

La première remonte à l'Antiquité romaine. En latin classique, la *fides* révèle de nombreuses qualités personnelles : l'honnêteté, la droiture, la confiance, la sincérité ou encore la fidélité[3]. Toutes ces vertus sont empreintes d'une rectitude morale évidente[4]. Pour autant, bien que n'étant pas incompatible avec la morale personnelle, la *fides* était aussi la traduction de préceptes religieux[5]. Pour preuve, la *Fides* était un temple, lieu de dévotion et de repentance, bâti sur le Capitole et qui portait précisément le nom de la déesse *Fides*[6], ou encore dans les différents serments qui obligeaient leurs auteurs[7]. Donc, son double visage, à la fois moral et

---

[1] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 366.

[2] V. notamment : SUPIOT A., *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit,* Points, coll. « Essais », 2009, pp. 9-10 : « Nos notions de loi et de contrat sont ainsi étroitement liées entre elles et procèdent toutes deux de la croyance en un Législateur divin également garant de la parole donnée par ceux qui croient en lui, qui lui sont fidèles et sont donc aussi fidèles à leur parole ».

[3] VOLANSKY A., *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, th. Paris, 1929, L. Chauny et L. Quinsac, 1930, n°76 : « [La bonne foi est] la fidélité aux engagements ou la sincérité dans les paroles ».

[4] V. notamment : DESGORCES R., *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, th. Paris II, 1992, p. 5 : « [La bonne foi serait] fille aînée de la morale » ; TALLON D., « Le concept de bonne foi en droit français du contrat », *Centro di Studi e Ricerche di Diritto comparato e straniero, Saggi, Conferenze e Seminari*, 15, Rome, 1994 : « La définition de la bonne foi relève largement d'une intuition : les contractants doivent respecter certaines règles morales, qui se situent entre deux pôles : d'une part l'aspect subjectif, dans lequel la bonne foi se confond avec la loyauté, et un aspect objectif, dans lequel est de bonne foi celui qui se comporte de façon raisonnable » ; GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y-M., *Traité de droit civil. La formation du contrat*, *op. cit.*, p. 340 : « [La bonne foi est] l'instrument essentiel du contrôle moral du comportement des parties, autrement dit de la mise en œuvre de la justice-loyauté. C'est en effet manquer à la loyauté qui doit présider aux relations contractuelles que de manquer à la bonne foi ».

[5] FALKOWSKI W., SASSIER Y., « Avant-propos », *in* W. Falkowski et Y. Sassier (dir.), *Confiance, bonne foi, fidélité. La notion de fides dans la vie des sociétés médiévales (VIe-XVe siècles)*, Classiques Garnier, 2018, p. 8 : « Mot polysémique sans doute, que la *fides*, s'adaptant à divers contextes, auquel, bien sûr, il convient aussi de conférer le sens purement religieux que l'on connaît […] : il s'agit alors d'un engagement exclusif, personnel et durable de dépendance, d'une attitude de confiance et d'abandon envers la divinité ».

[6] V. notamment : TITE-LIVE, *Œuvres de Tite-Live, (histoire Romaine)*, trad. sous la dir. M. Nisard, t. 1, J.-J. Dubochet, Le Chevalier et comp., 1850, p. 20 ; DUMÉZIL G., *La religion romaine archaïque*, Payot, coll. « Bibliothèque historique. Les religions de l'humanité », 1966, pp. 201-202.

[7] GIFFARD A.-E., VILLERS R., *Droit romain et ancien droit français (obligations)*, 3ème éd., Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 1970, p. 4.

mystique[1], devait conduire les individus à se comporter et à vivre honnêtement dans leurs relations à autrui, mais également au divin. À titre d'illustration, l'ouvrage de Michel Villey sur le droit romain débute justement par la référence à « *l'homme honnête* »[2].

Ainsi, en latin classique, la *fides* soutient l'idée de la rectitude morale que doit s'imposer l'individu pour être *honestum*, qui signifie se comporter avec vertu[3]. À l'origine donc, la *fides* n'était pas à proprement parler une règle juridique[4], mais un commandement personnel psychologique[5] et social[6]. Précisément, les spécialistes de l'histoire romaine considèrent que la *fides* est une « *notion clé de la culture romaine* »[7].

La seconde étape remonte aux premières constructions juridiques des Romains à partir de la seconde moitié du IIe siècle avant notre ère. Initialement, le droit romain était coutumier. On parlait même de *mos maiorum*, autrement dit « la coutume des ancêtres ». Conscient des failles structurelles d'un tel système[8], Cicéron œuvra à la distinction entre le *ius civile*[9], qui s'occupe des relations entre les citoyens, le *ius gentium*[10] et la *lex*, de dimension verticale, qui règlemente les relations entre le citoyen et le pouvoir politique[11]. À cette époque, le bassin méditerranéen était l'endroit dans lequel il faisait bon faire commerce[12]. Il fallait, en conséquence, que les rapports marchands, qui se faisaient par contrats, soient protégés juridiquement. Ceux-ci étaient séparés en deux catégories : les contrats formels, de droit strict, dont les stipulations sont le support de l'obligation des parties contractantes, et les contrats de

---

[1] JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. Paris I, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 573, 2016, p. 17.
[2] VILLEY M., *Le droit romain*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1957, p. 5.
[3] CICÉRON M. T., *De officiis*, III, trad. Émile Bréhier, Pléiade, pp. 99-100 : Il s'agit de l'histoire de Marcus Atilius REGULUS qui, à la suite de sa défaite lors de son combat contre Carthage a été fait prisonnier et a respecté sa parole, la *fides*.
[4] BOULAIRE J., Bona fides. Contribution à l'étude des fondements du principe de bonne foi en droit français des contrats, th. dactyl. Lille II, 2006, pp. 34-35.
[5] LAURAND V., « La loyauté : un éclairage philosophique », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, *op. cit.,* p. 31 : « il ne s'agit pas de s'en tenir au respect de la loi, mais il s'agit pour ainsi dire d'en dépasser la lettre […] ».
[6] IMBERT J., « De la sociologie au droit : la Fides romaine », in *Droits de l'antiquité et sociologie juridique, Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Sirey, 1956, p. 407.
[7] MESLIN M., L'homme romain. Des origines au Ier siècle de notre ère. Essai d'anthropologie, Paris, Hachette, 1978, p. 24.
[8] CICÉRON M. T., *De republica*, trad. Esther Gréguet, Les Belles Lettres, Paris, 1980, V, 1, 1, 2 : « Ainsi donc, avant notre époque, c'était la tradition ancestrale elle-même qui appelait à l'œuvre les hommes de premier rang et c'étaient les hommes éminents qui maintenaient en vigueur les coutumes anciennes et les institutions qu'avaient nos pères ».
[9] Littéralement « loi des citoyens ».
[10] Littéralement « le droit des pérégrins ».
[11] BLANC D., « Les naissances du droit public », *RDP*, 2017, p. 1572.
[12] BRETONE M., *Histoire du droit romain,* trad. de Luigi-Alberto Sanchi, Paris, Delga, coll. « Monde antique », 2016, pp. 118-128.

bona fides – la bonne foi – dont l'interprétation devait justement être déterminée par référence à la bonne foi des cocontractants. Précisément, la *bona fides* dans les contrats de bonne foi commandait aux cocontractants d'aller au-delà de la lettre du contrat et des seules stipulations par l'interprétation de l'esprit du contrat, dans le silence de celui-ci. La bonne foi se détache ici de la légalité à proprement parler, elle vise quelque chose de supplémentaire.

56. Dès lors, que signifie dépasser la lettre du contrat ? Que faut-il pour que la partie contractante agisse de bonne foi ? Précisément, faut-il que le cocontractant manifeste par son comportement une attention particulière ? Ou encore, faut-il une intention spécifique du cocontractant que l'on pourrait qualifier de « *bonne volonté* » ? Ou alors, l'exécution du contrat alors que le cocontractant n'y « croit » pas suffit-elle à caractériser sa bonne foi ? Sur ce point, Pierre Legendre utilise la *fides* pour repenser tout le droit autour de l'idée de confiance[1]. Cette idée de confiance justifie en droit des contrats l'avènement des devoirs de coopération[2] et d'information du sachant vers le profane[3]. Les rapports commerciaux étaient alors le terrain propice à l'avènement de la bonne foi contractuelle, sous l'angle notamment de la répression des atteintes à la *bona fides*[4].

57. En effet, pour Cicéron, la *bona fides* contractuelle serait l'instrument idoine lui permettant d'irradier l'ensemble du processus de formation du contrat, pour prémunir cette étape de toutes manœuvres ou fraudes[5]. C'est la raison pour laquelle Cicéron a érigé la *bona fides* en fondement de la justice[6], laquelle reposait sur deux critères.

Le premier, objectif, révélait assurément la fidélité et le respect de la parole donnée et aux engagements consentis par les parties contractantes. On en trouve une illustration avec

---

[1] LEGENDRE P., *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Seuil 1974, Nouvelle édition augmentée, Champ Freudien, 2005, p. 5 : « Des théologiens-légistes de l'Antiquité aux manipulateurs de propagandes publicitaires, s'est perfectionné un seul et même outillage dogmatique, afin de capter les sujets par le moyen infaillible qui fait ici question : *la croyance d'amour* ».

[2] GILARDEAU É., *Cicéron, père de la codification du droit civil*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2017, pp. 158-159.

[3] GILARDEAU É., Cicéron, père de la codification du droit civil, ibid., p. 177.

[4] LYON-CAEN G., « De l'évolution de la notion de bonne foi », art. *op. cit.*, p. 76 : « Pour réprimer les atteintes à la bonne foi, le préteur crée les délits prétoriens, notamment le dol et la fraude : dès cette époque l'opposition est tranchée entre la bonne foi et le dol ».

[5] GILARDEAU É., *Cicéron, père de la codification du droit civil*, *op. cit.*, p. 177 : « Cicéron faisait de la bonne foi la clé de voute de l'édifice structuré du *ius civile* afin de prévenir toutes les formes de fraude ou de dol et cela en amont même du contrat ».

[6] CICÉRON M. T., *Œuvres complètes de M. T. Cicéron,* t. 33, 2ème éd., publiées en français avec le texte en regard, éd. Werdet et Lequien fils, 1826, p. 37 : « Le fondement de la justice est la bonne foi, qui consiste à être vrai dans ses discours et fidèle à ses engagements ».

l'adage « *que soit fait ce qui a été dit* »[1]. C'est notamment ce qui a inspiré la *Treu und Glauben* inscrite au §242 du BGB[2]. Cet article du Code civil allemand impose une obligation de bonne foi aux parties qui doivent exécuter loyalement leur contrat[3]. Précisément, cela signifie que les cocontractants doivent « *s'abstenir de toute mauvaise foi, mais […] aussi exécuter en se rendant utile à son cocontractant, en lui procurant la plus grande satisfaction possible, au-delà du cadre strict des stipulations contractuelles* »[4] comme l'a écrit le professeur Yves Picod. Cette disposition invite le juge allemand à vérifier que les parties contractantes ont exécuté leur contrat conformément à la bonne foi et peut se servir de ce principe pour interpréter les stipulations lacunaires pour « *satisfaire aux impératifs de justice et d'équité* »[5].

Le second, subjectif, consistait en la croyance personnelle erronée de la régularité de son comportement, qui est, sous couvert de bonne foi, excusable. Cette conception subjective de la *bona fides* est à l'origine du *Guter Glaube* en droit allemand[6]. Autrement dit, la dimension objective de la bonne foi est celle qui est liée au comportement d'un individu dénué de toute manœuvre visant à tromper l'autre et révèle assurément un critère d'interprétation du contrat[7] ; la dimension subjective renvoie quant à elle à la conception qu'a l'individu de ce qu'est la vérité alors qu'il est dans l'erreur[8]. Le professeur Lyon-Caen considère à juste titre que la première révèle « *une attitude active* » de l'individu tandis que la seconde est « *une attitude intellectuelle* », personnelle et passive dans son rapport à autrui[9].

58. Par voie de conséquence, la *fides* serait à l'origine de la dimension morale et comportementale que l'on rattache souvent à la loyauté contractuelle. Pour autant, le terme

---

[1] CICÉRON M. T., *De officiis*, I, VII, 23.
[2] Article §242 du *Bügerliches Gesetzbuch* : « Le débiteur est tenu d'effectuer la prestation, comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages admis en affaires ».
[3] PÉDAMON M., *Le contrat en droit allemand*, 2ème éd., LGDJ, coll. « Droit des affaires », 2004, p. 131 : « le §242 qui a été qualifié de "paragraphe royal" par un auteur a acquis une portée beaucoup plus considérable. Il a été érigé en "clause générale" et en principe supérieur d'éthique juridique. À ce titre il vise à assurer le respect de la justice et de l'équité non seulement dans le domaine des obligations mais aussi dans toute la vie juridique allemande, partout où s'établissent des rapports de droit entre des personnes ».
[4] PICOD Y., « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G.*, 1998, doctr. 3318.
[5] PÉDAMON M., Le contrat en droit allemand, op. cit., p. 132.
[6] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 208, 1989, p. 12.
[7] SEILLER B., « La loyauté [hors] des relations contractuelles », in Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit., p. 436.
[8] ZOLLER É., « Bonne foi », *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2003, pp. 143-145.
[9] LYON-CAEN G., « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.*, 1946., p. 76.

« *loyauté* » n'existait pas durant la Rome antique. Sa découverte remonte à la fin du XIe siècle et exprimait la soumission de l'individu à la loi.

B) LE SENS ORIGINAIRE DE LA LOYAUTÉ : LA FILIATION AVEC LA LÉGALITÉ

59. C'est au Moyen-Âge et spécialement à la fin du XIe siècle que le terme « *leial* » trouve son origine terminologique véritable, conséquence de l'évolution de l'adjectif latin *legalis*[1]. Ainsi, dans son sens originaire, *leial* signifie la conformité à la loi qui a dérivé, ensuite, en *loyal*. C'est la question de ce que recouvre cette « loi » qui se pose[2]. Précisément, le terme *leial* signifiait-il le respect de la loi entendu dans son sens normatif : le respect d'une règle ? Visait-il plutôt le respect strictement personnel d'un commandement moral non écrit ? La loyauté viserait moins le respect scrupuleux de la « *loi* » que la forme d'un rapport de confiance, y compris au-delà de la lettre d'un éventuel contrat[3]. La période médiévale justifie alors le sentiment communément partagé selon lequel la « *loyauté fleure bon la chevalerie* »[4]. Le terme « *loyauté* » semble à cet égard renvoyer à l'impératif d'un comportement valeureux, signe d'un certain assujettissement et de fidélité à une personne ou un symbole en général, en échange d'une protection. À ce titre, les vertus de fidélité, d'honnêteté et de droiture riment parfaitement avec *leial*. Pour preuve, il est d'usage en doctrine de faire remonter à la *Chanson de Roland* la première utilisation en langue française du terme « *leial* ». Narrant la trahison de Ganelon, beau-frère de Charlemagne qui, par jalousie, a cherché à nuire aux chevaliers Roland – neveu de l'Empereur – et Olivier en reniant sciemment son serment. La première partie de la *Chanson de Roland* démontre qu'être loyal – *leial* – au sens de la fidélité[5] est

---

[1] VERGNE A., « Observations liminaires, historiques et terminologiques sur la loyauté et le droit », *in* S. Ferrari et S. Hourson et (dir.), *La loyauté en droit public*, art. *op. cit.*, p. 14.
[2] VERGNE A., « Observations liminaires, historiques et terminologiques sur la loyauté et le droit », *in* S. Ferrari et S. Hourson et (dir.), *La loyauté en droit public*, *ibid.*, p. 15.
[3] V. notamment : SASSIER Y., FALKOWSKI W., « Avant-propos », *in* W. Falkowski, Y. Sassier (dir.), *Confiance, bonne foi, fidélité. La notion de fides dans la vie des sociétés médiévales (VIe-XVe siècles)*, Classiques Garnier, 2018, pp. 7-11.
[4] V. notamment : AYNÈS L., « L'obligation de loyauté », art. *op. cit.*, p. 196 ; REY A., *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2006, t. I, pp. 2062-2063 ; PRÉVOST X., « Réflexions sur la loyauté à l'égard de la monarchie dans la construction de l'État moderne », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, *op. cit.*, p. 19.
[5] AYNÈS L., « L'obligation de loyauté », art. *op. cit.*, p. 196.

justement la vertu qui manque à celui reconnu coupable de traîtrise[1]. À l'origine donc, la loi en question était un commandement de fidélité, relevant assurément des préceptes de la morale[2].

60. Cependant, c'est par une évolution supplémentaire du terme latin *legalis* qu'une nouvelle acception du respect de la loi apparaît : l'avènement de l'adjectif « *légal* », c'est-à-dire « *ce qui est conforme à la loi* », mais avec une connotation plus large que *leial*[3]. En effet, ladite loi n'est plus seulement la vertu personnelle, elle signifie aussi la soumission à un ensemble normatif qui touche l'ensemble de la société, qu'il s'agisse des règles divines ou du pouvoir royal[4]. Celui-ci était d'ailleurs qualifié de « *loy* » du Roi.

Durant la Révolution française, c'est sur ce fondement que les auteurs de la Constituante ont affirmé que « les créanciers de l'État sous la garde de l'honneur et de la loyauté de la nation française » devaient demeurer fidèles aux engagements souscrits par le passé[5]. Les spécialistes de la linguistique, face à pareille situation dans laquelle un même mot recouvre deux sens, qualifie ce terme de « *doublet* »[6]. Pour preuve, les auteurs de l'*Encyclopédie* considéraient que les deux facettes « *légal* » et « *loyal* » avaient toujours été associées[7]. Ainsi, le terme « *légal* » serait empreint d'une dimension juridique évidente tandis que « *loyal* » serait quant à lui marqué par des considérations philosophiques et morales. Dès lors, le substantif « *loyauté* », ayant la même racine étymologique latine – *legalis* – empreinte assurément à la fois aux adjectifs « *loyal* » et « *légal* ». Partant, la loyauté recouvre une acception duale. Elle est à la fois *fidélité* – il s'agit du couple loyauté-loyal – et *légalité* – il s'agit alors du couple loyauté-légal – et révèle alors assurément une altérité entre la règle comportementale personnelle et la soumission à la loi. Cette dualité rend d'autant plus

---

[1] *Chanson de Roland*, publiée d'après le manuscrit d'Oxford et traduite par J. Bédier, Paris, Éd. d'art H. Piazza, 1947, p. 312 : « Devant le roi, Ganelon se tient debout. Il a le corps gaillard, le visage bien coloré : s'il était loyal, il serait preux ».

[2] PRÉVOST X., « Réflexions sur la loyauté à l'égard de la monarchie dans la construction de l'État moderne », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, *op. cit.*, p. 19 : « la loyauté, au regard de ses premiers éléments semble avant tout se rattacher à l'honneur ».

[3] VERGNE A., « Observations liminaires, historiques et terminologiques sur la loyauté et le droit », *in* S. Ferrari et S. Hourson et (dir.), *La loyauté en droit public*, art. *op. cit.*, p. 16.

[4] PRÉVOST X., « Réflexions sur la loyauté à l'égard de la monarchie dans la construction de l'État moderne », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, *op. cit.*, p. 20.

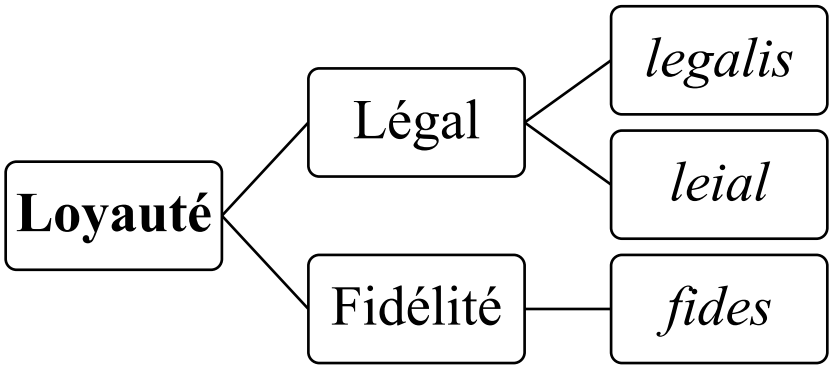
[5] Cité par JÈZE G., « Les défaillances de l'État. Introduction », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1935, vol. 53, p. 357.

[6] DUBOIS J., GIACOMO M., GUESPIN L., MARCELLESI CH., MARCELLESI J.-B., MÉVEL J.-P., *Le dictionnaire de la linguistique et des sciences du langage*, Paris, Larousse, coll. « Grand dictionnaire », 2007, p. 160.

[7] DIDEROT D., LE ROND D'ALEMBERT J., *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Paris, Briasson, 1751, V. « Loyal » : « il sembleroit par-là que légal & loyal seroient toujours la même chose » [nous soulignons].

délicate la distinction entre bonne foi et loyauté. Le professeur Cornu a d'ailleurs affirmé que la loyauté désigne « *la bonne foi contractuelle [dans l'exécution du contrat]* »[1].

Schématiquement donc, la dimension duale de la loyauté s'explique par les liens ténus qu'elle entretient aussi bien avec la légalité qu'avec la fidélité.



61. C'est la raison pour laquelle il convenait d'œuvrer à l'autonomisation de la loyauté et l'on doit aux auteurs civilistes les premiers travaux en la matière. Les auteurs qui y ont consacré d'importants travaux se sont trouvés confrontés aux difficultés de spécification de la loyauté contractuelle par rapport à la bonne foi contractuelle. Nous pensons que les essais d'autonomisation sont insatisfaisants, car les auteurs décrivent les mêmes mécanismes, mais préfèrent les associer, sans véritablement justifier leur choix, soit à la loyauté, soit à la bonne foi.

§2. L'AUTONOMISATION INSATISFAISANTE DE LA LOYAUTÉ CONTRACTUELLE EN DROIT DES CONTRATS PRIVÉS

62. Les tentatives d'autonomisation de la loyauté contractuelle en droit des contrats privé ont été le fruit de l'œuvre créatrice de la doctrine **(A)** sur laquelle il est permis de jeter un regard critique **(B)**.

[1] CORNU G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 563.

A) L'AUTONOMISATION DOCTRINALE DE LA LOYAUTÉ CONTRACTUELLE EN DROIT PRIVÉ

63. En doctrine, un courant transcende le dualisme juridique et consiste à voir dans la loyauté contractuelle une norme comportementale imposant la sincérité et la fidélité à la parole donnée par les parties contractantes[1]. C'est la raison pour laquelle il est d'usage d'associer[2], de déduire[3], voire de confondre la loyauté et la bonne foi contractuelles[4]. Si l'on compare les deux, il semble que les critiques originaires formulées à l'endroit de la bonne foi se transposent parfaitement à la loyauté. Pour s'en convaincre, le professeur Lyon-Caen a notamment écrit que la dimension religieuse et morale du terme « *risque fortement d'induire en erreur* »[5] celui qui s'aventurerait à une tentative de caractérisation.

---

[1] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit.*, p. 366 : « la loyauté correspond au comportement d'une personne sincère et fidèle. Lorsqu'elle s'engage, cette personne le fait de façon transparente et honnête, puis elle respecte la parole donnée d'une manière qui ne se réduit pas à la simple lettre du contrat […] ».

[2] SEILLER B., « La loyauté [hors] des relations contractuelles », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 436 : « Ce mouvement repose sur une conception large d'une autre notion, la bonne foi, à laquelle la loyauté est bien souvent associée ».

[3] LOMBARD M., *Recherches sur le rôle de la bonne et la mauvaise foi en droit administratif français*, th. dactyl., Strasbourg, 1978, p. 450 : « La bonne foi peut être entendue […] comme une certaine loyauté, qui implique au minimum l'absence de fraude mais peut aller jusqu'à exiger, de façon positive, quelque esprit de coopération » ; MARGUERY L., « La "loyauté des relations contractuelles" en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », *RFDA*, 2012, p. 665 : « la doctrine s'accorde pour comprendre la loyauté comme une composante de la bonne foi, les liens entre ces deux concepts sont relativement variables ».

[4] V. notamment : FLÉCHEUX G., « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 341 : « Cette obligation de loyauté <u>ou</u> de bonne foi était conçue comme imposant aux parties à la négociation d'assurer une parfaite transparence de telle sorte que chaque partie puisse comprendre exactement ce qui était dû par l'un ou par l'autre » [nous soulignons] ; MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 411, 2004, p. 772 : « Il n'est pas rare que la loyauté, <u>synonyme</u> de bonne foi, y compris au sens psychologique de croyance erronée, soit qualifiée de principe » [nous soulignons] ; LLORENS F., SOLER-COUTEAUX P., « De la loyauté dans le contentieux administratif des contrats », *CMP*, 2012, comm.2 : « [l'obligation de loyauté] est <u>l'autre nom</u> que l'on donne à l'obligation d'exécution de bonne foi des obligations contractuelles consacrée par l'article 1134 du Code civil [nous soulignons] ; MARTIN J., « La loyauté de l'administration dans les contrats administratifs », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, Mare & Martin, coll. « Droit public », 2017, p. 275 : « La loyauté est intimement liée à la bonne foi en matière contractuelle, et apparaît tour à tour comme <u>un synonyme de celle-ci</u>, ou comme un simple démembrement, certes important. […] L'étude de la loyauté se résume alors à celle de la bonne foi en matière de contrat » [nous soulignons] ; RICCI J.-C., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats,* responsabilités, *op. cit.*, p. 190 : « Le vocabulaire hésite entre la bonne foi et la loyauté ; il est <u>quasiment impossible de distinguer entre les deux</u> et l'on voit juge et doctrine passer sans celle de l'un à l'autre : <u>prenons-les pour synonymes</u> dans la langue du droit […] » [nous soulignons].

[5] LYON-CAEN G., « De l'évolution de la notion de bonne foi », art. *op. cit.*, p. 76 : « La première difficulté à laquelle on se heurte tient au vocabulaire. Le mot, composé d'un substantif d'allure religieuse, auquel est accolé un qualificatif d'appréciation morale, risque fortement d'induire en erreur ».

Rares sont donc les études qui ont pour objet d'opérer une distinction entre la loyauté et la bonne foi contractuelles[1]. Pourtant, en dépit des liens intimes qu'elles entretiennent, certains auteurs n'hésitant d'ailleurs pas à parler de « *couple loyauté-bonne foi* »[2], la précision terminologique et la rigueur de la démonstration devraient conduire à l'autonomisation de la loyauté. En cas d'échec, il faudrait reconnaître qu'elle est parfaitement substituable à la bonne foi contractuelle.

64. C'est aux auteurs privatistes que l'on doit les recherches scientifiques les plus audacieuses dans le sens d'une distinction entre la loyauté et la bonne foi en droit des contrats et *in fine* de leur autonomisation. Il ne faut pas étonner outre mesure de l'origine de ces travaux étant entendu que les auteurs, toutes branches du droit privé confondues, sont habitués de longue date à mobiliser les instruments que sont la loyauté et la bonne foi contractuelles. À ce titre, les premiers travaux d'autonomisation concernaient d'abord la seconde[3], conséquence logique de la lecture stricte des dispositions de l'ancien article 1134 du Code civil[4], qui a toujours accordé à la bonne foi une place de choix en droit des obligations. Ce n'était formellement pas le cas pour la loyauté contractuelle à laquelle il n'était explicitement réservé que quatre occurrences aux articles 1630, 1673, 1699 et 2483 sous la mention « des frais et loyaux coûts ».

Pour redonner à la loyauté « ses lettres de noblesse »[5], le professeur Yves Picod a mené les premières recherches d'envergure ayant pour objet une définition autonome de la loyauté dans l'exécution des contrats de droit privé. Pour y parvenir, l'auteur part du postulat selon lequel le contrat est à la fois un instrument relationnel, mais aussi un objet juridique vecteur d'obligations. Selon cette conception, le contrat aurait deux faces : l'une relationnelle entre parties contractantes, que l'on rencontre souvent sous l'appellation « *relation contractuelle* » ; l'autre, relative aux obligations contractuelles traduites en stipulations. C'est la raison pour

---

[1] JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. *op.cit*, p. 4 : « Extérieure à la convention, la loyauté recouvre ainsi un autre périmètre d'action que celui sécurisé par la bonne foi, dont la ligne de foi vise à "donner corps à un projet" contractuel. Ces observations autorisent donc à écarter l'étude de la loyauté au cœur de cette thèse ».

[2] LYON-CAEN G., « De l'évolution de la notion de bonne foi », art. *op. cit.,* p. 75.

[3] V. notamment : JAUBERT J., Les effets civils de la bonne foi, th. Paris, Pédone, 1899 ; GORPHE F., Le principe de la bonne foi, th. Paris, Dalloz, 1928 ; VOLANSKY A., Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi, th. Paris, L. Chauny et L. Quinsac, 1929 ; LYON-CAEN G., « De l'évolution de la notion de bonne foi », art. op. cit., p. 75.

[4] Ancien article 1134 du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les clauses que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

[5] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit*. p. 19.

laquelle l'auteur construit une distinction entre deux conceptions de la loyauté qui correspondent en réalité aux deux faces du contrat : d'une part, une « *loyauté du contractant* », dynamique, interdisant aux parties d'avoir un comportement de mauvaise foi ; d'autre part, une loyauté objective qualifiée de « *loyauté contractuelle* », commandant aux parties de tout mettre en œuvre pour exécuter les obligations contenues dans leur contrat[1].

La clé de répartition du professeur Yves Picod entre la « *loyauté du contractant* », face subjective, et la « *loyauté contractuelle* », face objective, a par la suite été reprise par d'autres auteurs qui n'hésitent d'ailleurs pas à évoquer l'existence de « *deux loyautés* »[2]. Une telle caractérisation de la loyauté impose à celui qui cherche à mieux l'appréhender, non pas de constater sa présence, mais bien d'étudier ses effets. En d'autres termes, ce sont les fonctions de la loyauté qui permettent de la classer ensuite soit en « *loyauté du contractant* », soit en « *loyauté contractuelle* ». Sur ce point, les tentatives doctrinales d'autonomisation des fonctions de la loyauté par rapport à la bonne foi en droit privé des obligations ne nous semblent pas satisfaisantes.

B) L'AUTONOMISATION INSATISFAISANTE DE LA LOYAUTÉ CONTRACTUELLE EN DROIT PRIVÉ

65. S'il n'y a rien d'étonnant – et c'est d'ailleurs parfaitement compréhensible – à ce que les fonctions d'un instrument juridique contribuent à son identification, l'autonomisation de la loyauté en droit des contrats privés construite par le professeur Yves Picod n'est pourtant pas pleinement satisfaisante. En effet, le pivot de sa démonstration repose sur le postulat selon lequel la bonne foi contractuelle serait « *approximative* » en raison notamment de sa polysémie tandis que la loyauté serait, quant à elle, drapée de toutes les vertus de la précision et révèlerait ainsi mieux la relation entre parties contractantes[3].

---

[1] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *ibid.*, pp. 22-23 : « La loyauté contractuelle est pourtant dotée d'effets juridiques propres répondant aux préoccupations modernes du droit des contrats. C'est aussi une notion autonome dans la mesure où elle ne renvoie pas à d'autres notions voisines alors que la loyauté du contractant amène essentiellement à l'étude de la mauvaise foi, c'est-à-dire des effets négatifs du concept de loyauté ».

[2] LE TOURNEAU PH., « Les deux loyautés », *in* Dalloz Action, Droit de la responsabilité et des contrats, *op. cit.*

[3] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit.*, pp. 12-13.

Pourtant, l'on peut reprocher à ce postulat qu'il repose sur une forme de bienveillance exagérée à l'endroit de la loyauté. Précisément, nous avons démontré, à l'appui de la construction historique du terme « *loyauté* », que ce dernier porte en lui une dualité, conséquence de sa polysémie et de son lien supposé avec la *fides* et par la suite avec « *légal* » et « *loyal* ». Donc, l'argument selon lequel la précision supposée de la loyauté l'emporterait obligatoirement sur la polysémique « *bonne foi* » ne nous semble pas tenable.

66. D'ailleurs, dans sa thèse relative à la bonne foi dans l'exécution des contrats de droit privé, Rita Jabbour a conclu dans le sens strictement inverse à celui défendu par le professeur Yves Picod. Après avoir présenté aussi bien la polysémie du terme « *loyauté* » que ses imbrications et confusions subséquentes avec la bonne foi contractuelle[1], elle a fait le choix d'exclure la loyauté au profit exclusif de la bonne foi pour décrire l'exécution du contrat. Pour le justifier, elle est partie du postulat selon lequel la loyauté, relevant assurément de la soumission à la loi, ne peut concerner la « *loi contractuelle* ».

Par conséquent, la loyauté serait « *extérieure à la convention* » et c'est à la bonne foi que revient le privilège d'être le « *référentiel* » de l'exécution du contrat[2]. En d'autres termes, là où le contrat n'existe pas encore – les relations précontractuelles[3] –, ou n'existe plus momentanément[4] – les cas de suspension du contrat[5] –, charge à la loyauté d'intervenir. Par contre, dans le cadre de l'exécution du contrat, c'est la bonne foi qui prime, conformément aux dispositions expresses de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil. Pour nuancer cette affirmation, notons qu'il est fréquent que le juge judiciaire, dans le cadre d'un litige relatif à un contrat de travail, vise l'article L. 1222-1 du Code du travail. Cet article dispose que « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ». Pourtant, malgré cette référence législative à la bonne foi, le juge peut aussi faire référence à la loyauté, sans que l'on parvienne à saisir les raisons d'une telle fluctuation[6].

Donc, pour illustrer son argumentation, Rita Jabbour fait référence à des décisions rendues par la Cour de cassation qui reconnaissent que le devoir de loyauté a pu être violé lorsque le

---

[1] JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit.*, pp. 123-124.
[2] JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, *ibid.*, p. 4.
[3] Cass. com., 27 février 1996, n°94-11.241, *Bull. civ.* IV, n°65 ; *D.*, 1996, p. 518, note Ph. Malaurie.
[4] JACQUES PH., *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, th. Paris XII, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 46, 2005, p. 311 : « [Le] contrat est "au repos" ».
[5] Cass. soc., 15 juin 1999, n°96-44.772, *Bull. civ.* V, n°279.
[6] Cass., soc., 16 mai 2018, n°16-22.655 : cette décision au visa notamment de l'article L. 1222-1 du Code du travail fait expressément référence à l'obligation de loyauté ; Cass. soc., 24 mai 2018, n°16-18.307 : au même visa, la chambre sociale fait le choix de l'exécution de bonne foi.

contrat n'est pas encore signé ou lorsqu'il est interrompu. Cependant, nous ne pensons pas qu'il faille obligatoirement en déduire la démonstration de l'extériorité de la loyauté vis-à-vis du contrat. C'est d'ailleurs également l'avis du professeur Mustapha Mekki, qui préfère pour sa part « *lier "l'intérieur et l'extérieur" de la sphère du contrat, la sphère privée et la sphère sociale, dans l'intérêt général* »[1]. Pour preuve, la décision rendue par la Chambre sociale et qui sert de justification à l'auteur pour conclure à la seule intériorité de la bonne foi ne nous semble pas convaincante. En effet, pour le juge judiciaire, « *la suspension du contrat de travail provoquée par la maladie ou l'accident ne supprime pas l'obligation de loyauté du salarié à l'égard de son employeur, […] l'intéressée, dispensée de son obligation de fournir sa prestation de travail, ne saurait être tenue, durant cette période, de poursuivre une collaboration avec son employeur* »[2]. S'appuyant sur cette décision, l'auteur déduit que l'obligation de loyauté susvisée n'intervient ici que parce que le contrat est suspendu.

Or, la suspension du lien contractuel n'équivaut pas à son anéantissement[3] dans la mesure où une suspension « *n'est jamais entière* »[4] : elle n'est qu'un régime d'inapplicabilité temporaire. C'est d'ailleurs ce qui contribue à distinguer la suspension du contrat du refus de l'exécuter. Dans le premier cas, l'exécution de l'obligation est interrompue tandis que dans le second cela peut justifier l'anéantissement du contrat aux torts de la partie défaillante[5]. Il est alors difficilement concevable qu'une obligation extérieure au contrat, comme le soutient Rita Jabbour, serve de fondement au juge pour imposer une obligation de fidélité à l'employé vis-à-vis de son employeur. Nous pensons au contraire que c'est le lien contractuel qui en est à l'origine, comme le prouve l'encadrement dans le temps de la suspension du contrat. En d'autres termes, la suspension du contrat entraîne l'interruption de l'obligation principale de fournir une prestation pour l'employé, et de verser le salaire pour l'employeur, mais les autres obligations, secondaires, demeurent pérennes[6] comme peuvent l'être les obligations d'exclusivité ou de non-concurrence[7]. Dans cette hypothèse, la loyauté est intériorisée au cœur même de la relation contractuelle. Cet exemple nous incite à penser que les choix entre

---

[1] MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th. *op. cit.*, p. 762.
[2] Cass. soc., 15 juin 1999, n°96-44.772, *préc.*
[3] V. notamment : Cass. soc., 16 mai 2018, n°16-22.655, inédit ; Cass. soc., 12 septembre 2018, n°17-10.853 ; *D.*, 2018, p. 1812 ; *RDT*, 2018, p. 758, obs. L. Bento de Carvalho.
[4] BARBIER H., « De l'impossible suspension complète du contrat », *RTD civ.*, 2018, n°4, p. 895.
[5] DESHAYES O., « Exception d'inexécution », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juillet 2018, pt. 140.
[6] FIN-LANGER L., « Suspension du contrat de travail : règles générales », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, mars 2010, pt. 162.
[7] MAZEAUD A., « Contrat de travail. Suspension. Obligation de loyauté », *Dr. soc.*, 2001, p. 888.

la loyauté ou la bonne foi pour analyser l'exécution des contrats relèvent davantage de la préférence ou de l'intuition des auteurs.

67. Ainsi, la dimension objective de la bonne foi ressemble à s'y méprendre à la loyauté entendue comme le comportement loyal d'un individu. En droit des contrats, une partie contractante de bonne foi est celle qui respecte sa parole et son engagement. Cette définition est parfaitement transposable au cocontractant loyal[1]. C'est la raison pour laquelle les tentatives doctrinales d'autonomisation de la loyauté contractuelle ne nous semblent pas satisfaisantes. Il est d'autant plus justifié dans ces conditions de rechercher une caractérisation propre au contentieux des parties à un contrat administratif.

Section 2

L'EXISTENCE D'UNE LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES PROPRE AU DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

68. La lecture de la décision *Commune de Béziers*[2], ainsi que ses différentes applications renforcent le sentiment selon lequel la loyauté des relations contractuelles en droit des contrats administratifs diffère de celle mobilisée en droit des contrats privés **(Paragraphe premier)**. En particulier, il s'avère que la loyauté des relations contractuelles a, en droit des contrats administratifs, une fonction strictement contentieuse. Celle-ci contribue à la distinguer d'autant plus de celle utilisée en droit des contrats privés, où elle agit essentiellement comme une règle de fond. Pour autant, ce particularisme propre au droit public n'est pas définitif ; rien ne démontre que cette conception strictement

[1] V. notamment : GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., *Traité de droit civil. La formation du contrat*, *op. cit.*, p. 340 : « [La bonne foi] est l'instrument essentiel du contrôle moral du comportement des parties, autrement dit de la mise en œuvre de la justice-loyauté. C'est en effet manquer à la loyauté qui doit présider aux relations contractuelles que de manquer à la bonne foi » ; ALBIGES CH., *De l'équité en droit privé*, th. Montpellier I, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 329, 2000, p. 305 : « La référence à la notion de *bonne foi* peut être illustrée notamment par le respect de deux obligations lors de l'exécution du contrat. D'une part, l'exigence de *loyauté* se traduit par l'obligation, pour les cocontractants, d'assurer une exécution loyale du contrat, sans effectuer de manœuvre qui troublerait la mise en œuvre des engagements prévus ».

[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

contentieuse ne sera pas supplantée à l'avenir. La récente jurisprudence oblige d'ailleurs à l'envisager **(Paragraphe second)**.

§1. UNE LECTURE SPÉCIFIQUE DE LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES PAR LE JUGE ADMINISTRATIF DU CONTRAT

69. L'examen des décisions depuis 2009[1] nous autorise à conclure que dans l'immense majorité des affaires soumises au contrôle du juge administratif, celui-ci fait référence à la loyauté des relations contractuelles et non à la bonne foi pour régler le litige. Ainsi, les débats relatifs à la primauté de la loyauté ou de la bonne foi en droit des contrats privés, cèdent nécessairement, en droit public, sous le poids des décisions rendues par le juge administratif du contrat **(A)**. Cela rend superfétatoire, voire inutile, la transposition de la distinction entre « *loyauté contractuelle* » et « *loyauté du contractant* » **(B)**.

A) LE CONTENTIEUX DES CONTRATS ADMINISTRATIFS MANIFESTEMENT EPARGNÉ PAR LA CONFUSION LOYAUTÉ-BONNE FOI

70. L'étymologie d'un terme ne fluctue pas en fonction de la branche du droit concernée. En conséquence, l'origine du terme de loyauté et les confusions qui ont été révélées avec la bonne foi contractuelle[2] devraient, en toute logique, affecter son utilisation en droit des contrats administratifs. Après avoir démontré les raisons pour lesquelles les auteurs privatistes se sont opposés pour savoir si c'est à la loyauté ou à la bonne foi de présider aux relations contractuelles, le droit des contrats administratifs ne semble pas être marqué par de tels débats, comme l'ont rappelé plusieurs auteurs[3].

---

[11] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[2] V. *supra*, § 54 et s.

[3] V. notamment : HOEPFFNER H., *Droit des contrats administratifs,* 2ème éd., Dalloz, coll. « Cours », 2019, p. 24 : « L'expression "bonne/mauvaise foi" est absente des textes réglementant les contrats administratifs ainsi que de la doctrine classique » ; DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit.*, p. 231 : « En premier lieu, si la bonne foi figure parmi les grandes notions du droit des contrats, elle n'est pas une règle de procédure. […] En second lieu, la bonne foi trouve peu d'écho en droit des contrats publics, de manière générale » ; BARROIS DE SARIGNY C., « Les principes de loyauté, confiance légitime et bonne foi en droit administratif », *in* P. Gonod et H. Ascensio (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, Mare & Martin, coll. « Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne », 2019, p. 194 : « Quant à la bonne foi, très présente

71. Ainsi, parmi l'ensemble des affaires soumises au contrôle de la plus haute juridiction administrative relatif au contentieux entre parties contractantes, une seule fait expressément référence à la « *bonne foi* » contractuelle. Il s'agit de l'arrêt *SARL Fouré Lagadec Aviation* rendu le Conseil d'État le 22 juillet 2016[1]. Notons cependant que la bonne foi des relations contractuelles n'apparaît en réalité que sous une forme qui peut étonner à première vue, l'associant à la loyauté au sein d'un principe unique : « *le principe de bonne foi et loyauté des relations contractuelles* ». En l'espèce, il ne s'agissait pas d'une construction prétorienne du Palais-Royal pour trancher le litige, mais bien d'une réponse à un moyen pensé et soulevé par la SARL Fouré Lagadec Aviation, requérante dans cette affaire, qui se prévalait d'un manquement au dit principe. Dans son arrêt, le Conseil d'État s'est contenté d'écarter purement et simplement ce moyen car manquant manifestement en fait. Il ne faut donc surtout pas surestimer la portée de cette décision, car il n'est pas du tout certain que le Conseil d'État ait entendu s'approprier l'expression de la requérante, même s'il n'a pas utilisé de guillemets comme cela peut lui arriver[2]. Selon nos recherches, aucune autre espèce jugée par la plus haute juridiction administrative ne contient dans les motifs de la décision une quelconque référence à la bonne foi en contentieux des contrats administratifs. On pourrait alors aisément en déduire l'absence de toute confusion véritable entre loyauté et bonne foi contractuelles. Il est donc étonnant qu'au cœur d'une thèse récente sur la responsabilité contractuelle en droit public la bonne foi occupe une place plus importante que la loyauté elle-même réduite à quelques évocations[3].

Or, une pareille réponse tranchée pourrait être contredite par l'étude des décisions rendues par les juridictions d'appel. Parmi l'ensemble de notre panel d'arrêts mettant en jeu un litige entre parties à un contrat administratif et disponible sur Légifrance pour la période 2009-2019[4], le moteur de recherche recensait vingt-deux décisions faisant mention de la bonne foi contractuelle, soit près de 15% de l'ensemble du panel. Parmi ces arrêts, dans plus de 50% des cas soumis au juge d'appel, la mention « *bonne foi* » n'apparaît que dans les prétentions des requérants et ne sont en définitive jamais au cœur des considérants rédigés par les juges

---

dans d'autres droits, elle n'est que peu utilisée en droit administratif et en aucun cas sous forme de principe ».

[1] CE, 22 juillet 2016, *SARL Fouré Lagadec Aviation*, n°382152, Inédit au recueil Lebon.

[2] Dans le même ordre d'idées, V. notamment : CE, 26 juillet 2018, *Sté d'aménagement et de valorisation de la gare Saint-Lazare [SOVAL]*, n°418417.

[3] OUM OUM J. F., *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit*.

[4] Notre panel de décisions s'étend de la période du 31 décembre 2009 au 29 janvier 2019.

eux-mêmes[1]. Pour l'autre moitié, les arrêts faisant explicitement référence à la mention « bonne foi » sont majoritairement concentrés autour d'une seule et même affaire. Celle-ci a donné lieu à huit pourvois différents de la SNC Matériaux Enrobés du Nord contre le département du Pas-de-Calais devant la Cour administrative d'appel de Douai[2]. Au cœur de ce litige, étaient en cause les modalités d'exécution d'un marché à bons de commande ayant pour objets aussi bien la fabrication, que le transport et la mise en œuvre d'enrobés bitumeux sur le réseau routier départemental du Pas-de-Calais. Durant l'exécution du contrat, la société titulaire du marché a souhaité que le bordereau de prix soit modifié. Cette demande a été acceptée par le chef de l'exécutif départemental, mais en refusant toute rétroactivité à cette modification. L'entreprise a saisi le juge du contrat d'un recours indemnitaire tendant à ce que soit condamné le pouvoir adjudicateur au motif que ce dernier aurait méconnu le « *principe de loyauté des relations contractuelles et de l'exigence de bonne foi* » en ne procédant pas à une modification rétroactive du prix. Au fond, le juge d'appel a rejeté la demande de la société requérante au motif que le comportement du département « *ne saurait être regardé comme empreint de mauvaise foi, ni, en tout état de cause, comme de nature à révéler une méconnaissance du principe de loyauté des relations contractuelles* »[3]. La rédaction de l'arrêt de la Cour laisse entendre que l'exigence de bonne foi aurait une existence distincte du principe de loyauté des relations contractuelles : si le juge semble écarter toute « *mauvaise foi* » en l'espèce – ce qui peut surprendre, puisque la « bonne foi » n'est pas une exigence formalisée en jurisprudence – il écarte toute méconnaissance de la loyauté par un « *en tout état de cause* ».

En réalité, il n'existe qu'une seule décision – soit l'équivalent de 0,29% de l'ensemble du panel – dans laquelle une Cour administrative d'appel se sert de l'exécution de bonne foi des obligations contractuelles par le pouvoir adjudicateur pour constater un manquement grave de nature à justifier la résiliation aux torts exclusifs du cocontractant[4]. Dans certaines décisions, la bonne foi est mobilisée par le juge en guise d'avertissement. Précisément, au cœur d'un litige d'exécution, peut être en cause le caractère définitif des prix stipulés au marché. De

[1] V. notamment : CAA Nantes, 10 janvier 2014, *SMITRED Ouest d'Armor*, n°11NT03077 ; CAA Nancy, 13 février 2014, *Sté Véolia Eau*, n°13NC00578 ; CAA Nancy, 22 janvier 2015, *Cne de Noidans-le-Ferroux*, n°14NC00681 ; CAA Nancy, 22 janvier 2015, *Cne de Raze*, n°14NC00683 ; CAA Versailles, 7 juin 2018, *Sté Bravo Martin*, n°16VE00420.
[2] CAA Douai, 17 novembre 2016, *SNC Matériaux Enrobés du Nord*, n°15DA00208 ; n°15DA00209 ; n°15DA00210 ; n°15DA00211 ; n°15DA00212 ; n°15DA00213 ; n°15DA00214 ; n°15DA00215 [huit pourvois].
[3] CAA Douai, 17 novembre 2016, *SNC Matériaux Enrobés du Nord*, n°15DA00208.
[4] CAA Versailles, 9 juin 2011, *Sté Maîtrise d'Ouvrage et Associés*, n°10VE00511.

jurisprudence constante, et appuyée sur ce point par la doctrine[1], en principe, le caractère définitif interdit une modification unilatérale ultérieure[2]. Cependant, en présence d'une erreur purement formelle, la modification est possible. Dans pareille hypothèse, la partie contractante qui se servirait des prix tronqués par une erreur purement matérielle ne pourrait « *s'en prévaloir de bonne foi* »[3]. Dans ces conditions, on voit que la bonne foi en droit public est utilisée très ponctuellement par le juge administratif et surtout par les juridictions inférieures dans la mesure où le Conseil d'État n'a pas consacré un principe de bonne foi pour régler des litiges entre parties contractantes sur le fond. Pour plusieurs auteurs, la bonne foi demeure cependant essentielle au contrat[4] sans qu'on puisse lui reprocher de ne pas être formalisée en jurisprudence.

72. Au fond, la bonne foi serait tout au plus une exigence diffuse, presque évidente en droit des contrats administratifs. La loyauté semble, quant à elle, n'être depuis sa consécration en 2009 qu'un instrument contentieux à disposition du juge du contrat. En ce sens, le contentieux des parties contractantes n'a pas à appliquer en droit public la distinction privatiste entre la « *loyauté contractuelle* » et la « *loyauté du contractant* ».

---

[1] LAUBADÈRE A. (de), MODERNE F., DELVOLVÉ P., *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, n°1054 ; HOEPFFNER H., La modification du contrat administratif, th. op. cit., p. 188.

[2] V. notamment : CE, 26 novembre 1975, *SA d'entreprise Py*, n°93297 : *Rec.*, p. 1133 ; CE, 20 février 1976, *Ministre de la Défense c/ Sté Derveaux*, n°93030 : *Rec.*, p. 110.

[3] V. notamment : CAA Bordeaux, 22 juin 1998, *Sté des Grands Travaux de l'Océan Inidien*, n°96BX34385 ; *BJCP*, 1999, p. 211 ; CAA Bordeaux, 17 octobre 2006, *Sté Colas Sud-Ouest*, n°03BX00853 ; *CMP*, 2007, comm. 6, obs., F. Olivier ; CAA Douai, 4 juin 2013, *M. A.B.*, n°11DA01474.

[4] V. notamment : PÉQUIGNOT G., *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th. *op. cit.*, p. 267 : « La règle de bonne foi signifie essentiellement que la parole donnée doit être respecter aussi bien par l'Administration que par son cocontractant ; que le contrat signé a eu pour effet de créer certaines obligations entre les parties, qui doivent en supporter tout le poids et qui ne peuvent, unilatéralement, s'y soustraire » [nous soulignons] ; JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif*, t. IV, 1934, p. 180 : « Le principe fondamentale qui domine l'exécution des contrats de l'administration est celui même qui domine le Droit moderne ; c'est le respect de la parole donnée. Les parties contractantes sont obligées d'exécuter leurs obligations respectives de bonne foi dans les conditions où elles ont été stipulées. Ce principe […] est capital » [nous soulignons] ; DE LAUBADÈRE A., *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. II, LGDJ, 1956, p. 186 : « Cette exécution correcte s'apprécie à la fois en fonction de critères techniques et en fonction de la bonne foi apportée par l'administration dans l'exécution ; comme celle du cocontractant, les obligations de l'administration doivent en effet, selon la formule de l'article 1134 du Code civil, être exécutées de "bonne foi" ».

B) L'ABSENCE D'INTÉRÊT DE LA TRANSPOSITION DE LA DISTINCTION « *LOYAUTÉ CONTRACTUELLE* » ET « *LOYAUTÉ DU CONTRACTANT* » EN DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

73. La distinction entre « *loyauté contractuelle* » et « *loyauté du contractant* », construite dans sa thèse par le professeur Yves Picod[1], ne semble manifestement pas pouvoir être appliquée utilement au droit des contrats administratifs. Nous pensons que deux raisons principales contribuent à mettre en lumière cette impossibilité.

La première, nous la déduisons de l'analyse des décisions précitées, laquelle interroge quant à la possibilité de transposer l'acception privatiste de la loyauté en droit public. Précisément, la loyauté mobilisée par le juge administratif du contrat n'a pas, en l'état de la jurisprudence administrative, vocation à sonder les reins et les cœurs et donc, à rechercher dans le comportement des parties contractantes durant l'exécution de leur relation contractuelle une éventuelle forme de déloyauté. Autrement dit, la jurisprudence *Commune de Béziers* n'est pas à l'origine d'une loyauté qui est « *avant tout, une relation à autrui* »[2]. Tout du moins, celle-ci, comme nous l'avons expliqué, ne doit pas servir à empêcher la mise en œuvre, même tardive, des stipulations contractuelles. Par conséquent, la « *loyauté du contractant* », telle que pensée en droit des contrats privés ne semble pas avoir – encore – droit de cité en contentieux des contrats administratifs, ne laissant alors la place qu'à la « *loyauté contractuelle* ».

Pour autant, celle-ci est construite en droit privé autour de l'exécution facilitée du contrat pour le cocontractant réputé le plus faible ; or cela ne correspond pas à l'utilisation qui en est faite en l'état actuel du droit par le juge administratif du contrat. En droit privé, il existe l'idée d'un rapport juridique qui peut être particulier : une partie faible face à une partie plus forte notamment. Le principe de loyauté contractuelle en droit privé impose de manière générale aux contractants d'exécuter de la manière la plus utile et donc la plus juste possible leurs stipulations contractuelles. Ce faisant, ce principe fait du contrat le bien commun des parties[3]. Il impose donc une « *obligation d'implication* » à la réussite collective du contrat et

---

[1] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit*. pp. 22-23.

[2] BRÉCHON-MOULÈNES CH., « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, *op. cit*., p. 461.

[3] MARGUERY L., « La "loyauté des relations contractuelles" en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », art. *op. cit.*, p. 665 : l'auteur ici a mis en perspective l'acception publiciste de la loyauté vis-à-vis de l'acception civiliste. Selon elle, et nous partageons son point de vue, l'acception publiciste de la loyauté contractuelle diverge de la civiliste étant entendu qu'elle ne s'intéresse

qui contrecarre tout « *égoïsme nonchalant* »[1] qui peut toucher les cocontractants. Formulé autrement, cela signifie que les contractants s'imposent d'une part de dépasser la lettre du contrat et leurs intérêts personnels pour avoir à cœur ceux de l'autre partie et l'esprit du contrat. D'autre part, ils s'interdisent de profiter de leur position de supériorité pour en abuser et *in fine* léser le cocontractant[2]. En ce sens, les finalités de la loyauté, entre celles mobilisées en droit privé et en droit public, ne seraient pas les mêmes : une certaine justice en droit privé ; une exécution continue du contrat en droit public.

La seconde, enfin, n'est plus celle de la possibilité, mais bien de la pertinence de la transposition de ces « *deux loyautés* »[3]. Nous croyons en effet qu'une telle distinction en droit des contrats administratifs n'aurait pas de sens, dans la mesure où la clé de répartition entre la « loyauté contractuelle » et celle dite « du contractant » n'est pas appropriée à la spécificité du droit public. Dans l'intérêt de la démonstration, supposons que la « *loyauté contractuelle* » soit, en droit des contrats administratifs, conformément à la conception qui en est faite par le Palais-Royal, un instrument ayant pour finalité essentielle de veiller à la stabilité des relations contractuelles[4]. Le contrat administratif étant alors intimement lié aux spécificités du droit public – l'intérêt général et le service public – la « *loyauté contractuelle* », objectivée en droit public, prendrait la forme d'une loyauté à l'égard du service public.

74. Ainsi, elle pourrait concerner l'ensemble des obligations concourant à l'accomplissement des spécificités du droit public. À ce titre, la règle imposant d'exécuter le contrat incarnerait le rôle de l'obligation fondamentale dans la mesure où elle est intimement liée à la continuité du service public. Or, il ne nous apparaît pas pertinent, dans cette perspective, d'opposer la « loyauté contractuelle » et la « loyauté du contractant » en droit public. En effet, ces deux manifestations de la loyauté ne s'opposent pas. Au contraire, elles imposent des obligations identiques, ou tout du moins ayant une même finalité. Donc, cette distinction construite par le

---

qu'à la bonne conduite procédurale. Au contraire, la loyauté civiliste dans l'exécution du contrat s'intéresse quant à elle à la bonne conduite contractuelle.

[1] DARMAISIN S., *Le contrat moral*, th., LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 343, 2000, pp. 250-251 : « Peut-on se contenter d'exécuter ses obligations contractuelles d'une manière atonique en se cantonnant au strict respect des spécifications contractuelles ? Il est aujourd'hui délicat de répondre par la négative tant est prononcée l'incitation à dépasser la sphère de ses intérêts personnels ».

[2] MONÉGER J., « Le mois du bien », *Loyers et Copropriété*, 2006, n°6, repère 6 : « le bon sens, la loyauté, l'honnêteté assuraient l'équilibre contractuel et le respect d'autrui ».

[3] LE TOURNEAU PH., « Les deux loyautés », in Dalloz Action, Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.

[4] PELLISSIER G., « Concl. sur CE, 7 décembre 2015, *Syndicat mixte de Pierrefonds c/ Sté ASA Réunion*, n°382363 ; *AJDA*, 2016, p. 579 ; *CMP*, 2016, comm. 39, obs. H. Hoepffner ; *BJCP*, 2016, p. 163 ».

professeur Yves PICOD et reprise par la suite par une partie de la doctrine ne parait pas pouvoir valablement être transposée en droit des contrats administratifs.

§2. LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES, INSTRUMENT CIRCONSCRIT AU CONTENTIEUX DE LA VALIDITÉ DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

75. Contrairement au droit privé, la confusion avec la bonne foi contractuelle ne semble manifestement pas affecter outre mesure la loyauté en droit des contrats administratifs. Cette singularité doit bien évidemment être mentionnée, mais elle ne suffit pas, à elle seule, à confirmer notre position selon laquelle la loyauté en droit public n'est pas celle existante en droit privé.

L'analyse des décisions qui fondent notre objet d'étude et qui mettent en œuvre la loyauté contractuelle révèle assurément sa fonction contentieuse. C'est en ce sens qu'ont d'ailleurs conclu de nombreux auteurs, convenant que la loyauté contractuelle ne trouve en réalité à agir qu'au stade de la contestation de validité du contrat intentée par une partie contractante[1]. Ainsi, cet instrument a pour effet évident d'œuvrer à la stabilisation de la relation contractuelle[2]. Partant, la loyauté contractuelle nous semble pouvoir, à défaut d'être définie avec la plus grande précision, être malgré tout systématisée. Elle impose en effet une fidélité des parties contractantes au respect de leur engagement dès lors que celui-ci a été librement exprimé. Cette fidélité nous semble alors être favorable au contrat administratif en tant que tel et non pas au cocontractant. Nous pensons que cela constitue une singularité de la loyauté des relations contractuelles en l'état actuel du droit des contrats administratifs. Pour preuve, cette

[1] DUBREUIL CH.-A., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 162.

[2] V. notamment : LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 365 : « Quelle que soit la justification de l'exigence de loyauté, l'examen de la jurisprudence administrative montre qu'elle ne fonctionne pas comme en droit privé. Loin d'atténuer l'inégalité des parties au contrat en forçant la partie dominante à se préoccuper du sort de son cocontractant, la loyauté contribue, en droit administratif, à renforcer l'unité des parties en rendant leur lien contractuel moins fragile » ; BUNEL M., *Les chaînes d'actes en droit administratif*, th. Montpellier I, 2014, p. 628 : « [La loyauté contractuelle n'est en droit public qu'un] critère d'appréciation des moyens invoqués par les parties à l'appui de leur contestation » ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 63 : « l'arrêt *Commune de Béziers* semble innover quant au sens à lui attribuer dans l'hypothèse d'une action en contestation de validité du contrat par voie d'action ou d'exception, la loyauté tel que définie par cette jurisprudence s'écarte des conceptions connues du droit privé ».

loyauté-fidélité au contrat se rappelle à eux avec la plus grande force à l'occasion d'un contentieux en contestation de validité[1] et le Conseil d'État refuse, en l'état de la jurisprudence, qu'elle puisse être opposée aux modalités d'exécution du contrat[2].

76. Ainsi, conformément à son utilisation première dès la décision *Commune de Béziers*[3], la loyauté interdit les stratégies malhonnêtes d'évitement du contrat, du moins lorsqu'elles entendent instrumentaliser le juge et le contentieux. Ces stratégies ont pour objet et pour effet que de rompre le lien contractuel pour des motifs que le juge répugne désormais à accueillir, car illégitimes. La loyauté des relations contractuelles est donc indiscutablement finalisée. En luttant aussi activement et efficacement contre l'évitement du contrat, elle œuvre pour la stabilité des relations contractuelles, véritable « *objectif* »[4] du contentieux contractuel dans son ensemble. Notons à ce propos que même si les conclusions d'Emmanuel Glaser en 2009 ne font pas référence à un « *objectif de stabilité des relations contractuelles* », il n'en demeure pas moins que le rapporteur public a fait état de son « *importance renforcée* »[5]. Partant, la stabilité semble donc au cœur de la nouvelle politique jurisprudentielle pensée et construite par le Palais-Royal.

77. En sus, la loyauté en question est propre au droit administratif. Cela signifie qu'elle a été construite en fonction de ce que le juge considère comme étant d'ordre public. Précisément, comme nous aurons l'occasion de le préciser davantage, seul l'ordre public peut conduire à limiter les effets de la loyauté contractuelle et ainsi à s'opposer à la manifestation de ses effets. Donc, la fidélité des parties contractantes à leur propre contrat impose au juge de garantir leur engagement, sauf si le moyen soulevé par le cocontractant-requérant, ou relevé d'office par le magistrat est d'ordre public. En droit privé, comme le rappelait le professeur Laurent Aynès, la loyauté « *est souvent invoquée pour limiter, supprimer l'exercice d'un droit subjectif ou engager la responsabilité d'un contractant* »[6]. Cela signifie qu'elle trouve à

---

[1] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, *ibid.*, p. 69 : « L'exigence de loyauté contractuelle a pour unique effet de rationaliser le recours en contestation de validité afin d'assurer le maintien du lien contractuel en limitant les possibilités de remise en cause du contrat ou en permettant au juge de régler le litige entre les parties sur le terrain contractuel ».

[2] PELLISSIER G., « Concl. sur CE, 7 décembre 2015, *Syndicat mixte de Pierrefonds c/ Sté ASA Réunion*, préc. » : « L'exigence de loyauté des relations contractuelles n'est pas tant une manifestation de la force obligatoire des conventions, qui ne bénéficie qu'à celles qui sont légalement formées, qu'une justification d'une règle de procédure destinée à garantir la stabilité des relations contractuelles face au risque contentieux. […] L'exigence de loyauté des relations contractuelles n'est donc en l'état de votre jurisprudence qu'une norme de procédure contentieuse » [nous soulignons].

[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[5] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 513.

[6] AYNÈS L., « L'obligation de loyauté », art. *op. cit.*, p. 197.

s'exprimer aussi bien dans la phase précontractuelle que durant les modalités d'exécution des stipulations contractuelles. En droit public, les magistrats du Palais-Royal ont tenu en 2009[1] à circonscrire cet instrument[2], comme ont pu le confirmer les conclusions de Gilles Pellissier[3] sous la décision *Syndicat mixte de Pierrefonds contre Sté ASA Réunion*[4].

Précisément, nous pensons que la position du Palais-Royal est lourde de sens[5]. Elle confirme notre hypothèse selon laquelle la loyauté contractuelle a été pensée uniquement comme un instrument contentieux empêchant de s'évader trop aisément et trop opportunément de la relation contractuelle librement consentie. En d'autres termes, la loyauté contractuelle propre au droit des contrats administratifs n'est qu'une loyauté envers le contrat et non une loyauté au cocontractant. Dans l'affaire de 2015, comme il peut arriver bien souvent dans le cadre de l'exécution d'un contrat administratif, un différend est survenu entre la société titulaire du marché public de prestations de surveillance des passagers et des bagages d'un aéroport et la personne publique qui exploite ledit aéroport. Subissant, selon elle, le poids d'un déséquilibre financier important, la société titulaire a prévenu le syndicat qu'elle entendait résilier son marché public au 31 décembre 2007. Cependant, le 20 juin 2008, la personne publique contractante a émis un titre exécutoire dont le montant correspondrait au surcoût d'exécution qui faisait suite à la résiliation du marché par la société. Contrairement au tribunal administratif de la Réunion, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a annulé le titre exécutoire émis à l'encontre de la société[6]. Le Conseil d'État a été saisi par le syndicat d'une demande d'annulation de la décision d'appel. La société, en défense, a argüé la violation du « principe de loyauté des relations contractuelles », car la personne publique ne l'avait pas préalablement informée de son intention de prendre une mesure d'exécution. Les magistrats du Palais-Royal ont énoncé à cette occasion que la loyauté contractuelle « *n'impose pas à la personne publique d'informer préalablement son cocontractant des mesures d'exécution du contrat qu'elle entend prendre* »[7].

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] GONZAGUE PH., « Du contrôle de la bonne foi dans l'exécution des contrats de la commande publique », *CMP*, 2019, n°5, étude 6 : l'auteur parle de « cantonnement du principe de loyauté des relations contractuelles ».
[3] PELLISSIER G., « Concl. sur CE, 7 décembre 2015, *Syndicat mixte de Pierrefonds c/ Sté ASA Réunion*, préc. ».
[4] CE, 7 décembre 2015, Syndicat mixte de Pierrefonds c/ Sté ASA Réunion, préc.
[5] PELLISSIER G., « Concl. sur CE, 7 décembre 2015, *Syndicat mixte de Pierrefonds c/ Sté ASA Réunion*, préc. » : « L'utilisation de l'exigence de loyauté des relations contractuelles dans ce contexte nous paraît comme au syndicat requérant constituer une erreur de droit » [nous soulignons].
[6] CAA, Bordeaux, 7 mai 2014, *Sté ASA Réunion*, n°12BX02361 ; *CMP*, 2014, comm. 191, obs. G. Eckert.
[7] CE, 7 décembre 2015, *Syndicat mixte de Pierrefonds c/ Sté ASA Réunion*, préc.

Dans le même sens, la Cour administrative d'appel de Paris a rendu une décision le 28 février 2017 dans laquelle elle rejette le moyen soulevé par la société requérante selon lequel le syndicat intercommunal aurait manifestement méconnu « le principe de loyauté des relations contractuelles aux motifs qu'il aurait mis tardivement à sa charge les pénalités pour le recouvrement desquelles le titre exécutoire a été émis, et qu'il ne lui a imparti qu'un délai de huit jours »[1] pour régulariser sa situation. En refusant d'accueillir pareil moyen, le juge d'appel a délié la loyauté des relations contractuelles du contentieux de l'exécution et a ainsi fait une stricte application de la jurisprudence du Conseil d'État *Sociétés Eurovia Haute-Normandie et Colas Ile-de-France Normandie* du 20 juin 2016[2]. Précisément, les faits de l'arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Paris, au même titre d'ailleurs que la décision *Syndicat mixte de Pierrefonds contre société ASA Réunion*[3], ou dans l'arrêt *Société Immobilière Massimi*[4] font allusion à un certain manque « *d'élégance contractuelle* » de la part de l'administration contractante dans la mise en œuvre de ses prérogatives, notamment ici en matière de sanction.

Par exemple, dans l'affaire soumise au contrôle du juge du contrat saisi en appel, les faits démontrent que l'administration contractante a attendu 2013 pour sanctionner son cocontractant par des pénalités pour des retards dans la production de documents constatés en 2007. L'interprétation du long délai de mise en œuvre des pouvoirs de sanction par le syndicat intercommunal prend sans doute une autre interprétation lorsqu'est rappelé qu'elle est concomitante au recours contentieux tendant à la résiliation du contrat formé par la société. Cependant, la stricte application des stipulations contractuelles convenues librement entre parties contractantes ne peut, pour le juge administratif, être neutralisée par la loyauté contractuelle[5]. En d'autres termes, si la personne publique pouvait certes avoir manqué d'élégance dans la mise en œuvre de ses pouvoirs de sanctions, leur seule inscription au cœur du contrat justifie que leur mise en œuvre ne peut être écartée eu égard à la loyauté contractuelle. Donc, cela contribue à rendre irrecevable le moyen selon lequel la lenteur de l'administration à prononcer des pénalités de retard équivaut à son abandon tacite. Celles-ci demeurent objectivement « *de plein droit et sans mise en demeure préalable* » lorsqu'elles

[1] CAA Paris, 28 février 2017, *Sté Opalys*, n°15PA04410 ; *CMP*, 2017, comm. 141, obs. G. Eckert.
[2] CE, 20 juin 2016, *Stés Eurovia Haute-Normandie et Colas Ile-de-France*, n°376235 : *Rec.*, p. 827 ; *AJDA*, 2016, p. 1317, obs. L. Genty ; *CMP*, 2016, comm. 199, note J.-P. Pietri.
[3] CE, 7 décembre 2015, *Syndicat mixte de Pierrefonds c/ Sté ASA Réunion*, préc.
[4] CE, 22 juillet 2020, *Sté Immobilière Massimi*, n°426210.
[5] V. notamment : PIETRI J.-P., « Pénalités de retard et principe de loyauté des relations contractuelles », *CMP*, 2016, comm. 199 ; ECKERT G., « Pénalités de retard et loyauté des relations contractuelles », *CMP*, 2017, comm. 141.

sont prévues au contrat, comme vient de le rappeler récemment la Cour administrative d'appel de Nantes dans une décision *CEO* du 25 janvier 2019[1]. En quelque sorte, le juge ne se sert pas de la loyauté pour s'ériger en « *arbitre des élégances* » dans l'exécution des contrats. En l'état actuel du droit positif, la loyauté est vouée à jouer uniquement sur le terrain de la procédure contentieuse, pour limiter les possibilités d'une remise en cause opportuniste du contrat.

78. L'intérêt de l'étude de la construction et de l'avènement de la loyauté révèle assurément les raisons originaires qui conduisent à la confondre avec la bonne foi. À ce titre, le droit privé étant habitué de longue date, en droit des obligations, à se servir aussi bien de la loyauté que de la bonne foi, il ne fait malgré tout pas l'économie d'une part de la confusion entre les deux notions et d'autre part, des dangers potentiels liés – encore une fois – à l'imprécision originaire de la loyauté[2]. Le Conseil d'État a fait le choix tranché de n'utiliser que la loyauté et non la bonne foi en contentieux des parties contractantes. De plus, la plus haute juridiction administrative a décidé de restreindre l'utilisation de l'instrument « *loyauté des relations contractuelles* » au seul contentieux de la validité du contrat. Sur ce point, sans qu'il ait été à ce moment besoin d'étudier plus en détail les fonctions de la loyauté, il aurait été possible de se féliciter du choix prétorien de n'utiliser cet instrument que dans un volet strictement contentieux et procédural.

79. Pourtant, récemment, les Cours administratives d'appel sont à l'origine d'un mouvement ayant pour objet et pour effet de décloisonner la loyauté contractuelle. Nous pensons qu'un tel mouvement se heurte à la fonction de la loyauté telle que pensée par le Conseil d'État dans sa décision *Commune de Béziers*[3]. Dégagée pour être cloisonnée en tant que règle procédurale dans le cadre d'un contentieux entre parties contractantes, la loyauté des relations contractuelles n'a pas été pensée comme un principe général s'appliquant à toute la matière des contrats administratifs. Il n'y a rien d'étonnant ici lorsque l'on met en perspective la politique jurisprudentielle de sécurisation des contrats administratifs par rapport à l'état de crise. Durant cette période dans laquelle régnait l'instabilité des relations contractuelles au profit du respect strict du principe de légalité, l'on faisait le reproche aux cocontractants-

[1] CAA Nantes, 25 janvier 2019, *Cie des eaux et de l'ozone [CEO]*, n°17NT00625.
[2] PERROT R., « La loyauté procédurale », art. *op. cit.*, p. 151 : « Comment ne pas saluer l'émergence d'une vertu morale comme la loyauté à laquelle on ne peut qu'adhérer […]. Mais – et c'est là tout le problème – faut-il ériger la loyauté au rang des grands principes directeurs de la procédure civile, comme d'aucuns le suggèrent ? Ce n'est pas tourner le dos aux mérites de la loyauté que d'exprimer quelques craintes et réserves sur cette suggestion. Il faut savoir raison garder et ne pas fermer les yeux sur les incidences d'une telle accession au rang des principes directeurs du procès civil ».
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

requérants d'instrumentaliser le recours en déclaration de nullité pour pouvoir s'évader aisément du respect de leurs obligations contractuelles. Ces pratiques manifestement déloyales ont pu s'exercer en raison de la passivité du juge administratif qui était contraint de constater la nullité des contrats viciés. C'est la raison pour laquelle de nombreux auteurs ont salué le retour au premier plan du juge du contrat depuis la restructuration du contentieux contractuel[1].

80. Si cette transformation a commencé par le recours des tiers[2], l'arrêt *Commune de Béziers*[3] pour le recours des parties est symbolisé par l'avènement de « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* ». Il n'y a rien d'étonnant à ce que cet instrument ait été pensé comme une règle procédurale. En effet, la loyauté des relations contractuelles a été pensée pour le juge en premier lieu. Pour rompre avec sa passivité, la loyauté des relations contractuelles lui sert de clé lui permettant d'appréhender, puis éventuellement de traiter tous les moyens d'irrégularités soulevés par les cocontractants-requérants. En d'autres termes, si la passivité du juge était durant l'état de crise à l'origine de la pandémie des nullités, l'exigence de loyauté des relations contractuelles est l'instrument procédural « *sur mesure* » dans les affaires qu'il a à connaître, lui assurant d'être le gardien de la stabilité des contrats. En conséquence, la loyauté comme « *exigence* » a semblé, en 2009[4], être restreinte au terrain contentieux. Cette conception procédurale n'est certes pas figée. Il est envisageable que la loyauté des relations contractuelles puisse déployer ses effets au-delà du contentieux pour notamment influer sur l'exécution quotidienne des contrats administratifs. D'ailleurs, c'est ce qu'a rappelé le rapporteur public Emmanuel Glaser lorsqu'il a affirmé qu'il est du devoir du pouvoir adjudicateur d'exécuter loyalement son contrat[5]. Ainsi, la loyauté des relations contractuelles pourrait déployer ses effets sur l'ensemble du droit des contrats.

81. Nous pensons cependant qu'un pareil décloisonnement des effets de la loyauté en droit des contrats administratifs peut être vecteur d'une véritable confusion. Précisément, le cloisonnement de la loyauté en règle procédurale en droit des contrats administratifs a contribué à créer une différence profonde entre l'application en droit des contrats

---

[1] V. notamment : LIÉBER S.-J., BOTTEGHI D., « Le contrat public aurait-il (enfin) trouvé son juge ? », art. *op. cit.*, p. 142 ; GLASER E., « Les habits neufs du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 310 ; MÉNÉMÉNIS A., « Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », art. *op. cit.*, p. 3.
[2] CE, Ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic travaux signalisation*, préc. ; CE, sect., 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur de la Sarthe* [S.M.I.R.G.E.O.M.E.S.], préc.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.,* p. 514.

administratifs avec le principe général de loyauté en droit des contrats privés. En cas de décloisonnement de son périmètre d'intervention, la loyauté des relations contractuelles pourrait aller jusqu'à banaliser le droit des contrats administratifs. En droit des contrats privés, la loyauté sert notamment à limiter la différence entre les parties contractantes.

De plus, si la loyauté procédurale a pour objet et pour effet d'empêcher les ruptures opportunistes des contrats administratifs, la loyauté au cœur de l'exécution prendrait un tout autre visage et s'intéresserait davantage à sonder les reins et les cœurs des parties contractantes. Il y aurait la facette contentieuse relative aux moyens pouvant légitimement être invoqués par les requérants, et la facette relative à l'exécution du contrat. La première neutralise de nombreux moyens d'irrégularité tandis que la seconde pourrait aller jusqu'à neutraliser certaines pratiques administratives empreintes d'unilatéralisme.

82. En l'état actuel du droit, la loyauté des relations contractuelles demeure une règle procédurale. Or, nous pensons que l'incertitude en jurisprudence sur le choix de la loyauté comme « *exigence* » au profit notamment d'une loyauté comme « *principe* » contribue à poser la question du cloisonnement de son périmètre d'intervention.

*

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

83. Pour sonner le glas de l'ère de l'instabilité chronique des contrats administratifs, le Conseil d'État a décidé de doter le juge saisi d'un recours en contestation de validité par une partie d'un instrument contentieux redoutable : la loyauté des relations contractuelles. Les développements précédents nous ont permis de mieux identifier ce que recouvre le terme « *loyauté* ». En effet, la loyauté est appliquée dans de nombreux pans du droit, la matière contractuelle n'y faisant bien évidemment pas exception. Entrée formellement en contentieux des contrats administratifs en 2009[1], la loyauté est utilisée de longue date en droit des contrats privés. Pourtant, en dépit de son utilisation classique, la loyauté peine à être assise sur une définition solide et communément partagée. Précisément, elle est bien souvent confondue, associée et reste mal différenciée de la bonne foi. Sur ce point, le travail doctrinal de distinction entre la loyauté et la bonne foi semble insatisfaisant dans la mesure où les auteurs traitent bien souvent des mêmes points, mais y associent tantôt la loyauté, tantôt la bonne foi[2]. Bien que proches, ces deux termes ne sont pas identiques et l'origine de la confusion doit être abordée.

Ainsi, nous pensons avoir montré que les difficultés à distinguer la « *loyauté* » de la « *bonne foi* » remontent en réalité à l'avènement étymologique de la première. La loyauté est souvent définie en doctrine comme le respect de la parole donnée par une personne droite et sincère[3]. Autrement dit, la loyauté est une qualité qui confine à la fidélité. L'association souvent faite entre la loyauté et la fidélité est à l'origine de la confusion avec la bonne foi. Héritière du latin *fides*, elle a évolué en *bona fides* qui est à l'origine du terme « *bonne foi* ». L'origine véritable de la loyauté est médiévale et est le fruit d'une double influence entre *leial* et *legalis*. Le premier a donné naissance au terme « loyal » tandis que le second a évolué pour devenir « légal ». Par voie de conséquence, nous pensons qu'il n'y a pas *une*, mais bien *des* loyautés :

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[2] V. notamment : PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit.* ; JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit.* : au cœur de ces deux thèses, les auteurs écartent respectivement la bonne foi et la loyauté de leur étude en faisant le reproche au terme exclu de manquer de précision ou encore de ne pas être véritablement juridique.

[3] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 366.

les couples *loyauté-loyal* et *loyauté-légal*. Le premier est imprégné par la fidélité tandis que le second est lié au respect de la loi.

84. Si la loyauté en droit des contrats privés souffre de la confusion ou de l'association systématique à la bonne foi contractuelle, le droit des contrats administratifs en est manifestement épargné. Par conséquent, nous concluons à l'existence d'une loyauté propre au droit public. Pensée par et pour le juge du contrat, la loyauté des relations contractuelles est un instrument contentieux dont il nous revient désormais d'étudier son cloisonnement procédural.

Chapitre second

L'INCERTITUDE ENTOURANT LE CLOISONNEMENT PROCÉDURAL DE LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES

85. De manière prétorienne, les magistrats du Palais-Royal ont fait le choix, au cœur du renouveau du contentieux des parties contractantes, de se servir d'un instrument comme la loyauté des relations contractuelles. Le recours à un tel instrument interroge nécessairement quant à son identification et sa définition. Considérée à raison comme polysémique, la notion de loyauté s'adapte au contexte dans lequel elle est mobilisée. Comme nous l'avons démontré, en droit des contrats administratifs, la décision *Commune de Béziers*[1] lui a donné une dimension contentieuse révélant l'enracinement de cet instrument dans la fidélité des parties contractantes à leur propre contrat. La loyauté ne se rappelle à elles qu'à l'occasion d'un recours en contestation de validité. Pourtant, la doctrine ne s'est que trop peu intéressée à la différence pouvant exister entre les termes d'« *exigence* », de « *principe* », d'« *obligation* » et de « *devoir* », ce qui est « *source de difficultés* »[2].

En effet, le choix de la plus haute juridiction administrative de considérer la loyauté contractuelle comme une « *exigence* » peut, de prime abord, parfaitement étonner. En premier lieu, le terme même « *exigence* » contient en son sein une dose d'incertitude. En second lieu, le choix de l'exigence associée à la loyauté contractuelle étonne à la lumière de la pratique de cette notion dans les autres disciplines juridiques qui ont souvent préféré le recours à un « *principe* »[3]. À ce titre, en droit privé des obligations, l'on parle parfois de « *devoir* »[4] et plus

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] V. notamment : ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 771 ; JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit.,* p. 44.
[3] V. notamment : FOURMENT F., « Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civile et pénale », *D.*, 2011, p. 562 ; FERRAND F., V. « Preuve – Émergence d'un principe de loyauté », *Rép. de procédure civile*, Dalloz, 2018, pt. 486 ; DÉCIMA O., « De la loyauté de la preuve pénale et de ses composantes », *D.*, 2018, n°2, p. 103.
[4] V. notamment : PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit.*, pp. 13-14 : « le terme "devoir" se conjugue mieux avec l'idée de loyauté que la notion très juridique d'obligation. En effet, la notion de "devoir" permet de teinter toute prescription d'une certaine coloration morale. Or, en édictant que les obligations s'exécutent de bonne foi, le législateur a manifestement voulu donner un aspect moral à l'exécution du contrat ».

souvent de « *principe général de loyauté* ». Mais alors, si l'on dépasse ce premier sentiment d'étonnement, la démarche prétorienne d'associer la loyauté et l'exigence contribue à révéler les fonctions qu'entend faire jouer le Palais-Royal à la loyauté contractuelle. Nous pensons que la volonté de circonscrire cet instrument à la sphère contentieuse, dans le cas d'une contestation de validité, révèle la volonté première du Conseil d'État d'en faire une règle procédurale ou « *un modèle de conduite procédurale* »[1]. En ce sens, la loyauté des relations contractuelles pourrait être difficilement compatible avec l'avènement d'un « *principe* », qui plus est général. Pourtant, l'évolution de la jurisprudence tend à décloisonner les effets de la loyauté des relations contractuelles. Ce mouvement prend notamment la forme de la reconnaissance d'une loyauté comme « *principe* ».

À la lumière de l'expérience, il s'avère que la loyauté que le droit privé des obligations qualifie de « *principe* »[2], exerce son plein effet tout au long de la vie du contrat[3]. Conscient de la souplesse, conséquence d'une certaine indétermination, qu'offre aussi bien la notion de loyauté que la loyauté comme « *exigence* », nous pensons que le Conseil d'État a entendu faire de cet instrument un standard juridique **(Section première)** ayant pour objet et pour effet en l'état actuel du droit positif de circonscrire l'exigence de loyauté des relations contractuelles à la sphère de la contestation de validité du contrat par une partie **(Section seconde)**.

Section 1

LES INTERROGATIONS RELATIVES À LA NATURE DE LA « *LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES* » AU SENS DU DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

86. Les développements précédents nous ont conduits à exposer les difficultés originaires de détermination de la loyauté. Il n'est donc pas étonnant que les mêmes difficultés contaminent

---

[1] MARGUERY L., « La loyauté des relations contractuelles en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », art. *op. cit.*, p. 663.

[2] V. notamment : CA Lyon, 13 mars 2018, n°16/01691 : « la société a surévalué le coût des travaux réalisés, violant ainsi le principe de loyauté contractuelle » [nous soulignons] ; CA Basse Terre, 25 mars 2019, n°17/00095 : « Le respect du principe de loyauté contractuelle fondé sur l'article 1137 du code civil […] » [nous soulignons].

[3] Article 1104 du Code civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

la détermination de la nature de la loyauté lorsqu'elle est utilisée par le juge dans le cadre d'un recours en contestation de validité à l'initiative d'une partie. Autrement dit, il nous revient de déterminer ce que recouvre la loyauté des relations contractuelles pour pouvoir ensuite analyser ses fonctions.

87. En l'état actuel du droit, il semble difficile de déterminer la nature de la loyauté dans une dimension positive. En effet, en droit des contrats administratifs, la loyauté d'une partie contractante durant l'exécution du contrat n'est pas formellement récompensée. Notons tout de même qu'il est possible qu'un critère de sélection des candidats à l'occasion d'un appel d'offres porte sur l'expérience passée des opérateurs économiques. Autrement dit, l'ancien titulaire du contrat, si toutefois l'exécution a été heureuse, pourrait obtenir la note la plus haute et ainsi considérer qu'une forme de loyauté positive lui a profité. Or, il semble plus accessible de déterminer ce que recouvre la déloyauté d'une partie contractante. Partant, si l'on considère que la déloyauté est une attitude malhonnête du cocontractant-requérant pour pouvoir en toute opportunité rompre son engagement, la loyauté est, par effet de contraste, l'absence d'attitude malhonnête[1]. Pour autant, la souplesse de la loyauté des relations contractuelles peut-elle nous permettre d'envisager toutes ses manifestations ?

Ainsi, l'étude de la dimension négative de la loyauté nous invite à conclure qu'elle ne s'épuise pas dans la lutte contre l'attitude malhonnête du cocontractant-requérant **(Paragraphe premier)**. Sans que cette indétermination soit une faille de la décision *Commune de Béziers,* nous pensons au contraire que le Palais-Royal a fait sciemment le choix d'un standard inclusif lui offrant la plus grande souplesse dans l'appréhension puis dans le traitement des moyens d'irrégularité **(Paragraphe second)**.

§1. LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES NON CIRCONSCRITE À L'ABSENCE D'ATTITUDE MALHONNÊTE DU REQUÉRANT

88. Qu'il s'agisse de la loyauté des relations contractuelles ou bien la loyauté comme « *exigence* », il semble que le Palais-Royal ait fait le choix de mobiliser un instrument dont l'identification est complexe. Précisément, que ce soit en 2009 à l'occasion de l'avènement de

[1] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit.*, p. 27.

la jurisprudence *Commune de Béziers*[1] ou lors de ses différents arrêts d'application, jamais le juge du contrat n'a contribué à éclairer le débat en offrant une définition claire et précise de ce que recouvre la loyauté en contentieux des parties. Pour autant, la lecture des arrêts nous autorise malgré tout à en déduire plusieurs enseignements. Ceux-ci sont relatifs notamment à la détermination de la nature de l'instrument juridique objet de notre étude. L'on peut alors légitimement non pas interroger pour l'instant la pertinence d'un tel choix, mais, au contraire, souligner l'ingéniosité prétorienne. Précisément, la loyauté des relations contractuelles, instrument créé par et pour le juge du contrat semble être en tout point pratique. Dans le cadre d'un recours entre parties contractantes, « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[2] est « *un outil conceptuel* »[3] et référentiel contribuant à déterminer quels sont les moyens qui peuvent utilement et légitimement être présentés par le cocontractant-requérant[4] et qui autorise le juge à en écarter un nombre considérable en raison de leurs illégitimités[5].

Les faits constitutifs de l'affaire *Commune de Béziers*[6] nous invitent de prime abord à considérer que la loyauté des relations contractuelles est un instrument circonscrit à la lutte contre la malhonnêteté de la partie souhaitant obtenir l'annulation ou l'inapplication de son contrat. À lire les conclusions d'Emmanuel Glaser, la déloyauté semble caractérisée lorsque le requérant invoque une irrégularité alors qu'il en est précisément l'auteur[7]. Autrement dit, il y aurait quelque chose de malhonnête à pouvoir se prévaloir de sa propre faute pour en tirer un avantage. Pourtant, l'ensemble des décisions rendues par le Conseil d'État et les Cours

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] SESTIER J.-F., « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 455.
[4] GAUDEMET Y., *Les méthodes du juge administratif*, th. *op. cit.*, p. 47 : « De ces standards il faut bien comprendre qu'ils peuvent être de la plus grande utilité pour le juge puisqu'ils lui permettent d'établir une sorte d'échelle des comportements et de préciser ainsi, de façon générale et antécédente à chaque espèce, la limite du permis et du fautif ».
[5] V. notamment : SEILLER B., « La loyauté [hors] des relations contractuelles », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit.*, p. 447 : « la détermination fictive de ce [le cocontractant] aurait dû normalement faire » ; MRAD D., *La subjectivisation du contentieux et contrats administratifs*, th. dactyl. Paris-Saclay, 2018, p. 727 : « À travers l'étude de la loyauté contractuelle, le juge administratif vise une stratégie contentieuse qu'il estime illégitime » ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 74 : « La loyauté [permet au juge] de comparer l'attitude de la partie qui soulève un moyen d'irrégularité à celle d'une loyauté normale qu'il aura préalablement déterminé en fonction des circonstances du cas d'espèce ».
[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers,* préc.
[7] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.,* p. 516.

administratives d'appel qui fondent notre corpus prouvent que la loyauté des relations contractuelles ne correspond pas seulement à ce qui a pu être envisagé en 2009[1].

Ainsi, l'examen des décisions dans lesquelles le juge administratif est saisi d'un recours en contestation de validité d'un contrat par une partie révèle que la loyauté des relations contractuelles s'intéresse soit au cocontractant-requérant et est donc *subjective*, soit au moyen d'irrégularité soulevé lui-même et est alors éminemment *objective*. Bien que les considérations qui conduisent le juge à garantir la stabilité du contrat administratif soient variées, c'est toujours la loyauté qui sert de rempart.

89. Dans sa dimension subjective, la loyauté des relations contractuelles peut prendre, en fonction des affaires que doit trancher le juge du contrat, la forme du contrôle de l'imputabilité de l'irrégularité. Autrement dit, est déloyal le moyen invoqué par le requérant qui est l'auteur du vice qu'il invoque[2]. De plus, la dimension subjective de la loyauté des relations contractuelles est caractérisée lorsqu'elle s'intéresse à l'intention du requérant. Cela signifie qu'est déloyale la volonté malhonnête de la partie contractante qui invoque une irrégularité comme prétexte pour ne plus par exemple régler ce qu'elle doit à son cocontractant[3]. Enfin, l'approche subjective sera encore reconnue dans le cas d'un comportement qui révèle que le requérant conteste la validité du contrat par « *opportunisme* »[4]. Autrement dit, est déloyal le requérant qui exécute son contrat sans encombre en ayant connaissance du vice et qui au bout d'un laps de temps plus ou moins long décide d'en contester la validité[5]. Dans ce cas de figure, peut-on considérer comme déloyal un cocontractant-requérant qui invoque une irrégularité dont il n'avait pas nécessairement eu connaissance ? L'examen de la jurisprudence nous invite à considérer que plus la durée d'exécution du contrat est longue, plus l'invocation d'une irrégularité relative à la formation

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[2] CAA Bordeaux, 16 décembre 2010, *Sté expertises Melloni et associés*, n°09BX02266 ; *CMP*, 2011, comm. 49 et 65, note F. Llorens : « c'est à bon droit que les premiers juges ont considéré que l'absence de mise en concurrence était de nature à vicier le contrat ; que, toutefois, ce vice, qui est imputable à la commune du Port […] ; que, dans ces conditions, et alors qu'il s'agit de régler un différend relatif à l'exécution dudit contrat, il y a lieu de trancher le litige sur le terrain contractuel » [nous soulignons].

[3] CAA Bordeaux, 31 mars 2011, *Groupe Vinet SA*, n°08BX01785 : « au regard de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, les parties ne sauraient remettre en cause la validité des contrats qu'elles ont exécutés dans le seul but d'échapper aux obligations qui en découlent » [nous soulignons].

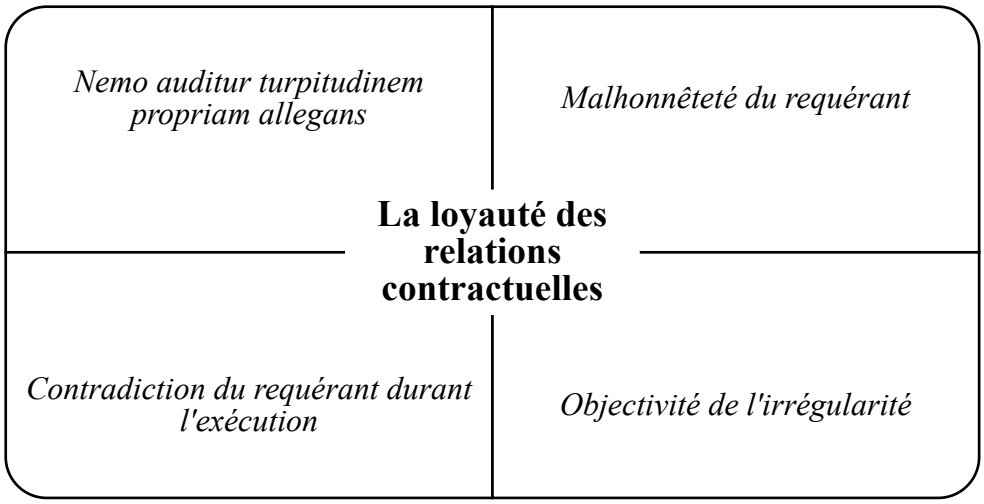
[4] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 390 : « Ce courant jurisprudentiel montre ainsi plus clairement que, ce qui est condamné, c'est l'opportunisme ».

[5] CAA Marseille, 8 juillet 2010, *Ville de Nice*, n°08MA00431 : « si le vice allégué tiré de l'irrégularité de la clause de tacite reconduction concerne le contenu du contrat, l'exigence de loyauté des relations contractuelles fait obstacle à ce que la commune de Nice puisse utilement se prévaloir de ce vice alors qu'elle ne s'est jamais opposée pendant plus de trente ans à l'exécution de ce contrat » [nous soulignons].

du contrat est considérée comme une contradiction dans l'attitude du cocontractant révélant sa déloyauté[1]. Cette contradiction manifeste caractérise la déloyauté de l'auteur du recours d'après le juge du contrat.

90. Dans sa dimension objective, la loyauté des relations contractuelle est intimement liée à la nature de l'irrégularité et à sa gravité comme le prouve la motivation habituelle qu'utilise le juge du contrat : « *eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doit écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doit pas être tranché sur le terrain contractuel* »[2]. Ainsi, ne peuvent être loyalement invoqués au regard d'une forme de loyauté objective ou être opérants que les moyens d'irrégularités suffisamment graves. Nous présenterons ultérieurement comment le juge du contrat, en fonction des espèces peut être amené à utiliser les deux approches de la loyauté pour trancher le litige[3].

Pourtant, le contrôle objectif n'est pas nécessairement lié à la malhonnêteté éventuelle du requérant. En effet, hormis le cas des vices du consentement, une irrégularité peut être très grave sans que son auteur ait eu une intention malhonnête. Pour preuve, nombreux sont les manquements relatifs à la passation des contrats de la commande publique qui sont davantage le fruit de l'insuffisance des services des pouvoirs adjudicateurs que d'une intention malhonnête.



[1] CAA Marseille, 8 juillet 2010, *Ville de Nice*, préc.
[2] Pour une première utilisation par le juge dans le cadre d'une contestation de validité du contrat administratif V. : CE, 8 mars 2010, *Cne de Béziers*, préc.
[3] V. *infra*, § 258 et s.

91. Par voie de conséquence, la loyauté des relations contractuelle ne s'épuise dans aucune des catégories que nous venons de présenter. En fonction des espèces et en l'état actuel de la jurisprudence, elle peut prendre la forme du contrôle de l'imputabilité de l'irrégularité, de l'intention du requérant et du comportement du requérant durant l'exécution. Ou alors, elle peut n'agir qu'en fonction de la nature et de la gravité de l'irrégularité. Nous aurons l'occasion d'examiner les différentes facettes que peut prendre la loyauté des relations contractuelles utilisée par le juge du contrat et qui montre comment elle est employée à dessein.

En effet, elle sert à garantir la stabilité les contrats administratifs irréguliers au détriment coupable du respect du principe de légalité relégué au second plan. La loyauté des relations contractuelles n'est pas unique, mais bien polymorphe, il n'y a pas *une*, mais bien *des* loyautés. Cette souplesse extrêmement précieuse révèle alors la nature de standard de la loyauté des relations contractuelles.

§2. LE CHOIX DU STANDARD INCLUSIF, GAGE DE SOUPLESSE POUR LE JUGE DU CONTRAT

92. Nous pensons que « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[1] varie nécessairement[2] et l'indétermination originaire de la notion de loyauté, voire son imprécision, offre au juge qui s'en sert une souplesse remarquable. Le professeur Jean-François Sestier n'a d'ailleurs pas hésité à le qualifier de « *commode* »[3]. C'est la raison pour laquelle cet instrument juridique répond en tout point à la définition du standard[4] adapté au contentieux des parties contractantes[5]. Rappelons avec la doctrine la plus sûre en la matière qu'il s'agit

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 383.
[3] SESTIER J.-F., « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 451.
[4] STATI M. O., *Le standard juridique*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1927, p. 43 : « [Le standard est une] appréciation moyenne de la conduite qui doit être, selon les circonstances, loyale, consciencieuse, raisonnable, prudente ou diligente » [nous soulignons].
[5] V. notamment : SESTIER J.-F., « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des*

d'une notion juridique ouverte dans sa délimitation, offrant ainsi une grande souplesse d'utilisation[1], cette souplesse étant voulue et recherchée par l'acteur juridique qui l'utilise, notamment le juge[2].

93. Partant, le standard semble, en l'état, parfaitement adapté à décrire la nature de l'exigence de loyauté. En contentieux des contrats administratifs et plus particulièrement dans le cadre d'un recours entre parties contractantes, la casuistique est très importante. En d'autres termes, il y a autant de situations envisageables pouvant être à l'origine d'un contentieux qu'il y a de contrats administratifs, justifiant alors le recours au standard de loyauté[3], afin que chaque décision du juge soit ajustée, calibrée en fonction des spécificités de chaque cas.

Pour s'en convaincre, reprenons la méthodologie du professeur Rials relative à la définition fonctionnelle du standard[4], bien plus opportune que l'impossible définition matérielle[5]. Notons d'abord que de nombreux auteurs se sont accordés pour reconnaître que le standard désigne une « notion floue »[6] ou une « notion à contenu indéterminé »[7]. C'est certainement la raison pour laquelle l'on a pu reprocher au standard de ne pas être une notion juridique. Le

---

personnes publiques, *op. cit.*, p. 455 ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 74.

[1] HAURIOU M., « Police juridique et fond du droit. À propos du livre d'Al Sanhoury : *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise*. Et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon », *RTD civ.*, 1926, p. 268 : « le *standard* est destiné à guider le juge ou l'administrateur, dans l'administration du droit, en lui laissant un certain pouvoir discrétionnaire […] ».

[2] V. notamment : BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, th. *op. cit.*, p. 53 : « Le standard peut, dès lors, être défini comme une notion juridique, intentionnellement indéterminée, qui permet une mesure des comportements et des situations en terme de normalité et implique, pour son application, des références exogènes au droit » ; THIOYE M., « L'utilisation des standards juridiques par le juge », *RRJ,* 2014, vol. 4, p. 1669 : « Le standard juridique est une notion ambigüe qui est intraduisible ou, pour le moins, très difficile à traduire fidèlement. On sait, tout au plus, que l'expression sert à fédérer ou désigner, de manière générique, d'autres notions qui sont elles-mêmes susceptibles d'une appréciation subjective et évolutive et qui échappent, de ce fait, à une définition abstraite précise ».

[3] V. notamment : STATI M. O., *Le standard juridique*, th. *op. cit.,* p. 47 : « Si le résultat de l'introduction [du standard juridique] dans le droit devait signifier une solution uniforme pour toutes les personnes et pour toutes les circonstances, la standardisation du Droit serait déjà réalisée par la règle de droit simple, générale et uniforme, susceptible d'une application presque mécanique et sévèrement critiquée, justement parce que la justice ne se prête pas à une production en série » ; BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, th. *op. cit.*, p. 9 : « En droit, au contraire, l'application du standard mène à l'individualisation des solutions. En effet, le standard constitue une catégorie de prescriptions normatives indéterminées et donc inapplicables sans évaluation préalable. C'est en fonction des faits auxquels le standard doit s'appliquer et de leur appréciation que sera déterminé son contenu ».

[4] RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 135, 1980, pp. 55 et s.

[5] BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, th. *op. cit.*, p. 20 : « Le standard se définit essentiellement par sa fonction. Toute tentative d'en donner une définition matérielle peut, dès lors, sembler inutile ».

[6] BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *ibid*., p. 5.

[7] ORIANNE P., V. « Standard juridique », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., LGDJ, 1993

professeur Rials, rejoint ultérieurement par de nombreux auteurs[1], a répondu à ce débat en affirmant que « *le standard est simplement une technique particulière d'expression de la règle* »[2] et a donc conclu à la parfaite juridicité du standard en en faisant « *un élément de la règle* »[3]. Pour l'auteur, la réunion de trois critères contribue à révéler l'existence d'un standard.

Le premier est celui relatif à *la définition fonctionnelle-organique* du standard qui aurait pour finalité une *délégation* ou une *réservation* de pouvoir[4]. Dans le cas précis de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, le juge en est à la fois l'auteur et l'utilisateur. Il s'agit alors manifestement d'une réservation de pouvoir. Le Doyen Hauriou a été l'un des premiers auteurs à s'interroger sur la détermination du standard en le distinguant de la « *directive* ». Pour le maître toulousain, créant ainsi un point de convergence avec la pensée du professeur Rials, « *le juge ou l'administrateur, armé de son pouvoir discrétionnaire, se fait à lui-même ses standards […]. Le standard, en effet, n'est pas une règle précise pour une hypothèse, mais un pouvoir général d'arbitrer une catégorie de conflits en employant certaines méthodes que l'on s'impose à soi-même* »[5]. C'est donc une « *notion fixe à contenu variable* »[6]. Issue d'une démarche empirique, le standard juridique est la réponse à un besoin du juge. En d'autres termes, le standard juridique peut être un instrument pertinent permettant au magistrat de traiter un cas auquel il est confronté en fonction de ce qu'il considère comme étant normal par opposition à ce qui ne l'est pas[7]. Le standard entretient en effet, comme l'a montré en premier lieu la thèse du professeur Rials, un lien consubstantiel avec l'idée de « *normalité* ». Dans cette hypothèse, le standard juridique brille par sa maniabilité et offre une grande marge de

---

[1] V. notamment : BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, th. *op. cit.*, pp. 7-8 ; MEYNAUD A., « La bonne administration de la justice et le juge administratif », *RFDA*, 2013, p. 1038.

[2] V. notamment : RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, th. *op. cit.*, p. 33 ; RIALS S., « Les standards, notions critiques du droit », in Ch. Perelman et R. Van Der Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, *op. cit.*, p. 39.

[3] RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, th. *op. cit.*, p. 33.

[4] RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, *ibid.*, p. 55.

[5] HAURIOU M., « Police juridique et fond du droit. À propos du livre d'Al Sanhoury : *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise*. Et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon », art. *op. cit.*, p. 268.

[6] PROS-PHALIPPON CH., *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, LGDJ, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », t. 301, 2018, p. 36.

[7] LOCHAK D., « Droit, normalité et normalisation », *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 65 : « les standards, catégories vides au départ de tout contenu juridique et que les sujets de droit ou le juge sont invités à remplir en fonction de l'idée qu'ils se font de ce qui est normal et de ce qui ne l'est pas ».

manœuvre et une réelle souplesse à l'autorité qui le mobilise. Pour preuve, le standard n'a pas besoin d'être rattaché à des règles préexistantes[1].

Le deuxième critère est celui relatif à la capacité de persuasion du standard. C'est ce que le professeur Rials a nommé ses *fonctions rhétoriques*[2]. Il s'agit en définitive de la démarche par laquelle le juge, à l'occasion de la construction de son raisonnement et de l'utilisation du standard, va s'attacher à le justifier et à le légitimer, pour qu'il soit juste et qu'on ne puisse mettre en doute son acceptabilité sociale[3]. Le choix de la loyauté nous semble être une illustration parfaite. Comme nous l'avons expliqué, sans qu'il soit besoin d'en avoir une définition objective précise, la loyauté renvoie intuitivement à des vertus que l'on ne peut critiquer. Cet élément d'identification ressemble décidément au critère de la normalité[4] qui « *invite le juge à évaluer et sanctionner des comportements ou situations par référence aux pratiques et systèmes de valeur dominants* »[5]. Le standard est alors le reflet de la normalité et semble être en même temps descriptif et dogmatique. En d'autres termes, la normalité est descriptive lorsqu'elle révèle ce qui est normal, ou ici loyal. Elle est dogmatique et donc normative, lorsqu'elle préconise ce qui doit être normal, ou ici loyal[6]. La force persuasive du standard proposée par le professeur Rials correspond à sa dimension dogmatique[7]. Transposée au droit des contrats administratifs, l'exigence de loyauté des relations contractuelles, dans la mesure où elle contribue à lutter efficacement contre les tromperies, les duperies et les

---

[1] HAURIOU M., « Police juridique et fond du droit. À propos du livre d'Al Sanhoury : Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise. Et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon », art. *ibid.*, p. 269.

[2] RIALS S., Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, th. op. cit., p. 57 et s.

[3] PERELMAN CH., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2ème éd., 1999, p. 9 : « quelle que soit la technique de raisonnement utilisée en droit, celui-ci ne peut se désintéresser de la réaction des consciences devant l'iniquité du résultat auquel ce raisonnement aboutirait. Au contraire, l'effort des juristes, à tous les niveaux et dans toute l'histoire du droit, a cherché à concilier les techniques du raisonnement juridique avec la justice, ou du moins l'acceptabilité sociale de la décision ».

[4] BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, th. *op. cit.*, p. 34 : « En contribuant à la mise en œuvre d'une normativité, c'est-à-dire d'un système de normes permettant de tracer la limite entre les comportements et les situations qui sont acceptables, et ceux qui ne le sont pas, le droit se base sur des critères de normalité ».

[5] LOCHAK D., V. « Normalité », in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op. cit., p. 395.

[6] V. notamment : BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, th. *op. cit.*, p. 37 ; SEILLER B., « La loyauté [hors] des relations contractuelles », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 447.

[7] RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, th. *op. cit.*, p. 130 et s.

stratégies d'évitement du contrat[1] répond indiscutablement à cette logique de persuasion et de légitimation propre au standard[2].

Le dernier critère est celui de *la régularisation du droit.* Il s'agit en substance de l'étude de la finalité du standard : offrir une souplesse et une marge de manœuvre au juge en régulant – terme qui nous semble convenir davantage – le respect strict d'une règle et l'imperfection de l'acte juridique contrôlé. En rompant avec l'automaticité des constats de nullité des contrats publics, l'exigence de loyauté des relations contractuelles joue parfaitement ce rôle d'instrument permettant d'apporter une réponse « *sur mesure* ». En ce sens, le professeur Rials a mentionné que le standard participe à rompre avec l'automaticité des solutions rendues par le juge[3]. L'utilisation du standard juridique est plus que « *commode* »[4], contrairement à ce que pouvait affirmer Roger Latournerie[5]. Elle est même nécessaire en tant que technique juridique, en ce qu'elle offre une grande marge de manœuvre à l'autorité qui s'en sert[6]. À ce titre, l'indétermination stricte du standard participe à un mouvement relatif à la délégation du pouvoir normatif vis-à-vis d'autorités en charge de prendre des décisions, comme peuvent l'être les juges[7]. En effet, en sonnant le glas de l'état de crise du contrat, le juge administratif saisi d'un recours en contestation de validité par un cocontractant accueillera, ou, au contraire, n'accueillera pas le moyen soulevé en fonction de la légitimité de son invocation.

---

[1] MRAD D., *Subjectivisation du contentieux et contrat administratif*, th. *op. cit*., p. 672.

[2] RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, th. *op. cit*., p. 58 : « en dépit de sa majesté et de la force propre qui s'attache à ses décisions, le juge ne peut se passer de techniques qui rendront sa jurisprudence plus persuasive et plus légitime. Le standard jurisprudentiel semble être l'une d'elles ».

[3] RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, *ibid*., p. 59.

[4] SESTIER J.-F., « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 451.

[5] V. notamment : LATOURNERIE R., « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », *LJCE*, 1952, p. 201 : « la notion de standard paraît étrangère au droit public » ; GAUDEMET Y., *Les méthodes du juge administratif*, th. *op. cit.*, pp. 47-48 : « on comprendrait mal pourquoi le juge administratif aurait délibérément choisi de se priver d'une technique dont l'utilité n'est pas niable […] ».

[6] V. notamment : MORVAN P., *Le principe de droit privé,* th. Paris II, Panthéon-Assas, coll. « Droit privé », 1999, p. 60 : « le standard n'est pas une règle de droit mais une technique juridique. Il constitue une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination à priori celle-ci » ; MEYNAUD A., « La bonne administration de la justice et le juge administratif », art. *op. cit.*, p. 1038 : « Le rôle joué par l'interprète d'un standard est d'autant plus crucial qu'il dispose d'une marge d'appréciation substantielle ».

[7] BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5ème éd., 2012, n°185 : « La technique législative moderne, grâce à ces notions indéterminées, procède à de véritable délégations normatives aux autorités de décision et dose le niveau d'indétermination de ces notions floues en fonction du pouvoir que l'on entend effectivement déléguer ».

94. Ainsi, la loyauté est l'étalon de mesure de la normalité[1], de ce qui est légitime et donc invocable/opérant, de ce qui ne l'est pas et qui ne pourra être accueilli par le juge. Une analogie peut alors être construite avec la loyauté des débats en droit processuel. Contrairement à ce que défend Marie-Emma Boursier[2], la loyauté joue pour de nombreux auteurs parfaitement le rôle de « *standard de comportement* »[3] dans la mesure où elle contribue à « *mesurer l'adéquation du procès administratif au modèle universel de procès équitable* »[4]. En d'autres termes, seules les stratégies loyales pour gagner un procès sont admises[5]. En tant que filtre des moyens, l'exigence de loyauté des relations contractuelles contribue, à l'instar de la loyauté processuelle, à empêcher soit qu'une irrégularité, soit qu'une preuve produise des effets en contentieux. C'est en ce sens que le professeur Anne Leborgne a dit que la loyauté « *est susceptible, tout autant de forcer la vérité que de la réduire au silence* »[6]. L'on pourrait alors dire que la loyauté est tout autant susceptible de forcer le respect de la légalité que de la réduire au silence.

95. En outre, affirmer que telle notion entre dans la catégorie de standard ne peut suffire dans la mesure où tous les standards n'ont pas tous le même rapport à la normalité. Dès lors, il réside une véritable nuance entre le standard *substituable* et celui considéré comme *inclusif*[7]. Le premier fait référence expressément à l'état pur de la normalité par le recours au terme « *normal* ». Sont donc des standards substituables tous ceux qui mettent en avant la normalité tels que les troubles anormaux, le risque anormal, la destination normale, ou encore le préjudice anormal. Le second est construit sur un modèle différent. Précisément, la normalité est, comme le terme l'indique, incluse dans ce type de standard. En d'autres termes, on ne peut attendre d'un cocontractant qu'il se comporte de manière « *loyale normale* ». Il est loyal ou il ne l'est pas et sa loyauté est considérée par définition comme normale.

---

[1] LOSCHAK D., « Droit, normalité et normalisation », art. *op. cit.*, pp. 52-53 : « les rapports entre droit et société, entre norme juridique et norme sociale, conduit à s'interroger sur les mécanismes par lesquels le droit concourt à la normalisation des comportement, sur la fonction du droit comme étalon et caution de la normalité ».

[2] V. notamment : BOURSIER M.-E., *Le principe de loyauté en droit processuel*, th. *op. cit.*, p. 41 ; HOUBRON H., *Loyauté et vérité. Étude de droit processuel*, th. dactyl. Reims, 2004 ; KEBIR M., *Le libre arbitre du juge*, th. Tours, Dalloz, coll. « Bibliothèque de la justice », 2019, p. 406.

[3] GUYOMAR M., « La loyauté en droit administratif », *Justices & Cassation*, 2014, p. 61.

[4] MEYNAUD-ZEROUAL A., L'office des parties dans le procès administratif, th. op. cit., p. 529.

[5] MEURANT C., *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français,* th. Lyon 3, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 309, 2019, p. 148.

[6] LEBORGNE A., « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », art. *op. cit.*, p. 537.

[7] RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, th. *op. cit.*, pp. 62-63

Ainsi, la loyauté contractuelle contient en son sein l'idée de normalité et correspond alors au standard inclusif[1]. Sur ce point réside une distinction entre le standard inclusif *primaire* et celui qui est qualifié de *secondaire*. Le standard objet de notre étude entre dans la catégorie *primaire*[2] dans la mesure où elle peut « *recevoir des affectations variées* »[3]. En effet, la loyauté s'applique, comme nous l'avons rappelé, dans de nombreuses disciplines juridiques. D'origine prétorienne, ce standard juridique sert au juge administratif à appréhender les litiges contractuels lorsqu'il est saisi d'un recours entre parties-contractantes[4]. Donc, l'exigence de loyauté des relations contractuelles n'est pas uniquement un révélateur de la normalité, elle a pour fonction de permettre de dresser un bilan entre la légalité et la stabilité des relations contractuelles. Elle est la clé entre les mains du juge du contrat lui permettant d'opérer un choix entre la survie du contrat et le respect de la légalité.

96. Enfin, l'utilisation de cet instrument juridique particulier qu'est la loyauté contractuelle remplit parfaitement les conditions cumulatives posées par le professeur RIALS pour être un standard[5]. En ce sens, les caractéristiques d'un standard excluent l'identification d'un principe général voire d'un principe directeur en raison notamment de la nature profonde du standard qui est son indétermination[6]. Ainsi, le professeur Philippe Cossalter a justifié ce choix selon lui par la volonté du juge de limiter la loyauté en droit des contrats administratifs à la seule question de la recevabilité des moyens[7]. Précisément, le principe général et le principe directeur contiennent en eux l'idée d'une application générale. Nous pensons que la loyauté comme « *exigence* » révèle la volonté première du Palais-Royal, contrairement au droit privé des obligations[8], de la circonscrire au recours en contestation de validité à l'initiative d'une partie.

---

[1] En ce sens V. : SESTIER J.-F., « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 455.

[2] RIALS S., Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, th. op.cit, pp. 36-37.

[3] RIALS S., Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, ibid., p. 78.

[4] THIOYE M., « L'utilisation des standards juridiques par le juge », art. *op. cit.*, pp. 1676-1677.

[5] V. *supra*, § 92 et s.

[6] V. notamment : PERROT R., « La loyauté procédurale », art. *op. cit.*, p. 152 ; MEYNAUD-ZEROUAL A., *L'office des parties dans le procès administratif,* th. *op. cit.,* p. 532.

[7] COSSALTER PH., « Vingt ans de contentieux administratifs des contrats publics : permanence et innovations », in *Florilèges du droit public. Recueil de Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin,* Éd. La Mémoire du droit, 2012, p. 232.

[8] V. notamment : GHESTIN J., *Les obligations. La formation du contrat*, 3ème éd., LGDJ, 1993, p. 237 ; CADIET L., « Une justice contractuelle, l'autre », in *Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 180 ; MESTRE J., « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », *Lamy Droit civil*, 2009, n°58, p. 7.

Section 2

L'INCERTITUDE ENTOURANT LA LOYAUTÉ COMME « *EXIGENCE* »

97. La nature de standard que nous reconnaissons à la loyauté des relations contractuelles apparaît particulièrement adaptée au choix qu'a fait le Conseil d'État en 2009[1] en la regardant comme une « *exigence* » procédurale. Pour autant, le terme « *exigence* » contient lui aussi une certaine dose d'incertitude qu'il convient de dissiper, pour mieux ensuite en saisir le plein effet. Il ne s'agit pas d'une chose aisée au regard de travaux scientifiques portant précisément sur cette question. Ainsi, dans sa thèse relative à « *l'exigence de qualité du service public* », Lucie Cluzel-Métayer s'est attachée à préciser tous les aspects de la qualité, son origine managériale, l'identification des normes ayant pour objet de garantir et de soutenir la qualité, sans pour autant retenir une définition précise de ce que recouvre l'idée même d'exigence[2]. D'autres auteurs ont quant à eux étudié alternativement les notions d'« *exigence* », « *principe* », « *obligation* » ou « *devoir* »[3].

Plus précisément en droit des contrats administratifs, nous avons expliqué que le Conseil d'État a fait le choix de circonscrire les effets de la loyauté des relations contractuelles. Pourtant, nous aurons l'occasion de préciser que dans plusieurs arrêts et à l'occasion de l'avis de 2018 de la section des travaux publics relatif à l'affaire dite « *Aéroport de Notre-Dame-des-Landes* »[4], le Conseil d'État a rompu avec la conception première de la loyauté en contentieux des parties au profit d'un instrument non plus restreint à l'unique contestation de validité, mais déployant ses effets dans les modalités d'exécution du contrat par les cocontractants ou comme clé d'interprétation des stipulations lacunaires. L'objet de cette distanciation par rapport à la construction originaire contribue à décloisonner la loyauté. Ces ballons d'essai peuvent être caractérisés par une évolution terminologique dans la rédaction

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[2] CLUZEL-MÉTAYER L., *Le service public et l'exigence de qualité*, th. Paris II, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 52, 2006, 634 p.

[3] V. notamment : AUZERO G., « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », in *Un droit en perpétuel mouvement. Mélanges offerts à Geneviève Pignarre*, LGDJ, 2018, p. 34 ; KEBIR M., *Le libre arbitre du juge*, th. *op. cit.*, p. 406.

[4] CE, Section des travaux publics, 26 avril 2018, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport Nantes-Atlantique, n°394398 ; JCP Adm., 2018, act. 898, obs. C. Friedrich ; CMP, 2019, comm. 54, obs. G. Eckert.

de la décision. Par exemple, les arrêts dans lesquels les magistrats ont voulu faire jouer à la loyauté un rôle différent de celui imaginé en 2009[1] ne reprennent plus nécessairement le terme « *exigence* », et semblent lui préférer celui de « *principe* », « *obligation* » ou « *devoir* ». Cette fluctuation[2] dans l'usage du terme pourrait de prime abord paraître insignifiante ou sans intérêt[3]. Elle nous semble pourtant essentielle dans la mesure où elle livre des indices sur le périmètre de la loyauté des relations contractuelles en droit des contrats administratifs[4].

Dans le cadre de l'analyse des décisions rendues par les différentes Cours administratives d'appel et le Conseil d'État se fondant sur la loyauté des relations contractuelles, le choix initial du Palais-Royal de l'exigence apparaît remise en question **(Paragraphe premier)** et il nous appartient d'en expliquer les raisons **(Paragraphe second)**.

§1. L'INCERTITUDE JURISPRUDENTIELLE DANS LE CHOIX DE LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES COMME « *EXIGENCE* »

98. L'étude des décisions qui constituent notre corpus révèle assurément le choix initial du Palais-Royal de considérer la loyauté des relations contractuelles comme une exigence. De plus, les conclusions d'Emmanuel Glaser sous la décision *Commune de Béziers*[5] font explicitement mention d'une loyauté comme « *exigence* »[6]. En ce sens, dès la restructuration du contentieux des parties contractantes, la plus haute juridiction administrative a fait le choix d'associer l'instrument stabilisateur à une exigence. Le conseiller d'État Nicolas Boulouis, très récemment, a été le premier à s'intéresser précisément à la loyauté comme « *exigence* ». Selon lui, le choix du Palais-Royal n'est pas anodin et ne doit pas être considéré comme tel. À ce titre, la loyauté est considérée comme une « *exigence* » dans la mesure où elle « *n'est pas un principe général du droit [dans aucun de ses aspects : ni principe de droit général, ni*

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] BARROIS DE SARIGNY C., « Les principes de loyauté, confiance légitime et bonne foi en droit administratif », *in* P. Gonod et H. Ascensio (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, *op. cit.*, p. 195.
[3] V. notamment : DOUTEAUD S., La stabilisation des contrat par le juge administratif de la validité, th. op. cit., p. 230.
[4] V. *infra*, § 347 et s.
[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[6] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 515.

principe général dans un droit particulier], ni une règle générale applicable à tous les contrats administratifs »[1].

Pourtant, la lecture minutieuse des arrêts faisant référence au label « *loyauté contractuelle* » démontre que le juge du contrat a parfois fait le choix d'associer la loyauté à une « *obligation* », à un « *devoir* » et aussi à un « *principe* ». La rigueur de la démonstration nous impose nécessairement d'analyser cette fluctuation. Dès lors, la loyauté des relations contractuelles semble compatible avec les notions d'« *exigence* » ou encore d'« *obligation* » et de « *devoir* » **(A)**, mais interroge beaucoup plus sur son domaine d'intervention lorsqu'elle prend la forme d'un « *principe* » **(B)**.

A) LA COMPATIBILITÉ DE LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES COMME « *EXIGENCE* », « *OBLIGATION* » ET « *DEVOIR* »

99. L'avènement de la loyauté des relations contractuelles en contentieux des parties à un contrat administratif a pris la forme d'une « *exigence* » **(1)**. Pour autant, l'évolution de la jurisprudence a révélé l'utilisation par le juge d'autres notions associées à la loyauté des relations contractuelles. Parmi celles-ci, nous pensons que la loyauté comme « *obligation* » et comme « *devoir* » sont parfaitement compatibles avec la loyauté des relations contractuelles dégagées en 2009[2] par le Conseil d'État **(2)**.

1. Le choix originaire de la loyauté des relations contractuelles comme « *exigence* »

100. En 2009 à l'occasion du changement de paradigme induit par la décision *Commune de Béziers*[3], si le Conseil d'État, suivant les conclusions de son rapporteur public[4], a fait le choix de la loyauté comme « *exigence* » plutôt que comme « *devoir* », « *obligation* » ou « *principe* », c'est certainement pour deux raisons principales. Premièrement, pour démarquer

[1] BOULOUIS N., « Confiance et loyauté des relations contractuelles dans le contentieux des contrats publics », *in* C. Teitgen-Colly et O. Renaudie (dir.), *Confiance et droit public*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2019, p. 212.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.,* p. 515.

la loyauté d'une stricte appréciation morale qui ne semble pas adaptée à la fonction que les décisions *Commune de Béziers*[1] et *Manoukian*[2] lui ont réservée. Deuxièmement, il aurait été impossible pour le Conseil d'État de la restreindre à l'unique rôle de filtre des moyens efficaces dans le cadre du recours en contestation de validité à l'initiative d'une partie au contrat si la loyauté avait été un « *principe directeur* » ou un « *principe général* ». Cela aurait transformé la loyauté envisagée initialement pour nécessairement lui faire jouer un rôle similaire à celle existant en droit privé des obligations. Sur le fondement du principe général de loyauté, l'on pourrait attendre des cocontractants un comportement dénué de manœuvres dilatoires, étranger à toute volonté de tromper : une attitude loyale. Dans cette optique, l'on peut attendre de son cocontractant, sur le fondement du principe général de loyauté, de ne pas tromper et d'avoir une attitude loyale. Dans ce cas de figure, la loyauté ne serait plus seulement procédurale, mais deviendrait comportementale et interprétative.

Or, l'érection de la loyauté comme principe aux nombreuses ramifications serait délicate à mettre en œuvre. En effet, l'exercice quotidien des nombreuses missions d'une administration, dans l'intérêt général, conduit nécessairement à « *l'existence de déloyautés essentielles de l'État* »[3], comme l'a écrit le doyen Rivero. Nous pensons qu'il est possible d'étendre cette conception à l'administration contractante dans sa conduite des relations contractuelles. Par exemple, l'exercice des pouvoirs exorbitants de l'administration contractante, notamment celui de la résiliation pour motif d'intérêt général, peut apparaître pour le cocontractant comme manifestement déloyal dans la mesure où cette résiliation sans faute rompt le lien contractuel, fondé sur la règle *pacta sunt servanda.* Le Conseil d'État vient d'ailleurs de préciser les modalités de conciliation entre le moyen d'irrégularité utilisé par l'administration pour résilier unilatéralement le contrat[4] et la loyauté des relations

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.
[3] RIVERO J., « Qu'est-ce que la loyauté de l'État ? », *Cahiers chrétiens de la fonction publique*, 1954, p. 1 : « Lorsqu'on discute de la loyauté ou de la déloyauté de l'État, il faut distinguer deux questions sans cesse confondues : celle de la loyauté ou déloyauté essentielle de l'État, liées à sa nature même et celle de sa loyauté ou de sa déloyauté accidentelle, liées au comportement des hommes qui agissent en son nom. La loyauté de l'État, la mesure possible de la loyauté objective de l'État, est à l'intersection d'un double impératif contradictoire, de deux nécessités dont l'État est le garant : le changement, mais aussi la stabilité, la façon dont ils mettent en œuvre les pouvoirs et les procédures, jouent un rôle capital dans ce que le particulier, à tort ou à raison, nomme la déloyauté de l'État ».
[4] POUYAUD D., « La résiliation pour irrégularité du contrat administratif », *RFDA*, 2021, p. 275 ; MICHALIS I., « La rationalisation du régime de résiliation unilatérale du contrat administratif par l'administration », *RFDA*, 2021, p. 290 ; ROTOULLIÉ J.-CH., « La reconnaissance d'un nouveau motif de résiliation unilatérale : l'irrégularité du contrat administratif », *AJDA*, 2021, p. 164.

contractuelles[1]. Pourtant, en dépit des critiques formulées à l'endroit de la souplesse avec laquelle le juge administratif admet l'existence d'un motif d'intérêt général, il semble que les irréductibilités de droit public peuvent commander à l'administration de rompre, certes brutalement, mais légitimement, la relation contractuelle.

101. Le choix de la loyauté comme « *exigence* » est la conséquence de la volonté du juge du contrat – non pas « *aux habits neufs* »[2], mais bien aux habits retrouvés – de soumettre les cocontractants au respect de leurs engagements vis-à-vis du cocontractant et surtout envers le contrat. Ainsi, il s'agit de la réaffirmation de la raison d'être du contrat : il a été signé pour être exécuté[3]. La dimension morale se devine, mais ne nous semble pas embrasser l'ensemble des hypothèses d'usage de la loyauté par le juge du contrat. En l'état actuel du droit, la loyauté en droit des contrats publics est réservée dans son application à l'unique contentieux en contestation de validité intenté par un cocontractant.

Cependant et contrairement à l'étude réalisée par Yves Picod en droit civil des obligations[4], il ne s'agit pas d'un devoir contractuel, imposant aux parties contractantes une certaine attitude durant l'exécution, susceptible d'entraîner de véritables obligations morales. Au contraire, l'exigence de loyauté pensée et construite par les magistrats du Palais-Royal semble avoir été pensée pour n'intervenir, formellement, que dans le cadre du recours entre parties contractantes. Par voie de conséquence, il nous semble que « l'exigence » est davantage placée sous le signe du pragmatisme procédural[5] que sur le terrain de la morale contractuelle. Pourtant, certaines décisions rendues par les juridictions administratives font état d'une loyauté parfois comme « *principe* », comme « *obligation* » ou comme « *devoir* ».

---

[1] CE, 10 juillet 2020, *Sté Comptoir négoce équipements*, req. n°430864 ; *CMP*, 2020, n°10, comm. 257, Ph. Rees ; *Dr. adm.*, 2020, n°10, note F. Brenet ; *JCP Adm.,* 2020, act. 431, obs. L. Erstein ; *AJDA*, 2020, p. 1445, obs. L. Zaoui ; v. *supra*, § 184-2.

[2] GLASER E., « Les habits neufs du juge du contrat », *AJDA*, 2011, p. 310.

[3] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 367 : « La loyauté est donc intimement associée à la *primauté donnée à l'application du contrat* ».

[4] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit.*, p. 13 : « Dans la phase postérieure à l'élaboration [du contrat], la loyauté est présentée par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil comme une directive d'exécution du contrat […] ».

[5] MARGUERY L., « La "loyauté des relations contractuelles" en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », art. *op. cit.*, pp. 665-668.

2. La loyauté des relations contractuelles compatible avec les notions d'« *obligation* » et de « *devoir* »

102. La loyauté des relations contractuelles, certes pensée comme « *exigence* » en 2009[1], demeure en réalité compatible dans ses effets lorsqu'elle est associée à une « *obligation* » **(a)** ou à un « *devoir* » **(b)**.

a) La loyauté des relations contractuelle comme « obligation »

103. Le terme « *obligation* » porte en lui la rigueur et la précision en raison de son origine. Comme l'a rappelé le professeur Muriel Fabre-Magnan, l'on rattache l'obligation à « *cinq sources possibles : la loi, le contrat, le quasi-contrat, le délit ou le quasi-délit* »[2]. Surtout, elle soutient l'idée de l'existence aussi bien d'une dette que d'une créance[3] que partagent les parties à un contrat. Selon cette conception, l'obligation est alors une obligation juridique. Dans son acception classique, l'obligation caractérise le lien juridique entre le créancier et le débiteur par lequel le premier peut exiger du second de donner, de faire ou de ne pas faire[4]. Grégoire Forest, dans sa thèse de doctorat relative à la notion d'obligation en droit privé, a d'ailleurs contribué à opérer la distinction entre *l'obligation* et *le devoir* précisément autour de la dualité entre dette et créance. Conformément aux travaux de l'auteur, l'existence d'une dette et d'une créance caractériserait *l'obligation*. Dès lors, une dette sans créance relèverait du simple *devoir*[5].

En ce sens, la loyauté des relations contractuelles comme « *obligation* » soutient l'idée d'une loyauté que l'on attend de l'autre partie ou, au contraire, d'une attitude loyale que l'on doit à l'autre. Pour autant, la loyauté « *suggère plus qu'elle ne définit* »[6] comme l'a écrit le professeur Yves Picod. En d'autres termes, il pourrait être difficilement tenable d'attendre

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, , coll., « Bibliothèque de droit privé », t. 221, 1992, rééd., coll. « Anthologie du droit », 2014, p. 5.
[3] Sur cette question V. notamment : RIVERO J., « Les droits de l'homme : tradition et devenir », *Les Nouveaux Cahiers*, suppl. au n°92, printemps 1988, : « Droits et devoirs, c'est un faux diptyque, car il réunit deux notions qui n'appartiennent pas au même domaine. Dès lors, le risque est double : les exigences d'éthique sont trop diverses et trop hautes pour se plier à la formulation juridique ».
[4] TERRÉ F., SIMLER PH., LEQUETTE Y., *Les obligations*, *op. cit.*, p. 1.
[5] FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th. Tours, 2012, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 116, p. 500.
[6] PICOD Y, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit*., p. 14.

d'une relation mettant en perspective l'existence d'une dette et une créance qu'elle soit cristallisée autour d'une obligation indéterminée : comment exiger du créancier qu'il soit loyal si l'étendue de son obligation n'est pas déterminée avec précision ? Il est pourtant possible de dégager certaines conséquences « *obligationnelles* » à partir de la loyauté ; après tout, la première obligation déduite de la jurisprudence *Commune de Béziers*[1] est de ne pas rompre son contrat en raison d'un vice dont on aurait eu connaissance de longue date. En ce sens, il y aurait bien ici un créancier et un débiteur.

104. Que cela soit vague en général n'empêche malgré tout pas l'existence d'une véritable obligation dans une affaire précise où le juge du contrat oppose la loyauté des relations contractuelles à une partie. L'obligation de loyauté des relations contractuelles commanderait alors de ne pas faire quelque chose. En ce sens, le créancier attendrait simplement que son débiteur ne soit pas déloyal. L'on pourrait alors penser que la loyauté comme « *obligation* » négative – celle de ne pas rompre son contrat – contribue à garantir l'exécution des obligations contractuelles. Le changement de paradigme poursuivi par la jurisprudence *Commune de Béziers*[2] est justement lié à la garantie de l'exécution des obligations prévues au contrat administratif[3].

105. Toutefois, l'affirmation d'une loyauté des relations contractuelles comme « *obligation* » pourrait aller jusqu'à transformer la relation entre parties contractantes dans le sens des préconisations des tenants du solidarisme contractuel en droit privé des contrats[4]. Pour eux, la loyauté contractuelle devrait en effet commander aux parties une nouvelle lecture de l'exécution des obligations, répondant à la nouvelle devise de la relation contractuelle défendue par le professeur Denis Mazeaud : « *loyauté, solidarité, fraternité* »[5]. Cette conception de la loyauté a été défendue dans la doctrine juridique et retenir la loyauté des relations contractuelles comme « obligation » irait dans le sens de ces doctrines. L'on pourrait alors admettre que « *l'obligation de loyauté des relations contractuelles* » déploie ses effets

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 515.
[4] V. notamment : MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, art. *op. cit.*, p. 6 ; JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle, op. cit.*, p. 446 ; LEQUETTE Y., « Bilan des solidarismes contractuels », in *Études de droit privé. Mélanges offerts à Paul Didier*, *op. cit.*, p. 247 ; RÉMY PH., « La genèse du solidarisme », *in* L. Grynbaum et M. Nicod, *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, p. 3 ; JAMIN CH., « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », *in* L. Grynbaum et M. Nicod, *Le solidarisme contractuel, op. cit.*, p. 160.
[5] MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, art. *op. cit.*, p. 6.

sur les modalités d'exécution du contenu du contrat administratif. Dans ce cas, nous ne nous trouverons plus face à une stricte obligation de ne pas faire, mais bien face à une obligation positive de loyauté. Celle-ci aurait pour effet de commander à une partie contractante d'avoir un comportement actif en aidant son cocontractant dans l'exécution de ses propres obligations contractuelles, ou plus largement à dépasser la lettre du contrat dans le sens d'une coopération contractuelle renforcée.

Donc, si la loyauté des relations contractuelles est entendue comme une obligation négative, elle est compatible, en l'état actuel du droit, avec la conception de loyauté comme « *exigence* ». En revanche, il ne faut pas nier qu'une loyauté comme « *obligation* » peut tendre vers un décloisonnement du strict volet contentieux pour s'immiscer dans les modalités d'exécution des stipulations contractuelles par les parties contractantes. Les mêmes analyses peuvent être faites lorsqu'est étudiée la loyauté des relations contractuelles comme « *devoir* ».

b) La loyauté des relations contractuelles comme « devoir »

106. Nous pensons qu'il existe une ressemblance entre l'exigence et le devoir, au même titre qu'il existe une ressemblance, certes discutée[1], entre « *devoir* » et « *obligation* »[2]. Sur ce point, les conclusions d'Emmanuel Glaser sous la décision *Commune de Béziers*, si elles insistent sur la loyauté comme « *exigence* »[3], reconnaissent malgré tout qu'il est du « *devoir* » des parties contractantes « *de se comporter avec loyauté* »[4] dans l'exécution du contrat. Alors, distinguer les deux est une tâche éminemment délicate[5]. Le devoir trouve son origine exclusivement dans la loi[6]. Contrairement à l'obligation, le devoir « *n'est pas toujours constitutif d'un lien de droit entre deux ou plusieurs personnes, mais peut être l'expression d'une simple manifestation de la conscience* »[7]. Pour ce qui la concerne, l'exigence ne semble pas être liée avec autant d'intensité que le devoir à la morale. Elle apparaît davantage comme

---

[1] V. notamment : CARBONNIER J., *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n°922 : « dans toute obligation il y a un devoir ; mais tout devoir n'est pas une obligation » ; HAGE-CHAHINE N., *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, th. *op. cit.*, p. 47.
[2] V. notamment : TERRÉ F., SIMLER PH., LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n°1 : FAGES B., *Droit des obligations,* 5ème éd., Lextenso, LGDJ, 2015, n°1.
[3] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 515.
[4] GLASER E., « L'office du juge du contrat », *ibid.*, p. 514.
[5] BRUNSWICK PH., « Tentative de définition du devoir de loyauté », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°1, janvier 2016, dossier 2 : « Il [le devoir de loyauté] s'agit d'une notion proche de l'exigence ».
[6] FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, th. *op. cit.*, p. 4.
[7] FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, *ibid.*, p. 6.

une prescription personnelle commandant de se conformer à un engagement pris ou à la parole donnée. Partant, le devoir semble être le reflet de toute « *la coloration morale* »[1] de la loyauté pratiquée en droit civil des obligations.

107. Le Doyen Rivero a expliqué ses craintes lorsque l'éthique est associée à un devoir[2]. Selon lui, le risque est d'entrainer les devoirs « *hors de la sphère qui commande leur efficacité et les réduire à une aspiration ou à la formation d'un lointain idéal laissé à l'appréciation des consciences* »[3]. Le droit suisse, par le truchement de son Code des obligations, est le seul à avoir donné lieu à l'appréhension du devoir des travaux conséquents. En droit suisse donc, le devoir est un « *ordre donné par le régime juridique à l'individu et que celui-ci doit observer* »[4]. Cela étant dit, la frontière entre le devoir et l'obligation devient extrêmement poreuse.

108. En substance, le devoir de loyauté renvoie à l'interdiction d'un comportement déloyal plutôt qu'à l'imposition d'un comportement actif et positif de loyauté. Dans ce cas de figure, le devoir semble compatible avec la loyauté des relations contractuelles en l'état du droit positif. Précisément, il s'agit du choix d'Yves Picod dans sa thèse de doctorat relative au devoir de loyauté dans l'exécution du contrat de droit privé. Pour le justifier, l'auteur s'est attaché à démontrer que l'*obligation* est davantage une notion juridique que le *devoir*[5]. Comme nous l'avons précédemment expliqué, le droit privé des obligations connaît depuis longtemps le principe de loyauté contractuelle dans l'exécution des contrats. Ce principe a contribué à l'installation de véritables obligations positives empreintes de morale.

109. Ainsi, au même titre qu'il existe une obligation négative de loyauté des relations contractuelles compatible avec la loyauté comme « *exigence* », le devoir de loyauté peut également prendre la forme d'un commandement imposant de ne pas rompre la relation contractuelle en raison d'un vice dont on aurait connaissance depuis longtemps. Cette conception de la loyauté des relations contractuelles comme devoir est au bout du compte

---

[1] PICOD Y, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit*., p. 14.
[2] Sur cette question V. notamment : RIVERO J., « Les droits de l'homme : tradition et devenir », *Les Nouveaux Cahiers*, suppl. au n°92, printemps 1988, : « Droits et devoirs, c'est un faux diptyque, car il réunit deux notions qui n'appartiennent pas au même domaine. Dès lors, le risque est double : les exigences d'éthique sont trop diverses et trop hautes pour se plier à la formulation juridique ».
[3] RIVERO J., « Les droits de l'homme : tradition et devenir », art. *op. cit.*
[4] VON TUHR A., *Partie générale du Code des obligations*, vol. 1, trad. M. de Torrenté et É. Thilo, Lausanne, Imprimerie centrale, 2ème éd., 1933, §2, p. 9.
[5] PICOD Y, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit*., p. 13.

parfaitement compatible avec ce qu'a créé le Conseil d'État en 2009[1]. Nous pensons que lorsque la loyauté des relations contractuelles est associée à un « *principe* », il symbolise l'extension du champ d'influence de la loyauté des relations contractuelles. En conséquence, le choix d'une loyauté comme « *principe* » est significatif et révèle assurément sa nature de boîte de Pandore[2].

B) L'HYPOTHÈSE DE DÉCLOISONNEMENT DU PÉRIMÈTRE PAR L'AVÈNEMENT D'UNE LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES COMME « *PRINCIPE* »

110. Les évolutions de la jurisprudence nous conduisent ainsi à analyser l'usage de la loyauté comme « *principe* ». Si un auteur a pu dire que le standard de loyauté contractuelle est « *commode* »[3], l'utilisation des principes est, quant à elle, tout à fait banale. En effet, l'on peut tenir pour acquis que toutes les disciplines ont des principes[4]. Ceux-ci trouvent leur origine dans le latin *principium* qui signifie « *le commencement* » et dans le terme « *princeps* », c'est-à-dire à « *celui qui prend la première place* ». C'est à Lalande[5] que l'on doit une systématisation du principe en trois acceptions : le principe d'ontologie qui révèle ce qui est, le principe de logistique « *qui impose la raison* »[6] et le principe normatif précisant « *ce qui doit être* »[7]. Le terme « principe » se trouve également associé au « *principe général* » ou au « *principe directeur* », spécialement en droit. À ce titre, un auteur s'est demandé si ces différentes manifestations du « principe » sont « de la même veine »[8]. Pour le professeur Patrick Morvan, le principe est bien « *une norme juridique* »[9].

111. En faisant le choix de la loyauté comme « *principe* », deux situations nous semblent devoir être distinguées et constituent autant d'éléments susceptibles de craindre la

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] PLESSIX B., « Chronique de droit administratif », art. *op. cit.*, p. 677.
[3] SESTIER J.-F., « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 451.
[4] MORVAN P., *Le principe de droit privé*, th. *op. cit.*, p. 1 : « Il n'existe guère de mot plus employé que le mot "principe" dans les disciplines de la connaissance. Il n'est de science qui ne possède ses principes ».
[5] LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 16ème éd., 1988, V. « Principe ».
[6] MORVAN P., *Le principe de droit privé*, th. *op. cit.*, p. 4.
[7] MORVAN P., *Le principe de droit privé*, *ibid.*, p. 4.
[8] DE BÉCHILLON M., *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, coll. « Laboratoire de Théorie Juridique », 1998, p. 17.
[9] MORVAN P., *Le principe de droit privé*, th. *op. cit.*, p. 45.

consécration éventuelle d'un principe de loyauté des relations contractuelles. La première est relative à la hiérarchie des règles et la seconde interroge le périmètre d'intervention d'un tel principe.

Dans une première situation donc, la loyauté comme « *principe* », « *principe général* » ou encore « *principe directeur* » du droit des contrats conduit nécessairement à un décloisonnement de ses effets et pose la question de son périmètre d'intervention. Par analogie, il n'est pas soutenable que le principe général du droit de sécurité juridique, reconnu comme tel en 2006[1] par le Conseil d'État, ne trouve à s'appliquer que dans des situations très restreintes. Alors, un principe de loyauté des relations contractuelles en droit des contrats administratifs ne pourrait non plus être circonscrit en tant que règle procédurale dans le cadre d'une contestation de validité à l'initiative d'une partie contractante. Le principe, qui plus est lorsqu'il est général, porte en lui l'idée du décloisonnement. En ce sens, le droit des contrats privés a fait de la loyauté contractuelle un véritable principe. Cela signifie qu'il s'applique dans l'ensemble des phases de la vie d'un contrat : la négociation, l'exécution et la fin du contrat. Dans ce cas, si en droit public la loyauté des relations contractuelles est associée à un « *principe* », la question du maintien de son cloisonnement en tant que règle mérite d'être posée.

Nous pensons que l'avènement d'un tel principe, ce qui n'est pas encore le cas en l'état actuel droit[2], conduirait la loyauté des relations contractuelles à sortir de son carcan procédural et ainsi pénétrer l'ensemble de la vie du contrat. En ce sens, la loyauté comme « *principe* » deviendrait un nouvel instrument[3] conditionnant notamment les modalités d'exécution du contrat par les parties contractantes. Pourtant, nous avons expliqué que la loyauté des relations contractuelles pouvait être utilisée pour déterminer si le comportement du requérant justifiait que l'irrégularité soit accueillie par le juge du contrat[4]. L'approche comportementale que nous redoutons est celle qui a pour objet et pour effet de réorganiser les rapports contractuels. Autrement dit, nous redoutons qu'un principe de loyauté ne soit en réalité la transposition de ce qui existe en droit privé des contrats vers le droit public.

---

[1] CE, Ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG et a.*, n°288460 : *Rec.*, p. 154 ; *RFDA*, 2006, p. 463, concl. Y. Aguila, p. 483, note F. Moderne ; *AJDA*, 2006, p. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica ; *D.*, 2006, p. 1190, chron. P. Cassia.

[2] BARROIS DE SARIGNY C., « Les principes de loyauté, confiance légitime et bonne foi en droit administratif », *in* P. Gonod et H. Ascensio (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, *op. cit.*, p. 195 : « s'il n'est toujours pas de principe de loyauté […] ».

[3] BEDUSCHI-ORTIZ A., « La notion de loyauté en droit administratif », *AJDA*, 2011, p. 944 : « comme un principe, ou une directive d'interprétation, mis à la disposition du juge administratif ».

[4] V. *supra*, § 88 et s.

Justement, si la loyauté comme « *exigence* » était spécialement construite pour le juge et utilisée par lui lors d'un contentieux des parties, la loyauté comme « *principe* » pourrait l'être également par les cocontractants durant l'exécution du contrat, sans que cela soit à l'occasion d'un contentieux. En d'autres termes, la loyauté ne serait plus être confinée au prétoire et entraînerait « *la modification du "climat" des rapports de l'Administration avec ses cocontractants* »[1] dans le souci d'un meilleur équilibre entre parties contractantes[2].

En effet, un tel principe de loyauté des relations contractuelles pourrait avoir une influence évidente sur la pratique de l'exécution des contrats créant ainsi un pont entre la loyauté au contentieux et la loyauté « quotidienne » de l'administration partie à un contrat administratif. Il pourrait être tentant de considérer que c'est ce qu'entendait en son temps le commissaire du gouvernement Josse dans ses conclusions sur l'arrêt *Compagnie des tramways de Cherbourg* en 1932[3] : « *ce qui est essentiel, c'est que les deux parties sachent bien qu'il faut, entre le concédant et le concessionnaire,* ***une collaboration loyale pour le bien du service****. Il faut que chacun de son côté fasse, de bonne foi, tout son possible pour rendre l'exploitation payante. Que chacun, craignant une résiliation à son désavantage, y mettre du sien pour conclure un accord amiable* »[4]. Autrement dit, Josse préconisait une collaboration entre parties contractantes devant servir l'exécution « *utile* »[5] du contrat administratif. Or, la « *collaboration loyale* » décrite par le commissaire du gouvernement ne correspond pas nécessairement à la loyauté des relations contractuelles comme « *principe* » matériel, mais peut parfaitement être compatible avec la loyauté comme « *exigence* », « *obligation* » ou « *devoir* ».

Précisément, le commissaire du gouvernement Josse avait à cœur la bonne exécution du contrat pour que celle-ci concoure à la continuité d'un service public de qualité. L'on pourrait

---

[1] HOEPFFNER H., *La modification du contrat administratif*, th. *op. cit.*, p. 38.

[2] UBAUD-BERGERON M., *La mutabilité du contrat administratif*, th. Montpellier I, 2004, pp. 162-163 : l'auteur considère que l'équilibre entre parties contractantes révèle notamment une « nouvelle revendication de loyauté au sein des rapports contractuels ».

[3] CE, Ass., 9 décembre 1932, *Cie des tramways de Cherbourg*, *Rec.* 1050 ; *D.* 1933.3.17, concl. Josse ; *RDP*, 1933, p. 117, note Jèze ; *S.*, 1933.3.9, note P. Laroque.

[4] JOSSE P.-L., « Concl. sur CE, Ass., 9 décembre 1932, *Cie des tramways de Cherbourg*, préc ».

[5] V. notamment : POTHIER R.-J., *De la vente*, Paris, 1825, n°202 : « s'obliger à faire quelque chose, c'est s'obliger à le faire utilement » ; PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit.*, p. 97 : « [exécuter] en recherchant la plus grande efficacité possible pour son cocontractant, en lui procurant le plus haut degré de satisfaction, au-delà des stipulations contractuelles » ; DARMAISIN S., *Le contrat moral*, th. *op. cit.*, pp. 250-251 : « Peut-on se contenter d'exécuter ses obligations contractuelles d'une manière atonique en se cantonnant au strict respect des spécifications contractuelles ? Il est aujourd'hui délicat de répondre par la négative tant est prononcée l'incitation à dépasser la sphère de ses intérêts personnels ».

alors considérer que la simple obligation négative de ne pas rompre le contrat suffit amplement à rendre « *l'exploitation payante* », car assurant à l'opérateur économique soit l'amortissement de ses investissements dans le cadre d'un contrat de concession, soit le paiement intégral de ses prestations s'il n'a pas commis des fautes justifiant une éventuelle sanction pécuniaire. Pour preuve, le commissaire du gouvernement a justement insisté sur la crainte d'une éventuelle rupture du contrat. De plus, nous soutenons l'idée que la protection du service public impose à l'administration qui en a la charge « une déloyauté essentielle »[1] ou tout du moins une déloyauté nécessaire.

Comme nous l'avons rappelé, le doyen Rivero s'est interrogé sur la loyauté de l'État, notamment sous l'angle de ses rapports aux administrés. Selon lui, deux déloyautés coexistent : la « *déloyauté essentielle* » et la « *déloyauté accidentelle* ». Si la première est celle que nous décrivons, c'est-à-dire celle qui peut conduire l'administration contractante à être inélégante vis-à-vis de son partenaire et qui doit donc être protégée, car nécessaire au service public, la seconde est la conséquence des maladresses des agents publics. Celle-ci doit bien évidemment être sanctionnée[2]. En d'autres termes, la « *collaboration loyale* » qu'appelait de ses vœux Josse n'est pas nécessairement dirigée vers son cocontractant, mais bien vers la finalité du contrat administratif qu'est la continuité d'un service public de qualité. Déjà, Josse plaçait la loyauté sur le terrain objectif.

La seconde situation interroge les rapports entre le principe de loyauté des relations contractuelles en tant que *principium* et les autres règles. L'avènement d'un tel principe pourrait conduire à faire primer la loyauté des relations contractuelles devant les autres normes ou certaines autres normes qui ne seraient pas des principes[3]. En ce sens, l'érection d'un principe de loyauté des relations contractuelles décloisonné risquerait de poser la question non pas de la collaboration entre parties contractantes, mais bien des rapports entre principes. Dans ce cas, les spécificités du droit public risqueraient de passer au second plan. En effet, si nous partions du postulat selon lequel la loyauté des relations contractuelles impose la soumission des parties contractantes au respect scrupuleux de leur engagement, ce principe pourrait contraindre l'administration contractante à ne plus être en mesure de justifier

---

[1] RIVERO J., « Qu'est-ce que la loyauté de l'État ? », art. *op. cit.*, p. 1.
[2] RIVERO J., « Qu'est-ce que la loyauté de l'État ? », *ibid.*, p. 1.
[3] MORVAN P., *Le principe de droit privé*, *ibid.*, p. 46 : « De quelque manière qu'il soit entendu, le principe reste le *principium*, le commencement, le premier. Le droit doit se soumettre à cette signification. Le principe de droit ne peut être toute norme sans perdre sa raison d'être, qui est d'être premier. Il n'est que s'il est premier. Un principe de droit n'est que s'il revêt une certaine *prééminence* sur les autres règles de droit, auxquelles il ne souffre pas d'être réduit ».

une éventuelle résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général, sauf à faire de cette dernière une exception au principe de loyauté des relations contractuelles.

112. Pour permettre alors à l'administration partie à un contrat administratif de toujours veiller aux intérêts du service public[1], il faudrait que l'ensemble des spécificités du droit public deviennent systématiquement des exceptions au principe de loyauté des relations contractuelles. Or, quel serait l'intérêt pratique d'ériger en principe une règle juridique à laquelle on peut opposer toutes les autres qui autorisent justement l'administration à avoir une attitude déloyale vis-à-vis de son cocontractant ? Nous pensons que la démarche la plus cohérente serait, en cas d'avènement d'un principe de loyauté, que celui-ci soit cantonné à un principe procédural[2]. Dans ce cas de figure, la loyauté comme « *exigence* » ou la loyauté comme « *principe* » continuerait de servir le juge du contrat pour « *déterminer la légitimité de la contestation du contrat par une partie* »[3].

113. En revanche, si le principe de loyauté des relations contractuelles devait être amené à influer sur les modalités d'exécution du contrat administratif par les parties, il devrait en conséquence renforcer les obligations positives comme celles de vigilance, de coopération, de transparence et d'information. Ces obligations existent déjà en l'état actuel du droit[4] et sont d'ailleurs associées à la loyauté par plusieurs auteurs[5] mais elles cèdent toujours sous le poids des pouvoirs exorbitants de l'administration contractante. Dans ce cas, si nous avons expliqué que le juge administratif répugne encore aujourd'hui à jouer le rôle « *d'arbitre des élégances* » comme le prouve l'arrêt *Syndicat mixte de Pierrefonds*[6], le risque existe qu'il le devienne si jamais le Conseil d'État devait consacrer un véritable principe de loyauté des relations contractuelles. En d'autres termes, nous redoutons que la singularité de la loyauté en droit des contrats administratifs s'efface pour devenir, en réalité, soit identique à la loyauté

---

[1] JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 1.

[2] DOUTEAUD S., *La stabilisation du contrat par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit.*, p. 243 : « Si [la loyauté] se mue en un principe procédural et investit le procès en qualité de technique juridictionnelle de régulation du droit de critique, cette modification est sans conséquence sur la manière dont le juge la met en œuvre ».

[3] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.,* pp. 381-382.

[4] MARTIN J., « La loyauté de l'administration dans les contrats administratifs », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, *op. cit.*, pp. 277-281.

[5] V. notamment : Concl. JOSSE sur CE, Ass., 9 décembre 1932, *Cie des tramways de Cherbourg*, préc. ; BRÉCHON-MOULÈNES CH., « De la loyauté de l'autorité publique contractante », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, op. cit.*, p. 439 ; HOEPFFNER H., *La modification du contrat administratif*, th. *op. cit.*, pp. 37-38.

[6] CE, 7 décembre 2015, *Syndicat mixte de Pierrefonds c/ Sté ASA Réunion*, préc.

contractuelle en droit des contrats privés, soit un principe complexe souffrant de multiples exceptions.

Dans le premier cas de figure, l'avènement d'un tel principe reviendrait à transposer en droit des contrats administratifs la distinction construite par le professeur Yves Picod[1] relative à « *la loyauté contractuelle* » et « *la loyauté du contractant* ». Pour éviter la banalisation du contrat administratif et de la relation entre l'administration contractante et l'opérateur économique, il faudrait donc que l'ensemble des pouvoirs exorbitants de l'administration contractante dans le cadre de l'exécution de ses contrats administratifs deviennent des exceptions au principe de loyauté des relations contractuelles. Or, si « *l'existence d'un pouvoir de modification unilatérale, ou un autre de résiliation elle-même unilatérale n'en font pas [de l'Administration] par essence un cocontractant "déloyal"* »[2], sous l'empire d'un principe de loyauté des relations contractuelles, le cocontractant de l'administration pourrait démontrer que l'exercice brutal ou inélégant d'une prérogative de l'administration contractante lui a causé du tort.

Dans le second cas de figure, c'est la pertinence de l'érection d'une loyauté comme « principe » qui nous conduit à nous opposer à cette possible évolution. Cela dit, l'état du droit positif ne préjuge en rien l'avenir de la loyauté des relations contractuelles en droit des contrats administratifs. En ce sens, nous pensons justement que les évolutions récentes en jurisprudence laissent présager une évolution qui tend vers le décloisonnement du périmètre d'intervention d'une « *exigence* » qui deviendrait « *principe* ».

§.2 LES MANIFESTATIONS DE LA DÉCONNEXION ENTRE LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES ET LA RÉFÉRENCE À L'« *EXIGENCE* »

114. L'étude des décisions rendues par les juridictions administratives démontre que la rupture de la loyauté comme « *exigence* » trouve son origine soit dans la formulation des moyens par les demandeurs **(A)**, soit surtout par le juge du contrat lui-même dans la rédaction de sa décision **(B)**.

[1] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit*. p. 19.
[2] MARTIN J., « La loyauté de l'administration dans les contrats administratifs », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, *ibid.*, p. 277.

A) LES MANIFESTATIONS DE LA RUPTURE DANS LA FORMULATION DES MOYENS PAR LES DEMANDEURS

115. En contentieux, de manière générale, les requérants s'affrontent selon des règles préétablies, par échanges de conclusions[1], pour tenter d'obtenir du juge une solution en leur faveur. Cette joute juridique conduit nécessairement les parties au procès, le demandeur et le défendeur, dans le cadre de l'instance – *l'instrumentum* des écritures[2] – à avancer des moyens sur lesquels se fondent leurs prétentions. Ces moyens ont pour objet des arguments – le *negotium* des écritures[3] – basés aussi bien en fait qu'en droit, et ayant pour effet souhaité d'emporter la conviction du juge[4] et qui sont intégrées dans des conclusions. En ce qui concerne les moyens en fait, « *il faut dire que leur importance ne doit pas être sous-estimée* » a écrit le professeur Chapus[5]. C'est notamment sur la question de la traduction des arguments basés sur l'interprétation des faits par le demandeur que se cristallise la confusion entre la loyauté comme « *exigence* », comme « *principe* », comme « *obligation* » ou enfin comme « *devoir* ». Rappelons d'ailleurs que les demandeurs, s'ils sont encadrés dans des limites temporelles et matérielles pour exercer leur recours, demeurent protégés par une liberté scripturale dans la formulation de leurs moyens[6].

116. En effet, un certain nombre de décisions qui composent notre corpus d'étude contiennent un nouveau statut avec la mention « *principe* », « *devoir* » ou « *obligation* » de loyauté des relations contractuelles. Si ces mentions se rencontrent désormais en jurisprudence, est-ce uniquement parce que le juge cite tel quel le moyen de la partie, sans s'approprier l'expression ou la reprend-t-il à son compte, peut-être en se laissant entraîner par le requérant ?

Ainsi, la première manifestation d'un manquement au « *principe de loyauté* » apparaît dans la décision *Mme A.* rendue par la Cour administrative d'Appel de Marseille le 24 janvier 2012[7].

---

[1] ODENT R., *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 870 : les conclusions sont « les prétentions que tout requérant soumet au juge qu'il saisit ».
[2] MEURANT C., *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, th. *op. cit.*, p. 10.
[3] MEURANT C., *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, *ibid.*, pp. 11-12.
[4] ODENT R., *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 870 : les moyens sont « les raisons que l'on apporte pour établir les conclusions que l'on a prises ».
[5] CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 776.
[6] MEURANT C., *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, th. *op. cit.*, pp. 63-67.
[7] CAA Marseille, 24 janvier 2012, *Mme A.*, n°10MA01712.

Dans cette affaire, le demandeur reprochait à l'administration d'avoir agi en « *méconnaissance du principe de loyauté qui doit régir les relations contractuelles » après la non-reconduction de la convention dont il profitait. Plus tard, d'autres juridictions ont été confrontées à un moyen se fondant sur « la méconnaissance du principe de loyauté des relations contractuelles* »[1]. Notons la spécificité de la décision *Commune de Montreuil*[2] rendue par le Conseil d'État le 11 avril 2014.

Dans cette affaire, pour la première fois, le Palais-Royal a eu à se prononcer sur les conclusions de l'administration requérante se fondant sur un manquement au « *principe de loyauté des relations contractuelles* » dont se serait rendu coupable un cabinet. En l'espèce, le cabinet de Castelnau a participé à une procédure de sélection pour obtenir la signature d'un marché global de prestations de conseil et de représentation juridiques. Le contrat litigieux était un marché à bons de commande avec un maximum de cinq attributaires. Le cabinet de Castelnau n'ayant pas été retenu s'est engagée sur la voie du référé précontractuel contestant la légalité de la procédure de passation en alléguant un défaut illégal d'allotissement. C'est sur ce point précis que se cristallisent les conclusions en défense de l'administration. Selon elle, comme le cabinet s'est porté candidat, il ne peut, ensuite, contester la légalité de la procédure de passation. Le Conseil d'État, suivant sur ce point les conclusions de son rapporteur public Bertrand Dacosta[3], a considéré que « *le principe de loyauté des relations contractuelles […] ne s'applique pas à la phase de passation des contrats* ». Ce moyen de cassation a donc été écarté comme dans l'affaire *Société Campenon Bernard Sud Est*[4], qui considérait que « *le principe de loyauté des relations contractuelles* » ne pouvait être un moyen de cassation pertinent permettant de faire obstacle à la recevabilité des moyens en appel. L'on peut tirer les mêmes conclusions en ce qui concerne l'affaire *Institut national de*

---

[1] CAA Versailles, 14 juin 2012, *Sté Avenance-Enseignement et Santé*, n°07VE00670 ; CE, 19 avril 2013, *Sté Elras*, n°361721 ; CAA, Lyon, 04 juillet 2013, *Sté Cie générale de logistique*, n°12LY02276 ; CAA Nancy, 25 juillet 2014, *Sté Établissement Richard-Ducros*, n°13NC00725 ; CAA Paris, 28 février 2017, *Sté Opalys*, préc. ; CAA Marseille, 27 mars 2017, *Sté MDL Menuiserie*, n°15MA02666 ; CAA Marseille, 29 janvier 2018, *SMIDDEV*, n°16MA03330 ; CAA Bordeaux, 5 mars 2018, *Cne de Jonzac*, n°16BX00081.

[2] CE, 11 avril 2014, *Cne de Montreuil*, n°375051 ; *AJDA*, 2014, p. 825, note D. Poupeau ; *AJCT*, 2014, p. 449, obs. S. Hul ; *RTD com.*, 2014, p. 567, obs. G. Orsoni ; *AJDA*, 2015, p. 1729, note Agnus ; *CMP*, 2014, comm. 170, note Devillers.

[3] DACOSTA B., concl. sur CE, 11 avril 2014, *Cne de Montreuil*, préc. : « Ce moyen de cassation nous paraît voué au rejet. En tant que telle, l'exigence de loyauté des relations contractuelles n'est pas susceptible de déborder en-deçà où au-delà des limites temporelles du contrat ».

[4] CE, 4 mai 2015, *Sté Campenon Bernard Sud Est et a.,* n°383914 ; *CMP*, 2016, comm. 188, obs. H. Hoepffner.

recherches archéologiques préventives[1] du 16 novembre 2016 dans lequel le Conseil d'État a rappelé que la Cour administrative d'appel « *n'était pas tenue de répondre à tous les arguments présentés en défense […] notamment l'argument tiré du principe de loyauté des relations contractuelles* ».

L'étude des décisions révèle que dans plusieurs affaires soumises aux juridictions d'appel[2], les demandeurs, sur le fondement du « *principe de loyauté des relations contractuelles* », ont avancé que ledit principe permettait de s'opposer à la mise en œuvre par le pouvoir adjudicateur de certaines dispositions du contrat. C'est justement dans ce contexte que l'on trouve l'essentiel des manifestations du « *principe de loyauté* ».

L'arrêt de la Cour administrative de Nancy du 22 octobre 2012[3] doit être mentionné. Dans cette affaire, le juge du contrat a été confronté au moyen basé sur *« le principe de loyauté* » et le requérant a fait le reproche au tribunal administratif de ne pas y avoir répondu. Le juge d'appel affirme explicitement que le mémoire du demandeur fondé notamment sur un manquement au « *principe de loyauté dans les relations contractuelles* » et qui n'a pas obtenu de réponse du juge de première instance « *est, en tout état de cause, inopérant* ». Dans la même logique, au cœur d'une affaire opposant une entreprise titulaire d'un marché de travaux publics à la ville de Paris[4], le requérant a basé son argumentation sur un moyen arguant l'existence d'une contradiction dans les stipulations du cahier des clauses administratives générales. En conséquence, le demandeur s'est appuyé sur plusieurs articles du Code civil qui ont justifié que le juge judiciaire se serve du principe de loyauté en tant que clé d'interprétation des stipulations lacunaires ou confuses d'un contrat. Réglant le litige, le juge du contrat saisi en appel s'est également fondé sur la formule « *en tout état de cause* » pour écarter le moyen.

---

[1] CE, 16 novembre 2016, *Institut national de la recherche archéologique c/ SNC Altanéa Les tanneurs*, n°383687 ; *AJDA*, 2016, p. 2417 ; *RDI*, 2017, p. 114, obs. Ph. Grimaud ; *JCP Adm*., 2016, act. 904, obs. M. Touzeil-Divina.

[2] CAA Marseille, 24 février 2014, *Sté Sagonne Limited*, n°11MA00220 ; CAA Marseille, 24 février 2014, *Sté Sunsea Yacht Limited*, n°11MA00221 ; CAA Douai, 17 novembre 2016, *SNC Matériaux Enrobés du Nord*, préc. ; CAA Nancy, 27 décembre 2016, *Sté GRM Halle*, n°14NC01860 ; CAA Paris, 25 avril 2017, *Sté Thyssenkrupp Ascenseurs*, n°16PA00257 ; CAA Nantes, 25 janvier 2019, *Cie des eaux et de l'ozone*, préc. ; CAA Versailles, 25 mai 2021, *Sté Colt Technology Services*, n°20VE00702 ; CAA Marseille, 29 novembre 2021, *Sté Fayat Bâtiment*, n°19MA00424.

[3] CAA Nancy, 22 octobre 2012, *M.A. B.*, n°12NC00150 ; *AJDA,* 2013, p. 43, chron. M. Wiernasz.

[4] CAA Paris, 18 décembre 2012, *Sté SDEL Tertiaire*, n°10PA05735 : « l'application des stipulations de l'article 13-44 du CCAG ne saurait être regardée comme méconnaissant le principe de loyauté des relations contractuelles, dès lors, en tout état de cause, qu'il résulte de ce qu'il précède que, contrairement à ce que soutient la société requérante, cet article n'entre pas en contradiction avec aucune autre stipulation de ce texte » [nous soulignons].

117. Ainsi, l'essentiel des décisions dans lesquelles un cocontractant-requérant se fonde sur la loyauté des relations contractuelles sans que celle-ci soit expressément qualifiée d'« *exigence* » est majoritairement associé au « *principe* ». Pour autant, dans de rares décisions, les demandeurs ont fait un autre choix. Précisément, dans une affaire soumise au contrôle de la Cour administrative de Marseille[1] et opposant l'entreprise titulaire à l'administration contractante, l'opérateur économique a appuyé son recours sur un manquement du pouvoir adjudicateur à « *son obligation de loyauté* ». Celle-ci serait la traduction d'une faute contractuelle qui aurait consisté en une fausse allégation de la personne publique relative à « *un prétendu constat de caducité des conventions passées* ». Enfin, il est également arrivé au demandeur de produire un moyen basé sur un manquement du « *devoir de loyauté* » du cocontractant, conformément à la décision de la Cour administrative d'appel de Douai du 8 décembre 2016[2].

B) LES MANIFESTATIONS DE LA RUPTURE DANS LA CONSTRUCTION DES DÉCISIONS PAR LE JUGE DU CONTRAT

118. L'étude du panel des décisions qui constituent notre corpus révèle deux tendances. La première concerne le choix de la loyauté comme « *principe* ». Celle-ci transcende aussi bien le Conseil d'État que les Cours administratives d'appel, mais simplement pas dans les mêmes proportions. La seconde témoigne d'un usage de la loyauté comme d'un devoir ou d'une obligation. En l'état actuel du droit, seules les juridictions d'appel sont confrontées à ces deux dernières formulations.

119. Ainsi, en ce qui concerne les manifestations de la loyauté comme « *principe* », hormis les cas où le juge se contente de reprendre le moyen formulé par le demandeur pour mieux l'écarter[3], le Conseil d'État a fait pour la première fois application du « principe de loyauté des relations contractuelles ». La décision précitée *Syndicat mixte de Pierrefonds*[4], reprise en

[1] CAA Marseille, 30 septembre 2013, *Cne de Cavalaire-sur-Mer*, n°12MA03452.
[2] CAA Douai, 8 décembre 2016, *Sté PNSA*, n°15DA00466.
[3] V. notamment : CE, 11 avril 2014, Cne de Montreuil, préc. ; CE, 4 mai 2015, *Sté Campenon Bernard Sud Est et a.*, préc. ; CE, 16 novembre 2016, I*nstitut national de la recherche archéologique c. SNC Altanéa Les tanneurs*, préc. ; CE, 9 décembre 2016, *M. B.*, n°385934.
[4] CE, 7 décembre 2015, *Syndicat mixte de Pierrefonds c/ Sté ASA Réunion*, préc.

ce sens par l'arrêt *Sociétés Eurovia Haute-Normandie et Colas Ile-de-France Normandie*[1] mérite une attention particulière. En effet, et comme nous l'avons déjà expliqué, le juge du contrat a tout simplement rejeté la pertinence d'un tel moyen dans la mesure où le principe de loyauté des relations contractuelles « *n'impose pas à la personne publique d'informer préalablement son cocontractant des mesures d'exécution du contrat qu'elle entend prendre* ». Mais alors, si la décision semble aller dans la lignée de la jurisprudence de 2009[2] ayant pour effet de circonscrire la loyauté des relations contractuelles, pourquoi le Conseil d'État ne s'est-il pas fondé sur la loyauté comme « *exigence* » pour répondre au moyen de l'opérateur économique ? Cette interrogation est d'autant plus légitime à la lumière des conclusions du rapporteur public Gilles Pellissier. Précisément, le conseiller d'État a appuyé ses conclusions autour de la loyauté comme « exigence ». De plus, tout en reconnaissant qu'il n'était pas impossible que la loyauté soit un principe, comme c'est le cas en droit privé, le rapporteur public a rappelé que « *si la source de cette exigence est relative à l'exécution des contrats, son champ d'application en droit public est limité au contentieux de l'exécution* »[3]. Cela nous semble justifier que la loyauté, en l'état de la jurisprudence, doive demeurer une exigence.

120. En outre, plusieurs décisions rendues cette fois-ci non pas par le Conseil d'État, mais par les juridictions d'appel ressemblent à ce que l'on ose qualifier de « *ballon d'essai* ». Cela signifie que le juge administratif, sans pour autant reconnaître ou consacrer l'existence d'un « *principe de loyauté des relations contractuelles* », se prononce malgré tout sur la réalité de l'illégalité ou du préjudice allégué par le demandeur pour l'écarter. Ainsi, dans une affaire opposant la société Altaïr Sécurité à l'État[4], dans le cadre de l'exécution de leur marché, l'opérateur économique fait notamment le reproche au pouvoir adjudicateur de ne pas l'avoir informé de la non-reconduction de son contrat. La formule de la Cour administrative de Versailles doit être notée : « *en admettant même que, dans ces circonstances, l'État puisse être regardé comme ayant commis une faute à l'égard de la société Altaïr Sécurité au regard du principe de loyauté des relations contractuelles, la société […] n'établit pas la réalité du préjudice qu'elle allègue avoir subi* ».

---

[1] V. notamment : CE, 20 juin 2016, *Stés Eurovia Haute-Normandie et Colas Ile-de-France Normandie*, préc. ; CAA Paris, 8 juin 2018, *SAS Suchet,* n°17PA01124 ; *CMP*, 2018, comm. 187, obs. H. Hoepffner.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] PELLISSIER G., « Concl. sur CE, 7 décembre 2015, *Syndicat mixte de Pierrefonds c/ Sté ASA Réunion*, préc. ».
[4] CAA Versailles, 18 octobre 2012, *Sté Altaïr Sécurité*, n°10VE03167.

Dans d'autres décisions enfin, certaines juridictions d'appel n'ont pas hésité à se servir du « *principe de loyauté des relations contractuelles* » pour empêcher l'administration contractante, dans le cadre d'un litige relatif aux modalités d'exécution du contrat, de se prévaloir de sa propre insuffisance dans le respect du contrat, ou de son comportement au détriment de son cocontractant[1].

121. Ainsi donc, à plusieurs reprises, certaines décisions ont tenté de décloisonner la loyauté des relations contractuelles, le cas échéant pour lui faire jouer un autre rôle que celui pensé en 2009[2]. Conformément à l'analyse des décisions précitées, c'est très souvent le cas lorsque que le juge administratif a rompu avec la loyauté comme « *exigence* ». Nous en déduisons alors l'existence d'un mouvement en faveur d'un double décloisonnement du standard au profit d'une loyauté comportementale et d'une loyauté clé d'interprétation du contrat au cœur de l'exécution de la relation contractuelle. Rompant alors avec le pur instrument contentieux, la loyauté tendrait à jouer un rôle nouveau qui interroge la détermination précise de son champ d'application, que nous étudierons ultérieurement. Cela concerne aussi bien la loyauté au stade des relations précontractuelles et donc en-deçà du contrat[3], qu'au cœur de l'exécution[4] et au-delà du contrat administratif[5].

[1] V. notamment : CAA, Paris, 18 décembre 2012, *SA Colombo*, n°11PA01446 ; *CMP*, 2013, comm. 70, note J.-P. Piétri ; *AJDA*, 2013, p. 745, concl. O. Rousset ; CAA Nancy, 27 décembre 2016, *Sté GRM Halle*, préc. ; CAA Bordeaux, 29 juin 2018, *Centre hospitalier de Rochefort*, n°15BX02102.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] V. *infra*, § 350 et s.
[4] V. *infra*, § 406 et s.
[5] V. *infra*, § 437 et s.

*

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

122. Les développements précédents ont pour objet de lever certaines interrogations relatives à la nature de la loyauté des relations contractuelles. En effet, ni la lecture de la décision *Commune de Béziers*[1] ni les conclusions du rapporteur public ne permettent d'éclairer véritablement le débat[2]. Ainsi, la décision de la plus haute formation du Conseil d'État n'a donné aucune définition précise de ce que signifie la loyauté des relations contractuelles. Emmanuel Glaser n'a envisagé cet instrument contentieux qu'en tant que contrôle de l'imputabilité des moyens d'irrégularité[3].

123. Or, l'examen minutieux de la jurisprudence révèle que les juridictions administratives ont fait jouer à la loyauté des relations contractuelles plusieurs sens différents, mais œuvrant tous en faveur de la politique jurisprudentielle de stabilisation des contrats administratifs. Nous sommes arrivés à la conclusion qu'en l'état actuel du droit, la loyauté des relations contractuelles ne s'épuise pas dans la lutte contre l'attitude malhonnête du requérant. Au contraire, elle peut être utilisée dans des sens variables liés notamment à la nature et à la gravité du moyen d'irrégularité soulevé. Nous pensons que la souplesse d'utilisation de cet instrument contentieux est la conséquence évidente de son incertitude ontologique. Autrement dit, comme il est difficile de définir précisément ce qu'est la loyauté, il est par conséquent délicat de la circonscrire lorsqu'elle est utilisée en contentieux des parties à un contrat administratif. Mais, il ne faut pas nécessairement considérer que cette indétermination originaire est forcément un problème pour le juge. Bien au contraire, nous pensons qu'elle lui offre la souplesse nécessaire pour pouvoir s'adapter aux différents cas d'espèce. Partant, la loyauté des relations contractuelles semble être un standard. Autrement dit, l'impossibilité de déterminer avec précision ce que recouvre la loyauté en contentieux des parties est une chance pour le juge, qui plus est lorsque son office est autant finalisé par la stabilité des relations contractuelles.

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 506
[3] GLASER E., « L'office du juge du contrat », *ibid.*, p. 515.

124. En outre, les difficultés liées à la détermination de la nature de la loyauté des relations contractuelles existent également lorsqu'il nous faut étudier la loyauté comme « *exigence* ». L'examen des décisions révèle que le juge associe parfois la loyauté à une « *obligation* », un « *devoir* » voire un « *principe* ». L'on pourrait nous reprocher d'exagérer les conséquences pratiques de telles hésitations en jurisprudence. Nous pensons au contraire que ces fluctuations révèlent la nature expansionniste de la loyauté. Nous sommes arrivés à la conclusion que la loyauté des relations contractuelles comme « *exigence* », « *obligation* » ou « *devoir* » sont parfaitement complémentaires. Par contre, associée à un « *principe* », la loyauté en contentieux risque de sortir de son carcan procédural pour tendre vers un principe général et potentiellement tentaculaire ou imprévisible. Autrement dit, nous redoutons que la loyauté en droit des contrats administratifs ressemble à celle utilisée en droit des contrats privés combattant les différences entre parties et contrôlant les modalités d'exécution du contrat.

***

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

125. Nous avons démontré que la loyauté contractuelle porte en elle une incertitude liée notamment à son indétermination et à sa confusion historique avec la bonne foi contractuelle. Pour preuve, la méthode de l'étude de l'avènement historique du terme « *loyauté* » a confirmé l'influence duale au cœur même de la loyauté : la fidélité et la soumission à la loi. Partant, s'il n'existe pas une, mais des loyautés, la consécration de la loyauté contractuelle en droit des contrats administratifs interroge nécessairement sur son champ d'influence. Loin d'être une carence des magistrats du Palais-Royal, l'incertitude relative à l'identification de la loyauté semble délibérée. Précisément et conformément aux enseignements du Doyen Hauriou, il existe un intérêt évident pour le juge à s'octroyer une grande marge de manœuvre dans la pratique contentieuse. Relisons-le : « *Méfions-nous des définitions trop étroites qui vident une matière de sa substance, qui ne lui laissent ni souplesse d'évolution ni puissance de développement* »[1].

126. Ainsi, nous avons expliqué comment en droit public la loyauté contractuelle ne souffre pas des confusions et des difficultés d'autonomisation qui peuvent exister en droit civil des obligations. En 2009 donc, au cœur de la décision *Commune de Béziers*[2], le Conseil d'État a circonscrit la loyauté contractuelle au recours en contestation de validité du contrat intenté par une partie. Ce faisant, la plus haute juridiction administrative a fait le choix d'une loyauté-fidélité à l'engagement des parties qui se comprend également comme une fidélité au contrat administratif. La question s'est alors posée de savoir s'il s'agissait aussi d'une loyauté envers le cocontractant et donc, d'une loyauté d'un autre type : une loyauté comportementale.

Comme nous l'avons rappelé, l'analyse des fonctions d'une norme ou d'une notion ne peut être faite sans avoir au préalable balisé son domaine d'intervention. Or, nous affirmons que le choix de la loyauté comme « *exigence* » est compatible avec l'« *obligation* » ou le « *devoir* ». Cependant, la loyauté comme « *principe* » n'est pas toujours le fruit d'une simple confusion, mais est le symbole d'une extension du champ d'influence du standard de loyauté. Il s'agit

[1] HAURIOU M., note sous l'arrêt CE, 15 juillet 1927, *Greffe,* S. 1927, III, p. 121.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

alors de la manifestation de ce que le professeur Benoît Plessix redoute comme étant la boîte de Pandore[1] ou encore le « *syndrome de Frankenstein* »[2]. En d'autres termes, l'auteur fait référence à une perte de contrôle de la loyauté contractuelle, conséquence de son indétermination et de la souplesse dans son utilisation qu'elle engendre. Il ne faudrait pas que la loyauté comme « *exigence* » soit le standard mobilisé par le juge lors d'un recours en contestation de validité intenté par une partie contractante et qu'à côté, la loyauté comme « *principe* » soit une règle comportementale ou une clé d'interprétation dans le cadre d'un litige relatif aux modalités d'exécution du contrat, au risque d'ajouter davantage d'incertitude à une notion indéterminée par nature. Précisément, dans le cadre de nos développements relatifs à sa définition, nous avons fait état de tentatives de certaines juridictions pour faire jouer à la loyauté un rôle différent de celui imaginé à l'origine par le Palais-Royal. La loyauté comme « *exigence* » est circonscrite dans la sphère du recours en contestation de validité du contrat. Or, la loyauté comme « *principe* » est mobilisée cette fois-ci dans le cadre des litiges relatifs aux modalités d'exécution du contrat administratif.

[1] PLESSIX B., « Chronique de droit administratif », art. *op. cit.*, p. 677.
[2] PLESSIX B., *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1474.

Titre second

LES FONCTIONS NÉGATIVES DE LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES

127. Après avoir déterminé le champ d'application de la loyauté et identifié sa nature, il nous faut à présent étudier ses fonctions[1]. En particulier, ne sert-elle qu'aux parties ? Ou alors, n'influence-t-elle que le juge du contrat ? La réponse à ces questions se trouve justement dans l'étude des fonctions de la loyauté des relations contractuelles.

De manière générale, il est manifeste que par cette « *loyauté* », les magistrats du Palais-Royal ont entendu restreindre « *drastiquement* »[2] les modalités d'anéantissement des contrats administratifs. Les stratégies d'évitement du contrat étaient bien le « *sport préféré* »[3] des parties contractantes. La jurisprudence *Commune de Béziers*[4] a ainsi participé à un véritable changement de paradigme. Ce faisant, le juge du contrat devenu « *gardien de la loyauté contractuelle* »[5] s'est appuyé sur cet instrument pour rendre illégitimes de nombreux moyens d'irrégularité[6].

128. En droit des contrats privés, le principe de loyauté contractuelle est vecteur d'obligations positives. Précisément, faisant le constat que la formation et l'exécution du contrat peuvent être sources d'attitudes déloyales, des auteurs ont fait part de leur sentiment selon lequel il y aurait « *quelque chose de pourri au royaume du contrat* »[7]. C'est d'ailleurs la raison pour

---

[1] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 62.
[2] GLASER E., « Béziers I, à propos d'un "notamment", in Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit., p. 642.
[3] PLESSIX B., « Chronique de droit administratif », art. *op. cit.*, p. 676.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1091.
[6] V. notamment : LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », *ibid.,* p. 1089 : « la loyauté joue le rôle de filtre quant aux moyens susceptibles d'être invoqués » ; BEDUSCHI-ORTIZ A., « La notion de loyauté en droit administratif », *AJDA*, 2011, p. 944 : « [La loyauté est]comme un principe, ou une directive d'interprétation mis à la disposition du juge administratif » ; CHEVALLIER E., « La loyauté contractuelle : portée d'une notion novatrice en droit des contrats administratifs », *JCP Adm.*, 2012, p. 2392 : « [La loyauté est] un élément d'interprétation de la portée des moyens des parties » ; MARGUERY L., « La loyauté des relations contractuelles en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », art. *op. cit.*, p. 663 : « [La loyauté est un] modèle de conduite procédural ».
[7] DARMAISIN S., *Le contrat moral*, th., LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 343, 2000, p. 2.

laquelle le principe de loyauté en droit privé a été la « *vedette de ce vingtième siècle finissant* »[1] en devenant une « *maxime générale du droit d'inspiration éthique* »[2]. Le regard publiciste du professeur Christine Bréchon-Moulènes est précieux car il contribue à comprendre le grand intérêt du recours à un tel principe en droit civil des obligations et surtout les conséquences qui en découlent[3]. D'après ses observations, le principe de loyauté contractuelle en droit privé a donc été l'instrument ayant pour objet et pour effet de concourir au dépassement de l'individualisme contractuel pour, au contraire, promouvoir une certaine éthique des comportements[4]. Il ne s'agit en définitive que de la traduction[5] en droit d'impératifs moraux[6] comme l'ont été les préceptes du droit d'Ulpien[7].

Pour y parvenir, la loyauté contractuelle a été à l'origine de véritables obligations juridiques positives, toutes empreintes de morale et trouvant à s'appliquer durant l'exécution du contrat. Parmi celles-ci, le principe de loyauté contractuelle est à l'origine d'une obligation générale et d'obligations spéciales. L'obligation générale est celle d'exécuter utilement son contrat[8]. La loyauté est alors l'allié nécessaire permettant aux prévisions contractuelles de se concrétiser[9]. Pour y parvenir, les obligations spéciales[10] garanties par le juge[11] que sont, pour ne citer

---

[1] MAZEAUD D., « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA,* 1998, n°58, p. 13.
[2] LE TOURNEAU Ph., POUMARÈDE M., V. « Bonne foi », *Rép. droit civil, op. cit.*, pt. 84.
[3] BRÉCHON-MOULÈNES Ch., « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », in Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, op. cit., pp. 439-440 : « Ainsi, en droit privé, le nouveau courant "solidariste", par opposition au courant "sécuritaire" traditionnel, attentif au déséquilibre de plus en plus manifeste des relations contractuelles entre personnes privées, promeut l'idée d'une loyauté au-delà non seulement de la lecture du contrat, mais même de la bonne foi, avec l'exigence de nouveaux devoirs pesant sur la partie la plus forte : transparence dans les relations précontractuelles, collaboration dans l'exécution du contrat avec l'idée d'"assistance à autrui", cohérence de l'action de façon à permettre à autrui de déterminer avec confiance sa propre conduite. Bref, pour un "contrat sociable" ».
[4] WATHELET J., La loyauté en droit de la propriété intellectuelle, th., op. cit., p. 17.
[5] RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, op. cit., n°147.
[6] ULPIEN, *Règles*, I, *Digeste*, I, 1, 10 : « vivre honnêtement, ne pas léser autrui, attribuer à chacun son dû ».
[7] ULPIEN, *Institutes,* L. 1, *Digeste*, I, 1, 1 : « Celui qui s'adonne au droit doit d'abord savoir d'où vient ce mot (*ius*). Il tire son nom de la justice. […] le droit est l'art du bon et de l'équitable. C'est à bon droit qu'on nous qualifie de prêtres, car nous exerçons la justice et nous faisons connaître ce qui est bon et équitable, séparant l'équité de l'iniquité, distinguant le licite de l'illicite, cherchant à susciter le bien non seulement par la menace des peines, mais par la promesse de récompenses, pratiquant ce qui nous semble la vraie et non une fausse philosophie ».
[8] V. notamment : POTHIER R.-J., *De la vente*, Paris, 1825, n°202 ; PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit.*, p. 97 ; DARMAISIN S., *Le contrat moral*, th. *op. cit.*, pp. 250-251.
[9] LEBORGNE A., « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », art. *op. cit.*, p. 535 : « Évoquer la loyauté, c'est faire référence à un comportement attendu des parties comme du juge, à une qualité humaine que l'on exige aujourd'hui dans toutes les relations juridiques, lors de la conclusion d'un contrat comme de son exécution, ou encore à l'occasion de la mise en œuvre d'un droit ».
[10] WATHELET J., *La loyauté en droit de la propriété intellectuelle*, th., *op. cit.*, p. 22 : l'auteur parle de « déclinaisons particulières de la loyauté ».
[11] Cass., 1ère civ., 28 septembre 2016, n°15-23.426.

qu'elles, la coopération[1], le renseignement[2] ou encore la renégociation[3], concourent toutes à la réussite de l'exécution. En ce sens, le principe de loyauté fait des cocontractants de véritables partenaires[4] au sein du « petit microcosme »[5] qu'est la relation contractuelle.

129. En contentieux des contrats administratifs, la décision *Commune de Béziers*[6] a inversé la logique prévalant durant l'état de crise du contrat au profit du nouvel « *objectif de stabilité des relations contractuelles* »[7] contribuant au règlement des litiges sur le terrain contractuel autant que possible[8]. Or, pour y parvenir, il fallait que le juge du contrat responsable du contentieux des parties contractantes soit doté d'un instrument stabilisateur lui permettant d'apprécier la recevabilité par voie d'action et l'opérance par voie d'exception des moyens soulevés par les requérants. C'est justement le rôle que le Palais-Royal a confié à « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[9]. En ce sens, nous pensons que la loyauté n'a pas une fonction unique. En effet, pour que l'objectif de stabilité des contrats ne soit pas un « *vœu pieux* », la loyauté des relations contractuelles est à l'origine d'une obligation non pas « *minimale* »[10] ou « *d'abstention* »[11], mais bien purement négative : ne pas rompre le lien contractuel lorsque celui-ci n'est manifestement pas vicié ni le rompre sans d'excellentes

---

[1] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit.*, p. 104 : « L'obligation de coopération peut s'entendre de deux façons selon qu'on l'envisage du côté du créancier ou du débiteur. Tout d'abord, le débiteur est tenu d'exécuter sa prestation en lui donnant le maximum d'utilité. En collaborant avec le créancier, il lui procurera une exécution plus complète. […] le créancier doit faciliter à son débiteur l'exécution de ses obligations en lui offrant toute l'aide nécessaire. En coopérant, le créancier exécutera à son tour utilement ».

[2] DE JUGLART M., « L'obligation de renseignement dans les contrats », *RTD civ.*, 1945, p. 1 : l'obligation de renseignement est « une des manifestations de cet esprit de solidarité qui caractérise notre époque, par réaction contre l'individualisme […] ».

[3] V. notamment : MOUSSERON J.-M., « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.,* 1988, p. 481 ; DARMAISIN S., *Le contrat moral*, th. *op. cit.*, p. 182 ; PICOD Y., « L'obligation de renégocier à l'aune de la réforme du droit des obligations », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 805.

[4] MESTRE J., « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », art. *op. cit.*, p. 100.

[5] DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. VI, p. 9 : « les contractants forment une sorte de petit microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans une société civile ou commerciale ».

[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[7] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[8] V. notamment : LIÉBER S.-J., BOTTEGHI D., « Le contrat public aurait-il (enfin) trouvé son juge ? », *AJDA*, 2010, p. 142 : « Est en effet reconnue au juge du contrat une mission qui s'accorde enfin à son titre : juger dans le cadre du contrat […] » ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 60 : « cette exigence de stabilité et ce primat de la responsabilité contractuelle dans les rapports entre cocontractants, qui se trouvait méconnu en présence d'un contrat administratif irrégulier, ne peuvent être assurés que par la reconnaissance d'un principe de loyauté des relations contractuelles ayant pour objet d'assurer la continuité des relations contractuelles ».

[9] DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit.*, p. 229 : « La loyauté des parties est alors érigée en pierre angulaire d'un procédé inédit de stabilisation du contrat ».

[10] WATHELET J., *La loyauté en droit de la propriété intellectuelle*, th., *op. cit*., p. 25.

[11] WATHELET J., *La loyauté en droit de la propriété intellectuelle*, *ibid*., p. 31.

raisons[1]. La justification de l'obligation négative se devine aisément, car « *il est plus facile de sanctionner la déloyauté que d'imposer la loyauté* »[2]. Il s'agit de la fonction première de l'exigence de loyauté des relations contractuelles et celle-ci est partagée dans sa grande majorité en doctrine. Ne pas rompre le contrat rappelle aux parties le principe même de leur engagement : l'exécution du contrat[3]. Partant, la loyauté des relations contractuelles ne peut être considérée comme « *une terre étrangère* » du droit des contrats administratifs comme cela a pu être soutenu par le professeur Franck Petit[4].

130. Mais, bien que de nombreux auteurs se soient arrêtés à cette seule fonction[5], nous pensons que la loyauté sert un dessein au moins aussi important : la lutte contre l'inefficacité de l'action administrative. Le contrat administratif étant un mode d'action privilégié par l'administration, sa remise en cause simplifiée a de lourdes conséquences. Lutter contre l'instabilité contractuelle contribue alors à lutter contre l'inefficacité de l'action administrative. Ces deux fonctions semblent d'ailleurs parfaitement complémentaires. Dès lors, conformément à la méthode « *des ponts interdisciplinaires* »[6] du Doyen Hauriou, l'expérience de la loyauté contractuelle en droit privé contribue à révéler assurément la différence avec celle utilisée par le juge administratif du contrat. Si la première est source d'obligations positives, la loyauté en contentieux des contrats administratifs a deux fonctions négatives. Elle est un instrument particulièrement implacable aussi bien de lutte contre la disparition des contrats administratifs **(Chapitre premier)** que contre l'inefficacité de l'action de l'administration **(Chapitre second)**.

---

[1] LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1097 : « Dès lors que les parties se sont engagées librement, il leur appartient d'exécuter loyalement leurs obligations. Les parties ne peuvent y échapper, même lorsqu'une irrégularité a été commise lors de la formation du contrat. […] La loyauté limite ainsi les possibilités de contester le contrat ou d'échapper à son exécution ».

[2] BRÉCHON-MOULÈNES CH., « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », in Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, op. cit., p. 444.

[3] UBAUD-BERGERON M. *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 288 : « contracter, c'est tout d'abord manifester une liberté de l'individu capable et éclairé […] ; mais contracter, c'est aussi assumer ses actes, c'est-à-dire respecter son engagement envers l'autre partie et engager sa responsabilité ».

[4] PETIT F., « Avant-propos », *in* F. Petit (dir.), *Droit et loyauté, op. cit.,* p. 1.

[5] V. notamment : BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 69 : « L'exigence de loyauté contractuelle a pour unique effet de rationaliser le recours en contestation de validité du contrat afin d'assurer le maintien du lien contractuel en limitant les possibilités de remise en cause du contrat ou en permettant au juge de régler le litige entre les parties sur le terrain contractuel » [nous soulignons].

[6] SFEZ L., *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, th. Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », th. *op. cit.,* p. 262 et s.

Chapitre premier

LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES, INSTRUMENT DE LUTTE CONTRE LA REMISE EN CAUSE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

131. L'instauration d'un filtre restreignant la recevabilité des moyens soulevés devant le juge ne contribue pas à singulariser le contentieux des contrats administratifs. Le filtrage est une technique contentieuse de régulation des recours qui peut conditionner aussi bien l'accès au prétoire, les moyens recevables ou encore une combinaison des deux. Sans bien évidemment prétendre à l'exhaustivité, la question prioritaire de constitutionnalité est une procédure contentieuse qui a contribué à élever le magistrat au rang de « *juge du filtre* »[1]. Charge à lui de vérifier si les conditions prévues pour qu'une question prioritaire de constitutionnalité soit transmise à la plus haute juridiction de l'ordre saisi puis, après un second filtre, au Conseil constitutionnel. Un autre filtre célèbre est celui relatif aux moyens pouvant être soulevés en appel. De jurisprudence constante[2], le requérant ne peut plus pour la première fois en appel et après expiration du délai de recours, invoquer un moyen de légalité interne s'il n'a, au moment de l'introduction de la requête, soulevé que des moyens de légalité externe. Mais alors, si l'existence de filtres en contentieux est tout à fait commune, c'est davantage la pratique par le juge administratif de l'ancien recours en déclaration de nullité du contrat durant l'état de crise qui était remarquable. Tous les moyens, mêmes vétilles, étaient susceptibles de conduire à l'anéantissement de la relation contractuelle sans que le juge administratif ait été en mesure de les neutraliser ou d'en limiter les effets.

Ainsi, l'étude minutieuse de la jurisprudence révèle l'idée première du Palais-Royal qui a fait de « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[3] un instrument contentieux créé par et pour le juge du contrat. Dorénavant, l'exercice du droit de critique des cocontractants-

[1] DILLOARD A., « Embouteillage au Palais Royal ou quand le Conseil d'État doit attendre le feu vert de la CJUE pour transmettre une QPC », *JCP Adm.*, 2017, comm. 2077.
[2] V. notamment : CE, sect., 20 février 1953, *Sté Intercopie*, *Rec.* p. 88 ; CE, Ass., 15 juillet 1954, *Sté des Aciérie et forges de Saint-François*, Lebon, p. 482.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

requérants est conditionné au « *test de loyauté* »[1]. Dès lors, ce filtre sert de clé au juge du contrat de clé lui permettant de répartir les moyens soulevés par les cocontractants-requérants entre ceux qui sont loyaux et recevables de ceux qui sont déloyaux et illégitimes et qui doivent alors être écartés. Ce faisant, les décisions *Commune de Béziers*[2] puis *Manoukian*[3] ont mis un terme à l'état de crise du contrat. En ce sens, l'exigence de loyauté des relations contractuelles contribue indiscutablement au changement de paradigme du contentieux contractuel *lato sensu*, dans la droite ligne des décisions *Société Tropic*[4] et *S.M.I.R.G.E.O.M.E.S*[5].

132. En effet, la lecture de *Commune de Béziers*[6] est claire : les magistrats du Palais-Royal ont distingué le recours des parties contractantes selon qu'il conteste la validité du contrat par voie d'action ou par voie d'exception. Dans le premier cas de figure, l'objet même du recours est la contestation directe de la validité du contrat. Il s'agit d'une voie de droit à disposition d'une partie qui considère que le contrat qu'il a signé n'est pas valide. Dans le second cas, la contestation de validité est une réponse incidente qui survient dans le cadre d'un litige d'exécution du contrat[7]. Dans ce cas, la partie contractante répond par une exception d'invalidité pour obtenir du juge que le contrat soit écarté pour trancher le litige. Pour réguler les moyens, il est prévu qu'un mécanisme de double filtrage utilisant la loyauté des relations contractuelles comme clé de distinction[8] ou comme « test »[9] des invocations – par voie d'action – ou des moyens – par voie d'exception – et conduisant le juge soit à traiter l'irrégularité, soit à écarter le contrat. D'ailleurs, pour éviter un « *moralisme dissymétrique* »[10], rappelons que le filtre de la loyauté des relations contractuelles s'applique

---

[1] LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1089.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.
[4] CE, Ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, préc.
[5] CE, sect., 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe* [S.M.I.R.G.E.O.M.E.S], n°305420 ; *GACA*, 3ème éd., 2011, n°17 ; *AJDA*, 2008, p. 1855, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; *ibid*., p. 2374, étude P. Cassia ; *RFDA*, 2008, p. 1128, concl. B. Dacosta ; ibid., p. 1139, note P. Delvolvé ; *RDI*, 2008, p. 499, obs. S. Braconnier.
[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[7] LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1091.
[8] V. notamment : LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1097 : « L'arrêt *Commune de Béziers* consacre l'exigence de loyauté des relations contractuelles comme limite à la contestation de validité du contrat, que cette contestation intervienne par voie d'action ou d'exception » ; LANGELIER É., « L'évolution du contentieux des contrats administratifs : à quand l'acte IV ? », art. *op. cit.* : « Dans les deux cas, le principal filtre demeure celui de la "loyauté des relations contractuelles" » ; LECLERC C., *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, th. *op. cit.,* p. 485 : « La loyauté joue donc un rôle de filtre quant aux moyens susceptibles d'être invoqués par voie d'action contre le contrat […] ou […] lors d'un litige relatif à son exécution ».
[9] LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1097.
[10] LOMBARD M., *Le rôle de la bonne et mauvaise foi en droit administratif français*, th. *op. cit*., p. 459.

au cocontractant-requérant, peu important sa personnalité juridique[1]. Dans le cadre d'un recours en contestation directe de la validité du contrat, la loyauté des relations contractuelles est un filtre des modalités d'invocation de l'irrégularité contractuelle **(Section première)**. Dans le cadre cette fois-ci de l'exception d'invalidité, la loyauté nous semble être un commandement à destination du juge pour que celui-ci fasse, dans la limite de l'ordre public, application du contrat pour régler le litige **(Section seconde)**.

Section 1

LE FILTRE DE L'INVOCABILITÉ LOYALE DES MOYENS PAR VOIE D'ACTION

133. Le considérant de principe de *Commune de Béziers*[2] impose au juge par voie d'action de vérifier que « *les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui* »[3]. Contrairement aux doutes qui ont pu être exprimés[4], il y a bien dans le mode d'emploi du recours par voie d'action la présence d'un filtre de la recevabilité des moyens. Si le moyen est irrecevable, « *le juge est tenu, en l'état, de refuser d'apprécier le bien-fondé* »[5]. La proximité entre les différents « *états* »[6] du moyen, c'est-à-dire la recevabilité ou l'opérance, est sujette à débats en doctrine. Pourtant, il existe bien une différence dans leur appréhension par le juge dans la mesure où elles ne sont pas « *solubles l'une dans l'autre* »[7]. Dès lors, le moyen est irrecevable dans la mesure où, s'il était fondé, il « *remettrait en cause l'objet qu'il critique, mais le juge refuse de l'examiner et d'en tirer les conséquences logiques. La recevabilité tient à une question extérieure et antérieure aux questions de fond, l'opérance se rattachant au*

[1] V. notamment : CAA Bordeaux, 27 mai 2010, *Cne de Baie-Mahault*, n°09BX01771 ; CAA Bordeaux, 30 juin 2011, *SAS Eurelec Aquitaine*, n°09BX02596 ; *CMP*, 2011, comm. 310, obs. F. Llorens.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] LINDITCH F., « Plein contentieux contractuel : le Conseil d'État créée l'action en validité contractuelle et la fonde sur le principe de loyauté contractuelle », *JCP Adm.*, février 2010, comm. 2072 : « Le doute demeure cependant : moyens irrecevables ou simplement inopérants, il restera à déterminer ce point ».
[5] CIAUDO A., *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2009, p. 240.
[6] POULET F., *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif*, th. Paris II, 2014.
[7] DOUTEAUD S., « Pour une clarification de la distinction entre moyens inopérants et moyens irrecevables en contentieux administratif », *RFDA,* 2016, p. 697.

fond »[1]. Si le moyen est inopérant, il ne peut « *exercer une influence sur la solution du litige* »[2]. L'étude de cette voie de droit ouverte aux parties contractantes interroge nécessairement sur la nature du « test de la loyauté »[3] utilisé par le juge du contrat. Nous pensons que le filtre repose, non pas sur la nature de l'irrégularité, mais bien sur les modalités de son invocation **(Paragraphe premier)**, faisant de la loyauté des relations contractuelles un atout de choix dans la réussite de « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[4] des contrats administratifs **(Paragraphe second)**.

§1. UN FILTRE LIÉ AUX MODALITÉS D'INVOCATION DES MOYENS PAR VOIE D'ACTION

134. Nous pensons que ce qui a pu conduire à certaines incertitudes relatives à la détermination du périmètre du filtre est la mention, désormais tout à fait classique, que l'on rencontre dans les arrêts dès lors que le juge du contrat est saisi d'une contestation directe de validité : « *après avoir pris en considération la nature de l'illégalité* »[5]. Le mode d'emploi construit par la plus haute juridiction administrative sur le recours par voie d'action prévoit en définitive deux étapes successives[6]. La première, celle qui nous intéresse immédiatement, est celle du filtre de la loyauté des relations contractuelles. La seconde qui vient ensuite, à supposer que la première étape franchie, concerne les modalités de traitement de l'irrégularité[7] loyalement invoquée, c'est-à-dire la poursuite du contrat, sa résiliation ou son anéantissement. C'est la raison pour laquelle le considérant précise que le juge doit alors contrôler « *la nature de l'illégalité commise* »[8].

---

[1] DUTHEILLET DE LAMOTHE L., ODINET G., « La recevabilité des moyens contentieux administratif », *AJDA,* 2016, p. 482.
[2] CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 810.
[3] LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1089.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[6] BOUSQUET J., Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif, th. op. cit., p. 70.
[7] V. notamment : JÈZE G., « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », *RDP*, 1913, p. 295 : « Il s'agit ici de rechercher quelles conséquences produit l'irrégularité d'un acte juridiques » ; LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. *op. cit.,* p. 3 : « [Le traitement] consiste à déterminer les conséquences proprement juridiques des situations irrégulières car, confronté à la possibilité d'une pratique non conforme aux prescriptions légales, le droit fixe les conséquences que l'on doit attacher à cette pratique ».
[8] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

En effet, si l'exigence de loyauté des relations contractuelles jouait le rôle d'un filtre des moyens, cela signifierait que le juge administratif aurait nécessairement prévu que certaines irrégularités seraient par principe toujours déloyales. Autrement dit, il deviendrait parfaitement envisageable de dégager une liste des moyens recevables et loyaux par rapport à ceux qui sont irrecevables et donc illégitimes. Cela participerait à un renforcement de la stabilité des contrats administratifs, mais aussi de la prévisibilité des recours dont l'absence d'équilibre et ses conséquences négatives ont été soulignées par le professeur Jean-François Lafaix[1].

135. Or, si c'est bien l'invocation de l'irrégularité et non l'irrégularité elle-même qui est au contraire testée par le filtre de la loyauté des relations contractuelles, cela renforce le sentiment selon lequel le contentieux des contrats administratifs est marqué par la casuistique. En ce sens, c'est une conception subjective de la loyauté dont il est fait état. Précisément, le périmètre du filtre se précise au fil des décisions rendues par le juge du contrat. L'analyse du considérant de principe de l'arrêt *Commune de Béziers*[2] montre que contrairement à ce qui a pu être soutenu[3], le recours par voie d'action est construit autour du filtre la recevabilité des moyens d'irrégularité dans leur manière d'être invoquée[4] et non autour de la nature de l'irrégularité. Si le contrôle du filtre de la loyauté des relations contractuelles reposait sur la nature de l'irrégularité, le considérant détaillant les modalités d'exercice du recours par voie d'action aurait nécessairement été rédigé d'une tout autre manière. Par exemple, le Palais-Royal aurait parfaitement pu faire le choix de la formule suivante : « *les irrégularités dont se prévalent les parties devant le juge du contrat sont celles qui sont conformes à l'exigence de loyauté des relations contractuelles* ».

136. Sur cette question, une analogie nous semble devoir être réalisée entre l'invocation du moyen d'irrégularité et l'administration de la preuve devant le juge administratif. En effet, s'inspirant des articles 9[5] et 763[1] du Code de procédure civile, la Cour de cassation a fait

---

[1] LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1089.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] LANGELIER É., « L'évolution du contentieux des contrats administratifs : à quand l'acte IV ? », *JCP Adm.*, 2014, étude 2330.
[4] V. notamment : BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 70 ; LOMBARD F., « Une notion apparemment partagée : le "contenu du contrat" », *in* J. Martin (dir.), *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. « Perspective(s) », 2019, p. 111.
[5] Article 9 du Code de procédure civile : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

œuvre créatrice[2] en déduisant une obligation jurisprudentielle de loyauté dans l'administration de la preuve[3]. C'est en 2014 avec l'arrêt *M. Freddy Ganem*[4] que le Conseil d'État est entré dans le débat. Ce dernier a pris une certaine ampleur par l'instauration – en matière disciplinaire exclusivement[5] – d'une limite à l'administration de la preuve, incarnée par la loyauté. Dans cette affaire, ce qui était reproché au chef de service ne portait pas sur le moyen de preuve, mais bien sur la manière dont la preuve avait été soumise au juge administratif. Donc, ce n'est pas la preuve – le moyen –, mais comment elle a été présentée – son invocation – qui a justifié que la loyauté s'oppose à son utilisation.

Ainsi, lorsque le traitement d'un moyen d'irrégularité contractuelle est conditionné au franchissement du filtre de son invocation loyale, le juge du contrat est nécessairement conduit à tolérer[6] la poursuite de l'exécution de contrats administratifs viciés. Cette « *tolérance jurisprudentielle* »[7] du moyen d'irrégularité considéré comme déloyal et donc illégitime est l'atout de choix en faveur de la stabilité des relations contractuelles, nouvelle politique jurisprudentielle érigée en véritable « objectif » depuis la jurisprudence *Commune de Béziers*[8].

---

[1] Article 763 alinéa 2 du Code de procédure civile : « [Le juge] a mission de veiller au déroulement loyal de la procédure, spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces ».

[2] V. notamment : HAYAT J.-M., « La loyauté de la preuve en matière civile, commerciale, pénale et administrative : allocution d'ouverture », *Procédures*, n°12, décembre 2015, dossier 8, p. 10 : « c'est en l'absence d'une définition légale de la loyauté de la preuve que cette notion a fait irruption dans le débat public, en donnant lieu depuis une dizaine d'années à une abondante jurisprudence en matière civile, pénale, administrative et commerciale » ; KEBIR M., *Le libre arbitre du juge*, th. *op. cit.*, p. 447 : « La lutte contre l'arbitraire qui permet de mettre en œuvre le principe de la contradiction trouve son prolongement dans l'émergence d'un autre principe, celui de loyauté processuelle. Ce principe aurait pour but de suppléer l'exigence de contradiction là où cette dernière ne suffit pas à garantir la qualité de la discussion judiciaire ».

[3] DAUMAS V., « Liberté et loyauté de la preuve devant le juge administratif », *RFDA*, 2014, p. 926.

[4] CE, sect., 16 juillet 2014, *M. Freddy Ganem*, n°355201 ; *RFDA,* 2014, p. 924, concl. V. Daumas ; *AJDA,* 2014, p. 1460, chron. A. Bretonneau et J. Lessi.

[5] FRYDMAN P., SORIN J., « Le principe de loyauté de la preuve devant le juge administratif », *Procédures*, n°12, décembre 2015, dossier 13, pt. 24 : « Il est vrai que le Conseil d'État réaffirme le principe de liberté de la preuve et qu'il cantonne délibérément l'obligation de loyauté à la matière disciplinaire ».

[6] GRABIAS F., *La tolérance administrative*, th. *op. cit.*, pp. 12-13 : l'auteur opère une distinction entre « la tolérance administrative » (p. 22) et « les tolérances juridictionnelles ». Bien qu'elle ait exclue du périmètre de son étude la seconde, son regard est précieux : « Les tolérances "juridictionnelles" renvoient aux cas dans lesquels le juge administratif ne sanctionne pas une illégalité commise par l'administration ». Il faudrait préciser que la tolérance du juge du contrat administratif tolère également les irrégularités commises par le cocontractant de l'administration dans le cas où l'invocation d'un tel moyen s'avèrerait déloyale.

[7] GRABIAS F., *La tolérance administrative*, th., *op. cit.*, p. 13.

[8] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

§2. UN ATOUT DE CHOIX GARANTISSANT LE SUCCÈS DE « *L'OBJECTIF DE STABILITÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES* »

137. En faisant de l'invocation de l'irrégularité l'élément objet du contrôle du filtre de la loyauté des relations contractuelles, les magistrats du Palais-Royal ont œuvré à rendre extrêmement difficiles les cas d'anéantissement des contrats administratifs. Par voie de conséquence, « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[1] est un succès dès lors que l'anéantissement des contrats administratifs devient non pas une exception, mais tout à fait exceptionnel. En ce sens, la « *stabilité et le pragmatisme sont désormais les maîtres mots qui sous-tendent l'office du juge administratif* », comme l'a écrit Yann Aguila[2]. La loyauté des relations contractuelles lutte donc efficacement contre la rupture des contrats administratifs aussi bien au stade de l'appréhension des moyens d'irrégularité **(A)**, qu'au stade du traitement, en faisant de l'annulation du contrat une sanction exceptionnelle **(B)**.

A) LA RIGUEUR DU FILTRE DANS L'APPRÉCIATION DES MOYENS D'IRRÉGULARITÉ

138. Par voie d'action, la particularité du filtre de la loyauté des relations contractuelles est que le critère permettant de le franchir ne repose pas sur la nature de l'irrégularité soulevée, mais bien sur l'attitude du cocontractant-requérant qui s'en prévaut[3]. C'est d'ailleurs ce que l'on peut déduire des conclusions d'Emmanuel Glaser lorsqu'il propose que l'exigence de loyauté des relations contractuelles soit l'instrument entre les mains du juge pour lui permettre d'écarter des moyens invoqués par un cocontractant-requérant[4]. Pour preuve, c'est la raison pour laquelle il est tentant d'associer ce filtre, comme l'a justement fait le rapporteur

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] AGUILA Y., « Stabilité ou le nouveau visage du juge des contrats publics », *JCP G.*, 2011, p. 720.
[3] LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1098 : « Lorsque la contestation de la validité du contrat est l'objet même du litige, le respect de l'exigence de loyauté détermine la recevabilité du moyen et cette recevabilité ne dépend alors pas directement de la nature de l'irrégularité » ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 69.
[4] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.,* p. 515.

public, au principe *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*[1] et qui fera l'objet de prochains développements[2].

La conséquence de la construction d'un tel filtre est qu'elle conduit logiquement à ce qu'une même irrégularité puisse être appréhendée différemment par le juge du contrat au stade du test de la loyauté de son invocation. Précisément, ce sera le cas si elle est soulevée par l'auteur du vice, ou bien par l'autre partie, dans l'hypothèse où celle-ci l'aurait ignoré. En l'état de la jurisprudence, eu égard au très faible nombre de recours par voie d'action devant les juridictions administratives, il n'existe pas deux affaires permettant de démontrer qu'un même moyen d'irrégularité, en fonction de la nature du requérant, est appréhendé différemment par le juge.

Cependant, s'il est certain que l'auteur de l'irrégularité ne peut s'en prévaloir devant le juge, sauf à ce que le vice soit un moyen d'ordre public[3], il est probable que l'autre partie puisse soulever ledit moyen, à moins qu'il ait démontré que l'irrégularité ne l'a pas gêné ou qu'il en avait connaissance. C'est ce qu'un auteur a qualifié « *d'effet d'aubaine* »[4] de l'irrégularité. En outre, cela signifie qu'un vice qui aurait été de nature à conduire à la résiliation du contrat – et non à l'annulation, car les moyens en question sont alors d'ordre public et peuvent être soulevés directement par le juge[5] – peut parfaitement conduire au rejet des conclusions du cocontractant-requérant si son invocation est déloyale[6]. Enfin, il faut rappeler qu'une partie peut loyalement invoquer un vice qui peut parfaitement être neutralisé ensuite au stade du traitement de l'irrégularité[7].

S'il convient de noter qu'un très faible nombre de recours l'ont été par voie d'action, il n'en demeure pas moins qu'en dix ans d'application de la jurisprudence *Commune de Béziers*[8] par le Conseil d'État, une seule décision fait état de l'annulation d'un contrat administratif pour

---

[1] GLASER E., « L'office du juge du contrat », *ibid.*, p. 515.
[2] V. *infra*, § 231 et s.
[3] CAA Nancy, 18 juin 2019, *Sté Exelcia*, n°19NC00350 : « Il résulte de ce qu'il précède que le contrat conclu entre les deux parties est contraire, par l'illicéité de son contenu, aux dispositions précitées de la loi du 31 décembre 1971 et doit être regardé comm nul. L'exigence de loyauté des relations contractuelles ne fait pas obstacle à ce que cette nullité puisse être invoquée par l'établissement hospitalier pour soutenir qu'il y a lieu d'en écarter l'application, dans son intégralité […] » [nous soulignons].
[4] DOUTEAUD S., La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité, th. op. cit., p. 242.
[5] DUBREUIL CH.-A., Droit des contrats administratifs, op. cit., p. 163.
[6] Arrêts rendus dans le cadre de la voie d'exception, V. notamment : CAA Bordeaux, 11 mars 2010, *Cne de Baie-Mahault*, n°08BX02268 ; CAA Bordeaux, 27 mai 2010, *Cne de Baie-Mahault*, préc.
[7] LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1098.
[8] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

objet illicite après une contestation directe de sa validité[1]. Le résultat est encore plus probant lorsque sont analysées les décisions rendues par les Cours administratives d'appel. Durant cette période, seulement 5% des arrêts rendus par le juge du contrat saisi en appel portaient sur une contestation directe de validité[2]. Sur l'ensemble de ces arrêts, seulement cinq ont conduit le juge administratif à traiter le vice par l'annulation du contrat administratif[3].

En définitive, c'est donc de cette façon que « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[4] a succédé au respect du principe de légalité objective qui prévalait durant l'état de crise du contrat. À cette période, le contrôle était exercé uniquement en fonction de la nature de l'irrégularité et non par rapport à son invocation. En conséquence, le juge administratif était lié par la présence de l'irrégularité et ne pouvait en moduler les effets en fonction de la personne du requérant ou de son comportement. Comme nous l'avons expliqué, de nombreux cocontractants ont profité de la passivité, voire de la « *complicité* »[5] du juge, pour mettre en place de véritables stratégies d'évitement du contrat. Celle-ci avait pour unique objectif de se défaire de leurs obligations contractuelles. Pour y remédier, la jurisprudence *Commune de Béziers*[6], déplaçant la recevabilité du moyen non pas sur la nature de l'irrégularité, mais sur la loyauté de son invocation permet de mettre un terme aux comportements pernicieux de certaines parties au contrat. Il s'agit donc d'une conception

---

[1] CE, 10 juillet 2013, *Cne de Vias, SEM de la ville de Béziers et du littoral [SEBLI]*, n°362304 ; *AJDA*, 2013, p. 1480 ; *RDI*, 2013, p. 552, obs. P. Soler-Couteaux ; *BJCP*, 2013, p. 448, concl. G. Pellissier ; *RJEP,* 2014, n°6, comm. R. Bonnefont.

[2] CAA Marseille, 17 janvier 2011, *Ville de Cannes,* n°08MA00362 ; *JCP Adm.*, 2011, comm. 2294, obs. J.-B. Vila ; CAA Marseille, 14 février 2011, *Centre international d'études supérieures en sciences agronomiques,* n°08MA01110 ; *CMP*, 2011, comm. 151, obs. J.-P. Pietri ; CAA Bordeaux, 6 décembre 2011, *EPHAD La Chapelaude*, n°10BX02876 ; *CMP*, 2012, comm. 65, obs. M. Ubaud-Bergeron ; CAA Bordeaux, 31 janvier 2012, *Sté de Bâtiment et de Travaux de Montagne [SBTM],* n°10BX02066 ; *CMP,* 2012, comm. 134, obs. M. Ubaud-Bergeron ; CAA Douai, 21 février 2012, *Sté Grenke location*, n°10DA00480 ; *JCP Adm.,* 2012, comm. 2238, obs. F. Linditch ; CAA Marseille, 28 juin 2012, *SEM de la ville de Béziers et du littoral,* n°09MA03176 ; CAA Marseille, 4 mai 2015, *Cegelec Sud-Ouest*, n°11MA03604 ; CAA Marseille, 17 octobre 2016, *Cne de Mons-la-Trivalle*, n°15MA01741 ; *CMP*, 2016, comm. 298, obs. F. Lichère ; CAA Marseille, 10 juillet 2017, *Sté immobilière du port de Cap-d'Ail*, n°15MA02943 ; *CMP*, 2017, chron. 1, obs. G. Eckert ; *JCP Adm.*, 2017, comm. 34, note Ph. Yolka ; CAA Douai, 22 février 2018, *Sté Signalisation France*, n°17DA00507, n°17DA00509, n°17DA00511 ; CAA Versailles, 20 décembre 2018, *Sté MZL*, n°15VE01757, n°15VE03650.

[3] CAA Marseille, 28 juin 2012, *SEM de la ville de Béziers et du littoral,* préc. : annulation avec effet différé. C'est d'ailleurs sur ce point que le Conseil d'État va casser l'arrêt de la Cour administrative d'appel dans l'arrêt CE, 10 juillet 2013, *Cne de Vias et SEM de la ville de Béziers littoral*, préc. ; CAA Marseille, 17 octobre 2016, *Cne de Mons-la-Trivalle*, préc. : il s'agissait d'un bail emphytéotique au contenu illicite ; CAA Douai, 22 février 2018, *Sté Signalisation France*, préc. : l'étude de ces trois pourvois révèle l'existence d'une entente ayant pour objet une augmentation anormales des prix du marché.

[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[5] DACOSTA B., « La gestion des illégalités du contrat administratif – L'analyse du juge administratif », *in* C. Teitgen-Colly (dir.), *Les figures du juge administratif*, *op. cit.*, p. 44.

[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

éminemment subjective de la loyauté des relations contractuelles qui prévaut désormais[1]. Une pareille orientation de la politique jurisprudentielle, bien que saluée par de nombreux auteurs, n'est pas pour autant vierge de toute critique. Bien au contraire, le choix des magistrats du Palais-Royal de renverser l'équilibre, ou plutôt le déséquilibre, qui prévalait durant l'état de crise du contrat entre le principe de légalité et celui de sécurité juridique révèle, en l'état actuel de la jurisprudence, un tout autre déséquilibre.

139. En effet, le filtre de l'exigence de loyauté des relations contractuelles conduit à neutraliser des moyens que le juge répugne désormais à traiter, car considérés comme illégitimes à justifier l'annulation du contrat administratif. Pour autant, cela ne signifie pas que le contrat est régulier, c'est simplement que le moyen ne peut plus être invoqué efficacement par le requérant. Autrement dit, la restructuration du contentieux des parties contractantes est passée par un nouveau déséquilibre, également source de grands dangers[2], cette fois-ci à la faveur quasi exclusive de la sécurité juridique et au détriment du principe de légalité[3].

Le professeur Jean-François Lafaix a certainement été le premier à insister sur les épineuses questions que pose la jurisprudence *Commune de Béziers*[4]. Selon l'auteur, une question très importante semble être, en l'état actuel du droit positif, tranchée radicalement par le juge du contrat : « *ne peut-on jamais invoquer loyalement une irrégularité que l'on a commise ?* »[5]. La conception du filtre de la loyauté des relations contractuelles invite à répondre aussi fermement que le juge : non, un requérant ne peut plus invoquer loyalement une irrégularité qu'il a commise.

140. Mais, à défaut d'une systématisation des irrégularités par voie d'action, il existe une systématisation des invocations déloyales. Cela dit, on pourrait nous rétorquer que si l'irrégularité en question est un moyen d'ordre public, le requérant sera en mesure de l'invoquer loyalement et donc la systématisation serait davantage une « *présomption* »[6]. Dans ce cas de figure, il ne s'agit pourtant pas d'une invocation loyale, mais bien d'une exception au filtre de la loyauté des relations contractuelles. Il est intéressant de noter que dans plusieurs arrêts, le juge considère que la loyauté « *ne fait pas obstacle* » à l'invocation du moyen

---

[1] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 71.
[2] V. *infra*, Partie II
[3] LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1098.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1098.
[6] LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », *ibid.*, p. 1098.

d'ordre public[1]. Cela tend à montrer que les deux sont en opposition frontale, la loyauté cédant face à l'ordre public.

B) L'INFLUENCE DE LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES DANS LA RESTRICTION MANIFESTE DES CONDITIONS D'ANNULATION DU CONTRAT ADMINISTRATIF

141. À première vue, il pourrait sembler paradoxal de traiter la question de l'annulation du contrat administratif au cœur d'un développement relatif au succès de « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[2]. Nous pensons au contraire que la détermination prétorienne des conditions d'annulation concourt justement à la stabilisation des contrats administratifs **(1)**, au même titre que la détermination trop limitée des moyens d'ordre public **(2)**.

1. La restriction des possibilités d'annulation d'un contrat administratif concourant à sa stabilisation

142. On pouvait faire légitimement le reproche au juge du contrat durant l'état de crise d'être tenu de constater la nullité, quelle que soit l'importance de l'irrégularité soulevée par le cocontractant-requérant. Par voie de conséquence, l'anéantissement de la relation contractuelle n'était pas la conséquence d'une sanction de l'irrégularité, mais bien le simple constat de sa nullité. Véritable fiction, le juge faisait comme s'il n'y « *avait rien à annuler* »[3], comme l'a expliqué la Cour administrative d'appel de Paris dans sa décision *Commune de Levallois-Perret* rendue en 2007[4].

---

[1] V. notamment : CE, 10 juillet 2013, Cne de Vias, SEM de la ville de Béziers et du littoral, préc.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1092.
[4] CAA Paris, 5 juillet 2007, *Cne de Levallois-Perret*, *AJDA* 2007, p. 2089, note J.-D., Dreyfus : « l'office du juge du contrat ne lui confère pas le pouvoir d'annuler un contrat mais seulement celui de le déclarer nul ; que lorsqu'il constate qu'un contrat est affecté d'un vice ayant nécessairement comme conséquence sa nullité, le juge du contrat ne décide pas celle-ci mais se borne à déclarer la nullité dont ce contrat est ainsi entaché ».

La formation la plus solennelle du Conseil d'État a définitivement tranché cette question en faisant disparaître le constat de la nullité du contrat au profit de la sanction par l'annulation. Cette évolution vivement recommandée par Emmanuel Glaser dans ses conclusions en 2009[1] ne relève pas que du symbole[2], contrairement à ce qui a pu être affirmé[3]. Ainsi, l'examen de la jurisprudence révèle comment les parties contractantes, au moment d'intenter un recours contre leur propre contrat, ne font que très rarement le choix de la contestation directe de validité. Au contraire, à l'instar de l'état de crise, c'est la voie de l'exception d'invalidité qui est le terrain privilégié des cocontractants-requérants. Ainsi, parmi le très faible nombre d'arrêts dans lesquels le Conseil d'État a dû se prononcer sur un recours par voie d'action, seulement deux affaires ont conduit le juge administratif à ordonner l'annulation du contrat[4]. Le constat est tout simplement identique devant les Cours[5]. Qu'en déduire ? Quel est le lien avec la loyauté des relations contractuelles ?

Notre hypothèse est que le nombre extrêmement faible de cas dans lesquels le juge du contrat est contraint d'ordonner l'annulation nous autorise à conclure que la loyauté des relations contractuelles est un instrument contentieux qui contribue à garantir la réussite de « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[6] au stade de l'appréhension des moyens d'irrégularités, mais qui conditionne également la conception du traitement des vices qui franchissent le filtre. Autrement dit, l'office du juge du contrat a été pensé avec la plus grande cohérence. La restriction des moyens pouvant être loyalement invoqués est associée avec la complexité d'obtenir, à terme, l'annulation du contrat administratif. Cette fois-ci, la loyauté

---

[1] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 516 : « vous achèverez ainsi de bousculer la notion même de nullité. Selon une conception classique, dont témoigne encore la rédaction de vos décisions, celle-ci est un état du contrat. Elle préexiste à l'intervention du juge qui ne vient que la constater. C'est cette conception qui justifie que ce constat soit automatique […]. A cette conception s'oppose celle qui fait de la nullité […] un pouvoir du juge. L'annulation est la sanction que prononce le juge face aux irrégularités les plus graves, après avoir pesé les conséquences de la mesure qu'il se propose de prendre sur l'intérêt général ».

[2] V. notamment : POUYAUD D., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.* : « le recours en contestation de validité d'un contrat, à la demande des parties, est désormais un recours en annulation. La transformation n'est pas seulement sémantique, elle a un fondement juridique. Le jugement est constitutif et n'est plus seulement déclaratif […] » ; LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1091 : « Ce choix terminologique est important. Il traduit un renouvellement du concept de nullité et de l'office du juge du contrat ».

[3] GUYOMAR M., SEILLER B., *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 138 : « [Le juge] ne sera plus tenu désormais, de prononcer l'annulation [terme symboliquement substituer au terme traditionnel de nullité] ».

[4] CE, 10 juillet 2013, *Cne de Vias*, préc. [deux pourvois].

[5] V. notamment : CAA Marseille, 28 juin 2012, *SEM de la ville de Béziers et du littoral*, préc. ; CAA Nancy, 10 juin 2013, *SCP Bruart*, n°12NC00810 ; CAA Marseille, 2 février 2015, *Sté Carats*, n°13MA01294 ; *CMP*, 2015, comm. 105, obs. H. Hoepffner ; CAA Marseille, 17 octobre 2016, *Cne de Mons-la-Trivalle*, préc. ; CAA Marseille, 10 juillet 2017, *Sté immobilière du port de Cap-d'Ail*, préc. ; CAA Douai, 22 février 2018, *Sté Signalisation France*, préc.

[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

des relations contractuelles semble imposer au juge d'anéantir un contrat administratif en présence des vices qu'il considère comme étant les plus graves. Cependant, seules les clauses relatives au mode de règlement des différends entre les parties demeurent en dépit l'annulation du contrat. Le Conseil d'État a ainsi suivi les conclusions de Gilles Pellissier favorable à la reconnaissance d'une détachabilité desdites clauses[1].

143. En outre, l'encadrement des possibilités d'obtenir du juge l'annulation du contrat administratif devrait passer par une stricte limitation dans le temps de l'exercice du recours. Cependant, le Conseil d'État est resté jusqu'il y a peu étonnamment silencieux sur la question pourtant importante du délai d'ouverture du recours en contestation de validité. De nombreux auteurs étaient convaincus que la prescription quinquennale de l'article 2224 du Code civil était applicable en contentieux des contrats administratifs[2].

Conformément à ce que pressentaient certains auteurs, le Conseil d'État a choisi de ne pas suivre les prescriptions du Code civil car n'étant pas nécessairement adaptées en droit public[3]. En effet, le 1er juillet 2019, dans une décision de section *Association pour le musée des Iles Saint-Pierre et Miquelon* a précisé « ***qu'aucune règle de prescription n'est opposable à l'action en contestation de validité*** *de la convention du 31 décembre 1998 de l'association requérante* ***qui a été exercée pendant la durée d'exécution du contrat*** »[4]. Depuis cette décision, l'on rencontre en jurisprudence la formule suivante : « *cette action est ouverte aux parties au contrat pendant toute la durée d'exécution de celui-ci* »[5]. Bien que cette réponse mette fin aux incertitudes sur le délai d'ouverture de l'action en contestation de validité, il semble qu'il faille en nuancer l'apport. Précisément, si l'examen de la jurisprudence révélait que le juge ordonnait aisément l'annulation des contrats administratifs, la souplesse relative à l'ouverture de l'action contentieuse pourrait être source de grandes inquiétudes si l'on se

---

[1] v. not. : TA Cergy-Pontoise, 28 janvier 2020, n°1602886 ; CMP, 2020, comm. 131, obs. J. Dietenhoeffer ; CE, 10 juillet 2020, *Sté Exelcia*, req. n°433643 ; *CMP*, 2020, comm. 275, J. Dietenhoeffer : « La circonstance qu'un contrat soit entaché d'une irrégularité qui puisse conduire le juge à en prononcer l'annulation n'est pas de nature à rendre inapplicables les clauses de ce contrat qui sont relatives au mode de règlement des différends entre les parties, notamment celles qui organisent une procédure de règlement amiable préalable à toute action contentieuse ».

[2] V. notamment : MOREAU D., « Cinq ans d'application du principe de loyauté des relations contractuelles devant le juge administratif », art. *op. cit.*, pt. 84 ; POUYAUD D., « Contentieux des contrats administratifs – formation des contrats », *J.-Cl. Adm.*, fasc. n°1126, § 100.

[3] V. notamment : HOEPFFNER H., *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 528 ; BROS S., LAFAIX J.-F., « La validité du contrat », *in* V. Bouhier et D. Houtcieff (dir.), *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif. Droit comparé interne*, LGDJ, 2019, p. 121.

[4] CE, sect., 1er juillet 2019, *Association pour le musée des Iles de Saint-Pierre et Miquelon*, n°412243 ; *AJDA*, 2019, p. 1369 ; *ibid.*, p. 1750, obs. C. Malverti, C. Beaufils ; *CMP*, 2019, comm. 326, note G. Eckert [nous soulignons].

[5] CAA Nantes, 11 octobre 2019, *M. A.*, n°18NT03437.

concentre sur la stabilité des relations contractuelles. Or, cette « *épée de Damoclès* » à l'aune du très faible nombre d'annulations n'est pas, pour les cocontractants, source d'une grande inquiétude. De plus, comme nous aurons l'occasion de le démontrer, plus l'action est exercée tardivement, plus le juge du contrat tend à en déduire la manifestation d'une déloyauté de l'auteur du recours.

144. Nous pensons que la restriction des conditions d'annulation des contrats administratifs doit être analysée à l'aune de la détermination prétorienne de l'étendue du champ des moyens d'ordre public.

2. La restriction drastique du champ des moyens d'ordre public

145. L'examen de la jurisprudence démontre que la loyauté des relations contractuelles cède devant les moyens d'ordre public. Il démontre également que le champ desdits moyens d'ordre public a été drastiquement réduit renforçant par la même occasion l'influence de cette « *loyauté* ». Le Président Odent a défini le moyen d'ordre public comme étant celui « *relatif à une question d'une importance telle que le juge méconnaîtrait lui-même la règle de droit qu'il a mission de faire respecter si la décision juridictionnelle rendue n'en tenait pas compte* »[1]. Ce faisant, le juge est tenu de soulever d'office la violation d'une disposition d'ordre public, c'est-à-dire sans qu'elle ait été nécessairement soulevée par une partie durant l'instance[2]. En présence d'irrégularités d'ordre public, le juge n'a d'autre choix que de sanctionner par l'anéantissement le contrat[3] ce qui en fait de « *puissants outils déstabilisateurs* »[4].

Durant l'état de crise, la nullité était une question d'ordre public et toutes les irrégularités justifiaient précisément le constat de la nullité du contrat administratif. C'est d'ailleurs ce

---

[1] ODENT R., *Contentieux administratif*, t. 1., *op. cit.*, p. 958.
[2] DEBOUY CH., *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, th. Poitiers, PUF, 1980, p. 8 : « le juge administratif peut soulever d'office un tel moyen, auquel nul n'aurait songé, et donner ainsi satisfaction à un requérant. Sans ce caractère d'ordre public attribué au moyen invoqué d'office, la requête de l'administré aurait été rejetée si, en outre, les moyens qu'elle contenait étaient erronés ».
[3] AKOUN É., *Les moyens d'ordre public en contentieux administratif*, th. Grenoble, *Mare & Martin*, coll. « Bibliothèque des Thèses », 2017, p. 26 : « comme en droit privé, les contrats publics ne peuvent déroger à certaines règles, dites d'ordre public, dont la violation provoque la nullité du contrat, laquelle est prononcée d'office. La liberté contractuelle des personnes privées et publiques cesse lorsqu'elle met en péril de telles règles ».
[4] DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit.*, p. 889.

qu'a affirmé la plus haute juridiction administration à l'occasion de sa décision *Société Sogeparc* rendue le 19 décembre 2007[1]. Pour dépasser cet état, le Palais-Royal a fait le choix de « *réduire le nombre des vices d'ordre public par rapport à l'ère antérieure à l'arrêt Commune de Béziers […] désormais seuls quelques vices d'ordre public sont de nature à entrainer l'annulation du contrat ou à justifier d'en écarter l'application* », comme l'a expliqué le professeur Jean-François Lafaix[2]. Autrement dit, la détermination sans limites des moyens d'ordre public avant 2009[3] a perverti sa fonction première de protection des règles les plus fondamentales[4] et a contribué à l'installation d'un déséquilibre évident en faveur de la légalité et à l'encontre de la sécurité juridique[5].

146. Ainsi, en précisant que la loyauté des relations contractuelles « *s'arrête malgré tout à l'ordre public* »[6], Gilles Pellissier nous livre un indice précieux relatif à la détermination prétorienne de l'influence de l'instrument de stabilisation. En d'autres termes, en l'absence d'un moyen d'ordre public, la loyauté des relations contractuelles influence l'office du juge du contrat en donnant alors à la stabilité des relations contractuelles un poids très important. Le changement de paradigme auquel nous assistons est radicalement en faveur de la sécurité juridique. En ce sens, il est à l'origine d'un nouveau déséquilibre, mais cette fois-ci, à l'encontre du principe de légalité.

Un élément permettant de le démontrer consiste justement dans la restriction drastique[7] du champ des moyens d'ordre public. Ceux-ci sont les mêmes qui justifient aussi bien l'annulation du contrat par voie d'action que son inapplication par voie d'exception[8]. Il s'agit

---

[1] CE, 19 décembre 2007, *Sté Sogeparc*, n°260327 ; *AJDA*, 2008, p. 16 ; *AJDA*, 2008, p. 419, note M. Dreifuss : « Considérant que, pour le juge du contrat, la nullité est une question d'ordre public […] ».
[2] LAFAIX J.-F., « L'évolution de l'office du juge du contrat administratif », in *Le renouvellement de l'office du juge administratif*, *op. cit.*, p. 123.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] FRANC M., « Concl. sur CE, 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, n°19288 ; *JCP G.*, 1980, II, 1928 » : « on ne peut, en effet, croyons-nous, reconnaître à un juge le pouvoir de relever d'office un moyen non invoqué par les parties que dans des cas exceptionnels et surtout si cela est pour lui une obligation et non une faculté. Si une règle de droit est d'une importance telle qu'elle s'impose nécessairement alors même que les parties ne l'ont pas évoquée et si son application est à ce point évidente qu'elle ne souffre pratiquement pas discussion, le juge doit être tenu de soulever d'office sa violation à moins de méconnaître la nature même de sa fonction. C'est nous semble-t-il votre conception de l'ordre public ».
[5] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 47.
[6] PELLISSIER G., « Personnes publiques et arbitrage », actes du débat organisé le 9 décembre 2016 par la Revue du droit public, *RDP,* 2017, n°5, p. 1149.
[7] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 516.
[8] GUÉZOU O., *Traité de la commande publique*, Le Moniteur, coll. « Référence juridique », 2ème éd., 2018, pp. 296-297.

en effet des irrégularités les plus graves relatives, en l'état actuel du droit, à l'illicéité du contrat[1] et les vices « *d'une particulière gravité relatifs notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement* »[2]. Ces vices sont pour l'instant restreints[3] aux seuls vices « *classiques* » du consentement. Pour preuve, le considérant de principe de *Commune de Béziers*[4] prévoit qu'en présence de telles irrégularités, le juge peut les relever « *d'office* » conformément aux conclusions d'Emmanuel Glaser[5].

Alors, par la restriction évidente des moyens d'ordre public, le Palais-Royal semble vouloir encadrer, au même titre que les parties à un contrat administratif, le traitement du recours par le juge du contrat[6]. Conformément à la thèse d'Émilie Akoun, la détermination du champ des moyens d'ordre public en contentieux des parties contractantes est en fonction de l'importance de la règle violée et de l'importance de la violation de la règle[7]. Or, si nous partageons effectivement cette perception de ce que doit être un moyen d'ordre public, nous pouvons également nous étonner que le Conseil d'État ait fait le choix d'exclure de cette catégorie de nombreuses irrégularités. Précisément, il ne nous semble pas tenable de reléguer tous les manquements aux règles de passation des contrats publics d'affaires au rang d'irrégularités insuffisamment graves pour justifier que le contrat soit annulé ou inappliqué. À ce titre, le droit de l'Union européenne en ferait aisément des règles d'ordre public eu égard à l'importance de l'organisation des procédures pour l'effectivité de l'intégration européenne[8] et plus spécialement de « *l'intégration économique* »[9].

147. La même conclusion pourrait être faite au regard du traitement des irrégularités relatives au défaut d'habilitation. Dès lors, nous sommes effectivement en accord avec les auteurs qui

---

[1] V. notamment : CAA Marseille, 13 février 2012, *Cne de Propriano*, n°08MA05241 ; CAA Lyon, 22 mars 2012, *Sté CTR*, n°11LY01404 ; *AJDA*, 2012, p. 806, chron. C. Vinet.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] CE, 8 octobre 2014, *Cne d'Entraigues-sur-la*-Sorgue, préc. : le vice d'incompétence, pourtant d'ordre public en droit administratif, se voit opposer la loyauté des relations contractuelles. La solution est identique que l'incompétence soit temporelle : CAA, Douai, 22 mars 2011, *SAS d'architectes Guy Petit*, n°10DA00130 ; ou matérielle : CAA Marseille, 14 février 2011, *Centre international d'études supérieures en sciences agronomiques*, n°08MA01110.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 516 : « dès lors que ne sont de nature à entraîner l'annulation ou la déclaration d'illégalité du contrat que les deux catégories d'irrégularité que nous avons mentionnées, seuls les moyens ayant trait à ces deux catégories restent, dorénavant, d'ordre public » [nous soulignons].
[6] DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit.*, p. 889.
[7] AKOUN É., *Les moyens d'ordre public en contentieux administratif*, th. *op. cit.*, pp. 147-149.
[8] LEBIED J., « Intégration de l'Union européenne et droit de la commande publique : levier d'intégration et vecteur de légitimation », *RUE*, 2019, p. 495.
[9] BRUNET F., « Les bases conceptuelles du droit de l'Union européenne : jalons théoriques », *Rev. du droit de l'UE*, 2019, n°2, pp. 154-155.

soulignent que la stabilisation des contrats administratifs est passée par une restriction des moyens d'ordre public[1]. En somme, tous les moyens devant conduire le juge à annuler ou à écarter le contrat sont d'ordre public, « *mais ces causes d'annulation sont désormais moins nombreuses* » comme l'a judicieusement fait remarquer le professeur Dominique Pouyaud[2]. Formellement, c'est toujours l'ordre public mais, matériellement, l'ordre public a été réduit. Cette évolution ne nous paraît cependant pas indiscutable dès lors qu'elle augure d'une nouvelle crise : celle de la légalité[3].

148. Enfin, si le recours en contestation directe de la validité du contrat par une partie repose sur le contrôle de l'invocabilité, et donc de la recevabilité du moyen, le recours par voie d'exception porte cette fois-ci sur l'opérance.

Section 2

LE CONTRÔLE DRASTIQUE DE L'OPÉRANCE DES MOYENS PAR VOIE D'EXCEPTION

149. L'examen de l'exception d'invalidité du contrat administratif lors d'un litige d'exécution révèle à la fois la nature du contrôle effectué par le juge et la rigueur dudit contrôle. Pour pouvoir déterminer les conditions de l'opérance des moyens dans le cadre d'un recours par voie d'exception et, par suite, qualifier sa rigueur, il faut se rapprocher du *vademecum* créé par le Conseil d'État qui a considérablement évolué entre la version initiale de 2009[4] et celle de 2011[5] **(Paragraphe premier)**. Ce faisant, l'étude des conditions d'opérance confirme notre sentiment selon lequel le recours par voie d'exception est rigoureusement encadré, garantissant d'autant le règlement des litiges sur le terrain contractuel **(Paragraphe second)**.

---

[1] DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit*., pp. 887-888.
[2] POUYAUD D., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.,* p. 526.
[3] V. *infra*, Partie II
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc. ; CE, 12 janvier 2011, *Sté des autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, préc. ; CE, 12 janvier 2011, *Sté Léon Grosse,* préc.

§1. DE *BÉZIERS* À *MANOUKIAN*, LE MODE D'EMPLOI DE L'OPÉRANCE DES MOYENS

150. En toute logique, c'est bien la suite du considérant de principe de l'arrêt *Commune de Béziers*[1] qui précise justement ce que sont les moyens opérants : « *que, toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, [le juge] doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel* »[2].

Dès lors, pour prendre la formule précédemment citée[3], si la « *cible* » visée par le cocontractant est d'obtenir que le contrat soit écarté, les « *flèches* » sont alors les moyens d'irrégularités dont la nature a été directement livrée par le Conseil d'État. Par voie de conséquence, seuls ces moyens sont susceptibles d'atteindre « *la cible* » et d'écarter le contrat pour que le juge tranche le litige sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle. Autrement dit, le Palais-Royal a fait le choix d'un contrôle de l'opérance des moyens **(A)**, dont il nous revient de préciser les modalités **(B)**.

A) LE CHOIX SIGNIFICATIF DE L'OPÉRANCE DES MOYENS

151. Dans le cadre d'un litige d'exécution du contrat, la contestation de validité par voie d'exception est la stratégie contentieuse du cocontractant visé par la procédure initiale et à laquelle il est répondu en défense un moyen tendant à la contestation de validité du contrat. Dans cette situation, et contrairement au recours en contestation directe de validité, le juge administratif n'est pas compétent pour annuler le contrat irrégulier, il peut seulement l'écarter pour régler le litige en dehors du terrain de la responsabilité contractuelle[4]. S'il est désormais

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] DUTHEILLET DE LAMOTHE L., ODINET G., « La recevabilité des moyens contentieux administratif », art. *op. cit.*, p. 482.
[4] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 71.

partagé en doctrine que l'évitement du contrat était, durant l'état de crise, le « *sport préféré* »[1] des parties contractantes, encore faut-il préciser le périmètre de leur « *terrain de jeu* » et déterminer les « *règles du jeu* »[2]. L'exception de nullité a donc été le terrain privilégié contribuant à l'installation d'une véritable pandémie de nullités des contrats administratifs. Par voie de conséquence, il n'est pas étonnant que le juge du contrat à l'office restructuré ait fait le choix de restreindre drastiquement l'opérance des moyens dans le cadre de l'exception d'invalidité, comme il avait restreint l'invocabilité dans le contexte du recours direct.

La décision *Commune de Béziers*[3] nous livre, à l'instar du recours par voie d'action, le mode d'emploi de l'exception d'invalidité. Ce faisant, le Conseil d'État a précisé le rôle spécifique confié à l'exigence de loyauté des relations contractuelles. Ainsi, « *lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat* »[4]. Dès lors, l'exigence de loyauté apparaît comme un filtre bien différent de celui utilisé dans le cadre de la contestation directe de validité. Plus précisément, nous pensons qu'il s'agit d'un commandement que le juge s'impose afin de ne pas écarter le contrat pour ne pas trancher le litige sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle. Nous le déduisons de la mention « *en principe* » qui souligne l'importance de la tâche que le juge s'est octroyé[5] : « *faire application du contrat* ».

Cela signifie d'une part, et contrairement à ce qui a pu être soutenu que le contentieux contractuel, y compris celui des parties, n'est justement pas la seule chose des parties[6] ; d'autre part que la loyauté ne joue pas vraiment ici le rôle d'un filtre, elle n'est non pas un filtre mais une règle. Au contraire, elle impose, « *en principe* », de « *faire application du contrat* ». Le moyen d'irrégularité qui pourrait permettre d'obtenir que le contrat soit écarté ne sera donc pas pour autant loyal. Autrement dit, si la loyauté des relations contractuelles

---

[1] PLESSIX B., « Chronique de droit administratif », art. *op. cit.*, p. 676.
[2] MÉNÉMÉNIS A., « Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », art. *op. cit.*, p. 3.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] MÉNÉMÉNIS A., « Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », art. *op. cit.*, p. 3 : « On serait en droit de s'étonner un instant que la définition de l'office d'un juge, quel qu'il soit, relève du juge lui-même. Et il est vrai qu'il est assez rare que le juge fixe à lui seul, même en ce domaine, les règles du jeu. […] Cependant, la jurisprudence a, en cette matière, un rôle déterminant parfois exclusif. C'est le cas, notamment, lorsque sont en cause les litiges qui opposent les parties à un contrat : nul ne songe à contester sa légitimité pour déterminer les conditions dans lesquelles de tels litiges peuvent être portés devant le juge et réglés par lui ».
[6] V. notamment : CHABANOL D., *Le juge administratif*, *op. cit.*, p. 9 ; LELLIG W., *L'office du juge administratif de la légalité*, th. *op. cit.*, p. 32.

empêche que certains moyens tirés d'irrégularités puissent conduire soit au traitement de celles-ci – par voie d'action – soit à l'inapplication du contrat – par voie d'exception –, il existe cependant une différence fondamentale entre ces deux voies de droit réservées aux cocontractants.

En effet, en ce qui concerne le filtre des moyens par voie d'exception, nous pensons que c'est l'opérance[1] qui est l'objet du contrôle. Ce constat est d'ailleurs majoritairement partagé en doctrine[2]. Le moyen est inopérant lorsque, même avéré, il « *manque sa cible du fait qu'il frappe à côté* »[3]. Il s'agit de moyens qui, « *même s'ils sont recevables et fondés, sont impuissants à guider le juge administratif dans la résolution du litige* »[4]. Autrement dit, le juge n'est pas tenu d'y faire mention lorsqu'il tranche le litige, contrairement au contrôle de la recevabilité[5]. L'étude de la jurisprudence révèle alors assurément, au regard du faible nombre de décisions dans lesquelles le juge administratif écarte un contrat, la grande sévérité de l'exception d'invalidité.

B) LE MODE D'EMPLOI DE L'OPÉRANCE DES MOYENS

152. Contrairement au recours par voie d'action, la loyauté des relations contractuelles dans le cadre d'une exception d'invalidité est intimement liée à la nature de l'irrégularité et tout porte à croire que cette analyse est éminemment objective[6]. Nous le déduisons, en toute logique, du recours à l'inopérance. En faisant ce choix, les magistrats du Palais-Royal ont entendu réserver à certains types de vices – les plus graves[7] – la possibilité pour une partie d'obtenir

---

[1] V. notamment : DOUTEAUD S., « Pour une clarification de la distinction entre les moyens inopérants et les moyens irrecevables en contentieux administratif », *RFDA*, 2016, p. 697 ; *Adde* DUTHEILLET DE LAMOTHE L., ODINET G., « La recevabilité des moyens contentieux administratif », art. *op. cit.*, p. 479.
[2] V. notamment : LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1089 ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 71.
[3] DUTHEILLET DE LAMOTHE L., ODINET G., « La recevabilité des moyens contentieux administratif », art. *op. cit.*, p. 482.
[4] BLANCO F., *Contentieux administratif*, PUF, coll. « Thémis droit », 2019, p. 570.
[5] BLANCO F., Contentieux administratif, ibid., p. 571.
[6] V. notamment : LAFAIX J.-.F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1089 ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 72.
[7] Le contenu illicite du contrat et aux vices « d'une particulière gravité » qui renvoient aux vices du consentement. Ces irrégularités les plus graves sont les mêmes que celles qui conduisent à l'annulation du contrat administratif dans le cadre d'une contestation directe de sa validité.

que son contrat soit écarté pour trancher le litige en dehors du terrain de la responsabilité contractuelle.

Or, si la dimension objective de la loyauté des relations contractuelles se devine aisément lorsque le Conseil d'État précise que l'illicéité du contenu du contrat doit conduire le juge à écarter le contrat, l'objectivité ne cède pas, mais est complétée par une dimension subjective lorsque le juge est confronté aux circonstances de l'espèce. C'est précisément ce qu'a prévu la jurisprudence *Manoukian*[1], intervenue à peine plus d'un an après l'arrêt *Commune de Béziers*[2] et qui offre une nouvelle lecture de l'exception d'invalidité uniquement lorsque le recours porte sur un manquement aux règles de passation. Selon le rapporteur public Nicolas Boulouis, cet arrêt doit avoir pour effet de « *dissiper un éventuel malentendu sur la portée* »[3] de *Commune de Béziers*[4]. Précisément, aux yeux du Conseil d'État, les cours administratives d'appel n'avaient pas une lecture précise des modalités d'application du recours en contestation de validité par voie d'exception[5].

Dès lors, depuis le 12 février 2011, « *lorsque le juge est saisi d'un litige relatif à l'exécution du contrat, les parties à ce contrat ne peuvent invoquer un manquement aux règles de passation ni le juge les relever d'office, aux fins d'écarter le contrat pour le règlement du litige sur le terrain contractuel ; que, par exception, il en est autrement lorsque, eu égard d'une part à la gravité de l'illégalité et d'autre part aux circonstances dans lesquelles elle a été commise, le litige ne peut être réglé sur le fondement du contrat* »[6]. Donc, il y a une combinaison entre la dimension objective – la nature de l'irrégularité – qui est rappelée par le juge par les mentions « *manquement aux règles de passation* » et « *gravité de l'illégalité* » avec la dimension subjective qui passe nécessairement par le contrôle du juge relatif aux « *circonstances* » de l'espèce[7].

---

[1] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] BOULOUIS N., « Concl. sur CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc. ».
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] V. notamment : CAA Bordeaux, 11 mars 2010, *Cne de Baie-Mahault*, préc. ; CAA Lyon, 22 avril 2010, *Sté Soffimat c/ Centre hospitalier de Roanne*, n°07LY01357 ; CAA Paris, 2 juillet 2010, *SAGI c/ Centre hospitalier Sainte-Anne*, n°07PA02268.
[6] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc. ; CE, 12 janvier 2011, *Sté des autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, préc. ; CE, 12 janvier 2011, *Sté Léon Grosse,* préc.
[7] V. notamment : CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc. ; CE, 19 janvier 2011, *Syndicat mixte pour le traitement des résidus urbains*, n°332330 ; *AJDA*, 2011, p. 135 ; *CMP*, 2011, comm. 90, note Pietri ; *AJCT*, 2011, p. 129, note A. Burel ; CE, 20 avril 2011, *Cne de Baie-Mahault*, n°344714 et n°34850 ; *BJCP*, 2011, p. 376, concl. B. Dacosta ; *CMP*, 2011, p. 26, obs. G. Eckert.

153. Il n'est pas anodin que la loyauté des relations contractuelles incarne un tel commandement. Comme nous l'avons pressenti au stade de l'étude de l'identification de la loyauté, l'analyse de ces fonctions contribue logiquement à préciser le périmètre de la notion. En ce sens, le commandement que s'impose le juge administratif d'appliquer par principe le contrat pour trancher le litige, sous couvert justement de loyauté des relations contractuelles, est lourd de sens. En effet, s'il est évident qu'elle s'impose au juge et qu'elle influence nécessairement le recours des cocontractants-requérants, la loyauté des relations contractuelles trouve une fois encore à garantir l'exécution du contrat administratif pour que le litige soit réglé sur le terrain contractuel.

§2. L'INOPÉRANCE LARGE GARANTISSANT LE RÈGLEMENT DU LITIGE SUR LE TERRAIN DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

154. Il nous revient de démontrer précisément la grande complexité pour un cocontractant-requérant d'obtenir que son contrat soit écarté pour le règlement du litige **(A)**, puis, d'insister sur les avantages du terrain de la responsabilité contractuelle **(B)**.

A) L'ORGANISATION PRÉTORIENNE DE L'OPÉRANCE COMPLEXE DES MOYENS TIRÉS D'IRRÉGULARITÉS

155. L'examen du recours par voie d'exception nous enseigne que le Conseil d'État a prévu une inopérance par principe des moyens tirés d'irrégularités **(1)** et a simultanément restreint le champ de l'exception **(2)**.

1. Le régime de l'inopérance des moyens tirés d'irrégularités

156. La lecture du considérant de principe de l'arrêt *Commune de Béziers*[1] relatif au recours par voie d'exception, confirme notre lecture selon laquelle les cas d'opérance des moyens

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

tirés d'irrégularités seront appréciés très strictement. Pour preuve, la plus haute juridiction administrative a pris le soin d'ajouter une mention tout à fait restrictive par un « *dans le cas seulement* ». De prime abord donc, la lecture en 2009 de ce considérant ne préjugeait pas du nombre de contrats administratifs qui seraient *in fine* écartés. En effet, il n'est pas obligatoire qu'une condition stricte ne soit malgré tout pas remplie très régulièrement. À titre de comparaison, la construction du référé précontractuel, conformément aux dispositions de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative dispose que seuls les moyens d'irrégularité relatif à un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence sont opérants[1]. Cela signifie que tous les autres moyens ne le sont pas. Les conditions d'opérance sont donc strictes, mais n'ont pour autant pas empêché avant 2008 un nombre important d'annulations de procédures de passation de contrats de la commande publique.

Donc, si le législateur a encadré les moyens opérants en créant le référé précontractuel[2], la condition de lésion dégagée cette fois-ci par le juge en 2008 par la décision *S.M.I.R.G.E.O.M.E.S*[3], a restreint encore davantage les possibilités d'exercer utilement un référé précontractuel. Par conséquent, après la lecture du considérant relatif au recours par voie d'exception en 2009[4], nous pouvons seulement en conclure que le Conseil d'État a fait le choix de restreindre les conditions d'opérance des moyens. Pourtant, le sentiment selon lequel il sera très compliqué pour le requérant d'obtenir que le contrat soit écarté pour trancher le litige est fort. Ce sentiment est renforcé par la compréhension des raisons impérieuses qui ont conduit le Palais-Royal à changer radicalement de politique jurisprudentielle en matière de recours entre parties contractantes. Une fois encore, c'est par un détour vers l'état de crise du contrat que nous trouverons les explications.

157. En effet, durant cette période, le recours en exception de nullité était le vecteur d'un nombre considérable de constats de nullité. En d'autres termes, c'est l'exception de nullité qui a été le symbole de l'ère de l'instabilité contractuelle. D'ailleurs, l'étude du recours en contestation de validité du contrat par un cocontractant sur environ dix années révèle assurément que l'exception d'invalidité est la voie contentieuse privilégiée des requérants. Sur quarante-cinq arrêts rendus par le Conseil d'État, seules quatre affaires ont conduit le juge à se prononcer sur une contestation directe de validité du contrat. Devant le juge d'appel,

---

[1] V. notamment : BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, th. *op. cit.*, p. 694 : DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit.*, pp. 107-109.
[2] DELVOLVÉ P., « Limitation des moyens invocables dans le référé précontractuel », *RFDA*, 2008, p. 1140.
[3] CE, sect., 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe [S.M.I.R.G.E.O.M.E.S]*, préc.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

environ 95% des décisions ont concerné un recours par voie d'exception. Par voie de conséquence, l'analyse de l'efficacité de la loyauté des relations contractuelles, c'est-à-dire l'adéquation des mesures prises au regard du but poursuivi[1], se déduit principalement de ses effets dans le cadre de l'exception d'invalidité. Dans le cas précis du recours par voie d'exception, le Conseil d'État a inscrit dans le marbre de la jurisprudence que le juge du contrat doit « *en principe* » faire application du contrat administratif pour trancher le litige sur le terrain de la responsabilité contractuelle. L'on peut considérer qu'il s'agit du « *but poursuivi* » ou devrait-on dire « *fixé* » par le Palais-Royal. Les « *mesures prises* » correspondent à la loyauté des relations contractuelles. Partant, l'efficacité se déduit des statistiques précitées : la loyauté des relations contractuelles en tant que commandement au juge du contrat d'appliquer le contrat administratif est particulièrement efficace[2]. Autrement dit, les conditions d'opérance des moyens tirés d'irrégularités sont particulièrement difficiles à remplir garantissant *in fine* le règlement des litiges sur le terrain de la responsabilité contractuelle.

Ainsi, sur quarante-cinq décisions, la plus haute juridiction administrative a été contrainte d'écarter le contrat à seulement quatre reprises pour régler le litige[3]. Devant les Cours administratives d'appel, un faible de décisions a conduit le juge à écarter le contrat[4] à l'aune

---

[1] BRUNET F., *La normativité en droit*, th. *op. cit*., p. 211.

[2] BRUNET F., *La normativité en droit*, *ibid*., p. 211.

[3] V. notamment : CE, 20 juin 2012, *Service départemental d'incendie et de secours (SDIS) du Nord*, n°342843 ; *AJCT*, 2012, p. 630, obs. É. Péchillon ; CE, 22 juin 2012, *Chambre de commerce et de l'industrie de Montpellier*, n°348676 ; *AJDA*, 2012, p. 1259 ; *BJCP*, 2012, p. 330, concl. B. Dacosta ; CE, 1er juillet 2015, *OPH de Loire-Atlantique*, n°384209 ; *AJDA*, 2015, p. 2244 ; *CMP*, 2015, comm. 251, note H. Hoepffner ; *BJCP*, 2015, p. 463, concl. B. Dacosta ; *JCP Adm.*, 2015, comm. 2326, note F. Linditch.

[4] CAA Lyon, 4 novembre 2010, *Sté Martoïa*, n°09LY00460 : le contrat est écarté car il s'agissait d'un contrat verbal en l'absence de toute mise en concurrence ; CAA Marseille, 11 juillet 2011, *Sté gén. Méditerranéenne de travaux*, n°08MA03145 ; *CMP*, 2011, comm. 337, note F. Llorens : le contrat est écarté pour incompétence du maire ; CAA Marseille, 13 février 2012, *Cne de Propriano*, préc. : le contrat est écarté en raison de l'incompétence de l'administration ; CAA Lyon, 22 mars 2012, *Sté CTR*, préc. : le contrat est écarté en raison de l'illicéité de sa cause ; CAA Nancy, 4 juin 2012, *Collectivités territoriales ressources*, n°10NC02028 : le contrat est écarté car l'irrégularité procédurale était particulièrement grave et les circonstances dans lesquelles elle a été commise sont de nature à vicier l'engagement de l'administration ; CAA Paris, 7 mars 2013, *SEMMARIS*, n°10PA05993 ; *CMP*, 2012, comm. 160, note M. Ubaud-Bergeron : le contrat est écarté car il n'y avait pas matériellement de contrat et donc les conditions de rémunérations n'étaient pas fixées ; CAA Nancy, 6 mai 2013, *Cne de Laroque d'Olmes,* n°12NC01355 : *CMP*, 2013, comm. 227, note J.-P. Pietri : le contrat est écarté en raison de l'absence pure et simple de publicité et de mise en concurrence ; CAA Nancy, 10 juin 2013, *Sté de construction et de gestion immobilière c/ Cne de Vandoeuvre*, n°12NC00341 : le contrat est écarté en raison de son contenu illicite ; CAA Bordeaux, 20 juin 2013, *SARL FD2F,* n°11BX02368 ; *CMP*, 2013, comm. 228 et 229, obs. M. Ubaud-Bergeron : le contrat est écarté en raison de la gravité de l'illégalité commise dans des circonstances particulières qui ont vicié le consentement de l'administration ; CAA Paris, 3 juillet 2013, *MM. E.*, n°11PA00458 : contrat écarté en raison de son contenu illicite ; CAA Marseille, 23 décembre 2013, *Assoc. Boitaclous*, n°11MA02463 ; *CMP*, 2014, comm. 116, concl. E. Felmy : le contrat est écarté en raison d'un

de l'ensemble des arrêts rendus. Partant, nous ne pouvons que partager l'analyse de nombreux auteurs selon lesquels l'exigence de loyauté des relations contractuelles a incontestablement contribué à maintenir le lien contractuel[1] attestant de la réussite du Conseil d'État pour qui la stabilité des contrats administratifs même irréguliers est un « *objectif* »[2].

158. Dès lors, contrairement à la pratique du recours par voie d'action, l'exception d'invalidité est liée à la nature de l'irrégularité y compris pour le vice du consentement, le juge du contrat se servant très régulièrement d'une formule qui le prouve : « *eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doit écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne*

---

délit de favoritisme jugé par le juge pénal ; CAA Paris, 18 mars 2014, *Cne de Arue*, préc. : le contrat est écarté en raison d'un surévaluation des quantités prévues ; CAA Marseille, 25 juin 2014, *M. A.*, n°12MA02923 : le contrat est écarté en raison de plusieurs irrégularités qui constituent des vices d'une particulière gravité ; CAA Douai, 28 octobre 2014, *Sté Citelum*, n°14DA01389 : le contrat est écarté en raison de l'incertitude qui pèse sur la procédure de publicité et de mise en concurrence et l'ouverture d'une enquête pour délit de favoritisme ; CAA Marseille, 2 février 2015, *Sté Carats*, préc. : le contrat est écarté en raison d'une erreur matérielle ; CAA Marseille, 2 mars 2015, *Sté Siemens Lease Services*, n°12MA02846 : le contrat est écarté en raison de l'ensemble des irrégularités commises dans procédure ; CAA Lyon, 8 décembre 2015, *Asso. Coordination contre le racisme et l'islamophobie*, n°14LY00095 : le contrat est écarté en raison d'une manœuvre dolosive ; CAA Bordeaux, 4 février 2016, *Cne de Goyave*, n°14BX01313 ; *CMP*, 2016, comm. 116 : le contrat est écarté en raison des prix manifestement excessifs de la société qui ont vicié le consentement de l'administration ; CAA Bordeaux, 29 février 2016, *Cne de Montsinéry-Tonnégrande*, n°14BX00216 : le contrat est écarté en raison des commandes excessives de la commune sachant que le maire n'avait reçu aucune habilitation par le Conseil municipal ; CAA Douai, 17 mars 2016, *SAS Capital Équipement Finance*, n°14DA00291 : le contrat est écarté pour absence de cause ; CAA Marseille, 21 avril 2016, *SARL Valmy*, n°14MA01619 ; *CMP*, 2016, comm. 164, obs. F. Lichère : le contrat est écarté en raison de son contenu illicite ; CAA Nancy, 19 mai 2016, *Sté Grenke Location*, n°15NC00933 : le contrat est écarté en raison de l'illicéité de son contenu ; CAA Bordeaux, 5 juillet 2016, *Sté GSM*, n°14BX01152 : le contrat est écarté de l'illicéité du contenu du contrat ; CAA Paris, 14 mars 2017, *Sté Locam,* n°16PA00716 : le contrat est écarté pour incompétence du signataire ; CAA Bordeaux, 17 juillet 2017, *Sté Philippe Vediaud Publicité*, n°15BX02389 : le contrat est écarté pour son contenu illicite ; CAA Versailles, 28 septembre 2017, *Institut. Français de Gestion,* n°16VE02808, n°16VE02809 : le contrat est écarté en raison de l'incompétence du signataire ; CAA Versailles, 12 octobre 2017, *INRAP*, n°15VE00762 : le contrat est écarté en raison de l'illicéité de la clause financière ; CAA Marseille, 23 octobre 2017, *Sté Lixxbail*, n°17MA00129 : le contrat est écarté en raison de l'absence d'accord sur le prix ; CAA Douai, 30 novembre 2017, *Sté Locam SAS*, n°15DA01783 : le contrat est écarté en raison de l'incompétence de l'autorité signataire ; CAA Lyon, 8 mars 2018, *Sté Sicavyl*, n°15LY00777 : le contrat est écarté en raison d'une clause de tacite reconduction ; CAA Marseille, 14 mai 2018, *SCEA Château Salvagnac*, n°16MA03561 : le contrat est écarté en raison de l'illicéité de son contenu ; CAA Versailles, 11 octobre 2018, *Région Ile-de-France et Lycée Louise Michel*, n°16VE00460 : le contrat est écarté en raison de l'incompétence du signataire ; CAA Douai, 20 novembre 2018, *Société de manutention et d'entreposage de grains,* n°16DA01606 : le contrat est écarté en raison de sa cause illicite ; CAA Marseille, 19 décembre 2018, *Sté Bureau vérification chapiteaux tentes structures*, n°17MA04344 : le contrat est écarté en raison de l'incompétence du signataire ; CAA Douai, 20 juin 2019, *Cne de Soissons*, n°16DA01621 : le contrat est écarté en raison de l'information insuffisante des élus pour valablement consentir à un contrat de partenariat public-privé.

[1] V. notamment : BUNEL M., *Les chaînes d'actes en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 633 : l'auteur considère d'ailleurs que c'est la finalité de l'exigence de loyauté des relations contractuelles ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 71.

[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

doit pas être tranché sur le terrain contractuel »[1]. En ce sens, il est possible de construire une systématisation des moyens qui seront opérants et d'en déduire, en toute logique, ceux qui ne le seront pas. Sur ce point, il y a dans l'analyse une différence importante entre l'avant et l'après *Manoukian*[2].

En effet, avant que le Conseil d'État ne rende trois décisions le même jour, la jurisprudence *Commune de Béziers*[3] invitait à penser que les manquements aux règles de passation des contrats, notamment ceux de la commande publique, ne pouvaient ni être opérants ni conduire à trancher le litige en dehors du terrain de la responsabilité contractuelle. Comme nous l'avons rappelé, la signature d'un contrat est une opération complexe nécessitant l'accomplissement de nombreuses formalités. En conséquence, il est tout à fait envisageable que des manquements, c'est-à-dire le non-respect des formes requises pour la validité d'un acte, grèvent le contrat administratif. Pour preuve, l'avis *Préfet de la Côte d'Or*[4] expliquait que les manquements aux dispositions de l'article L. 2131-1 du Code général des collectivités territoriales, relatives à la transmission des actes pris par les collectivités au représentant de l'État, devaient conduire à la nullité de l'acte. Sur le fondement de cette jurisprudence, le juge avait été contraint d'écarter un nombre important de contrats administratifs durant l'état de crise. Les premières décisions rendues sur le fondement de la jurisprudence *Commune de Béziers*[5] par le Conseil d'État portaient justement sur l'opérance, dans le cadre d'une exception d'invalidité, d'une partie qui argüait la nullité de son contrat en raison de l'absence de transmission au représentant de l'État de l'autorisation donnée au chef de l'exécutif local de signer le contrat.

L'étude minutieuse de la jurisprudence révèle, et nous y reviendrons en détail dans de prochains développements, que la grande majorité des vices de compétence[6] ainsi que la plupart des manquements aux règles de passation[7] sont insuffisants pour écarter le contrat. C'est d'ailleurs l'apport principal de la jurisprudence *Manoukian*. Cela signifie que toutes les irrégularités relatives aux obligations de publicité et de mise en concurrence, pourtant au cœur de l'intégration européenne dans la mesure où elles sont la traduction des principes

[1] Pour une première utilisation : CE, 8 mars 2010, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] CE, avis, section, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*, préc.
[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[6] V. *infra*, § 291 et s.
[7] V. *infra*, § 316 et s.

fondamentaux de la commande publique[1], sont, en principe, inopérantes. Ainsi, les violations de la transparence des procédures, de l'égalité de traitement entre les candidats ou encore du principe de non-discrimination ne conduisent plus le juge à trancher le litige sur le terrain extracontractuel. Le Conseil d'État a d'ailleurs refusé d'écarter le contrat alors qu'il était démontré que le contrat administratif avait été signé, soit en application d'une clause interdite de tacite reconduction[2] voire sans aucune publicité ni mise en concurrence[3], en ne mentionnant pas les modalités de calcul et le montant des redevances dans une concession[4], sur le fondement d'une procédure inadaptée au montant du marché[5], un défaut d'habilitation[6] ou encore sans aucun consentement exprimé par l'assemblée délibérante[7]. D'ailleurs, le Conseil d'État a cassé l'arrêt d'une Cour administrative d'appel qui écartait le contrat administratif signé sans mise en concurrence préalable « *sans vérifier, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, si ce vice était d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat* »[8].

159. En plus de l'intégration européenne, se pose la question du respect de l'ordre public économique[9]. Précisément, les procédures de passation des contrats de la commande publique conduisent au respect d'une part, de l'efficacité de l'achat public et, d'autre part, de la protection des deniers publics[10] conformément à l'article L. 3 du Code de la commande

---

[1] LEBIED J., « Intégration de l'Union européenne et droit de la commande publique : levier d'intégration et vecteur de légitimation », art. *op. cit.*, p. 496 et s.

[2] V. notamment : CE, 20 avril 2011, *Cne de Baie-Mahault*, préc. ; CE, 23 mai 2011, *Département de la Guyane*, n°314715 ; *AJDA*, 2011, p. 1564, note S. Ziani ; *CMP*, 2011, p. 34, note J.-P. Pietri ; CE, 4 mai 2015, *Sté Bueil publicité mobilier urbain*, n°371455 ; *CMP*, 2015, comm. 172, note M. Ubaud-Bergeron.

[3] CE, 29 septembre 2014, *Sté Grenke location*, n°369987 ; *CMP,* 2014, comm. 309, note M. Ubaud-Bergeron.

[4] CE, 10 juillet 2020, *Cne La Guérinière*, req. n°434353 ; *JCP adm.*, 2020, comm. 2288, note J.-B. Vila : le Conseil d'État considère qu'il s'agit d'une « omission » et donc d'une erreur de l'administration contractante. Celle-ci ne doit pas conduire le juge à écarter le contrat pour trancher le litige.

[5] CE, 10 octobre 2012, *Cne de Baie-Mahault*, n°340647 ; *BJCP*, 2013, n°86 ? concl. B. Dacosta ; *RDI*, 2012, p. 622, note R. Noguellou ; *JCP Adm.,* 2013, comm. 2272, note M. Dejoux.

[6] CE, 13 novembre 2013, *L'Union de coopératives agricoles Épis-Centre-Nord*, n°351530 ; *CMP*, 2014, comm. 25, obs. M. Ubaud-Bergeron ; *JCP Adm.*, 2014, comm. 2246, note S. Hansen ; *CMP,* 2014, chron. 5, chron. J.-P. Pietri.

[7] V. notamment : CE, 8 octobre 2014, *Cne d'Entraigues-sur-la-Sorgue*, n°370588 ; *CMP*, 2014, comm. 343, note F. Llorens ; *BJCP*, 2015, p. 59, concl. B. Dacosta ; CE, 9 juin 2017, *Sté Pointe-à-Pitre Distribution*, n°399581 ; *CMP*, 2017, comm. 223, obs. H. Hoepffner.

[8] CE, 19 janvier 2011, *Syndicat mixte pour le traitement des résidus urbains*, préc.

[9] Pour une étude approfondie, V. notamment : LAGET-ANNAMAYER A. (dir.), *L'ordre public économique*, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2018, 406 p.

[10] HOURSON S., « L'ordre public économique en matière contractuelle », *in* A. Laget-Annamayer (dir.), *L'ordre public économique*, *op. cit.*, p. 289 : « Certaines règles auxquelles les contractants publics ne sauraient renoncer favorisent le bon accomplissement de la commande publique. Elles remplissent une fonction protectrice de l'intérêt général, qui assure l'efficacité contractuelle ».

publique. Pourtant, la « *tolérance juridictionnelle* »[1] du juge du contrat en présence des irrégularités précitées contribue à restreindre de manière significative le champ de l'ordre public économique[2]. L'on peut regretter cette situation dans la mesure où les règles défendues, et dont la violation est souvent tolérée par le juge du contrat, ont pour objet et pour effet la protection de l'intérêt général. Il existe un rapport entre le contentieux et l'action administrative. Précisément, la pratique contentieuse de l'instrument qu'est la loyauté a des conséquences normatives. Cela signifie que si le juge refuse d'annuler ou d'écarter un contrat administratif alors que celui-ci a été signé en violant les règles de la commande publique, l'action administrative tend à s'aligner sur cette réalité. Si notre hypothèse est correcte, l'on peut considérer que la dimension contentieuse de la loyauté des relations contractuelles est déjà, en soi, de nature à influer sur les comportements quotidiens et donc hors contentieux de l'administration contractante y compris au stade de l'exécution.

159-1. Au-delà des règles de passation, mais toujours en matière de concurrence, le Conseil d'État s'est prononcé sur la conciliation entre la loyauté des relations contractuelles et la légalité des aides d'État. Conformément à l'article 107§1 du TFUE[3] et sauf dérogations, les aides accordées par l'État sont incompatibles avec les règles européennes de concurrence si elles faussent ou peuvent avoir pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence. La Cour de Luxembourg retient une acception large, autonome et donc objective des aides d'État. Elles concernent en réalité l'ensemble des aides publiques et non pas seulement celles accordées par l'État[4]. Elles peuvent prendre la forme de subventions, d'allègements fiscaux, de prêts ou encore de garanties[5]. Ce qui importe en définitive est l'objet et/ou l'effet anticoncurrentiel de la mesure[6]. L'article 108 TFUE quant à lui précise les modalités de contrôle du régime des aides d'État. Celles-ci doivent notamment être notifiées à la Commission européenne.

---

[1] GRABIAS F., *La tolérance administrative*, th. université de Lorraine, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 173, 2018, p. 13.

[2] HOURSON S., « L'ordre public économique en matière contractuelle », *in* A. Laget-Annamayer (dir.), *L'ordre public économique*, *op. cit.*, p. 297 : « Parce que la méconnaissance des règles composant l'ordre public économique est d'une gravité particulière, on aurait pu légitimement penser qu'elle connaîtrait un sort différent, en justifiant toujours la sanction la plus vigoureuse » [nous soulignons].

[3] Article 107§1 TFUE : « sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

[4] CJCE, 22 mars 1977, *Steinike et Weinlig*, aff. C-78/7.

[5] CJCE, 19 mai 1999, *Italie c/ Commission*, aff. C-6/97, pt. 15.

[6] CJCE, 1er juillet 2008, *Chronopost*, aff. C-341/06.

Le contrôle opéré par la Commission diffère en fonction des modalités d'intervention de la puissance publique. Si l'aide octroyée est la conséquence des prérogatives de puissance publique ou simplement une intervention économique, la position de la Commission ne sera pas identique. C'est le premier cas de figure qui va retenir ici notre attention. La jurisprudence *Altmark*[1] et *Ferring SA*[2] de la Cour de justice posent un véritable mode d'emploi de la légalité des aides d'État pouvant être compatibles au regard des dispositions de l'article 107§3 TFUE. Le raisonnement de la Commission se déroule en deux étapes. La première consiste à établir l'existence ou non d'une aide d'État et la seconde à vérifier, au regard des objectifs poursuivis par l'État, si l'aide peut être considérée comme une compensation nécessaire aux missions d'intérêt général.

Dans deux affaires relatives aux subventions accordées au transport en commun en Île-de-France[3], le Conseil d'État a dû se prononcer sur la récupération d'aides d'État illégalement versées car non notifiées à la Commission. Il revenait alors au juge administratif de déterminer si l'illégalité d'une aide d'État doit être considérée comme un vice suffisamment grave. Le Conseil d'État a répondu par la négative. Une telle irrégularité ne saurait justifier que le contrat soit écarté pour trancher le litige. Notons que la Commission en 2017 a déclaré l'aide compatible justifiant que le Conseil d'État fasse application de la jurisprudence *Centre d'exportation du livre français*. Dans pareille circonstance, « lorsque la Commission a adopté une décision devenue définitive constatant la compatibilité de cette aide avec le marché intérieur, la sanction de cette illégalité n'implique pas la récupération de l'aide mise à exécution mais les juridictions nationales sont tenues de veiller à ce que soit mis à la charge des bénéficiaires de l'aide le paiement des intérêts au titre de la période d'illégalité »[4]. On peut alors s'interroger sur la position du Conseil d'État dans l'hypothèse où la Commission ne serait pas prononcée sur la compatibilité de l'aide d'État. Il n'est pas inconcevable

[1] CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00 : *Rec.* CJCE, p.I-7747, pts. 89 à 93 ; *AJDA*, 2003, p. 1739, note S. Rodrigues ; *D.*, 2003, p. 2814, note J.-L. Clergerie ; *RTD eur.*, 2004, p. 33, étude S. Bracq.

[2] CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring SA*, aff. C-53/00 ; *AJDA*, 2002, p. 326, chron. C. Lambert, J.-M. Belorgey et S. Gervasoni ; *D.*, 2002, p. 134 ; *RTD com.*, 2002, p. 400, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

[3] CE, 18 mars 2020, *Région Ile-de-France*, req. n°396651 ; *AJDA*, 2020, p. 656, obs. J.-M. Pastor ; *JCP Adm.*, 2020, act. 211, L. Erstein ; CE, 25 juin 2020, *Département de la Seine-Saint-Denis*, req. n°418446 ; *AJ Contrat*, 2020, p. 451, obs. J.-D. Dreyfus ; *CMP*, 2020, n°10, comm. 273, É. Muller ; *JCP Adm.*, 2020, act. 397, L. Erstein.

[4] CJCE, grande ch., 12 février 2008, *Centre d'exploitation du livre français, Ministre de la culture et de la communication c/ Sté internationale de diffusion et d'édition*, aff. C-199/06 ; *AJDA*, 2008, p. 277 ; *ibid.*, p. 871, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; CJUE, 11 mars 2010, *CELF c/ SIDE*, aff. C-1/09 ; *AJDA*, 2010, p. 529 ; *ibid.*, chron. M. Aubert ; E. Broussy et F. Donnat ; *RFDA*, 2011, p. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; CE, 29 mars 2006, *CELF*, req. n°274923 ; *AJDA*, 2006, p. 1396, note A. Cartier-Bresson.

d'envisager qu'il garderait cette position en ne reconnaissant pas à cette irrégularité une gravité suffisante pour écarter le contrat.

Pour autant, l'inopérance « *en principe* » des moyens tirés d'irrégularités ne doit pas être confondue avec une inopérance absolue. Certes rares, il existe des arrêts dans lesquels le juge administratif n'a eu d'autre choix que d'écarter le contrat.

2. Les modalités de mise en œuvre de l'« *exception* »

160. Deux situations semblent devoir être distinguées pour comprendre les modalités de l'opérance des moyens tirés d'irrégularités dans le cadre d'un recours par voie d'exception. En effet, l'exigence de loyauté des relations contractuelles cède en présence soit d'un moyen d'ordre public, soit si l'irrégularité entre dans le champ de l'exception prévue par la jurisprudence *Commune de Béziers*[1] et précisée par l'arrêt *Manoukian*[2]. Il s'avère que les moyens d'ordre public et l'exception prévue par la jurisprudence de 2009[3] sont identiques. Stéphanie Douteaud a d'ailleurs systématisé ces moyens sous l'appellation judicieuse « *d'irrégularités de premier rang* »[4] dans la mesure où, d'une part, eux seuls sont susceptibles de conduire à l'annulation du contrat par voie d'action et à sa mise à l'écart pour trancher le litige par voie d'exception ; d'autre part, ils représentent les moyens d'ordre public[5]. Partant, pour qu'un moyen d'irrégularité soit opérant il faut qu'il soit un moyen d'ordre public ou alors, dans le cas seulement ou il s'agit d'un manquement aux règles de passation, que la gravité du manquement et les conditions dans lesquelles elle a été commise imposent au juge d'écarter le contrat.

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] DOUTEAUD S., « Précisions sur l'action en contestation de validité ouverte aux cocontractants », *AJDA,* 2018, p. 1414.
[5] GLASER E., « Béziers I, à propos d'un "notamment", in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 642 : « D'où l'importance d'une définition précise des irrégularités justifiant une telle annulation et ce d'autant plus qu'elles sont les seules que le juge continue à devoir relever d'office : en restreignant drastiquement le champ des irrégularités entraînant l'annulation du contrat, la décision *Commune de Béziers* limite, de façon équivalente, les moyens d'ordre public ».

161. De prime abord, le Conseil d'État semble vouloir nuancer le sentiment immédiat que l'on éprouve après la lecture du considérant de *Commune de Béziers*[1] selon lequel l'opérance d'un moyen d'irrégularité ne sera admis que dans de très rares cas. Précisément, le Palais-Royal a prévu que seuls sont désormais opérants les moyens ayant trait « ***au caractère illicite du contenu du contrat*** *ou à un* ***vice d'une particulière gravité*** *relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement* »[2]. Preuve d'une cohérence d'ensemble[3] ou d'une « *philosophie unique* »[4], les moyens opérants sont les mêmes que ceux qui conduisent le juge à annuler le contrat dans le cadre d'une contestation directe de validité. Or, la restructuration de cette voie de droit a été faite pour assurer la réussite de « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[5].

L'on peut alors légitimement en conclure que les cas de remise en cause du contrat administratif surviennent qu'à de très rares occasions. Le faible nombre d'arrêts dans lesquels le juge administratif annule par voie d'action ou écarte le contrat par voie d'exception le démontre. En ce qui concerne le caractère illicite du contenu du contrat, seulement trois arrêts au 1er septembre 2019 rendus par le Conseil d'État conduisent à écarter le contrat[6] et un seul à l'annuler[7]. L'illicéité était ainsi reconnue soit en raison d'une clause qui méconnaissait les principes de la domanialité publique[8], ou bien qu'elle fixait, contrairement à des dispositions législatives, le montant des contributions entre un SDIS et une collectivité territoriale[9], ou encore dans le cadre d'une clause prévoyant une indemnisation disproportionnée que devait verser l'administration contractante[10]. La Cour administrative d'appel de Marseille a ainsi considéré comme illicite le contenu d'un marché public signé par une commune dont l'objet portait sur la construction d'un bâtiment à usage de bureaux, mais qui en réalité constituait un édifice cultuel[11]. À ce titre, le Conseil d'État a refusé de reconnaitre l'illicéité du contenu d'un contrat devant s'exécuter sur une dépendance du domaine public sans pour autant que le

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc. [nous soulignons].
[3] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle*, th. *op. cit*., p. 72.
[4] GLASER E., « Béziers I, à propos d'un "notamment", in Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit., p. 642.
[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[6] CE, 4 mai 2011, *Communauté de Cnes du Queyras*, n°340089 : *Rec.*, p. 200 ; *AJDA,* 2011, p. 925 ; *AJCT*, 2011, p. 409, obs. O. Didriche ; CE, 20 juin 2012, *Service départemental d'incendie et de secours du Nord*, préc. ; CE, 22 juin 2012, *Chambre de commerce et de l'industrie de Montpellier*, préc.
[7] CE, 10 juillet 2013, *Cne de Vias, SEM de la ville de Béziers et du littoral*, préc.
[8] CE, 4 mai 2011, *Communauté de communes de Queyras*, préc : le contenu du contrat était illicite car il prévoyait le transfert de propriété du domaine public sans désaffection et déclassement préalables.
[9] CE, 20 juin 2012, *Service départemental d'incendie et de secours du Nord*, préc.
[10] CE, 22 juin 2012, *Chambre de commerce et de l'industrie de Montpellier*, préc.
[11] CAA Marseille, 11 juillet 2011, *Sté générale méditerranéenne de travaux*, préc.

titulaire bénéficie d'un titre l'y autorisant. Ne s'agissant pas d'un « contrat à objet domanial », mais simplement « d'effet domanial »[1], le contenu du contrat n'est pas considéré comme illicite en dépit de l'irrégularité manifeste[2].

Or, seule une affaire a conduit le Conseil d'État à écarter le contrat en raison d'un vice du consentement[3]. C'est sur cette catégorie d'irrégularité systématisée sous le label « vi*ce d'une particulière gravité* », assortie du célèbre « *notamment* » que se cristallisent les difficultés. Rappelons qu'Emmanuel Glaser a lui-même reconnu que ce cas de figure « *recouvre une réalité plus complexe* »[4] que l'illicéité du contenu du contrat. Immédiatement, l'on pense aux vices du consentement que sont le dol, l'erreur et la violence. Comme nous l'avons rappelé, la jurisprudence est extrêmement pauvre en la matière. C'est pourquoi Emmanuel Glaser a précisé qu'à côté des vices du consentement se trouvent certainement « *des vices plus propres au droit public, tel l'incompétence* »[5]. Pourtant, il ne semble pas que l'incompétence soit comprise dans le « *notamment* ». Ce type d'irrégularité, au même titre que tous les manquements aux procédures de passation des contrats administratifs, ne peut être opérant que s'il est couvert par l'exception prévue par la jurisprudence *Manoukian*[6].

Sont donc écartées du champ de l'opérance les irrégularités relatives à des manquements inscrits dans la passation des contrats. Nous démontrerons ultérieurement qu'une inopérance de principe de ces moyens tirés d'irrégularités doit être combattue, car les procédures de passation des contrats administratifs, notamment celles prévues par le Code de la commande publique, contribuent à permettre aux parties contractantes d'exprimer valablement leur consentement[7]. Pour tenter d'atténuer cette extrême rigueur d'une part et malgré tout pour préserver le principe de légalité d'autre part, la plus haute juridiction administrative a opté pour l'instauration d'une « *exception* » à l'inopérance stricte des moyens lorsque justement est soulevé un moyen relatif à un manquement aux règles de passation. Si le Conseil d'État

---

[1] BRENET F., « L'absence de titre juridique autorisant l'occupation du domaine public ne justifie pas la mise à l'écart d'un marché public exécuté sur le domaine », *Dr. adm.*, 2020, n°11, p. 45.
[2] CE, 10 juillet 2020, *Sté SMEG*, req. n°427216 ; *Dr. Adm.*, 2020, n°11, comm. 45, F. Brenet ; *CMP*, 2020, n°10, comm. 271, É. Muller ; *ibid.,* n°11, comm. 285, H. Hoepffner ; *JCP Adm.*, 2020, n°29, act. 435, L. Erstein.
[3] CE, 1er juillet 2015, *OPH de Loire-Atlantique,* préc. : consentement vicié du cocontractant de l'administration qui a été contraint d'accepter la modification d'un élément substantiel de son offre.
[4] GLASER E., « Béziers I, à propos d'un "notamment", in Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit., p. 643.
[5] GLASER E., « Béziers I, à propos d'un "notamment", in Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, ibid., p. 643.
[6] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.
[7] V. *infra,* § 316 et s.

rappelle l'inopérance de principe, il tempère malgré tout en prévoyant que, « *par* ***exception****, il en va autrement lorsque, eu égard d'une part à* ***la gravité de l'illégalité*** *et d'autre part* ***aux circonstances dans lesquelles elle a été commise****, le litige ne peut être réglé sur le fondement du contrat* »[1]. Par voie de conséquence, les manquements aux règles de passation ne sont pas intégrés au « *notamment* » rappelé par *Commune de Béziers*[2].

162. La construction du régime de l'opérance des moyens par voie d'exception en matière de passation seulement, impose donc la réunion de deux critères cumulatifs qui doivent obligatoirement être vérifiés par le juge du contrat. Comme l'a d'ailleurs précisé la décision *Commune de Baie-Mahault* du 20 avril 2011 en matière de référé provision[3] confirmée par celle du 10 octobre 2012[4] : « *qu'en statuant ainsi,* ***sans rechercher si la gravité de ces irrégularités et les circonstances dans lesquelles elles avaient été commises*** *n'imposaient pas d'écarter le contrat pour le règlement du litige, la cour a commis une erreur de droit* ». En 2011 donc, s'est alors posée la question de la pratique par le juge du contrat des modalités d'opérance des moyens d'irrégularité soulevés en matière de passation par voie d'exception. Autrement dit, est-ce que le juge du contrat apprécie souplement la gravité de l'irrégularité et les circonstances ? L'étude de la jurisprudence nous invite à répondre par la négative.

En effet, c'est une nouvelle fois la cohérence d'ensemble de la politique jurisprudentielle qui fonde le sentiment selon lequel le Conseil d'État a pensé cette « *exception* » comme trouvant exceptionnellement à s'appliquer. Pour preuve, le caractère cumulatif de la gravité de l'irrégularité et des circonstances dans lesquelles elle a été commise a été précisé par une des décisions *Société Grenke location*[5] qui ajoute au considérant de principe de *Manoukian*[6] la mention suivante : « *que ces circonstances doivent ainsi* ***être directement liées*** *au vice de passation retenu* ». La décision *Commune d'Entraigues-sur-la-Sorgue*[7] rendue par le Conseil d'État le 8 octobre 2014 contribue à comprendre comment les magistrats du Palais-Royal ont imaginé la pratique du régime de l'opérance. Cette décision est la première dans laquelle le Conseil d'État a été confronté à une absence totale de délibération.

---

[1] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc. [nous soulignons].
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] CE, 20 avril 2011, *Cne de Baie-Mahault*, préc.
[4] CE, 10 octobre 2012, *Cne de Baie-Mahault*, préc.
[5] CE, 29 septembre 2014, *Sté Grenke location*, préc.
[6] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.
[7] CE, 8 octobre 2014, *Cne d'Entraigues-sur-la-Sorgue*, préc.

Il avait déjà statué contre l'opérance d'un moyen d'irrégularité d'une concession d'outillage conclue entre l'État et une chambre consulaire révélant l'incompétence du préfet pour signer le contrat qui n'a pas été considérée comme « *d'une gravité telle* » que le juge aurait dû écarter le contrat[1]. En l'espèce, le maire avait signé le contrat administratif en l'absence totale d'autorisation de l'organe délibérant alors qu'il s'agit, comme pour tous les contrats d'un montant supérieur à 25 000€ hors-taxe, d'une condition de validité d'une part et d'un élément indispensable de la compétence de l'autorité signataire d'autre part.

Dans cette affaire, le rapporteur public Bertrand Dacosta, suivi par le Conseil d'État, a construit son raisonnement en deux étapes. La première est celle relative à l'intensité du vice. Celui-ci, relatif aux conditions dans lesquelles l'administration a donné son consentement est bien un vice « *particulièrement grave* ». La seconde est relative à l'existence d'une régularisation. Celle-ci peut être démontrée par le comportement ultérieur de l'assemblée délibérante. En l'espèce, le conseiller d'État soutient notamment que « *le marché a été exécuté normalement pendant plusieurs années par la commune, qui a réglé les premières notes d'honoraires présentées par son cocontractant* » pour en déduire que « ***dans les circonstances de l'espèce****, l'exigence de loyauté des relations contractuelles interdisait à la commune de se prévaloir, pour refuser le paiement des factures contestées, de l'absence de délibération autorisant la signature du marché* »[2]. La nature éminemment subjective de la recherche des « *circonstances* » nous conduit à nous interroger sur la solution qu'aurait rendue le juge si un litige était survenu très rapidement après la signature du contrat.

Le juge du contrat aurait-il considéré que « *les circonstances de l'espèce* » ne suffisaient pas à régulariser la gravité de l'irrégularité ? Il y a donc un lien entre cette décision et les conclusions du rapporteur public Nicolas Boulouis sous l'affaire *Société communauté d'agglomération Vichy Val d'Allier* du 31 mai 2010[3]. Relisons-les : « *le juge ne doit pas s'en tenir à une analyse objective, mais tenir compte du contexte : un contrat entaché d'incompétence, mais exécuté normalement pendant les vingt ans de sa durée pourrait être appliqué pour régler un litige alors que la même incompétence décelée plus tôt aboutirait à la solution contraire* ». C'est d'ailleurs cette position qu'a suivie la Cour administrative de Bordeaux pour un contrat signé par le maire sans que le conseil municipal n'ait été en mesure

[1] CE, 19 avril 2013, *Chambre de commerce et de l'industrie d'Angoulême*, n°340093.
[2] DACOSTA B., « Concl. sur CE, 8 octobre 2014, *Cne d'Entraigues-sur-la-Sorgue,* préc. » [nous soulignons].
[3] CE, 31 mai 2010, *Sté communauté d'agglomération Vichy Val d'Allier*, n°329483 ; *Rec.*, p. 173 ; *BJCP*, 2010, p. 368, concl. N. Boulouis.

de se prononcer ni sur le projet ni sur les éléments essentiels du contrat[1]. C'est donc bien la cohérence d'ensemble que semble garantir la politique jurisprudentielle en faveur d'une stabilisation évidente des contrats administratifs.

En outre, il faut donc admettre à la lecture de la décision *Association Boitaclous* rendue par la Cour administrative d'appel de Marseille que la démonstration d'un délit de favoritisme sanctionné par le juge pénal conduit à écarter la loyauté des relations contractuelles et à considérer que l'exception de la jurisprudence *Manoukian* est satisfaite : il y a bien un vice grave dont les circonstances confirment que le litige doit être tranché en dehors du terrain de la responsabilité contractuelle. En ce sens, cela conduit le juge du contrat à considérer comme opérant le moyen d'irrégularité soulevé révélant un manquement aux procédures de passation[2]. Notons que si le délit de favoritisme n'a pas encore été établi par le juge pénal, le juge du contrat administratif n'est pas dans l'obligation de surseoir à statuer, comme le prouve la décision *Société Grenke Location contre Ministre de la Culture et de la communication* rendue par la Cour administrative de Nancy le 2 avril 2015[3].

163. Or, bien que des auteurs répugnent à reconnaître les dangers de ces mécanismes stabilisateurs[4], nous pensons que la question de la protection du principe de légalité doit nécessairement être posée. Précisément, elle doit l'être encore plus à la lumière de la formule d'Emmanuel Glaser selon laquelle « *la logique même de la décision Commune de Béziers était précisément de redonner au juge du plein contentieux contractuel son rôle de juge des parties et non de juge de la légalité* »[5]. La contextualisation de l'évolution jurisprudentielle amène à comprendre les raisons qui ont conduit les magistrats du Palais-Royal à être aussi tolérants face à l'irrégularité contractuelle. À ce titre, certains membres du Conseil d'État ont été les plus critiques sur l'état de crise, n'hésitant pas à affubler le juge du contrat

---

[1] CAA Bordeaux, 21 juin 2012, *Expertises Melloni et associés*, n°09BX02550 : « le conseil municipal n'a débattu, notamment, ni de l'objet précis de ce contrat, pourtant ambigu, ni des modalités particulières de fixation de son prix, pourtant porteuses, au regard de l'importance des sommes en jeu, d'un risque élevé pour les finances communales ».

[2] CAA Marseille, 23 décembre 2013, *Association Boitaclous*, préc.

[3] CAA Nancy, 2 avril 2015, *Sté Grenke Location c/ Ministre de la Culture et de la communication*, n°14NC01916 : « Par suite, et <u>sans qu'il y ait lieu de surseoir à statuer dans l'attente des résultats de la procédure pénale</u>, le ministre de la culture et de la communication n'est pas fondé à soutenir que les stipulations du contrat ne peuvent être invoquées dans le cadre du présent litige » [nous soulignons].

[4] DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit.,* p. 929 : « Il n'en reste pas moins que la stabilisation peut être vécue comme une menace. Elle mettrait en péril le principe de légalité et elle réveillerait le spectre du gouvernement des juges. Ni l'un ni l'autre de ces scénarios ne semblent pourtant raisonnablement envisageables ».

[5] GLASER E., « Béziers I, à propos d'un "notamment", in Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit., p. 645.

d'« *habits* »[1] inadaptés ou, sans détour, à le rendre complice[2] du règne de l'instabilité. N'étant manifestement plus « *un roi nu* »[3], le juge du contrat a radicalement inversé l'équilibre au détriment du principe de légalité. Il ne faut donc pas se méprendre sur l'étendue de l'exception prévue par la jurisprudence *Manoukian*[4] : elle est « *exceptionnelle* »[5].

164. Enfin, l'analyse des décisions appliquant le filtre de l'exigence de loyauté des relations contractuelles permet de conclure qu'il est particulièrement efficace, aussi bien par voie d'action que par voie d'exception, et ce malgré une définition incertaine, rendant irrecevables ou inopérants en fonction de la voie de recours choisie, les moyens soulevés.

B) LA LUTTE CONTRE L'ÉVITEMENT DÉLOYAL DE L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

165. Par voie d'exception, nous avons rappelé que l'office du juge du contrat n'est pas le même lorsqu'il est saisi d'une contestation directe de validité par un cocontractant-requérant. Précisément, dans le cadre d'un recours par voie d'exception, le juge ne peut qu'écarter le contrat. De plus, un point commun existe entre le contentieux en déclaration de nullité et le recours en contestation de validité. En effet, le recours par voie d'action, permettant d'obtenir soit la nullité avant ou jusqu'à l'annulation désormais, ne correspond qu'à un très faible pourcentage du montant total des affaires soumises aux juridictions administratives. Sans remettre en question la réalité de la transformation du recours par voie d'action et sa sécurisation, il convient cependant de préciser que ce sont les transformations profondes du recours par voie d'exception qui ont conduit au changement de paradigme.

166. En effet, les stratégies déloyales d'évitement du contrat étaient une sorte « *de remède miracle* »[6] pour les cocontractants ayant pour objet et pour effet d'empêcher le juge de

---

[1] GLASER E., « Les habits neufs du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 310.
[2] DACOSTA B., « La gestion des illégalités du contrat administratif – L'analyse du juge administratif », *in* C. Teitgen-Colly (dir.), *Les figures du juge administratif*, *op. cit.,* p. 44.
[3] GABAYET N., L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et droit français, th. op. cit., p. 112.
[4] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.
[5] GLASER E., « Béziers I, à propos d'un "notamment", in Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit., p. 649.
[6] BRENET F., « Confirmation de la jurisprudence Société Prest'Action, application et précision de la jurisprudence Commune de Béziers et conciliation entre imprévision et résiliation », *Dr. adm.*, 2010, comm. 52.

trancher le litige sur le fondement du contrat[1]. Celui-ci étant écarté, la partie ne peut plus obtenir l'engagement de la responsabilité contractuelle de son cocontractant, nonobstant le fait que l'objet du litige au principal soit relatif à des prestations exécutées sur le fondement du contrat[2]. La responsabilité post-contractuelle, au même titre que la garantie décennale ne peut non plus être invoquée[3], comme l'a précisé dans ses conclusions Emmanuel Glaser[4].

Dès lors, si le terrain contractuel est écarté pour régler le litige, la partie qui souhaite qu'une faute contractuelle soit réparée par son auteur ne peut plus se prévaloir du contrat. Ne lui est ouvert, pour rétablir l'état antérieur[5], que le terrain de l'enrichissement sans cause si les dépenses qui ont été engagées par la société sont considérées par le juge comme étant utiles[6]. Partant, du côté de l'opérateur économique, l'espérance de gain ou le profit escompté disparaît. Du côté de l'administration contractante, c'est la garantie décennale qui n'existe plus.

Par voie de conséquence, depuis 2009[7], le Palais-Royal rappelle avec la plus grande force le principe selon lequel le contrat est signé pour être exécuté. En cas de manquement à cette obligation qui constitue une faute – fait générateur –, c'est le terrain de la responsabilité contractuelle qui doit s'appliquer. En ce sens, il existe un « *principe de primauté de la responsabilité contractuelle* »[8] précisé pour la première fois dans les conclusions du commissaire du gouvernement Corneille sous l'arrêt *Compagnie PLM*[9] : « *dès l'instant où le plaignant est, non un tiers, mais une partie à un contrat passé avec l'auteur du dommage, la faute contractuelle absorbe la faute quasi-délictuelle* ». Les stratégies d'évitement du contrat qui prévalaient durant l'état de crise avaient donc pour intérêt pour le cocontractant négligent d'échapper à la sanction de ses erreurs en profitant de ce que Jérémy Bousquet qualifie de « *basculement des responsabilités, entendu comme la substitution temporelle d'un régime de responsabilité à un autre* »[10] au profit de la responsabilité extracontractuelle. Or, l'auteur précise qu'il existe une véritable difficulté à cette substitution qui est relative à l'incertitude

---

[1] BOURDON P., « Le préjudice contractuel en droit administratif », *Dr. adm.*, 2018, n°8, p. 34.
[2] CE, sect., 26 mars 1965, *Dame veuve Moulinet et demoiselle Moulinet*, n°59049 : *Rec.*, p. 209.
[3] CE, sect., 29 janvier 1982, *Martin*, préc.
[4] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.,* p. 510.
[5] CE, 12 novembre 1958, Cie des messageries maritimes, Rec., p. 428.
[6] CE, 15 juillet 1959, *Sieur Vauzelle ;* n°37488 : *Rec.*, p. 466.
[7] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[8] TERNEYRE PH., *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, th., Économica, coll. « Science et Droit Administratifs », 1989, p. 21.
[9] CE, 6 mai 1921, *Cie PLM*, *Rec.*, p. 685 ; *RDP*, 1921, p. 510, concl. Corneille.
[10] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle*, th. *op. cit*., pp. 22-23.

qu'elle génère[1], notamment en raison du « *fondement de l'action indemnitaire à intenter empêchant les parties de mesurer la portée de leur engagement* »[2].

En définitive, que le juge du contrat soit saisi d'un recours par voie d'action ou par voie d'exception, la construction prétorienne du contentieux des parties contractantes révèle assurément l'existence d'une seule et même finalité : faire application du contrat[3]. Précisément, cette dimension téléologique sert un dessein plus grand : garantir la stabilité des relations contractuelles[4] pour lutter contre l'inefficacité de l'action administrative.

---

[1] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle*, *ibid*., p. 23.
[2] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle*, *ibid*., p. 17.
[3] V. notamment : LIÉBER S.-J., BOTTEGHI D., « Le contrat public aurait-il (enfin) trouvé son juge ? », art. *op. cit.*, p. 142 : « désormais la perspective est renversée : le juge du contrat saisi par les parties doit normalement exercer son office dans le cadre du contrat et donc faire primer la responsabilité contractuelle » ; MÉNÉMÉNIS A., « Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », art. *op. cit.*, p. 4 : « l'apport principal de l'arrêt "Béziers I" se résume en vérité assez clairement : lorsqu'un litige, surgi entre deux parties à un contrat administratif, est porté devant le juge, il appartient en principe à celui-ci de le régler en appliquant le contrat c'est-à-dire, plus précisément, de le régler sur le terrain de la responsabilité contractuelle ».
[4] BUNEL M., *Les chaînes d'actes en droit administratif*, th. *op. cit*., p. 638.

*

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

167. Véritable outil stabilisateur à disposition du juge administratif, la loyauté des relations contractuelle a pour fonction première de lutter contre la disparition des contrats lorsque leur validité est contestée par une partie contractante, que ce soit par voie d'action ou par voie d'exception. Pour comprendre comment le contentieux des parties contractantes est passé d'un état de crise à l'ère de stabilité érigée en « *objectif* », notre démarche a été de partir de la décision fondatrice de 2009[1], éclairée par les conclusions du rapporteur public. Les développements précédents ont eu pour objet de comprendre à quelle fin le juge du contrat mobilise l'instrument qu'il a lui-même créé. Nous sommes arrivés à la conclusion que la loyauté des relations contractuelles diverge en fonction que le recours intenté par une partie conteste la validité du contrat administratif par voie d'action ou par voie d'exception.

168. Par voie d'action donc, le juge fait jouer à la loyauté des relations contractuelles le rôle de filtre. Or, sur ce point, la construction du considérant de la décision *Commune de Béziers*[2] et les différentes décisions d'application nous ont conduits à considérer que ce n'est pas l'irrégularité qui est loyale ou déloyale, mais bien la manière pour le requérant de l'invoquer. Particulièrement rigide, il convient d'en mesurer les conséquences. Le filtre de la loyauté des relations contractuelles est à la raison du très faible nombre de recours contestant directement la validité du contrat. Preuve en est de la volonté farouche de lutter contre la disparition des contrats administratifs, la loyauté des relations contractuelles ne peut être écartée et le contrat annulé qu'en présence des irrégularités les plus graves que sont l'illicéité du contrat et les vices d'une particulière gravité portant notamment sur l'intégrité du consentement des parties contractantes. Notons que ces « *irrégularités de premier rang* »[3] représentent les moyens d'ordre public que le juge doit relever d'office.

Or, il est frappant de constater l'évolution du champ desdits moyens entre le passage de l'état de crise à l'ère de la stabilisation des contrats administratifs. Précisément, la réduction

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] DOUTEAUD S., « Précisions sur l'action en contestation de validité ouverte aux cocontractants », art. *op. cit.*, p. 1414.

drastique à laquelle nous assistons nous invite à considérer qu'il y a désormais un renversement du déséquilibre entre la légalité et la sécurité juridique au profit, cette fois-ci, de la seconde.

169. Par voie d'exception enfin, la loyauté des relations contractuelles n'est plus à proprement parler un filtre. Il s'agit davantage d'un commandement aussi bien à destination des cocontractants-requérants que du juge. Voie d'action privilégiée depuis l'état de crise, dans le cadre d'une exception d'invalidité, le cocontractant-requérant invoque une irrégularité pour que le juge écarte le contrat pour la résolution du litige. L'instauration de la loyauté des relations contractuelles a radicalement transformé la pratique de ce recours. À destination du juge, celui-ci doit, « *en principe* », faire application du contrat et régler le litige sur le fondement de la responsabilité contractuelle. À destination des requérants, les moyens qu'ils peuvent invoquer pour que le contrat soit inappliqué sont les mêmes qui conduisent à l'annulation du contrat par voie d'action. En ce sens, le Conseil d'État a fait le choix du contrôle de l'opérance des moyens et non de leur recevabilité. Précisément, seuls les vices les plus graves conduiront le juge à écarter le contrat.

En 2011, la plus haute juridiction administrative a prévu une grille de lecture spéciale lorsque le moyen tiré d'irrégularité soulevé est relatif à un manquement aux procédures de passation. Dans ce cas, une nouvelle fois, le « *principe* » demeure l'inopérance. Cependant, « *par exception, il en va autrement lorsque, eu égard d'une part à la gravité de l'illégalité et d'autre part aux circonstances dans lesquelles elle a été commise, le litige ne peut être réglé sur le fondement du contrat* »[1].

170. Par voie de conséquence, pensée pour garantir la réussite de l'opération de stabilisation érigée en politique jurisprudentielle, la loyauté des relations contractuelles est une réussite. Elle a effectivement pour fonction première d'empêcher les parties contractantes d'obtenir du juge la mise à l'écart de leur propre contrat par le jeu de l'appréhension puis de la neutralisation des moyens tirés d'irrégularités. Nous pensons qu'une fonction tout aussi importante existe. Celle-ci est également négative et est relative à la lutte contre l'inefficacité de l'action administrative.

[1] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc. ; CE, 12 janvier 2011, *Sté des autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, préc. ; CE, 12 janvier 2011, *Sté Léon Grosse,* préc.

Chapitre second

LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES, INSTRUMENT DE LUTTE CONTRE L'INEFFICACITÉ DE L'ACTION ADMINISTRATIVE

171. Comme nous l'avons rappelé, la fonction première de l'exigence de loyauté des relations contractuelles est d'empêcher les parties contractantes de s'évader de manière déloyale du respect de leurs obligations contractuelles. En ce sens, le changement de paradigme poursuivi en 2009[1] par lequel les magistrats du Palais-Royal prennent « *le contrat au sérieux* »[2] réaffirme avec autorité que le contrat administratif même irrégulier est bel et bien signé pour être exécuté, sous réserve des vices d'ordre public.

Pourtant, nous ne croyons pas que cela suffise à épuiser la fonction de l'exigence de loyauté des relations contractuelles. En effet, nous pensons que la fonction contentieuse révèle assurément l'existence d'une fonction plus grande, ce que nous avons appelé le plus grand dessein de cette politique jurisprudentielle. Mais alors, contrairement à ce qui a pu être soutenu[3], l'étude de la loyauté des relations contractuelles, en l'état actuel du droit, ne doit pas conduire à se demander si elle est « *due au partenaire de celui qui dénonce le contrat ou […]au juge du contrat* »[4]. Nous pensons qu'elle est utilisée par le juge du contrat, mais qu'elle est due au contrat administratif. En ce sens, l'expression « *relations contractuelles* » peut certes révéler l'exécution d'un contrat par les parties, mais les fonctions de la loyauté autorisent à y avoir la réalisation du contrat administratif en tant que tel. Cela nous conduit à nuancer ce qu'a écrit le conseiller d'État qui considérait que « *plus que tout autre, le contentieux contractuel est la chose des parties* »[5].

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] MÉNÉMÉNIS A., « Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », art. *op. cit.,* p. 4.
[3] DOUTEAUD S., *La stabilisation du contrat par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit.,* p. 241 : « L'expression "relations contractuelles" laisse peu de place au doute : la loyauté est due au cocontractant du requérant ».
[4] DOUTEAUD S., *La stabilisation du contrat par le juge administratif de la validité*, *ibid*., p. 241.
[5] CHABANOL D., *Le juge administratif*, LGDJ, coll. « Systèmes », 1993, p. 9.

172. Nous savons que l'efficacité est l'adéquation des mesures prises au regard du but poursuivi[1]. De prime abord donc, l'on peut parfaitement considérer que le contrat administratif est efficace s'il est exécuté. Une telle conception de l'efficacité contractuelle est en tout point transposable aux contrats de droit privé et révèle alors la dimension relationnelle de l'efficacité, c'est-à-dire celle qui, en réalité, ne concerne que les protagonistes de la relation contractuelle. Qu'il nous soit permis de considérer que l'administrativité du contrat conduit à une lecture plus spécifique de l'efficacité contractuelle. Celle-ci est consubstantielle aux spécificités du droit public que sont l'intérêt général et le service public. Autrement dit, le contrat administratif inefficace est celui qui n'est pas exécuté et le contrat qui n'est pas exécuté porte atteinte à l'intérêt général et à l'action administrative un coup et un coût.

Selon la logique de l'efficacité relationnelle, l'on considèrerait que l'inefficacité en question ne lèse que le pouvoir adjudicateur et l'opérateur économique. Pourtant, le nouvel « *objectif de stabilité des relations contractuelles* »[2] semble avoir été pensé non pas seulement pour l'efficacité relationnelle, mais bien en raison de l'efficacité de l'action administrative[3]. Nous pensons que la lutte contre l'inefficacité de l'action administrative passe par un traitement de l'irrégularité influencée par la loyauté des relations contractuelles **(Section première)**, qui protège l'intérêt supérieur du contrat **(Section seconde)**.

Section 1

LE TRAITEMENT DE L'IRRÉGULARITÉ CONTRACTUELLE INFLUENCÉ PAR LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES

173. Conformément à l'avènement de cette nouvelle politique jurisprudentielle, le Conseil d'État fait explicitement jouer à la loyauté des relations contractuelles un rôle au stade de l'examen des moyens soulevés par les cocontractants-requérants. Comme nous pensons l'avoir démontré, la politique jurisprudentielle en vigueur est à l'origine d'un mouvement

[1] BRUNET F., *La normativité en droit*, th. *op. cit.*, p. 211.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] SOURZAT L., *Le contrat administratif résilient,* th. Toulouse 1, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 308, 2019, p. 352.

stabilisateur d'une grande envergure, faisant de la loyauté l'instrument considéré comme indispensable à la réussite de « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[1]. Justement, les magistrats du Palais-Royal ont pensé la loyauté des relations contractuelles pour qu'elle s'oppose à ce que tous les moyens d'irrégularité soient en mesure de contraindre le juge à annuler ou à écarter un contrat administratif.

Ainsi, doté d'un filtre particulièrement étanche au stade de l'appréciation des irrégularités, le juge du contrat n'est pas moins soucieux de la stabilité des relations contractuelles au stade du traitement du vice avéré. Véritable « *objectif* », la loyauté des relations contractuelles sert également la cause de la stabilité au stade du traitement de l'irrégularité.

En effet, la transformation de grande ampleur du contentieux des parties contractantes perdrait en cohérence si une fois le moyen accueilli, le juge du contrat faisait le choix d'annuler systématiquement le contrat administratif irrégulier. Au contraire, nous pensons que la loyauté des relations contractuelles conditionne certes l'appréhension du moyen tiré d'irrégularité, mais influence aussi son traitement. Autrement dit, l'étape du traitement de l'irrégularité révèle l'influence de la loyauté des relations contractuelles sur l'office du juge exclusivement.

Si notre hypothèse est juste, une fois le moyen tiré d'irrégularité accueilli, le juge du contrat doté d'un panel de pouvoirs pour traiter le vice fera le choix du traitement le moins dommageable à la stabilité des contrats administratifs. Comme nous l'avons expliqué, le fait que l'annulation des contrats administratifs soit exceptionnelle nous invite à conclure que la politique jurisprudentielle de stabilisation pousse le juge administratif à faire le choix, soit de la poursuite de l'exécution du contrat **(Paragraphe premier)**, soit de sa disparition, tout en maintenant cependant ses effets passés par le recours à la résiliation éventuellement avec effet différé **(Paragraphe second)**.

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

§1. LA POURSUITE DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT ADMINISTRATIF IRRÉGULIER

174. Une fois que le moyen a été loyalement invoqué, le juge du contrat doit l'accueillir pour ensuite le traiter. Doté d'un panel de pouvoirs importants, il est désormais compétent soit pour ordonner la poursuite de l'exécution du contrat administratif même irrégulier **(A)**, soit la conditionner à l'adoption d'une mesure de régularisation prise par l'administration ou convenue entre les parties contractantes **(B)**.

A) LA DÉCISION DU JUGE DE POURSUIVRE L'EXÉCUTION DU CONTRAT

175. Depuis 2009, en présence d'un moyen loyalement invoqué, le juge administratif saisi d'un recours en contestation de validité par une partie peut décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible « *après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[1]. Par le truchement de la technique du bilan, le Conseil d'État a pris le soin de détailler le procédé par lequel le juge peut ordonner la poursuite pure et simple de l'exécution du contrat. La restructuration du contentieux des parties contractantes a permis au juge du contrat de devenir, par l'intermédiaire de la loyauté des relations contractuelles, le gardien assumé de la stabilité des relations contractuelles. Ce faisant, il met un terme à l'image d'un juge passif, voire complice de l'état de crise du contrat administratif[2].

Les conclusions d'Emmanuel Glaser ont précisé que le pouvoir du *« juge du contrat ne signifie nullement qu'il va contraindre des parties qui ne s'entendent plus à demeurer ensemble* »[3]. Nous pouvons nous en étonner dans la mesure où le Conseil d'État l'a malgré tout fait explicitement en 2011 avec « *Béziers II* »[4] instaurant la reprise des relations contractuelles en réponse à l'annulation d'une mesure de résiliation. Mais, il l'avait aussi fait, certes plus subrepticement dès 2009. Ainsi, si un cocontractant-requérant conteste directement

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] DACOSTA B., « La gestion des illégalités du contrat administratif – L'analyse du juge administratif », *in* C. Teitgen-Colly (dir.), *Les figures du juge administratif*, *op. cit.,* p. 44.
[3] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 516.
[4] CE, sect., 21 mars 2011, *Cne de Béziers*, préc.

la validité du contrat qui le lie, c'est qu'il ne souhaite en tout état de cause plus poursuivre la relation contractuelle. Pourtant, la loyauté des relations contractuelles au stade de l'appréciation du moyen d'irrégularité puis la décision du juge d'ordonner la poursuite de l'exécution du contrat s'inscrivent manifestement contre la volonté de l'une des parties. Nous pensons qu'il s'agit du constat de la relativisation de l'exclusivité de la relation contractuelle aux mains des seules parties contractantes. Selon cette hypothèse, le contrat administratif n'est plus uniquement la chose des parties. Le juge est devenu un acteur important lorsqu'est en jeu l'avenir de la relation contractuelle. C'est la raison pour laquelle le professeur Élise Langelier a déduit du panel de pouvoirs à disposition du juge du contrat que ce dernier est devenu le seul maître de l'avenir de la relation contractuelle[1].

176. Or, il faut nuancer cette position. Précisément, l'administration contractante pourrait être tentée de recourir à la résiliation pour motif d'intérêt général pour s'évader du respect de ses obligations, sans que le juge ne puisse, en l'état actuel du droit, lui opposer la loyauté des relations contractuelles. Charge cependant à la personne publique d'indemniser l'autre partie. Autrement dit, la résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général pourrait devenir le dernier bastion de la déloyauté des personnes publiques parties à un contrat administratif[2].

177. Conformément à la décision *Commune de Béziers*[3], pour décider d'ordonner la poursuite de l'exécution du contrat, le juge du contrat fait usage de la technique du bilan[4]. Autrement dit, il lui revient de mettre en balance « *les impératifs de la légalité et l'objectif de stabilité des relations contractuelles* » en « *appréciant l'importance et les conséquences* »[5] du moyen d'irrégularité soulevé par un cocontractant-requérant. En conséquence, trois résultats sont envisageables : l'irrégularité est purement non-substantielle et ne gêne en rien la poursuite de l'exécution du contrat administratif ; l'irrégularité est certes non-substantielle, mais gêne la poursuite de l'exécution du contrat administratif ; le moyen d'irrégularité est substantiel et ne permet pas la poursuite de l'exécution du contrat administratif.

---

[1] LANGELIER É., *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, th. *op. cit.*, p. 129 : « la possibilité – donc la viabilité – paraît être du seul ressort du bon vouloir du juge […] » [nous soulignons].
[2] V. notamment : ECKERT G., « Résiliation pour motif impérieux d'intérêt général ? », *CMP*, 2019, repère 3.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] LANGELIER É., *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *ibid.*, p. 129 : « la possibilité de sa continuité [de la relation contractuelle] qui devrait au terme d'un contrôle du bilan dicter sa réponse au juge ».
[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

Dans le premier cas, l'irrégularité est non-substantielle et ne gêne en rien la poursuite de l'exécution du contrat administratif. Il s'agit « *d'irrégularités n'ayant eu aucune conséquence sur le sens de l'acte ou n'affectant pas les garanties des intéressés, sont sans portée aussi bien sur la validité d'un contrat que la légalité d'un acte administratif* »[1], comme l'a expliqué le professeur Pierre Delvolvé. Il s'agit en définitive d'une mesure de « *tolérance juridictionnelle* »[2] vis-à-vis de l'irrégularité. Dans une deuxième hypothèse, le juge du contrat considère qu'en dépit de sa faible intensité, l'irrégularité peut malgré tout bouleverser la sérénité de l'exécution et nécessite en conséquence la prise d'une mesure correctrice comme peut l'être la régularisation. Enfin, dans une troisième hypothèse, le juge du contrat considère finalement que l'irrégularité contractuelle en question n'est pas vénielle et qu'il faut en conséquence la traiter par une sanction. En substance, ce n'est donc pas tant la volonté du juge qui prime sur le désir des cocontractants, que le résultat du bilan *légalité* et *stabilité*. Le résultat de ce bilan est la traduction de la prise en compte du principe général du droit de sécurité juridique[3] par le juge du contrat étant entendu que la stabilité des relations contractuelles y est intégrée[4].

B) LA RÉGULARISATION CONDITIONNANT LA POURSUITE DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT ADMINISTRATIF IRRÉGULIER

178. C'est en 2007 que le Conseil d'État avait reconnu explicitement la possibilité pour le juge du contrat de décider de la poursuite de l'exécution du contrat irrégulier « *sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante* »[5]. Autrement dit, le juge du contrat admet les mesures de régularisation prises par l'administration contractante ou par les parties. Ce faisant, le juge administratif n'a fait que transposer au contentieux des contrats

---

[1] DELVOLVÉ P., « Précisions sur la validité et le contentieux des contrats », *RFDA,* 2015, p. 908.
[2] GRABIAS F., *La tolérance administrative*, th. *op. cit*., p. 13.
[3] CE, Ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG et a.*, préc.
[4] RAPP L., « Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », *CMP* n°7, juillet 2008, étude 7 : « De là, à donner à la stabilité, la nature d'une institution juridique, il n'y a qu'un pas, que l'on peut franchir : il y a bien un principe de stabilité, fondement du principe plus général de sécurité juridique, lui-même solidement établi sur les dispositions des articles 2, 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 » ; BRACONNIER S., LE COQ M., « Vices affectant la conclusion des contrats publics : mode d'emploi des mesures de régularisation par l'Administration », *CMP,* n°4, avril 2013, p. 4 : « un autre gage, plus discret, d'une meilleure prise en considération de la sécurité juridique et de la stabilité des relations contractuelles ».
[5] CE, Ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, préc.

administratifs une technique stabilisatrice qu'il utilisait depuis de nombreuses années en contentieux de l'urbanisme[1] et en contentieux de la fonction publique[2]. Pour autant, la plus haute juridiction administrative n'a malgré tout pas précisé le régime spécifique de ce mode de traitement particulier de l'irrégularité. Le professeur Jean-François Lafaix a été l'un des premiers auteurs à y consacrer des développements aussi importants[3]. Pour preuve, le professeur Jean-Jacques Israël a écarté de son analyse sur la régularisation en droit administratif l'examen du contrat administratif pour ne se consacrer qu'à la régularisation de l'acte administratif unilatéral. Autrement dit, l'auteur n'envisageait alors pas la possibilité d'une réception de cette technique stabilisatrice en contentieux des contrats administratifs[4].

179. D'une manière générale, la régularisation est une technique stabilisatrice saluée par de nombreux auteurs[5]. Elle consiste à « *rendre conforme aux lois et règlements* »[6]. Pensée comme technique stabilisatrice contribuant à la survie du contrat administratif, la « *régularisation vise à éviter l'inefficacité juridique du contrat illégal et, plus précisément, l'inefficacité juridique de ce contrat dans son ensemble* »[7]. En ce sens, elle sert à « *préserver le lien contractuel* »[8] et contribue à faire le lien avec la loyauté des relations contractuelles. L'avis *Avrillier* rendu par le Conseil d'État en 1997[9] suggérait justement la régularisation

---

[1] CE, section, 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Cne de Clans*, n°245239 : *Rec.*, p. 21, concl. Ch. Maugüé : décision relative à la régularisation appropriée qui évitera que ne soit ordonnée la démolition de l'ouvrage mal construit.

[2] CE, section, 31 décembre 2008, *Cavallo*, n°283256 : *Rec.*, p. 481, concl. E. Glaser ; *AJDA*, 2009, p. 142, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *JCP Adm.*, 2009, p. 64, note D. Jean-Pierre ; *Dr. adm.,* 2009, p. 29, note F. Melleray ; *BJCL*, 2009, p. 365, chron. S. Macaire-Soykurt : régularisation du contrat de travail permettant à l'agent contractuel de conserver son emploi.

[3] LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. *op. cit.*, pp. 243-321.

[4] ISRAËL J.-J., *La régularisation en droit administratif français*, th. Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 188, 1981, p. 20.

[5] LANGELIER É., VIROT-LANDAIS A., « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés », *JCP Adm.*, 2015, étude 2245, p. 43 : « La régularisation s'inscrit pleinement parmi les modalités juridictionnelles concourant à la prévalence de l'efficacité de l'acte et donc de l'action administrative tout en ménageant l'entorse faite au principe de légalité […]. D'une part, il n'y a pas de négation formelle de l'importance des procédures et des formes ; d'autre part, la régularisation a une vertu pédagogique en contraignant l'administration, seule ou avec son cocontractant, à l'autocorrection » ; GREMAUD W., « Juger de la légalité et panser l'illégalité », *in* B. Defoort, B. Lavergne (dir.), *Juger de la légalité administrative. Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, p. 255.

[6] BOURDON P., « Contrat administratif et régularisation(s) », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op*. cit., p. 499.

[7] BOURDON P., « Contrat administratif et régularisation(s) », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *ibid*., p. 501.

[8] BRENET F., *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, th. dactyl., Poitiers, 2002, p. 433.

[9] CE, sect., du rapport et des études, 3 décembre 1997, « Réponse à une demande d'éclaircissement adressée par l'Administration à la Section du rapport et des études du Conseil d'État », *AJDA*, 1997, p. 815 ; *JCP Adm*., 1997, comm. 22976, concl. C. Bergeal.

comme alternative à l'inefficacité juridique du contrat illégal[1]. Il existe alors une différence profonde entre la régularisation et la résiliation ou l'annulation du contrat administratif. Précisément, la disparition du contrat contribue à le priver d'effet respectivement pour l'avenir ou avec effet rétroactif. Dans ce cas de figure, le vice n'est pas corrigé, il n'est tout simplement plus. De plus, ce procédé stabilisateur est réservé à la contestation directe de validité du contrat administratif ce qui nous invite à en nuancer l'intérêt tant l'examen statistique des décisions révèle la pauvreté des recours par voie d'action[2]. Pour preuve, dans le cadre d'un recours par voie d'exception, le juge du contrat n'est pas doté des mêmes pouvoirs qu'en voie d'action : il écarte ou non le contrat.

Donc, nous en concluons que l'arrêt *SCP Bruart* rendu par la Cour administrative d'appel de Nancy est contraire à la jurisprudence de 2009[3] dans la mesure où elle a précisé qu'un vice suffisamment grave pouvait ne pas être écarté pour trancher le litige à condition que l'irrégularité soit validée rétroactivement par le pouvoir adjudicateur[4].

180. La régularisation impose alors la correction de l'imperfection en permettant au contrat d'atteindre la validité, sans le sanctionner par sa disparition[5] avec effet rétroactif[6] dans la mesure où justement le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas en matière contractuelle[7]. C'est notamment ce qu'il se passe en matière d'acte détachable[8]. Pour le

---

[1] RICHER L., « Conséquences de l'annulation d'un acte détachable sur le contrat », *AJDA*, 1998, p. 171.
[2] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 149.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] CAA Nancy, 10 juin 2013, *SCP Bruart*, préc. : « qu'ainsi, le maire n'avait pas compétence pour signer cette convention ; que ce vice grave affecte les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement et entache de nullité la convention ; que cette nullité est de nature à priver de base légale les états exécutoires qui ont été pris sur le fondement de cette convention ; que, toutefois, ce vice peut faire l'objet d'une régularisation par le conseil municipal validant rétroactivement la signature du maire ; qu'il y a lieu par suite pour la Cour de décider que les états exécutoires litigieux ne seront annulés que la commune de Blainville-sur-l'Eau ne justifie pas avoir régularisé la signature de la convention […] dans un délai d'un mois […] ».
[5] DUPEYRON C., *La régularisation des actes nuls*, th. *op. cit.*, p. 15 : « la régularisation permet à l'acte d'accéder à la validité sans pour autant l'amputer d'un élément » ; LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. *op. cit.*, p. 248 : « Le mode de traitement qui est caractéristique de la régularisation, c'est la réparation, et non l'amputation ».
[6] POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, th. *op. cit.*, p. 463 : « La régularisation a également pour effet de lier rétroactivement les contractants qui sont ainsi censés s'être engagés *ab initio* »
[7] CE, 19 novembre 1999, Fédération syndicale Force ouvrière des travailleurs des Postes et des télécommunications, n°176261 : Rec., p. 354.
[8] PIÉTRI J.-P., « Régularisation rétroactive d'un acte détachable annulé », *CMP* n°10, octobre 2011, comm. 304, note sous CE, 8 juin 2011, *Cne Divonne-les-Bains*, n°327515 : *Rec.*, p. 278 ; *CMP*, 2011, comm. 304, note J.-P. Pietri ; *JCP Adm.,* 2011, comm. 2334 ; *AJDA*, 2011, p. 1685 ? note J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.,* 2011, comm. 74, note F. Brenet : « La nouveauté de la solution est dans le caractère rétroactif de la régularisation. […] La régularisation se présente souvent comme un remède aux effets excessifs, au regard

professeur Jean-François Lafaix, la régularisation « *consiste donc à maintenir un acte ou une situation illégale par une action de mise en conformité. Il s'agit d'un maintien par correction de l'irrégularité initiale* »[1]. Or, il semble qu'il y ait une ambigüité dans cette définition qui s'enracine justement autour de la question du « *maintien* » du contrat administratif irrégulier. Précisément, il semble difficile de concilier le « *maintien* » et la « *correction* » du contrat administratif irrégulier. En effet, la régularisation de l'irrégularité contribue certes à maintenir l'exécution du contrat, mais l'action correctrice ordonnée par le juge et mise en œuvre par l'administration seule ou par les cocontractants s'oppose au « *maintien* » du vice. Autrement dit, c'est l'exécution qui est maintenue et c'est l'irrégularité qui est purgée. Par voie de conséquence, la régularisation a pour effet de consolider l'acte juridique[2].

Contrairement à la décision *Société Tropic Travaux Signalisation*, la jurisprudence *Commune de Béziers* réserve la régularisation à l'administration ou aux cocontractants[3]. Il semble que les irrégularités relatives à l'expression du consentement par l'administration contractante puissent faire l'objet d'une mesure correctrice de la part de la seule personne publique. Par contre, les irrégularités relatives au contenu du contrat susceptibles d'être régularisées nécessitent une discussion entre les parties contractantes[4].

181. En l'état actuel du droit, pour que le juge administratif ordonne la régularisation du contrat administratif irrégulier, deux critères doivent être réunis. Le premier est placé sous le signe de l'évidence et du bon sens : le contrat administratif est irrégulier[5]. Le second impose,

---

des différents intérêts publics et privés en présence, que peut avoir l'annulation d'un acte détachable sur la stabilité des relations contractuelles ».

[1] LAFAIX J.-F., « La régularisation en matière contractuelle », art. *op. cit.*, étude 9.

[2] POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, th. *op. cit.,* p. 463.

[3] En 2009 donc, le Conseil d'État a fait le choix de revenir sur une innovation issue de l'arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation.* En 2007, le Conseil d'État a autorisé le juge du contrat directement à prendre la mesure de régularisation du contrat administratif. L'examen de l'arrêt *Commune de Béziers* nous invite à conclure que le Palais-Royal n'a pas entendu réitérer cet apport étonnant dans le cadre du recours en contestation de validité du contrat à l'initiative d'une de ses parties. V. sur ce point : LIÉBER S.-J., BOTTEGHI D., « Le juge du contrat aurait-il (enfin) trouvé son juge ? », art. *op. cit.*, p. 142 ; BRENET F., « Libres propos sur la "juridiciarisation" du contrat administratif : un nouveau juge pour un nouveau contrat administratif ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit.*, p. 540 ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 146.

[4] V. notamment : POUYAUD D., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 522 ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 146.

[5] DUPEYRON Ch., *La régularisation des actes nuls*, th. LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 127, 1973, p. 9 : « On ne régularise que ce qui est irrégulier » ; ISRAËL J.-J., *La régularisation en droit administratif français*, th. *op. cit.*, p. 9 : « La régularisation, par définition, suppose l'existence d'une situation irrégulière en fait ou en droit. Corriger le vice préexistant, tel est l'objet essentiel de la régularisation » ; LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de*

pour que cette irrégularité puisse faire l'objet d'une mesure de régularisation, qu'elle soit corrigible.

Nous pouvons en déduire trois enseignements. Premièrement, certaines irrégularités n'ont *aucun intérêt* à être corrigées. Deuxièmement, certaines irrégularités *ne peuvent* être corrigées. Troisièmement, certaines irrégularités *peuvent* être corrigées[1]. En effet, le juge du contrat doit être en mesure d'une part de constater l'irrégularité et d'autre part, d'en apprécier les conséquences, conformément à la jurisprudence *Commune de Béziers*[2].

Partant, seules les irrégularités *stricto sensu* peuvent être régularisées. Toutes les imperfections liées à des erreurs matérielles n'en feront pas l'objet, car n'étant pas considérées comme des irrégularités nécessitant d'être régularisées[3]. Le juge du contrat leur opposerait sans doute la loyauté des relations contractuelles au stade du contrôle des moyens. Le professeur Pierre Delvolvé considère d'ailleurs que ces imperfections « *sont si minimes qu'il n'est pas besoin d'y remédier* »[4].

182. C'est l'examen de la jurisprudence qui nous conduit à délimiter le champ des irrégularités qui sont susceptibles d'être régularisées et celui de celles qui ne le sont pas. La clarté de la démonstration nous conduit à présenter alternativement trois types de vices pour déterminer, au regard des décisions rendues par les juridictions administratives, s'ils peuvent être régularisés : les irrégularités relatives à la passation des contrats de la commande publique, celles affectant le consentement de l'administration et, enfin, celles relatives à l'objet et au contenu du contrat administratif.

Ainsi, en matière de procédure de passation, la somme des irrégularités potentielles est très importante. C'est pourquoi le professeur Gabriel Eckert a qualifié la succession d'étapes nécessaires à la signature d'un contrat public d'affaire « *d'entreprise hasardeuse* »[5]. Nous

---

l'Administration, th. *op. cit.*, p. 246 : « Par hypothèse, l'idée de régularisation présuppose l'existence d'une irrégularité ».

[1] LAFAIX J.-F., « La régularisation en matière contractuelle », *CMP* n°8-9, août 2017, étude 9, pt 43 : « La régularisation implique de corriger l'irrégularité commise lors de la conclusion du contrat. Cela suppose que cette irrégularité soit substantielle, sinon l'exécution du contrat peut se poursuivre sans aucune mesure particulière, et qu'elle soit effectivement corrigée ».

[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[3] BRÉCHON-MOULÈNES C., « La régularisation du marché », in *Droit des marchés publics*, Le Moniteur, avril 2004, III.520.1.3., p. 5 : « la correction d'une irrégularité matérielle, telle une maladresse de rédaction, ne peut pas être considérée comme une régularisation d'une illégalité. Mais la frontière entre la maladresse de rédaction et l'illégalité (incompétence, erreur de droit) n'est pas toujours très nette ».

[4] DELVOLVÉ P., « Précisions sur la validité et le contentieux des contrats », art. *op. cit.*, p. 909.

[5] ECKERT G., « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA*, 2006, p. 238.

avons vu et nous le préciserons que les vices relatifs à la procédure de passation se heurtent quasi systématiquement à la loyauté des relations contractuelles. Supposons qu'un moyen d'irrégularité de cette nature soit soulevé par le cocontractant de l'administration par voie d'action. Supposons également que ce vice soit invoqué de manière loyale et, qu'en conséquence, le moyen soit accueilli par le juge du contrat. Celui-ci peut-il admettre une mesure de régularisation ? Pour répondre à cette interrogation, il faut reprendre la raison d'être de la régularisation qui est de corriger *a posteriori* une irrégularité. Le juge doit donc déterminer si l'irrégularité en cause a eu une conséquence sur le choix du cocontractant.

En effet, les procédures de passation des contrats publics d'affaires comportent des obligations de publicité et de mise en concurrence. Celles-ci concourent au choix du candidat. Dès lors, si l'irrégularité en cause a joué sur le choix du cocontractant, sa résiliation n'aura pas d'intérêt dans la mesure où elle ne conduira pas à l'adoption d'un nouveau contrat avec un nouveau cocontractant. Pour preuve, le Conseil d'État a jugé que « *l'absence d'information des candidats sur les critères de sélection des offres* » était une irrégularité qui ne pouvait être régularisée[1]. Dans la même logique, l'absence pure et simple de mise en concurrence conduit également le juge à ne pas admettre que la mesure de régularisation[2]. Par contre, toutes les irrégularités qui n'ont pas de conséquence sur le choix du cocontractant peuvent, quant à elles, être régularisées[3]. Finalement, n'est régularisable que le vice sans incidence.

En ce qui concerne les irrégularités affectant le consentement de l'administration contractante, la lecture de la décision *Commune de Béziers*[4] nous invite à considérer qu'il s'agit, à première vue, des vices les plus graves dont notamment les vices du consentement, c'est-à-dire ceux qui justifient l'annulation du contrat. Autrement dit, de telles irrégularités doivent rendre impossible, en toute logique, la régularisation du contrat administratif[5]. Or, le juge du contrat semble traiter « *certaines questions du point de vue de l'expression du consentement de la personne publique, ce qui facilite la régularisation* »[6]. En effet, le consentement à contracter

---

[1] CE, 10 décembre 2012, *Sté Lyonnaise des eaux France*, n°355127 ; *BJCP*, 2011, p. 278, concl. N. Boulouis, obs. Ch. Maugüé ; *CMP*, 2011, p. 31, note J.-P. Pietri ; *Dr. adm.,* 2013, comm. 49, note F Brenet.
[2] CAA Bordeaux, 2 février 2017, *Assoc. Savès-acceuil Transparence*, n°14BX02682 ; *CMP*, 2017, comm. 91, obs. H. Hoepffner.
[3] CE, 28 janvier 2013, *Syndicat mixte Flandre Morinie*, n°358302 ; *JCP Adm.*, 2013, comm. 2185, concl. G. Pellissier : en l'espèce, il s'agissait de la composition de la commission d'appel d'offres.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. *op. cit.*, p. 279.
[6] LAFAIX J.-F., « La régularisation en matière contractuelle », art. *op. cit.*, point 48.

de la personne publique peut être distingué entre, d'une part, les modalités d'expression de consentement et, d'autre part, l'intégrité du consentement.

Dans le premier cas de figure, l'on retrouve toutes les irrégularités relatives à la compétence et à la procédure. Confronté à de telles irrégularités, le juge du contrat fait montre d'une forme d'appétence à reconnaître la régularisation. Pour preuve, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a admis que la signature d'un contrat en dehors de toute habilitation de l'autorité compétente puisse être régularisée[1]. Le Conseil d'État a admis la régularisation d'un contrat signé sur le fondement d'une habilitation insuffisante[2]. Bien que n'étant pas dans le cadre d'un recours « *Béziers I* »[3], la décision *Commune de Divonne-les-Bains* a livré une grille de lecture des irrégularités affectant le consentement, mais pouvant être régularisées. Le Conseil d'État a précisé que « *s'il s'agit notamment d'un vice de forme ou de procédure propre à l'acte détachable et affectant les modalités selon lesquelles la personne publique a donné son contentement* »[4], ces irrégularités et seulement elles[5] peuvent être régularisées dans un nouvel acte épuré de toute imperfection.

Dans le second cas de figure, les irrégularités en question affectent l'intégrité du consentement exprimé par l'administration contractante. L'examen de la jurisprudence ne nous permet pas d'asseoir notre propos sur des décisions rendues par les juridictions administratives. Nous ne pouvons alors que nous contenter de supposer qu'il semble difficilement soutenable que l'administration puisse régulariser un vice de cet ordre. Qui plus est, l'on peut même se demander quel serait l'intérêt pour la personne publique de souhaiter régulariser une pareille irrégularité. Supposons qu'elle ait été victime d'un dol, d'une erreur ou d'une violence, il est difficilement imaginable que la personne publique souhaite sauver son contrat d'une annulation devenue inévitable, sauf si elle a consenti à appliquer le contrat dans le temps, malgré l'erreur par exemple.

---

[1] CAA Bordeaux, 8 juin 2015, *Communauté de Cnes du Quercy Caussadais*, n°13BX02453.
[2] CE, 20 mai 2016, *Assoc. « Avenir d'Alet »*, n°375779 ; *CMP*, 2016, comm. 185, obs. H. Hoepffner.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] CE, 8 mai 2011, *Cne de Divonne-les-Bains*, préc.
[5] PIETRI J.-P., « Régularisation rétroactive d'un acte détachable annulé », *CMP*, 2011, comm. 304 : « La décision commentée consacre la possibilité pour la personne publique de régulariser rétroactivement un acte détachable de la passation d'un contrat après son annulation par le juge de l'excès de pouvoir. Mais cette faculté est limitée aux seuls cas où l'acte a été annulé en raison notamment d'un vice de forme ou de procédure propre à cet acte et affectant les modalités selon lesquelles la personne publique a donné son consentement. Cette formulation exclut donc toute régularisation lorsque l'annulation a sa source dans l'illégalité du contrat et probablement lorsque le consentement de la personne publique a été gravement vicié. Elle ne semble pas davantage couvrir les manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence ».

Enfin, en matière d'irrégularités relatives au contenu du contrat administratif, les vices concernent soit à l'illicéité de son objet ou alors d'au moins une de ses clauses[1]. À première vue, la détermination des irrégularités les plus graves au sens de la jurisprudence *Commune de Béziers*, c'est-à-dire celles qui justifient que le contrat soit annulé, correspond notamment à l'illicéité du contenu du contrat. Par conséquent, il semble difficilement soutenable que de tels vices puissent faire l'objet d'une mesure de régularisation convenue par un accord entre les parties contractantes. Cette position est communément partagée en doctrine[2] et a pu être affirmée explicitement par le juge du contrat[3]. Or, certaines irrégularités de cette nature peuvent malgré tout être régularisées comme en témoigne l'arrêt *Ville de Grenoble* par lequel le Conseil d'État a ordonné aux parties contractantes de régulariser la clause illégale qui conduisait à détourner la fixation du tarif du respect des règles relatives au calcul des redevances pour service rendu[4]. La portée de cette décision doit être nuancée dans la mesure où la régularisation en cause revenait à purger l'illégalité.

Cependant, si le vice est relatif à l'objet du contrat, il n'est pas possible de le régulariser, car cela reviendrait en définitive à supprimer le contrat dans la mesure où l'objet est la raison d'être de l'engagement des parties[5]. De plus, si l'objet du contrat ou à une clause est contraire à l'ordre public, il est également impossible de procéder à une régularisation car le juge doit le relever d'office. Ainsi, il n'est pas possible de régulariser une clause illégale par laquelle l'administration contractante renonçait à utiliser son pouvoir de résiliation unilatérale pour un motif d'intérêt général[6]. En revanche, le juge administratif peut admettre la divisibilité des clauses[7]. Cette possibilité contribue en définitive à garantir la stabilité du contrat administratif. L'on peut donc en déduire une forme de régularisation.

183. Pour conclure, convenons avec le professeur Pierre Delvolvé que le juge fait le choix de la « *recherche systématique de solutions permettant de sauver un contrat en dépit des*

---

[1] LAFAIX J.-F., « La régularisation en matière contractuelle », art. *op. cit.,* pt. 57.
[2] V. notamment : HOEPFFNER H., *La modification du contrat*, th. *op. cit*., p. 294 ; LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. *op. cit*., p. 279.
[3] CAA Nantes, 11 juillet 2014, *Sté Hélary Granulats*, n°12NT03221 : « que les illégalités affectant les délibérations ainsi annulées sont d'une particulière gravité et mettant en cause l'objet même, et ainsi le bien fondé des conventions de mise à disposition puis de vente à la société Hélary Granulats de partie du chemin rural de Pont An Louarn ; qu'elles ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une régularisation, qui ne saurait être que rétroactive […] ».
[4] CE, 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble*, n°296964 ; *CMP*, 2009, comm. 331, note G. Eckert ; *RJEP*, 2010, p. 22, concl. N. Boulouis.
[5] DOUTEAUD S., La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité, th. op. cit., p. 549.
[6] CE, 11 mai 2011, Sté Lyonnaise des eaux France, préc.
[7] CE, 4 mai 2011, Communauté de Cnes du Queyras, préc.

illégalités commises lorsque celles-ci ne portent pas sur des conditions essentielles »[1]. Or, si l'irrégularité n'est pas susceptible d'être régularisée, le juge n'est pas pour autant contraint d'annuler le contrat administratif. Influencé par l'esprit de la loyauté des relations contractuelles, le juge du contrat peut ordonner la résiliation du contrat avec éventuellement un effet différé.

§2 – LA RÉSILIATION DU CONTRAT ADMINISTRATIF IRRÉGULIER

184. L'absence de souplesse et de marge de manœuvre du juge administratif en charge du contentieux des parties contractantes a contribué à l'installation de l'état de crise du contrat. Tenu par le moyen d'irrégularité qui lui était présenté, il était contraint de constater la nullité du contrat. Le changement de paradigme est notamment passé par la découverte, en contentieux, de la loyauté des relations contractuelles. Cet instrument justifie que de très nombreux moyens tirés d'irrégularités soient neutralisés. Or, nous pensons que l'effet de la loyauté ne s'épuise pas au stade de l'appréhension de l'irrégularité contractuelle. Si elle ne joue expressément un rôle qu'à cette occasion, l'élaboration d'un panel riche et progressif de sanctions est également une conséquence de la loyauté des relations contractuelles.

Précisément, la loyauté des relations contractuelles a pour objet de garantir la stabilité d'un contrat administratif irrégulier. Partant, rien n'interdit de considérer que la restriction des irrégularités susceptibles de conduire à l'annulation d'un contrat administratif ait été pensée conformément à l'esprit de la loyauté des relations contractuelles, c'est-à-dire pour « *préserver le lien contractuel* »[2]. Autrement dit, les vices qui sont suffisamment graves pour ne pas pouvoir être régularisés, mais qui ne font pas partis de ceux entraînant l'annulation seront résiliés par le juge. Ainsi, la décision *Commune de Béziers*[3] permet au juge du contrat de garantir le maintien des effets passés du contrat administratif résilié et s'autorise même à en différer la disparition si l'intérêt général le commande.

184-1. Si la résiliation du contrat administratif peut être la sanction prononcée par le juge du contrat à l'occasion d'un recours en contestation directe de sa validité, elle peut également

[1] DELVOLVÉ P., « Précisions sur la validité et le contentieux des contrats », art. *op. cit.*, p. 909.
[2] BRENET F., *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, th. *op. cit.*, p. 433.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

être la manifestation de l'exorbitance de la puissance publique lorsqu'elle est une partie contractante. Tel est le rôle joué par la résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général[1] reconnu dès le XIXe siècle[2], mais élevé par la jurisprudence *Distillerie de Magnac-Laval* au rang de « règle générale applicable aux contrats administratifs »[3]. Depuis le 1er avril 2019 et l'entrée en vigueur du code de la commande publique, l'article L. 6 tu titre préliminaire est consacré précisément aux règles générales applicables aux contrats administratifs et la résiliation pour motif d'intérêt général y trouve bien évidemment sa place.

Pour être légale, la résiliation unilatérale doit être justifiée par un motif d'intérêt général qui est apprécié largement par le juge administratif. L'intérêt général justifiant la résiliation unilatérale du contrat administratif peut être caractérisé par des difficultés entre les parties contractantes[4], entre le cocontractant et les usagers du service public[5] ou plus généralement pour des raisons extérieures aux cocontractants comme l'évolution de l'état du droit positif[6]. Cette fin anticipée de la relation contractuelle peut intervenir à tout moment[7] et impose à l'administration d'indemniser son désormais ancien partenaire[8] aussi bien sur l'étendue des pertes subies[9] que sur le manque à gagner[10]. Prérogative ancienne donc, le Conseil d'État en a pourtant fait une actualité le 10 juillet 2020 dans l'arrêt *Société Comptoir négoce équipements*.

184-2. À cette occasion, la Haute juridiction a rappelé que le moyen d'intérêt général justifiant la résiliation unilatérale du contrat administratif pouvait parfaitement être caractérisée par l'invalidité dudit contrat[11]. S'il l'avait déjà reconnu par le passé[1], cette

---

[1] v. ECKERT G., « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *CMP*, 2010, n°10, étude 9 ; UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 404 et s. ; HOEPFFNER H., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 668 et s.
[2] CE, 17 mars 1864, *Paul Dupont* ; *D.*, 1894, p. 87.
[3] CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, req. n°32401 : *Lebon* 1958, p. 246 ; *AJDA*, 1958, p. 282, concl. J. Kahn ; *D.*, 1958, p. 730, note A. de Laubadère.
[4] CE, 31 janvier 1968, *OPHLM Ville d'Alès*, Lebon, p. 79.
[5] CE, 26 février 1975, *Sté du port de pêche de Lorient*, req. n°86185.
[6] CE, 7 mai 2013, *Sté auxiliaire de parcs de la région parisienne*, req. n°365043.
[7] CE, 9 novembre 1932, *Sté Weil Haeringer c/ Min. Régions libérées* : *Rec*. CE 1932, p. 941 : « [l'administration contractante dispos du] droit de mettre fin à tout moment à l'exécution du marché ».
[8] v. not. BRACONNIER S., « L'indemnisation des préjudices nés de la rupture anticipée d'un contrat public d'affaires pour motif d'intérêt général », *AJDA*, 2009, p. 2035 ; SYMCHOWICZ N., « L'introuvable droit au maintien de l'équilibre financier dans les contrats administratifs », in *Mélanges Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 463 ; HOEPFFNER H., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 673 et s.
[9] Article L. 3136-10 du code de la commande publique.
[10] CE, 26 mars 2018, *Sté Balineau*, req. n°401060 ; *CMP*, 2018, comm. 104, obs. J.-P. Piétri ; *BJCP*, 2018, p. 221, concl. O. Henrard.
[11] CE, 10 juillet 2020, *Sté Comptoir négoce équipements*, *op. cit.*

décision nous livre un mode d'emploi de la conciliation du moyen d'irrégularité justifiant la résiliation pour motif d'intérêt général et la loyauté des relations contractuelles. Autrement dit, l'irrégularité du contrat ne doit pas être un prétexte pour permettre à l'administration contractante de s'évader de la relation contractuelle[2].

En l'espèce, la Métropole de Reims a été alerté par la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi de l'existence d'un dépôt de plainte à son endroit immédiatement après avoir signé un marché à bons de commande. Celle-ci était formée par un opérateur économique concurrent du titulaire qui contestait les modalités de mise en concurrence à l'occasion de la passation du marché à bons de commande. Les documents de la consultation des entreprises imposaient aux candidats de proposer des produits avec des marques expressément visées, sans faire mention de la formule consacrée « ou équivalent »[3]. Très peu de temps après la signature du marché public et après avoir été informé de l'existence d'une plainte, le pouvoir adjudicateur a informé son cocontractant de la résiliation du contrat en raison de l'existence de « risques tenant aux incertitudes qui auraient affectés la consultation ». L'attributaire a alors formé un recours de type « Béziers 2 »[4] afin d'obtenir l'annulation de la mesure d'exécution et du contrat et la reprise des relations contractuelles ainsi que l'indemnisation de son préjudice. Un non-lieu à statuer a été décidé dans la mesure où le tribunal administratif s'est prononcé postérieurement à la date d'expiration du marché public, mais a condamné la personne publique à indemniser l'opérateur économique de son manque à gagner. En appel, la Métropole de Reims a obtenu du juge administratif le rejet des conclusions indemnitaires de l'entreprise.

Saisi en cassation contre le jugement de la Cour administrative d'appel de Nancy, le Conseil d'État a rappelé que l'invalidité du contrat était un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation unilatérale. Cependant, l'irrégularité doit être « d'une irrégularité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation »[5]. C'est de cette façon que le juge administratif concilie le moyen d'irrégularité source de la résiliation unilatérale et la loyauté des relations contractuelles.

---

[1] CE, 10 juillet 1996, *Coisne*, req. n°140606 ; *RFDA*, 1997, p. 504, concl. C. Chantepy ; *ibid.*, p. 507, note J.-C. Douence.
[2] BRENET F., « La résiliation pour invalidité du contrat », *Dr. adm.*, 2020, n°10, p. 38.
[3] Article R. 2111-7 du code de la commande publique.
[4] CE, 21 mars 2011, *Cne de Béziers*, *op. cit.*
[5] CE, 10 juillet 2020, *Sté Comptoir négoce équipements*, *op. cit.*

Ainsi, le moyen d'irrégularité doit, dans cette hypothèse, être loyalement invoqué afin de ne pas entrer en opposition avec la loyauté des relations contractuelles. En l'espèce, la Métropole de Reims s'est fondée sur une irrégularité qui lui était imputable. L'on aurait alors pu envisager que le moyen n'était pas loyalement invoqué. Cependant, le Conseil d'État suivant les conclusions de Gilles Pellissier a précisé que le contrat venait d'être signé. Il n'y avait pas d'intention déloyale consistant à s'évader de la relation contractuelle. La menace de poursuite révélée par la DIRRECTE a conduit le pouvoir adjudicateur à prendre cette mesure. De plus, le moyen doit être d'une gravité suffisamment importante qu'il ne pourrait pas faire l'objet d'une régularisation. Autrement dit, une irrégularité de même ordre pourrait justifier dans une espèce la résiliation unilatérale du contrat administratif et dans l'autre, se voir opposer la loyauté des relations contractuelles[1].

Dès lors, c'est sur le plan de l'indemnisation que l'apport de l'arrêt du 10 juillet 2020 est le plus important. En cas d'irrégularité du contrat, le partenaire ne peut prétendre être indemnisé sur le fondement des stipulations dudit contrat. Celui ne peut prétendre qu'au remboursement des dépenses utilement engagées après la résiliation du contrat[2]. Dans le cas seulement où l'irrégularité serait imputable à l'administration et si celle-ci est loyalement invoquée, alors le partenaire pourra prétendre à l'indemnisation du dommage imputable à la faute de la personne publique.

Partant, le moyen d'irrégularité justifiant la résiliation unilatérale du contrat pour motif d'intérêt général doit malgré tout être loyalement invoqué, de sorte que la stabilité du contrat même irrégulier demeure en l'état actuel du droit au cœur de l'office du juge, qu'il soit saisi d'un tel recours ou dans le cadre d'une contestation directe de validité.

185. Saisi d'un recours en contestation de validité par une partie contractante, le panel de sanctions à la disposition du juge du contrat offre effectivement un rôle central à la résiliation. Il s'agit de la première hypothèse évoquée par le Conseil d'État, juste après la possibilité d'ordonner la poursuite de l'exécution du contrat. Effectivement, comme nous l'avons déjà expliqué, le juge du contrat doit veiller au respect de l'objectif de stabilité des relations

[1] CAA Douai, 4 février 2021, *Sté Buromatic*, n°19DA00456 : dans cet arrêt, le juge du contrat considère que la résiliation pour motif d'intérêt général fondé sur l'irrégularité de la procédure de passation est compatible avec la loyauté des relations contractuelles dans la mesure où la résiliation a été ordonnée quelques semaines après la signature du contrat.

[2] CE, sect., 10 avril 2008, *Sté Jean-Claude Decaux et Département des Alpes-Maritimes*, req. n°244950 : *Lebon*, p. 151, concl. B. Dacosta ; *Dr. adm.*, 2008, comm. 78, note F. Melleray ; *AJDA*, 2008, p. 1092, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; *BJCP*, 2008, p. 280, concl. B. Dacosta.

contractuelles. Il peut sembler paradoxal de considérer que la disparition d'un contrat répond favorablement au respect de cet objectif de stabilité, et à l'intérêt général. Pourtant, la résiliation participe à concilier le double objectif qui doit animer le juge du contrat : « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[1] et la protection de la légalité.

En effet, supposons que le juge du contrat soit saisi par une partie contractante d'un recours en contestation directe de validité de son propre contrat. Supposons également que le moyen d'irrégularité soit loyalement invoqué et que le juge le considère comme suffisamment grave. À ce stade, le diptyque « *exigence de loyauté des relations contractuelles* » et « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* » jouent un rôle nouveau. Précisément, nous pensons qu'ils n'interviennent plus pour veiller à la poursuite de l'exécution du contrat, qui est le rôle principal, mais, en vertu d'un rôle non pas secondaire, mais accessoire. Le diptyque sert à garantir au contrat administratif, dans une vision objective, le maintien de ses effets passés. Autrement dit, la résiliation du contrat est ordonnée par le juge en présence d'une irrégularité suffisamment grave pour ne pas pouvoir la régulariser, mais n'entrera pas pour autant dans le champ des vices conduisant à l'annulation. La loyauté des relations contractuelles commande alors de protéger les effets passés pour combattre l'opportunisme du requérant qui ne souhaite pas honorer ce qu'il doit. C'est la raison pour laquelle la résiliation du contrat est la sanction privilégiée dans les espèces ne permettant pas d'ordonner la poursuite de l'exécution du contrat[2]. Il s'agit du compromis entre la disparition de l'acte imparfait et la stabilité des contrats administratifs. En ne revenant pas sur les effets passés, c'est notamment la mise en jeu de la responsabilité sur le terrain contractuel qui demeure possible[3].

186. Le choix du juge du contrat d'ordonner la résiliation du contrat est une manifestation de sa maîtrise du temps[4]. Le professeur Didier Truchet a parfaitement montré l'office repensé du

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[2] MÉNÉMÉNIS A., « Un contentieux en pleine évolution », *AJDA* 2011 p. 308 : « il disposera d'une palette de sanctions, parmi lesquelles, l'annulation sera réservée aux mêmes hypothèses que celles qui justifieraient que le juge de l'exécution du contrat renonce à régler le litige porté devant lui sur le terrain contractuel » ; POUYAUD D., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 523 : « Pour des raisons pratiques, on peut penser que la résiliation sera souvent préférée à l'annulation dont elle n'a pas les effets destructeurs ».

[3] LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. *op. cit.*, pp. 639-640 : « dès lors que la résiliation du contrat n'a d'effet que pour l'avenir, cette alternative offre aux parties la possibilité de maintenir leur relation contractuelle passée et de faire ainsi échec à la nullité potentielle du contrat ».

[4] CONNIL D., *L'office du juge administratif et le temps*, th. Pau, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 114, 2010, p. 539 et s. ; SAISON-DEMARS J., « L'office du juge administratif face au temps : À la recherche du temps perdu … le temps retrouvé », art. *op. cit.*, p. 15 : « Or, ce juge est de plus en plus perméable au facteur temps. […] l'office du juge est inexorablement lié au temps ».

juge du contrat inextricablement lié à l'objectif de stabilité des relations contractuelles[1]. Étant entendu que le contrat est un instrument finalisé et s'inscrit dans un environnement économique et social, veiller à la stabilité de la relation contractuelle dépasse le seul intérêt des cocontractants. La résiliation du contrat avec effet différé est un outil supplémentaire permettant de lutter contre l'inefficacité de l'action administrative. Si le contrat est la chose des parties, le contrat administratif dépasse évidemment ce seul cadre[2]. Le lien aussi étroit que puissant qui existe entre le contrat administratif, l'intérêt général et la continuité du service public a commandé la fin de l'état de crise. Partant, les spécificités de droit public ou ce que le professeur Jean-François Lafaix a qualifié de « *justification fonctionnelle* »[3], ont contribué à ce que le juge administratif puisse être compétent pour différer dans le temps les effets de la résiliation[4].

Dans ses observations sous la décision *Commune de Béziers*[5], le professeur Dominique Pouyaud a logiquement abordé cette question. Il s'agit selon elle de la sanction proportionnée répondant au bilan de l'atteinte faite à l'intérêt général et à la continuité du service public[6]. L'effet différé intervient justement pour ménager l'intérêt général qui fonde, notamment, l'idée même de continuité du service public.

La loyauté des relations contractuelles semble avoir influencé l'office du juge du contrat, même au stade du traitement des moyens tirés d'irrégularités en choisissant de « *préserver le lien contractuel* »[7].

---

[1] TRUCHET D., « La reconstruction de l'office du juge du contrat administratif : comment et jusqu'où ? », in *Mélanges Laurent Richer*, *op. cit.*, p. 716 : « Quoi qu'il en soit, on voit bien que l'office du juge concerne les pouvoirs dont il dispose non seulement pour régler un litige, mais plus largement à l'occasion d'un litige. Il désigne ce "qu'il appartient au juge" ou "ce qu'il incombe au juge" de faire […] ».

[2] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 513 : « on ne peut négliger le fait que le contrat administratif n'est pas un contrat comme les autres. Il est certes la chose des parties, mais l'une de ces parties est une personne publique agissant dans le cadre de l'intérêt général ».

[3] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 377 : « La justification fonctionnelle : la protection de l'intérêt général ».

[4] SAISON-DEMARS J., « L'office du juge administratif face au temps : À la recherche du temps perdu … le temps retrouvé », *Dr. adm.*, 2012, n°1, p. 15.

[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[6] POUYAUD D., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 523.

[7] BRENET F., *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, th., *op. cit.*, p. 433

Section 2

LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLE PROTECTRICE DE L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DU CONTRAT ADMINISTRATIF

187. Au début du XXIe siècle, le constat selon lequel le contrat administratif est victime de son contentieux est couramment partagé. Contrairement à ce qu'ont pu insinuer le professeur Henri Mazeaud et les tenants de l'école « *classique* »[1], le juge n'est pas là pour se taire[2]. Pour preuve, le Conseil d'État notamment produit tous les ans des rapports au cœur desquels il ne se contente pas de faire le bilan des décisions rendues dans l'année. Il en profite pour faire œuvre créatrice en suggérant des évolutions[3]. Ces rapports sont considérés par certains auteurs comme une véritable « *caisse de résonnance* »[4] des jurisprudences passées et semblent en profiter pour annoncer celles à venir. C'est pourquoi l'on rencontre l'utilisation de formules suggérant le changement telles qu'« *on peut s'étonner* », on « *regrette* », ou encore « *appelle des précisions* »[5]. Certains auteurs considèrent d'ailleurs que la publication annuelle du Palais-Royal est une « *institution* »[6].

Partant, tout porte à croire que le *Rapport public 2008* relatif aux contrats administratifs ait été pensé et construit selon les mêmes considérations. Gilles Pellissier a d'ailleurs souligné sa dimension prospective[7]. Le professeur Jacques Caillosse, à l'occasion de son étude relative au

---

[1] LAVERGNE B., « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit public », *RRJ*, 2008, n°1, p. 283 : « De quel droit y aurait-il un droit des juges ? L'école dite "classique" répugne en effet à leur reconnaître un pouvoir normatif, et ne leur laisse qu'une fonction déclaratoire de règles existantes : le particulier est alors entièrement subsumable sous l'universel intangible et présumé juste de la loi ».

[2] MAZEAUD H., « L'enfant adultérin et la super-rétroactivité des lois », *D.*, 1977, chron. p. 5 : « il est permis […] de se demander si le rôle des magistrats ne devrait pas se borner à appliquer la loi sans en discuter les mérités ». *Contra* : DEPREZ J., « À propos du rapport annuel de la Cour de cassation. "Sois juge et tais-toi" », *Rev. dr. Civ.*, 1976, p. 33 et s.

[3] V. notamment : MBONGO P., RENAUDIE O. (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel*, Éd. Cujas, coll. « Actes & Études », 2010, 185 p. ; BELRHALI-BERNARD H., « Les rapports publics annuels du Conseil d'État, de la Cour de Cassation et de la Cour des Comptes », *in* Ph. Raimbault et M. Hecquard-Théron (dir.), *La pédagogie au service du droit*, LGDJ, coll. « Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole », 2011, p. 275 et s.

[4] DELAUNAY B., « La résonnance jurisprudentielle du rapport », *in* P. Mbongo et O. Renaudie (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel*, *op. cit.*, p. 103.

[5] DELAUNAY B., « La résonnance jurisprudentielle du rapport », *in* P. Mbongo et O. Renaudie (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel*, *ibid.*, p. 105.

[6] MBONGO P., RENAUDIE O., « Le rapport public annuel du Conseil d'État entre expertise institutionnelle, rationalités de la décision et communauté épistémique », *in* P. Mbongo et O. Renaudie (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel*, *op. cit.*, p. 9.

[7] PELLISSIER G., « Pour un développement maîtrisé du procédé contractuel », *JCP Adm.*, 2008, act. 568.

pouvoir d'annonce de la Section des rapports et des études, a précisé le rôle joué par les *Considérations générales.* Selon lui, il s'agit ni plus ni moins qu'une esquisse de théorisation du droit administratif[1]. En ce sens, la lecture du *Rapport public 2008*[2] consacré au contrat nous permet de tirer plusieurs conclusions. Premièrement, le simple choix du contrat comme sujet révèle l'importance croissante qu'a pris ce mode d'action dans la vie administrative d'une part[3], et d'autre part autorise à mettre en perspective les évolutions jurisprudentielles immédiatement antérieures dont *Société Tropic Travaux Signalisation*[4] et *S.M.I.R.G.E.O.M.E.S*[5]. Sur ce point précis, les auteurs du rapport sont clairs et, dans l'ultime point relatif au contentieux, le choix du titre révèle assurément les prémices d'un changement de paradigme : « *Sécuriser les contrats en cas de contentieux* », au même titre que la première phrase : « *Compte tenu du rôle éminent joué par le juge administratif en la matière, sa contribution au renforcement de la sécurité juridique des contrats apparaît primordiale* »[6]. Deuxièmement, si la sécurisation des contrats devient l'*alpha* et l'*oméga* du contentieux contractuel, la formule choisie par les auteurs manifeste sans aucune ambigüité les évolutions apportées par la jurisprudence *Commune de Béziers*[7].

Victime de son contentieux durant l'état de crise, la loyauté des relations contractuelles est devenue l'instrument garantissant l'administrativité du contrat **(Paragraphe premier)**. Ce faisant, une analogie saisissante doit être faite avec l'évolution du contentieux de l'urbanisme qui a connu les mêmes transformations profondes **(Paragraphe second)**.

---

[1] CAILLOSSE J., « Le discours de la réforme administrative : de quelle réforme administrative le rapport annuel du Conseil d'État dessine-t-il les contours ? » *in* P. Mbongo et O. Renaudie (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel*, *ibid.*, p. 143 : « Au fond, tout ne se passe-t-il pas comme si le Conseil d'État cherchait, dans ses *Considérations générales*, à produire ce que la jurisprudence ne peut évidemment lui permettre de faire : une théorie du droit administratif ? ».

[2] EDCE, Rapport public 2008 : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, op. cit., p. 268.

[3] SAUVÉ J.-M., « Éditorial. Pour un développement maîtrisé du contrat », *in* EDCE, *Rapport public 2008 : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La Documentation française, 2008, p. 7.

[4] CE, Ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, préc.

[5] CE, sect., 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe [S.M.I.R.G.E.O.M.E.S]*, préc.

[6] EDCE, R*apport public 2008 : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *ibid.*, p. 268.

[7] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers,* préc.

§1. LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES GARANTISSANT L'ADMINISTRATIVITÉ DU CONTRAT

188. Suivant la méthode des « *ponts interdisciplinaires* »[1] expérimentée par le Doyen Hauriou, la comparaison des effets d'un même principe ou d'une même notion, en fonction du système juridique dans lequel il est utilisé contribue à en tirer des enseignements sur son régime. C'est, dans la même logique, la méthode utilisée par le professeur Martine Lombard pour préciser l'acception publiciste de la bonne et de la mauvaise foi[2]. S'il est communément admis que la loyauté est difficilement saisissable, la comparaison entre l'utilisation qui en est faite par le juge civil et par le juge administratif va contribuer à préciser ses contours. Dans le cadre de l'exécution des contrats en droit civil, la loyauté joue un rôle empreint de morale et son lien avec la bonne foi est évident. L'étude des effets de la loyauté des relations contractuelles en droit public diverge manifestement de son acception en droit civil et semble démontrer une distanciation avec la règle morale et, *in fine*, s'écarte de la bonne foi[3] au profit de la conduite procédurale[4].

En effet, contrairement à sa pratique en droit civil, l'exigence de loyauté des relations contractuelles en contentieux des contrats publics ne lutte pas contre le déséquilibre contractuel **(A)** et contribue à renforcer la force obligatoire du contrat **(B)**.

A) L'INDIFFÉRENCE DE LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES FACE AU DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL DE DROIT PUBLIC

189. En droit privé, l'une des principales manifestations du principe de loyauté contractuelle a pour objet et pour effet de lutter contre le déséquilibre entre parties contractantes, que celui-ci

[1] SFEZ L., *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, th. *op. cit.*, p. 262 et s.
[2] LOMBARD M., *Recherches sur le rôle de la bonne et la mauvaise foi en droit administratif français*, th. *op. cit.*, p. 25 et s.
[3] LOMBARD M., *Recherches sur le rôle de la bonne et la mauvaise foi en droit administratif français*, *ibid.*, p. 200.
[4] V. notamment : MARGUERY L., « La "loyauté des relations contractuelles" en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », art. *op. cit.*, p. 665 et s. ; LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p.367.

trouve son origine dès la formation du contrat ou qu'il survienne en cours d'exécution. Le principe de loyauté contractuelle en droit privé intervient alors au secours de la partie réputée *faible* en imposant au *sachant* diverses séries d'obligations ayant pour unique objet de limiter les déséquilibres. Donc, le principe de loyauté dont il est question en droit privé semble manifestement empreint de morale, dans la mesure où il fait référence à « *la loyauté du contractant* »[1] et est donc placé, d'une part, sur un terrain éminemment subjectif et contribue, d'autre part, à réguler les comportements des parties.

Mais, si le principe de loyauté contractuelle joue ce rôle en droit civil, la loyauté des relations contractuelles en droit des contrats administratifs apparait, en l'état actuel du droit, bien différente. L'acception privatiste de la loyauté est manifestement empreinte d'une dimension relationnelle, entre cocontractants. L'acception administrative est certes relationnelle, mais ne concerne que la relation de chaque partie au contrat administratif. Partant, la loyauté en droit privé est due à l'autre partie tandis qu'en droit public elle semble essentiellement due au contrat administratif.

190. Retenir une telle conception de la loyauté des relations contractuelles en droit public nous conduit nécessairement à présenter les deux visions du contrat administratif qui peuvent s'opposer. L'une, classique, a notamment été construite sous la plume de Georges Péquignot. Selon l'auteur, le contrat administratif ressemble davantage à un acte réglementaire qu'à un véritable contrat[2]. Le professeur Frédéric Lombard a su parfaitement résumer cette perception du contrat administratif : « *le droit du contrat administratif est un droit administratif avant d'être un droit du contrat ; […] s'agissant du contrat administratif, le qualificatif l'emporte sur le substantif* »[3]. Cette vision classique s'oppose à une approche plus libérale de la relation contractuelle. Selon cette conception, l'administrativité du contrat et son exorbitance sous-jacente cèdent sous le poids de sa dimension relationnelle[4]. Certaines évolutions jurisprudentielles récentes ont à ce titre rebattu les cartes des pouvoirs de l'administration contractante dans le cadre de l'exécution des contrats administratifs.

---

[1] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit.*, p. 27.
[2] PÉQUIGNOT G., *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th. *op. cit.*, p. 607 : « [le contrat administratif] ne lie pas l'administration comme un contrat lie un particulier ».
[3] LOMBARD F., « Loyauté et contrat administratif », *in* F. Petit (dir.), *Droit et loyauté*, *op. cit.*, p. 30.
[4] LOMBARD F., « Loyauté et contrat administratif », *in* F. Petit (dir.), *Droit et loyauté*, *ibid.*, p. 33 : « À trop jouer la carte de l'exorbitance et de l'unilatéralité, l'administration scierait, en quelque sorte, la branche du contrat administratif. La plupart des éléments de cette exorbitance jouent très rarement et jamais avec la force brutale que l'on se plaît parfois à leur accorder. En un mot, il est nécessaire, de bonne pratique, que l'administration renvoie l'image d'un cocontractant loyal, attentif ».

Ainsi, dans le cadre de la décision communément appelée « *Béziers II* »[1], le juge du contrat s'est octroyé le pouvoir d'annuler une résiliation unilatérale, qui est une mesure d'exécution du contrat administratif empreinte d'exorbitance. En ce sens, le Conseil d'État est revenu sur une jurisprudence séculaire qui interdisait en principe au juge de se prononcer sur la validité desdites mesures, pour n'ouvrir que la porte du recours indemnitaire[2]. Par voie de conséquence, les auteurs libéraux tendent irrémédiablement à parler de banalisation du contrat administratif étant entendu que l'exorbitance et les irréductibilités du droit public justifient précisément l'administrativité du contrat. Partant, renier leurs effets contribue à rapprocher le contrat administratif de son acception en droit civil.

Cela dit, s'il nous semble qu'une position intermédiaire, plus nuancée, soit plus proche de la réalité, nous nous opposons avec force aux auteurs qui voient dans « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[3] l'outil de banalisation du contrat administratif[4]. Précisément, dans ses conclusions sur la décision *Commune de Béziers*[5], Emmanuel Glaser a revendiqué la singularité du contrat administratif en raison des spécificités du droit public[6].

Classiquement, l'administration contractante est toujours présentée comme étant la partie forte. Pourtant, le traditionnel déséquilibre contractuel en faveur de l'administration est à nuancer lorsqu'on le confronte aux grandes évolutions de la matière, comme l'illustre par exemple le « *contrat de partenariat* » institué en 2004. Héritier du langage industriel[7], le partenariat acquiert ses lettres de noblesse en droit public d'abord sous la plume de la doctrine[8], puis ensuite, sous celle du législateur communautaire et ses règlementations européennes en matière de commande publique transposées ensuite en droit interne[9].

---

[1] CE, sect., 21 mars 2011, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, 31 mai 1907, *Deplanque* ; *D.*, 1907, p. 81 ; *RDP*, 1907, p. 68, note G. Jèze ; *S.*, 1907.3.113, note M. Hauriou.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] V. notamment : GILLES C., « La réforme du Code civil et les contrats publics : vers la consécration d'un droit commun des contrats ? », *CMP*, 2017, étude 2, pt. 23 : « Avec l'ordonnance du 10 février 2016, le législateur adopte une vision plus précise et plus stricte de la mise en œuvre de la théorie que le juge administratif peut suivre. Une autonomisation du droit des contrats publics ne semble pas être nécessaire sur ce point ».
[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[6] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 513.
[7] HÉMERY V., « Le partenariat, une notion juridique en formation ? », *RFDA*, 1998, p. 347 : « Des chefs d'entreprise se sont rendus compte qu'il fallait construire, notamment entre le donneur d'ordres et les sous-traitants, des rapports moins fondés sur les rapports de force et beaucoup plus sur les complémentarités ».
[8] À titre d'illustration V. notamment : FATÔME E., REDOR M.-J., « Le juge administratif et le partenariat », *in* G. Gardavaud et H. Oberdorf (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XIXe siècle*, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 93 et s.
[9] L'Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat a été abrogée par l'Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et le regroupement des marchés globaux sous l'appellation *marché public*.

Pourtant, le choix du vocable *partenariat* est un « *faux-ami* ». L'ancien Vice-président du Conseil d'État Renaud Denoix de Saint Marc l'a concédé lui-même en y voyant « *une notion assez creuse* », qui n'a pas « *de contenu précis sur le plan juridique* »[1]. Précisément, le partenariat soutient à première vue l'idée d'un travail d'égal à égal entre le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques[2], pour parvenir, *in fine,* à un résultat positif pour les parties contractantes. En réalité, le recours au partenariat témoigne d'une forme d'impuissance du pouvoir adjudicateur, notamment lorsqu'il s'agit de monter financièrement le contrat, ou pour concevoir dans sa partie technique tout ou partie de l'aspect relatif à la détermination précise de ses besoins[3]. Alors, la philosophie du partenariat est de permettre à l'expérience acquise par le secteur privé d'intervenir en renfort pour combler ces manquements.

191. Par voie de conséquence, le déséquilibre semble se renverser cette fois-ci en faveur de l'opérateur économique cocontractant de l'administration. Notons à ce titre que lesdits opérateurs économiques ont souvent été des fleurons de l'industrie nationale, de grands groupes industriels au rayonnement international au poids financier considérable. Pour preuve, les journaux d'information se sont très rapidement saisis des questions relatives à l'intérêt du partenariat public-privé, à l'aune des résultats qui n'ont pas souvent été au rendez-vous[4].

En outre, la jurisprudence semble avoir également œuvré pour un renforcement des pouvoirs du cocontractant de l'administration. En 2014, à l'occasion de l'arrêt *Société Grenke location*[5] relatif à un contrat de location de photocopieurs entre l'entreprise requérante et le *Musée des civilisations de l'Europe et de la méditerranée*, service à compétence nationale du ministère de la Culture, les magistrats du Palais-Royal ont reconnu qu'une clause contractuelle pouvait légalement organiser les modalités de résiliation du contrat à l'initiative de l'opérateur

---

[1] DENOIX DE SAINT MARC R., « La question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, p. 970.
[2] À titre d'illustration V. notamment : DE ROMEFORT A., « Partenariat, démocratie participative, évaluation et aménagement du territoire. Vers un nouveau civisme », *in* J.-C. Nemery (dir.), *Le renouveau de l'aménagement du territoire en France et en Europe*, Economica, 1994, p. 173 : « Parler de partenariat, c'est en fait occulter les rôles, les statuts, les positions, les enjeux entre acteurs » ; DELVOLVÉ P., « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *RDI*, 2003, p. 481 : « [Le partenariat] implique la parité entre les partenaires, voire l'égalité ».
[3] Article 2 de l'Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.
[4] À titre d'illustration V. notamment : BRETEAU P., LAURENT S., « Partenariats public-privé, un dispositif de plus en plus décrié », *Le Monde*, 06 juin 2015 : « Communes et "petites" structures publiques qui ont recours à ces contrats sont souvent mal armées juridiquement pour évaluer les risques et les conséquences de la signature du partenariat ».
[5] CE, 8 octobre 2014, *Sté Grenke Location*, préc.

économique. Notons toutefois que la simple présence de cette clause n'emporte pas autorisation de résilier. Précisément, cette possibilité prévue au contrat n'est légale qu'à la triple condition que la relation entre parties contractantes n'ait pas pour objet l'exécution même du service public et, dans le cas précis où l'administration n'a pas respecté ses obligations, malgré une mise en demeure préalable de le faire par le cocontractant, plus le motif d'intérêt général que l'Administration contractante doit pouvoir opposer.

192. Conscient de cette évolution, le professeur Frédéric Lombard en déduit l'existence d'un mouvement de plus en plus prégnant de « *loyauté* » de l'administration contractante dans ses relations contractuelles avec les opérateurs économiques[1]. Selon lui, l'action publique commande aux personnes publiques de ne pas trop user de l'exorbitance, au risque de faire perdre aux futurs cocontractants le souhait de s'engager par voie de contrat avec l'administration[2].

Pourtant, nous ne partageons pas cette interprétation, et ce à plusieurs titres. En effet, conformément à la distinction construite par le professeur Yves Picod[3], il semble que le professeur Frédéric Lombard confonde « *loyauté contractuelle* » et « *loyauté du contractant* ». Cette confusion est d'ailleurs prégnante lorsqu'il affirme que la « *loyauté est le fil conducteur du contrat administratif* » et qu'il le justifie en faisant référence à la bonne foi. En effet, « *la loyauté contractuelle* » est une règle procédurale tandis que la « *loyauté du contractant* » concerne davantage le comportement des parties au contrat. Par voie de conséquence, la loyauté sur laquelle est appuyée la démonstration du professeur Frédéric Lombard est davantage celle qu'il escompte plutôt que celle qui est véritablement utilisée par le juge du contrat en droit positif. Nous partageons l'idée selon laquelle le contrat administratif est transcendé par l'intérêt général et le service public dans le cas notamment des contrats de longue durée, telles les concessions et les délégations de service public. Or, ce qui est protégé par l'exigence de loyauté des relations contractuelles, en l'état actuel du droit, n'est pas la qualité de la collaboration entre les parties contractantes mais, à travers la qualité du lien, le contrat lui-même.

---

[1] LOMBARD F., « Loyauté et contrat administratif », *in* F. Petit (dir.), *Droit et loyauté*, *op. cit.*, p. 33 : « Le contexte général de l'action publique exige que l'administration soit loyale. […] En un mot, il est nécessaire, de bonne pratique, que l'administration renvoie l'image d'un cocontractant loyal, attentif ».
[2] LOMBARD F., « Loyauté et contrat administratif », *in* F. Petit (dir.), *Droit et loyauté*, *ibid.*, p. 33 : « À trop jouer de l'exorbitance et de l'unilatéralité, l'administration scierait, en quelque sorte, la branche du contrat administratif ».
[3] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit.*, pp. 22-23.

Alors, la volonté prétorienne de ne retenir que la dimension procédurale de la loyauté contribue à opérer une distanciation avec l'idée selon laquelle elle coïnciderait avec la moralisation du droit des contrats publics. Pourtant, une collaboration de qualité entre les parties contractantes, empreinte de bonne foi, participe sans contestation possible de la bonne exécution du contrat et, *in fine*, des missions de service public. Au fond, la loyauté des relations contractuelles protègerait non pas les intérêts des cocontractants, mais bien l'intérêt du contrat.

193. Ainsi, la loyauté des relations contractuelles n'équivaut pas seulement à la « *loyauté du contractant* ». Précisément, nous déduisons de l'examen de la jurisprudence que le curseur de cet instrument de protection est focalisé davantage sur l'objet du contrat que sur le cocontractant. En ce sens, la loyauté des relations contractuelles s'attache, en l'état actuel du droit, moins aux personnes et à leur attitude loyale qu'à une sorte de déférence vis-à-vis du contrat lui-même, et donc des nécessités de l'activité administrative dont il est le support essentiel. Lorsque le juge du contrat déclare un moyen irrecevable par voie d'action ou refuse de l'accueillir par voie d'exception, ce n'est pas pour protéger le cocontractant de l'administration, mais bien l'objet du contrat.

Dès lors, restreindre l'exigence de loyauté des relations contractuelles à la seule « *loyauté du contractant* » ne rend pas compte de l'état du droit positif. En conséquence, la « *loyauté contractuelle* » qui est défendue par le juge du contrat contribue à éviter les stratégies d'évitement et l'instrumentalisation de l'irrégularité au détriment du contrat lui-même. Dès lors, considérer que l'exigence de loyauté des relations contractuelles a pour effet de limiter les pouvoirs de l'administration contractante revient à faire le constat erroné que seule la personne publique pourrait vouloir nuire à la relation entre parties contractantes. À ce titre pourtant, l'administration contractante n'a pas le privilège de la déloyauté, comme l'ont démontré les stratégies d'évitement du contrat qui ont prévalu durant l'état de crise.

194. Enfin, les décisions *Société Grenke location* offrent au cocontractant de l'administration la compétence pour résilier valablement le contrat qui le lie, les conditions imposées par le juge administratif sont des plus strictes. Partant, il y a une forme de contradiction avec ce qu'a avancé le professeur Frédéric Lombard. Si pour lui la loyauté des relations contractuelles justifie le rééquilibrage de la relation contractuelle au profit de l'opérateur économique, il lui confère en réalité le pouvoir de justifier la rupture contractuelle. Pourtant, il nous semble que

l'exigence de loyauté des relations contractuelles contribue, bien au contraire, à renforcer la force obligatoire du contrat en dépit de son irrégularité.

B) LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES GARANTE DE L'APPLICATION DU CONTRAT LIBREMENT SIGNÉ MÊME IRRÉGULIÈREMENT FORMÉ

195. Lorsque Georges Péquignot a affirmé que le contrat administratif « *ne lie pas l'administration comme un contrat lie un particulier* »[1], il semble que d'une certaine manière, l'évolution du droit des contrats administratifs lui a donné raison, mais sous un angle bien différent. Précisément, le Doyen montpelliérain voulait exprimer que, conformément aux spécificités du droit public, l'administration contractante doit être en mesure de rompre son contrat administratif pour un motif d'intérêt général. Le changement de paradigme en contentieux des contrats administratifs, poursuivi par la décision *Commune de Béziers,* a fait de la force obligatoire du contrat et le renforcement du lien entre les parties contractantes[2], le cheval de bataille du juge du contrat **(1)**, démontrant l'enracinement de cette politique jurisprudentielle de stabilisation dans un mouvement de plus grande ampleur relatif aux irrégularités consenties **(2)**.

1. Le renforcement du lien contractuel par la loyauté des relations contractuelles

196. Nous partageons en effet l'idée selon laquelle le contrat administratif ne lie pas l'administration contractante comme un contrat privé lie les particuliers. Mais il ne lie pas moins. Au contraire, à certains égards, il lie davantage. Ce constat est la clé de voute du changement de paradigme précédemment évoqué. Précisément, l'intérêt général et la continuité du service public justifient les contraintes qui pèsent sur l'exercice du droit de

[1] PÉQUIGNOT G., *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th. *op. cit.*, p. 607.
[2] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 365.

critique des requérants contre le contrat administratif. En ce sens, c'est bien la force obligatoire du contrat qui se trouve renforcée par l'évolution de la jurisprudence et l'avènement, en jurisprudence, de l'exigence de loyauté des relations contractuelles. Si l'ancien article 1134 et le nouveau 1103 du Code civil expliquent que la convention *légalement* formée fait office de loi des cocontractants en droit civil, le contrat même *illégalement* formé fait office de loi en droit public[1], exception faite des « *irrégularités de premier rang* »[2] dont, notamment, celles qui ont vicié le consentement du contractant[3].

Alors, l'exigence de loyauté des relations contractuelles intervient en soutien de l'objectif de stabilité des relations contractuelles en jouant le rôle de l'outil entre les mains du juge lui permettant de réguler l'efficacité des moyens tirés d'irrégularités soulevés par les cocontractants-requérants. Formulé autrement, il s'agit de ce que le professeur Jean-François Lafaix a décrit comme étant « *la primauté donnée à l'application du contrat* »[4], dans l'hypothèse où il a été signé librement. Dans ce cas, la force obligatoire du contrat l'emporte sur le respect absolu du principe de légalité. C'est la raison pour laquelle l'auteur en déduit l'avènement[5] de « *la dimension institutionnelle du contrat administratif* »[6].

197. En effet, l'étude du contrat administratif comme instrument juridique à disposition des personnes publiques peut être abordée sous deux angles différents. Soit l'analyste restreint le champ de son étude au contrat administratif *stricto sensu*, sorte d'analyse *micro-juridique*, soit il dépasse le carcan de l'instrument juridique pour tendre vers l'étude *macro-juridique* et par là même, étudier les ramifications et les imbrications du contrat administratif dans la vie

---

[1] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *ibid.*, p. 365.
[2] DOUTEAUD S., « Précisions sur l'action en contestation de validité ouverte aux cocontractants », art. *op. cit.*, p. 1414.
[3] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 374 : « dès lors que les parties ont, en toute liberté, donné leur consentement, elles sont tenues par leur engagement, quand bien même elles auraient contracté dans des conditions irrégulières. La liberté et le respect de l'engagement l'emportent, en principe, sur la légalité de l'engagement ».
[4] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 367.
[5] HAMELIN J.-F., MULLER É., « La qualification du contrat », *in* V. Bouhier et D. Houtcieff (dir.), *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif. Droit comparé interne*, *op. cit.*, p. 6 : « il semble de prime abord que durant les dernières décennies, la théorie du contrat ait beaucoup gagné du terrain sur celle de l'institution ».
[6] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *ibid.*, p. 366 : « Ce contrat constitue un cadre évolutif dont les parties ne peuvent aisément s'extraire ».

des administrés[1]. Conformément aux enseignements d'Hauriou, c'est la seconde méthode qui nous intéresse ici. Clé de voute de « *la théorie de l'institution* »[2], « *la grande affaire* »[3] de la vie du maître toulousain réceptionnée en Allemagne par Carl Schmitt[4], trois éléments de définition sont livrés par le professeur Sfez. Selon lui, la théorie de l'institution repose sur « *l'organisation sociale* » qui est reconnue par tous et « *dont la permanence est assurée par un équilibre de forces internes* »[5].

Dans son analyse *macro-juridique*, le contrat administratif est indiscutablement « *un élément de l'État* »[6]. Classiquement, l'État moderne a pour mission de garantir l'intérêt général[7]. En fonction justement de la nature de l'État, son lien avec l'intérêt général[8] fluctue nécessairement en intensité. Pour preuve, le modèle socialiste ou collectiviste d'un État diffère rigoureusement d'un système libéral relativement à l'intervention de la puissance publique dans la direction de l'économie ou encore vis-à-vis de la place et du poids occupés par l'administration dans le quotidien des administrés. Le professeur Jacques Chevallier a érigé l'intérêt général « *comme un principe fondamental de légitimation du pouvoir dans les*

---

[1] SCHMITZ J., *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, th. Toulouse 1, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2013, p. 490 : « au-delà du renouvellement apporté à la compréhension du phénomène juridique, et en particulier à l'État de droit, le soubassement vitaliste de la théorie institutionnelle permet d'adopter une conception élargie de la science elle-même, remettant en cause la distinction classique entre les sciences de la nature, portant sur des phénomènes naturels et les sciences de l'esprit, portant sur des phénomènes résultant de l'activité humaine ».

[2] SCHMITZ J., *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, *ibid*., p. 129 : « Or, la découverte du phénomène social et l'ouverture du droit à la sociologie vont conduire à leur remise en cause. Le début du XXe siècle est alors marqué par un climat de doute, propice à la remise en question des principes juridiques. L'idée du social devient ce nouvel espace épistémologique, générant de nouveaux modèles théoriques, comme la théorie de l'institution. L'œuvre de Maurice HAURIOU participe en effet à ce travail de remise en question des concepts juridiques, révélant le décalage permanent entre les concepts juridiques tenues pour éternellement acquises et l'évolution rapide et imprévisible des rapports sociaux ».

[3] MARTY G., « La théorie de l'Institution », in *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence. Journées Hauriou,* Toulouse, mars 1968, Pédone, 1969, p. 32 : « De cette théorie il écrit lui-même dans sa correspondance avec Jacques Chevallier qu'elle a été la grande affaire de sa vie ».

[4] JOUANJAN O., « Sur une réception allemande de la pensée de Maurice Hauriou : Carl Schmitt et la théorie de l'institution », *in* Ch. Alonso, A. Duranthon, J. Schmitz (dir.), *La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ?*, PUAM, 2015, pp. 182 et s.

[5] SFEZ L., *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, th. *op. cit*., p. 89.

[6] HAURIOU M., *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 201 : « Il n'entre pas dans le plan de cet ouvrage de faire du contrat une étude directe et principale. Il ne nous intéresse que comme élément de l'État, par ses rapports avec les autres éléments généraux, tels que le commerce juridique ou l'institution ».

[7] JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif*, t. 2, 3ème éd., Dalloz, 2004, p. 1 : « Dans tous les pays civilisés, l'administration a pour mission de satisfaire aux besoins d'intérêt général [...] ».

[8] CHEVALLIER J., « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, *op. cit.*, p. 84 : « Érigé en instance supérieure et transcendante au corps social, l'État est en effet conçu, dans la perspective tracée par HEGEL comme le dépositaire d'un intérêt général commun à l'ensemble de la société [...] ».

sociétés modernes »[1]. En France, la vision classique que l'on peut avoir de l'intérêt général fait immédiatement référence au service public, étant entendu que le premier conditionne l'existence du second[2], comme l'a affirmé justement Gaston Jèze[3]. Selon lui, le droit public dans sa globalité serait en définitive le droit du service public[4].

Cependant, lorsque le Doyen Hauriou a analysé le contrat administratif dans sa dimension *macro-juridique*, il l'a mis en perspective avec « *l'institution* »[5]. Donc, le contrat est bien au service de l'institution. Le premier, logiquement fragile et éphémère, œuvre pour l'accomplissement de la seconde, imaginée et construite pour être pérenne[6]. Par conséquent, si le contrat est bel et bien « *un élément de l'État* »[7] irrémédiablement lié à l'intérêt général et au service public, l'instrument juridique qu'est le contrat administratif joue un rôle éminemment important et entretient des liens étroits aussi bien avec l'intérêt général[8] que le service public selon Hauriou[9]. Pour s'en convaincre, le Conseil d'État a notamment affirmé « *qu'en contractant, l'administration n'a pas pu avoir d'autre objectif que la satisfaction de l'intérêt général* »[10].

---

[1] CHEVALLIER J., « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, *ibid.*, p. 83.

[2] COQ V., *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, th. *op. cit.*, p. 119 : « Au XIXe siècle, l'élément déterminant de la notion de service public est l'intérêt général ».

[3] JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif*, T. 2, *op. cit.*, p. 20 : « À quoi reconnaît-on que la volonté des gouvernants a été de satisfaire à un besoin d'intérêt général par le procédé technique du service public proprement dit ? ».

[4] JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif*, T. 1, 3ème éd., Dalloz, 2005, p. 1 : « Le droit public et administratif est l'ensemble des règles relatives aux services publics. Tout pays civilisé a des services publics, et, pour le fonctionnement régulier de ces services, il existe *nécessairement* des règles juridiques spéciales ».

[5] SCHMITZ J., *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, th. *op. cit.*, p. 51 : « Au sein des nombreux écrits du doyen HAURIOU, la théorie de l'institution constitue l'expression majeure de son apport à la science juridique contemporaine ».

[6] HAURIOU M., *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 204 : « La donnée essentielle des relations du contrat et de l'institution consiste en ceci que l'institution est faite pour durer tandis que le contrat n'est pas fait pour durer ».

[7] HAURIOU M., *Principes de droit public*, *ibid*., p. 201.

[8] V. notamment : LINOTTE D., *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, th. Bordeaux I, 1975, p. 156 ; TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, th. *op. cit*., p. 171 et s. ; VIVIANO M., *La théorie de la distinction des recours et le contentieux administratif contractuel*, th. *op. cit*., p. 101 et s. ; UBAUD-BERGERON M., *La mutabilité du contrat administratif*, Montpellier I, th. *op. cit*., p. 425 et s.

[9] V. notamment : HAURIOU M., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Centre de philosophie politique et juridique, 1986, réédition du n°23 des Cahiers de la nouvelle journée, 1933, p. 130 : « Ou bien cette institution est incorporée au contrat lui-même, comme dans les concessions de services publics [...] ; ou bien, sans être incorporée au contrat, elle pèse néanmoins sur lui [...] » ; CLAMOUR G., « Service public et contrat public », in *Le service public,* Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », 2014, p. 237 : « Au-delà, bien au-delà, de la qualification des contrats administratifs, contrats publics et service public entretiennent des liens très étroits [...] ».

[10] CE, 9 janvier 1930, *Ministre de la Marine*, Lebon, p. 23.

198. Partant, il demeure une opposition claire entre l'application du principe de loyauté contractuelle en droit privé et l'exigence de loyauté des relations contractuelles en droit administratif. Ainsi, en présence d'un conflit entre particuliers, le principe de loyauté contractuelle peut servir de fondement juridique pour que les parties contractantes puissent rompre le contrat en raison notamment d'un manquement d'une des parties à ses obligations positives. En effet, la loyauté contractuelle peut jouer le rôle d'élément déclencheur de l'exercice du droit de critique du cocontractant permettant l'engagement de la responsabilité de la partie déloyale hors le champ du contrat[1]. Or, comme nous avons déjà eu l'occasion de le démontrer, l'exigence de loyauté des relations contractuelles construite par les magistrats du Palais-Royal est bien différente.

En effet, la loyauté des relations contractuelles en droit des contrats administratifs sert, au contraire, de justification à l'extrême sévérité du juge en présence d'un recours en contestation de validité du contrat, aussi bien par voie d'action que par voie d'exception. En d'autres termes, l'exigence de loyauté est l'*alpha* et l'*oméga*, l'outil régulant les moyens tirés d'irrégularités. Donc, l'acception publiciste de la loyauté des relations contractuelles démontre les liens étroits qu'elle entretient avec la force obligatoire du contrat. En ce sens, le contrat étant signé pour être exécuté, cet outil régulateur contribue à imposer, par principe, l'exécution du contrat, en dépit de l'éventuelle irrégularité, tant qu'elle n'est pas regardée comme suffisamment grave en tout cas ; cette dernière ne pouvant alors plus être considérée comme le prétexte pour s'évader de la relation entre parties contractantes. C'est la raison pour laquelle la politique jurisprudentielle prévalant depuis les arrêts fondateurs semble inscrire le contentieux des contrats publics dans un mouvement d'une plus grande ampleur, d'une grande cohérence et harmonisée dans les différents domaines du contentieux administratif[2], avec pour point commun le phénomène de l'irrégularité consentie[3].

---

[1] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *ibid.*, p. 368 : « en droit privé, la loyauté ne sert pas qu'à garantir la primauté de l'application du contrat. Elle sert aussi à limiter l'application du contrat, soit en favorisant sa contestation ou l'engagement de la responsabilité délictuelle de la partie déloyale […] ».

[2] DOUTEAUD S., « La politique jurisprudentielle de stabilisation des actes administratifs accusés d'irrégularité », *in* J. Aspiro Sedky, R. Brett, A. Michel et N. Thiébaut (dir.), *Les Politiques jurisprudentielles. Actes de la journée d'étude des jeunes chercheurs de l'Institut de droit public [IEDP]*, *op. cit.*, p. 117 : « L'étude du fonctionnement de la politique jurisprudentielle indique que les techniques stabilisatrices sont guidées par une même logique qui détermine sa substance. La méthode du bilan, bien connue des administrativistes, diffuse ses effets dans l'ensemble du contentieux ».

[3] V. notamment : LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.,* p. 1090 : « Dans ce nouveau cadre, la contestation d'une irrégularité n'implique plus nécessairement la disparition rétroactive du contrat » ; DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le*

2. La loyauté des relations contractuelles renforçant la politique jurisprudentielle des irrégularités consenties

199. Dans le cadre de la politique jurisprudentielle en faveur de la stabilité des actes[1] que l'administration produit, le Conseil d'État a admis qu'un acte irrégulier ne doit pas pour autant conduire à sa disparition de l'ordonnancement juridique[2]. Pour saisir le sens de ce mouvement, relisons la thèse du professeur René Hostiou : « *Couvrir une irrégularité [...] consiste, pour le juge administratif, à prendre acte de celle-ci en considérant pour des motifs qui peuvent être très divers que celle-ci peut être négligée* »[3]. En faisant le choix de neutraliser les effets de l'irrégularité, le juge administratif opère une balance entre l'intensité du moyen et la sécurité juridique commandant la stabilité de l'acte. Donc, l'imperfection de l'acte peut ne pas devenir une irrégularité susceptible d'entraîner l'annulation de l'acte[4].

200. Dans cette perspective, le droit des contrats publics ne fait pas figure d'exception. C'est encore davantage le recours pour excès de pouvoir qui fait office de figure de proue de ce mouvement. Le professeur Benjamin Defoort a ainsi souligné que la transformation de l'office du juge de l'excès de pouvoir pour qu'il soit bien plus attentif de la stabilité des actes[5]. Le professeur David Bailleul a qualifié ce changement de « *profonde mutation* »[6]. De plus et comme l'a très justement rappelé Aurélie Bretonneau dans ses conclusions sur la

---

juge administratif de la validité, th. *op. cit.*, p. 365 : « l'inobservation de la règle de droit ne se traduit pas par l'existence d'un vice qui exposerait le contrat à une sanction juridictionnelle ».

[1] V. notamment : BAILLEUL D., « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA*, 2004, p. 1626 ; SEILLER B., « L'illégalité sans annulation », art. *op. cit.*, p. 963 ; BROYELLE C., « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *Dr. adm.*, mars 2004, p. 8.

[2] DOUTEAUD S., « La politique jurisprudentielle de stabilisation des actes administratifs accusés d'irrégularité », *in* J. Aspiro Sedky, R. Brett, A. Michel et N. Thiébaut (dir.), *Les Politiques jurisprudentielles. Actes de la journée d'étude des jeunes chercheurs de l'Institut de droit public [IEDP]*, *op. cit.*, p. 107 : « Le juge assume plus volontiers sa posture de sauveur des actes de l'administration lorsque ceux-ci sont menacés d'annulabilité, laissant entrevoir l'existence d'une véritable politique jurisprudentielle tournée vers la stabilisation des actes administratifs ».

[3] HOSTIOU R., *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, th., LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 119, 1975, p. 275.

[4] DOUTEAUD S., « La politique jurisprudentielle de stabilisation des actes administratifs accusés d'irrégularité », *in* J. Aspiro Sedky, R. Brett, A. Michel et N. Thiébaut (dir.), *Les Politiques jurisprudentielles. Actes de la journée d'étude des jeunes chercheurs de l'Institut de droit public [IEDP]*, *op. cit.*, p. 107 : « Le juge cherche à empêcher l'altération des effets d'un acte administratif en dépit de son imperfection. Pour y parvenir, il s'est doté des bons outils en sélectionnant les techniques juridictionnelles permettant de préserver un acte […] ».

[5] DEFOORT B., « Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents », *RFDA*, 2018, pp. 1071-1072 : « Il s'est agi aussi, dans un même mouvement, d'éviter que la saisine du juge n'aboutisse inutilement – ou de manière trop perturbatrice de la sécurité juridique – à des annulations qui auraient pu être évitées ».

[6] BAILLEUL D., « Les nouvelles méthodes du juge administratif », art. *op. cit.*, p. 1630.

décision d'assemblée *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*[1], l'irrégularité consentie revient *in fine* à adapter l'office du juge « aux exigences du temps », période marquée par une politique jurisprudentielle « *devenue rétive aux annulations inutiles* »[2]. En l'espèce, le Conseil d'État a jugé qu'au-delà du délai de recours contentieux, les requérants ne peuvent plus utilement se prévaloir, par voie d'exception ou par le biais de la contestation d'un refus d'abroger, des moyens tirés d'irrégularités relatifs à la forme de l'acte réglementaire ou à sa procédure d'édiction. Le lien avec les jurisprudences *Danthony*, *Association AC !*[3] ou encore *Czabaj*[4] se devine.

Dans ces conditions, c'est de la mission principale du juge administratif dont il est question. À ce titre, le président Daniel Chabanol a présenté ce qu'il pense être les conséquences dangereuses de cette politique jurisprudentielle : « *où va le recours pour excès de pouvoir ? À partir du moment où j'admets que devant le juge de l'annulation, l'administration peut justifier par tous moyens le bien-fondé de la position qu'elle a prise, elle va pouvoir aussi s'absoudre d'un certain nombre de vices y compris de vices de forme. Pourquoi pas ? C'est peut-être ce que porte en germe éventuellement Hallal et ce que je crains alors que personnellement j'étais très partisan de cette évolution. Je crains qu'un jour on nous dise il y a eu incompétence, il y a eu vice de forme, la belle affaire, de toute façon voilà les bonnes raisons qu'on avait pour prendre cette décision… Ce jour, il n'y aura plus de recours pour excès de pouvoir* »[5]. Cette politique jurisprudentielle démontre en tout cas la démarche consciente des magistrats du Palais-Royal. L'irrégularité consentie est un choix fort du juge

---

[1] CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, n°414583 ; *RFDA*, 2018, p. 649, concl. A. Bretonneau ; *ibid.,* p. 662, note D. de Béchillon ; *ibid.*, p. 665, note P. Delvolvé ; *Dr. adm.*, 2018, repère 7, note B. Plessix ; *JCP Adm.*, 2018, act. 469, note M. Touzeil-Divina ; *AJDA*, 2018 p. 1009 ; *ibid.* p. 1206, chron. S. Roussel et Ch. Nicolas.

[2] BRETONNEAU A., « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *RFDA,* 2018, p. 649. Sur cette question, V. notamment les remarques de D. DE BÉCHILLON, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires – *Contre* », *RFDA*, 2018, p. 662.

[3] CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n°255886 et n°255892 : *Rec.* p. 197, concl. C. Devys ; *AJDA*, 2004, p. 1183, chron. J.-E. Schoetti ; *D.*, 2004, p. 1499, et les obs. ; *ibid.*, p. 1603, chron. B. Mathieu ; *ibid.*, 2005, p. 26, obs. P.-L. Frier ; *ibid.*, p. 2187, obs. C. Willmann, J.-M. Labouz, L. Gamet et V. Antoine-Lemaire ; *Just. & cass.*, 2007, p. 15, étude J. Arrighi de Casanova ; *Dr. soc.*, 2004, p. 762, étude P. Langlois ; *ibid.*, p. 766, note X. Prétot ; *RFDA*, 2004, p. 438, note. J.-H. Stahl et A. Courrèges ; *ibid.*, p. 454, concl. C. Devys.

[4] CE, Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, n°387763 : *Rec.* p. 340 ; *AJDA*, 2016, p. 1479 ; *ibid.*, p. 1629, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *AJFP*, 2016, p. 356 et les obs. ; *AJCT*, 2016, p. 572, obs. M.-C. Rouault ; *RDT*, 2016, p. 718, obs. L. Crusoé ; *RFDA*, 2016, p. 927, concl. O. Henrard; *RTD com.*, 2016, p. 715, obs. F. Lombard ; *GAJA.*

[5] CHABANOL D., « Observations », *in* B. Bonnet (dir.), *Regards de la Communauté juridique sur le contentieux administratif. Hommage à Daniel Chabanol*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2009, p. 87.

administratif. Il ne la subit pas. Il l'impose[1]. Pour rendre sa décision, le cheminement intellectuel qu'il opère confine au bilan, en fonction d'enjeux qu'il a lui-même révélés ou construits[2].

201. Dans le cas précis du contentieux entre parties contractantes, le juge administratif se sert de son instrument qu'est l'exigence de loyauté des relations contractuelles à dessein. Ainsi, cela l'autorise à mettre en perspective et en balance l'irrégularité contractuelle et la stabilité du contrat administratif. Ce faisant, il effectue une hiérarchie des irrégularités et apporte une lecture singulière de la distinction entre « *irrégularité* », « *illégalité* » et « *invalidité* ». En ce sens, l'irrégularité consentie autorise le juge du contrat à déconnecter le lien qui peut légitimement exister avec l'invalidité du contrat administratif.

Par voie de conséquence, la seule source d'invalidité d'un contrat repose sur « *les irrégularités de premier rang* » qui sont alors des illégalités. Celles-ci sont les seules qui doivent être soulevées par le juge du contrat ou être invoquées devant lui. Il s'agit alors de l'étendue du champ des moyens d'ordre public et peuvent emporter l'anéantissement du contrat administratif. Preuve s'il était encore besoin de le faire du rôle actif du juge en la matière, le professeur Camille Broyelle a pris position contre l'anticipation par principe des effets des irrégularités sur la validité de l'acte. Selon l'auteur, « *l'impact potentiel d'un vice ne se constate pas ; il se décide* »[3]. En l'occurrence, le juge décide que l'impact de certains vices sera nul.

Contrairement au juge judiciaire, le juge administratif a fait le choix de la pérennité de la relation contractuelle et la protection de sa force obligatoire. Pour s'en donner les moyens, c'est de manière prétorienne qu'a été dégagée l'exigence de loyauté des relations contractuelles, outil régulateur[4] entre les mains du juge du contrat, devenu « *juge de la*

---

[1] DOUTEAUD S., « La politique jurisprudentielle de stabilisation des actes administratifs accusés d'irrégularité », *in* J. Aspiro Sedky, R. Brett, A. Michel et N. Thiébaut (dir.), *Les Politiques jurisprudentielles. Actes de la journée d'étude des jeunes chercheurs de l'Institut de droit public [IEDP]*, *op. cit.*, p. 108 : « C'est là que se manifeste l'existence d'une politique jurisprudentielle : le juge n'est jamais obligé de recourir à l'une des techniques […]. Il le fait toujours par choix. Il "choisit" de sauver ce qu'il estime devoir être juridiquement viable ».

[2] Tel est notamment le rôle de la stabilité des relations contractuelles, qui a acquis le rang d'objectif depuis la décision *Commune de Béziers*. En matière de recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif, l'objectif de stabilité du contentieux contractuel prend l'apparence du principe de sécurité juridique, devenu principe général du droit depuis la décision *Société KPMG.*

[3] BROYELLE C., « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif », art. *op. cit.,* comm. 2089.

[4] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 369 :

stabilisation »[1]. Il faut donc admettre la singularité de la loyauté des relations contractuelles en contentieux des contrats publics. Cette dernière, contrairement au droit civil des obligations, intervient pour neutraliser l'effectivité du droit de critique du cocontractant. Formulé autrement, il s'agit pour le juge du contrat d'ordonner aux parties contractantes de poursuivre l'exécution d'un contrat irrégulier, ou de préserver ses effets passés s'il fait le choix de la résiliation.

202. Cela étant dit, le cocontractant-requérant en droit public se trouve considérablement limité dans ses possibilités de contestation, en raison justement de la loyauté des relations contractuelles. Une analogie s'impose donc avec l'étude du contentieux de l'urbanisme, lui aussi confronté à un état de crise dépassé par des procédés stabilisateurs dont la ressemblance avec le contentieux des contrats administratifs paraît digne d'être soulignée.

§2. L'ANALOGIE SAISISSANTE ENTRE L'ÉVOLUTION DU RECOURS DES PARTIES CONTRACTANTES ET LE CONTENTIEUX DE L'URBANISME

203. L'analogie[2] entre le contentieux des parties à un contrat administratif avec l'opération de restructuration du contentieux de l'urbanisme est riche d'enseignements[3] notamment du point de vue de l'intensité de la crise qui les a frappé **(A)**, dont le dépassement est source d'inspiration pour le juge du contrat **(B)**.

« En tant qu'elle empêche la remise en cause d'un acte juridique, l'exigence de loyauté est une sorte de réplique [au sens sismologique] du principe de sécurité juridique, qui est également lié à l'idée de prévisibilité ».

[1] DOUTEAUD S., « La politique jurisprudentielle de stabilisation des actes administratifs accusés d'irrégularité », *in* J. Aspiro Sedky, R. Brett, A. Michel et N. Thiébaut (dir.), *Les Politiques jurisprudentielles. Actes de la journée d'étude des jeunes chercheurs de l'Institut de droit public [IEDP]*, *op. cit.*, p. 118.

[2] Le 4 novembre 2019 a eu lieu à l'Université Paris II, une journée d'études dirigée par le Centre de Recherches en Droit Administratif et relative à l'étude des « *contentieux spéciaux : un laboratoire du procès administratif* » avec notamment la communication du professeur Rozen Noguellou en matière de contentieux de l'urbanisme.

[3] BRACONNIER S., « Éthique, droit pénal et commande publique », in *Variations autour du droit public. Mélanges en l'honneur de Christian Debouy*, *op. cit.*, p. 41 : « En dépit des progrès réalisés dans la simplification et la rationalisation du droit de la commande publique, ce dernier demeure, au même titre que le droit de l'urbanisme, un terrain majeur de préoccupation pour beaucoup d'élus et de décideurs locaux ».

A) DEUX PANS DU DROIT INDISCUTABLEMENT VICTIMES DE LEUR CONTENTIEUX

204. Lié avec force aux spécificités du droit public, le contrat administratif est irrémédiablement sous tension lorsque les possibilités de le remettre efficacement et aisément en cause sont réelles. Précisément, la simplicité par laquelle les requérants ont pu obtenir le constat de la nullité de nombreux contrats révèle l'existence d'une épée de Damoclès contentieuse au-dessus de l'exécution sereine des obligations. Les conséquences en matière de continuité du service public ont été lourdes sur ce point. Précisément, c'est la raison pour laquelle nous avons qualifié cette période d'insécurité des relations contractuelles d'état de crise du contrat.

205. Pour autant, le contrat n'a pas été le seul mode d'action de l'administration sous tension à être victime de son contentieux. Dès 1974, le professeur Jean-Paul Gilli a souligné les incertitudes et les insuffisances du contentieux de l'urbanisme[1]. Eu égard en effet aux enjeux évidents associés au secteur de la construction des bâtiments[2], les autorisations d'urbanisme sont un exemple topique d'une situation de crise[3] restructurée pour tendre vers la stabilité. Pour s'en convaincre, notons avec le professeur Rozen Noguellou que « *le constat selon lequel le droit de l'urbanisme souffre de son contentieux a été fait dans les années 1990 et il a entraîné une importante réaction législative avec la loi Bosson*[4] *de 1994. Le but était alors de prévenir les contentieux et d'en limiter les conséquences* »[5] pour que l'adage selon lequel « *quand le bâtiment va, tout va* » retrouve de sa superbe[6].

---

[1] GILLI J.-P., « Le contrôle juridictionnel du permis de construire : incertitudes et insuffisances », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline,* t. II, LGDJ, 1974, p. 467.

[2] NOGUELLOU R., « Intérêt pour agir et contentieux de l'urbanisme », in *Études offertes au professeur René Hostiou*, Litec, 2008, p. 435 : « Il s'agit, en premier lieu, d'un contentieux qui porte sur un secteur économique crucial, le bâtiment, pour lequel les différents intervenants – promoteurs, acquéreurs, collectivités publiques – revendiquent la plus grande sécurité juridique possible ».

[3] À titre d'illustration, V. notamment : HÉLIN J.-C., « Urbanisme et démocratie », *AJDA*, 1993, p. 184 : « un contentieux dont le coût économique et financier est élevé, aussi bien pour l'État, que pour les collectivités locales et les opérateurs privés » ; JACQUOT H., « L'impossible stabilisation des règles locales d'urbanisme », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, Montchrestien, 2007, p. 591 : « Ces règles sont affectées d'une instabilité chronique qui frise parfois à la volatilité ».

[4] EDCE, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, La documentation française, 1992 ; Loi n°94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, *J.O.R.F.* n°34, 10 février 1994, p. 2271.

[5] NOGUELLOU R., « Intérêt pour agir et contentieux de l'urbanisme », in *Études offertes au professeur René Hostiou*, *op. cit.*, p. 435.

[6] RICHARD M., « L'office du juge administratif en contentieux de l'urbanisme », *in* J.-F. Lafaix (dir.), *Le renouvellement de l'office du juge administratif*, Berger-Levrault, coll. « Au fil du débat », 2017, p. 80 :

Les termes du débat étaient les suivants : les requérants potentiels étaient nombreux, et ils pouvaient intenter un recours en excès de pouvoir contre les actes réglementaires – PLU et SCOT – et les actes individuels pris sur le fondement de ces actes réglementaires. En ce qui concerne les tiers, le recours pour excès de pouvoir n'était ouvert, classiquement, qu'aux personnes « *"intéressées" par l'acte* »[1].

Or, contre l'acte réglementaire, le simple fait d'être habitant suffit à remplir la condition de l'intérêt à agir. Contre l'acte individuel, le Conseil d'État s'est servi du critère de voisinage[2], apprécié avec une certaine exigence[3] dans la mesure où être habitant de la commune[4], ou être contribuable local[5] ne suffisaient pas. Pour s'en convaincre, la rédaction pédagogique de la décision *M. Fourel*[6] était éloquente et n'ouvrait le recours que si le requérant habite « *à proximité de la construction en cause* ».

206. S'il ne nous appartient pas d'entrer ici dans les débats relatifs à l'évolution structurelle du contentieux de l'urbanisme, nous pouvons cependant étudier les mécanismes stabilisateurs utilisés par le juge administratif saisi d'un pareil recours afin de démontrer la possibilité, pour un contentieux en crise, d'en sortir par le truchement d'outils stabilisateurs[7]. Le contentieux de l'urbanisme et le contentieux des contrats publics entretiennent en effet des rapports étroits, étant entendu que des analogies se manifestent en étudiant les deux domaines, qu'il

---

« "Quand le bâtiment va, tout va" nous dit l'adage et il semble bien que le juge de l'urbanisme soit invité, par les réformes successives touchant à son office, à apporter son écot à la prospérité économique ».

[1] AUBY J.-M., DRAGO R., *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n°1116.

[2] À titre d'illustration, V. notamment : LEYAT P., *La responsabilité dans les rapports de voisinage*, th. Toulouse, 1936, p. 14 : « [La caractérisation de la notion de voisinage porte davantage sur des] intuitions innées… sans contours bien déterminés » ; ROMAN D., « Le voisinage en droit administratif des biens », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, *op. cit.*, p. 723.

[3] NOGUELLOU R., « Intérêt pour agir et contentieux de l'urbanisme », in *Études offertes au professeur René Hostiou*, *op. cit.*, p. 439 : « Tout est alors affaire d'espèce, la notion de "voisinage" étant naturellement impossible à définir de manière abstraite. L'importance de l'opération conduit en principe à accroître le cercle des voisins ; la visibilité est également un critère pris en compte, même si, en principe, il ne saurait s'agir d'un critère déterminant ».

[4] CE, 6 juin 1973, *Dame Charlot* : *Rec.*, p. 404.

[5] CE, 22 janvier 1988, *M. Laugt*, n°51687 : *Rec.*, p. 946.

[6] CE, 8 avril 1987, *M. Fourel*, n°50755 : *Rec.* p. 1021 : « Ni la qualité de simple habitant de la ville de Valence, même désireux de faire préserver le caractère esthétique de celle-ci et d'assurer le respect du plan d'occupation des sols dont elle est dotée, ni celle de client éventuel du magasin reconstruit, ni celle d'automobiliste ou de piéton susceptible d'utiliser la voie publique où se trouve situé ce magasin, ni celle de propriétaire de parcelles constructibles sur le territoire de la commune dès lors que ces parcelles ne sont pas à proximité de la construction en cause ou sont sans lien, en fait ou en droit, avec elle, ni celle de contribuable communal, ne constituent des titres de nature à conférer à M. Fourel un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation du permis dont il s'agit ».

[7] DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit.*, p. 21 : « le phénomène stabilisateur se manifeste uniquement par l'utilisation de techniques juridictionnelles, ce qui suppose que le juge agisse pour les activer ».

s'agisse des origines de la crise – qualifiée comme telle par la plus haute juridiction administrative en matière d'urbanisme[1] – ou des modalités de dépassement de cet état. Sollicitée par l'ancien Premier ministre Michel Rocard[2], la Section des rapports et des études du Conseil d'État a établi un rapport en 1992 qui a été à l'origine des évolutions législatives ultérieures. Le titre dudit rapport est à la hauteur de la crise : *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*.

À l'instar du droit des contrats publics, le droit de l'urbanisme souffrait d'une pathologie relative à sa complexité[3], conséquence notamment de la « *multiplicité des documents de planification, la complexité des procédures, la pluralité des acteurs et l'opiniâtreté des plaideurs* »[4] et à son adaptation au temps[5]. En outre, le début de la crise semble trouver son origine dans les lois de décentralisation, qui, en confiant aux communes de nouvelles compétences en matière d'urbanisme, ont contribué à la multiplication des procédures et, *in fine,* des contentieux. Prenant l'exemple du permis de construire, autorisation d'urbanisme par excellence, un auteur a démontré en plus de sa grande difficulté d'obtention, l'existence de remises en causes quasi systématiques. Celles-ci aboutissaient d'ailleurs une fois sur deux à la fin du XXe siècle à l'annulation du permis[6].

207. Dès lors, les crises qui ont frappé le droit de l'urbanisme et le droit des contrats publics se ressemblent manifestement. Pourtant, le contentieux de l'urbanisme a évolué bien plus

---

[1] EDCE, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, *op. cit.*, p. 5 : « Si le Conseil d'État a été appelé à porter son attention sur le droit de l'urbanisme, c'est essentiellement parce que l'idée d'une crise de ce droit paraît largement corroborée par une analyse même rapide de la situation actuelle ».

[2] La lettre de demande d'étude sur l'état du droit et du contentieux de l'urbanisme en 1990 figure en prélude du rapport du Conseil d'État 1992 : « Le droit de l'urbanisme a fait l'objet ces dernières années d'une forte évolution liée à la décentralisation et aux interférences existant entre ce droit et d'autres législations. L'instabilité croissante du droit concerne non seulement le code de l'urbanisme mais aussi les documents d'urbanisme locaux et, en particulier, les 12 000 plans d'occupation des sols aujourd'hui approuvés. Cette instabilité s'accompagne également d'une augmentation préoccupante du contentieux ».

[3] Rapport CE, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, *op. cit*., p. 6.

[4] Rapport d'information n°265 (1999-2000) de M. Louis ALTHAPÉ fait au nom de la commission des affaires économiques du Sénat, déposé le 15 mars 2000, *La modernisation du droit de l'urbanisme*, p. 53.

[5] JACQUOT H., « L'impossible stabilisation des règles locales d'urbanisme », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, *op. cit.*, pp. 591-592 : « la modification d'une règle ou d'un document supérieur peut affecter de proche en proche la légalité de tous les documents inférieurs et rendre indispensable leur adaptation ».

[6] À titre d'illustration, V. notamment : GILLI J.-P., « Contentieux du permis de construire : la légalité sous réserve », *AJDA*, 1995, p. 355 : « L'heureux détenteur de l'autorisation obtenue après tant d'embuches se trouve en effet confronté à une alternative qui n'est guère satisfaisante : soit il attend pour engager son opération la bénédiction du juge, […] soit au contraire il ouvre son chantier, mais il risque d'avoir à l'arrêter à grands frais en cas de sursis à exécution ou d'annulation et, dans ce dernier cas, il n'est pas sûr de pouvoir le reprendre si le vice qui entachait son permis n'est pas régularisable. Sachant que la plupart des permis relatifs à des opérations importantes sont frappées de recours et que ce ces derniers aboutissent une fois sur deux à une annulation, cette situation apparaît d'un coût économique exorbitant ».

rapidement que celui des contrats. Il nous revient alors d'en présenter les outils stabilisateurs qui ont conduit au dépassement de cet état de crise.

B) LE DÉPASSEMENT DE LA CRISE PAR LE TRUCHEMENT DE PROCÉDÉS STABILISATEURS

208. Nous pouvons résumer les outils stabilisateurs mobilisés par le juge administratif en contentieux de l'urbanisme sous l'appellation utilisée par le professeur Jean-Paul Gilli : « *la légalité sous réserve* »[1]. En substance, il s'agit d'une technique juridique ayant pour objet et pour effet de neutraliser les effets de certaines irrégularités par le choix d'un mode de traitement que pourrait être la régularisation. C'est par l'intermédiaire de trois lois successives que le législateur a tenté de sécuriser ce contentieux, en encadrant, d'une part, les conditions d'exercice du recours et ses conséquences d'autre part[2]. Alors, si nous avons expliqué que le contentieux des tiers-requérants contre le contrat avec la décision *Société Tropic*[3] peut être considéré comme « *un laboratoire* » du contentieux contractuel *lato sensu*, il semble que le contentieux de l'urbanisme soit *in fine* « *le laboratoire* » du contentieux administratif de manière générale[4].

209. Précisément, le mouvement de sécurisation du contentieux des autorisations d'urbanisme a été construit autour de l'idée maîtresse de *régulation*. Régulation d'une part des requérants susceptibles d'introduire un recours en excès de pouvoir en ciblant « *mieux* »[5] l'intérêt pour agir[6] confirmant le sentiment du professeur Christian Debouy selon lequel le requérant est à

---

[1] GILLI J.-P., « Contentieux du permis de construire : la légalité sous réserve », art. *ibid.*, p. 355.
[2] NOGUELLOU R., « Intérêt pour agir et contentieux de l'urbanisme », in *Études offertes au professeur René Hostiou*, *op. cit.*, p. 436.
[3] CE, Ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, préc.
[4] À titre d'illustration, V. notamment : ROLIN F., « Les perspectives de réforme du contentieux du permis de construire : ouvrons le débat ! », *AJDA*, 2005, p. 745 ; NICOUD F., *Du contentieux administratif de l'urbanisme. Étude visant à préciser la fonction du contentieux de l'urbanisme dans l'évolution du droit du contentieux administratif général*, th. Nice, PUAM, coll. « Centre de Recherches Administratives », 2006, 470 p.
[5] AUBIN E., SAVARIT-BOURGEOIS I., « 2018 : retour sur un bilan du contentieux administratif de l'urbanisme », in *Variations autour du droit public. Mélanges en l'honneur de Christian Debouy*, *op. cit.*, p. 21.
[6] Il s'agit de la conséquence des articles L. 600-1-2 et L. 600-1-3 du Code de l'urbanisme qui disposent que l'intérêt à agir contre les autorisations d'urbanisme s'apprécie à la date d'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire.

l'origine de l'insécurité contentieuse[1]. Régulation d'autre part des moyens que les tiers peuvent utilement invoquer contre l'acte. À l'instar du contentieux contractuel, c'est sur le terrain de l'exception d'illégalité que s'est inscrite la pandémie des annulations des mesures d'urbanisme[2]. La thèse de Soazic Marie relative au principe de mutabilité en droit de l'urbanisme montre que « *le caractère automatique de l'annulation des permis de construire, par la mise en œuvre du mécanisme de l'exception d'illégalité, ouverte par principe sans limites de temps*[3]*, est toutefois apparu comme fragilisant de manière excessive les autorisations d'urbanisme, dès lors que les procédures d'élaboration des documents d'urbanisme mises en place lors de la décentralisation, par leur complexité et leur lourdeur, multipliaient les risques d'illégalité* »[4].

Relativement aux personnes susceptibles d'exercer un droit de critique, nous avons déjà fait part de l'encadrement autour du critère du voisinage conformément aux dispositions de l'article L. 600-1-2 du Code de l'urbanisme[5]. C'est davantage du côté des recours contre les actes réglementaires que la régulation de l'accès au juge a été la plus prégnante. Précisément, c'est en matière de droit de critique des associations que les restrictions sont les plus notables[6], à l'aune des dispositions de l'article L. 600-1-1 du Code de l'urbanisme récemment modifié par la loi du 23 novembre 2018[7]. Conformément aux dispositions de cet article, les associations ne sont recevables à former un recours que si le dépôt de leurs statuts est intervenu avant l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire[8].

---

[1] DEBOUY CH., « Vingt ans de réformes depuis la loi Bosson : construction d'un contentieux administratif spécial de l'urbanisme ? », *JCP Adm.*, 2014, n°2233 : « la première cause de l'insécurité que crée naturellement tout contentieux, c'est le requérant » ; SEILLER B., « Juger de la légalité et distinction entre légalité interne et légalité externe », in *Juger de la légalité administrative. Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s)*, *op. cit.*, p. 66.

[2] FATÔME É., « L'exception d'illégalité des documents d'urbanisme après l'arrêt *Commune de Courbevoie* », *BJDU*, 2009, n°1, p. 2 : « le permis de construire était considéré comme constituant un acte d'application du document d'urbanisme sous l'empire duquel il était délivré ».

[3] CE, 29 mai 1908, *Poulain*, n°25488 : *Rec*. p. 580.

[4] MARIE S., *Le principe de mutabilité et le droit de l'urbanisme*, th. dactyl., Caen, 2009, p. 186.

[5] Article L. 600-1-2 du Code de l'urbanisme : « Une personne autre que l'État, les collectivités territoriales ou leurs groupements ou une association n'est recevable à former un recours pour excès de pouvoir contre une décision relative à l'occupation ou à l'utilisation du sol régie par le présent code que si la construction, l'aménagement ou le projet autorisé sont de nature à affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance du bien qu'elle détient ou occupe régulièrement ou pour lequel elle bénéficie d'une promesse de vente, de bail, ou de contrat préliminaire […] ».

[6] AUBY J.-B., PÉRINET-MARQUET H., NOGUELLOU R., *Droit de l'urbanisme et de la construction,* LGDJ, coll. « Domat droit public/privé », 10ème éd., 2015, p. 130.

[7] Loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

[8] À titre d'illustration, V. notamment : NOGUELLOU R., « Intérêt pour agir et contentieux de l'urbanisme », in *Études offertes au professeur René Hostiou*, *op. cit.*, pp. 442-443 ; AUBIN E., SAVARIT-BOURGEOIS I.,

En outre, depuis la loi Bosson, l'article R. 600-1 du Code l'urbanisme impose la notification dans les quinze jours des recours dirigés contre les décisions d'urbanisme, aussi bien à l'autorité qui a pris la décision qu'à son titulaire. En cas d'absence de notification, le recours contentieux est déclaré irrecevable.

Relativement aux moyens efficaces, dès 1992 le rapport du Conseil d'État a proposé de limiter les effets des vices de forme et de procédure[1] qui peuvent affecter un règlement d'urbanisme et, par ricochet, les actes individuels en relation direct avec lui[2]. Le législateur a repris cette idée dans la loi Bosson en son article 9, en enfermant dans un délai de six mois les possibilités pour les tiers d'invoquer efficacement un vice de forme ou de procédure par voie d'exception contre un document d'urbanisme. Ce travail législatif a contribué à la rédaction d'un article L. 600-1 du Code de l'urbanisme. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs souligné que « *la multiplicité des contestations de la légalité externe de ces actes* » faisait que l'insécurité juridique était « *particulièrement marqué[e] en matière d'urbanisme* »[3]. En substance, cela signifie que seules les irrégularités d'une forte intensité sont de nature à conduire le juge à écarter l'acte pour régler le litige. Autrement dit, certaines irrégularités sont traitées par exception parce qu'elles sont considérées comme trop graves.

Ainsi, le législateur a tenu à ce que la règle du délai soit écartée en présence d'un vice de forme relatif à la méconnaissance ou à la violation des règles impératives de l'enquête publique préalable indispensable à l'élaboration du plan d'occupation des sols et à l'absence du rapport de présentation[4]. Formulées autrement, ces règles ont tous les aspects de moyens d'ordre public justifiant que le juge écarte l'acte pour le règlement du litige.

210. Conscient des enjeux, notamment économiques des opérations d'urbanisme et de construction[5], le Conseil d'État, par une décision *Gepro*[6] du 12 décembre 1986, est à l'origine

---

« 2018 : retour sur un bilan du contentieux administratif de l'urbanisme », in *Variations autour du droit public. Mélanges en l'honneur de Christian Debouy*, art. *op. cit.*, pp. 22-23.

[1] Rapport CE, L'urbanisme : pour un droit plus efficace, op. cit., pp. 91-92.

[2] LESQUEN X. DE, *Dynamiques du droit de l'urbanisme*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2018, p. 75 : « Quel est l'effet de l'annulation du PLU sur les permis de construire en cours […]. C'est là une question essentielle, qui a occupé le juge et l'a même préoccupé ».

[3] Cons. cons., 21 janvier 1994, n°93-335DC.

[4] Rapport d'information n°265 (1999-2000) de M. Louis ALTHAPÉ fait au nom de la commission des affaires économiques du Sénat, déposé le 15 mars 2000, *La modernisation du droit de l'urbanisme, op. cit.*, p. 53.

[5] À titre d'illustration, V. notamment : SOLER-COUTEAUX P., « L'arrêt *Commune de Courbevoie* : une occasion manquée ? », *RDI*, 2008, p. 240 : « [l'évolution contentieuse doit participer] à la sécurité juridique et donc à la stabilité d'un secteur vital de l'activité économique ».

[6] CE, 12 décembre 1986, *Gepro* : *Rec.*, p. 282 ; *AJDA*, 1987, p. 279, concl. Ch. Vigouroux.

d'un mouvement ayant pour objet et pour effet de délier le permis de construire de la règlementation d'urbanisme en procédant à une relative neutralisation de l'illégalité. C'est ce que le président Labetoulle a astucieusement qualifié de « *pare-feu* »[1]. En substance, l'illégalité du règlement n'entraîne plus automatiquement l'illégalité, par ricochet, de l'acte individuel. Cette distanciation entre le permis et la réglementation a été confirmée et précisée dans l'arrêt de section *Commune de Courbevoie*[2] du 7 février 2008. Précisément, cette décision contribue à modifier la base légale sur laquelle s'appuie l'acte individuel[3]. Par voie de conséquence, le requérant doit démontrer, dans le cadre d'une exception d'illégalité, que « *le document d'urbanisme ayant servi de fondement à la délivrance de l'autorisation contestée est bien illégal, mais également que l'autorisation ne peut être sauvée en faisant application des dispositions remises en vigueur du fait de l'illégalité de ce document* »[4].

Relativement enfin à la modulation des effets de l'irrégularité, les magistrats du Palais-Royal ont œuvré à la sécurisation des documents d'urbanisme, avec pour objectif de « *trouver un juste équilibre entre principe de légalité et sécurité juridique* »[5]. Sur ce point, les évolutions législatives récentes sont riches d'enseignements. Cette fois-ci, c'est le contentieux contractuel qui a inspiré celui des autorisations d'urbanisme[6]. Pour faire suite aux propositions éclairantes au cœur du rapport du Président Labetoulle[7], l'ordonnance du 18 juillet 2013[8] a offert au juge administratif la possibilité d'annuler partiellement l'autorisation viciée à fin de régularisation, ainsi que le sursis à statuer, ayant pour objet et pour effet de permettre l'édiction d'une mesure de régularisation administrative. Cette modulation des effets de l'irrégularité se retrouve aux articles L. 600-5 et L. 600-5-1 du Code de l'urbanisme.

Ainsi, il apparaît à l'étude que ces deux pans du droit public, le droit des contrats publics et le droit de l'urbanisme, éminemment sensibles eu égard aux enjeux dont ils ont la charge, ont

---

[1] LABETOULLE D., Rapport du groupe de travail créé par lettre du 11 février 2013 de Madame Cécile Duflot, ministre de l'Égalité des territoires et du Logement, p. 3.
[2] CE, sect., 7 février 2008, *Cne de Courbevoie*, n°297227 : *Rec.*, p. 41 ; *RDI*, 2008, p. 240, note P. Soler-Couteaux ; *BJDU*, 2008, p. 459, concl. A. Courrèges, obs. J.-C. Bonichot ; *RFDA*, 2008, p. 559, concl. A. Courrèges, note H. de Gaudemar ; *JCP Adm.*, 2008, n°18, note D. Bailleul ; *AJDA,* 2008, p. 582, chron. C. Landais et F. Lenica ; *RJEP*, 2008, n°38, concl. A. Courrèges ; *Dr. adm.*, 2008, n°61, note F. Melleray.
[3] SOLER-COUTEAUX P., « L'arrêt *Commune de Courbevoie* : une occasion manquée ? », art. *op. cit.*, p. 245 : « [exception d'illégalité] à double détente ».
[4] MARIE S., *Le principe de mutabilité et le droit de l'urbanisme*, th. *op. cit*., p. 188.
[5] BONICHOT J.-C., « Quelle est la portée exacte de la jurisprudence *Gepro* ? » ; *BJDU*, 1999, n°5, p. 382.
[6] DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit*., p. 505.
[7] LABETOULLE D., *Rapport du groupe de travail créé par lettre du 11 février 2013 de Madame Cécile Duflot, ministre de l'Égalité des territoires et du Logement*, *op. cit*., p. 3.
[8] Ordonnance n°2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme, *J.O.R.F.* n°0166 du 19 juillet 2013, p. 12070.

été victimes de la pratique abusive[1] voire « *mafieuse* »[2] de leur contentieux. Les procédés stabilisateurs dégagés en contentieux de l'urbanisme – et que l'on retrouve au cœur des jurisprudences *Société Tropic*[3] et *S.M.I.R.G.E.O.M.E.S*[4] – se résument en une régulation de l'efficacité du droit de critique des tiers contre les actes réglementaires et individuels. Sur ce point, les deux droits se recoupent. C'est donc le contentieux des parties contractantes qui a trop longtemps été en marge de l'opération de sécurisation que l'on vient de décrire. Toutefois, en 2007, le mouvement de transformation semble avoir contribué à la prise de conscience des magistrats du Palais-Royal et a contribué à l'émergence de loyauté des relations contractuelles.

---

[1] LABETOULLE D., « Retour sur l'ordonnance du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme », in *Variations autour du droit public. Mélanges en l'honneur de Christian Debouy*, *op. cit.*, p. 279 : « le souci du Gouvernement de ne pas aborder le débat relatif au projet de loi "ALUR", prévu pour la mi-2013, sans apporter des réponses aux préoccupations que depuis quelques années des parlementaires de tous bords expriment sur le thème des "recours abusifs" contre des autorisations individuelles et des retards, souvent fort substantiels que ces recours entraînent dans la réalisation des projets de construction de logements ».

[2] À titre d'illustration, V. notamment : MARIE S. « Recours abusifs et recours "mafieux" : la chasse est ouverte », *AJDA*, 2013, p. 1909 ; AUBIN E., SAVARIT-BOURGEOIS I., « 2018 : retour sur un bilan du contentieux administratif de l'urbanisme », in *Variations autour du droit public. Mélanges en l'honneur de Christian Debouy*, art. *op. cit.*, p. 28 : « Les expressions sont fortes et montrent bien que le contentieux de l'urbanisme offre des singularités en raison de la qualité des parties : lotisseurs, aménageurs, constructeurs, voisins, associations cohabitent de façon plus ou moins pacifique dans l'ambiance d'un droit de l'urbanisme encadrant le droit de construire, d'aménager et de lotir ».

[3] CE, Ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, préc.

[4] CE, sect., 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe [S.M.I.R.G.E.O.M.E.S.]*, préc.

*

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

211. L'analyse doctrinale intervenue immédiatement après la décision d'Assemblée *Commune de Béziers*[1] s'est principalement contentée d'apporter un regard sur l'opération de stabilisation des contrats administratifs irréguliers. En ce sens, l'essentielle des études n'ont vu dans la loyauté des relations contractuelles qu'une seule fonction : la lutte contre la disparition des contrats administratifs. Or, l'étude de cette fonction ne peut faire l'économie d'un autre rôle : la lutte contre l'inefficacité de l'action administrative. Ces deux fonctions sont complémentaires, la première sert la seconde et les deux sont donc intimement liées.

212. Ainsi, l'analyse des modalités de traitement de l'irrégularité à l'appui de la jurisprudence nous invite à considérer que, lorsqu'un moyen est loyalement invoqué par voie d'action, le juge veillera à préserver les effets passés du contrat administratif, si toutefois le vice n'entre pas dans la catégorie de ceux qui justifient la poursuite de l'exécution sous réserve d'une éventuelle régularisation. En définitive, le traitement de l'irrégularité, au même titre que son appréhension, nous semble influencé par la loyauté des relations contractuelles. Autrement dit, seul le contrat très gravement irrégulier doit être annulé. Pareille attitude a pour objet et pour effet de garantir les réalisations obtenues durant l'exécution du contrat qui sont irrémédiablement liées au service public et à l'intérêt général.

La loyauté des relations contractuelles diffère donc du « *principe de loyauté* » en droit des contrats privés dans la mesure où elle n'a pas pour but de compenser les différences entre les cocontractants. Bien au contraire, nous pensons qu'en droit public, la loyauté des relations contractuelles contribue justement à garantir la dimension administrative du contrat par le renforcement de sa force obligatoire. Autrement dit, à l'occasion d'une contestation de validité, il est devenu très complexe pour une partie contractante d'obtenir du juge qu'il prononce l'annulation ou l'inapplication du contrat. Cette « *tolérance juridictionnelle* »[2] d'envergure en présence de l'essentiel des vices contractuels est le signe d'un mouvement prétorien en faveur des irrégularités consenties, mouvement qui, il faut le reconnaître, transcende le contentieux administratif dans sa globalité.

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] GRABIAS F., *La tolérance administrative*, th. *op. cit.*, p. 13.

213. L'ensemble de nos précédents développements nous a conduit à construire une analogie avec le contentieux de l'urbanisme. À l'instar du contrat administratif, les différents documents et autorisations d'urbanisme ont été victimes de leur contentieux. Conscients des enjeux aussi bien économiques, politiques, sociaux et juridiques, les pouvoirs publics et le Palais-Royal ont procédé à une neutralisation d'un grand nombre de vices pour permettre à l'urbanisme en tant que politique publique de jouir d'une stabilité. L'on ose alors conclure que la transformation du contentieux de l'urbanisme a été un « *laboratoire* » pour le Conseil d'État avant d'appliquer des solutions similaires pour le contentieux des contrats administratifs et, principalement, celui des parties.

***

CONCLUSION DU TITRE SECOND

214. Nous avons démontré que l'exigence de loyauté des relations contractuelles est l'instrument par lequel les magistrats du Palais-Royal ont entendu, en 2009[1], sonner le glas de l'état de crise du contrat dans le cadre des recours des parties contractantes. Ce constat évident n'est que la conséquence de l'analyse statistique du nombre extrêmement faible de décisions par lesquelles le juge administratif a été contraint, soit d'annuler le contrat par voie d'action, soit de l'écarter pour trancher le litige par voie d'exception. La loyauté des relations contractuelles est à l'origine d'obligations négatives. Bien que nous partagions l'idée selon laquelle sa fonction première est d'empêcher que les parties contractantes rompent aisément leur engagement, nous pensons que la loyauté des relations contractuelles sert un dessein au moins aussi important : lutter contre l'inefficacité du contrat administratif.

215. En effet, la loyauté des relations contractuelles est d'abord un instrument exerçant son plein effet en contentieux des parties contractantes, aussi bien dans le cadre d'une contestation directe de validité qu'à l'occasion d'un recours par voie d'exception.

Dans la première situation, la loyauté est un filtre de l'invocation des moyens tirés d'irrégularités garantissant le succès de « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[2]. Suivant cette logique de stabilisation, l'annulation du contrat a été pensée pour n'intervenir que dans les situations les plus graves, c'est-à-dire celles qui devraient être les plus rares.

Dans la seconde situation qui, rappelons-le, est la plus courante, la loyauté des relations contractuelles joue le rôle d'un commandement imposant au juge administratif de faire, « *en principe* »[3], application du contrat pour trancher le litige. En ce sens, la jurisprudence *Commune de Béziers*[4], précisée ensuite par l'arrêt *Manoukian*[5] sur la question des manquements aux procédures de passation, ont construit un véritable régime de l'inopérance des moyens tirés d'irrégularités.

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

216. Depuis lors, si l'inopérance est la règle, l'opérance est autant l'exception qu'elle est exceptionnelle : seules les irrégularités les plus graves, c'est-à-dire celles qui conduisent par voie d'action à conduire le juge administratif à annuler le contrat, sont opérantes par voie d'exception. Dans le cas précis d'un manquement aux règles de passation, c'est-à-dire l'essentiel des moyens soulevés par les cocontractants en contentieux des contrats, ceux-ci sont en principe inopérants à moins que ne soit apportée la démonstration de leur gravité et que les circonstances imposent l'inapplication du contrat.

Alors, une cohérence d'ensemble transparait de l'étude de ces deux voies de droit ouvertes aux parties. D'une part, le Palais-Royal a conçu la loyauté des relations contractuelles comme un instrument extrêmement efficace contribuant à protéger l'exécution du contrat par les parties ; d'autre part, la politique jurisprudentielle en vigueur en l'état de la jurisprudence a renversé le déséquilibre de la balance entre le principe de légalité et celui de sécurité juridique au détriment du principe de légalité.

Justement, la protection accrue que le Palais-Royal accorde à la stabilité des contrats administratifs nous semble être à l'origine de la seconde fonction de la loyauté des relations contractuelles : la lutte contre l'inefficacité de l'action administrative. Celle-ci passe par deux éléments essentiels qui ne sont d'ailleurs que la traduction de la spécificité de la loyauté en droit des contrats administratifs : elle est due non pas au cocontractant, mais bien au contrat administratif. En ce sens, les spécificités du droit administratif que sont l'intérêt général et la continuité du service public sont garanties par la protection du lien contractuel.

217. Sur ce point, nous avons proposé une analogie avec l'évolution du contentieux de l'urbanisme. Matière au moins aussi sous tension que le droit des contrats administratifs, le contentieux de l'urbanisme a connu un phénomène de crise qui a été dépassé par le truchement de mécanismes stabilisateurs dont l'objet et les effets ressemblent à la loyauté des relations contractuelles.

*

* *

*

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

218. Les développements précédents nous ont permis de répondre à plusieurs questions essentielles : *qu'est-ce que la loyauté ? Qu'est-ce que la loyauté des relations contractuelles ? À quoi sert-elle ? A-t-elle réussi à garantir la stabilité des contrats administratifs irréguliers ?*

Premièrement donc, cette étude nous a conduit à interroger ce que recouvre précisément le terme « *loyauté* ». Bien que connue de tous juristes, la loyauté peine à être assise sur une définition précise et partagée en raison de son indétermination et de sa confusion récurrente avec le terme « *bonne foi* ». L'évolution historique du terme « *loyauté* » a été la méthode d'analyse nous permettant d'identifier ce qu'il recouvre. En effet, nous sommes arrivé à la conclusion que la loyauté est duale. Elle révèle l'existence soit d'un couple loyauté-loyal, soit d'un couple loyauté-légal. Le premier est marqué par la fidélité tandis que le second est lié au respect de la légalité.

Deuxièmement, la décision *Commune de Béziers*[1] interroge sur ce *qu'est la loyauté des relations contractuelles.* Ne s'épuisant ni dans l'abus de droit ni dans les vices du consentement, la loyauté des relations contractuelles semble être un standard inclusif. Précisément, profitant de sa souplesse originelle, lorsqu'elle est mobilisée par le juge dans le cadre précis du contentieux en contestation de validité, la loyauté devient un instrument contentieux à plusieurs facettes. Pensée à l'origine par le Conseil d'État comme une « *exigence* », la loyauté des relations contractuelles apparaît parfois en jurisprudence comme un « *devoir* », une « *obligation* » ou un « *principe* ». Cette fluctuation terminologique pose la question de l'incertitude de la loyauté comme « *exigence* ». Nous avons conclu à une probable entreprise d'émancipation des effets de la loyauté des relations contractuelles. En l'état actuel du droit, cet instrument a été construit par le juge et donc pour le contentieux dont il a la

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

charge. En tant qu'exigence, obligation ou devoir, la loyauté des relations contractuelles peut être circonscrite à la sphère contentieuse. Comme principe, nous pensons qu'elle serait en mesure d'influer sur l'intégralité du contentieux des contrats administratifs, des négociations, de l'exécution, jusqu'au terme des relations contractuelles.

Troisièmement, après avoir identifié les contours de la loyauté des relations contractuelles, nous nous sommes penché sur son rôle. Autrement dit, *à quoi sert la loyauté des relations contractuelles ?* Se démarquant une fois encore de la pratique en droit des contrats privés, la loyauté des relations contractuelles en contentieux des parties a deux fonctions purement négatives.

La première est celle que la doctrine a le plus remarquée et a le plus commentée. La loyauté des relations contractuelles est un instrument prétorien de lutte contre la mise à l'écart des contrats administratifs. Ainsi, le juge du contrat est désormais en mesure d'apprécier les irrégularités soulevées par les cocontractants-requérants. Une différence notable existe entre la contestation directe de validité et le recours par voie d'exception. Dans la première situation, la loyauté des relations contractuelles est un filtre de l'invocation loyale des moyens. Dans le second cas, elle impose à titre de principe de faire application du contrat. En tout état de cause, la loyauté des relations contractuelles contribue à protéger le contrat administratif même irrégulier, soit en neutralisant le vice, soit en mettant en limitant les possibilités de l'annuler, restreintes aux irrégularités les plus graves qui sont également les plus rares conformément à l'examen des décisions rendues depuis 2009[1]. Même en cas de disparition, les pouvoirs du juge lui permettent de protéger, sous réserve des moyens d'ordre public, les effets passés du contrat.

La seconde fonction a été davantage délaissée par les spécialistes de la matière. Nous pensons que la loyauté des relations contractuelles permet au juge de lutter contre l'inefficacité de l'action administrative. Le contrat administratif est un mode d'action précieux pour les personnes publiques. Victime d'une insécurité chronique, le contrat administratif n'accomplirait plus les objectifs qui lui sont fixés : œuvrer en faveur du service public et de l'intérêt général. De plus, en tant qu'instrument privilégié par les personnes publiques, cette seconde fonction de la loyauté des relations contractuelles nous invite à considérer que cet instrument n'a pas nécessairement pour objet de veiller à la sécurité des parties contractantes, mais bien de l'intérêt général servi par le contrat.

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

Enfin, quatrièmement, *la loyauté des relations contractuelles a-t-elle réussi à garantir la stabilité des contrats administratifs irréguliers ?* C'est bien l'examen de la jurisprudence qui nous permet de conclure qu'en une décennie, le contentieux des parties contractantes connaît un changement radical de politique jurisprudentielle. D'un état de crise, l'on connaît aujourd'hui l'ère de la sécurisation des relations contractuelles. Les cas d'annulation des contrats administratifs sont désormais extrêmement rares. Les cas dans lesquels le juge est contraint d'écarter le contrat par voie d'exception sont certes un peu plus nombreux, mais ne représentent qu'un très faible pourcentage de l'ensemble des décisions. Nous pouvons alors conclure que la loyauté des relations contractuelles a réussi à accomplir l'objectif qui lui était assigné en 2009 : garantir la stabilité des relations contractuelles. Or, nous pensons que la manière par laquelle le juge utilise cet instrument stabilisateur est trop radicale et est à l'origine d'un renversement du déséquilibre entre la légalité et la sécurité juridique, cette fois-ci au détriment de la première.

Seconde Partie

LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES, INSTRUMENT EXCESSIF DE STABILISATION DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

219. Pour décrire le passage de l'état de crise du contrat à l'ère de la stabilité des relations contractuelles, certains auteurs ont fait état d'une « *évolution sans précédent* »[1] voire d'un changement « *révolutionnaire* »[2]. Plus spécialement en contentieux des parties contractantes, nous préférons évoquer l'idée d'un renversement de déséquilibre entre la légalité et la sécurité juridique[3]. En ce sens, l'ère de l'instabilité a fait place à celle de la sécurisation des relations contractuelles. Or, il demeure toujours un déséquilibre, cette fois-ci au détriment évident du principe de légalité. Pourtant, le choix des principes que le Président Labetoulle a mis en perspective ne va pas de soi.

Précisément, il nous semble inquiétant de vouloir opposer la légalité à la sécurité juridique. Loin d'être opposés, les deux principes se trouvent dans une relation osmotique. Autrement dit, la légalité a besoin de la sécurité juridique pour prospérer. Suivant cette logique, sans respect de la légalité la sécurité juridique ne peut être garantie et partant, n'existe tout simplement pas. Cela signifie que la balance entre les deux doit toujours être équilibrée au risque de conduire à une crise. Justement, nous pensons que la politique jurisprudentielle actuelle en contentieux des contrats administratifs nous conduit inexorablement vers l'avènement d'une nouvelle crise : celle de la légalité.

220. Ainsi, comme nous l'avons expliqué, l'état de crise du contrat était marqué par l'aisance par laquelle les cocontractants pouvaient se défaire de leurs obligations contractuelles, en soulevant principalement par voie d'exception, n'importe quel moyen d'irrégularité, même

---

[1] CHEVALIER É., « La loyauté contractuelle : portée d'une notion novatrice en droit des contrats administratifs », *JCP Adm.*, 2012, étude 2392, p. 29.
[2] AUBY J.-B., « Ancien régime et Révolution dans le contentieux contractuel », *Dr. adm.*, repère 5.
[3] LABETOULLE D., « Principe de légalité et principe de sécurité juridique », in *L'État de droit. Mélanges Guy Braibant*, *op. cit.*, p. 407.

vétille[1]. Cependant, si les parties contractantes ont réussi à pervertir leurs contentieux, c'est en raison de la passivité évidente du juge administratif. Sur ce point, les critiques les plus vives ont été faites par les juges eux-mêmes, au lendemain de la décision *Commune de Béziers*[2]. Pour preuve, Emmanuel Glaser n'a pas hésité à écrire que le juge du contrat durant l'ère de l'instabilité contractuelle « *était à la fois un juge prisonnier, un juge instrumentalisé, voire, parfois, un juge irresponsable* »[3]. En offrant au juge du contrat l'instrument qu'est la loyauté des relations contractuelles, le Conseil d'État a renversé le déséquilibre entre la légalité et la sécurité juridique. Soucieux de la seconde, il semble avoir en partie sacrifié la première. Si notre perception de la politique jurisprudentielle est correcte, la loyauté des relations contractuelles est un instrument de distanciation dangereux avec le principe de légalité **(Titre premier)** et peut être source d'inquiétantes dérives relatives à la détermination de son champ d'application **(Titre second)**.

[1] LLORENS F., SOLER-COUTEAUX P., « De la loyauté dans le contentieux administratif des contrats », *CMP*, 2010, n°2, p. 2.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] GLASER E., « Les habits neufs du juge du contrat », art. *op. cit.,* p. 312.

Titre premier

LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES, INSTRUMENT DE RELATIVISATION DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ EN CONTENTIEUX DES PARTIES

221. Après avoir étudié comment la loyauté des relations contractuelles a métamorphosé le contentieux entre parties contractantes, il nous revient désormais d'avoir un regard spécialement orienté vers l'office du juge du contrat[1]. En effet, s'il a eu une part importante de responsabilité dans l'instrumentalisation du recours en déclaration de nullité, il est le protagoniste majeur de l'ère de la stabilisation des relations contractuelles érigée en politique jurisprudentielle[2]. Précisément, c'est ce qui nous semble justifier que la loyauté des relations contractuelles soit, en l'état actuel du droit, un instrument procédural trouvant à exercer ses effets en contentieux. Créée par et pour le juge du contrat[3], nous pensons que la loyauté des relations contractuelles a profondément métamorphosé l'office du juge du contrat.

222. Partant, nous ne pensons pas que l'étude de la dimension négative de loyauté des relations contractuelles suffise à révéler parfaitement la pratique par le juge du contrat de cet instrument qu'il a lui-même créé. En ce sens, l'office des juges correspond d'après le professeur Gilles Darcy au « *rôle qui leur est assigné* » et « *la charge qu'ils doivent*

---

[1] MEYNAUD-ZEROUAL A., *L'office des parties dans le procès administratif*, th. *op. cit*., p. 666.

[2] V. notamment : BONICHOT J.-C., « L'arrêt *AC !* : évolution ou révolution ? », *AJDA* 2004, p. 1049 : « Elles sont fonction de l'époque, du système juridique en vigueur, des attentes des justiciables, des mœurs et des besoins de l'État » ; ASPIRO SEDKY J., BRETT R., MICHEL A., THIÉBAUT N. (dir.), *Les Politiques jurisprudentielles. Actes de la journée d'étude des jeunes chercheurs de l'Institut d'études de droit public [IEDP]*, Mare & Martin, coll. « Presses Universitaires de Sceaux », 2015 ; MONOT-FOULETIER M., « Quelques réflexions sur l'évolution du langage du juge administratif », in *Cinquante ans de contentieux publics. Mélanges en l'honneur de Bernard Pacteau*, Mare & Martin, 2018, p. 517 : « Plus qu'un langage du droit on peut évoquer l'usage juridique du langage par le juge administratif. Le juge parle pour assurer la transmission du message juridique entre la norme écrite et les sujets de droit lorsqu'un problème concret est à trancher. Par définition, le langage du juge est donc un langage d'action : avancer des arguments pour dégager une solution concrète et construire une politique jurisprudentielle pour assurer une certaine sécurité juridique » ; PROS-PHALIPPON Ch., *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, th., LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 301, 2018, p. 147 : « une politique jurisprudentielle présente la caractéristique de la cohérence et de la construction d'un ensemble ».

[3] CHEVALIER É., « La loyauté contractuelle : portée d'une notion novatrice en droit des contrats administratifs », art. *op. cit.,* p. 34.

remplir »[1]. En contentieux des parties contractantes, la décision *Commune de Béziers*[2] livre le rôle du juge du contrat, véritable *alpha* et *oméga* de son office élevé au rang d'« *objectif* »[3] : la stabilité des relations contractuelles. Il revient alors au juge d'orienter les modalités de son contrôle pour satisfaire le rôle qu'il s'est octroyé[4]. En outre, Ariane Meynaud-Zeroual confère à l'office du juge une dimension « *finaliste* » dans laquelle l'on retrouve les éléments de définition de l'efficacité[5]. Selon l'auteur, « *la notion d'office permet de mesurer l'adéquation entre l'office au sens strict et l'office au sens large : les pouvoirs reconnus et les devoirs assumés par le juge permettent-ils de réaliser les différentes missions que l'ordre juridique lui assigne ?* »[6].

En conséquence, pour mesurer l'étendue de la métamorphose de l'office du juge du contrat, il nous faut étudier la manière dont il se sert de la loyauté des relations contractuelles pour régler les litiges entre parties contractantes. L'examen minutieux de la jurisprudence nous conduit au constat suivant : le juge du contrat appréhende l'irrégularité en fonction de deux conceptions de la loyauté des relations contractuelles, un versant subjectif et un autre objectif. Le choix entre l'un ou l'autre est soumis à la discrétion du juge qui optera pour le versant garantissant le mieux la stabilité des relations contractuelles **(Chapitre premier)**. Ce faisant, nous ne pouvons que déplorer un recul dangereux de la légalité au stade de la formation du contrat administratif **(Chapitre second)**.

---

[1] DARCY G., « Regard elliptique sur l'office du juge », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, *op. cit*., p. 291.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] MÉNÉMÉNIS A., « Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », art. *op. cit.*, p. 3.
[5] BRUNET F., *La normativité en droit*, th. *op. cit*., p. 211.
[6] MEYNAUD-ZEROUAL A., *L'office des parties dans le procès administratif*, th. *op. cit*., p. 51.

Chapitre premier

LA VARIABILITÉ INQUIÉTANTE DE LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES DANS SON UTILISATION PAR LE JUGE

223. Notre étude sur les fonctions de la loyauté des relations contractuelles nous a conduit à faire le constat qu'elles sont éminemment négatives. En l'état actuel du droit, cet instrument empêche les parties contractantes de rompre pour un motif déloyal leurs obligations et contribue de ce fait à la lutte contre l'inefficacité de l'action administrative. Or, bien qu'indispensables, les enseignements déduits de l'étude des fonctions de la loyauté des relations contractuelles ne nous semblent pas révéler totalement la manière par laquelle le juge du contrat s'en sert en contentieux. Précisément, dans le cadre d'une contestation directe de validité ou à l'occasion d'un recours par voie d'exception, le juge du contrat doit en définitive déterminer si le moyen d'irrégularité est légitime à être traité. Nous avons qualifié cette étape cruciale *d'appréciation* du moyen d'irrégularité.

224. Dès lors, si les fonctions de la loyauté des relations contractuelles sont négatives, il nous revient d'expliquer comment le juge fait pour déterminer justement la déloyauté des moyens tirés d'irrégularités. Autrement dit, comment la loyauté des relations contractuelles influence-t-elle le raisonnement du juge du contrat ? Quels sont les éléments qui le conduisent à déterminer l'irrecevabilité par voie d'action et l'inopérance par voie d'exception ? Également, sur quels éléments le juge construit-il son raisonnement ? Sont-ce des éléments objectifs, subjectifs ou une combinaison des deux ? Autrement dit, le juge du contrat s'attache-t-il exclusivement au comportement du cocontractant-requérant révélant une loyauté éminemment subjective ou, au contraire, ne s'intéresse-t-il qu'à la nature de l'irrégularité soulevée ou à sa gravité et correspond alors à une loyauté objective ?

Plusieurs auteurs se sont essayés à un exercice de systématisation du contrôle du juge du contrat saisi d'un recours en contestation de validité par une partie contractante. Émilie Chevalier a par exemple précisé que la loyauté des relations contractuelle lutte contre « *l'abus*

de droit » en empêchant le « *détournement de la finalité du droit au recours* »[1]. Le professeur Florian Linditch considère quant à lui que cet instrument contentieux se résume à la sanction du « *comportement "déloyal"* »[2]. Le détour quasi automatique en doctrine[3] vers l'appréciation comportementale n'est en réalité que la conséquence de l'ambigüité étymologique du terme « *loyauté* »[4].

Si le juge du contrat ne se servait que du comportement de l'auteur du recours pour déterminer la déloyauté de l'invocation de l'irrégularité, la loyauté des relations contractuelles serait un instrument exclusivement subjectif, car lié aux circonstances de chaque espèce et à l'attitude des parties[5]. Dans ce cas, il serait impossible de systématiser et d'anticiper les solutions du juge du contrat, ce qui serait une source d'insécurité. Or, de nombreux arrêts ne font pas référence au comportement de l'auteur du recours pour déterminer la déloyauté des moyens tirés d'irrégularités soulevés et tendent vers des éléments d'appréciation objectifs comme peut l'être la nature de l'irrégularité. C'est la raison pour laquelle le conseiller d'État Alain Méneménis a évoqué « *une conception beaucoup plus large de "l'exigence de loyauté des relations contractuelles"* »[6].

225. Ainsi, notre étude doit nous conduire à analyser comment le juge procède pour déterminer non pas exclusivement la déloyauté du comportement, mais plutôt la déloyauté du moyen d'irrégularité par voie d'exception et la déloyauté de l'invocation par voie d'action. Point de départ obligatoire pour comprendre comment le juge mobilise cet instrument qu'il a lui-même créé, les conclusions d'Emmanuel Glaser sous l'arrêt *Commune de Béziers*[7] sont malheureusement, mais en toute logique, insuffisantes. Malheureusement, car le rapporteur public n'a livré qu'une seule conception de la loyauté des relations contractuelles. Celle-ci est

---

[1] CHEVALIER É., « La loyauté contractuelle : portée d'une notion novatrice en droit des contrats administratifs », art. *op. cit.,* p. 31.
[2] LINDITCH F., « Plein contentieux contractuel : le Conseil d'État crée l'action en validité contractuelle et la fonde sur le principe de loyauté contractuelle », *JCP Adm.*, 2010, comm. 2070.
[3] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 382 : « nous sommes *a priori* incités à examiner le comportement concret des parties au moment de la conclusion du contrat et au cours de son exécution afin de vérifier que la contestation est cohérente au regard de ce comportement. Une telle perspective est subjective. Elle dépend plus des circonstances que du type de vice invoqué ».
[4] V. *supra*, § 55 et s.
[5] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 75.
[6] MÉNÉMÉNIS A., « Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », art. *op. cit.,* p. 5.
[7] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

d'ailleurs éminemment subjective[1] et est insuffisante, car elle n'embrasse pas toute la réalité de son utilisation en contentieux. Sinon, seule la qualité de la personne ou le comportement de la personne du requérant qui invoque une irrégularité seraient suffisants pour déterminer si le moyen est irrecevable ou inopérant[2]. Pour autant, le fait que les conclusions précitées de 2009 n'aient pas été en mesure de révéler les différentes facettes de la loyauté en contentieux des contrats est en tout point logique.

En effet, c'est la souplesse de la notion même de « *loyauté* »[3] qui est à l'origine de son avènement. Partant, il n'est pas étonnant que l'exercice d'identification de la loyauté des relations contractuelles en contentieux des parties auquel s'est livré Emmanuel Glaser soit incomplet. Cependant, l'examen minutieux de la jurisprudence postérieure nous invite à redouter la variabilité de la loyauté des relations contractuelles pour plusieurs raisons. La première, la plus évidente de prime abord, consiste à craindre l'imprévu. La seconde est la conséquence de l'office finalisé du juge du contrat. Toutes ses actions sont déterminées par « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* » et le choix entre telle ou telle dimension de la loyauté est fait pour garantir au contrat administratif même irrégulier, sous réserve de l'ordre public, de demeurer.

Ainsi, nous constatons l'existence de plusieurs facettes de la loyauté des relations contractuelles dans son maniement par le juge du contrat[4]. Elle est soit subjective **(Section première)**, soit objective **(Section seconde)**.

---

[1] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 516 : « l'exigence de loyauté des relations contractuelles devrait permettre au juge d'écarter les moyens d'irrégularité qu'une partie invoque alors même qu'elle est l'auteur de cette irrégularité ».
[2] BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, th. *op. cit.*, p. 726.
[3] V. *supra*, § 55 et s.
[4] V. notamment : LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, pp. 31-33 ; MARGUERY L., « La "loyauté des relations contractuelles" en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », art. *op. cit.*, pp. 665-667 ; LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, pp. 381-393 ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.,* pp. 75-79.

Section 1

LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES DANS SA DIMENSION SUBJECTIVE

226. En choisissant de commencer notre examen de la jurisprudence par le versant subjectif de la loyauté des relations contractuelles, nous faisons le choix de suivre l'évolution de son utilisation en contentieux des parties par le juge du contrat. Comme nous l'avons rappelé, les conclusions d'Emmanuel Glaser explicitent la démarche consciente du rapporteur public consistant à faire de la loyauté un instrument éminemment subjectif[1]. Pour preuve, les conclusions précitées font explicitement référence à la règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*[2] qui empêche l'auteur d'une irrégularité de « *se prévaloir en justice d'une situation irrégulière ou litigieuse dont [il] est à l'origine ou à laquelle [il] a consenti* », comme l'a écrit David Bailleul[3].

Par voie de conséquence, l'étude de la jurisprudence révèle que le juge du contrat s'inscrit dans une démarche subjective lorsque la loyauté des relations contractuelles lui sert à apprécier la dimension opportuniste[4] de l'action en contestation de validité du contrat administratif. C'est justement le cas lorsque la loyauté des relations contractuelles refuse la recevabilité ou l'opérance d'un moyen en fonction de l'imputation de l'irrégularité **(Paragraphe premier)** ou en fonction du comportement au sens large, c'est-à-dire les intentions du cocontractant-requérant et les modalités d'exécution du contrat par celui-ci **(Paragraphe second)**.

---

[1] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 516.
[2] GLASER E., « L'office du juge du contrat », *ibid.*, p. 515.
[3] BAILLEUL D., « La règle *Nul ne peut invoquer sa propre turpitude* en droit administratif », *RDP*, 2010, p. 1235.
[4] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 390 : « Ce courant jurisprudentiel montre ainsi plus clairement que, *ce qui est condamné, c'est l'opportunisme* ».

§1. LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES, INSTRUMENT DE CONTRÔLE DE L'IMPUTATION DE L'IRRÉGULARITÉ

227. Dans l'affaire opposant la commune de Béziers à celle de Villeneuve-lès-Béziers, le moyen d'irrégularité soulevé par voie d'exception par la seconde reposait sur sa propre erreur. Précisément, le maire de Villeneuve-lès-Béziers a signé le contrat sans avoir au préalable, conformément aux dispositions de l'articles L. 2131-1 du Code général des collectivités territoriales, envoyé au contrôle de légalité l'autorisation délivrée par l'assemblée délibérante. C'est la raison pour laquelle Emmanuel Glaser a conclu à la déloyauté du moyen soulevé par le cocontractant auteur de l'irrégularité[1]. Lesdites conclusions associent explicitement la loyauté des relations contractuelles et la règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Or, si de nombreux commentateurs se sont accordés à affirmer que la loyauté en contentieux des parties est une traduction de l'interdiction de se prévaloir de ses propres fautes, la plus haute juridiction administrative dans l'arrêt *Commune de Béziers* n'a manifestement pas insisté sur le fait que le cocontractant-requérant ait invoqué une faute dont il était lui-même à l'origine. C'est certainement pour cela que le professeur Hélène Pauliat a fait le choix de la mesure en expliquant que la règle *nemo auditur* avait fait son entrée « *discrètement* »[2]. Pour autant, de nombreux arrêts ultérieurs font explicitement référence au fait que le requérant soit l'auteur de l'irrégularité pour neutraliser le moyen.

Ainsi, il semble clair que la loyauté des relations contractuelles, en tant qu'instrument de contrôle de l'imputation de l'irrégularité révèle un retour au premier plan de la règle *nemo auditur*. Précisément, cette pratique ancienne et abandonnée par le Conseil d'État **(A)** connaît depuis un succès en contentieux des parties à un contrat administratif **(B)**.

[1] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 516.
[2] PAULIAT H., « Chronique de jurisprudence administrative 2009 », *RDP*, 2010, p. 550.

A) UNE TECHNIQUE CONTENTIEUSE ANCIENNE DE NEUTRALISATION DES MOYENS TIRÉS D'IRRÉGULARITÉS : LA RÈGLE *NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS*

228. Le contentieux des contrats administratifs est soumis, comme d'autres disciplines, à la logique des cycles. Ainsi, la manière dont le juge administratif pouvait régler les litiges par le passé a tout à fait pu ne plus être jugée pertinente pendant un temps certain, avant de pouvoir de nouveau être pratiquée en contentieux aujourd'hui. Depuis les prémices du changement de paradigme initié par la transformation du recours des tiers-requérants contre les contrats administratifs[1] et poursuivi par la jurisprudence *Commune de Béziers*[2], il semble que nous sommes sous l'empire d'un nouveau cycle élevant la stabilité des relations contractuelles au premier rang des priorités du juge administratif.

En effet, des premières lois de décentralisation de 1982 jusqu'à l'évolution jurisprudentielle précitée, nous avons expliqué que le contentieux des contrats administratifs était dans un état de crise. En ce sens, n'importe quelle irrégularité, même vénielle, était susceptible de contraindre le juge à constater la nullité du contrat administratif. Donc, le contentieux des parties contractantes était dans un état de crise de 1982 à 2009[3]. Depuis le changement de paradigme induit par la décision *Commune de Béziers*, le contentieux des cocontractants se trouve désormais dans une ère propice à la stabilité des relations contractuelles. Il y a donc une évolution évidente de l'équilibre, ou devrait-on d'ailleurs dire, du déséquilibre entre le respect du principe de légalité et celui de stabilité des contrats.

En toute logique, avant l'état de crise, un autre cycle cette fois bien plus protecteur de la stabilité des relations contractuelles prévalait. L'on doit aux travaux du professeur Pierre Bourdon les plus grandes recherches relatives à l'influence constante de la loyauté des relations contractuelles en contentieux des contrats administratifs bien avant son avènement par le Conseil d'État[4]. En ce sens, nous ne pouvons que nous opposer à l'idée d'une

---

[1] CE, Ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, préc. ; CE , sect., 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe [S.M.I.R.G.E.O.M.E.S.]*, préc.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, th. *op. cit*., pp. 712-724.

« *révélation* »[1] de la loyauté, sans pour autant remettre en question qu'il s'agit d'un « *nouveau paramètre* »[2]. Pour le professeur Bourdon en effet, la loyauté des relations contractuelles irradiait déjà le contentieux des parties contractantes bien avant 2009 en faisant le lien avec la neutralisation des moyens tirés d'irrégularités en fonction de leur imputation[3].

229. Sur ce point, une divergence existe entre l'acception privatiste de la règle *nemo auditur* et son utilisation en droit public[4]. En droit privé, cette règle ne s'applique qu'en droit des contrats et empêche une partie contractante qui demande l'annulation de son contrat d'obtenir le retour au *statu quo ante*. Elle a pour objet et pour effet d'empêcher la restitution, conséquence de la nullité d'un contrat à titre onéreux, sur le fondement d'un moyen qualifié par le juge d'immoral et *in fine* illégitime. Comme l'a expliqué le professeur Nicolas Cayrol, la règle *nemo auditur « ne concerne donc pas les conditions de recevabilité des prétentions, mais les conséquences de l'annulation d'un contrat* » et, *in fine* « *ne concerne pas les prétentions ni a fortiori l'objet de celles-ci : il s'intéresse aux motifs allégués au soutien des prétentions et, plus précisément encore, à l'auteur ce ceux-ci* »[5]. Autrement dit, se devine au travers la règle *nemo auditur* l'idée selon laquelle certaines actions en justice ne sont pas légitimes et ne doivent pas conduire à la restitution[6].

En droit public, la règle *nemo auditur* s'applique dans des domaines très variés comme en droit fiscal, en droit de la responsabilité et bien évidemment, en droit des contrats administratifs. Dans ces disciplines, la règle *nemo auditur* joue sur la recevabilité ou l'opérance des moyens tirés des irrégularités en fonction de leur imputation. C'est la raison pour laquelle les auteurs privatistes qui ont étudié la décision *Commune de Béziers*[7] en déduisent non pas l'influence de la règle *nemo auditur*, mais celle de l'*estoppel*[8] qui est l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui.

---

[1] HOURSON S., « L'exécution loyale du contrat administratif », *in* S. Ferrari et S. Hourson (dir.), *La loyauté en droit public*, Institut Universitaire Varenne, coll. « Colloques & Essais », 2018, p. 49.
[2] GOURDON J., TERNEYRE PH., « Renouvellement de l'office du juge du contrat », *RJEP*, 2010, p. 21.
[3] BOURDON P., Le contrat administratif illégal, th. op. cit., p. 715.
[4] V. notamment : POUYAUD D., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 520 ; LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.,* p. 1099 ; HOEPFFNER H., KLEIN J., « Les adages communes au droit public et au droit privé », *RFDA*, 2014, p. 205.
[5] CAYROL N., V. « Action en justice – Adage Nemo auditur et recevabilité des prétentions », in *Rép. de procédure civile,* Dalloz, 2018, pts. 256-257.
[6] MARGUERY L., « La "loyauté des relations contractuelles" en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », art. *op. cit.*, p. 666 : « celui qui a sciemment conclu un contrat illicite ne peut légitimement demander par la suite que soient tirées les conséquences de cette illégalité ».
[7] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[8] V. notamment : ROCHFELD J., « Les sources administratives du droit des contrats : le sort du contrat irrégulièrement conclu et la mutation des rôles du juge administratif et de la place du contrat au sein de

Ainsi, l'influence de la logique des cycles en contentieux des contrats administratifs justifie que des procédés identiques aient influencé par le passé l'office du juge et soient susceptibles d'exercer les mêmes effets aujourd'hui. En ce sens, le juge du contrat utilisait des procédés stabilisateurs pour empêcher qu'un moyen tiré d'une irrégularité soulevé par une partie contractante puisse conduire au constat de la nullité du contrat par voie d'action ou au règlement du litige en dehors du terrain contractuel par voie d'exception.

Donc, « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[1] a contribué aujourd'hui au dépassement de l'état de crise du contrat. Sur ce point, Emmanuel Glaser a immédiatement fait le lien entre la loyauté en contentieux des contrats administratifs et la règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* dans la mesure où le juge du contrat devrait être capable « *d'écarter les moyens d'irrégularité qu'une partie invoque alors même qu'elle est l'auteur de cette irrégularité* »[2]. Il faut compléter cette définition par le consentement à l'irrégularité. Précisément, si le requérant n'est pas l'auteur de l'irrégularité qui fonde son action, le fait qu'il y ait consenti justifie à ce qu'il ne puisse pas ensuite s'en prévaloir[3]. Autrement dit, le juge du contrat selon le rapporteur public doit pouvoir neutraliser un moyen tiré d'une irrégularité en fonction de son imputabilité : l'auteur de la faute ne peut s'en prévaloir en contentieux pour ne plus avoir à respecter ses obligations contractuelles. Le résultat est identique si le requérant a consenti à l'irrégularité.

230. Pratique ancienne, « *véritable retour aux sources* »[4] donc, car le Conseil d'État refusait, bien avant l'avènement de l'état de crise du contrat qu'une irrégularité puisse utilement être invoquée par son auteur en plein contentieux contractuel. Pour preuve, les décisions *May-Bing contre Ministre de la Guerre*[5] et *Sieur Bagnolet*[6] ont permis au juge du contrat de neutraliser tous les moyens soulevés par les parties contractantes fondés sur des manquements entachant la procédure de passation de leur propre contrat administratif dont ils avaient eu connaissance. À titre d'illustration, dans l'affaire opposant un intendant militaire à son ministre de tutelle, le juge du contrat neutralise le moyen soulevé par le sieur May-Bing relatif

---

l'action administrative », *RDC*, 2010, n°3, p. 807 ; AMRANI-MEKKI S., FAUVARQUE-COSSON B., « Droit des contrats. Octobre 2009 – novembre 2010 », *D.,* 2011, p. 474 ; HOEPFFNER H., KLEIN J., « Les adages communs au droit public et au droit privé », art. *op. cit.*, p. 205.

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[2] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 515.

[3] BAILLEUL D., « La règle *Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude* en droit administratif », art. *op. cit.*, p. 1236.

[4] LIÉBER S.-J., BOTTEGHI D., « Le contrat public aurait-il (enfin) trouvé son juge ? », art. *op. cit.*, p. 143.

[5] CE, 29 décembre 1920, *May-Bing c/ Ministre de la Guerre*, n°65085 : *Rec.,* p. 1159.

[6] CE, 1er avril 1932, *Sieur Bagnolet* : *Rec.*, p. 432.

à la validité de son propre contrat. En effet, le requérant « *ne conteste pas avoir reçu communication du contrat revêtu de la mention de l'autorisation ministérielle ; que rien ne permet de suspecter la régularité de l'autorisation accordée à l'intendant militaire par le directeur de l'infanterie agissant au nom du ministre […] et que le requérant qui n'a formulé aucune protestation ni réserve relatives à la validité du marché lorsque celui-ci lui a été notifié, et qui a même commencé à en exécuter sans réserve les prescriptions, n'est pas recevable à contester cette validité après coup et dans le seul but de ne pas faire cette fourniture* ».

À partir de 1920 donc, le Conseil d'État neutralisait des moyens tirés des irrégularités invoqués par un cocontractant ayant signé valablement le contrat. Précisément, cela signifie que le juge administratif retenait une acception « *très extensive* »[1] de l'imputabilité. Autrement dit, le simple fait d'avoir signé le contrat rendait les cocontractants coresponsables de la régularité de leur engagement, les empêchant ensuite de se prévaloir de manquements aux procédures de passation pour s'évader du respect de leurs obligations contractuelles. Notons en sus que la plus haute juridiction administrative faisait ici explicitement référence à la contestation de validité du contrat. Une fois encore, il s'agit de la démonstration de l'influence de la logique des cycles en contentieux des contrats administratifs.

La position a été assouplie dans deux arrêts rendus par le Palais-Royal : l'affaire *Sieur Pommier* du 10 juillet 1946[2] et l'affaire *Société nationale des chantiers de reconstruction* du 21 mars 1962[3]. Dans la première affaire, le Conseil d'État a opposé à la personne publique qu'elle n'était « ***pas recevable, à l'occasion d'un litige qui porte uniquement sur le règlement du marché, à critiquer les conditions dans lesquelles l'adjudication a été passée*** *et la qualité de l'adjudicataire* ». Dans la seconde affaire, la société requérante avait commis une irrégularité relative aux modalités de soumission de son offre. En effet, la société n'avait pas utilisé du papier timbré et il manquait certaines informations. C'était donc en s'appuyant sur ce moyen que l'entreprise requérante a essayé d'obtenir du juge la reconnaissance de la nullité de son offre. Le juge a débouté la demanderesse en relevant notamment que l'entreprise requérante « *qui ne pouvait ignorer ces obligations,* ***n'est pas recevable à se prévaloir de ses irrégularités qui sont de son fait****, pour soutenir que la soumission qu'elle a remise était nulle et ne pouvait être approuvée* ».

---

[1] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 515.
[2] CE, 10 juillet 1946, *Sieur Pommier*, n°74823 : *Rec.*, p. 199.
[3] CE, 21 mars 1962, *Sté nationale des chantiers de reconstruction*, n°52304 : Rec., p. 200.

Ainsi, avant son abandon en 1977[1], le Conseil d'État se servait de la règle *nemo auditur* pour neutraliser et rendre illégitimes[2] les moyens tirés des irrégularité soulevés par le cocontractant-requérant qui en était l'auteur ou qui y avait consenti. Cette technique de neutralisation en raison de l'imputation du moyen est au cœur des conclusions d'Emmanuel Glaser qui ne voyait d'ailleurs dans la loyauté des relations contractuelles qu'une traduction contemporaine d'une règle ancienne[3].

B) UNE TECHNIQUE CONTENTIEUSE RETROUVÉE

231. Ce n'est pas tant la lecture de la décision *Commune de Béziers*[4] que les conclusions du rapporteur public[5] qui contribuent à mettre en lumière toute l'influence de la règle *nemo auditur* dans la manière par laquelle le juge du contrat peut concevoir l'exigence de loyauté des relations contractuelles. En effet, aucune mention dans la décision rendue par la formation la plus solennelle du Conseil d'État le 28 décembre 2009[6] ne fait référence au contrôle de l'imputation de l'irrégularité justifiant que le moyen soulevé par voie d'exception par son auteur soit inopérant. Pour preuve, on ne retrouve pas au cœur de la décision une formule du type : « *ces vices qui sont imputables à* ».

Pourtant, le juge du contrat accorde depuis une place importante à l'imputation de l'irrégularité. Pour le professeur Jean-François Lafaix, deux conceptions de la règle *nemo auditur* peuvent exister : l'une, qualifiée de « *minimaliste* »[7] selon laquelle le cocontractant qui est l'auteur d'une irrégularité ne peut utilement s'en prévaloir en contentieux ; l'autre, considérée comme « *maximaliste* » et « *très objectiviste* »[8], déduirait de la conclusion du

---

[1] CE, sect., 28 janvier 1977, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Sté Heurtey*, n°99449 : *Rec.*, p. 51 ; *AJDA*, 1977, p. 394, concl. M. Morisot : dans cette affaire, le Ministre s'est fondé sur l'incompétence de son agent pour signer le décompte définitif avec le cocontractant et ainsi procéder à la liquidation financière du marché. En conséquence, l'administration contractante a pu utilement se prévaloir de son irrégularité pour obtenir l'annulation de décompte accepté par l'entrepreneur.
[2] MARGUERY L., « La "loyauté des relations contractuelles" en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », art. *op. cit.,* p. 666.
[3] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 515.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 515.
[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[7] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 382.
[8] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *ibid.*, p. 383.

contrat le consentement des parties contractantes à l'irrégularité. Autrement dit, peu importe l'imputabilité directe, la signature du contrat par les parties emporte leur consentement sur l'intégralité du contrat les empêchant ainsi de se prévaloir d'une irrégularité trouvant son origine au stade de la formation. Il ne semble pas que cela soit le cas dans les décisions que nous avons analysées. Précisément, l'étude de la jurisprudence révèle deux modalités d'imputation de l'irrégularité : celle « *minimaliste* »[1] envisagée par le professeur Jean-François Lafaix et une autre qui diffère de l'acception « *maximaliste* »[2].

232. En effet, nous pensons que deux cas de figure contribuent à empêcher la recevabilité et l'opérance d'un moyen lorsque le juge du contrat se fonde sur l'imputabilité du vice : soit le cocontractant-requérant est directement l'auteur de l'irrégularité, soit il a consenti à l'irrégularité sans en être l'auteur. En ce sens, la différence avec la conception « *maximaliste* » de la règle *nemo auditur* repose sur la démarche *in concreto* opérée par le juge du contrat. Ce n'est pas le fait d'avoir signé le contrat librement qui conduit au consentement de l'irrégularité ; c'est le fait d'avoir eu connaissance de cette irrégularité sans la dénoncer. Autrement dit, il s'agit d'une conception entière de la règle *nemo auditur* en préservant toutefois sa dimension subjective qui est considérée par Gilles Pellissier comme « *très factuelle* »[3].

Pour preuve, dans plusieurs affaires, le juge du contrat fait expressément référence au fait que l'irrégularité est invoquée par son auteur pour justifier que le moyen soit irrecevable par voie d'action ou inopérant par voie d'exception. En effet, dans ces affaires, les juridictions administratives ont précisé que l'exigence de loyauté des relations contractuelles justifie qu'un « ***cocontractant ne peut****, pour écarter un contrat,* ***utilement se prévaloir des irrégularités qui lui sont imputables*** »[4]. Ainsi, le juge du contrat opère le raisonnement suivant : dans un premier temps, il reconnaît l'existence du vice ; dans un second temps, il refuse que son invocation soit recevable ou que le moyen soit opérant si l'irrégularité est imputable au cocontractant qui s'en prévaut. En ce sens, la Cour administrative d'appel de Bordeaux, dans une décision *Société expertises Melloni et associés* précise que « *c'est à bon*

---

[1] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *ibid.*, p. 382.
[2] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *ibid.*, p. 383.
[3] PELLISSIER G., « concl., sur CE, 10 juillet 2013, *Cne de Vias, SEM de la ville de Béziers et du littoral,* préc. ».
[4] V. notamment : CAA Bordeaux, 11 mars 2010, *Cne de Baie-Mahault*, préc. ; CAA Bordeaux, 1er avril 2010, *Chambre de commerce et d'industrie d'Angoulême*, préc.

droit que les premiers juges ont considéré que l'absence de mise en concurrence était de nature à vicier le contrat ; ***que, toutefois, ce vice, qui est imputable à la commune du Port*** *et dont celle-ci ne se prévaut que pour refuser de payer à la société […] les honoraires qu'elle réclame, ne concerne ni le contenu du contrat ni les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ; que, dans ces conditions, et alors qu'il s'agit de régler un différend financier relatif à l'exécution dudit contrat,* ***il y a lieu de trancher le litige sur le terrain contractuel*** »[1].

Dans la même logique, dans une décision *EHPAD La Chapelaude* rendue par la Cour administrative d'appel de Bordeaux le 6 décembre 2011, il a été jugé qu'« *eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles,* ***ces vices qui sont imputables*** *à l'EHPAD et à son mandataire,* ***ne peuvent être invoqués*** *par l'EHPAD* ***à l'encontre du marché*** *de maîtrise d'œuvre litigieux* »[2]. Très récemment, le Conseil d'État a considéré qu'une Cour administrative d'appel n'avait pas commis d'erreur de droit en opposant la loyauté des relations contractuelles au moyen tiré d'une irrégularité soulevé par l'administration contractante qui était elle-même à l'origine de l'irrégularité[3]. Il est donc expliqué très clairement que le fait d'être l'auteur de l'irrégularité empêche en principe le cocontractant-requérant, conformément à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de s'en prévaloir devant le juge administratif dans le cadre d'une contestation de validité du contrat administratif, que celle-ci soit par voie d'action ou par voie d'exception.

233. Pour démontrer l'existence d'une recherche entière de l'imputabilité du moyen d'irrégularité tout en demeurant un contrôle subjectif, la décision au fond de l'affaire *Commune de Béziers* rendue par la Cour administrative d'appel de Marseille est extrêmement précieuse. En effet, cette fois-ci et contrairement en 2009[4], le juge du contrat a insisté sur l'imputabilité de l'irrégularité relative à l'absence de transmission au contrôle de légalité de l'autorisation délivrée par l'assemblée délibérante au maire de signer le contrat. En ce sens, le juge du contrat a précisé « *que, toutefois, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles,* ***ce vice imputable aux organes de la commune qui s'en prévaut et dont il n'est pas soutenu que l'autre partie en avait eu connaissance*** *[…] ne saurait, dans les circonstances de l'espèce et alors que la commune qui se prévaut de l'absence de son*

[1] CAA Bordeaux, 16 décembre 2010, *Sté expertises Melloni et associés*, préc.
[2] CAA Bordeaux, 6 décembre 2011, *EHPAD La Chapelaude*, préc.
[3] CE, 4 octobre 2019, Syndicat mixte du développement durable de l'Est Var pour le traitement et la valorisation des déchets ménagers, n°419312.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

consentement a au demeurant, exécuté la convention en cause pendant dix ans avant d'invoquer le vice de son consentement, ***entraîner que le juge doive écarter le contrat*** *[...]* »[1].

Suivant le même raisonnement, la décision *Commune de Sales-le-Château* tranchée par la Cour administrative d'appel de Marseille le 24 février 2014 précise « *qu'eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles,* ***ce vice imputable à la commune qui s'en prévaut, et dont il n'est établi ni que l'autre partie en ait eu connaissance*** *lors de la conclusion de la convention ni qu'il procèderait de manœuvres frauduleuses ou dolosives de cette dernière, ne saurait être regardé comme un vice d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat* »[2]. D'autres décisions contribuent à révéler que le juge du contrat reprend la même formule pour juger irrecevable ou inopérant un moyen tiré d'une irrégularité pourtant avéré[3].

234. Ainsi, l'on voit bien ici le mode d'emploi de l'imputabilité entière orchestré par le juge du contrat : il précise dans un premier temps que le cocontractant-requérant est l'auteur de l'irrégularité qui fonde son moyen et, dans un second temps, le juge vérifie que l'autre partie n'était pas au courant du vice. Mais alors, est-ce qu'une irrégularité invoquée par son auteur sera considérée par le juge comme recevable ou opérant lorsque le cocontractant en a eu connaissance ?

La plus haute juridiction administrative s'est prononcée sur le partage de l'imputabilité de l'irrégularité dans le cadre de deux pourvois relatifs à la même affaire opposant la commune de Vias à la société d'économie mixte de la ville de Béziers et du Littoral[4]. En l'espèce, était en cause un contrat relatif à la réalisation d'une opération d'aménagement de « *Vias Plage* », projet « *de grande ampleur* »[5] qui avait pour objet la réalisation de plus de deux mille logements à proximité immédiate du rivage. La décision de la commune d'abandonner le projet d'aménagement a donné lieu à un contentieux relatif aux conséquences financières de

---

[1] CAA Marseille, 19 décembre 2011, *Cne de Béziers*, n°10MA00087 ; *CMP*, 2012, comm. 98, obs. J.-P. Piétri.
[2] CAA Marseille, 24 février 2014, *Cne de Salses-le-Château*, n°12MA00059.
[3] CAA Marseille, 13 février 2015, *Sté Siemens Lease Services*, n°13MA00902 : « que, toutefois, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce vice imputable à la commune qui s'en prévaut, et dont il n'est pas établi ni que l'autre partie en ait eu connaissance lors de la conclusion de la convention ni qu'il procèderait de manœuvres frauduleuses ou dolosives de la part de la société cocontractante, ne saurait être regardé comme un vice d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat […] » [nous soulignons].
[4] CE, 10 juillet 2013, *Cne de Vias, SEM de la ville de Béziers et du littoral*, préc.
[5] PELLISSIER G., « concl., sur CE, 10 juillet 2013, *Cne de Vias, SEM de la ville de Béziers et du littoral,* préc. ».

la fin anticipée du contrat conclu entre l'administration et l'aménageur. Pour la personne publique, l'opération d'aménagement était illégale dans la mesure où elle violait les dispositions de l'article L. 146-4 II du Code de l'urbanisme. L'une des questions que devait alors trancher le Conseil d'État portait notamment sur l'imputabilité de l'invocation de l'illégalité. En effet, c'est la personne publique elle-même qui a invoqué un vice alors qu'elle en était l'auteur. Pour le rapporteur public, l'illégalité du projet d'aménagement était imputable aux deux parties, aussi bien l'administration que l'aménageur en raison de sa qualité de professionnel[1]. En tout état de cause, la plus haute juridiction administrative a conclu que « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles ne faisait pas obstacle, dans les circonstances de l'espèce qui lui était soumise, à ce que l'illicéité du contrat litigieux soit invoquée par la commune de Vias* »[2]. Étant entendu que l'illicéité d'un contrat compte au nombre des « *irrégularités de premier rang* »[3], car il s'agit d'un moyen d'ordre public, il n'est pas étonnant que l'exigence de loyauté des relations contractuelles soit écartée et ainsi n'empêche pas le cocontractant-requérant de s'en prévaloir.

Le Conseil d'État a précisé sa position dans l'affaire *Société Bueil publicité mobilier urbain* le 4 mai 2015[4]. Dans cette affaire, la commune de Luisant a signé un marché public de fourniture de mobilier urbain avec la société Bueil publicité mobilier urbain. Ce contrat a été signé en violation totale des obligations de publicité et de mise en concurrence. Dans le cadre d'un contentieux en contestation de validité soulevé par voie d'exception, le rapporteur public Gilles Pellissier a suggéré au Conseil d'État de considérer que « *la responsabilité de l'irrégularité pèse à parts égales sur les deux parties au contrat, de sorte que la loyauté des relations contractuelles implique que leurs droits soient réglés sur le terrain contractuel, et que la commune ne puisse invoquer une illégalité qui lui est partiellement imputable pour s'exonérer de ses obligations* »[5]. Dans le même sens, la Cour administrative de Versailles a précisé que le partage de responsabilité entre l'administration contractante et l'opérateur économique découle « *de ses propres fautes ou de son imprudence à conclure un tel contrat* »[6]. L'exigence de loyauté des relations contractuelles conduit donc à l'irrecevabilité

[1] PELLISSIER G., « concl., sur CE, 10 juillet 2013, *Cne de Vias, SEM de la ville de Béziers et du littoral,* préc. ».
[2] CE, 10 juillet 2013, *Cne de Vias, SEM de la ville de Béziers et du littoral*, préc.
[3] DOUTEAUD S., « Précisions sur l'action en contestation de validité ouverte aux cocontractants », art. *op. cit.*, p. 1414.
[4] CE, 4 mai 2015, *Sté Bueil publicité mobilier urbain*, n°371455 ; *BJCP*, 2015, p. 399, concl. G. Pellissier.
[5] PELLISSIER G., « Concl. sur, CE, 4 mai 2015, *Sté Bueil publicité mobilier urbain*, préc. ».
[6] CAA Versailles, 14 juin 2012, *Sté Avenance-Enseignement et Santé,* préc.

ou à l'inopérance d'un moyen d'irrégularité soulevé par son auteur autant que par le cocontractant-requérant qui en aurait eu connaissance.

235. En outre, au cœur des décisions que nous venons d'examiner, la loyauté des relations contractuelles sert effectivement au juge du contrat à refuser la recevabilité ou l'opérance d'un moyen en fonction de son imputabilité, mais révèle aussi une autre utilisation. En effet, la motivation des décisions des juges fait référence à d'autres éléments que nous rattachons au versant subjectif de la loyauté des relations contractuelles que sont l'intention du cocontractant-requérant et son comportement durant l'exécution de son contrat. À titre d'illustration, en plus de l'imputabilité, la Cour administrative d'appel de Bordeaux dans sa décision *Société d'expertises Melloni et associés* insiste bien sur le fait que le cocontractant-requérant souhaitait obtenir le règlement du litige en dehors du terrain contractuel pour ne pas avoir à régler ses honoraires[1]. Cette association soit entre plusieurs éléments subjectifs, soit entre des éléments subjectif et objectif fera l'objet de prochains développements[2].

236. Pour répondre à l'interrogation du professeur Jean-François Lafaix[3], si l'on écarte de notre propos toute considération moraliste et religieuse comme peut le révéler l'adage « *faute avouée à moitié pardonnée* », deux conclusions doivent être tirées de l'examen de la jurisprudence.

Premièrement, l'étude des décisions qui fondent notre corpus nous conduit nécessairement à répondre qu'en l'état actuel du droit, l'on ne peut loyalement se prévaloir de sa propre faute. Il ne faut pas se méprendre sur l'interprétation de la décision *Commune de Vias*[4] : le moyen est opérant, mais il n'est pas pour autant loyal. Comme il s'agit d'une « *irrégularité de premier rang* »[5], la loyauté des relations contractuelles est écartée et n'est donc pas, dans le cas d'espèce, prise en compte par le juge du contrat. C'est d'ailleurs ce qui nous pousse à considérer que ces irrégularités sont d'ordre public.

Deuxièmement, peut-on se satisfaire de cette réponse stricte et sans nuance apportée par le Conseil d'État ? Peut-on considérer que seuls les moyens d'ordre public peuvent être utilement soulevés par leur auteur ? En effet, l'administration partie à un contrat administratif demeure toujours gardienne de l'intérêt général. La plus haute juridiction administrative en

[1] CAA Bordeaux, 16 décembre 2010, *Sté expertises Melloni et associés*, préc.
[2] V. *infra*, § 258 et s.
[3] LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, p. 1098.
[4] CE, 10 juillet 2013, *Cne de Vias, SEM de la ville de Béziers et du littoral*, préc.
[5] DOUTEAUD S., « Précisions sur l'action en contestation de validité ouverte aux cocontractants », art. *op. cit.*, p. 1414.

refusant que l'administration contractante puisse se prévaloir d'une irrégularité dont elle est l'auteur opère une distinction critiquable entre la personne publique partie à un contrat administratif et la personne publique à la tête d'une administration. En ce sens, la fonction de gardienne de l'intérêt général de l'administration passe nécessairement par sa soumission à la légalité administrative. Elle crée des normes et doit en même temps s'y soumettre au même titre qu'elle doit se soumettre aux normes supérieures.

Par voie de conséquence, refuser par principe que l'administration contractante invoque loyalement – sans compter les moyens d'ordre public – une irrégularité qui lui est imputable revient en réalité à considérer d'une part que lorsqu'elle est partie à un contrat administratif, sa nature de cocontractant lui fait perdre sa dimension de gardienne de l'intérêt général ; d'autre part, cela signifie également qu'invoquer sa propre faute est toujours déloyal. Ici aussi, il nous semble que le lien étroit existant entre l'administration et la protection de l'intérêt général et du principe de légalité devrait rompre l'évidence du constat opéré par le juge administratif. Or, une telle différence en matière d'imputabilité du moyen tiré d'une irrégularité en fonction de la nature du cocontractant conduirait à faire perdre la cohérence qui entoure la politique jurisprudentielle en matière de contentieux des parties à un contrat administratif.

237. La dimension subjective de la loyauté des relations contractuelles, lorsqu'elle sert au juge du contrat à écarter un moyen d'irrégularité en raison de son imputabilité, ne fait plus de doute. Pour autant, l'imputabilité n'épuise pas toutes les manifestations du versant subjectif de la loyauté des relations contractuelles. Pour preuve, dans de nombreuses décisions, le juge du contrat se sert de la loyauté pour rendre irrecevables ou inopérantes des irrégularités au terme d'une analyse comportementale de l'auteur du recours qui souvent complète l'examen de l'imputabilité.

§2. LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES, INSTRUMENT D'ANALYSE COMPORTEMENTALE DU COCONTRACTANT-REQUÉRANT

238. L'examen de la jurisprudence nous conduit à considérer que la manière par laquelle le juge du contrat utilise la loyauté des relations contractuelles ne s'épuise pas dans le contrôle

de l'imputabilité des moyens tirés d'irrégularités. En effet, nombreuses sont les décisions qui révèlent l'utilisation d'une loyauté éminemment subjective et qui conduisent à l'irrecevabilité ou à l'inopérance du moyen, sans que la question de l'imputabilité du vice ne soit mentionnée. C'est bien la démonstration que l'imputabilité et la règle *nemo auditur* n'épuisent pas toutes les possibilités offertes au juge du contrat dans son utilisation de la loyauté des relations contractuelles.

En effet, si la loyauté des relations contractuelles a pour fonction première de filtrer les moyens tirés d'irrégularités au stade de leur appréciation, il semble que le juge du contrat s'en sert aussi comme un instrument de mesure comportementale. En ce sens, conformément à la distinction pensée par le professeur Yves Picod entre « la loyauté contractuelle » et « la loyauté du contractant »[1], c'est la seconde, éminemment subjective, qui est mobilisée par le juge du contrat. Ainsi, pour écarter les moyens d'irrégularité, le juge du contrat examine l'intention du cocontractant-requérant **(A)** et son comportement tout au long de l'exécution contractuelle **(B)**.

A) LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES, INSTRUMENT DE MESURE DE L'INTENTION DÉLOYALE PRÉSUMÉE DU COCONTRACTANT-REQUÉRANT

239. Lorsque nous avons précisé que le versant subjectif de la loyauté des relations contractuelles était lié au contrôle de l'opportunisme[2] des cocontractants-requérants, l'examen de l'intention en est une parfaite illustration. Autrement dit, le juge du contrat se sert de l'instrument qu'est la loyauté des relations contractuelles pour déduire des faits de l'espèce les raisons pour lesquelles le cocontractant-requérant cherche à obtenir l'annulation de son propre contrat par voie d'action, ou que celui-ci soit écarté par voie d'exception pour régler le litige.

[1] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit.*, pp. 22-23.
[2] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 390.

240. En effet, il est fréquent en jurisprudence que le juge du contrat se serve de la loyauté des relations contractuelles non plus seulement comme contrôle de l'imputation du moyen d'irrégularité, mais bien au stade des motivations profondes de la partie contractante.

Ainsi, pour déterminer la déloyauté du moyen, le juge peut considérer que, « *au regard de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, les parties ne sauraient remettre en cause la validité des contrats qu'elles ont exécutés* ***dans le seul but*** *d'échapper aux obligations qui en découlent* »[1]. Autrement dit, le juge du contrat confronté à une action en contestation de validité d'un contrat administratif doit déterminer si le moyen d'irrégularité soulevé par le cocontractant-requérant n'a pas pour unique but de lui permettre de s'évader de la relation contractuelle. Si le juge du contrat arrive à la conclusion que l'intention première du cocontractant est de ne pas honorer ses obligations contractuelles, le moyen sera considéré comme déloyal. En ce sens, conformément à ce qu'ont pu écrire plusieurs auteurs, c'est bien une recherche de « *l'intention présumée* »[2] du cocontractant-requérant à laquelle se prête le juge administratif.

Plusieurs cas de figure se rencontrent en jurisprudence. Ainsi, Jérémy Bousquet a considéré que « *le juge est amené à déterminer si la seule finalité de la contestation du contrat est uniquement d'échapper à l'application de sa responsabilité contractuelle ou, plus généralement, à une relation contractuelle qui ne lui est plus favorable* »[3]. En ce sens, le cocontractant-requérant peut vouloir s'évader de la relation contractuelle pour ne pas être soumis à l'application du contrat et donc pour éviter de voir sa responsabilité contractuelle engagée en cas de faute dans l'exécution du contrat comme c'était le cas dans l'arrêt *Groupe Vinet SA* précité[4], ou encore pour ne pas assumer les charges financières prévues au contrat comme c'était le cas dans la décision *Société Brame et Lorenceau* dans laquelle la formation plénière de la Cour administrative de Paris a explicitement visé l'intention déloyale de l'administration. Dans cette affaire, le juge administratif a considéré que « *dès lors qu'il existait un accord sur les éléments essentiels du contrat, et notamment sur son objet et sur les modalités de détermination des honoraires,* ***le ministre*** *de la Culture et de la Communication*

---

[1] CAA Bordeaux, 31 mars 2011, *Groupe Vinet SA*, préc.
[2] V. notamment : LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 389 ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 76.
[3] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, *ibid.*, p. 76.
[4] CAA Bordeaux, 31 mars 2011, *Groupe Vinet SA*, préc.

ne saurait**, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles,* ***invoquer, pour s'affranchir du paiement de la somme due à son cocontractant, le montant totalement inusité du devis *[...]* »[1]. Suivant le même raisonnement, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a considéré, en toute logique, comme déloyal le moyen tiré d'une irrégularité révélant l'intention de l'administration contractante « *d'échapper aux obligations financières qu'elle s'est créées* »[2].

De plus, l'intention du cocontractant-requérant sera considérée par le juge du contrat comme déloyale soit parce que les règles de la commande publique ont sciemment été écartées[3], soit parce que la poursuite de l'exécution ne convient plus à l'administration ou à l'opérateur économique. Ainsi, tel a été le cas dans une affaire opposant la commune de Villeneuve-de-la-Raho au service départemental d'incendie et de secours dans laquelle la Cour administrative de Marseille a déduit des faits l'intention déloyale de la ville qui avait « *pour objet de reprendre en régie la gestion du domaine public* »[4]. Dans la même logique, la Cour administrative d'appel de Paris a refusé d'écarter un contrat administratif en raison de l'intention déloyale du requérant qui n'avait, en réalité, que pour but « *d'écarter le contrat pour régler le litige l'opposant à la RATP seulement pour ce qui concerne la partie pour laquelle elle n'aurait pas obtenu satisfaction sur un fondement contractuel* »[5].

Le juge du contrat considère également que les arguments fondés sur les mauvaises appréciations par l'entreprise titulaire du contrat de l'étendue de son obligation révèlent assurément l'intention déloyale de ne pas poursuivre l'exécution du contrat administratif. Par exemple, le juge du contrat peut déduire de l'expérience professionnelle de la partie contractante qui souhaite échapper à son contrat administratif que l'argument selon lequel il n'avait pas correctement appréhendé l'étendue de son obligation révèle assurément une intention déloyale. Ainsi, dans une affaire opposant le Ministre de la Défense à l'opérateur économique titulaire d'un marché public de fourniture, la Cour administrative d'appel de

---

[1] CAA Paris, 20 octobre 2011, *Sté Brame et Lorenceau*, n°09PA05557 ; *CMP*, 2011, comm. 349, obs. F. Llorens.
[2] CAA Bordeaux, 5 juillet 2012, *Caisse des écoles de la Cne de Petit-Bourg*, n°11BX01592.
[3] V. notamment : CAA Nancy, 2 avril 2015, *Sté Grenke c/ Cne de Laroque d'Olmes*, n°14NC01887 : « Toutefois, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce vice dont la commune reconnaît qu'il avait fait l'objet de son consentement et qu'elle avait agi, en accord avec l'agent qui l'avait contactée au nom de la société Grenke Location, pour éviter les règles de concurrence découlant du code des marchés publics, ne présente pas un caractère de gravité suffisante pour interdire de régler le litige sur le fondement du contrat » ; CAA Nancy, 2 avril 2015, *Sté Grenke c/ Ministre de la culture*, n°14NC01916.
[4] CAA Marseille, 1er octobre 2012, *Cne de Villeneuve-de-la-Raho*, n°09MA01954 ; *CMP*, 2012, comm. 326, note G. Eckert.
[5] CAA Paris, 19 novembre 2013, *SAS Darras et Jouanin*, n°11PA04178.

Paris a considéré que la réglementation « *était connue de l'ensemble des entreprises habituées des marchés publics de la défense* »[1]. La connaissance du milieu professionnel ne touche d'ailleurs pas seulement l'entreprise dans son ensemble, mais aussi le cas échéant la personne qui signe le contrat[2]. Dans le même sens, la Cour administrative de Nantes a reproché à un cocontractant-requérant que le moyen d'irrégularité soulevé ait été nécessairement déloyal dans la mesure où, en tant que professionnel, il « *n'a pu se méprendre sur la portée de son propre engagement* »[3]. Enfin, dans une affaire tranchée par la Cour administrative d'appel de Nancy, le juge du contrat a explicitement écarté le moyen de la société-requérante en fonction justement « *de l'expérience dont elle bénéficie* », ce qui impose qu'elle soit « *regardée comme ayant présenté son offre en toute connaissance de cause* »[4]. Autrement dit, l'argument avancé par le cocontractant de l'administration n'avait que pour but d'échapper au contrat administratif. Or, le fait que le juge du contrat fasse jouer à la loyauté des relations contractuelles le rôle d'instrument de mesure de l'intention est critiquable.

En effet, comme l'a rappelé Jérémy Bousquet, il s'agit d'une « *intention présumée* »[5] par le juge et renforce le sentiment selon lequel il est extrêmement difficile, voire impossible, d'une part de systématiser une jurisprudence autant empreinte de subjectivisme, d'autre part ne serait-ce qu'anticiper les solutions rendues par le juge. En toute logique, l'appréciation de l'intention du cocontractant-requérant dépend de chaque espèce. En ce sens, le professeur Jean-François Lafaix a insisté sur le fait que « *le juge essaie de déterminer, même si c'est souvent de façon implicite et indirecte* »[6] si l'intention du cocontractant-requérant est déloyale.

---

[1] CAA Paris, 7 juin 2011, *Ministre de la Défense c/ GIE G20*, n°09PA05575.

[2] CAA Nancy, 26 novembre 2015, *Sté Grenke location c/ Collège Françoise Dolto*, n°15NC00932 : « Toutefois, compte tenu de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, la circonstance que l'autorisation du conseil d'administration du collège n'a pas été demandée dès lors que le principal a accepté de signer le contrat le jour de la démarche du représentant agissant pour la société Grenke Location et alors même que ce représentant était aguerri, ne constitue pas, dans les circonstances de l'espèce, un vice d'une gravité suffisante pour interdire de régler le litige sur le fondement du contrat ».

[3] CAA Nantes, 3 juin 2011, Union des coopératives agricoles Épis-Centre-Nord, n°10NT00289.

[4] CAA Nancy, 18 novembre 2011, *Sté Hochtief Solutions AG*, n°11NC01445.

[5] V. notamment : LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 389 ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 76.

[6] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 390.

B) LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES, INSTRUMENT DE SANCTION DU COMPORTEMENT DU COCONTRACTANT-REQUÉRANT DURANT L'EXÉCUTION DU CONTRAT

241. La jurisprudence mettant en lumière l'utilisation par le juge du contrat de la loyauté des relations contractuelles ne s'épuise pas dans l'imputabilité du moyen tiré d'une irrégularité ni même l'intention présumée du cocontractant requérant. Précisément, la majorité des situations dans lesquelles la loyauté des relations contractuelles contribue à empêcher la remise en cause du contrat administratif par l'une des parties repose sur le comportement de l'auteur de la contestation de validité, que celle-ci soit par voie d'action ou par voie d'exception. Ainsi, l'examen de la jurisprudence administrative nous incite à préciser l'étendue de ce que recouvre le comportement du cocontractant-requérant. De nombreuses décisions rendues par les juridictions administratives démontrent que la loyauté des relations contractuelles pensée par Emmanuel Glaser dans ses conclusions sur la décision *Commune de Béziers*[1] ne doit pas être réduite à la seule règle du *nemo auditur*.

242. Ainsi, la loyauté des relations contractuelles est l'instrument contentieux par lequel le juge refuse la recevabilité ou l'opérance d'un moyen notamment en raison du comportement du cocontractant-requérant tout au long de l'exécution de son contrat. Empreinte d'une forte dimension subjective, cette conception de la loyauté en contentieux des parties contractantes nous invite à faire le lien avec la conception de la loyauté développée dans sa thèse par le professeur Yves Picod.

En effet, comme nous l'avons expliqué, l'auteur a construit une distinction entre « *la loyauté contractuelle* » et « *la loyauté du contractant* »[2]. Si la première est marquée par son objectivité, la seconde est éminemment subjective et conduit le juge à apprécier *in concreto* l'attitude de la partie contractante durant l'exécution de son propre contrat[3].

La dimension subjective de la loyauté des relations contractuelles en contentieux des parties contractantes est prégnante lorsque le juge se fonde sur le comportement du cocontractant-requérant pour considérer comme irrecevable par voie d'action ou inopérant par voie d'exception l'irrégularité soulevée à l'appui de la contestation de validité du contrat

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. *op. cit.*, pp. 22-23.
[3] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *ibid.*, p. 22.

administratif. En l'état actuel du droit positif, l'examen de la jurisprudence révèle, exception faite d'une seule décision relative à l'irrégularité d'une clause[1], que le juge du contrat se sert de la loyauté des relations contractuelles dans sa dimension comportementale, systématiquement en raison de l'incompétence de l'autorité signataire pour la neutraliser ou quant à l'expression du consentement pour le valider.

Une fois encore, la contextualisation est un outil contribuant à la compréhension de notre objet d'étude. Ainsi, lorsque le juge du contrat est saisi d'un recours en contestation de validité par une partie contractante, il doit, comme nous l'avons expliqué, appréhender le moyen soulevé en fonction d'une part de la loyauté des relations contractuelles et d'autre part, soit de « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[2] par voie d'action, soit de l'application « *en principe* »[3] du contrat par voie d'exception. Autrement dit, la loyauté des relations contractuelles est pensée comme un rempart particulièrement rigoureux face aux remises en causes des engagements contractuels. Le rempart sera d'autant plus rigoureux si les faits de l'affaire soumise au juge du contrat révèlent une démarche opportuniste du cocontractant-requérant.

243. En effet, l'examen de la jurisprudence nous autorise à considérer que l'analyse du comportement de la partie à un contrat administratif qui en conteste la validité repose sur un élément central : l'exécution normale et continue du contrat administratif. À ce titre, cet élément n'est pas sans rappeler le principe selon lequel le contrat est signé pour être exécuté. Mais alors, pour déterminer si le comportement du cocontractant-requérant est déloyal, le juge du contrat se sert d'indices qui transparaissent lors de l'examen *in concreto* de chaque affaire.

Les différentes décisions qui fondent notre corpus révèlent que le juge se sert en grande majorité de la durée significative d'exécution sans difficulté du contrat pour considérer que le comportement du cocontractant-requérant à l'origine du recours est manifestement opportuniste et donc déloyal. Le professeur Jean-François Lafaix et Jérémy Bousquet qui sont les deux auteurs qui se sont le plus intéressés à la dualité de la loyauté des relations contractuelles se sont arrêtés à la seule durée du contrat pour considérer le comportement du requérant comme déloyal[4]. Si la majorité des espèces mettant en lumière l'utilisation par le

---

[1] CAA Lyon, 22 mai 2014, *Sté Braja Vesigne*, n°11LY23605.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] V. notamment : LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 389 : « c'est le plus souvent le comportement des parties postérieurement à la

juge de la loyauté des relations contractuelles comme instrument de mesure comportementale concerne effectivement la durée d'exécution sans encombre des obligations contractuelles, l'examen minutieux de la jurisprudence nous autorise à conclure à l'existence d'un second indice qu'est le paiement sans encombre des factures.

Ainsi, le juge du contrat a pris pour habitude de considérer comme déloyale toute contestation de validité d'un contrat lorsque celle-ci intervient alors que le contrat a été exécuté sans encombre et que le moyen d'irrégularité soulevé à l'appui de ce recours n'est pas un moyen d'ordre public. Dans pareille situation, le juge administratif fait explicitement référence au cœur de la motivation de sa décision de rejet à la durée durant laquelle le contrat s'est exécuté sans que l'irrégularité qui trouve son origine durant la phase de formation du contrat, n'ait posé de problème.

Pour preuve, la Cour administrative d'appel de Marseille a considéré comme déloyal et donc inopérant le moyen soulevé dans le cadre d'une exception d'invalidité selon lequel son propre contrat devait être écarté en raison de l'irrégularité de la clause de tacite reconduction. Pour écarter le moyen, le juge d'appel a fait explicitement référence au fait que « *si le vice allégué tiré de l'irrégularité de la clause de tacite reconduction concerne le contenu du contrat, l'exigence de loyauté des relations contractuelles fait obstacle à ce que la ville de Nice puisse utilement se prévaloir de ce vice* ***alors qu'elle ne s'est jamais opposée pendant trente ans à l'exécution de ce contrat*** »[1].

Autrement dit, l'argumentation de la juridiction administrative laisse poindre le fait qu'elle a voulu sanctionner l'opportunisme du cocontractant-requérant. C'est d'ailleurs plutôt clair dans la décision *Commune d'Entraigues-sur-la-Sorgue* rendue par le Conseil d'État le 8 octobre 2014[2] par laquelle le juge du contrat prend soin de préciser que l'administration contractante a « *exécuté normalement* » son contrat « *sans qu'elle émette d'objection* ». Cette mention de l'absence d'objection révèle assurément la volonté du Conseil d'État de considérer les remises en cause très tardives des contrats administratifs comme manifestement déloyales. Plusieurs décisions, en dépit de la diversité des faits de chaque espèce, sont sur ce

---

conclusion du contrat qui est pris en compte, afin de souligner qu'elles ont exécuté le contrat pendant un temps significatif sans en contester la validité » ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 77 : « Ici, afin de démontrer l'atteinte à la loyauté, le juge se fonde sur le fait que le contrat a été exécuté pendant un temps important, sans aucune contestation, paisiblement ».

[1] CAA Marseille, 8 juillet 2010, *Ville de Nice*, préc.

[2] CE, 8 octobre 2014, *Cne d'Entraigues-sur-la-Sorgue*, préc.

point similaires : la durée d'exécution normale du contrat contribue à neutraliser l'irrégularité trouvant son origine dans la formation du contrat[1].

En revanche, le Conseil d'État a précisé que l'invocation d'un moyen d'irrégularité imputable à l'administration contractante, mais mobilisé immédiatement après la signature du contrat pouvait justifier sa résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général. Dans l'affaire *Société Comptoir négoce équipements*, le Conseil d'État insiste sur la brève exécution du contrat pour écarter d'une part l'imputabilité et le comportement comme sources de déloyauté de l'invocation du moyen[2].

244. Une question demeure cependant et qui est relative au contexte dans lequel s'exécute la relation contractuelle. En effet, lorsque le juge du contrat mobilise la loyauté des relations contractuelles dans sa dimension comportementale, il met en perspective l'exécution sereine des obligations contractuelles pendant un délai certain par rapport à une remise en cause soudaine de la validité de l'expression du consentement. Cette soudaineté justifie que le moyen tiré d'une irrégularité soit irrecevable ou inopérant et donc déloyal. Autrement dit, la loyauté des relations contractuelles se confond ici avec l'exigence de cohérence. C'est

[1] V. notamment : CAA Bordeaux, 11 mars 2010, *Cne de Baie-Mahault*, préc. : « l'exigence de loyauté des relations contractuelles fait obstacle à ce que la commune de Baie-Mahault puisse utilement se prévaloir de ces vices alors qu'elle ne s'est jamais opposée pendant plus de dix-sept ans à l'exécution de ce contrat » [nous soulignons] ; CAA Marseille, 17 janvier 2011, *Ville de Cannes*, préc. : « si la Ville fait état de son incompétence à déléguer, par la convention litigieuse, des prestations relevant de la responsabilité d'autres personnes morales, et de ce que son consentement aurait été vicié du fait d'une éventuelle surévaluation de la part d'investissement incluse dans le prix des repas, l'exigence de loyauté des relations contractuelles fait obstacle à ce qu'elle puisse utilement s'en prévaloir alors qu'elle ne s'est jamais opposée pendant neuf années à l'exécution de ce contrat » [nous soulignons] ; CAA Nantes, 3 juin 2011, *Épis-Centre-Nord*, préc. : « l'exigence de loyauté des relations contractuelles fait, en tout état de cause, obstacle à ce qu'elle puisse utilement se prévaloir de cette prétendue incompétence, alors qu'elle n'a pu se méprendre sur la portée de son propre engagement et ne s'est jamais opposée à l'exécution du contrat » [nous soulignons] ; CAA Bordeaux, 30 juin 2011, *Eurelec Aquitaine*, préc. : « qu'ainsi la société s'est librement engagée par la signature du contrat et a exécuté le marché pendant plus de deux ans après sa passation […] » [nous soulignons] ; CAA Douai, 2 mai 2013, *Cne de Loison-sous-Lens*, n°12DA00151 : « l'exigence de loyauté des relations contractuelles justifie, en tout état de cause et en l'espèce, que ne soit pas écartée du présent litige la convention de maîtrise d'œuvre dont il s'agit, laquelle a été exécutée par les deux parties jusqu'à la réception des travaux sans que l'une ou l'autre de celle-ci ne remette en cause la validité du consentement qu'elles ont donné à la signature et l'application de l'ensemble des stipulations de ce contrat » [nous soulignons] ; CAA Lyon, 22 mai 2014, *Sté Braja Vesigne*, préc. : « si la société Braja Vesigne soutient que la formule d'actualisation du marché serait irrégulière en ce qu'elle prévoit une partie fixe de 15% hors actualisation, cette société n'a émis aucune réserve sur le bien-fondé de cette clause dont elle a eu contraire demandé l'application […] » [nous soulignons] ; CAA Lyon, 21 décembre 2020, *Centre hospitalier de Montluçon*, n°18LY00890 : « le centre hospitalier de Montluçon a exécuté normalement les contrats pendant plusieurs années, réglant ainsi les loyers » [nous soulignons] ; CAA Bordeaux, 22 mars 2021, *Sté Confo-Net*, n°18BX02696 : « [la société requérante] n'a pas contesté l'exécution du contrat » [nous soulignons] ; CAA Lyon, 15 juillet 2021, *Asso. Antipodes Bourgogne*, n°19LY04559 : « le principe de loyauté des relations contractuelles ferait obstacle à ce que le contrat, qui a été exécuté sans objection par l'association, soit écarté » [nous soulignons].

[2] CE, 10 juillet 2020, *Sté Comptoir négoce équipements*, *op. cit.*

d'ailleurs la raison pour laquelle de nombreux auteurs font le lien entre l'estoppel et l'approche comportementale de « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[1], car elle s'oppose à la contradiction du requérant au détriment de son cocontractant et du contrat administratif. Notons que l'estoppel a été déclaré inapplicable, en l'état actuel du droit, en procédure fiscale[2] et en contentieux de la légalité[3] et que l'utilisation de la loyauté des relations contractuelles rend superflue sa réception en contentieux des contrats administratifs.

Il s'agit alors de la réception par le Palais-Royal de ce que la doctrine a perçu depuis longtemps : la signature d'un contrat administratif est « *une entreprise hasardeuse* » comme l'a expliqué le professeur Gabriel Eckert[4]. Cependant, y a t-il des cas dans lesquels le juge pourrait considérer que l'exécution n'a pas été sereine ? En l'état actuel du droit jurisprudentiel, aucune décision n'a offert des enseignements sur ce point. Jérémy Bousquet s'est intéressé à cette question. Selon lui, la dimension conflictuelle entre parties lors de l'exécution d'un contrat administratif empêche de considérer que le contrat s'est « *déroulé sans aucune contestation* ». Partant, cela autorise le cocontractant à vouloir y mettre un terme sans que l'on puisse lui reprocher une forme d'opportunisme[5]. Nous ne partageons pas entièrement cette position.

En effet, si nous convenons que la rupture du contrat, même de longue durée, n'est pas nécessairement le fruit d'une attitude déloyale, c'est la soudaineté et l'origine de l'irrégularité qui révèlent la déloyauté du requérant[6]. Mais alors, il revient au juge du fond, de manière souveraine, de déterminer ce qu'il faut entendre par une durée longue. Sur ce point, la jurisprudence confirme qu'un délai de deux ans est suffisamment long pour considérer le comportement du cocontractant-requérant comme déloyal s'il se fonde sur des irrégularités

---

[1] V. notamment : MARGUERY L., « La "loyauté des relations contractuelles" en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », art. *op. cit.*, p. 666 ; LESSI J., DUTHEILLET DE LAMOTHE L., « L'estoppel incompatible avec le contentieux de la légalité », *AJDA*, 2014, p. 1935 ; MEYNAUD-ZEROUAL A., *L'office des parties dans le procès administratif*, th. *op. cit.*, p. 673.

[2] CE, Avis contentieux, 1er avril 2010, *SAS Marsadis*, n°334465 : *Rec.*, p. 93 ; *Dr. fisc.*, 2010, n°299, concl. Collin ; *AJDA*, 2010, p. 1327, note H. Belrhali-Bernard ; *Dr. adm.*, 2010, n°42, note M. Collet ; *Dr. adm.*, 2010, comm. 102, note F. Melleray.

[3] CE, 2 juillet 2014, *Sté Pace Europe*, n°368590 ; *AJDA*, 2014, p. 1897, concl. G. Dumortier ; *AJDA*, 2014, p. 1935, note J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe ; *Gaz. Pal.,* 2014, n°249, p. 13.

[4] ECKERT G., « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », art. *op. cit.,* p. 238.

[5] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 77.

[6] POUYAUD D., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.,* p. 525 : depuis la décision *Commune de Béziers*, le cocontractant-requérant ne peut plus « "découvrir" opportunément une irrégularité qui lui permettrait d'échapper à ses obligations » [nous soulignons].

trouvant leur origine dans la phase de passation[1]. Les solutions rendues par le juge du contrat dépendront à chaque fois de l'appréciation souveraine du magistrat, espèce par espèce, empêchant alors toute tentative de systématisation.

Notons enfin que parfois le juge du contrat fait référence à la durée d'exécution du contrat comme un élément supplémentaire lui permettant de considérer le moyen d'irrégularité comme n'étant pas « *d'une gravité telle* » et manifestement déloyal. Il s'agit d'une combinaison entre les dimensions objective et subjective de la loyauté des relations contractuelles comme le montrent plusieurs affaires[2]. Nous développerons ces combinaisons ultérieurement[3].

245. Contrairement à ce qui a pu être sous-entendu par certains auteurs[4], l'examen de la jurisprudence nous invite à considérer que l'étendue de l'analyse comportementale ne s'épuise pas dans la mise en perspective du délai d'exécution normale par rapport au moment de la contestation de validité du contrat.

En effet, bien que ces décisions ne soient pas nombreuses, certaines affaires tranchées par les juges d'appel démontrent que le respect des obligations financières par l'administration contractante invite le juge à considérer que le comportement du requérant révèle sa déloyauté. Tel est le cas dans l'affaire *Commune d'Entraigues-sur-la-Sorgue* rendue par le Conseil d'État le 8 octobre 2014[5]. Dans cette affaire, l'administration contractante a fait valoir l'incompétence du maire à signer le contrat pour que celui-ci soit écarté pour le règlement du litige. Réglant l'affaire au fond, la plus haute juridiction administrative a d'une part rappelé, comme nous l'avons expliqué précédemment, que le contrat « *a été exécuté normalement pendant plusieurs années par la commune, sans qu'elle émette d'objection* », mais a également ajouté que la commune a « ***réglé toutes les notes d'honoraires*** *présentées par son cocontractant* ». Par voie de conséquence, le Palais-Royal a considéré que le conseil municipal qui n'avait certes pas donné son accord dans les règles « *a donné son accord a posteriori à la conclusion du contrat en litige* ».

---

[1] CAA Bordeaux, 30 juin 2011, *Eurelec Aquitaine*, préc.
[2] V. notamment : CAA Nantes, 31 août 2010, *SARL Merlot*, n°09NT02072 ; CAA Marseille, 14 février 2011, *Centre international d'études supérieures en sciences agronomiques*, préc. ; CAA Marseille, 7 mars 2011, *Sté Staur*, n°08MA01183 ; *CMP*, 2011, comm. 181, obs. F. Llorens.
[3] V. *infra*, § 258 et s.
[4] V. notamment : LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 389 ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 77.
[5] CE, 8 octobre 2014, *Cne d'Entraigues-sur-la-Sorgue*, préc.

L'on peut donc parfaitement considérer que le fait que l'administration contractante ait bien respecté ses obligations financières a conduit le juge du contrat à considérer que son comportement, conformément à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, emportait la déloyauté de son moyen. D'autres décisions rendues par les juridictions d'appel font état de l'exécution des obligations financières pour écarter le moyen d'irrégularité fondé sur le consentement biaisé de la partie contractante[1]. Mais qu'en est-il des cas dans lesquels c'est le comportement de l'autre partie au contrat qui est examiné par le juge administratif ?

246. Bien que ces décisions soient rares, le moyen d'irrégularité soulevé peut être considéré par le juge comme déloyal non pas au regard du comportement du cocontractant qui s'en prévaut, mais bien au regard du comportement de l'autre partie[2]. Pour preuve, dans le cadre du projet de restructuration du stade de football Auguste Delaune à Reims, la commune, pouvoir adjudicateur, a signé un marché de travaux avec la société Établissements J. Richard-Ducros. Souhaitant obtenir la nullité du marché, l'opérateur économique titulaire du marché a fait valoir que le maire était incompétent pour signer le contrat faute d'habilitation régulière conférée par le conseil municipal. Preuve d'un véritable contrôle *in concreto,* la Cour administrative d'appel de Nancy précise « *qu'il résulte de l'instruction* » qu'un défaut d'habilitation existe en raison d'un manque de précision sur le coût financier des différents lots du projet de restructuration du stade. Cependant, le juge du contrat ajoute que « *le conseil municipal qui avait déjà délibéré sept fois sur l'opération de reconstruction du stade Delaune ne pouvait ignorer la portée réelle de l'engagement de la commune* »[3]. Dans cette affaire, c'est bien le comportement de l'autre partie qui a contribué à considérer comme déloyal le moyen soulevé et le fait que l'irrégularité n'a pas lésé le cocontractant-requérant. Dans la même logique, la Cour administrative d'appel de Lyon dans une décision *M. Roger A.* rendue le 24 mai 2012 a écarté le moyen présenté par l'administration contractante pour écarter le contrat en raison du comportement de la personne publique durant l'exécution révélant assurément que le maire « *a nécessairement consenti à l'engagement* »[4].

---

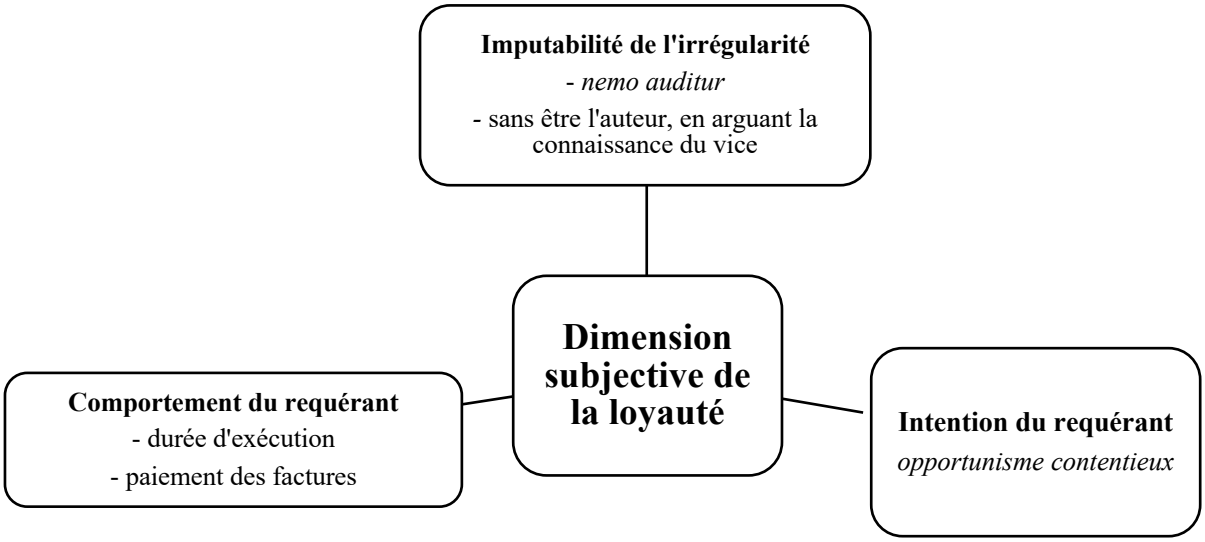
[1] CAA Marseille, 24 février 2014, *Cne de Salses-le-Château*, n°12MA00059.

[2] Pour une référence explicite au comportement du cocontractant, V. notamment : CAA Paris, 16 mars 2015, *Sté Cegape*, n°13PA02237 : « que, toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que cette irrégularité aurait été induite par le comportement de la société Cegape ; que compte tenu de l'exigence de loyauté des relations contractuelles et des circonstances dans lesquelles cette irrégularité a été commise, celle-ci n'est pas d'une gravité telle qu'elle justifierait, contrairement à ce qu'ont estimé les premiers juges, d'écarter l'application du contrat dans son ensemble » [nous soulignons].

[3] CAA Nancy, 9 mai 2011, *Sté Établissements J. Richard-Ducros*, n°10NC01276.

[4] CAA Lyon, 24 mai 2012, *M. Roger A.*, n°11LY00517 : « il ressort de l'instruction que la consultation a été organisée et que l'exécution des travaux a été suivie par le maire […] de telle sorte que celui-ci a nécessairement consenti à l'engagement » [nous soulignons].

Schématiquement donc, la loyauté des relations contractuelles est donc utilisée par la juge dans sa dimension subjective lorsqu'elle sert à contrôler l'imputabilité des moyens, l'intention ou le comportement du cocontractant-requérant.



248. Enfin, nous avons déjà pu le constater à travers l'examen des décisions précitées que le juge du contrat se sert de la loyauté des relations contractuelles avec une dimension qui n'est pas nécessairement subjective. En effet, nombreuses sont les décisions qui font état d'une conception objective de la loyauté en contentieux des parties contractantes par l'étude de la gravité de l'irrégularité et de la liaison entre le moyen invoqué et le préjudice subi par le cocontractant-requérant qui s'en prévaut.

Section 2

LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES DANS SA DIMENSION OBJECTIVE

249. Après avoir démontré que toutes les manifestations de la loyauté des relations contractuelles ne s'épuisent pas dans le contrôle de l'imputabilité du moyen tiré d'une

irrégularité[1], l'examen de la jurisprudence nous enseigne que la dimension subjective ne suffit pas non plus. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le conseiller d'État Alain Ménéménis a expliqué que la jurisprudence *Commune de Béziers*[2] est à l'origine d'une « *conception beaucoup plus large de "l'exigence de loyauté des relations contractuelles"* »[3]. En effet, l'examen minutieux de la jurisprudence nous invite à conclure que le juge du contrat mobilise la loyauté des relations contractuelles dans une dimension objective. Le professeur Jean-François Lafaix l'a d'ailleurs judicieusement expliqué. D'après l'auteur, « *la conception de la loyauté atteint un degré élevé d'objectivisme lorsqu'elle repose sur des présomptions et sur des éléments indépendants de l'intention du comportement des parties* »[4]. Comme nous l'avons montré[5], nombreuses sont les décisions au cœur desquelles le juge du contrat ne se fonde pas sur le comportement des parties ni sur l'imputabilité de l'irrégularité pour déterminer si le moyen soulevé doit se voir opposer la loyauté des relations contractuelles[6].

Dans de telles hypothèses, la dimension objective de la loyauté des relations contractuelles conduit le juge, après un contrôle *in abstracto*, à considérer le moyen recevable ou opérant en fonction de l'irrégularité contractuelle *stricto sensu*. En conséquence, la loyauté des relations contractuelles dans sa dimension objective est liée à la gravité de l'irrégularité. Autrement dit, certains vices seront considérés comme recevables ou opérants en tant que tels. C'est ce qui a conduit le juge du contrat à s'intéresser à la nature de l'irrégularité pour considérer que le moyen soulevé dans le cadre d'une contestation de validité est recevable ou opérant[7].

250. Pour autant, la jurisprudence fait état de décisions dans lesquelles ce sont les conséquences concrètes du vice à l'égard notamment de la partie qui s'en prévaut qui emportent la déloyauté de l'invocation du moyen par voie d'action ou qui justifient que le contrat ne soit pas écarté pour régler le litige dans le cadre d'une exception d'invalidité. Autrement dit, l'étude de la dimension objective de la loyauté ne s'épuise pas dans l'analyse

---

[1] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 516.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] MÉNÉMÉNIS A., « Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », art. *op. cit.,* p. 5.
[4] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 384.
[5] V. *supra*, § 86 et s.
[6] À titre d'illustration, dans de nombreuses affaires, le juge du contrat considère le moyen comme déloyal bien que le moyen d'irrégularité soit invoqué par le cocontractant qui n'est pourtant pas l'auteur : CAA Nantes, 31 décembre 2009, *SCA Dalkia France*, n°09NT00343 ; CAA Marseille, 18 juin 2010, *Cne de Saint-Alexandre*, n°07MA04659 ; CAA Nantes, 31 août 2010, *SARL Merlot*, préc. ; CAA Marseille, 14 février 2011, *Service départemental incendie et secours de l'Hérault*, n°08MA03024.
[7] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 78 : « L'analyse de la loyauté se confond ici avec l'analyse de la gravité du vice […] ».

stricte de la nature du vice. L'irrégularité contractuelle en tant que telle, en raison de sa nature, peut justifier que la loyauté des relations contractuelles empêche que le moyen soit recevable ou opérant. Cependant, ses conséquences dommageables peuvent également conduire le juge administratif à considérer comme déloyale la contestation de validité du contrat par une partie contractante. C'est la raison pour laquelle le professeur Jean-François Lafaix a considéré que l'irrégularité pouvait être appréhendée « *intrinsèquement* »[1] ou « *extrinsèquement* »[2].

Dans le premier cas de figure, le juge du contrat ne s'intéressera qu'à la nature de l'irrégularité et à sa gravité. Cette démarche est assurément objective, car elle ne s'intéresse qu'au vice dans le cadre d'un examen « *intrinsèque* » et à l'occasion d'un contrôle *in abstracto* **(Paragraphe premier)**. Dans le second cas de figure, le juge prendra en considération les conséquences dommageables de l'irrégularité contractuelle vis-à-vis du requérant qui s'en prévaut et mêlera alors des considérations objectives et subjectives[3]. Cet examen « *extrinsèque* » de l'irrégularité sert à déterminer sa gravité pour en déduire si la loyauté des relations contractuelles doit être écartée **(Paragraphe second)**.

§1. L'ANALYSE « *INTRINSÈQUE* » DE L'IRRÉGULARITÉ CONTRACTUELLE, L'EXAMEN PAR LE JUGE DE LA NATURE ET DE LA GRAVITÉ DU VICE

251. Si l'on considère que la dimension objective de la loyauté des relations contractuelles est fonction de la gravité de l'irrégularité, l'approche « *intrinsèque* » est celle qui est liée à la nature du vice, le juge n'hésitant d'ailleurs pas à l'affirmer[4]. Autrement dit, certaines irrégularités sont par nature ou en tant que telles suffisamment graves pour qu'elles soient

[1] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 384.
[2] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *ibid.*, p. 384.
[3] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 78.
[4] CAA Marseille, 30 septembre 2013, *Cne de Saint-Jeannet*, n°11MA02406 : « dans ces circonstances, et alors qu'il s'agit d'un différend financier relatif à l'exécution dudit contrat, eu égard à sa nature, l'irrégularité qui affecte la procédure d'attribution du marché […] ne constitue pas un vice d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doive pas être tranché sur le terrain contractuel » [nous soulignons].

loyales et justifient que le juge passe au stade du traitement de l'irrégularité par voie d'action ou écarte le contrat par voie d'exception.

Partant, une telle approche de l'irrégularité contractuelle enseigne autant qu'elle interroge. En effet, lorsque le juge du contrat écarte un moyen en raison de la nature ou de la gravité de l'irrégularité, il nous invite à nous interroger sur la possibilité de systématiser les moyens tirés d'irrégularités qui seront à coup sûr irrecevables ou inopérants **(A)**. Or, l'examen de la jurisprudence nous conduit plutôt à affirmer que le juge du contrat fonctionne par des présomptions d'irrecevabilité ou d'inopérance **(B)**.

A) L'IMPOSSIBLE SYSTÉMATISATION DES MOYENS IRRECEVABLES OU INOPÉRANTS

252. L'exception d'invalidité du contrat étant la voie de droit privilégiée des cocontractants-requérants, l'on rencontre souvent en jurisprudence la formule laconique suivante : « *eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doit écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doit pas être tranché sur le terrain contractuel* »[1]. Cette formule prétorienne révèle que dans de nombreuses affaires, le juge du contrat s'est fondé exclusivement sur la nature de l'irrégularité pour déterminer sa gravité, sans pour autant être prolixe dans la détermination de ce qu'est un vice grave. Donc, ni l'imputabilité de l'irrégularité, ni l'intention de la partie au contrat à l'origine du recours ni son comportement ne sont, dans ce cas de figure, pris en compte par le juge administratif pour trancher le litige. Ce faisant, l'examen de cette approche prétorienne nous invite, à première vue, à systématiser les moyens tirés d'irrégularités qui seront toujours considérés par le juge du contrat comme irrecevables par voie d'action ou inopérants par voie d'exception.

253. Partant, la gravité de l'irrégularité est déterminée par rapport à la nature du vice. Nous aurons l'occasion de démontrer que l'analyse « *intrinsèque* » de l'irrégularité est critiquable[2]. En effet, étant entendu que le juge administratif lui-même considère certaines irrégularités

[1] Pour une première utilisation par le juge dans le cadre d'une contestation de validité du contrat administratif V. : CE, 8 mars 2010, *Cne de Béziers*, préc.
[2] V. *infra*, § 251 et s.

comme étant par nature insuffisamment graves, il semble logique que les solutions ne fluctuent pas en fonction des espèces. Comment alors considérer que dans un cas une irrégularité puisse être « *eu égard à sa nature* »[1] insuffisamment grave et que dans une autre espèce, le juge reconnaisse la gravité du même moyen ?

Pour comprendre comment les magistrats du Palais-Royal ont déterminé le champ des moyens tirés d'irrégularités qui ne seront pas considérés comme suffisamment graves, il nous faut partir du changement de politique jurisprudentielle. Ainsi, nous avons déjà expliqué que l'irrégularité à l'origine de la décision *Commune de Béziers*[2] relative à la signature prématurée du contrat administratif a donné lieu à plusieurs décisions rendues immédiatement après le 28 décembre 2009. Précisément, cette succession de décisions nous invite à penser qu'il s'agissait d'un moyen pour le Palais-Royal d'asseoir sa nouvelle politique jurisprudentielle. Pour preuve, le nombre d'arrêts mettant en lumière un pareil moyen d'irrégularité se réduit à peau de chagrin passé l'année 2012.

Une fois encore, ce sont les conclusions d'Emmanuel Glaser sous la décision *Commune de Béziers*[3] qui nous livrent de précieux enseignements. En effet, pour le rapporteur public, seulement « *deux catégories* » de vices devraient être en mesure de conduire le juge soit à annuler le contrat, soit à l'écarter pour trancher le litige. Il s'agit des irrégularités en rapport avec l'illicéité du contenu du contrat et celles viciant le consentement donné par la personne publique. Pour lui, en l'espèce « *l'illégalité en cause ne nous paraît entrer dans aucune des deux catégories qui justifient l'annulation du contrat* »[4] résumées depuis lors sous l'appellation des « *irrégularités de premier rang* » par Stéphanie Douteaud[5]. En ce sens, cette position a grandement nuancé la portée[6] de l'avis *Préfet de la Côte d'Or*[7] qui était source, durant l'état de crise du contrat, d'un nombre important de nullités.

Selon les conclusions d'Emmanuel Glaser, tous les moyens tirés d'irrégularités qui ne concernent ni la licéité du contenu du contrat ni l'intégrité du consentement devraient, lorsque le juge se fonde sur la dimension objective de la loyauté des relations contractuelles, être

---

[1] CAA Marseille, 30 septembre 2013, *Cne de Saint-Jeannet*, préc.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 517.
[5] DOUTEAUD S., « Précisions sur l'action en contestation de validité ouverte aux cocontractants », art. *op. cit.*, p. 1414.
[6] POUYAUD D., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 519 : l'auteur parle d'un « revirement », ce que nous partageons.
[7] CE, avis, sect., 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*, préc.

systématiquement irrecevables ou inopérants. L'examen de la jurisprudence relative au recours en contestation de validité du contrat par une partie contractante nous conduit à considérer que de nombreuses irrégularités sont considérées comme irrecevables ou inopérantes en raison de leur gravité insuffisante.

Cet examen nous a permis de dresser la liste des irrégularités que le juge du contrat ne considère pas comme suffisamment graves. Les juridictions administratives ont considéré que « *n'étaient pas suffisamment graves* » la signature d'un contrat par une personne incompétente pour le faire[1] ou l'absence de signature par une personne devant le faire[2] ; l'absence d'avis d'un comité consultatif[3] voire de la commission d'appel d'offres[4] ; l'absence d'information des administrés[5], des candidats[6] ou des élus[7] ; l'absence de précisions sur les éléments essentiels du contrat[8] ; l'erreur dans le choix du cocontractant[9] ; l'absence de signature de tous les documents contractuels obligatoires[10] ; l'omission d'une clause pourtant obligatoire au cœur du contrat[11] ou, au contraire, l'insertion d'une clause de tacite reconduction pourtant illégale[12] ; la prolongation d'un marché public en dehors des procédures[13] ; l'erreur dans le choix de la procédure de passation et sur la détermination du

---

[1] V. notamment : CAA Nantes, 31 août 2010, *SARL Merlot*, préc. ; CAA Marseille, 14 février 2011, *Centre international d'études supérieures en sciences agronomiques*, préc. ; CAA Douai, 22 mars 2011, *Sté d'Architecture Guy Petit*, n°10DA00130 ; CAA Marseille, 6 juin 2011, *Sté Le Marcory*, n°08MA04338 ; CE, 13 novembre 2013, *L'union coopératives agricoles Épis-Centre-Nord*, préc. ; CAA Bordeaux, 5 juillet 2012, *Sté Colas Midi-Méditerranée et Sté Civale*, n°09BX02491 ; *CMP*, 2012, comm. 296, note M. Ubaud-Bergeron ; CAA Nantes, 19 octobre 2012, *Sté APIC*, n°11NT01174 ; CAA Marseille, 27 mai 2013, *Sté Acrau*, n°10MA02835 ; CAA Lyon, 21 novembre 2013, *Cté d'agglo. Vichy Val d'Allier*, n°10LY01322 ; CAA Douai, 6 mars 2014, *Sté Soprema*, n°12DA01372 ; *CMP*, 2014, comm. 157, note M. Ubaud-Bergeron ; CAA Marseille, 21 mars 2016, *Sté EMCC,* n°14MA01635 ; CAA Nancy, 8 juin 2017, *Sté Grenke Location*, n°16NC02112 ; CAA Versailles, 20 décembre 2018, *Sté MZL*, préc.

[2] CAA Nancy, 9 janvier 2012, Caisse primaire d'assurance maladie des Ardennes, n°11NC00350.

[3] V. notamment : CAA Marseille, 4 novembre 2010, *Service départemental incendie et secours de l'Hérault*, préc. ; CAA Marseille, 17 janvier 2011, *Ville de Cannes,* préc.

[4] V. notamment : CAA Bordeaux, 11 mars 2011, *Cne de Baie-Mahault*, préc. ; CAA Nantes, 2 novembre 2016, *Sté Cinématographique Luçonnaise*, n°15NT00746 ; *CMP,* 2017, comm. 21, obs. J.-P. Pietri.

[5] CAA Marseille, 20 mars 2015, *Cne de La Calmette et la SAT*, n°13MA00689.

[6] CAA Nancy, 18 novembre 2013, *Sté Hochtief Solutions AG*, préc.

[7] V. notamment : CAA Nancy, 9 mai 2011, *Sté J. Richard-Ducros*, préc. ; CAA Marseille, 26 juin 2017, *Cne de Cheval-Blanc*, n°15MA04249.

[8] V. notamment : CAA Nancy, 5 juillet 2010, *Sté Sogreah Consultants*, n°09NC00896 ; *CMP*, 2010, comm. 359, obs. F. Llorens ; CAA Marseille, 24 juin 2013, *Sté Eparco assainissement*, n°10MA03352.

[9] CAA Paris, 6 décembre 2012, *Sté Aévolis*, n°10PA02811.

[10] CAA Marseille, 19 mars 2018, *M. D.*, n°16MA04936.

[11] CAA Marseille, 4 novembre 2010, *Service départemental incendie et secours de l'Hérault*, préc.

[12] V. notamment : CE, 20 avril 2011, *Cne de Baie-Mahault*, préc. ; CE, 4 mai 2015, *Sté Bueil publicité mobilier urbain*, préc. ; CAA Bordeaux, 23 novembre 2015, *Sté CIS*, n°12BX01180 ; CAA Bordeaux, 5 avril 2016, *Sté Linker Service*, n°14BX03205.

[13] CAA Paris, 16 juillet 2015, *Sté Jesel et Widenmann*, n°13PA03030.

support pertinent de publicité[1] ; la modification substantielle d'un marché[2] ; le recours irrégulier à une procédure négociée[3] ; la violation de la loi MOP[4] ; l'absence de notification du marché avant tout commencement d'exécution[5].

On pourrait conclure à la lumière du nombre important de décisions dans lesquelles le juge du contrat considère comme irrecevable ou inopérant le même moyen d'irrégularité, que la loyauté des relations contractuelles s'opposera systématiquement à eux. Autrement dit, il est tentant de considérer que ces moyens seront, par nature, insuffisamment graves et donc toujours écartés par le juge du contrat. Or, dans ses conclusions sur *Commune de Béziers*[6], Emmanuel Glaser a aussi prévu les cas dans lesquels la signature anticipée du contrat administratif peut être considérée par le juge comme suffisamment grave. Tel sera le cas « *s'il apparaissait que l'absence de transmission constitue, en fait,* ***une manœuvre*** *de la collectivité* ***pour échapper délibérément à tout contrôle de légalité*** *[…]*»[7]. Il n'est donc finalement pas possible de considérer que ce vice sera systématiquement irrecevable ou inopérant.

---

[1] V. notamment : CE, 10 février 2010, *Sté Prest'Action*, n°301116 ; *Dr. adm.,* 2010, comm. 52, note F. Brenet ; *CMP,* 2011, comm. 179, note G. Eckert ; *BJCP,* 2011, p. 353, concl. B. Dacosta ; CE, sect., 10 novembre 2010, *Cne de Palavas-les-Flots*, n°314449 ; *AJDA,* 2010, p. 2183, chron. D. Botteghi et A. Lallet ; *AJCT,* 2010, p. 163, obs. J.-D. Dreyfus ; CAA Marseille, 17 janvier 2011, *Ville de Cannes*, préc. ; CAA Marseille, 7 mars 2011, *Sté Staur*, préc. ; CAA Marseille, 6 juin 2011, *Sté Le Marcory*, préc. ; CAA Marseille, 20 juin 2011, *Sté Arizzoli Bernard et Pierre*, n°08MA04048 ; CAA Douai, 21 février 2012, *Sté Grenke Location*, préc. ; CAA Nantes, 19 octobre 2012, *Sté APIC*, préc. ; CAA Bordeaux, 26 mars 2013, *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, n°11BX01637 ; *CMP*, 2013, comm. 152, note M. Ubaud-Bergeron ; CAA Paris, 11 avril 2013, *Sté SVO Musée du Luxembourg*, n°11PA03647, 11PA03648 et 11PA03649 [trois pourvois] ; CAA Nancy, 27 mai 2013, *Ministre de la Culture et de la Communication*, n°12NC01396 ; *AJDA*, 2013, p. 2145, chron. M. Wiernasz ; CAA Nancy, 27 mai 2013, *Sté Grenke Location*, n°12NC00897 ; *AJDA*, 2013, p. 2145, chron. M. Wiernasz ; CE, 23 octobre 2013, *Sté Bernard Leclercq Architecture*, n°362437 ; *BJCP*, 2014, p. 64, concl. G. Pellissier ; *CMP*, 2013, comm. 310, note W. Zimmer ; CAA Nantes, 11 avril 2014, *Agrocampus Ouest*, n°12NT00053 ; *CMP*, 2014, comm. 168, obs. M. Ubaud-Bergeron ; *AJDA*, 2014, p. 2368, obs. É. Langelier ; CAA Paris, 31 juillet 2014, *SAS Leasecom*, n°11PA04901 ; *CMP*, 2014, comm. 296, obs. M. Ubaud-Bergeron ; CAA Nantes, 2 novembre 2016, *Sté Cinématographique Luçonnaise*, préc. ; CAA Bordeaux, 13 juillet 2017, *Cne de Castelnau-de-Medoc*, n°16BX01174.

[2] CAA Marseille, 4 mai 2015, *Sté Cegelec Sud-Ouest*, n°11MA03604.

[3] V. notamment : CAA Marseille, 20 décembre 2010, *Chambre de commerce et d'industrie Marseille Provence*, n°09MA00719 ; CE, 10 octobre 2012, *Cne de Baie-Mahault*, préc.

[4] CAA Nantes, 25 avril 2014, *Cne de Saint-Jean-de-la-Ruelle*, n°12NT02768.

[5] V. notamment : CE, 22 mai 2015, *SITURV c/ Sté AXA Corporate Solutions Assurances*, n°383596 ; *AJDA*, 2015, p. 1023, obs. D. Poupeau ; *RDI*, 2015, p. 584, obs. A. Galland ; *AJCT*, 2015, p. 589, obs. A.-S. Juilles ; *CMP,* 2015, comm. 221, note J.-P. Pietri ; *JCP Adm.*, 2015, comm. 2030, note J. Martin ; CAA Marseille, 26 juin 2017, *Cne de Cheval-Blanc*, préc.

[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[7] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 518.

B) LE RECOURS PRÉTORIEN AUX PRÉSOMPTIONS D'IRRECEVABILITÉ OU D'INOPÉRANCE

254. Dès lors, le sentiment que nous avons formulé de prime abord cède alors nécessairement sous le poids des circonstances propres à chaque espèce. Donc, l'exercice de systématisation est manifestement impossible. Ce sont alors davantage des présomptions[1] de déloyauté qui peuvent être déduites de l'examen de la jurisprudence[2] et qui peuvent être renversées si des circonstances propres à chaque affaire l'imposent. Le traitement des manquements aux règles de passation des contrats publics d'affaires en est d'ailleurs une parfaite illustration. Depuis 2011 et la jurisprudence *Manoukian*[3], le Palais-Royal est à l'origine d'une présomption selon laquelle ces moyens seront inopérants dans le cadre d'une contestation par voie d'exception, sauf si « *la gravité de l'illégalité et d'autre part les circonstances dans lesquelles elle a été commise* » conduisent le juge à renverser la présomption et donc à écarter le contrat pour trancher le litige. Le rapporteur public Nicolas Boulouis avait d'ailleurs appelé de ses vœux à cette solution dans ses conclusions[4]. Pour Emmanuel Glaser dans ses conclusions en 2009[5], ces vices ne devraient jamais être considérés, en dépit de leur gravité, comme devant conduire le juge à annuler ou à écarter le contrat dans la mesure où ils ne nuisent jamais aux cocontractants. Pour ce dernier, ce sont les tiers qui sont lésés par de tels manquements et non les parties contractantes[6]. Précisément, selon le conseiller d'État Bertrand Dacosta, les règles

---

[1] Sur la question des présomptions V. notamment : RIVERO J., « Fictions et présomptions en droit public français », *in* Ch. Perelman et P. Foriers (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, 1974, p. 101 ; LLORENS-FRAYSSE F., *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, th. Toulouse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 149, 1985, 380 p ; GASTINES DE L, *Les présomptions en droit administratif*, th. Paris I, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 163, 1991, 140 p. ; QUÉTAND-FINET C., *Les présomptions en droit privé*, th. Paris I, IRJS Éditions, coll. « Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne-André Tunc », t. 44, 2013, 320 p.

[2] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 384.

[3] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

[4] BOULOUIS N., « Concl. sur CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc. » : « Si l'on peut définir une gradation, il y aurait un danger à s'en tenir à une échelle de valeurs absolue, sans tenir compte de l'objet du marché, de son montant, des caractéristiques de la concurrence, de la nature et de l'importance de la collectivité publique et de son cocontractant, bref des circonstances de l'espèce ».

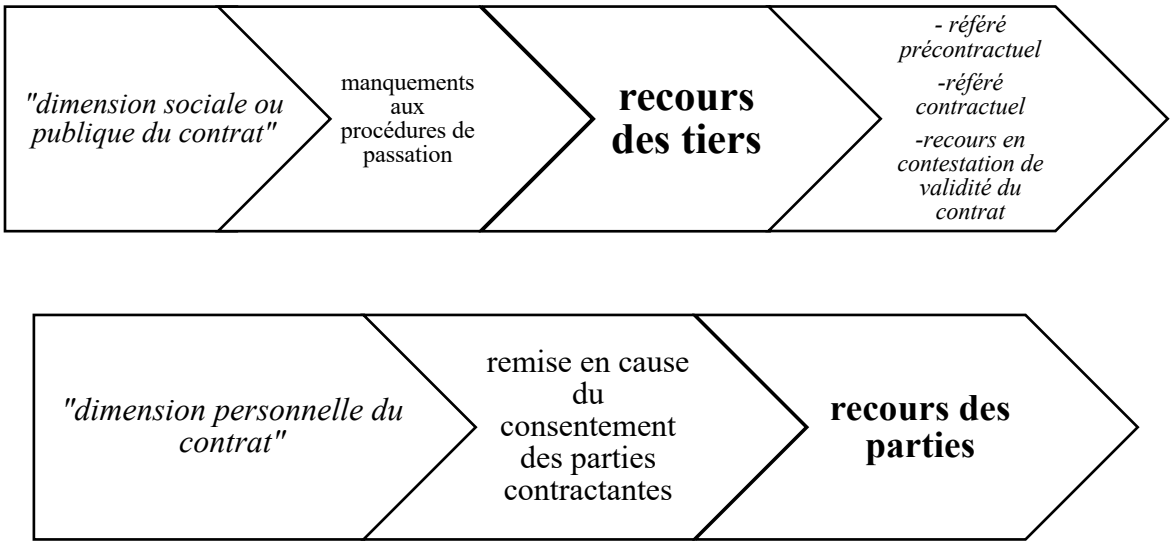
[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[6] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 515 : « En revanche, nous ne pensons pas que les irrégularités entachant la procédure de passation du contrat, quelle que soit leur gravité, peuvent conduire le juge des parties à annuler leur contrat car, tel n'est pas son office et tel n'est pas dans l'intérêt des parties. Ce sont les tiers qui ont intérêt à faire respecter les règles de publicité et de mise en concurrence et, comme nous l'avons indiqué, ils disposent pour cela d'une vaste panoplie contentieuse ».

de passation sont « *édictées non dans l'intérêt premier des parties, mais dans l'intérêt de la société* »[1].

Dans ses conclusions sur la décision *Manoukian*, Nicolas Boulouis explique que la politique jurisprudentielle en vigueur consiste à distinguer la « *dimension sociale ou publique* » de la « *dimension personnelle* » du contrat administratif. La première concernerait les tiers-requérant tandis que la seconde intéresserait cette fois-ci les parties contractantes. Au prisme des manquements aux règles de passation des contrats de la commande publique, de telles irrégularités ne peuvent, « *en principe* » être utilement invoquées par les parties contractantes dans la mesure où elles ne concernent pas la « *dimension personnelle* » du contrat[2].

Schématiquement donc, la répartition des contentieux en fonction de la « *dimension* » concernée et affectée par le manquement invoquée est la suivante :



Faisant preuve de précaution et si « *en principe* »[3] de telles irrégularités ne peuvent être invoquées utilement en contentieux des parties, par exception, elles peuvent conduire le juge à écarter le contrat à la réunion de deux conditions cumulatives : la gravité de l'irrégularité et les circonstances dans lesquelles elle a été commise. Il peut paraître étonnant de considérer comme l'a fait Bertrand Dacosta dans ses conclusions sur *Commune de Baie-Mahault* qu'« *il ne suffit pas qu'une irrégularité soit grave* »[4] pour justifier que le contrat soit écarté.

[1] DACOSTA B., « Concl. sur CE, 10 octobre 2012, *Cne de Baie-Mahault*, préc. ».
[2] BOULOUIS N., « Concl. sur CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc. ».
[3] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.
[4] DACOSTA B., « Concl. sur CE, 10 octobre 2012, *Cne de Baie-Mahault*, préc. ».

255. Cette position qui est au demeurant largement partagée ne nous semble pas dénuée de toute critique. Précisément, nous démontrerons que les procédures de passation sont directement liées, non pas à l'expression du consentement de la personne publique, mais bien à sa détermination profonde[1]. Deux éléments nous conduisent à considérer cette politique jurisprudentielle comme dangereuse pour le principe de la légalité, car elle risque de « *priver les parties d'un accès effectif au juge* »[2].

La première est relative au lien que nous imaginons inextricable entre la régularité de la procédure et la construction du consentement pour le pouvoir adjudicateur. Précisément, c'est bien dans la régularité des procédures que le pouvoir adjudicateur s'offre le plus de chance de recevoir un nombre élevé de candidatures. D'ailleurs, l'offre économiquement la plus avantageuse n'apparaît qu'en comparaison avec d'autres offres. Plus le pouvoir adjudicateur reçoit de candidatures et ensuite d'offres, plus il a de chance de garantir l'efficacité de la commande publique[3]. Supposons que la procédure impose des variantes aux candidats. Supposons également que le pouvoir adjudicateur n'ait pas respecté les obligations de publicité et de mise en concurrence. Selon cette hypothèse, le faible nombre d'offres reçues voire la seule en cas d'absence totale de mise en concurrence ne nous semble pas suffire à affirmer que l'administration contractante a fait le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Elle a fait le seul choix à sa disposition. Peut-on alors considérer qu'elle a valablement exprimé son consentement ?

En substance, nous pensons que les procédures de passation des contrats de la commande publique, aussi contraignantes soient-elles, limitent le champ d'action de l'acheteur ou de l'autorité concédante en lui imposant d'avoir un choix éclairé. Si notre conception est correcte, les procédures de passation servent l'intérêt général et leur respect devrait être intimement lié à celui de l'expression du consentement. L'administration ne doit pouvoir valablement consentir à signer le contrat et ainsi engager de l'argent public que si elle a été mise en situation de faire le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Pourtant, en l'état actuel du droit, en contentieux des parties contractantes, la loyauté des relations contractuelles s'oppose « *en principe* » à ce que l'administration contractante, chargée du

[1] V. *infra*, § 328 et s.
[2] LANGELIER É., *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, th. *op. cit.*, p. 739.
[3] DUBREUIL CH.-A., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 92.

respect des principes de la commande publique, puisse se prévaloir de ses propres manquements[1].

La seconde est directement liée à la position selon laquelle les tiers sont dotés de voies de droit idoines pour combattre ce type d'irrégularité. Or, en l'état actuel du droit, que ce soit les parties contractantes[2], les tiers dans le cadre des référés précontractuel[3] et contractuel ainsi que le recours en contestation de validité des contrats[4], ces différents recours ne conduisent que dans de très rares cas le juge du contrat à annuler un contrat public d'affaires irrégulier. Comme l'a expliqué le professeur Élise Langelier, « *il s'agit de ne pas confondre assainissement et assèchement de l'office* »[5]. Gilles Pellissier évoquait d'ailleurs l'image d'un « *jardin à la française* »[6] pour décrire l'architecture du contentieux des contrats administratifs. Selon lui, « *les différents recours dont disposent les tiers et les parties sont autant de voies aboutissant au juge du contrat doté des mêmes pouvoirs de donner au litige une solution qui représente le meilleur équilibre entre les exigences de la légalité, de l'intérêt général et de la stabilité des relations contractuelles, dans le respect des droits créés* »[7]. Autrement dit, tous les moyens tirés d'irrégularités qui sont presque systématiquement écartés dans le cadre d'un recours entre parties contractantes sont justifiés par le fait que d'autres voies de droit sont prévues à cet effet, à disposition des tiers-requérants. C'est l'idée qu'a défendue le rapporteur public Nicolas Boulouis dans ses conclusions sur la décision *Société Prest'Action* rendue par le Conseil d'État le 10 février 2010[8].

256. En conséquence, les irrégularités s'enracinant dans la passation du contrat doivent utilement être soulevées par les tiers. Or, ce « *jardin à la française* »[9] a été tellement rationalisé qu'il ne permet qu'à de très rares occasions aux candidats évincés d'obtenir

---

[1] PELLISSIER G., « Concl. sur CE, 29 septembre 2014, *Sté Grenke Location*, préc. ».
[2] LANGELIER É., *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, th. *op. cit.*, p. 389.
[3] CE, sect., 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe [S.M.I.R.G.E.O.M.E.S.],* préc.
[4] CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.
[5] LANGELIER É., *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, th. *op. cit.*, p. 124.
[6] PELLISSIER G., « Concl. sur CE, 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche [SMPAT]*, préc. ».
[7] PELLISSIER G., « Concl. sur CE, 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche [SMPAT],* préc. ».
[8] BOULOUIS N., « Concl. sur CE, 10 février 2010, *Sté Prest'Action*, préc. » : « l'irrégularité de la procédure de passation n'est pas en soi un vice du consentement et nous pensons que le juge du contrat devra, en principe, dans les litiges entre les parties, écarter les moyens tirés de la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence, efficacement sanctionnée par les juges du référé précontractuel, du référé contractuel et du recours Tropic ».
[9] PELLISSIER G., « Concl. sur CE, 30 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche [SMPAT], préc. ».

l'annulation de la procédure en référé ou l'annulation du contrat dans le cadre d'un recours au fond[1]. À ce titre, le positionnement récent de la Cour de justice de l'Union européenne sur renvoi préjudiciel doit conduire le Conseil d'État à « *repenser* »[2] sa politique jurisprudentielle en matière de référé précontractuel[3]. En décalage avec la pratique française, la Cour de justice affirme qu'en référés précontractuel et contractuel, un requérant peut se prévaloir de tous les moyens fondés sur une violation du droit de l'Union européenne en matière de marchés publics sans que ne lui soit opposé l'absence de lien entre l'irrégularité soulevée et les raisons du rejet de sa candidature ou de son offre. Autrement dit, par sa décision *NAMA* la Cour de justice de l'Union européenne s'éloigne de manière claire de la conception française du référé et de la lésion comme filtre si sévère des moyens opérants.

Des auteurs ont d'ailleurs tout à fait récemment exprimé le sentiment selon lequel il existait une harmonisation de la politique jurisprudentielle en matière de contentieux des contrats administratifs. Elle aurait pour objectif que de « *préserver le contrat illégal* ». Or, elle participerait à « *décourager les recours contre les contrats* »[4] et conduisant à une réflexion profonde sur le nouveau « *déséquilibre opéré en faveur du principe de sécurité* »[5]. Par conséquent, elle pourrait être à l'origine d'un nouvel état de crise. Sur cinq ans d'application de la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*[6] devant les Cours administratives d'appel, le premier vice-président du tribunal administratif de Strasbourg a expliqué que cinquante-cinq arrêts sur le panel de soixante-quatre ont conduit le juge du contrat à protéger le contrat administratif irrégulier[7]. Le professeur Pierre Bourdon a d'ailleurs appelé à ce que « l'effectivité des recours contre la formation du contrat » à l'initiative d'un tiers face l'objet d'une « attention accrue de la part du juge »[8].

---

[1] V. notamment : CASSIA P., « Coup d'arrêt au référé précontractuel », *AJDA*, 2008, p. 2373 ; VILA J.-B., « Le recours en contestation de validité d'un marché public et les vices affectant sa procédure de passation », *AJDA*, 2015, p. 1222 ; HOURSON S., « Les gorges étroites de Tarn-et-Garonne », *Dr. adm.*, 2017, n°8, p. 3 ; LAFFAILLE F., « La jurisprudence Tarn-et-Garonne ou le tiers "sans qualité" », *AJDA*, 2018, p. 1201 ; JURY F., « Les droits des tiers dans le contentieux des contrats administratifs : un droit au juge en "trompe-l'œil" », *RFDA*, 2019, p. 55.
[2] HOURSON S., « Repenser les référés en matière contractuelle », *RFDA*, 2021, p. 692.
[3] CJUE, *NAMA Symvouloi Michaniokoi kai Meletites AE c/ Archi Exetasis Prodikastikon Prosfigon*, aff. C-771/19 ; *AJDA*, 2021, p. 1688, obs. S. Hul ; *CMP*, 2021, comm. 191, obs. W. Zimmer.
[4] ROTOULLIÉ J.-CH., « Sécurité juridique et tolérance des illégalités », *AJDA*, 2019, p. 1097.
[5] LANTERO C., « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », *AJDA*, 2019, p. 1107.
[6] CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.
[7] DEVILLERS P., « Il faut sauver le contrat public – opération réussie ? », *CMP*, 2019, repère 5.
[8] BOURDON P., « Les concurrents évincés face à l'exécution du contrat », *in* V. Bouhier (dir.), *L'intervention des tiers dans les contrats administratifs*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques & Essais », 2020, p. 97.

Autrement dit, l'harmonisation semble réussie sur le terrain de l'homogénéisation et de la cohérence. La politique jurisprudentielle qui a transformé le recours des parties contractantes rejoint celle qui a bouleversé le recours des tiers-requérants pouvant désormais contester directement la validité d'un contrat administratif[1]. Or, lorsque le conseiller d'État Nicolas Boulouis précisait que les manquements aux procédures de passation ne devaient pas être opérants dans le cadre d'un recours entre parties, il justifiait sa position par rapport aux différentes voies de droit à disposition des tiers[2]. Cependant, l'examen de la jurisprudence révèle que si les tenants de la politique stabilisatrice peuvent se féliciter de leur succès, il convient de s'inquiéter quant au respect du principe de légalité et à la garantie d'un recours effectif[3].

257. C'est donc bien par une prise en compte *in concreto* du moyen d'irrégularité que le juge du contrat peut déterminer si les circonstances propres à chaque espèce doivent le conduire à écarter ou, au contraire, à traiter le vice. Autrement dit, les présomptions d'irrecevabilité ou d'inopérance cèdent sous le poids des circonstances et donc de la dimension « *extrinsèque* » de l'irrégularité contractuelle. Celle-ci s'intéresse aux conséquences dommageables de l'irrégularité. Selon cette conception, la recevabilité ou l'opérance du moyen dépendra de la lésion du requérant. Pareille évaluation conduit nécessairement le juge à « *combiner des éléments objectifs, liés à la nature du vice et à l'absence de conséquences dommageables, et des éléments subjectifs, liés à l'intention ou au comportement des parties, et spécialement de celle qui invoque le vice* »[4], comme l'a expliqué le professeur Jean-François Lafaix.

---

[1] HOUTCIEFF D., « Rapport de synthèse », *in* V. Bouhier (dir.), *L'intervention des tiers dans les contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 167-168.
[2] BOULOUIS N., concl. sur CE, 10 février 2010, *Sté Prest'Action*, préc.
[3] DEVILLERS P., « Il faut sauver le contrat public – opération réussie ? », art. *op. cit.*, repère 5 : « Donc opération réussie, le contrat administratif bénéficie d'une protection efficiente. Mais, efficient, le recours Tarn-et-Garonne l'est assurément moins pour les requérants ! ».
[4] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, pp. 390-391.

§2. L'ANALYSE « *EXTRINSÈQUE* » DE L'IRRÉGULARITÉ CONTRACTUELLE : L'EXAMEN PAR LE JUGE DES CONSÉQUENCES DOMMAGEABLES DU VICE

258. L'examen de la jurisprudence révèle qu'à certaines occasions, la détermination de la gravité du vice invoqué par le cocontractant-requérant n'est pas fonction de sa nature. Ainsi, le juge du contrat peut déterminer la gravité du vice et donc sa recevabilité ou son opérance en fonction cette fois-ci d'éléments que l'on a pu rencontrer au cours de notre étude sur la dimension subjective de la loyauté des relations contractuelles : l'imputabilité, l'intention et le comportement de l'auteur du recours. C'est en cela que des auteurs ont fait le choix que nous partageons ici de qualifier cette approche de la gravité d'« *extrinsèque* »[1]. La gravité ne dépend alors plus du vice pris isolément, mais du vice considéré dans son environnement.

Alors, bien que « *le support du raisonnement demeure objectif* »[2], car toujours centré autour de la gravité de l'irrégularité, des éléments subjectifs sont utilisés par le juge du contrat pour faire varier la gravité du vice. Les éléments subjectifs permettent de moduler l'appréciation de la gravité. Ainsi, les circonstances[3] que sont les conséquences dommageables de l'irrégularité contractuelle au regard du requérant qui s'en prévaut au même titre que son comportement sont autant d'indices qui peuvent conduire le juge du contrat à écarter ou bien à traiter le moyen **(A)**. Une telle démarche interroge toutefois sur les modalités de détermination de ce qu'est, en définitive, une irrégularité suffisamment grave **(B)**.

---

[1] V. notamment : LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, pp. 31-33 ; MARGUERY L., « La "loyauté des relations contractuelles" en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », art. *op. cit.*, pp. 665-667 ; LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, pp. 381-393 ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.,* pp. 75-79.

[2] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, *ibid*., p. 78.

[3] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 387 : « L'analyse fait parfois intervenir d'autres considérations, tout en restant attachée à des éléments objectifs. Ici encore, le juge est souvent indifférent à la qualité d'auteur de l'irrégularité. Ce qui semble le plus important, ce sont les circonstances entourant la relation contractuelle et qui conduisent à minorer la gravité du vice ».

A) LES CONSÉQUENCES DE L'IRRÉGULARITÉ MODULÉES EN FONCTION DES CIRCONSTANCES DE CHAQUE ESPÈCE

259. Pour déterminer si le juge du contrat doit opposer la loyauté des relations contractuelles à un moyen d'irrégularité apprécié objectivement, il est fréquent que la caractérisation de la gravité soit fonction de considérations liées au contexte de chaque espèce. Autrement dit, ce n'est plus tant la nature que ses conséquences et/ou les conditions dans lesquelles il est commis qui conduisent le juge du contrat à considérer que tel vice est suffisamment grave pour justifier que le contrat soit annulé ou écarté.

Ainsi, en l'état actuel du droit jurisprudentiel, deux considérations contribuent à caractériser la gravité du vice lorsque sa nature ne suffit pas : les conséquences dommageables **(1)** et le comportement et/ou les conditions dans lesquelles il est commis du cocontractant-requérant qui se prévaut du vice **(2)**.

1. Les conséquences de l'irrégularité fonction de la lésion du cocontractant-requérant qui s'en prévaut

260. Pour déterminer la gravité de l'irrégularité contractuelle, la démarche du juge fait jouer à la loyauté des relations contractuelles le rôle d'instrument de mesure de la légitimité de la contestation. En ce sens, le moyen sur lequel le cocontractant-requérant fonde son recours ne peut être recevable ou opérant que si celui qui s'en prévaut est réellement lésé par l'irrégularité contractuelle. Dès lors, la gravité de l'irrégularité ne peut être reconnue qu'à partir du moment où elle a lésé celui qui s'en prévaut. Le juge du contrat le reconnaît d'ailleurs tout à fait explicitement[1]. Autrement dit, la loyauté des relations contractuelles s'oppose à ce qu'un vice qui n'a pas été préjudiciable pour la partie contractante qui l'invoque

[1] CAA Lyon, 1er mars 2012, *Sté Girus Ingénierie*, n°10LY02532 : « que toutefois, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, dès lors que cette irrégularité n'est pas susceptible d'avoir lésé les parties […], elle ne saurait être regardée comme un vice d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat […] » [nous soulignons].

ou qui lui a été favorable[1] puisse conduire le juge administratif à annuler ou à écarter le contrat *a fortiori*.

Il existe donc un lien inextricable entre « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[2] et l'exigence de lésion[3]. Autrement dit, est déloyal et donc illégitime à être soulevé le moyen d'irrégularité qui n'a pas lésé le cocontractant-requérant qui s'en prévaut. Cette technique contentieuse n'est pas sans rappeler le mécanisme de « *stabilisation préventive* »[4] dans le cadre d'un référé précontractuel. Ce référé se démarque des autres au regard notamment des pouvoirs du juge. Ainsi, « *alors que l'ordonnance de référé classique est un jugement provisoire sur un acte définitif, l'ordonnance de référé précontractuel est un jugement définitif sur un acte préparatoire* » comme l'ont expliqué Catherine Bergeal et Frédéric Lenica[5]. Par voie de conséquence, il semble que la restructuration de cette voie de droit est passée par sa subjectivisation en imposant que le requérant soit réellement lésé par le manquement qu'il invoque[6]. Autrement dit, la politique jurisprudentielle mise en place par le Palais-Royal consiste à attendre du requérant qu'il exerce son droit de critique utilement. Ainsi, la loyauté des relations contractuelles se devine derrière l'exigence de lésion.

261. En effet, dans le cadre du référé précontractuel avant qu'il ne soit restructuré en 2008[7], les requérants pouvaient aisément[8] obtenir l'annulation de l'intégralité de la procédure de passation d'un contrat public d'affaires[9], sorte de « *seconde chance de conclure le contrat* »[10]. Dans ses observations sous la décision *S.M.I.R.G.E.O.M.E.S.*[11], le professeur Pierre Delvolvé n'a d'ailleurs pas hésité à qualifier l'ancienne pratique du référé précontractuel de

---

[1] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 79.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] CORNU G., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V. « Lésion » : « action de porter atteinte à un droit, à un intérêt résultat de cette action ».
[4] DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit.*, p. 221.
[5] BERGEAL C., LENICA F., *Le contentieux des marchés publics*, 2ème éd., Le Moniteur, coll. « Marchés publics locaux », Paris, 2010.
[6] DACOSTA B., « Limitation des manquements invocables dans le référé précontractuel », art. *op. cit.*, p. 1134.
[7] CE, sect., 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe [S.M.I.R.G.E.O.M.E.S.]*, préc.
[8] DACOSTA B., « Limitation des moyens invocables dans le référé précontractuel », *RFDA*, 2008, p. 1130 : « [Le juge du référé précontractuel] dispose, en outre, du pouvoir d'annuler des décisions administratives, voire, hypothèse très fréquente, la procédure de passation dans son ensemble » [nous soulignons].
[9] À titre d'illustration, V. notamment : CE, 15 juin 2007, *Ministre de la Défense*, n°299391.
[10] DACOSTA B., « Limitation des moyens invocables dans le référé précontractuel », art. *op. cit.*, p. 1132.
[11] CE , sect., 3 octobre 2008, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe [S.M.I.R.G.E.O.M.E.S.], préc.

« *perversion de la procédure contentieuse* » et d'un « *recours détourné de sa finalité* »[1]. Précisément, la dimension purement objective de cette voie de droit a contribué à favoriser l'idée selon laquelle la procédure de passation est victime de son contentieux dans la mesure où les requérants ont détourné l'intérêt même d'ester en justice. Pensée pour garantir l'effectivité des obligations de publicité et de mise en concurrence en vertu de l'ancien article L. 22 du Code des tribunaux administratifs, les candidats évincés ont pu aisément obtenir l'annulation de nombreuses procédures de passation pour tout manquement auxdites obligations.

Ainsi, le non-respect des procédures[2], une erreur dans les informations devant être portées à la connaissance de tout candidat[3] ou encore les voies et délais de recours ont conduit le juge du référé précontractuel à suspendre ou à annuler les procédures sans que le requérant n'ait été lésé par les manquements invoqués. Non dans l'idée de défendre effectivement un droit lésé, la nature objective de l'ancienne pratique du référé précontractuel avait pour objet et pour effet de permettre un contrôle absolu de tous les moyens invoqués tant qu'ils concernaient les obligations de publicité et de mise en concurrence. Il n'est donc pas étonnant que la lésion trouve à déployer tous ses effets dans le cadre d'une contestation de validité d'un contrat intentée par un cocontractant lorsqu'est en jeu un vice trouvant son origine dans la passation.

Dès lors, si l'irrégularité n'a pas lésé ou, au contraire, a avantagé celui qui s'en prévaut, le moyen tiré de ladite irrégularité sera considéré comme déloyal et donc insusceptible d'être « *utilement invoqué* » par le requérant. Par exemple, dans l'affaire *Société Établissement J. Richard-Ducros*, le moyen d'irrégularité relatif au défaut de consentement de l'administration soulevé par le cocontractant du pouvoir adjudicateur s'appuyait sur l'absence d'informations nécessaires sur le montant des lots, la durée d'exécution du contrat et sur l'identité des cocontractants. La Cour administrative d'appel de Nancy a opposé la loyauté des relations contractuelles à ce moyen d'irrégularité dans la mesure où d'une part il n'a pas lésé

[1] DELVOLVÉ P., « Limitation des manquements invocables dans le référé précontractuel », art. *op. cit.,* p. 1142.

[2] V. notamment : CE, sect., 3 novembre 1995, *Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées* : *Rec.*, p. 394, concl. Ch. Chantepy ; *RFDA*, 1995, p. 1077, concl. Ch. Chantepy ; *AJDA*, 1995, p. 888, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; CE, sect., 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne* : *Rec.*, p. 391.

[3] V. notamment : CE, 11 mai 2007, *Région Guadeloupe*, n°298863 ; *CMP*, 2007, comm. 255, note J.-P. Pietri ; *AJDA*, 2007, p. 1813, note H. Gérard : informations relatives au financement du marché ; CE, 23 mai 2008, *Musée Rodin*, *BJCP*, 2008, p. 351 concl. N. Boulouis ; *AJDA*, 2008, p. 1768, note P. Sablière : informations relatives à la durée du contrat.

l'entreprise titulaire dudit contrat et d'autre part, le consentement de la personne publique a été reconnu par les multiples délibérations faites en conseil municipal[1].

Toujours en matière de manquement aux procédures de passation, dans une affaire tranchée par la Cour administrative d'appel de Lyon, l'opérateur économique titulaire du marché public n'a pu légitimement se prévaloir du vice selon lequel le pouvoir adjudicateur avait eu recours à une procédure adaptée au lieu d'un appel d'offres. Précisément, étant le candidat retenu, le juge du contrat a considéré que le moyen tiré d'une irrégularité trouvant son origine dans un manquement au stade de la passation du contrat et *in fine* conduisant à sélectionner le candidat retenu, n'a pu léser le requérant[2]. De plus, dans le cadre d'affaires révélant l'absence pure et simple de publicité et de mise en concurrence dont notamment l'arrêt *Société Grenke Location*[3] rendu par le Conseil d'État le 29 septembre 2014, bien que la gravité de l'irrégularité soit avérée, le moyen est tout de même illégitime car n'ayant pas lésé le cocontractant-requérant qui était le candidat retenu[4].

Alors, en l'état actuel du droit, il semble particulièrement difficile d'envisager qu'un manquement aux procédures de passation puisse être utilement invoqué par un cocontractant-requérant. Convenons alors avec plusieurs auteurs qu'il existe, sur ce point, un véritable danger à ce que des pans entiers d'irrégularités contractuelles[5] puissent profiter d'une telle « *tolérance juridictionnelle* »[6], c'est-à-dire des cas dans lesquels le juge lui-même décide de ne pas sanctionner une irrégularité.

262. Pour conclure, en faisant de la gravité du moyen la condition *sine qua non* pour que ne lui soit pas opposée la loyauté des relations contractuelles, le juge du contrat demeure sur un terrain contentieux objectif. Or, en déterminant ladite gravité non plus seulement au regard de

---

[1] CAA Nancy, 9 mai 2011, Sté Établissements J. Richard-Ducros, préc.
[2] CAA Lyon, 3 novembre 2011, *Sté AECP*, n°10LY01120 ; *CMP*, 2012, comm. 27, obs. M. Ubaud-Bergeron.
[3] CE, 29 septembre 2014, *Sté Grenke Location*, préc.
[4] V. notamment : CAA Marseille, 20 décembre 2010, *Chambre de commerce et d'industrie Marseille Provence,* préc. ; CAA Bordeaux, 27 janvier 2011, *Sté Expertises Melloni et associés*, préc. ; CAA Marseille, 30 septembre 2013, *Cne de Saint-Jeannet*, préc. ; CAA Lyon, 25 septembre 2014, *Centre hospitalier de Montélimar*, n°13LY01960 ; CAA Marseille, 16 février 2016, *Sté Siemens Lease Services*, n°13MA00902 ; CAA Nancy, 26 novembre 2015, *Sté Grenke Location c/ Collège Françoise Dolto*, préc. ; CAA Paris, 23 mai 2016, *Sté Mattout Entreprise*, n°15PA01194 ; CAA Douai, 17 octobre 2017, *Sté CIIAB*, n°14DA01144 ; CAA Versailles, 15 mars 2018, *Sté Locam*, n°16VE01068.
[5] V. notamment : LANGELIER É., *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, th. *op. cit.*, p. 389 ; LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 395.
[6] GRABIAS F., *La tolérance administrative*, th. *op. cit.*, pp. 12-14.

la nature du vice, mais en prenant en compte la lésion du requérant qui s'en prévaut, une part subjective se greffe à l'examen. L'état du droit jurisprudentiel nous invite à prendre en compte également le comportement de l'auteur du recours comme facteur susceptible d'influer sur la détermination prétorienne de la gravité du vice contractuel invoqué.

2. La caractérisation de la gravité de l'irrégularité contractuelle au prisme du comportement du cocontractant

263. Dans plusieurs arrêts, le juge du contrat a fait le choix d'opposer la loyauté des relations contractuelles à un moyen d'irrégularité avéré en répugnant à reconnaître la gravité de l'irrégularité non plus au regard de sa nature, mais bien par rapport à son environnement. C'est ce qui justifie l'appellation que l'on rencontre en doctrine d'approche « *extrinsèque* » de la gravité de l'irrégularité contractuelle[1]. Bien que toujours sous l'empire d'un raisonnement objectif, car lié à la gravité de l'irrégularité contractuelle, le juge du contrat s'est servi d'éléments subjectifs comme l'imputabilité, l'intention ou l'attitude durant l'exécution du contrat par le cocontractant-requérant pour empêcher que le moyen puisse être utilement soulevé.

La jurisprudence *Manoukian*[2] et toutes ses décisions d'application symbolisent l'utilisation par le juge du contrat des deux facettes de la loyauté des relations contractuelles. En effet, en définissant comme principe que les manquements aux règles de passation sont inopérants, le Conseil d'État a prévu à titre d'exception que « *la gravité de l'illégalité* » et « *les circonstances dans lesquelles elle a été commise* » justifient que le contrat soit finalement écarté pour trancher le litige. Donc, l'élément objectif qu'est la gravité du vice est analysé avec un ou plusieurs éléments subjectifs résumés sous le label « *circonstances* ». Une fois

[1] V. notamment : LAFAIX J.-F., « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », art. *op. cit.*, pp. 31-33 ; MARGUERY L., « La "loyauté des relations contractuelles" en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », art. *op. cit.*, pp. 665-667 ; LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, pp. 381-393 ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.,* pp. 75-79.

[2] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

encore, ce sont les irrégularités relatives aux procédures de passation qui sont visées[1]. Mais, la question du cumul des irrégularités demeure.

264. En effet, est-ce que plusieurs irrégularités justifient que le juge reconnaisse leur gravité ? En l'état actuel du droit, il semble que les vices doivent être tous graves pour qu'ils puissent être utilement invoqués par le cocontractant-requérant et qu'un vice insuffisamment grave peut être invoqué s'il a occasionné d'autres vices eux-mêmes suffisamment graves[2]. En guise d'exemples, deux irrégularités – défaut d'habilitation et contrat conclu sans publicité préalable – que le juge présume comme n'étant pas suffisamment graves, ne le conduise pas à considérer l'ensemble comme suffisamment grave[3]. Par contre, une irrégularité insuffisamment grave peut être utilement invoquée si elle a entraîné d'autres irrégularités suffisamment graves[4].

265. De plus, l'imputabilité de l'irrégularité qui est un élément d'appréciation subjectif peut servir à déterminer l'absence de gravité suffisante qui est un élément manifestement objectif. C'est ce qu'a jugé la Cour administrative d'appel de Versailles dans trois pourvois le 25 juillet 2019 dans une affaire opposant le collège Jean Bullant à son cocontractant. La personne publique contractante a invoqué un vice qui lui était imputable pour ne plus avoir à honorer ses obligations contractuelles. Le juge du contrat, après avoir rappelé l'imputabilité du vice a démontré qu'il n'était pas la conséquence de manœuvres frauduleuses ou dolosives de la part de l'opérateur économique. L'ensemble de ces éléments a conduit le juge du contrat à écarter le moyen d'irrégularité en lui opposant « *l'exigence de loyauté des relations*

---

[1] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 79.

[2] CAA Versailles, 13 juin 2019, *Cne de Mantes-la-Jolie*, n°16VE02649 : « il ne résulte pas de l'instruction que cette irrégularité, qui n'a pas affecté le consentement des parties, puisse à elle seule, dans un litige relatif à l'exécution du contrat, être regardée comme un vice d'une gravité telle qu'il faille écarter l'application du contrat et que le litige opposant les parties ne puisse être réglé sur le terrain contractuel ».

[3] CAA Lyon, 3 mars 2011, *M. A. c/ Cne de Bourg-en-Bresse*, n°09LY00316.

[4] V. notamment : CAA Nancy, 4 juin 2012, *Collectivités territoriales ressources [CTR]*, préc. : « Considérant que, dans les conditions dans lesquelles il a été amené à contracter, sans avoir préalablement défini ses besoins, sans mise en concurrence et alors qu'il ignorait tant la consistance exacte de la prestation qui lui était proposée que son coût, le centre hospitalier Vitry-le-François ne s'est pas engagé en connaissance de cause ; qu'ainsi, eu égard à la gravité des irrégularités dont le contrat est entaché et aux circonstances dans lesquelles celles-ci ont été commises, nonobstant l'exigence de loyauté des relations contractuelles, le centre hospitalier Vitry-le-François est fondé à soutenir que ce contrat est affecté d'un vice d'une particulière gravité qui doit conduire à en écarter l'application » ; CAA Nancy, 6 mai 2013, *Cne Laroque d'Olmes*, préc. ; CAA Bordeaux, 20 juin 2013, *SARL FD2F*, préc. Sur des prix excessifs justifiant que le contrat soit écarté malgré un manquement aux procédures de passation considéré habituellement comme insuffisamment grave : CAA Marseille, 2 mars 2015, *Sté Siemens Lease Services*, préc. ; CAA Bordeaux, 4 février 2016, *Cne de Goyave*, préc. ; CAA Bordeaux, 29 février 2016, *Cne de Montsinéry-Tonnégrande*, préc. ; CAA Versailles, 11 octobre 2018, *Région Ile-de-France et Lycée Louise Michel*, préc.

contractuelles », car le vice « *ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doive écarter les contrats* » litigieux[1].

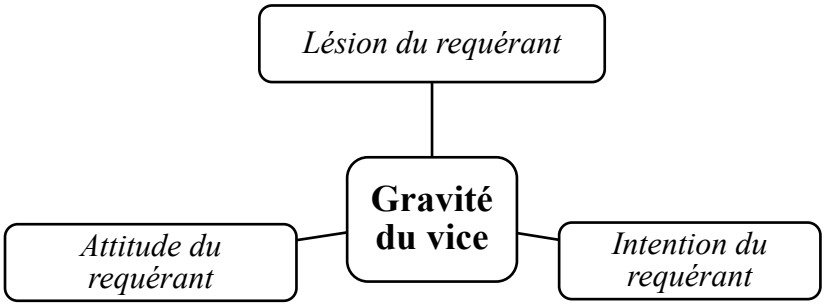
266. En outre, tous les moyens relatifs à un défaut d'habilitation de l'autorité signataire, mais qui ont été corrigés *a posteriori* par une régularisation formelle ou tacite révèlent que le juge a utilisé pour trancher le litige une approche objective liée à la gravité de l'irrégularité et une approche subjective liée au comportement du cocontractant-requérant[2]. Tel est le cas dans la décision *Commune d'Entraigues-sur-la-Sorgue* dans laquelle les magistrats du Palais-Royal ont reconnu que la signature d'un contrat administratif sans autorisation de l'assemblée délibérante affecte « *le consentement de la commune* ». Pourtant, ledit moyen n'a pas été accueilli par le juge du contrat qui lui a opposé « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* ». En effet, le Conseil d'État a précisé que : « *dans les circonstances de l'espèce, le conseil municipal doit ainsi être regardé comme ayant donné son consentement a posteriori à la conclusion du contrat en litige ; que, dès lors, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, l'absence d'autorisation préalable donnée par l'assemblée délibérante à la signature du contrat par le maire, ne saurait, dans les circonstances de l'espèce,* ***eu égard au consentement ainsi donné par le conseil municipal, être regardée comme un vice d'une gravité telle*** *que le contrat doive être écarté et que le litige opposant les parties ne doive pas être réglé sur le terrain contractuel* »[3].

Cependant, il convient de rappeler qu'en matière de commande publique, en l'état actuel du droit, certaines jurisprudences montrent qu'est nécessaire la réunion de la gravité du vice et des circonstances pour conduire le juge à écarter le contrat. Ce n'est donc pas, dans ces hypothèses, la gravité qui est appréciée en fonction des circonstances.

Schématiquement donc, la détermination par le juge du contrat de la gravité du vice, élément de dimension objective, peut nécessiter l'aide de considérations subjectives telles la lésion, l'intention ou encore le comportement du cocontractant-requérant.

---

[1] CAA Versailles, 25 juillet 2019, *Collège Jean Bullant*, n°18VE02499-18VE04117-18VE03809 [trois pourvois].
[2] V. notamment : CAA Bordeaux, 11 mars 2010, *Cne de Baie-Mahault*, préc. ; CAA Douai, 22 mars 2011, *SAS d'architecture Guy Petit*, préc. ; CE, 8 octobre 2014, *Cne d'Entraigues-sur-la-Sorgue*, préc.
[3] CE, 8 octobre 2014, *Cne d'Entraigues-sur-la-Sorgue*, préc. [nous soulignons].



267. Pour conclure, si l'esprit du recours demeure objectif, car centré autour de la question impérieuse de la gravité de l'irrégularité, l'examen de la jurisprudence nous conduit à considérer que le juge du contrat peut se servir d'éléments subjectifs pour justement déterminer si le contrat doit être écarté même, le cas échéant, en cas de vice grave. Or, une telle approche autour de la gravité de l'irrégularité contractuelle est source de nombreuses interrogations qu'il nous convient désormais d'aborder.

B) LES INTERROGATIONS SUR LA LIBERTÉ DE CHOIX DU JUGE DU CONTRAT DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES

268. Nous avons expliqué comment le juge se fonde sur la gravité du vice pour refuser d'annuler ou d'écarter un contrat dont la validité est contestée par une partie contractante. La formule par laquelle le juge du contrat reconnaît ou, dans la grande majorité des cas, répugne à reconnaître la gravité du vice est d'ailleurs tout à fait laconique[1]. Dans certains arrêts, la motivation des décisions précise cependant que le moyen d'irrégularité n'est pas suffisamment grave dans la mesure où celui-ci ne serait pas, pour le juge, lié à l'illicéité du contenu du contrat ni à l'intégrité du consentement des cocontractants[2].

[1] À titre d'illustration, V. notamment : CE, 8 mars 2010, *Cne de Béziers*, préc. : « eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doit écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doit pas être tranché sur le terrain contractuel ».

[2] À titre d'illustration, V. notamment : CAA Marseille, 4 mai 2015, *Sté Cegelec Sud-Ouest*, préc. : « Considérant, toutefois, que cette irrégularité ne tient pas au caractère illicite du contenu du contrat ; que,

Nous pensons que le choix de la gravité comme critère conduisant le juge du contrat à ne pas opposer au moyen d'irrégularité le filtre de la loyauté des relations contractuelles interroge sur la protection relative du principe de légalité par le juge du contrat **(1)** ainsi que sur la détermination du recours à la loyauté objective, subjective ou au cumul des deux **(2)**.

1. La protection relative du principe de légalité par le juge du contrat

269. Pour le professeur Gaston Jèze, lorsque les conditions nécessaires à la validité d'un acte ne sont pas remplies, il « *semble que la sanction naturelle et logique de l'irrégularité doive être l'inefficacité juridique de l'acte accompli* »[1]. Les auteurs du *Traité des contrats administratifs* considéraient quant à eux que la nullité du contrat est la « *sanction normale* »[2] en cas d'irrégularité contractuelle. Notons cependant que tous les auteurs ne partageaient pas cette position stricte[3]. Ainsi, le conseiller d'État Guy Braibant, dans sa célèbre étude sur l'efficacité du principe de légalité s'est intéressé sur les effets des annulations pour excès de pouvoir. Selon l'auteur, « *l'utilité réelle du recours pour excès de pouvoir dépend, en dernière analyse, des conséquences juridiques qui s'attachent aux annulations contentieuses, et de la suite qui est donnée en pratique* »[4]. Autrement dit, l'efficacité de l'annulation d'un acte administratif est appréciée au regard de ses conséquences.

Dès lors, la disparition avec effet rétroactif, la fiction juridique selon laquelle l'acte n'a en réalité jamais existé ne semble pas être pour l'auteur gage de l'efficacité de l'annulation pour excès de pouvoir. Précisément, le conseiller d'État a insisté sur le rôle de la modulation des effets de l'annulation pour tenir compte notamment des droits acquis par les tiers[5], mais

---

n'étant pas relative aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, elle ne revêt pas une gravité telle qu'elle justifie l'annulation du contrat » [nous soulignons].

[1] JÈZE G., « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », art. *op. cit.*, p. 296.

[2] LAUBADÈRE DE A., MODERNE F., DELVOLVÉ P., *Traité des contrats administratifs*, t. II, *op. cit.*, p. 1003.

[3] À titre d'illustration, V. notamment : TANDOGAN H., La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats. Contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques, th. Genève, Librairie de l'Université Lausanne, 1952, p. 27 : « les mêmes causes n'entraînent pas toujours la nullité […]. La situation des intérêts en présence, la nature de l'acte juridique, le but de la norme à appliquer peuvent nécessiter le recours à une autre sanction pour les mêmes causes ».

[4] BRAIBANT G., « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », *in* EDCE, 1961, La Documentation française, p. 53.

[5] BRAIBANT G., « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », *ibid.*, pp. 56-59.

également des conséquences des annulations tardives[1] et le rôle que devrait jouer la publicité des décisions rendues par le juge administratif[2]. Ces préconisations en 1961 semblent avoir contribué à influencer le changement de paradigme du contentieux des contrats administratifs depuis 2007[3] et approfondi en 2009[4].

270. Durant l'état de crise du contrat, le juge administratif considérait que n'importe quelle irrégularité était une imperfection de l'acte et devait le conduire à en constater la nullité. Un auteur a d'ailleurs qualifié la palette du juge de « *monochrome* »[5]. C'est la raison pour laquelle le professeur Gabriel Eckert écrivait que la signature du contrat était « *une entreprise hasardeuse* »[6] pour celui qui cherche la perfection de l'acte juridique, car il s'agissait bien souvent d'opérations à procédures souvent complexes[7]. Ce faisant, le juge administratif durant l'état de crise ne faisait montre d'aucune nuance voire d'aucune « *tolérance juridictionnelle* »[8] comme l'a démontré le choix binaire auquel il était confronté, entre légalité ou nullité du contrat administratif[9]. L'idée même d'un choix était toute relative dans la mesure où toutes les irrégularités étaient des causes de nullité[10] et que toutes les causes de nullités étaient des moyens d'ordre public[1].

---

[1] BRAIBANT G., « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », *ibid.*, p. 59 : « les annulations tardives, comme on l'a déjà maintes fois souligné, sont souvent dépourvues de toute utilité réelle » [nous soulignons].

[2] BRAIBANT G., « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », *ibid.*, p. 60 : « Les annulations contentieuses seraient plus efficaces […] si elles bénéficiaient d'une plus grande publicité. Il importe que les particuliers soient en mesure de connaître les annulations prononcées ; cette nécessité s'impose en particulier pour les actes réglementaires qui ont pu être annulés sur des recours de personnes isolées sans que la majorité des intéressés en soient informés, et dont la disparition juridique entraîne souvent des conséquences nombreuses, importantes et variées ».

[3] CE, Ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisations*, préc.

[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[5] MEYNAUD-ZEROUAL A., L'office des parties dans le procès administratif, th. op. cit., p. 667.

[6] ECKERT G., « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », art. *op. cit.*, p. 238.

[7] V. notamment : BRACONNIER S., « Les sources de contentieux dans les nouvelles procédures de passation des marchés publics », *ACCP,* n°14, sept. 2002, p. 34 : « Épine dorsale du droit de la commande publique, les procédures de passation des marchés publics concentrent les difficultés les plus aiguës et les incertitudes les plus fortes. Partant, elles représentent, en pratique, une source importante de contentieux » ; MÉNÉMÉNIS A., « Année 2004 : ce qui pourrait être positif », *ACCP,* n°41, février 2005, p. 18 : « L'instabilité du droit de la commande publique s'est encore accrue […]. Le droit de la commande publique est également devenu plus complexe. Après la multiplication des textes […] dire de l'édifice de la commande publique qu'il manque aujourd'hui d'une conception d'ensemble, c'est avoir un goût marqué pour l'euphémisme » ; DREYFUS J.-D., « Comment faire face aux risques résultant de l'action contractuelle », *ACCP,* n°73, janv. 2008, p. 36 : « Ce risque est d'autant moins prévisible que l'on observe une complexification du droit de la commande publique caractérisée par l'influence croissante du droit communautaire et la rigueur de la jurisprudence administrative ».

[8] GRABIAS F., La tolérance administrative, th. op. cit., p. 13.

[9] V. *supra*, § 18.

[10] GLASER E., « Les habits neufs du juge du contrat », art. *op. cit.*, 2011, p. 311 : « la situation du juge du plein contentieux contractuel, qu'il soit saisi d'un recours en nullité ou d'un recours indemnitaire à l'occasion de l'exécution du contrat, pouvait paraître très insatisfaisante. Il était, en effet, confronté à une

271. Le changement radical de politique jurisprudentielle poursuivi avec la décision *Commune de Béziers*[2] a érigé en clé de voûte la stabilisation des contrats administratifs. Cette analyse est d'ailleurs largement partagée en doctrine. À ce titre, certains auteurs déduisent de ce mouvement une véritable « *tendance* » ayant pour objet « *d'éviter la disparition du contrat en préservant sa validité* »[3]. Le traitement de l'irrégularité par le juge du contrat ou, de manière plus globale, la question de la survie du contrat administratif illégal est au cœur de nombreuses thèses récentes et révèle alors assurément une attention toute particulière de la doctrine[4] sur le changement profond de politique jurisprudentielle initié en 2007 avec la décision *Société Tropic*[5] et approfondi en particulier avec *Commune de Béziers*[6].

272. Ainsi, deux procédés majeurs sont à la disposition des magistrats pour protéger la stabilité d'un acte : l'encadrement des modalités d'exercice du droit de critique des requérants et donc l'accès au prétoire, mais aussi l'encadrement des moyens qu'ils soient recevables ou opérants. Dans le cas précis du recours en contestation de validité intenté par une partie contractante, le Conseil d'État a fait le choix, logique, de la seconde possibilité. Plusieurs auteurs avaient appelé de leurs vœux que le juge du contrat opère une distinction entre les différents moyens tirés d'irrégularités, séparant ceux qui doivent conduire le juge à prononcer une sanction de ceux qui peuvent être tolérés[7]. Ce faisant, pour écarter un moyen, nous avons vu que le juge du contrat n'hésite désormais plus à considérer l'irrégularité comme n'étant pas suffisamment grave. Parfois, il va plus loin en reconnaissant la gravité de l'irrégularité mais en considérant qu'elle n'est pas suffisante pour conduire à l'inapplication du contrat. Or, une telle affirmation nous semble lourde de conséquences. Le professeur Jean-François Lafaix a parfaitement expliqué le sentiment de malaise que l'on peut légitimement éprouver face à la

---

situation dans laquelle toute irrégularité entachant de près ou de loin le contrat constituait une cause de nullité, créant ainsi une infinie variété des causes de nullité du contrat ».

[1] POUYAUD D., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 526.

[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[3] BROS S., LAFAIX J.-F., « La validité du contrat », *in* V. Bouhier et D. Houtcieff (dir.), *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif. Droit comparé interne*, *op. cit.*, p. 117.

[4] V. notamment : LAFAIX J.-F., Le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration, th. op. cit. ; LANGELIER É., L'office du juge administratif et le contrat administratif, th. op. cit. ; BOURDON P., Le contrat administratif illégal, th. op. cit. ; DOUTEAUD S., La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité, th. op. cit. ; BOUSQUET J., Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif, th. op. cit.

[5] CE, Ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, préc.

[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[7] RICHER L., « Les incidences de la réforme des marchés publics en matière contentieuse », *ACCP,* n°14, sept. 2002, p. 3 : « Le formalisme excessif fait douter de la légitimité de la règle et crée une psychose réglementariste aux dépens de la recherche de l'efficacité économique ; le juge administratif ne sortirait pas de son rôle en tenant compte plus qu'il ne le fait des conséquences de la violation des textes, en ménageant un équilibre entre le formel et le substantiel ».

détermination de la gravité d'un vice : « *un acte est légal ou illégal, il n'est pas plus ou moins légal ou illégal* »[1].

Partant, selon la doctrine classique qui a construit une connexion logique entre la violation de la norme et la nullité de l'acte[2], toute irrégularité contractuelle est nécessairement et indiscutablement grave. Précisément, dans la mesure où elle caractérise le manquement à une condition de validité de l'acte, l'acte invalide devrait être illégal. Or, depuis 2009[3], « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* » sert « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[4] et a donc conduit le juge du contrat à considérer que tous les manquements aux conditions de validité de l'acte n'étaient pas tous de la même nature ni justement de la même gravité.

273. Il n'a pas fallu attendre 2009[5] pour que le juge administratif appréhende différemment les irrégularités des contrats administratifs comme l'a parfaitement démontré dans sa thèse le professeur Dominique Pouyaud[6]. Ainsi, le juge administratif dans le contentieux de la légalité des actes administratifs opère une distinction entre les irrégularités substantielles et les irrégularités de pure forme[7]. Relevons d'ailleurs la ressemblance saisissante entre le discours précité et le considérant de principe de la jurisprudence *Danthony*[8] en ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir devant le juge de la légalité. Une actualité tout à fait récente anime la doctrine par deux arrêts rendus le même jour par le Conseil d'État appelés *CFDT et CGT*[9]. Dans ces affaires, la plus haute juridiction administrative explique que les moyens de légalité externe ne seront plus recevables après l'expiration du délai de recours dans le cadre

---

[1] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 395.
[2] V. notamment : JÈZE G., « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », art. *op. cit.*, p. 296 ; DE LAUBADÈRE A., *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. 1, *op. cit.,* p. 248.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[6] POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, th., *op. cit.*, p. 359 : « La première caractéristique qui saute aux yeux est la grande pénurie d'arrêts constatant la nullité des contrats administratifs. Contrastant avec la multiplicité des irrégularités affectant ces contrats […] ».
[7] V. *infra* § 38-1.
[8] CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et autres*, n°335033, Lebon p. 649 ; *JCP Adm.,* 2012 n°13, comm. 2089, C. Broyelle ; *AJDA,* 2012, p. 1609, tribune B. Seiller ; *RFDA,* 2012, p. 284, concl. G. Dumortier ; n°335033, *Danthony*, Lebon p. 737 ; *AJDA,* 2012, p. 7 ; *ibid.* p. 195, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *D.,* 2013, p. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot.
[9] CE, 18 mai 2018*, Fédération des finances et de affaires économiques de la CFDT*, préc.

d'une exception d'illégalité contre un acte réglementaire, « *comme s'ils étaient devenus insignifiants* »[1] comme l'a écrit le professeur Mathieu Touzeil-Divina.

Ainsi, pour que l'irrégularité soit traitée par le juge, elle doit au préalable être « *appréciable* ». Pour cela, le juge doit déterminer qu'elle est « *substantielle et préjudiciable* »[2].

274. Or, ce n'est pas sur le terrain de l'irrégularité substantielle que se place désormais le juge du contrat dans le cadre d'un recours en contestation de validité initié par une partie contractante, mais bien sur celui de la gravité de l'irrégularité. S'il semble parfaitement envisageable qu'une irrégularité substantielle soit par définition grave, l'examen de la jurisprudence nous invite à considérer que l'irrégularité de pure forme ne coïncide pas nécessairement avec l'irrégularité insuffisamment grave. En effet, il semble difficilement soutenable de considérer qu'un manquement manifeste aux obligations de publicité et de mise en concurrence, traduction en droit interne des États membres de directives successives de l'Union européenne voire de ses principes fondamentaux[3], n'est que de pure forme. Pour autant, si ce moyen est soulevé par un cocontractant-requérant contestant la validité de son propre contrat, en l'état actuel du droit, ledit moyen risque très probablement de se voir opposer la loyauté des relations contractuelles. Cette liberté d'appréciation de ce qui est grave ou non et donc de ce qui mérite de conduire à l'annulation du contrat ou à l'écarter pour régler le litige dépend du juge administratif.

275. En érigeant en « *objectif* » la stabilité des relations contractuelles, le Palais-Royal a finalisé le recours en contestation de validité du contrat dans le sens d'une protection exacerbée du contrat irrégulier. Ce faisant, « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* » est un motif voire un prétexte autorisant le juge administratif à considérer des irrégularités, même substantielles, comme étant insuffisamment graves et donc soit inopportunes soit illégitimes à annuler ou à écarter le contrat.

Par voie de conséquence, cela signifie que le référentiel permettant de déterminer la gravité de l'irrégularité n'est pas le même selon que nous sommes confrontés à l'approche intrinsèque ou extrinsèque. Dans le premier cas de figure, la gravité dépend de la nature de l'irrégularité

---

[1] TOUZEIL-DIVINA M., « La puissance publique – après 2 mois – peut se moquer de l'État de droit : RIP l'exception d'illégalité », *JCP Adm.*, 2018, n°21, p. 9.
[2] BOURDON P., Le contrat administratif illégal, th. op. cit., p. 346.
[3] CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG*, aff. C-324/98 : *Rec.*, 2000, p. I-10745 ; *AJDA,* 2001, p. 106, note L. Richer.

contractuelle. Dans le second cas de figure, la gravité dépend du contexte dans lequel a été commise l'irrégularité contractuelle. À ce titre, la fin de l'irrégularité du contrat est un moyen d'intérêt général justifiant la résiliation unilatérale du contrat administratif seulement s'il est loyalement invoqué et s'il est d'une gravité suffisante[1]. La casuistique joue donc un rôle très important.

Pour autant, l'on peut considérer que la gravité d'une irrégularité devrait être appréciée au regard du principe de légalité et dans ce cas, toute irrégularité est grave. Les différents degrés de gravité ne peuvent être entendus que par rapport aux circonstances[2]. Ce faisant, exception faite des moyens d'ordre public qui sont, depuis lors, très réduits, l'examen de la jurisprudence révèle que la protection de la légalité cède sous le poids de la stabilité des relations contractuelles et ne semble pas être à l'origine de la détermination de la gravité du vice.

276. Pour conclure, cette mainmise du juge du contrat sur le contentieux des parties contractantes nous conduit à nous interroger sur la liberté du juge dans le choix du support du raisonnement entre la loyauté des relations contractuelles dans sa dimension objective ou subjective qui semble, en l'état de la jurisprudence, difficilement saisissable.

2. L'avènement d'un juge arbitre et l'impossible anticipation des contours de la loyauté des relations contractuelles

277. L'examen des décisions rendues par les différentes juridictions administratives dans le cadre d'une contestation de validité d'un contrat exercée par une partie ne nous permet pas de systématiser ce qui incite le juge à appréhender le moyen d'irrégularité en fonction de la dimension objective ou subjective de la loyauté des relations contractuelles. Le professeur Jean-François Lafaix a fait montre d'inquiétudes relatives à l'anticipation et à la compréhension des décisions rendues par le juge du contrat en raison justement de « *la*

[1] CE, 10 juillet 2020, *Sté Comptoir négoce équipements, op. cit.*
[2] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, pp. 394-395.

variabilité » de son raisonnement[1]. Nous redoutons alors l'avènement d'un juge arbitre au service des parties.

278. En effet, nous pensons que la liberté du juge dans la manière avec laquelle il utilise les différentes facettes de la loyauté des relations contractuelles est la conséquence de la dimension hautement téléologique du recours entre parties contractantes. Construit pour garantir la stabilité des relations contractuelles, le contentieux en contestation de validité du contrat invite le juge à protéger, dans les limites de l'ordre public, le contrat administratif même irrégulier. Nous pensons effectivement qu'il existe un lien logique entre la dimension téléologique de cette voie de droit et l'impossibilité d'anticiper le choix que fera le juge du contrat entre la dimension objective ou subjective de la loyauté des relations contractuelles. Si notre hypothèse est juste, cela confirme notre analyse selon laquelle il n'existe aucun indice ni aucun élément obligeant le juge du contrat à se servir de l'une ou l'autre des deux dimensions de la loyauté.

Or, il est probable que le juge utilisera celle qui lui permettra d'opposer la loyauté des relations contractuelles au moyen d'irrégularité soulevé et partant, de garantir la stabilité des relations contractuelles, sous réserves des irrégularités les plus massives. Précisément, le juge du contrat n'est plus le protecteur de la légalité, mais l'allié de la partie contractante qui subit la contestation de la validité de son propre contrat et donc, pourrait-on dire, du contrat administratif et de l'efficacité de l'action publique directement. Pourtant, « *l'office du juge du contrat n'est pas réductible à celui d'un arbitre au service des parties* »[2] comme l'a justement fait remarquer le professeur Jean-François Lafaix.

Ainsi, c'est au commissaire du gouvernement Marceau Long dans ses conclusions sur la décision de Section *Ville de Nice*[3] du 20 avril 1956 que l'on doit la primeur de la formule selon laquelle le juge du contrat serait en réalité « *un arbitre ou un collaborateur entre les parties* »[4]. Si tant est que cette conception soit judicieuse, l'état de crise du contrat a assurément transformé le juge arbitre en un juge censeur automatique de toutes les irrégularités contractuelles. Autrement dit, si la protection de la stabilité par rapport au principe de légalité est influencée par le phénomène des cycles, il semble que l'office du juge

[1] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *ibid.*, p. 395.
[2] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 394.
[3] CE, Sect., 20 avril 1956, *Ville de Nice* : *Rec.,* p. 162 ; *RDP*, 1956, p. 578, concl. M. Long.
[4] LONG M., « Concl. sur CE, Sect., 20 avril 1956, *Ville de Nice*, préc. ».

le soit également. C'est la raison pour laquelle nous ne partageons pas pleinement ce qu'a affirmé le conseiller d'État Alain Ménéménis qui a considéré que « *le juge du contrat n'a jamais cessé de tenir un tel rôle* »[1] d'arbitre. La thèse de Mehdi Kebir relative au libre arbitre du juge nous enseigne qu'arbitrer, « *c'est décider par son attitude de l'évolution d'une situation* »[2]. Cependant, « *l'aléa judiciaire important* »[3] qui est la conséquence de la variabilité de la loyauté en contentieux des parties est source d'inquiétudes en raison de l'imprévisibilité des décisions[4].

Dans la même logique, Alain Ménéménis lui-même considère que le rôle d'un juge du contrat arbitre est d'une part de faire respecter « *la "règle du jeu" contractuelle* », mais aussi – et surtout – d'appliquer le contrat tant que celui-ci est conforme aux règles d'ordre public en combattant ainsi les stratégies d'évitement déloyales[5]. Or, la pratique du contentieux en déclaration de nullité ne mettait pas en lumière un juge attentif à ces considérations, mais bien un juge lié par les irrégularités qui lui étaient présentées et entièrement dévoué à la protection du principe de légalité. La conception que Marceau Long se faisait de l'office du juge du contrat a de nouveau influencé les conseillers d'État depuis 2009[6]. Pour preuve, le rapporteur public Emmanuelle Cortot-Boucher dans ses conclusions sur l'arrêt communément appelé « *Béziers II* »[7], a repris la formule précitée de 1956[8], pour ensuite considérer comme parfaitement « *logique* » que le rôle de juge arbitre ou de juge collaborateur des parties « *joue tout au long de la vie du contrat, y compris lorsqu'il y est mis fin de manière anticipée* »[9].

En outre, dans le cadre d'une étude approfondie sur la recomposition par « *fragments* » de l'office du juge du contrat, le conseiller d'État Alain Ménéménis considère comme « *une forme de retour aux sources* »[10] l'orientation de l'office du juge vers celui d'un arbitre. Nous

---

[1] MÉNÉMÉNIS A., « Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », art. *op. cit.*, n°36.
[2] KEBIR M., *Le libre arbitre du juge*, th. *op. cit.*, p. 9.
[3] SOURZAT L., *Le contrat administratif résilient*, th. *op. cit.*, p. 352.
[4] CAMBY J.-P., « Le désordre normatif », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, Montchrestien, 2007, p. 239.
[5] MÉNÉMÉNIS A., « Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », *ibid.*, n°35 : « *Béziers I* concourt à faire du juge du contrat un juge arbitre : en s'en tenant en principe au contrat et à la responsabilité contractuelle, en déjouant les manœuvres contentieuses déloyales qui, étant destinées à faire fi du lien contractuel, sont, par nature, infidèles à l'intention initiale des parties, en se plaçant à l'intérieur de la sphère de règles dont celles-ci sont convenues, le juge du contrat est le garant de la "règle du juge" contractuelle, dès lors, bien entendu, que celle-ci a été librement convenue et qu'elle est licite ».
[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[7] CE, 21 mars 2011, *Cne de Béziers*, préc.
[8] LONG M., « Concl. sur CE, Sect., 20 avril 1956, *Ville de Nice*, préc. ».
[9] CORTOT-BOUCHER E., « L'office du juge du contrat dans le contentieux de la résiliation », *RFDA*, 2011, p. 512.
[10] MÉNÉMÉNIS A., « Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », art. *op. cit.*, n°34.

pensons donc qu'il y a un lien entre la dimension de juge arbitre et le recours finalisé dont il a désormais la charge.

279. En effet, la décision *Commune de Béziers*[1] est empreinte d'une forte dimension téléologique. À première vue, l'on pourrait penser que c'est la rédaction par le Conseil d'État du mode d'emploi de la contestation de validité par voie d'action qui révèle le plus la dimension finalisée de cette voie de droit. En érigeant la stabilité des contrats administratifs comme « *objectif* », la politique jurisprudentielle est clairement orientée autour de la protection du contrat administratif même irrégulier. Or, nous pensons que la construction du considérant relatif à l'exception d'invalidité du contrat est encore plus éloquente. Pour preuve, si dans le recours par voie d'action, la stabilité est bien un « *objectif* », le règlement des litiges sur le terrain contractuel est le « *principe* » par voie d'exception. Quoi qu'il en soit, le recours en contestation de validité est bien construit en faveur de la stabilité des relations contractuelles.

Partant, si le contentieux est finalisé, l'office du juge qui en a la charge l'est également. Nous en concluons alors que la pratique de ses pouvoirs et la manière dont il invoque la loyauté des relations contractuelles sont orientées en faveur de la stabilité des contrats tant que possible en tout cas. Le choix du juge quant au versant de la loyauté qu'il estime devoir utiliser pour trancher le litige nous invite à considérer qu'il s'agit d'une manifestation de son libre arbitre. Pour Mehdi Kebir, le libre arbitre du juge correspond à « *la puissance du juge d'imposer ses choix dans la résolution du litige dont il a été saisi* »[2]. En ce sens, le libre arbitre est aussi bien « *inquiétant* »[3], laissant poindre l'idée d'un « *gouvernement des juges* »[4], que « *magique* »[5] ou « *extraordinaire* »[6], car lié avec force à « *l'art de juger* »[7]. Cette liberté influence les décisions rendues par le juge du contrat.

280. En l'état actuel du droit, il ne nous semble pas possible d'anticiper le choix du juge entre les dimensions subjective et objective de la loyauté des relations contractuelles voire la

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] KEBIR M., *Le libre arbitre du juge*, th. *op. cit.*, p. 11.
[3] KEBIR M., *Le libre arbitre du juge*, *ibid.*, p. 11.
[4] LOUVEL B., « Autorité judiciaire ou service public de la justice ? », in *Le statut du magistrat,* colloque organisé le 18 décembre 2015 par l'Université Panthéon-Assas et l'AFHJ.
[5] KEBIR M., *Le libre arbitre du juge*, th. *op. cit.*, p. 47 : « Il faut dire qu'il y a quelque chose de magique dans cette mission qui consiste à partir de la virtualité d'une règle objective et impersonnelle de l'appliquer à la vie des gens pour dissiper doutes et querelles ».
[6] BOLARD G., GUINCHARD S., « Le juge dans la cité », *JCP G.*, 2002, doctr. 137, n°25 : « C'est une fonction extraordinaire que la fonction de juger ».
[7] KEBIR M., Le libre arbitre du juge, th. op. cit., p. 47.

combinaison des deux. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Manoukian*[1], le rapporteur public Nicolas Boulouis a d'ailleurs considéré que la « *variabilité* »[2] du raisonnement du juge et l'incertitude subséquente dans le choix de la dimension de la loyauté présente un « *avantage* », car faisant planer une « *menace de sanction* »[3]. Autrement dit, l'imprévisibilité semble être une technique d'exercice de l'autorité.

En revanche, la dimension finaliste du recours associé au faible nombre de contrats administratifs annulés ou écartés pour régler le litige nous invite à conclure que si nous ne pouvons anticiper la dimension de la loyauté utilisée, nous pouvons au moins conclure que le juge du contrat choisit la formule qui lui permet de sauvegarder le plus possible le contrat administratif, même irrégulier. Ainsi, un même moyen d'irrégularité peut être appréhendé différemment en fonction de la dimension objective ou subjective de la loyauté des relations contractuelles. Autrement dit, en plus de la « *variabilité* »[4] du raisonnement, il y a un risque de contradiction entre les solutions rendues par le juge du contrat[5] sauf si on estime qu'aucune affaire ne ressemble à une autre.

281. Enfin, un autre élément nous incite à percevoir le juge du contrat comme un arbitre : la détermination prétorienne de l'étendue des moyens d'ordre public qui coïncident avec les moyens imposant au juge d'annuler le contrat. Tous les auteurs s'accordent à considérer qu'ils sont réduits à leur plus simple expression[6] : « *le caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement* »[7]. Si, comme le souligne d'ailleurs Emmanuel Glaser, « *les hypothèses visées par le premier cas de figure ne posent, en principe, pas de problème particulier* »[8], il en va autrement en ce qui concerne la détermination des vices du consentement. Sur ce point, le Conseil d'État a fait montre d'une certaine « *précaution* » en recourant à l'adverbe « *notamment* »[9] et s'est démarqué des conclusions de son rapporteur

---

[1] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.
[2] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 395.
[3] BOULOUIS N., « Concl. sur CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc. ».
[4] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 395.
[5] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *ibid.*, p. 393.
[6] V. notamment : POUYAUD D., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, pp. 526-527.
[7] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[8] GLASER E., « Béziers I, à propos d'un "notamment" », in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit., p. 642.
[9] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

public. Celui-ci ne prévoyait que le vice du consentement et l'illicéité du contenu du contrat comme devant conduire à l'annulation[1].

282. Pour conclure, le Palais-Royal a fait le choix, lourd de conséquences en matière d'étendue des moyens d'ordre public, d'avoir une lecture particulièrement stricte de ce que sont les vices du consentement. Ceux-ci semblent, en l'état du droit, être réservés aux vices du consentement considérés comme « *classiques* »[2] : le dol, l'erreur et la violence. Nous aurons l'occasion de revenir en profondeur sur la question de l'incompétence du signataire du contrat et le rôle des procédures de passation[3]. Nous ne pensons pas qu'il soit tolérable au regard du principe de légalité, que ces vices ne soient pas considérés comme particulièrement graves justifiant que le contrat soit annulé ou écarté[4].

---

[1] GLASER E., « Les habits neufs du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 313 : « on a beaucoup glosé sur le "notamment" qui accompagne la seconde hypothèse d'annulation mentionnée par la décision. Il est vrai qu'il y a là la seule, petite, divergence entre la décision et mes concluions, puisque je n'envisageais que ces deux cas comme justifiant une annulation. Il me semble, toutefois, qu'il faut relativiser la portée de ce "notamment", qui ne vise certainement pas à couvrir les différentes irrégularités qui peuvent entacher la procédure de publicité et de mise en concurrence. Il s'agit d'une "notamment" de précaution, justifié aux yeux de l'assemblée du contentieux, par le fait que l'"on ne sait jamais" : on ne peut, en effet, totalement exclure que se présentent des circonstances, par exemple des manœuvres ou des fraudes diverses, qui justifient une annulation sans entrer strictement dans le second cas dicté par la décision ».

[2] GLASER E., « Béziers I, à propos d'un "notamment" », in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit., p. 643.

[3] V. *infra*, § 287 et s.

[4] BOULOUIS N., « Concl. sur CE, 10 février 2010, *Sté Prest'Action*, préc. » : « l'irrégularité de la procédure de passation n'est pas en soi un vice du consentement et nous pensons que le juge du contrat devra, en principe, dans les litiges entre les parties, écarter les moyens tirés de la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence, efficacement sanctionnée par les juges du référé précontractuel, du référé contractuel et du recours Tropic ».

*

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

283. C'est l'examen des décisions rendues par les différentes juridictions administratives qui nous autorise à déterminer ce que recouvre la loyauté des relations contractuelles. Les développements précédents s'inscrivent justement dans une réflexion ayant pour objet de démontrer comment la variabilité de la loyauté des relations contractuelles conduit le juge à organiser la motivation de ses décisions pour ne pas accueillir les moyens tirés d'irrégularités soulevés. Précisément, la construction des décisions qui fondent notre corpus révèle qu'il n'y pas *une*, mais bien *des* loyautés : l'une de dimension subjective, l'autre, de dimension objective. Bien qu'étant dissociées, les deux loyautés servent le but évident de « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[1] et le juge choisira la formule qui lui permet de protéger au maximum le contrat administratif même irrégulier.

284. Dans sa dimension subjective, la loyauté des relations contractuelles invite le juge du contrat à opérer un contrôle *in concreto* de l'irrégularité. Pour le déterminer, l'analyse de la motivation des solutions révèle que la loyauté en contentieux des parties est un instrument qui permet au juge de contrôler l'imputabilité des irrégularités. C'était ce que préconisait justement Emmanuel Glaser dans ses conclusions en 2009. Or, les décisions ultérieures ont donné davantage de corps à la loyauté des relations contractuelles. Celle-ci sert également à contrôler l'intention et le comportement du cocontractant-requérant.

285. Dans sa dimension objective, la loyauté des relations contractuelles invite le juge du contrat à opérer un contrôle *in abstracto* de l'irrégularité. Autrement dit, ce ne sont pas les faits qui conditionnent la loyauté, mais bien la nature et la gravité du vice. Dans ce cas, il pourrait être possible d'élaborer des systématisations des moyens qui sont toujours considérés comme insuffisamment graves. Pareille possibilité aurait au moins le mérite de la simplicité et contribuerait à une certaine prévisibilité des décisions. Or, l'examen des décisions nous a nécessairement conduit à écarter toute possibilité de systématisation.

286. En effet, le juge du contrat a plutôt recours à des présomptions. Autrement dit, en fonction de la nature de certaines irrégularités, notamment celles qui concernent la passation

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

des contrats de la commande publique, le juge part du principe qu'elles ne sont pas suffisamment graves. Pour autant, la détermination de la gravité du vice peut passer par une association entre les dimensions objective et subjective. Ainsi, la gravité du vice peut être caractérisée en fonction des conséquences dommageables, de l'intention ou du comportement du requérant. Nous sommes donc arrivé à la conclusion qu'effectivement, le juge du contrat se sert de la variabilité de la loyauté des relations contractuelles pour assurer la stabilité des contrats administratifs irréguliers. Pourtant, « *l'office du juge du contrat n'est pas réductible à celui d'un arbitre au service des parties* » comme l'a judicieusement rappelé le professeur Jean-François Lafaix[1]. En érigeant en étendard de l'actuelle politique jurisprudentielle la stabilité des relations contractuelles, le juge du contrat relègue manifestement au second plan la protection du principe de légalité. La considération du juge pour la légalité au stade de la formation du contrat en est une illustration prégnante.

[1] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 394.

Chapitre second

LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES, INSTRUMENT À L'ORIGINE D'UN RECUL DISCUTABLE DE LA LÉGALITÉ AU STADE DE LA FORMATION DU CONTRAT ADMINISTRATIF

287. En l'état actuel du droit, la jurisprudence administrative en matière de contestation de validité d'un contrat par une partie révèle combien la loyauté des relations contractuelles est fluctuante. Le juge du contrat semble disposer d'une forme de liberté dans l'utilisation de la loyauté. Précisément, nous sommes arrivés à la conclusion que l'office du juge du contrat est orienté en faveur de la réussite de « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[1]. Nombreux sont les auteurs qui ont salué ce changement radical de politique jurisprudentielle, notamment les membres de la doctrine institutionnelle[2]. Les partisans de la stabilisation accrue des contrats administratifs en dépit de leur irrégularité convoquent les mérites de la sécurité juridique garantie par la neutralisation de nombreux moyens tirés d'irrégularités. Pour autant, s'il n'y a plus aucun doute sur le fait que l'état de crise du contrat est dépassé, nous pensons que le déséquilibre entre la légalité et la sécurité juridique est dorénavant diamétralement inversé. Ce faisant, la balance entre les deux principes révèle assurément un principe de légalité relégué au second plan.

288. Comme nous l'avons expliqué, la protection du principe de légalité, en définitive, se résume à la sanction des irrégularités que le juge considère comme les plus graves. Ces

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[2] V. notamment : LIÉBER S.-J., BOTTEGHI D., « Le contrat public aurait-il (enfin) trouvé son juge ? », art. *op. cit.*, p. 142 ; GLASER E., « Les habits neufs du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 310 ; AGUILA Y., « Stabilité ou le nouveau visage du juge des contrats publics », *JCP G.*, 2011, n°15, p. 720 ; MÉNÉMÉNIS A., « Un contentieux en pleine évolution », art. *op. cit.*, p. 308 ; MÉNÉMÉNIS A., « Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », art. *op. cit.*, p. 3 ; GLASER E., « Béziers I, à propos d'un "notamment" », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit.*, p. 641 ; DACOSTA B., « La gestion des illégalités du contrat administratif – L'analyse du juge administratif », *in* C. Teitgen-Colly (dir.), *Les figures du juge administratif*, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2015 ; DOMINO X., BRETONNEAU A., « De l'art de la suite jurisprudentielle : triptyque contractuel », *AJDA,* 2019, n°22, p. 1271.

« *irrégularités de premier rang* »[1] se confondent d'ailleurs avec ce que recouvrent désormais les moyens d'ordre public. Confronté à de tels moyens, le juge administratif n'a d'autre choix que d'annuler le contrat ou de le rendre inapplicable dans le cadre d'un recours par voie d'exception. Pourtant, l'examen de la jurisprudence montre que des irrégularités que le juge considère comme graves ne justifient malgré tout pas l'annulation ou la mise à l'écart du contrat.

Or, nous pensons justement que « *la tolérance juridictionnelle* »[2] face aux irrégularités reconnues comme graves n'est pas soutenable du point de vue du respect de la légalité. Sur ce point, une tendance est en train de naître en doctrine sur la place des irrégularités consenties par le juge administratif, aussi bien en contentieux de la légalité qu'en contentieux des contrats administratifs et qui a par exemple fait l'objet d'un récent dossier au cœur de l'*AJDA* intitulé « *Légalité et sécurité juridique, un équilibre rompu ?* »[3]. Les développements qui suivent s'inscrivent précisément dans ce mouvement.

289. En définitive, le vice d'incompétence et les manquements aux règles de la passation sont-ils compris dans le « *notamment* » qui justifie l'annulation ou l'inapplication du contrat administratif irrégulier ? En effet, les différentes analyses que nous avons réalisées de la jurisprudence administrative nous invitent à interroger ce que recouvrent, ou plutôt, ce que ne recouvrent pas « *les vices d'une particulière gravité* »[4]. Deux catégories d'irrégularités ne conduisent le juge à annuler ou écarter le contrat administratif que dans de trop rares situations : les irrégularités relatives à la compétence du signataire et les manquements aux procédures de passation.

290. Pourtant, nous proposons que ces irrégularités ne soient pas appréciées par le juge du contrat comme il le fait depuis l'avènement de la jurisprudence *Commune de Béziers*[5]. Justement, elles sont le symbole d'un recul discutable de la légalité au stade de la formation du contrat qui est lui-même la conséquence immédiate de la loyauté des relations contractuelles. Les développements qui vont suivre ont donc pour objet de détailler pour

---

[1] DOUTEAUD S., « Précisions sur l'action en contestation de validité ouverte aux cocontractants », art. *op. cit.*, p. 1414.
[2] GRABIAS F., *La tolérance administrative*, th. *op. cit.*, p. 13.
[3] MAMOUDY O., « Une balance déséquilibrée », *AJDA*, 2019, p. 1987 ; POULET F., « Sécurité juridique et fermeture du prétoire », *AJDA*, 2019, p. 1088 ; ROTOULLIÉ J.-CH., « Sécurité juridique et tolérance des illégalités », art. *op. cit.*, p. 1094 ; LANTERO C., « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », art. *op. cit.*, p. 1100 ; MAMOUDY O., « Sécurité juridique et hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *AJDA*, 2019, p. 1108.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

mieux la critiquer l'appréhension par le juge du contrat des moyens d'irrégularités relatifs à la compétence des signataires **(Section première)** et aux manquements aux procédures de passation des contrats publics d'affaires **(Section seconde)**.

Section 1

L'APPRÉCIATION DES IRRÉGULARITÉS RELATIVES À LA COMPÉTENCE CONDITIONNÉE PAR LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES

291. La communication d'Emmanuel Glaser au sein des Mélanges rendus en l'honneur du professeur Laurent Richer est en définitive un témoignage extrêmement précieux. Soucieux d'aborder le rôle du célèbre « *notamment* » au cœur de la jurisprudence *Commune de Béziers*[1], l'ancien rapporteur public a répondu à l'« *inquiétude* »[2] suscitée par la détermination de ce que pourrait recouvrir l'adverbe. Conscient de la complexité suscitée par cette partie du considérant, l'auteur considère, sans surprise, qu'elle « *vise, certes, d'abord les vices du consentement classiques, dol, erreur, violence, mais aussi des vices plus propres au droit public, telle l'incompétence* »[3].

292. Par voie de conséquence, la question de la compétence, « *sujet aussi insaisissable que singulier* »[4] est, sans que cela soit étonnant, intimement liée au consentement donné par les parties contractantes. Rappelons que conformément à l'article 1128 du Code civil la compétence fait partie des conditions de validité du contrat[5]. Cette conception est partagée en droit administratif[6]. Dès lors, un vice affectant la compétence d'une partie contamine le consentement exprimé au moment de la signature du contrat. L'on pourrait donc considérer que toutes les irrégularités relatives à la compétence font partie des irrégularités les plus graves justifiant que le contrat soit annulé ou inappliqué. Notons d'ailleurs qu'il s'agissait

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] GLASER E., « Béziers I, à propos d'un "notamment" », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 642.
[3] GLASER E., « Béziers I, à propos d'un "notamment" », in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, ibid., p. 643.
[4] UBAUD-BERGERON M., « L'incompétence », in *La compétence*, Litec, 2008, p. 145.
[5] Article 1128 du Code civil : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ».
[6] HOEPFFNER H., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 284.

avant 2009[1] d'un moyen d'ordre public insusceptible de régularisation[2], comme l'ont souligné de nombreux auteurs[3].

Pourtant, l'examen de la jurisprudence révèle qu'en l'état actuel du droit, le vice relatif à la compétence ou « *l'irrégularité d'habilitation* »[4] ne conduit pas nécessairement le juge du contrat à prononcer la sanction la plus grave ou à trancher le litige en dehors du terrain de la responsabilité contractuelle. Rompant ainsi radicalement avec l'état de crise du contrat **(Paragraphe premier)**, la variabilité des vices de compétence appréhendée par la loyauté des relations contractuelles est manifestement favorable à la stabilité des contrats administratifs irréguliers **(Paragraphe second)**.

§1. L'INCOMPÉTENCE, VECTEUR D'INSTABILITÉS CONTRACTUELLES DURANT L'ÉTAT DE CRISE DU CONTRAT ADMINISTRATIF

293. Durant l'état de crise du contrat, le juge du contrat considérait que l'incompétence ne pouvait être appréhendée avec nuance. Autrement dit, le contrat était signé par une personne compétente ou non. Au cœur des conditions de validité, la présence d'un vice d'incompétence entachait irrémédiablement le contrat administratif de nullité.

Ainsi, la pratique du contentieux en constatation de nullité révélait assurément l'existence d'un juge rigoureux en matière de traitement du vice d'incompétence **(A)**. Cette rigueur a fait l'objet de vives critiques de la part de la doctrine aussi bien universitaire qu'institutionnelle et qui peuvent être considérées comme étant un élément à l'origine du changement de paradigme **(B)**.

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[2] CE, 14 février 1849, *Cne de Cenon-la-Bastide c/ Letellier*, req. n°19060, *Rec.*, p. 102 : « Considérant que le défaut d'approbation de la délibération du 27 juin 1842 par l'autorité compétente est un moyen d'ordre public ; qu'il peut être présente en tout état de cause, et que, ni la délibération du conseil municipal du 5 mars 1843, ni l'approbation qui lui a été donnée par le préfet, ni l'exécution partielle qu'elle a reçue, ne pourraient tenir lieu de l'ordonnance royale exigée […] » [nous soulignons].

[3] V. notamment : DEBOUY CH., *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, th. *op. cit.*, p. 235 ; BERGEAL C., « Concl. sur CE, 30 juin 1999, *Département de l'Orne et Sté Gespace France*, n°169336, 169545 », *BJCP*, 1999, p. 603 ; POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, th. *op. cit.*, p. 450.

[4] BOURDON P., *Le contrat administratif illégal*, th. *op. cit.*, p. 86 : « L'habilitation permet d'agir. En matière contractuelle, une habilitation permet de contracter. […] Le concept d'habilitation a justement vocation à couvrir ces concepts de capacité et de compétence ».

A) LE TRAITEMENT RIGORISTE PAR LE JUGE DU CONTRAT DU VICE D'INCOMPÉTENCE

294. Le terme « *incompétence* » fait immédiatement référence dans la langue courante à une faute d'une particulière gravité. Si l'on considère que « *la compétence suppose d'abord une aptitude légale à agir, elle implique ensuite de respecter la sphère d'action de cette compétence* »[1], l'incompétence est une violation caractérisée de dispositions législatives. Schématiquement, en matière de contrat administratif, l'autorité compétente est celle qui dispose par la loi de la capacité de signer[2], mais également de la capacité reçue par une autre autorité de signer. Avec pédagogie, le professeur Pierre Bourdon a fait la distinction dans sa thèse entre « *l'habilitation pour contracter* »[3] de « *l'habilitation à conclure* »[4]. Or, l'enchevêtrement des procédures et la multiplicité des acteurs devant intervenir dans l'élaboration du contrat administratif[5] ont entrainé une augmentation significative du contentieux à l'origine durant l'état de crise d'un nombre important de nullités.

295. En effet, l'examen de la jurisprudence avant l'avènement de la décision *Commune de Béziers*[6] et du recours en contestation de validité est riche de décisions rendues en matière d'irrégularités affectant la compétence du signataire du contrat. C'est au travail d'Édouard Laferrière[7] que l'on doit les premières recherches d'envergure sur la question de la compétence. Selon l'auteur, les différents cas de figure d'incompétences sont relatifs à des incompétences *ratione loci*[8], *ratione temporis*[1] et *ratione materiae*[2]. C'est précisément cette dernière qui était la plus communément soulevée devant le juge administratif.

---

[1] UBAUD-BERGERON M., « L'incompétence », in *La compétence*, *op. cit.*, p. 145.
[2] RICCI J.-CL., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité, op. cit.*, p. 128 : « La compétence des personnes publiques correspond à la capacité des personnes privées ».
[3] BOURDON P., Le contrat administratif illégal, th. op. cit., p. 105.
[4] BOURDON P., Le contrat administratif illégal, ibid., p. 149.
[5] Sur l'intérêt du fractionnement des compétences : POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*., th. *op. cit.*, p. 35 : « Le plus souvent, en matière de contrats, on ne peut pas dire d'une autorité donnée qu'elle est exclusivement compétente, car chaque autorité a une compétence limitée à un stade bien défini du processus. Les règles de compétence sont fractionnées et chaque fraction est également nécessaire à la perfection de l'acte. C'est la raison pour laquelle ces diverses interventions ne sont pas considérées seulement comme un élément formel de la procédure de conclusion du contrat, mais comme l'exercice de compétences spécifiques ».
[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[7] LAFERRIÈRE É., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1896, 2e éd., t.2, p. 496 ; GONOD P., *Édouard Laferrière, un juriste au service de la République*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 190, 1997, p. 212.
[8] L'incompétence *ratione loci* renvoie à l'empiètement par une collectivité sur la compétence territoriale d'une autre. Il s'agit d'une irrégularité extrêmement rare en contentieux des contrats eu égard à son objet.

Dès lors, étaient soumis à la constatation de la nullité les contrats signés en présence d'un défaut d'approbation par l'autorité supérieure[3]. Les mêmes conséquences pour le contrat étaient constatées lorsque le signataire engageait un établissement qu'il ne représentait pas[4]. Dans la même logique, le contrat était entaché de nullité en présence d'une irrégularité voire une absence pure et simple de délégation de compétence[5]. Alors, en prenant en considération aussi bien le nombre très important de contrats signés par les collectivités locales que la complexité des procédures, nous comprenons donc que ce type d'irrégularité était la source principale des constats des nullités. Le juge du contrat ne faisait alors montre d'aucune nuance au moment de trancher le litige. Il considérait de la même manière l'absence pure et simple de délégation de compétence que l'oubli d'une étape nécessaire à la perfection de l'acte. Autrement dit, le juge du contrat ne considérait pas que l'une ou l'autre de ces irrégularités viciaient plus ou moins le consentement de la partie contractante. Un quelconque vice de compétence conduisait nécessairement le juge à constater la nullité du contrat administratif. Il ne considérait pas l'incompétence comme devant être divisée entre des irrégularités substantielles et d'autres non-substantielles. Sur ce point, la jurisprudence antérieure à *Commune de Béziers*[6] offre à loisir des cas d'espèce dans lesquels l'assemblée délibérante n'a pas formellement autorisé l'exécutif à signer[7], ou alors qu'elle n'a pas été

Pour exemple : CE, 26 avril 1985, *Larrau* : délibération communale portant sur un bien qui n'était pas sa propriété exclusive ; CE, 25 mai 1994, *Syndicat intercommunal des eaux de Gravelotte*, req. n°106976 : illégalité de la délibération de l'organe délibérant d'un établissement public de coopération intercommunale pour la fourniture d'eau potable avec une entreprise située sur le territoire de deux communes non membres du syndicat intercommunal *;* CE, 11 juill. 2008, *Provinces des Iles Loyauté*, n°279923.

[1] Il s'agit d'un cas d'incompétence extrêmement compliquée à envisager en raison de la continuité de l'État transposée aux collectivités territoriales par le principe de permanence des personnes publiques. L'hypothèse envisageable serait la création de communes nouvelles ou d'intercommunalités. Pour une étude de l'incompétence *ratione temporis*, V. notamment : AUBY J.-M., « L'incompétence *ratione temporis* », *RDP,* 1953, p.1 ; plus récemment : PLESSIX B., « La compétence et le temps », in *La compétence*, *op. cit.*, p. 52 et s.

[2] L'incompétence *ratione materiae* fait référence à l'empiètement par une personne publique ou d'un agent dans la sphère de compétences d'un autre.

[3] CE, 28 févr. 1947, Sté des Glacières de l'alimentation : Rec., p. 85.

[4] CE, sect., 13 mai 1970, *Sieur Larue* : *Rec.,* p. 331.

[5] Incompétence du ministre des finances : CE, sect., 7 mai 1954, *Ministre des Finances et des Affaires économiques* : *Rec.,* p. 257 ; incompétence du préfet pour absence de délégation du ministre des Travaux publics : CE, sect., 13 juill. 1961, *Sté d'entreprises générales et de travaux publics pour la France et les colonies* : *Rec.,* p. 473 ; *AJDA,* 1961, p. 458, concl. P. Nicolaÿ, *RDP,* 1962, p. 535, note M. Waline ; CE, 26 février 1964, *Ets Louis Segrette et ministre des Travaux publics et des Transports* : *Rec.*, p. 146, *AJDA,* 1964, p 694 concl. Cambarnous.

[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[7] CE, 31 juillet 1992, *Sté Barchetta* : *Rec.,* p. 307.

informée suffisamment[1] pour être en mesure de conférer au chef de l'exécutif une autorisation de signer en toute connaissance de cause.

296. L'on aurait pu pourtant considérer que ces irrégularités étaient moins attentatoires au principe de légalité que l'absence pure et simple de délégation de compétence et qu'elles n'étaient en réalité que de simples omissions susceptibles d'être corrigées. Le juge du contrat ne faisant toutefois pas dans la nuance. La jurisprudence *Commune de Béziers*[2] a contribué à remettre en cause la rigueur du juge du contrat confronté aux vices d'incompétence.

B) LA REMISE EN CAUSE DE LA RIGUEUR DU JUGE DU CONTRAT DANS LE TRAITEMENT DES VICES D'INCOMPÉTENCE

297. Une irrégularité particulière mérite de retenir toute notre attention. Il s'agit de celle qui est à l'origine de la décision *Commune de Béziers*[3] et qui est relative à la signature prématurée des contrats administratifs. Il s'agit d'une irrégularité que la doctrine spécialisée considère comme étant « classique » et « fréquente »[4]. Elle porte sur le moment choisi par le chef de l'exécutif pour signer le contrat. La signature intervient soit avant que le pouvoir ait été effectivement conféré par l'assemblée délibérante, soit avant que la délibération autorisant la signature ait passé l'étape du contrôle de légalité par le préfet. Cette catégorie très particulière d'incompétence contractuelle a été mise en lumière par la haute assemblée dans un arrêt *Ville de Millau*[5] et dans un célèbre avis contentieux *Préfet de la Côte-d'Or*[6]. Ils ont eu des conséquences contentieuses radicales en devenant la cause de l'augmentation significative des constats de nullité, conséquence de l'évolution induite par l'article 2-1 de la loi de décentralisation du 2 mars 1982[7].

En substance, conformément à l'évolution législative, les actes adoptés par les assemblées délibérantes des collectivités locales ne deviendront exécutoires qu'après avoir été transmis

---

[1] CE, sect., 23 avril 1997, *Ville de Caen c/ Paysant* : *Rec.,* p. 158 ; *AJDA,* 1997, p.. 518, concl. V. Pécresse. Pour une dissimulation d'éléments pertinents : CE, 1er octobre 1997, *Avrillier* : *Rec.,* p. 700.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] VIER CH.-L., « La nullité des contrats publics », art. *op. cit.*, p. 23.
[5] CE, 20 janv. 1989, *Ville de Millau c/ M. Vincens*, n°70686 ; *CMP,* 1989, comm. 241.
[6] CE, avis, sect., 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or et autres*, préc.
[7] Article 2 : « Les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'État dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement ».

au représentant de l'État dans le département qui devra vérifier leur légalité. Traduit en droit des contrats, si l'autorisation de l'assemblée délibérante donnée au chef de l'exécutif de signer le contrat n'a pas passé l'étape du contrôle de légalité du préfet, le contrat signé malgré tout ne pourra qu'être entaché de nullité.

Par voie de conséquence, si la transmission au préfet de l'autorisation donnée par l'assemblée délibérante est une formalité, son oubli pourrait être mis au rang des irrégularités bénignes ou vétilles. Cela n'a pas été le choix du Conseil d'État. Au contraire, la plus haute juridiction administrative a pris le parti d'une lecture orthodoxe de la loi de 1982 et les conséquences en matière de stabilité des relations contractuelles au prisme de l'avis *Préfet de la Côte-d'Or* ont été radicales. Très rapidement, des critiques se sont fait entendre notamment par un membre du Conseil d'État. En effet, le commissaire du gouvernement Henri Savoie lors de ses conclusions sur *Société Citécable Est* a exprimé ses plus vives inquiétudes que « *cette jurisprudence [soit] sévère, trop peut-être* »[1]. Dépassant le stade de la simple critique, Etienne Colson, dans le cadre d'un véritable brûlot a dressé un constat accablant, fustigeant la pratique du juge après huit ans d'application[2]. Précisément, les exemples jurisprudentiels offrent aux commentateurs la découverte de contrats – souvent de longue durée – signés et en cours d'exécution qui sont frappés par le constat de la nullité de longues années plus tard, sous le poids de l'extrême rigueur de la haute juridiction administrative conformément à son interprétation de la loi de 1982[3].

Nous ne partageons pas les trop vives critiques exprimées par la doctrine universitaire, voire institutionnelle, à l'encontre de ces décisions. En s'opposant de la sorte, ces auteurs considéraient très certainement ces irrégularités comme non-substantielles et la réponse apportée par le juge bien trop disproportionnée. Pourtant, nous ne pensons pas que la signature anticipée du contrat soit nécessairement la conséquence d'irrégularités bénignes ou le fruit de simples omissions. Les irrégularités dont nous venons de faire mention sont des violations caractérisées du contrôle de légalité opéré par les représentants de l'État.

298. Dans ses conclusions en 2009[4], Emmanuel Glaser a considéré que la pratique du juge vis-à-vis des irrégularités relatives à l'incompétence des parties contractantes était

---

[1] SAVOIE H., « Le sort des conclusions indemnitaires après constatation de la nullité d'un contrat », concl. sur CE, Sect., 20 oct. 2000, *Sté Citécable Est*, *RFDA*, 2001, p. 360.
[2] COLSON É., « Faut-il brûler l'avis *Préfet de la Côte-d'Or* », *CMP,* n°4, avr. 2004, chron. 3., p. 4.
[3] CAA Lyon, 19 mars 1998, *Cne de Pralognan-La-Vanoise*, n°96LY02557, *BJCP,* n°3, 1998, p. 312 : nullité d'un contrat prononcée dix ans après sa conclusion.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

« *particulièrement sévère* » comparant l'office du juge du contrat à celui de l'excès de pouvoir[1]. Sur ce point, l'on peut affirmer que le rapporteur public s'est fait le porte-parole, plusieurs années après, des critiques exprimées à l'encontre des décisions précitées. Cette rigueur contentieuse ne laissant alors aucune chance au contrat, la stabilité des contrats administratifs cédait devant la quête de la légalité pure et objective. En pratique, l'augmentation des contentieux a eu des conséquences concrètes et a suscité la crainte des acteurs de la commande publique que sont les acheteurs et les opérateurs économiques. Le professeur Laurent Richer l'a parfaitement expliqué : « *les collectivités publiques et les entreprises se plaignent de l'insécurité juridique attachée à la croissance du contentieux* »[2]. Les usagers des services publics ont été eux aussi immédiatement concernés par l'augmentation des déclarations de nullité des contrats publics, car c'est le principe même de continuité du service public qui a pu se trouver malmené.

299. Le changement de paradigme induit par la jurisprudence *Commune de Béziers* a contribué à opérer une graduation parmi les incompétences. Seules certaines sont susceptibles de conduire à l'annulation ou à l'inapplication du contrat administratif. La stabilité des relations contractuelles en sort grandie, le respect de la légalité au stade de la formation du contrat administratif en sort manifestement appauvri.

§2. L'ACTUELLE GRADUATION DE L'INCOMPÉTENCE FAVORABLE À LA STABILITÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES AU DÉTRIMENT DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ

300. Rompant avec l'état de crise du contrat, la politique jurisprudentielle en vigueur a fait le choix de la graduation du vice d'incompétence[3]. Le professeur Hélène Hoepffner a préféré expliquer que « *le vice d'incompétence a fait l'objet d'une jurisprudence toute en nuance* »[4]. Depuis l'avènement de la loyauté des relations contractuelles, il n'y a donc plus une relation automatique entre la démonstration de l'incompétence et l'annulation ou l'inapplicabilité du

[1] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op.cit*, pp. 508-509.
[2] RICHER L., « Les incidences de la réforme des marchés publics en matière contentieuse », art. *op. cit.*, *ACCP,* 2002, n°14, p. 3.
[3] RICCI J.-CL., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, *op. cit.*, p. 128.
[4] HOEPFFNER H., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 531.

contrat pour trancher le litige opposant les cocontractants. Par voie de conséquence, la sédimentation de l'incompétence semble avoir pour objet d'instiller une nuance[1] entre les différentes irrégularités comprises dans la catégorie générique « *incompétence* » et a pour effets d'une part de stabiliser les contrats et d'autre part d'affaiblir la légalité au stade de la formation. Philippe Rees a parfaitement résumé cette transformation. Selon l'auteur, cette catégorie d'irrégularité était « *systématiquement fatale en matière contractuelle jusqu'il y a quelques années, l'incompétence ne l'est plus désormais que dans certains cas* »[2].

301. Partant, d'une catégorie d'irrégularité considérée comme étant d'ordre public, la question de l'incompétence de la partie contractante a été volontairement et habilement compartimentée par le juge du contrat. Conscient qu'il s'agissait d'un vecteur de l'état de crise du contrat, le Conseil d'État a démontré dès la toute première utilisation de la loyauté des relations contractuelles[3] qu'il était désormais en mesure d'appréhender différemment les vices d'incompétence.

Ainsi, plusieurs possibilités existent pour présenter l'état du droit positif en matière d'appréhension du vice d'incompétence. L'ensemble des décisions confirment l'hypothèse partagée par de nombreux auteurs selon laquelle de nombreux vices d'incompétence se voient désormais opposer la loyauté des relations contractuelles pour garantir la stabilité des contrats administratifs pourtant irréguliers[4]. Au cœur de notre corpus, l'examen de ces décisions nous a conduits à considérer qu'il existait en définitive deux catégories d'incompétence : l'incapacité du signataire privé **(A)** et celle du signataire public **(B).**

---

[1] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 127 : « l'incompétence peut présenter désormais divers degrés de gravité que l'arrêt *Commune de Béziers* oblige à distinguer. Toute incompétence de la personne publique n'entraîne plus, à présent, la substitution des responsabilités ».

[2] REES PH., « L'incompétence peut encore être fatale au contrat administratif », *CMP*, 2014, comm. 17.

[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[4] V. notamment : REES PH., « L'incompétence peut encore être fatale au contrat administratif », art. *op. cit.,* p. 44 ; HOEPFFNER H., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 531 ; RICHER L., LICHÈRE F., *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 150 ; BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 126.

A) L'APPRÉCIATION PAR LE JUGE DU CONTRAT DE L'INCAPACITÉ DU SIGNATAIRE PRIVÉ

302. Comme pour une personne morale de droit public, une personne morale de droit privé doit disposer de la capacité juridique l'autorisant à donner son consentement[1]. C'est l'article 1145 du Code civil qui dispose que la capacité d'une personne morale de droit privé « *est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts* ». Dans le cadre d'un recours en contestation de validité intenté par une partie contre son propre contrat, la question du vice d'incompétence n'est pas l'apanage de la personne publique. Autrement dit, le cocontractant de l'administration, principalement une personne morale de droit privé, doit être en mesure de contracter valablement.

Alors, si l'on parle de compétence pour les personnes publiques, c'est le terme de capacité qui est employé pour les personnes privées. Selon le professeur Jèze, la différence entre la compétence et la capacité doit nécessairement être nuancée. Elles renvoient toutes les deux au « *pouvoir de vouloir un effet juridique* »[2]. Le professeur Hélène Hoepffner précise que « *la capacité est l'aptitude à acquérir un droit et à l'exercer* »[3]. Dans ce cas de figure, l'incompétence ou l'incapacité du signataire privé est avérée lorsque ledit signataire a conclu le contrat administratif au nom d'une personne privée sans pour autant avoir reçu une habilitation pour le faire valablement. De plus, le Conseil d'État s'est prononcé en faveur de l'inapplicabilité du mandat apparent en matière de contrat administratif. Dans son arrêt *Office public d'habitations de Nice et des Alpes-Maritimes*, la plus haute juridiction administrative a rappelé que si l'acheteur doit « *vérifier que le représentant d'une société est dûment habilité, par les statuts ou par un mandat, pour signer en son nom un marché* ». En revanche, « *la circonstance que le cosignataire aurait pu apparaître comme ayant qualité pour engager la société* » ne peut empêcher le constat de l'incompétence[4].

303. Partant, dans le cadre d'un contentieux entre parties contractantes, la question de la capacité du signataire privé à valablement signer le contrat peut se poser. Bien que les illustrations soient rares en jurisprudence, cela n'a pas empêché certains auteurs de se livrer à

---

[1] RICCI J.-CL., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, *op. cit.*, pp. 130-131.
[2] JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 7.
[3] HOEPFFNER H., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 285.
[4] CE, 17 décembre 2008, *Office public d'habitations de Nice et des Alpes-Maritimes*, n°282178 ; *AJDA*, 2008, p. 2422, obs. J.-M. Pastor ; *CMP*, 2009, comm. 39, note G. Eckert.

un exercice d'anticipation. À titre d'illustration, Jérémy Bousquet a affirmé sans détour que « *l'incompétence du cocontractant privé […] ne saurait constituer un vice d'une particulière gravité dans la mesure où* ***un tel vice n'affectera jamais*** *le consentement d'une des parties* »[1]. Une nouvelle fois, le très faible nombre de décisions rendues par les juridictions administratives doit nous inviter à la plus grande prudence. Précisément, à notre connaissance, aucune décision rendue par le Conseil d'État n'aborde cette question précise, seuls les tribunaux administratifs et les Cours administratives d'appel se sont prononcés. Par voie de conséquence, nous pensons que l'avis tranché précité doit être nuancé.

304. En effet, deux questions doivent se poser lorsqu'est étudiée l'incompétence du signataire privé. La première reprend en substance l'affirmation de Jérémy Bousquet : ce type d'incompétence justifie-t-il l'annulation ou l'inapplication du contrat administratif ? La seconde ne semble pas avoir été traitée par l'auteur : l'administration contractante peut-elle utilement se prévaloir de l'incompétence de son cocontractant à signer le contrat ? Bien que distinctes ces deux questions peuvent être traitées simultanément.

Les rares arrêts rendus par les juridictions administratives font état d'un contrôle mêlant les dimensions objective et subjective de la loyauté des relations contractuelles. Autrement dit, le juge du contrat appréhende ce vice d'incompétence au regard de la gravité de l'atteinte à l'aune des circonstances de chaque espèce. Dans l'arrêt *Société Le Marcory* rendu par la Cour administrative d'appel de Marseille le 6 juin 2011, était en cause notamment l'incompétence de l'opérateur économique[2]. Dans le cadre d'un projet de réfection des surfaces carrelées d'une piscine municipale, la société avait été contrainte de réaliser des prestations supplémentaires portant notamment sur la réalisation d'une dalle de béton. Le pouvoir adjudicateur a refusé de régler les travaux supplémentaires malgré les relances de l'opérateur économique. Soucieuse d'obtenir le paiement des sommes escomptées, la société requérante a saisi le tribunal administratif pour qu'il ordonne la condamnation de la commune. Or, le juge administratif saisi en première instance a constaté la nullité du marché de travaux en raison notamment d'un vice d'incompétence non pas du signataire public, mais bien du signataire privé. Précisément, le contrat n'avait pas été conclu par le responsable du marché. Ayant interjeté appel, le juge du contrat a donné gain de cause à la société requérante et a opposé au moyen à l'appui du recours par voie d'exception la loyauté des relations contractuelles. Ainsi,

---

[1] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 126.
[2] CAA Marseille, 6 juin 2011, *Sté Le Marcory,* préc.

l'incompétence du signataire privé n'a pas justifié en l'espèce l'inapplication du contrat et l'administration contractante n'a pu utilement se prévaloir d'un tel moyen dans la mesure où les travaux ont bien été effectués et entièrement exécutés et avaient, hormis le cas des travaux supplémentaires, donné lieu au paiement intégral par la commune[1]. Pourtant, nous ne pensons pas qu'il soit possible de déduire une tendance de cette unique décision. Justement, la décision *Commune de Jonzac* rendue par la Cour administrative d'appel de Bordeaux le 5 mars 2018[2] diffère de l'arrêt précité[3] dans l'appréhension par le juge du vice d'incompétence de la personne privée.

Dans le cadre d'un contrat qualifié de « *convention de gestion* », la commune de Jonzac a confié à une association la gestion de l'aérodrome. À la suite d'une inspection de la direction générale de l'aviation civile, plusieurs non-conformités ont été constatées. La personne publique a voulu partager les frais de mise en conformité avec l'association gestionnaire. Pour le permettre, l'association a été dans l'obligation de modifier ses statuts. Par une « *convention de financement* », le président de l'association avait formalisé le montant de la participation restant à la charge de la personne privée. La commune a alors émis un titre exécutoire du montant convenu et l'association a intenté une action pénale contre son président pour abus de confiance. Cependant, appliquant la jurisprudence *Commune de Béziers*[4], le tribunal administratif de Poitiers a déchargé l'association de l'obligation de payer. Saisie en appel, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a dû se prononcer sur la compétence du cocontractant de l'administration. Après avoir rappelé dans un premier considérant pédagogique les modalités d'engagement régulier d'une association, le juge du contrat a considéré d'une part que « *cette convention qui comporte un engagement de dépense d'un montant de 114 488 euros a été signée, pour l'association, par le seul président, qui n'était mandaté pour cela par aucune autre instance, en méconnaissance de la décision du conseil d'administration [..] qui réserve au conseil d'administration les engagements de dépense supérieure à 300 euros et alors qu'aucune autre délibération de l'association ne permet l'engagement de cette dépense* ». D'autre part, le juge a rappelé que les statuts de l'association ne l'autorisaient pas à ordonner une dépense au-delà du budget, ce qui a pourtant été le cas en l'espèce. Par voie de conséquence, le juge a considéré qu'il « *n'est pas établi que l'association aurait eu connaissance de l'engagement pris au-delà de sa compétence par son*

[1] LLORENS F., « Jurisprudence Commune de Béziers I : vices ne justifiant pas la mise à l'écart du contrat », *CMP*, 2011, comm. 273.
[2] CAA Bordeaux, 5 mars 2018, *Cne de Jonzac*, préc.
[3] CAA Marseille, 6 juin 2011, *Sté Le Marcory,* préc.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

président et l'aurait tacitement accepté » et a donc écarté le contrat pour trancher le litige. Ce vice est considéré en toute logique comme étant « *d'une particulière gravité* », faute pour l'association d'avoir consenti au contrat, même tardivement.

Partant, la décision *Commune de Jonzac*[1] semble empêcher toute anticipation certaine de la jurisprudence. En tout état de cause, contrairement à ce qui a pu être soutenu[2], le juge du contrat a manifestement considéré que l'incompétence du président de l'association a vicié le consentement du cocontractant privé. Comme nous l'avons expliqué, les décisions au cœur desquelles la question de l'incompétence doit être appréhendée par le juge du contrat révèlent la forte dimension casuistique.

305. Cependant, il demeure une question : le cocontractant privé peut-il se prévaloir loyalement sa propre incompétence ? À notre connaissance, aucune décision n'a été rendue sur ce point. Cependant, nous pensons pour autant que l'invocation serait déloyale par voie d'action, car tombant sous le coup du contrôle de l'imputabilité du moyen d'irrégularité. L'immense majorité des décisions relatives à un vice d'incompétence portent sur la validité de l'engagement de l'administration contractante.

B) L'APPRÉCIATION PAR LE JUGE DU CONTRAT DE L'INCOMPÉTENCE DU SIGNATAIRE PUBLIC

306. Pour qu'une personne publique puisse valablement s'engager par la signature d'un contrat administratif, elle doit se soumettre à une « *opération complexe* »[3] constituée de différents actes. L'examen de la jurisprudence nous conduit à distinguer deux catégories d'incompétence viciant la signature du contrat par une personne publique. En fonction de l'une ou de l'autre de ces catégories, le juge aura une forte tendance à opposer ou non la loyauté des relations contractuelles.

C'est précisément sur cette question que s'inscrit notre inquiétude quant au respect de la légalité au stade de la formation du contrat lorsqu'est en jeu un vice d'incompétence. Ainsi, nous aborderons successivement l'appréhension par le juge du contrat d'un moyen

[1] CAA Bordeaux, 5 mars 2018, *Cne de Jonzac*, préc.
[2] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 126.
[3] RICCI J.-CL., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, *op. cit.*, p. 132.

d'irrégularité de cette nature lorsqu'il touche l'incompétence « *interne* » de l'administration[1] contractante **(1)** puis lorsqu'elle est constitutive d'une incompétence relative à la répartition statutaire des compétences entre personnes publiques **(2)**.

1. L'incompétence interne à l'administration contractante

307. Pour la cohérence de la démonstration, nous avons fait le choix de distinguer l'essentiel des défauts d'habilitation **(a)** et la signature anticipée du contrat administratif, dans la mesure où il s'agit d'abord des faits à l'origine de la décision fondatrice de 2009, mais surtout, car elle a donné lieu très récemment à une décision importante de la Cour de cassation **(b)**.

a) L'incompétence portant sur le défaut d'habilitation de l'autorité signataire

308. L'examen de la jurisprudence démontre que c'est précisément sur ce point que se cristallise majoritairement le contentieux. Depuis 2009[2] et l'avènement de la loyauté des relations contractuelles, le juge du contrat fait preuve d'une véritable mesure dans l'appréciation des vices d'incompétence. Cette possibilité marque comme nous l'avons rappelé un tournant décisif par rapport à l'état de crise du contrat.

L'appréciation différenciée de l'incompétence de l'autorité signataire signifie que le juge du contrat considère que toutes les irrégularités ne se valent pas. Autrement dit, « *l'incompétence peut présenter différents degrés de gravité* »[3]. En ce sens, un tel vice peut se voir opposer la loyauté des relations contractuelles ou, en fonction des situations propres à chaque espèce, justifier l'annulation ou l'inapplication du contrat administratif. Cela signifie que l'incompétence a été hiérarchisée de manière prétorienne. Il y aurait donc des incompétences tolérables, d'autres graves, mais qui peuvent être régularisées et d'autres enfin suffisamment graves, pour justifier la disparition du contrat administratif. Nous pensons que deux situations doivent être distinguées : les omissions dans les démarches préalables qui doivent être

[1] L'incompétence « *interne* » à l'administration est une catégorie générique au sein de laquelle se trouvent de très nombreuses irrégularités relatives au défaut plus ou moins grossier d'habilitation du signataire du contrat administratif.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] REES PH., « L'incompétence peut encore être fatale au contrat administratif », art. *op. cit.*, p. 44.

accomplies pour que le contrat soit valablement signé et le cas tout à fait spécial de l'absence pure et simple d'autorisation conférée par l'assemblée délibérante.

309. Ainsi, les omissions, les erreurs purement matérielles ou temporelles, l'information insuffisante des élus voire le caractère incomplet des démarches à effectuer pour l'habilitation à conclure le contrat sont autant de vices d'incompétence. Avant l'état de crise, ils auraient systématiquement conduit le juge à constater la nullité du contrat. Depuis la décision *Commune de Béziers*[1], le caractère incomplet de la délibération autorisant le chef de l'exécutif à signer le contrat est considéré par le juge du contrat comme n'étant « *pas un vice d'une particulière gravité relatif aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement* ».

Pour preuve, le juge a opposé la loyauté des relations contractuelles en présence d'un moyen d'irrégularité fondé sur le défaut de consultation du comité technique paritaire de la collectivité, obligatoire avant toute délégation de service public et qui doit nécessairement se réunir avant la délibération de l'assemblée[2]. Cet organisme a pour objet d'informer les membres de l'assemblée pour qu'ils soient en mesure de voter en toute connaissance de cause, que ce soit sur les aspects techniques, financiers et juridiques. Par voie de conséquence, ce type d'irrégularité est une atteinte évidente à la bonne connaissance de l'élu. Pourtant, les juridictions administratives considèrent que ces vices ne sont pas suffisamment graves pour justifier l'annulation ou l'inapplication du contrat. Selon la même logique, la violation des dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales est neutralisée par la loyauté des relations contractuelles. Cet article impose pourtant de faire figurer dans une convention de délégation de service public des informations essentielles pour la parfaite information des élus. Il s'agit notamment de précisions relatives au calcul des montants, droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire à la collectivité. Selon le juge

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[2] CAA Marseille, 17 janvier 2011, *Ville de Cannes*, préc. : « Considérant qu'il est constant que la délibération portant approbation de la délégation de service public était irrégulière en l'absence de consultation du comité technique paritaire ; que, toutefois, ce vice tenant aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ne saurait être regardé, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles rappelée ci-dessus, comme étant d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doive pas être tranché sur le terrain contractuel ; que si la Ville fait état de son incompétence à déléguer, par la convention litigieuse, des prestations relevant de la responsabilité d'autres personnes morales, et de ce que son consentement aurait été vicié du fait d'une éventuelle surévaluation de la part d'investissement incluse dans le prix des repas, l'exigence de loyauté des relations contractuelles fait obstacle à ce qu'elle puisse utilement s'en prévaloir alors qu'elle ne s'est jamais opposée pendant neuf années à l'exécution de contrat ; que, par ailleurs, il ne résulte pas de l'instruction que le contrat en litige présenterait un contenu illicite » [nous soulignons].

administratif, « l'omission de faire figurer [ces informations] ne donne pas un caractère illicite au contrat ni n'affecte les conditions dans lesquelles les deux parties ont donné leur consentement »[1].

Or, tout à fait récemment, un arrêt *Commune de Soissons* rendu par la Cour administrative d'appel de Douai le 20 juin 2019[2] semble, de prime abord, s'éloigner de la tendance actuelle à la « *tolérance juridictionnelle* »[3] en présence de ces irrégularités. Dans cette affaire était en cause le recours à un contrat de partenariat comprenant une mission globale de conception, réalisation, préfinancement, exploitation, gestion et renouvellement des installations nécessaires en matière d'éclairage public communal, mais également le changement de la signalisation lumineuse et les installations sportives de la commune. Une fois le contrat signé, l'exécution de la relation contractuelle pendant plus de cinq ans s'est manifestement dégradée et a conduit l'administration contractante à résilier le contrat avec la société titulaire à ses torts exclusifs. Suite à cette décision, la société a intenté un recours indemnitaire devant le juge administratif qui a écarté le contrat pour condamner la commune sur le terrain de la responsabilité quasi-délictuelle. Dans le cadre de l'appel, le juge administratif s'est prononcé sur l'exception d'invalidité du contrat soulevée par la commune. Contrairement aux décisions précitées relatives à des irrégularités en matière d'information des élus préalable à l'autorisation de signer, la Cour administrative de Douai a écarté le contrat précisément en raison du manque d'information. Pour le juge, « *la conclusion du contrat de partenariat public-privé en litige était* ***entaché d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles le conseil municipal de Soissons avait donné son consentement*** *et qu'il y avait lieu, en conséquence* ***et en dépit du principe de loyauté des relations contractuelles****, d'écarter l'application du contrat en le déclarant nul avant de régler le litige sur le terrain non contractuel* »[4]. Si l'on peut se féliciter de cette décision dans la mesure où elle semble redonner de l'importance à la qualité de l'information de l'élu, il semble cependant qu'il faille en relativiser la portée.

En effet, cet arrêt tranche un litige en matière de contrat de partenariat public-privé. Or, les conditions pour valablement recourir à ce type de contrat sont strictes dans la mesure où, comme l'a relevé Philippe Rees, « *le contrat de partenariat déroge au droit commun de la*

---

[1] CAA Nantes, 1er octobre 2021, *Sté Les Moulins*, n°20NT02078.
[2] CAA Douai, 20 juin 2019, *Cne de Soissons*, n°16DA01261 ; *CMP*, 2019, comm. 304, note Ph. Rees.
[3] GRABIAS F., *La tolérance administrative*, th. *op. cit.*, p. 13.
[4] CAA Douai, 20 juin 2019, *Cne de Soissons*, préc. [nous soulignons].

commande publique »[1] en raison de la dimension globale inhérente à ce type de contrat[2], l'on parle d'ailleurs de contrat « *clé en main* »[3]. L'expérience du contrat de partenariat en France et au sein de l'Union européenne est majoritairement considérée comme négative en raison notamment du manque d'anticipation et de compréhension de l'administration de la complexité du montage contractuel. Pour preuve, le rapport de la Cour des comptes européenne publié le 9 mars 2018[4] révélait les insuffisances quantitatives du recours aux contrats de partenariat en raison d'une insuffisance qualitative. Partant, l'on peut supposer que la décision rendue par la Cour administrative de Douai dépend justement de la nature du contrat en cause. Les manquements relatifs aux informations de l'élu semblent plus graves pour le juge du contrat lorsqu'ils surviennent dans le cadre de l'élaboration d'un partenariat public-privé que pour un marché public traditionnel. En effet, ils ont justifié que la loyauté des relations contractuelles cède en dépit de l'imputabilité de l'irrégularité incombant à l'administration contractante et du délai de plus de cinq ans durant lequel le contrat s'est exécuté. Si notre hypothèse est correcte, nous pensons que cette décision ne doit pas être interprétée comme un infléchissement de la tolérance en matière de manquement à l'information de l'élu.

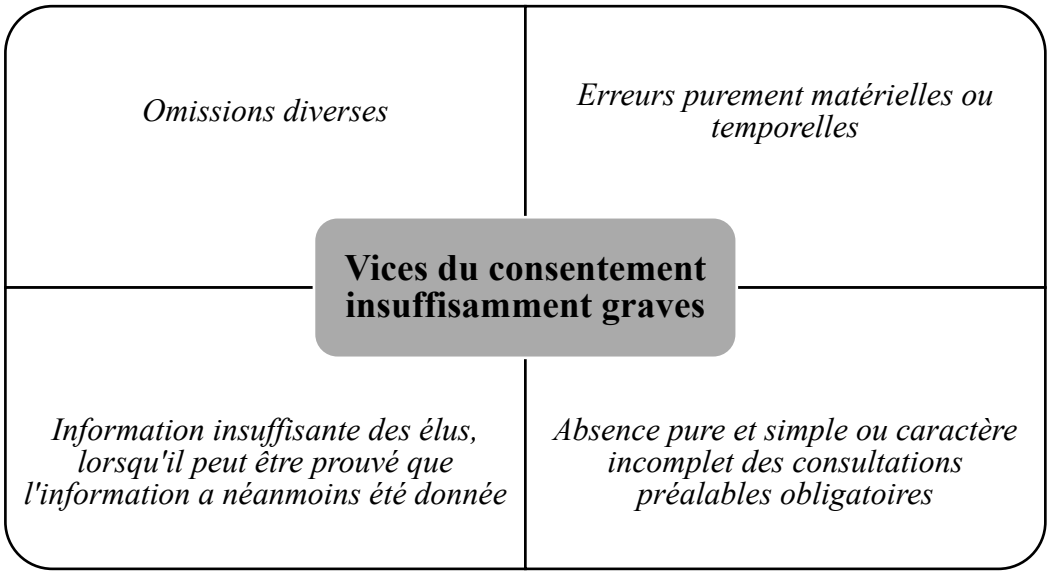
Le constat est le même lorsqu'est en cause le caractère incomplet ou insuffisant de la note de synthèse ou du rapport que doivent recevoir les élus avant la réunion de l'assemblée délibérante[5]. De plus, au moment de se prononcer sur l'autorisation donnée au chef de l'exécutif de signer le contrat, les élus doivent être en connaissance d'éléments indispensables comme le nom du candidat retenu[6] ou encore le montant global du marché[7]. Pourtant, ces irrégularités ne sont pas nécessairement considérées par le juge comme suffisamment graves. Suivant la même logique, le juge du contrat considère que l'incompétence *rationae temporis* ne constitue pas un vice d'une particulière gravité qui doit le conduire à annuler ou à écarter le contrat pour trancher le litige[8].

---

[1] REES PH., « Le contrat de partenariat public-privé à l'épreuve de Béziers I », *CMP*, 2019, comm. 304.
[2] BRACONNIER S., « Introuvables conditions de recours aux contrats de partenariat », *JCP G.*, 2014, comm. 1285.
[3] DREYFUS J.-D., « Flux et reflux des partenariats public-privé », *AJCT*, 2019, p. 113.
[4] Sur cette question, V. notamment : LINDITCH F., « Rapport spécial de la Cour des comptes européenne : « Les partenariats public-privé dans l'UE : de multiples insuffisances et des avantages limités », *CMP*, 2018, alerte 16.
[5] CAA Nancy, 9 mai 2011, SA Établissements J. Richard-Ducros, préc.
[6] CAA Marseille, 11 juillet 2011, *Sté LBS*, n°08MA04237 et 08MA04238.
[7] CAA Marseille, 24 juin 2013, *Ministre de l'Agriculture*, n°10MA03848.
[8] CAA Marseille, 14 février 2011, *Centre international d'études supérieures en sciences agronomiques*, préc. : « que le marché en litige a été signé en 1997 ; qu'ainsi, l'incompétence *rationae temporis* du directeur de l'ENSAM à la date de la conclusion de ce marché constitue un vice affectant les conditions

Une fois que l'assemblée délibérante s'est prononcée, la décision d'autorisation de signer devient exécutoire après le respect de plusieurs étapes notamment celle relative à la publication. C'est la décision *Commune de Béziers*[1] du 27 février 2015 qui a précisé comment le Palais-Royal appréhende les irrégularités de cette nature. Le Conseil d'État considère donc « *que les circonstances que la retranscription dans le registre des délibérations de la délibération autorisant le conseil municipal […] à signer la convention litigieuse soit incomplète, que le registre n'ait pas été signé par l'intégralité des conseillers municipaux présents sans qu'il soit fait la mention de la cause ayant empêché les autres conseillers de la signer, que ce registre porte la signature d'un conseiller municipal absent et que le tampon relatif à l'affichage de l'extrait de registre ne porte pas la signature du maire* ***ne sauraient caractériser un vice d'une particulière gravité relatif aux conditions dans lesquelles cette commune a donné son consentement*** ».

Schématiquement donc, l'examen de la jurisprudence nous invite à considérer que le juge du contrat neutralise les vices d'incompétences reproduits ci-dessous :



dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ; que, toutefois, ce seul vice ne saurait être regardé, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles et, par ailleurs, à la poursuite de l'exécution du contrat par la société ISS Abilis durant un an et demi avant le sinistre, comme d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat conclu en 1997 et que le litige qui oppose les parties ne doive pas être tranché sur le terrain contractuel ».

[1] CE, 27 février 2015, *Cne de Béziers*, n°357028, *Rec.*, p. 66, concl. E. Cortot-Boucher ; *AJDA*, 2015, p. 423 ; *ibid.*, p. 1482, note P. Bourdon ; *D.*, 2015, p. 630, obs. J.-M. Pastor ; *AJCT*, 2015, p. 268, obs. S. Dyens ; *ibid.*, 2016, p. 139, étude J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.*, 2015, comm. 40, note F. Brenet ; *JCP Adm.*, 2015, comm. 2183, note J. Martin.

L'appréhension prétorienne de ces irrégularités confirme effectivement le sentiment partagé par de nombreux auteurs selon lequel le juge opère une hiérarchisation entre les vices de compétence qui affectent le consentement et ceux qui ne l'affectent pas suffisamment. Or, nous pensons que cette tendance forte au cœur de la restructuration du contentieux des parties contractantes est discutable aussi bien du point de vue du respect du principe de légalité que du point de vue de l'efficacité de l'action publique. Précisément, à l'exception certainement des erreurs purement matérielles qui peuvent être corrigées sans que le consentement de l'administration n'ait à en souffrir, il ne nous semble pas tenable que les juridictions administratives soient aussi « *tolérantes* »[1] en matière d'incompétence « *interne* » à la personne publique.

À l'époque où la responsabilisation des élus se trouve au cœur du débat public, il est particulièrement choquant que les irrégularités qui conduisent l'assemblée délibérante à se prononcer parfois sur des contrats d'un montant élevé sans pour autant avoir toutes les informations nécessaires pour le faire puissent être considérées comme déloyales. C'est la démocratie qui le prescrit aussi. L'élu est un acteur important de la commande publique au même titre que les agents qui concourent à la conception puis au déroulement de la procédure, comme l'a rappelé Jean-Marc Peyrical[2]. C'est lui qui autorise l'engagement de la collectivité.

Partant, il est choquant que les irrégularités qui conduisent l'assemblée délibérante à se prononcer sans véritable connaissance soient neutralisées de cette manière par le juge du contrat. L'on pourrait nous répondre que le curseur en fonction duquel l'élu vote en toute connaissance de cause est complexe à déterminer. À partir de quand l'élu est-il suffisamment informé ? Une trop grande rigueur risquerait certes de conduire à de nombreuses disparitions mais la tolérance actuelle nous semble exagérée. Nous pensons que la connaissance avant le vote, dans un délai raisonnable[3], de l'avis des différentes commissions qui doivent

---

[1] GRABIAS F., *La tolérance administrative*, th. *op. cit*., p. 13.

[2] PEYRICAL J.-M., « Les acteurs de la passation des marchés : réflexions sur le rôle et le positionnement des acheteurs publics », *ACCP,* n°41, févr. 2005, p. 19 : « La procédure de passation d'un marché public met bien en évidemment en relation de multiples acteurs, des représentants de la collectivité publique aux candidats au marché en passant par les diverses autorités de contrôle, mais aussi les structures et individus ayant pour mission d'aider et d'assister les acheteurs publics pendant le déroulement de la procédure. […] Au sein d'une collectivité locale, par exemple, peuvent être qualifiés d'acheteurs publics tous ceux qui participent à l'élaboration, à la passation et à l'attribution des marchés publics, qu'ils soient élus ou fonctionnaires ».

[3] MAGNON X., « Qu'est-ce que le droit peut faire du "raisonnable" ? », *in* S. Théron (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, Éditions L'Épitoge – Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », vol. XIII, 2016, p. 25 :

obligatoirement se prononcer, puis des éléments indispensables comme le nom du candidat retenu, la durée et le montant du contrat sont obligatoires. De pareilles omissions ont pu justifier que le contrat soit écarté pour trancher le litige[1]. Cependant, nous soutenons que ces irrégularités tolérées altèrent manifestement le vote de l'élu et devraient, par voie de conséquence, conduire le juge à les relever d'office.

310. Partant, le traitement du vice d'incompétence relatif à la signature en l'absence pure et simple de délibération de l'assemblée délibérante devrait, selon notre conception, conduire systématiquement le juge à l'annulation ou à l'inapplication du contrat administratif irrégulier. Comme l'a rappelé Jérémy Bousquet, « *il s'agit d'une atteinte particulièrement grave à la répartition des compétences entre l'assemblée délibérante et l'organe exécutif* »[2].

Or, l'examen de la jurisprudence démontre que ce n'est pas nécessairement le cas. En effet, il faut d'une part que ce vice ait eu véritablement une « *incidence pour les* parties »[3] et, d'autre part, qu'il n'ait pas été régularisé[4]. Considérer qu'un vice relatif à l'absence de délibération de l'assemblée peut ne pas avoir d'incidence sur le consentement exprimé par les élus est difficilement compréhensible. L'examen des décisions nous invite malgré tout à considérer que certains indices relatifs notamment à des considérations financières comme une surévaluation du montant des prestations servent à démontrer l'incidence sur le consentement[5]. Partant, si la régularisation est possible, c'est que le juge administratif considère que cette irrégularité ne justifie pas nécessairement l'annulation ou l'inapplication

---

« Le raisonnable présente une dimension plus subjective en ce qu'il s'offre au regard de tous et présente ainsi une dimension extérieure. Le rationnel se rattache à la raison par sa seule cohérence interne ; le raisonnable par le fait que tout le monde peut en juger ».

[1] V. notamment : CAA Bordeaux, 21 juin 2012, *Expertise Melloni et associés*, préc. ; TA Strasbourg, 23 janvier 2014, *Sté Manufacture d'orgues Bernard Aubertin*, n°0905210 ; *CMP*, 2014, comm. 117, note Ph. Rees.

[2] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 128.

[3] CAA Marseille, 29 janvier 2018, *SMIDDEV*, préc.

[4] CAA Marseille, 29 janvier 2018, *SMIDDEV*, préc. : « il résulte de l'instruction que les parties ont exécuté cet avenant jusqu'au terme de la convention de délégation de service public, sans que, notamment, le syndicat ne remette en cause ses conditions financières avant plusieurs années suivant ce terme ; que l'assemblée délibérante du syndicat a pris acte annuellement des rapports produits par la société délégataire, dans les conditions prévues par l'article L. 1411-3 du même code ; qu'il doit, ainsi, être regardé comme ayant donné son accord à l'exécution de l'avenant en litige postérieurement à sa conclusion ; que dans ces conditions, le principe de loyauté contractuelle fait également obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir du vice dont s'agit » [nous soulignons].

[5] CE, 9 juin 2017, *Sté Pointe-à-Pitre Distribution*, préc. : le juge reconnaît l'existence de prix excessifs.

du contrat en dépit de sa gravité manifeste[1]. L'on peut donc considérer que ces irrégularités sont objectivement graves, mais pas suffisamment au regard des parties de manière subjective[2]. C'est ce qu'a fait la Cour administrative d'appel de Paris en refusant suite à un contrôle *in concreto* de reconnaître la gravité de l'irrégularité dans la mesure où l'agent-comptable avait une « *apparence de compétence* »[3], formule reprise ultérieurement par la Cour administrative d'appel de Nancy[4].

Si avant 2009 le Conseil d'État refusait d'admettre la théorie du mandat apparent[5], il ne semble pas avoir pris position depuis *Commune de Béziers*[6]. Schématiquement donc, l'appréhension par le juge du contrat de ce moyen d'irrégularité dépend de l'atteinte au consentement de la personne publique. En cas de réponse négative, le juge considère que l'atteinte n'est pas suffisamment grave et la loyauté des relations contractuelles s'oppose à l'invocation utile du moyen d'irrégularité[7]. En cas de réponse malheureusement positive, le juge doit vérifier si l'assemblée délibérante ne peut être regardée comme ayant donné son consentement *a posteriori* comme l'a préconisé la décision *Commune d'Entraigues-sur-la-*

---

[1] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 518 : « Il n'y a aucune atteinte à la répartition des compétences entre l'assemblée délibérante et l'organe exécutif de la collectivité, atteinte qui serait, elle, susceptible de vicier le consentement de la personne publique et constituerait une irrégularité grave ».

[2] BOULOUIS N., « concl. sur CE, 31 mai 2010, *Communauté d'agglomération Vichy Val d'Allier*, préc. », *BJCP*, 2019, p. 368 : « le juge ne doit pas s'en tenir à une analyse objective mais tenir compte du contexte : le contrat entaché d'incompétence mais exécuté normalement pendant les 20 ans de sa durée pourrait être appliqué pour régler un litige alors la même incompétence décelée plus tôt aboutirait à la solution contraire ».

[3] CAA Paris, 18 mars 2014, *Syndicat inter-hospitalier de Mangot-Vulcin*, n°13PA03260 : « il résulte de l'instruction que le contrat en cause a été signé par l'un des agents de la société […], laquelle ne conteste pas qu'il avait qualité pour la représenter ; que le contrat a été signé par le maître d'ouvrage qui n'a émis aucune réserve, et a laissé l'entreprise exécuter ses prestations en toute connaissance de cause, ainsi que l'atteste notamment les courriels échangés entre les parties ; que, dès lors, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles et compte tenu des circonstances de l'espèce, en particulier l'apparence de compétence que les fonctions qu'il exerçait en qualité de conducteur de travaux conféraient à cet agent, le syndicat inter-hospitalier n'est pas fondé à invoquer pour écarter l'application du contrat la double circonstance que cet agent n'aurait pas été compétent pour engager contractuellement l'entreprise et que le maître d'ouvrage n'aurait pas donné son consentement éclairé à la conclusion du contrat » [nous soulignons].

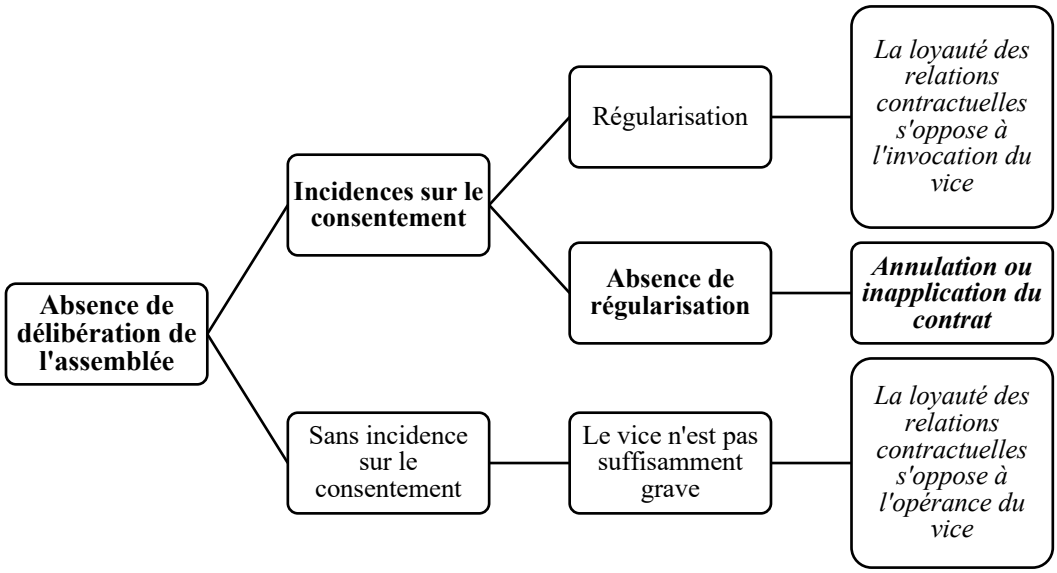
[4] CAA Nancy, 8 mai 2017, *Sté Grenke Location,* n°16NC02112 : « la seule circonstance que le gestionnaire-comptable du lycée François Villon n'aurait pas été compétent pour signer le contrat en l'absence d'une délégation de signature donnée par le proviseur du lycée ne peut être regardée comme un vice d'une particulière gravité de nature à conduire à écarter l'application du contrat, dès lors que cet agent pouvait apparaître à l'agent de la société Copy Conform comme qualifié pour signer la convention en cause. Il ne résulte pas de l'instruction que le gestionnaire-comptable aurait donné son consentement dans des conditions telles qu'elles seraient de nature à conférer un caractère d'une particulière gravité à ce vice » [nous soulignons].

[5] CE, 17 décembre 2008, *Office public d'habitations de Nice et des Alpes-Maritimes*, préc.

[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[7] V. notamment : CAA Nancy, 9 mai 2011, *Sté Établissements J. Richard-Ducros*, préc. ; CAA Lyon, 1er mars 2012, *Sté Girus Ingénierie*, préc. ; CAA Nantes, 19 octobre 2012, *Sté Apic*, préc. ; CAA Marseille, 27 mai 2013, *Sté l'Acrau*, préc.

Sorgue[1], reprise ensuite dans plusieurs décisions de Cours administratives d'appel[2]. Si tel est le cas, le juge considère que le vice a été régularisé[3]. Dans ce cas de figure, la loyauté des relations contractuelles s'oppose à ce que le cocontractant-requérant puisse se prévaloir utilement d'un tel vice. Si l'instruction ne révèle pas l'existence d'une régularisation, le juge du contrat doit annuler ou écarter le contrat pour trancher le litige[4].



La motivation de la décision rendue par le Conseil d'État le 9 juin 2017 dans l'affaire opposant la Société Pointe-à-Pitre-Distribution à la commune de Goyave illustre de manière très précise la méthodologie du juge du contrat confronté à un vice de cette nature. En effet, après avoir rappelé que le maire a signé le contrat sans que l'assemblée délibérante ne se soit prononcée, le Conseil d'État précise qu'en « *l'absence de toute circonstance permettant d'estimer que le conseil municipal avait ensuite donné son accord à la conclusion du contrat le vice qui avait affecté le consentement de la commune faisait obstacle, sans que la société pût en l'espèce se prévaloir de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, à ce que le litige soit réglé sur le terrain contractuel* »[5].

---

[1] CE, 8 octobre 2014, *Cne d'Entraigues-sur-la-Sorgue*, préc.
[2] V. notamment : CAA Marseille, 21 mars 2016, *Sté EMCC*, préc.
[3] CAA Marseille, 29 janvier 2018, *SMIDDEV*, préc.
[4] V. notamment : CAA Marseille, 2 mars 2015, *Sté Siemens Lease Services*, préc. ; CE, 9 juin 2017, *Sté Pointe-à-Pitre Distribution*, préc. ; CAA Versailles, 28 septembre 2017, *Institut Français de Gestion*, préc ; CAA Versailles, 11 octobre 2018, *Région Ile-de-France et Lycée Louise Michel*, préc.
[5] CE, 9 juin 2017, *Sté Pointe-à-Pitre Distribution*, préc.

À titre de comparaison, l'absence d'habilitation délivrée par l'assemblée délibérante en matière de conclusion d'un contrat de droit privé de l'administration est une cause de nullité absolue pour la Cour de cassation. Précisément, pour le juge judiciaire, sauf mandat apparent, la signature d'un contrat sans une habilitation régulière méconnait les règles d'ordre public relatives à la compétence de l'autorité signataire[1]. Ainsi, le juge du contrat administratif s'oppose sur la détermination de ce que recouvre l'ordre public en matière d'habilitation par rapport au juge judiciaire et en sort affaibli au regard de la protection du principe de légalité.

311. Pour conclure, contrairement aux auteurs qui se réjouissent en saluant le « *pragmatisme du Conseil d'État* »[2], nous pensons que cette solution qui consiste en définitive à rechercher jusque dans l'extrême limite de l'ordre public à protéger le contrat est un véritable danger pour la légalité au stade de la formation du contrat. Le constat est le même lorsqu'est analysé le vice d'incompétence qui est précisément à l'origine de l'affaire *Commune de Béziers*[3], relatif cette fois à la signature anticipée du contrat administratif, sans que l'étape préalable obligatoire du contrôle de légalité n'ait été accomplie.

b) Le cas précis de l'incompétence portant sur la signature anticipée du contrat

312. À en croire les premières années d'application de la jurisprudence *Commune de Béziers*[4], le moyen d'irrégularité relatif à la signature prématurée du contrat est tranché systématiquement de manière identique par le juge du contrat. Ainsi, la loyauté des relations contractuelles fait à chaque fois obstacle à ce que ce moyen conduise à l'annulation ou à l'inapplication du contrat administratif pourtant irrégulier[5]. C'est dans les conclusions sur

---

[1] V. notamment : Cass., 1ère civ., 16 janvier 2013, n°11-27.837 ; *CMP*, 2013, comm. 85, note M. Ubaud-Bergeron ; *AJDA*, 2013, p. 1226, note P. Cassia ; *JCP Adm.*, 2013, comm. 2097, note. É. Langelier ; Cass.Com., 6 mars 2019, *Cne de Carrières-sur-Seine*, n°16-25.117.

[2] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 129.

[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[5] V. notamment : CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc. ; CAA Nantes, 31 décembre 2009, *SCA Dalkia France*, préc. ; CE, 8 mars 2010, *Cne de Béziers,* préc. ; CAA Marseille, 18 juin 2010, *Cne de Saint-Alexandre,* préc. ; CAA Nantes, 18 juin 2010, *SARL Merlot,* préc. ; CE, sect., 10 novembre 2010, *Cne de Palavas-les-Flots*, préc. ; CE, 10 décembre 2010, *Cne de Servais*, préc. ; CE, 10 décembre 2010, *Cne d'Amigny-Rouy*, préc. ; CAA Marseille, 14 février 2010, *SDIS de l'Hérault*, préc. ; CAA Marseille, 14 février 2011, *Sté SAUR*, préc. ; CE, sect., 21 mars 2011, *Cne de Béziers*, préc. ; CAA Douai, 22 mars 2011, *SAS d'architecture Guy Petit*, n°10DA00130 ; CAA Lyon, 7 avril 2011, *Cne d'Orgnac-l'Aven*, n°09LY01006 ; CAA Nantes, 15 avril 2011, *Sté Chocolaterie Cantalou*, n°09NT02338 ; CAA Marseille, 4 juillet 2011, *Cne de Beaucaire,* n°08MA02120 ; CAA Marseille, 19 décembre 2011, *Cne de Béziers*, préc. ;

l'affaire *Commune de Béziers*[1] qu'Emmanuel Glaser a expliqué les raisons pour lesquelles ce vice ne pouvait conduire le juge administratif à annuler ou à écarter le contrat. Le rapporteur public a considéré que « *la signature du contrat avant la transmission de la délibération habilitant le maire* ***n'est pas au nombre des irrégularités graves*** *qui justifient que le juge annule le contrat ou l'écarte* »[2]. Comme nous l'avons rappelé, la formation la plus solennelle du Palais-Royal n'a pas fait mention d'éléments subjectifs comme l'imputabilité de l'irrégularité pour écarter le moyen, mais s'est appuyée seulement sur l'absence de gravité du vice[3]. Donc, c'est bien la nature de l'irrégularité qui conduit le juge du contrat à considérer qu'elle n'est « ***pas d'une gravité telle*** » qu'il lui faille annuler ou écarter le contrat administratif pour trancher le litige.

D'ailleurs, relevons que le Conseil d'État, dans deux décisions rendues le même jour, a affirmé que la signature prématurée du contrat administratif « ***n'est pas de nature*** *à entraîner automatiquement la nullité du contrat eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[4]. Certainement pour asseoir la portée de la nouvelle jurisprudence dont les faits portaient justement sur le manquement à l'article précité du Code général des collectivités territoriales, la plus haute juridiction administrative a rendu, jusqu'à l'arrêt *Manoukian*[5], sept arrêts. Sur ces sept arrêts, tous portent sur un recours par voie d'exception fondé sur l'absence de transmission au contrôle de légalité[6]. La faculté de persuasion de la jurisprudence a convaincu les requérants dans la mesure où, de sept arrêts en 13 mois, seulement trois arrêts ont conduit le Conseil d'État en huit ans à écarter pour inopérance de tels manquements[7]. Le moyen d'irrégularité relatif à la signature du contrat sans que

---

CE, 20 décembre 2011, *Cne de Portiragnes*, n°08MA02489 ; CAA Bordeaux, 31 janvier 2012, *Sté de bâtiment et de travaux de montagne*, préc. ; CAA Marseille, 16 février 2012, *Communauté de Cnes Salanque Méditerranée*, n°10MA02006 ; CAA Bordeaux, 5 juillet 2012, *Sté Colas Midi-Méditerranée*, préc. ; CAA Lyon, 4 avril 2017, *Cne d'Echirolles*, n°14LY02454.

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[2] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.,* p. 518 [nous soulignons].

[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc. : « que, toutefois, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doive pas être tranché sur le terrain contractuel » [nous soulignons].

[4] CE, 23 juin 2010, *Cne d'Amigny-Rouy*, n°339244. ; CE, 23 juin 2010, *Cne de Servais*, n°239345.

[5] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

[6] CE, 8 mars 2010, *Cne de Béziers*, préc. [Deux pourvois] ; CE, 23 juin 2010, *Cne d'Amigny-Rouy*, préc. ; CE, 23 juin 2010, *Cne de Servais*, préc. ; CE, sect., 10 novembre 2010, *Cne de Palavas-les-Flots et Cne de Lattes*, n°314449, *AJDA*, 2010, p. 2416, chron. Botteghi et Lallet ; *D.*, 2010, p. 2842, obs. R. Grand ; *AJCT*, 2010, p. 163, obs. J.-D. Dreyfus ; *RFDA*, 2011, p. 124, concl. N. Boulouis ; *RTD civ.*, 2011, p. 501, obs. P. Deumier ; CE, 10 décembre 2010, *Cne d'Amigny-Roy*, préc. ; CE, 10 décembre 2010, *Cne de Servais,* préc.

[7] CE, 20 décembre 2011, *Cne de Portiragnes*, préc. ; CE, 10 octobre 2012, *Cne de Baie-Mahault*, préc. ; CE, 27 février 2015, *Cne de Béziers*, préc.

l'autorisation ait été envoyée au contrôle de légalité nous conduit à considérer qu'il ne sera jamais recevable ou opérant dans le cadre d'une contestation de validité d'un contrat administratif.

2. L'incompétence relative à la répartition statutaire entre personnes publiques

313. Dans le cadre de notre étude relative à l'incompétence des personnes publiques, il nous reste à aborder le cas particulier d'un dernier vice d'incompétence différent de l'incompétence « *interne* » de l'autorité signataire. Dans ce cas de figure, l'autorité signataire est incompétente car elle n'a pas respecté les procédures lui permettant d'exprimer valablement son consentement. Il existe un autre cas de figure dans lequel une personne publique signe le contrat administratif alors qu'elle n'était pas compétente pour le faire. Cependant, cette incompétence n'est pas la conséquence d'un problème « *interne* » mais repose sur le fait qu'une autre personne publique était compétente. Dans ce cas de figure, il s'agit d'une incompétence extrêmement grave qui se rapporte à l'objet statutaire de la personne publique.

Par exemple, imaginons le cas dans lequel la commune *D* signe un marché public avec un opérateur économique dans le cadre de la rénovation des locaux d'un collège implanté sur son territoire. Cependant, la gestion des bâtiments appartient au département *B*, la commune *D* n'étant même pas propriétaire du foncier. Imaginons maintenant que l'exécution des travaux ne se déroule pas correctement et que la vétusté des bâtiments nécessite des prestations supplémentaires qui sont acceptées, mais pas réglées par le pouvoir adjudicateur. Au moment de la réception des travaux et du décompte général, la commune *D* refuse de régler les prestations supplémentaires. Dans cette hypothèse, en cas de litige, le juge du contrat va très certainement considérer que le contrat doit être écarté pour trancher le litige. Le vice d'incompétence statutaire est suffisamment grave pour entraîner l'inapplication du contrat.

314. De plus, le motif risque fort d'évoluer et de porter sur le caractère illicite de l'objet du contrat[1]. En effet, dans la mesure où c'est la loi qui a déterminé la répartition des compétences entre les différentes collectivités territoriales l'objet du marché public est bien illégal. Toujours dans cette hypothèse, si la commune *D* avait contesté directement la validité de son propre contrat, la loyauté des relations contractuelles aurait été écartée dans la mesure où il

[1] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 126.

s'agit d'un moyen d'ordre public commandant au juge d'annuler ou écarter le contrat administratif[1].

Partant, la décision *Communauté d'agglomération Vichy Val d'Allier*[2] rendue par la Cour administrative d'appel de Lyon en 2013 est surprenante. En effet, après avoir reconnu l'incompétence statutaire de l'administration contractante, le juge administratif a considéré « *que le vice entachant ces marchés n'est pas relatif au contenu même de ces contrats, lesquels ne contiennent aucune clause illicite, mais aux conditions dans lesquelles une des parties, qui a fait erreur sur l'étendue de sa compétence, a donné son consentement ; qu'il y a lieu de rechercher si ce vice présente un caractère de particulière gravité* ». La motivation de cette décision nous semble aussi bien étonnante que critiquable dans la mesure où ce n'est certes pas une clause qui était illicite, mais l'objet même du contrat. La décision *Société Locam*[3] rendue par la Cour administrative d'appel de Paris en 2017 a écarté un contrat en raison de l'incompétence statutaire entre le directeur d'une école et les collectivités territoriales, lesquelles ignoraient le contrat, visiblement. Nous pensons que ce type d'irrégularité devrait être relevé d'office par le juge du contrat.

315. Pour conclure, les développements précédents ont contribué à mettre en lumière comment la loyauté des relations contractuelles peut s'opposer à ce que l'incompétence de l'autorité signataire conduise à l'annulation ou à l'inapplication du contrat administratif. En faisant primer la stabilité des relations contractuelles de la sorte, cette politique jurisprudentielle est responsable d'un recul évident de la légalité au stade de la formation du contrat. Cette opposition entre la stabilité et la légalité, que nous ne partageons d'ailleurs pas, est au cœur du changement de paradigme. Pour preuve, Emmanuel Glaser lui-même a rappelé que le juge du contrat n'a pas à être un « *juge de la légalité* »[4]. C'est la raison pour laquelle

---

[1] CE, 10 juillet 2013, *Cne de Vias, SEM de la ville de Béziers et du littoral*, préc. : « l'exigence de loyauté des relations contractuelles ne faisait pas obstacle, dans les circonstances de l'espèce qui lui était soumise, à ce que l'illicéité du contrat litigieux soit invoquée par la commune de Vias ».

[2] CAA Lyon, 21 novembre 2013, *Communauté d'agglomération Vichy Val d'Allier*, préc.

[3] CAA Paris, 14 mars 2017, *Sté Locam*, préc. : « qu'en l'espèce, aucune disposition législative ou règlementaire ne permettait au directeur de l'école élémentaire d'application de conclure un marché public ; que la ville de Paris a ignoré l'existence de ce marché jusqu'en 2012 ; qu'ainsi, dans les circonstances de l'espèce, l'irrégularité tenant à l'incompétence du directeur d'école pour conclure le marché litigieux constitue un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, d'une particulière gravité » [nous soulignons].

[4] GLASER E., « Béziers I, à propos d'un "notamment" », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit.*, p. 645 : « Toutefois, la logique même de la décision *Commune de Béziers* était précisément de redonner au juge du plein contentieux son rôle de juge des parties et non de juge de la légalité ».

nous avons considéré qu'il était devenu un juge arbitre[1]. En procédant à une graduation de l'incompétence, le juge considère désormais que toutes les incompétences n'ont pas la même gravité. Bien que toutes les incompétences ne se valent pas, nous soutenons cependant que la tolérance du juge, en l'état du droit, est trop indulgente. Le même constat peut être fait en matière d'appréhension par le juge des irrégularités relatives aux procédures de passation des contrats publics d'affaires.

Section 2

L'APPRÉCIATION PAR LE JUGE DES PARTIES DES IRRÉGULARITÉS RELATIVES AUX PROCÉDURES DE PASSATION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

316. Il est possible de se représenter la signature d'un contrat administratif comme étant en réalité l'aboutissement d'une succession d'étapes qui doivent être respectées. Celles-ci sont devenues particulièrement complexes en raison notamment des évolutions induites par l'intégration[2] des dispositions du droit de l'Union européenne en droit interne[3]. Pourtant, depuis 2009[4], cette représentation doit être nuancée. À ce titre, il conviendrait davantage d'expliquer que la signature d'un contrat administratif est l'aboutissement d'une succession d'étapes qui *devraient* être respectées.

L'examen de la jurisprudence relative à la contestation de la validité d'un contrat administratif intentée par une partie révèle assurément que les manquements aux procédures

---

[1] V. *supra*, § 277 et s.

[2] Sur cette question V. notamment : KALFLÈCHE G., *L'évolution du droit des marchés publics. Des marchés publics à la commande publique*, th. *op. cit.*, 971 p. ; AMILHAT M., *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, th. *op. cit.*, 680 p.

[3] MÉNÉMÉNIS A., « Année 2004 : ce qui pourrait être positif », *ACCP,* n°41, février 2005, p. 18 : « L'instabilité du droit de la commande publique s'est encore accrue […]. Le droit de la commande publique est également devenu plus complexe. Après la multiplication des textes […] dire de l'édifice de la commande publique qu'il manque aujourd'hui d'une conception d'ensemble, c'est avoir un goût marqué pour l'euphémisme » ; DREYFUS J.-D., « Comment faire face aux risques résultant de l'action contractuelle », *ACCP,* n°73, janv. 2008, p. 36 : « Ce risque est d'autant moins prévisible que l'on observe une complexification du droit de la commande publique caractérisée par l'influence croissante du droit communautaire et la rigueur de la jurisprudence administrative ».

[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

de passation ne sont que très rarement sanctionnés par le juge du contrat. Dans l'immense majorité des cas, celui-ci se contente de considérer soit l'invocation comme déloyale par voie d'action, soit que l'irrégularité n'est pas suffisamment grave pour conduire à l'inapplication du contrat par voie d'exception La jurisprudence *Manoukian*[1] a d'ailleurs fait de l'inopérance des manquements aux procédures de passation le principe et l'inapplication du contrat une exception.

317. Nous pensons que la manière par laquelle le juge du contrat oppose presque systématiquement la loyauté des relations contractuelles à de tels vices est la conséquence d'une déconnexion discutable entre l'expression du consentement de l'administration contractante et les procédures de passation des contrats publics d'affaires lorsque leur validité est contestée par une partie. C'est pourquoi Emmanuel Glaser a expliqué que le *« notamment »* de la jurisprudence *Commune de Béziers* ne concernait pas de telles irrégularités[2]. D'après les conclusions de Nicolas Boulouis sous l'arrêt *Société Prest'Action*[3], ce sont les tiers-requérants qui sont lésés par de telles irrégularités et non les parties contractantes. Nous ne partageons pas cette position dans la mesure où certaines irrégularités de passation affectent le consentement de la personne publique et devraient même justifier que le juge les relève d'office.

318. Ainsi, l'appréciation par le juge des manquements aux passations des contrats publics d'affaires contribue, à l'instar du vice d'incompétence[4], au recul discutable de la légalité au stade de la formation du contrat. Nous avons expliqué qu'à côté de l'illicéité du contenu du contrat le Palais-Royal a entendu faire des vices du consentement l'une des raisons justifiant l'annulation ou l'inapplication du contrat. Or, si certains vices d'incompétence qui sont regardés comme les plus graves, sont considérés par le juge comme des vices du consentement, l'examen de la jurisprudence révèle que ce n'est pas le cas en matière de manquement aux passations des contrats publics d'affaires. Pour preuve, l'absence pure et simple de publicité et de mise en concurrence ne conduit pas nécessairement le juge à annuler

---

[1] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.
[2] GLASER E., « Béziers I, à propos d'un "notamment" », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit.*, p. 645 : « Certains eurent peut-être l'espoir que les irrégularités de passation seraient couvertes par ce "notamment" […] ».
[3] V. notamment : BOULOUIS N., « concl. sur CE, 10 février 2010, *Sté Prest'Action* » ; *BJCP*, 2010, p. 197 : « l'irrégularité de la procédure de passation n'est pas en soi un vice du consentement et nous pensons que le juge du contrat devra, en principe, dans les litiges entre les parties, écarter les moyens tirés de la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence, efficacement sanctionnée par les juges du référé précontractuel, du référé contractuel et du recours Tropic ».
[4] V. *supra*, § 291 et s.

ou à écarter le contrat[1] alors que l'on peut considérer qu'il s'agit certainement de l'irrégularité la plus grave en la matière. Nous pouvons alors déduire de cette « *tolérance juridictionnelle* »[2] que le juge du contrat considère d'une part que ces irrégularités ne sont pas substantielles, et d'autre part, que les procédures de passation sont distinctes de la construction du consentement de l'acheteur. Nous pensons que cette conception prétorienne du rôle des procédures de passation et de la sanction à leurs manquements est très discutable.

Bien au contraire, nous affirmons que les procédures de passation sont la conséquence en droit interne des principes fondamentaux de la commande publique qui sont eux-mêmes la traduction en droit des contrats des principes cardinaux de l'Union européenne **(Paragraphe premier)**. Fondamentales pour l'intégration européenne, nous pensons que les procédures de passation sont indispensables à l'expression du consentement des personnes publiques **(Paragraphe second)**.

§1. LES PROCÉDURES DE PASSATION, TRADUCTION EN DROIT DES CONTRATS DES PRINCIPES CARDINAUX DE L'UNION EUROPÉENNE

319. Complexes, nombreuses et parfois rigides, l'on peut se demander à quoi servent les procédures de passation des contrats de la commande publique. En guise de réponse, un ancien ministre a affirmé que « *l'argent public est une ressource rare. Et pour revenir au sens premier de l'économie, il convient de l'utiliser à bon escient* »[3]. C'est précisément le rôle joué par les principes fondamentaux de la commande publique. En restreignant la liberté contractuelle des personnes publiques, ils assurent en définitive le meilleur achat public. D'origine communautaire, le perfectionnement des procédures de passation des contrats de la commande publique est inextricablement lié à la construction européenne, dont le marché intérieur est certainement la principale réalisation effective de l'Union européenne[4].

---

[1] V. notamment : CAA Marseille, 20 décembre 2010, *CCI Marseille Provence,* préc. ; CAA Bordeaux, 27 janvier 2011, *Sté Expertises Melloni et associés*, préc. ; CAA Marseille, 30 septembre 2013, *Cne de Saint-Jeannet*, préc. ; CAA Lyon, 25 septembre 2014, *Centre hospitalier de Montélimar*, préc. ; CAA Marseille, 16 février 2016, *Sté Siemens Lease Services*, préc. ; CAA Nancy, 26 novembre 2015, *Sté Grenke Location*, préc. ; CAA Paris, 23 mai 2016, *Sté Mattout Entreprise*, préc. ; CAA Douai, 17 octobre 2017, *Sté CIIAB*, préc. ; CAA Versailles, 15 mars 2018, *Sté Locam*, préc.

[2] GRABIAS F., *La tolérance administrative*, th. *op. cit*., p. 13.

[3] HULOT N., « Préface », *in* L. Richer, G. Cantillon (dir.), *Achat public et économie des territoires*, LGDJ, coll. « Systèmes Perspectives », 2017, p. 7.

[4] BLUMANN C., BRUNESSEN B., GRARD L., PERALDI-LENEUF F., PETIT Y., SOULARD CH., *Introduction au marché intérieur, Libre circulation des marchandises*, C. Blumann (dir.), Éditions de l'Université de Bruxelles, 3ème éd., 2015, p. 9.

Comme le dispose désormais l'article L3 du titre préliminaire du tout premier Code de la commande publique, « *les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* ». Ainsi, la liberté contractuelle des personnes publiques est conditionnée par le respect de la disposition précitée. Dès lors, l'acheteur doit veiller à sélectionner l'offre la plus opportune, c'est-à-dire celle qui est classiquement qualifiée d'« *offre économiquement la plus avantageuse* ».

320. Dès 1957, le Traité de Rome a pour la première fois posé les jalons de la construction d'un marché commun entre les différents États membres[1]. Pour y parvenir, les fondateurs de la Communauté économique européenne ne l'ont vu reposer que sur deux piliers principaux[2] : l'union douanière[3] et la politique agricole commune[4]. Il s'agissait de la première pierre de l'intégration européenne. Robert Schuman a été le premier à comprendre l'impérieuse nécessité d'une intégration progressive en affirmant que « *l'Europe ne se fera pas d'un coup ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait* »[5]. La théorie de l'intégration européenne a été construite en ce sens. Sous l'impulsion de la Commission Delors[6], le marché commun est devenu le marché intérieur. Pensé sur les terres de l'Acte unique européen[7], réponse aux difficultés du marché commun[8], le marché intérieur est le symbole de l'intégration européenne approfondie[9].

---

[1] GERBET P., *La construction de l'Europe*, Armand Colin, 4ème éd., 2007, p. 157 : « pour le Marché commun, il ne s'agissait plus d'un secteur spécialisé mais de l'ensemble de l'économie des pays membres, c'est-à-dire un domaine immense où les intérêts nationaux essentiels sont en cause ».
[2] GERBET P., La construction de l'Europe, ibid., p. 177.
[3] BLUMANN C., BRUNESSEN B., GRARD L., PERALDI-LENEUF F., PETIT Y., SOULARD CH., *Introduction au marché intérieur, Libre circulation des marchandises, ibid.*, p. 11 : « Dans le cadre de l'Union douanière, l'engagement porte non seulement sur l'élimination des entraves internes mais également sur l'établissement d'un tarif extérieur ou douanier commun ».
[4] SOULIER G., « Histoire de la construction européenne », fasc. 100, pt. 26.
[5] SCHUMAN R., déclaration, 9 mai 1950, Salon de l'Horloge, Paris.
[6] Livre blanc de la Commission, *L'achèvement du marché intérieur,* COM (85) 310 final, 14 juin 1985.
[7] Article 13 de l'Acte unique modifiant l'article 8A du Traité CEE : « La Communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992 [...] ».
[8] BLUMANN C., BRUNESSEN B., GRARD L., PERALDI-LENEUF F., PETIT Y., SOULARD Ch., *Introduction au marché intérieur, Libre circulation des marchandises, op. cit.*, p. 11 : « un marché commun […] empêtré dans ses difficultés de mise en œuvre et incapable de réaliser l'idéal des pionniers de la construction européenne d'un espace de libre circulation sans entraves en Europe ».
[9] BOUTAYEB CH., « La transformation conceptuelle du marché intérieur », *RUE* 2018, p. 130 : « La notion de marché intérieur présente aujourd'hui une forme de centralité dans le processus d'intégration européenne ».

La théorie de l'intégration par la construction et le perfectionnement du marché intérieur n'a pas pu se contenter de l'incantation. En plus de l'affirmer, la future Union européenne a été contrainte d'imposer notamment les conditions d'une harmonisation des législations des États membres[1]. En conséquence, les États membres ont consenti à « *supprimer trois types d'entraves à la circulation*[2] *: les barrières physiques, les barrières techniques et les barrières fiscales* »[3]. À titre d'illustration, le Traité de Lisbonne a consacré le Titre I de la troisième partie au marché intérieur. C'est précisément le rôle joué par les libertés économiques, inscrites dès l'origine dans les Traités, que sont les libertés de circulation des marchandises, des personnes, des services, des capitaux et des paiements ainsi que la libre concurrence[4].

321. Conséquence immédiate de la politique d'intégration par le marché intérieur, le droit de la commande publique est devenu l'un de ses leviers les plus efficaces[5] dont la performance a été étudiée par le professeur Stéphane Braconnier. Selon lui, « *trois séries de préoccupations* » permettent d'identifier les bénéficiaires d'une procédure de passation performante : les acheteurs, les opérateurs économiques candidats et l'intérêt général, aussi bien national que communautaire[6]. Le choix de l'égalité de traitement des candidats, de la non-discrimination en raison de la nationalité et de la transparence des procédures comme principes fondamentaux en est une preuve remarquable. En substance, les principes fondamentaux de la commande publique sont la traduction en droit des contrats des principes directeurs inscrits dans les Traités.

322. Le principe de l'égalité de traitement est la conséquence immédiate de l'interdiction classique que des situations identiques soient traitées différemment et autorise *de facto* que

---

[1] BLUMANN C., BRUNESSEN B., GRARD L., PERALDI-LENEUF F., PETIT Y., SOULARD Ch., *Introduction au marché intérieur, Libre circulation des marchandises, op. cit.*, p. 27 : « Harmoniser représenterait une société qui mise avant tout sur la réglementation et qui privilégie une certaine forme d'interventionnisme, un interventionnisme réglementaire avec à la clé une recherche d'uniformité ».

[2] CARPANO É., « La dynamique dérégulatoire de l'entrave dans le marché intérieur », *RUE*, 2018, p. 140.

[3] GERBET P., La construction de l'Europe, op. cit., p. 359.

[4] GODIVEAU G., LECLERC S., *Droit du marché intérieur de l'Union européenne, Les libertés de circulation et de concurrence*, Gualino, 2016, p. 15 : « Celles-ci [les libertés économiques] ont pour objet de lever les frontières, quelles qu'en soient les origines – publiques ou privées –, visant à cloisonner les marchés et, à travers eux, les peuples, les hommes et les idées ».

[5] V. notamment : LEKKOU E., *La transparence et la commande publique*, th. dactyl., Lyon 3, 2013, p. 3 : « [la commande publique entretient un] rapport suffisamment étroit avec le fonctionnement du marché intérieur […] » ; BONTRON CH., *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique,* th., Montpellier, 2015, p. 167 : « Les principes de la commande publique sont intrinsèquement liés dans leurs fonctions générales, dans la mesure où ils ont été érigés ensemble dans des buts communs d'efficacité de la commande publique, de bonne utilisation des deniers publics et d'ouverture du marché intérieur à la concurrence ».

[6] BRACONNIER S., « Performance et procédures d'attribution des contrats publics », *in* N. Albert (dir.), *Performance et droit administratif*, Litec, coll. « Colloques & Débats », 2010, p. 155.

des situations différentes puissent l'être. Il s'agit d'un principe cardinal de l'Union européenne, conformément à l'arrêt *Cez as.* rendu par la grande chambre de la Cour de justice le 27 octobre 2009[1]. Transposée au droit de la commande publique, l'égalité de traitement est « *à la base de toute réglementation des procédures d'adjudication […] dans la mesure où elle en constitue l'essence même* »[2]. Précisément, « *si l'objectif premier de la construction européenne, en ce qui concerne les personnes et les activités économiques [est] de permettre la libre circulation, et celle-ci n'est possible que si, dans le pays de destination, le ressortissant d'un État membre, aujourd'hui le citoyen européen, jouit de l'égalité de traitement avec les nationaux de ce pays* »[3].

323. La non-discrimination en raison de la nationalité quant à elle s'inscrit dans la continuité de l'article 18 TFUE. En effet, cet article prévoit expressément que « *dans le domaine de l'application des traités et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination en raison de la nationalité* ». Ces dispositions ne sont pas circonscrites à la sphère contractuelle et s'appliquent à l'ensemble du droit des institutions de l'Union, du droit dérivé et par voie de conséquence en droit interne. Comme l'a rappelé tout à fait récemment Maëlle Dréano, il existe un lien évident entre l'égalité de traitement des candidats et la non-discrimination, les deux poursuivant une finalité identique[4]. Le professeur Judith Rochfeld s'est intéressée à la non-discrimination en droit des contrats, mais au prisme de l'individu. Selon elle, ce principe fondamental, protégeant les individus qui contractent, serait une « *police efficace du marché dans le droit de l'Union européenne* »[5]. Conformément aux enseignements de la jurisprudence *Telaustria*, il est prégnant que l'égalité de traitement des candidats, la non-discrimination en raison de la nationalité et la transparence des procédures fonctionnent de concert. Stéphane de La Rosa y a vu la démonstration d'une « *imbrication systématique* »[6]. Bien qu'ayant des définitions indépendantes, ces principes s'analysent ensemble et forment un tout difficilement dissociable.

---

[1] CJCE, gde ch., 27 octobre 2009, *Cez as.*, aff. C-115/08.
[2] TESAURA G., concl. présentée le 17 novembre 1992, aff. C-243/89, pt. 18.
[3] BLUMANN C., BRUNESSEN B., GRARD L., PERALDI-LENEUF F., PETIT Y., SOULARD CH., *Introduction au marché intérieur, Libre circulation des marchandises, op. cit.*, p. 69.
[4] DRÉANO M., *La non-discrimination en droit des contrats*, th. Poitiers, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 172, 2018, p. 195.
[5] ROCHFELD J., « L'européanisation des sources du droit des contrats. États des lieux des discussions institutionnelles relatives à la proposition de la directive cadre du 8 octobre 2008 … encore et toujours », *RDC,* 2010, p. 15.
[6] LA ROSA S. (DE), *Droit européen de la commande publique*, *op. cit.*, p. 44.

324. En matière de transparence enfin, si elle a fini par « *inoculer aujourd'hui la quasi-totalité des contrats relevant du champ d'application de la commande publique* »[1], elle découle de l'œuvre créatrice du juge de Luxembourg. Il l'a reconnu dans sa célèbre décision *Telaustria*, sans pour autant la rattacher à un texte. C'est la subtilité de la transparence comme principe fondamental de la commande publique. Le professeur Hélène Hoepffner a démontré que son champ d'application « *chevauche celui de la liberté d'accès et de l'égalité de traitement* »[2]. De cette obligation de transparence[3] des procédures découle l'impératif de publicité et l'impartialité de la procédure de sélection de l'entreprise retenue. Le lien avec la mise en concurrence est donc évident, la transparence joue donc le rôle de liant entre les trois principes fondamentaux de la commande publique[4].

La très célèbre décision *Telaustria* de la Cour de justice rendue le 7 décembre 2000 a contribué à la construction d'un régime juridique unifié en matière de procédures de passation des contrats de la commande publique. Dans cette affaire, a été mis en cause un contrat conclu entre l'ancienne entreprise publique autrichienne de télécommunications devenue société anonyme à capitaux intégralement publics, l'entreprise *Telekom Austria AG*, et une société de droit privé, *Herold Business Data AG*. Le contrat litigieux a eu pour objet la conception, la fabrication et la distribution des annuaires téléphoniques, le cocontractant devant se rémunérer sur les annonceurs et les usagers. Le choix s'est porté vers la société *Herold Business Data AG* au terme d'une procédure de publicité, mais sans pour autant se conformer aux dispositions applicables à la passation des marchés publics. Deux sociétés de droit privé, *Telaustria Verlags GmbH* et *Telefonadress GmbH*, ont considéré que la procédure de passation des marchés publics aurait dû s'appliquer. Partant, ils ont saisi la juridiction autrichienne compétente pour contester la validité de la procédure de passation. L'ancienne entreprise publique et son cocontractant ont justifié le choix de la procédure apportant la preuve que le contrat en cause avait tous les aspects d'une concession et, par conséquent, se situait en dehors du champ de la réglementation en matière de marché public. La juridiction autrichienne ayant des doutes quant à l'interprétation des dispositions communautaires a formulé plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice, dont notamment celle relative à

---

[1] GRANJON R., « Commande publique : les règles générales de passation des contrats », *ACCP* n°73, janvier 2008, p. 30.
[2] HOEPFFNER H., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 246.
[3] Pour une étude approfondie de la transparence comme objet juridique de légitimé de l'ordre juridique V. KERLÉO J.-F., *La transparence en droit, Recherche sur la formation d'une culture juridique*, th., Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2015.
[4] LA ROSA S. (DE), *Droit européen de la commande publique*, *op. cit.*, p. 58.

l'applicabilité des prescriptions des Traités à un contrat en dehors du champ d'application des directives marchés publics. En substance, la Cour de justice a répondu en affirmant que « *nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclu du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier* ». En conséquence, le juge de Luxembourg en a déduit une obligation générale de transparence des procédures de passation, « complément *utile* »[1] démontrant qu'aucune discrimination ni aucune rupture d'égalité entre les candidats n'a été commise.

325. Pour sa part, le Conseil constitutionnel français a ainsi eu l'occasion de conférer aux principes fondamentaux de la commande publique une valeur constitutionnelle, dans sa décision intitulée *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit* du 26 juin 2003[2]. Les juges de l'aile Montpensier ont fait le lien entre les principes fondamentaux avec les articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de 1789. Dans le cadre de son avis du 29 juillet 2002 *Société Maj Blanchisserie de Pantin* [3], le Conseil d'État les avait auparavant élevés au rang de principe général du droit.

326. Ainsi, les acheteurs se trouvent dans l'obligation de prévoir, pour chaque achat, une procédure choisie en s'attachant aux « *caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé* »[4]. Les principes fondamentaux, de source européenne, font partie désormais du « *droit commun de la commande publique* » selon la formule choisie par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 2003.

Bien qu'il ne soit pas ici le lieu de présenter de manière exhaustive l'ensemble des procédures de passation à la disposition des acheteurs publics[5], notons qu'il existe une scission entre d'un

---

[1] RICHER L., note sous CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, *AJDA* 2001, p. 112.
[2] Cons. const., 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, n°2003-473 DC ; *AJDA,* 2003, p. 1391, note J.-E. Schoettl ; *Dr. adm.,* 2003, comm. 188 et 191, note A. Méneménis ; *RDP,* 2003, p. 1163, art. F. Lichère ; *CMP* 2003, chron. 18, F. Linditch.
[3] CE, sect., Avis, 29 juillet 2002, *Sté Maj Blanchisserie de Pantin*, n°246921 ; *BJCP* 2002, p. 247, note D. Piveteau ; *AJDA* 2002, p. 755, note J.-D. Dreyfus ; *CJEG* 2003, p. 163, note J. Gourdon et A. Bourrel ; *CMP* 2002, comm. 207, F. Llorens.
[4] CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, n°278732 : *Rec*. p. 423 ; *AJDA*, 2005, p. 2128, note J.-D. Dreyfus ; *JCP Adm.*, 2005, comm. 1345, concl. D. Casas ; *ibid.*, comm. 1370, note F. Linditch ; *Dr. adm.*, 2005, comm. 168, note A. Méneménis.
[5] Pour une présentation complète des procédures de passation des contrats de la commande publique, V. notamment : BRACONNIER S., *Précis du droit de la commande publique*, 5ème éd., Le Moniteur, 2017, 656

côté les procédures adaptées et de l'autre celles plus contraignantes que sont les procédures formalisées[1]. En fonction de la nature du contrat et de son montant, l'intensité des obligations de publicité et de mise en concurrence varie. Si le contrat est d'un montant particulièrement faible et s'il se situe en dessous des seuils de la procédure adaptée, les principes fondamentaux de la commande publique trouvent encore à s'appliquer. Il est d'usage de dire qu'ils s'appliquent « *dès le premier euro* »[2]. Autrement dit, le montant même très faible d'un marché n'empêche pas l'applicabilité des principes fondamentaux[3]. Relativement à l'obligation de publicité, celle-ci doit être adaptée au montant du marché doit être mise en œuvre par l'acheteur pour qu'aucun opérateur économique ne soit écarté de l'achat public. De plus, en cas de candidature, les opérateurs économiques doivent être au courant des modalités de sélection, modalités qui devront impérativement être les mêmes pour tous et communiquées dans les documents de consultation.

Or, depuis l'avènement de la jurisprudence *Commune de Béziers*[4] précisée sur ce point par l'arrêt *Manoukian*[5], les manquements aux procédures de passation ne conduisent quasiment jamais à l'annulation ou à l'inapplication du contrat pourtant irrégulier. Pourtant, les manquements aux dispositions de l'article L.3 du Code de la commande publique précitées empêchent le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Peut-on alors considérer que l'acheteur a correctement exprimé son consentement ?

327. En l'état actuel du droit, la politique jurisprudentielle tend à considérer que de tels manquements ne vicient pas nécessairement le consentement de la personne publique. Nous ne pouvons que nous opposer à cette conception et démontrer les limites de cette jurisprudence.

---

p. ; GUÉZOU O., *Traité de contentieux de la commande publique*, 2ème éd., Le Moniteur, coll. « Référence juridique », 2018, 878 p.

[1] UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 349-350.

[2] UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, *ibid.*, p. 235.

[3] CJCE, 3 décembre 2001, *Bent Moustent Vestergaard*, aff. C-59/00 : §20 : « Cependant, le seul fait que le législateur communautaire a considéré que les procédures particulières et rigoureuses prévues à ces directives ne sont pas appropriées lorsqu'il s'agit de marchés publics d'une faible vigueur ne signifie pas que ces derniers sont exclus du champ d'application du droit communautaire ».

[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[5] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

§2. LES PROCÉDURES DE PASSATION, ÉTAPES INDISPENSABLES À L'EXPRESSION DU CONSENTEMENT DE L'ACHETEUR

328. L'examen de la jurisprudence révèle assurément la manière par laquelle le juge du contrat oppose la loyauté des relations contractuelles aux irrégularités de passation. Lesdites irrégularités n'entrent pas nécessairement dans le champ du « *notamment* » justifiant l'annulation ou l'inapplication du contrat administratif[1].

329. Comme nous l'avons exposé, la lecture de l'arrêt *Manoukian*[2] pose en définitive un principe et une exception. Le principe est que les cocontractants-requérants ne peuvent se prévaloir dans le cadre d'un recours par voie d'exception d'un « *manquement aux règles de passation, ni le juge le relever d'office* ». Immédiatement après, le Palais-Royal nous livre la teneur de l'exception que l'examen de la jurisprudence démontre comme étant en effet exceptionnelle[3] : « *par exception, il en va autrement lorsque, eu égard d'une part à la gravité de l'illégalité et d'autre part aux conditions dans lesquelles elle a été commise* » le litige ne peut plus être tranché sur le terrain de la responsabilité contractuelle. L'extrême sévérité avec laquelle le juge du contrat oppose la loyauté des relations contractuelles aux manquements aux règles de passation nous semble en parfaite contradiction avec l'importance que le droit de l'Union européenne accorde aux principes fondamentaux de la commande publique[4].

Dès lors, il nous revient d'expliquer les raisons qui ont conduit le Conseil d'État à appréhender de cette manière ces irrégularités. Nous pensons que la justification repose sur le fait que seuls les tiers-requérants seraient affectés[5] par de tels manquements et que ces tiers auraient d'autres voies contentieuses à leur disposition **(A)**. Or, nous pensons que la passation

---

[1] GLASER E., « Béziers I, à propos d'un "notamment" », in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit., p. 645.
[2] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.
[3] GLASER E., « Béziers I, à propos d'un "notamment" », in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit., p. 649.
[4] V. *supra*, § 319 et s.
[5] GOURDOU J., DOUTEAUD S., « L'absence d'influence de la réforme du droit des obligations sur la "théorie de la nullité" des contrats administratifs », *in* J. Martin (dir.), *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des contrats administratifs, op. cit.,* p. 143 : « le juge administratif soustrait du champ de la contestation certaines règles qu'il estime édictées dans l'intérêt des seuls tiers ».

est essentielle à l'expression du consentement[1]. En conséquence, nous proposons une nouvelle lecture de l'appréhension de ces irrégularités **(B)**.

A) UN POSTULAT ERRONÉ : DES MANQUEMENTS N'INTÉRESSANT QUE LES TIERS-REQUÉRANTS

330. L'examen de la jurisprudence, des conclusions des rapporteurs publics ainsi que les commentaires de la doctrine institutionnelle montrent que l'idée qu'ils partagent tous est que les manquements aux procédures de passation des contrats de la commande publique ne concernent en réalité que les tiers-requérants. De prime abord[2], la lecture de la décision *Commune de Béziers*[3] nous invitait à comprendre ces manquements comme faisant partie intégrante des irrégularités qui affectent les « *les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement* ».

L'on pouvait légitimement considérer que l'encadrement des procédures de passation conditionne l'expression du consentement au moins de l'acheteur public. Alors, une procédure viciée aurait contaminé en toute logique l'expression du consentement de la personne publique. C'est la raison pour laquelle certaines décisions rendues par les Cours administratives d'appel ont pu constater la nullité d'un contrat verbal[4] ou ont inappliqué un contrat signé en dehors de toute procédure de publicité ou de mise en concurrence[5].

331. En effet, deux mois après l'avènement de la jurisprudence *Commune de Béziers*, le Conseil d'État a, en revanche, refusé qu'un contrat administratif passé en application du Code des marchés publics soit écarté alors qu'il s'agissait d'une délégation de service public[6]. Cette irrégularité n'était pas pour le rapporteur public un vice du consentement justifiant l'inapplication du contrat et il était relevé que ce type d'irrégularité devait davantage être

---

[1] DREYFUS J.-D., « Les répercussions limitées de la réforme des vices du consentement sur les contrats administratifs », », *in* J. Martin (dir.), *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 81.
[2] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 129 : « la décision *Commune de Béziers* a suscité des interrogations concernant le sort des irrégularités entachant les procédures de publicité et de mise en concurrence ».
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] CAA Lyon, 4 novembre 2010, *Sté Martoïa*, préc.
[5] TA Nîmes, 6 mai 2010, *Sté CTR*, n°0900993 ; *AJDA*, 2010, p. 1599, note J.-D. Dreyfus.
[6] CE, 10 février 2010, *Sté Prest'Action*, préc.

traité par le juge du référé précontractuel et dans le cadre d'un recours des tiers-requérants[1]. Il a donc fallu attendre 2011[2] pour que la plus haute juridiction administrative nous livre une indication précise sur la manière dont les manquements aux passations des contrats de la commande publique sont dorénavant appréhendés par le juge administratif.

Emmanuel Glaser l'a affirmé : le changement de paradigme en contentieux des parties contractantes a eu pour principal effet de « *redonner au juge du plein contentieux contractuel son rôle de juge des parties et non de juge de la légalité* »[3]. Lourde de sens, cette affirmation est en définitive le label de la politique jurisprudentielle en vigueur. En considérant que ces deux rôles ne sont pas conciliables, l'auteur renforce notre sentiment selon lequel la jurisprudence *Commune de Béziers*[4] et l'ensemble de ses décisions d'application ont malheureusement fait tant que possible du juge un arbitre au service des parties[5]. Dès lors, cette conception de l'office du juge du contrat saisi par les parties nous semble être à l'origine des modalités d'appréhension des manquements aux règles de passation.

332. Précisément, la lecture des conclusions de Nicolas Boulouis sous la décision *Manoukian* est également riche d'enseignements. Pour le rapporteur public, le juge du contrat est confronté à deux catégories de vices. Comme nous l'avons expliqué[6], il y aurait d'un côté les irrégularités relatives à « *la dimension sociale ou publique du contrat* » qui portent sur le choix par l'acheteur de son cocontractant et les vices portant sur la « *dimension personnelle* » du contrat et qui confinent en définitive au consentement des parties contractantes[7]. La première catégorie concerne les manquements aux procédures de passation et n'intéresserait en réalité que les tiers-requérants. La seconde, est celle relative au consentement des cocontractants et doit donc conduire le juge du contrat saisi par une partie à traiter l'irrégularité.

333. En effet, c'est bien par « *touches successives* »[8] que les magistrats du Palais-Royal ont pensé et construit aussi bien l'accès au prétoire que l'office du juge du contrat qu'il soit saisi par un tiers ou par une partie contractante. La majorité des auteurs se sont accordés à dire que

---

[1] BOULOUIS N., « Concl. sur CE, 10 février 2010, *Sté Prest'Action*, préc. », art. *op. cit.*, p. 197.
[2] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc. ; CE, 12 janvier 2011, *Sté des autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, préc. ; CE, 12 janvier 2011, *Sté Léon Grosse,* préc.
[3] GLASER E., « Béziers I, à propos d'un "notamment" », in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit., p. 645.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] V. *supra*, § 277 et s.
[6] V. *supra*, § 254.
[7] BOULOUIS N., « Concl. sur CE, 12 janvier *Manoukian*, préc. », art. *op. cit.*, p. 121.
[8] BERGEL J.-L., « La loi du juge, dialogue ou duel ? », in *Mélanges P. Kayser*, art. *op. cit.*, p. 26.

cette transformation est marquée par son harmonie[1] et sa cohérence[2]. Les commentateurs institutionnels ont d'ailleurs comparé la relation entre les différentes voies de droit contre le contrat administratif à de véritables « *noces* »[3]. En ce qui concerne la recevabilité ou l'opérance des moyens relatifs aux manquements aux procédures de passation, le choix qui a été fait en 2009[4] puis en 2011[5] ne peut alors se comprendre qu'à la lumière des évolutions parallèles du contentieux des tiers-requérants. Ces derniers seraient lésés par de tels manquements et non l'auteur de l'irrégularité ni le candidat retenu qui en aurait, en quelque sorte, bénéficié. Donc, ce ne serait pas au juge du contrat saisi par les parties de traiter ces irrégularités alors qu'existent aussi bien les référés précontractuel et contractuel que le recours en contestation directe de validité ouvert à tout tiers[6] depuis 2014 et l'avènement de la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*[7].

Or, la « *smirgeomisation* » du référé précontractuel et le très faible nombre d'annulation de contrats administratifs à la suite d'un recours en contestation de validité intenté par un tiers-requérant est source d'inquiétude quant au respect de la légalité au stade de la formation du contrat. Plusieurs auteurs ont manifesté leurs craintes que la politique jurisprudentielle actuelle de sécurisation des relations contractuelles ne conduise à un déséquilibre trop grand à l'encontre du principe de légalité et du droit à un recours effectif[8]. Tel est également notre point de vue. Comme nous l'avons rappelé, les irrégularités relationnelles relèvent de la compétence du juge des parties tandis que les irrégularités procédurales tombent sous le coup de l'office du juge des tiers. Il s'agit en substance de la traduction de la formule selon laquelle

---

[1] EUSTACHE S., JANICOT L., « Retour sur les transformations contemporaines du contentieux de la validité des contrats administratifs », art. *op. cit.,* étude 4, p. 18 : « L'unification du contentieux contractuel sous la houlette du juge du contrat a été de pair avec l'invention d'une classification commune des irrégularités contractuelles ».

[2] DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit.,* p. 931 : « Conscient que l'acceptation du phénomène stabilisateur tient en partie à la structure autour de laquelle il s'articule, le Conseil d'État l'a doté d'une cohérence interne ; la logique juridique l'irrigue tout entier ; le juge de la validité veille à ce que, pour chacun des mécanismes stabilisateurs, des conséquences prédéterminées s'attachent à la réunion de conditions identifiées ».

[3] DOMINO X., BRETONNEAU A., « De l'art de la suite jurisprudentielle : triptyque contractuel », *AJDA*, 2013, p. 1271.

[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[5] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

[6] LIÉBER S.-J., BOTTEGHI D., « Le contrat public aurait-il (enfin) trouvé son juge ? », art. *op. cit.*, p. 144 : « de telles irrégularités font préjudice aux tiers, qui ont accès au juge selon des voies spécifiques pour faire sanctionner des irrégularités ».

[7] CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

[8] V. notamment : LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 381 ; DEVILLERS P., « Il faut sauver le contrat public – opération réussie ? », art. *op. cit.*, repère 5.

« *l'office du juge des litiges contractuels saisi par les parties n'est pas de veiller au respect de la procédure, il est de régler un différend entre parties au regard de la loi commune* »[1].

Pareille organisation du contentieux brille effectivement par l'harmonie. En somme, le « *jardin à la française* » suggéré par Gilles Pellissier[2] prend tout son sens. Nous pensons que c'est cette conception d'une part de la nature du vice procédural et d'autre part de l'office du juge qui est à l'origine de l'extrême sévérité du juge du contrat saisi par une partie et confronté à un manquement aux procédures de passation. Pourtant, le simple fait que la jurisprudence *Manoukian*[3] comporte une exception pouvant conduire le juge à écarter le contrat confirme notre sentiment selon lequel les manquements aux passations peuvent vicier le consentement des parties. La séparation entre la « *dimension sociale ou publique* »[4] – recours des tiers – et subjectif – recours des parties – n'est pas si claire. Or, le juge administratif saisi d'un recours par un cocontractant considère en réalité que ce n'est plus tellement un manquement aux procédures de passation, mais bien dans ce cas un vice du consentement qui justifie l'inapplication du contrat.

B) POUR UNE APPRÉCIATION RENOUVELÉE DES MANQUEMENTS AUX RÈGLES DE PASSATION EN CONTENTIEUX DES PARTIES

334. Depuis 2011 et l'avènement de la jurisprudence *Manoukian*[5], le Conseil d'État a livré le mode d'emploi de l'opposition de la loyauté des relations contractuelles face aux manquements aux procédures de passation. Ainsi, « *par exception, [le juge écarte le principe] lorsque, eu égard d'une part à la gravité de l'illégalité et d'autre part aux circonstances dans lesquelles elle a été commise, le litige ne peut plus être réglé sur le fondement de ce contrat* ». Comme nous l'avons expliqué, l'analyse de la gravité d'un vice révèle une démarche objective tandis que l'examen des circonstances est nécessairement subjectif. Dès lors, c'est dans l'examen des décisions appliquant l'exception que nous comprendrons comme le juge appréhende les manquements aux passations.

---

[1] LALLET A., DOMINO X., « Retour à Béziers », *AJDA*, 2011, p. 665.
[2] PELLISSIER G., « Concl. sur CE, 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche [SMPAT]*, préc. ».
[3] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.
[4] BOULOUIS N., « Concl. sur CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc. », art. *op. cit.*, p. 121.
[5] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

Précisément, les conditions de l'exception sont-elles alternatives ou cumulatives ? Si elles sont alternatives, les circonstances sont-elles un indice permettant au juge de caractériser la gravité ? Par conséquent, la gravité est-elle appréciée objectivement par rapport à la nature de l'illégalité ou subjectivement au regard des circonstances ? L'examen des décisions nous invite d'une part à considérer que les prémices de l'application de *Manoukian* ont créé un doute en jurisprudence, doute levé en 2013 à l'occasion de la décision *Département de la Guyane*[1].

335. De prime abord donc, la construction de l'exception avec les mentions « *d'une part* » et « *d'autre part* » nous invite à considérer que les critères objectif et subjectif sont cumulatifs. C'est d'ailleurs en ce sens qu'ont statué plusieurs Cours administratives d'appel appliquant la jurisprudence *Manoukian*[2]. À titre d'illustration, la Cour administrative d'appel de Bordeaux dans un arrêt *SARL FD2F*[3] après avoir démontré la gravité objective de l'estimation gravement à la baisse du montant du marché, s'est ensuite concentrée sur la caractérisation des circonstances pour écarter le contrat. En l'espèce, le juge du contrat a fait valoir que le montant des fournitures était surévalué, que le contrat avait été signé par un maire-adjoint et que le maire a déposé « *une plainte contre X pour prise illégale d'intérêts, favoritisme, soustraction et détournement de biens, corruption passive et trafic d'influence* ». Le juge a ainsi conclu que « *compte tenu de la gravité de l'illégalité commise et des circonstances dans lesquelles elle l'a été* », le contrat devait être inappliqué pour trancher le litige et ainsi écarté la loyauté des relations contractuelles.

Dans la même logique, la décision *Commune Laroques d'Olmes*[4] est motivée autour de deux considérants. Le premier est relatif à la détermination de la gravité de l'illégalité relative à l'absence pure et simple de publicité et de mise en concurrence. Le second porte quant à lui sur la caractérisation des circonstances révélées par l'instruction qui justifient l'inapplication du contrat. En l'espèce, le juge explique que « *chacun des contrats de location, établis sur un formulaire type émanant de la société Grenke Location SAS, a été signé par la commune le jour même de la livraison par le fournisseur […] et ce n'est qu'après la livraison du matériel et l'apposition par le représentant de la commune de sa signature sur les contrats que la société les a elle-même signés ; qu'ainsi, la commune n'a disposé d'aucun délai pour prendre*

[1] CE, 23 mai 2011, *Département de la Guyane*, préc.
[2] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.
[3] CAA Bordeaux, 20 juin 2013, *SARL FD2F*, préc.
[4] CAA Nancy, 6 mai 2013, *Cne de Laroques d'Olmes*, préc.

connaissance des clauses du contrat et surtout des conditions générales annexées qui comptent pas moins de 21 articles imprimés en petits caractères […] ».

336. Ainsi, en faisant le choix d'une approche cumulative, le juge du contrat rend complexes les cas dans lesquels il devra écarter la loyauté des relations contractuelles et donc le contrat. En effet, cela signifie que la gravité objective ne suffit pas. Si l'on prend les exemples jurisprudentiels précités, la signature d'un contrat sans aucune publicité ni mise en concurrence, qui est certainement le vice le plus grave en matière de procédure de passation, ne suffit pas à lui seul à écarter le contrat administratif. Donc, si l'instruction n'avait pas révélé l'existence de certaines manœuvres, le moyen d'irrégularité pourtant objectivement grave aurait été à coup sûr inopérant.

Ces différentes possibilités ont été récemment abordées en doctrine et à l'instar de Jérémy Bousquet, nous déduisons de l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État que la gravité du vice n'est plus abordée dans une dimension seulement objective[1]. Autrement dit, l'analyse des circonstances conduit le juge du contrat à appréhender la gravité de l'illégalité selon une approche subjective. Lesdites circonstances ne sont plus qu'un indice de la gravité de l'illégalité. Cela signifie que la détermination de la gravité « *ne dépendra pas uniquement de la seule nature du manquement, mais dépendra également des circonstances de l'espèce* » comme l'a écrit Jérémy Bousquet[2]. L'auteur imagine que cette subjectivisation de la gravité peut inviter à considérer qu'elle offre davantage de souplesse au juge du contrat.

337. N'étant plus contraint par l'analyse successive de la gravité objective et des circonstances subjectives, un manquement intrinsèquement dépourvu de gravité pourrait justifier l'inapplication du contrat au regard des seules circonstances et caractériser sa gravité subjective. Ou alors, le juge du contrat peut faire – et il l'a fait – le choix de « *l'inverse* »[3]. Autrement dit, une irrégularité objectivement grave peut être neutralisée si elle ne l'est pas subjectivement. L'examen de la jurisprudence invite plutôt à considérer que c'est la seconde option qu'a choisie le Palais-Royal comme semblent le démontrer plusieurs décisions

[1] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 131.
[2] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, *ibid.*, p. 131.
[3] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, *ibid.*, p. 132.

relatives à la prolongation d'un contrat en application d'une clause illégale de tacite reconduction[1].

Dans l'affaire *Commune de Baie-Mahault*[2] traitée par le Conseil d'État le 10 octobre 2012, le juge du contrat a explicitement consacré l'approche subjective de la gravité de l'illégalité : « *dans les circonstances de l'espèce, cette irrégularité doit être regardée comme particulièrement grave et comme ne permettant pas de régler le litige sur le terrain contractuel* ». En l'espèce, c'est l'instruction qui a conduit le juge à considérer que les parties avaient volontairement violé les règles de la commande publique. Autrement dit, ce sont les intentions malhonnêtes des parties contractantes qui ont conduit le juge à écarter le contrat pour trancher le litige en dehors du terrain de la responsabilité contractuelle. Dans l'arrêt *Département de la Guyane*[3], le contrat a été signé en dehors de toute procédure de publicité et de mise en concurrence. Précisément, la relation contractuelle a été prolongée par la mise en œuvre d'une clause de tacite reconduction illégale depuis la loi Sapin. L'on peut, en toute logique, considérer que cette violation caractérisée des principes fondamentaux de la commande publique et de la loi Sapin confère à ces manquements une gravité objective. Or, le juge a considéré que les vices précités ne justifiaient pas l'inapplication du contrat pour trancher le litige. La caractérisation de la gravité a donc nécessairement été subjective. Pour preuve, le Conseil d'État a motivé sa décision en expliquant qu'«*il ne ressort d'aucune pièce du dossier que cette irrégularité puisse être regardé comme un vice d'une gravité telle que le juge devait écarter le contrat* ».

C'est la même logique qui a conduit le Conseil d'État dans l'arrêt *Société Bueil Publicité mobilier urbain*[4] à considérer que la gravité « *intrinsèque* » d'un vice ne s'apprécie pas au regard des pièces du dossier et de l'instruction. C'est la détermination « *extrinsèque* » de la gravité qui a été manifestement choisie par le juge du contrat. Donc, dans ces deux arrêts, le Conseil d'État a été confronté à la signature du contrat sans publicité ni mise en concurrence en raison de l'application d'une clause de tacite reconduction illégale. Dans la première

[1] V. notamment : CE, 10 octobre 2012, *Cne de Baie-Mahault,* préc. ; CE, 23 mai 2011, *Département de la Guyane*, préc. ; CE, 4 mai 2015, *Sté Bueil Publicité mobilier urbain*, préc.
[2] CE, 10 octobre 2012, *Cne de Baie-Mahault,* préc.
[3] CE, 23 mai 2011, *Département de la Guyane*, préc.
[4] CE, 4 mai 2015, *Sté Bueil Publicité mobilier urbain*, préc. : « si la conclusion d'un contrat en application d'une clause de tacite reconduction, en méconnaissance des obligations de mise en concurrence préalable issue des dispositions du code des marchés publics, constitue un manquement aux règles de passation des contrats, la cour administrative d'appel de Nantes a pu juger, sans commettre d'erreur de droit ni d'erreur de qualification juridique des faits que, dans les circonstances de l'espèce qui lui était soumise, l'irrégularité […] [n'était] pas d'une gravité telle que le litige ne puisse être réglé sur le terrain contractuel » [nous soulignons].

affaire[1], le manquement était considéré comme subjectivement grave[2], ce qui n'a pas été le cas dans la deuxième[3] et la troisième[4]. L'on pouvait légitimement craindre que cette l'approche subjective soit source d'incertitudes, d'incompréhensions et certainement de prochaines contradictions comme l'a également exprimé le professeur Jean-François Lafaix[5]. Or, un élément central qui a justifié la décision *Commune de Baie-Mahault*[6] semble avoir été abandonné par l'arrêt *Société Bueil Publicité mobilier urbain*[7].

338. En effet, la dimension objective qui a justifié en 2012[8] d'écarter le contrat était relative, comme nous l'avons expliqué, « *à la volonté de faire obstacle aux règles de la concurrence* ». En 2015[9], Gilles Pellissier a proposé cette fois-ci une autre lecture des conséquences à donner lorsqu'est en jeu une clause de tacite reconduction illégale. Selon lui, « *la voie de l'inapplicabilité du contrat n'est pas la meilleure façon de traiter l'irrégularité qui l'entache* ». Sinon, cela reviendrait selon le rapporteur public à « *faire […] de la conscience qu'ont les parties contractantes d'échapper aux contraintes de la commande publique, voire même de leur intention de les contourner, une circonstance particulière de la commission de l'irrégularité conduisant à écarter le contrat tacitement reconduit, ne nous paraît pas cohérent avec le reste de votre jurisprudence* ». Il ne s'agirait que « *d'une spéculation sur la connaissance d'une irrégularité ou l'intention des parties de la commettre* » aboutissant, contrairement à la politique jurisprudentielle en vigueur[10], à « *introduire une forte insécurité juridique* »[11]. Les conclusions de Gilles Pellissier ayant été suivies par le Conseil d'État, l'on peut légitimement en déduire d'une part que la portée de l'arrêt *Commune de Baie-Mahault*[12] doit être sérieusement relativisée et que, d'autre part, la controverse relative à l'intentionnalité de se placer en dehors des règles de la concurrence comme circonstance particulière est *in fine* terminée.

---

[1] CE, 4 mai 2015, Sté Bueil Publicité mobilier urbain, préc.
[2] CE, 10 octobre 2012, *Cne de Baie-Mahault,* préc.
[3] CE, 23 mai 2011, *Département de la Guyane*, préc.
[4] CE, 4 mai 2015, *Sté Bueil Publicité mobilier urbain*, préc.
[5] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 396.
[6] CE, 10 octobre 2012, *Cne de Baie-Mahault*, préc.
[7] CE, 4 mai 2015, *Sté Bueil Publicité mobilier urbain*, préc.
[8] CE, 10 octobre 2012, *Cne de Baie-Mahault*, préc.
[9] CE, 4 mai 2015, *Sté Bueil Publicité mobilier urbain*, préc.
[10] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.
[11] PELLISSIER G., « Concl. sur CE, 4 mai 2015, *Sté Bueil Publicité mobilier urbain*, préc. ».
[12] CE, 10 octobre 2012, *Cne de Baie-Mahault*, préc.

En effet, l'examen de la jurisprudence nous apprend que le juge du contrat ne tranche le litige en dehors du terrain de la responsabilité contractuelle qu'à partir du moment où il considère que les circonstances démontrent que le manquement a vicié le consentement d'une partie. Notons d'ailleurs que ces circonstances sont reconnues lorsqu'est révélée au cours de l'instruction l'existence d'une infraction pénale comme le délit de favoritisme[1]. Précisions qu'il ne doit pas s'agir de simples soupçons[2], mais bien de faits avérés[3]. Le rapporteur public Sophie-Justine Liéber l'avait d'ailleurs suggéré dans ses conclusions sur l'affaire *Département de la Guyane*[4]. Donc, un manquement identique comme une clause de tacite reconduction illégale peut avoir subjectivement vicié le consentement de l'acheteur dans une affaire et pas dans l'autre comme nous avons pu le constater dans les arrêts précités. Or, nous ne pensons pas que l'absence de publicité ou de mise en concurrence puisse parfois ne pas vicier le consentement de l'acheteur. Bien au contraire, nous pensons que cette illégalité est intrinsèquement source d'un vice du consentement et devrait nécessairement conduire le juge à écarter le contrat en dépit de toute considération subjective. La gravité objective devrait l'emporter sur l'absence de gravité subjective.

339. En l'état actuel du droit jurisprudentiel, la conception du juge des manquements aux procédures de passation défait le lien étroit entre la procédure de passation des contrats et la construction du consentement de l'acheteur. Pourtant, comment la personne publique peut-elle prétendre avoir correctement exprimé son consentement en violant ainsi les dispositions de l'article L. 3 du Code de la commande publique ? Les conclusions de Nicolas Boulouis sur l'affaire *Société Prest'Action*[5] expliquent que le juge opère une distinction entre l'approche personnelle ou relationnelle du contentieux et l'approche sociale. Selon cette conception, l'acheteur peut malgré une violation des règles de passation avoir valablement consenti à signer le contrat dans une dimension relationnelle. Cela signifie que le juge ne prend en

---

[1] V. notamment : CAA Bordeaux, 20 juin 2013, *SARL FD2F*, préc. ; CAA Marseille, 23 décembre 2013, *Asso. Boitaclous*, préc.

[2] CAA Nancy, 27 mai 2013, *Ministre de la Culture et de la Communication*, préc. : « pour soutenir que le contrat doit être écarté, le ministre fait valoir que cette illégalité d'une particulière gravité pourrait couvrir des faits de corruption ; qu'il indique avoir déposé plainte […] ; que le ministre ne produit toutefois aucun élément de nature à établir que la société Grenke Location serait impliquée à un titre quelconque dans ces faits supposés de corruption […] » [nous soulignons].

[3] BOUSQUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 138.

[4] LIÉBER S.-J., « Concl. sur CE, 23 mai 2011, *Département de la Guyane,* préc. » : « outre les cas d'incompétence graves rappelées plus haut, le "notamment" figurant dans le considérant de principe vise à notre sens des hypothèses où ont pu jouer des phénomènes de corruption, entachant irrémédiablement le consentement des parties » [nous soulignons].

[5] BOULOUIS N., « Concl. sur CE, 10 février 2010, *Sté Prest'Action*, préc. », art. *op. cit.*, p. 197.

compte que le contrat signé et le consentement de l'administration à signer ledit contrat. Or, la dimension sociale démontre que la personne publique a signé sans avoir été objectivement mise en mesure de faire un choix entre plusieurs offres concurrentes et ainsi retenir l'offre économiquement la plus avantageuse. La première approche est celle qui conduit le juge des parties à considérer l'illégalité comme insuffisamment grave subjectivement. La seconde est celle qui devrait conduire le juge saisi par un tiers à écarter le contrat.

340. Pour conclure, nous pensons qu'il est préférable que le juge du contrat choisisse l'approche objective de la gravité de l'illégalité en matière de passation. Partant, confronté à une absence pure et simple de publicité et de mise en concurrence, le juge devrait relever d'office un tel moyen. Cependant, nous savons que cette proposition ne s'inscrit manifestement pas dans la dynamique jurisprudentielle actuelle. Pour autant, l'émergence en doctrine d'un mouvement doctrinal critiquant la politique jurisprudentielle des irrégularités consenties par le juge administratif commence à prendre de l'ampleur[1]. Ce mouvement porte principalement sur le contentieux de l'excès de pouvoir et les trop grandes « *tolérances juridictionnelles* »[2] et nous pensons que les critiques formulées sont parfaitement justifiées au regard de l'état actuel du contentieux des contrats administratifs.

[1] V. notamment le numéro spécial de l'*AJDA* 2019, préc.
[2] GRABIAS F., *La tolérance administrative*, th. *op. cit.*, p. 13.

*

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

341. La signature d'un contrat ne se résume pas simplement au parafe des documents pertinents par les parties. En droit des contrats administratifs, il s'agit bien au contraire d'une opération à procédures, souvent longues et parfois complexes. Il n'est donc pas étonnant que la formation du contrat soit un milieu favorable à de nombreuses irrégularités. Le passage de l'état de crise à l'ère de la sécurisation des relations contractuelles a notamment consisté en la tolérance du juge du contrat en présence de deux types d'irrégularité : le vice d'incompétence et le manquement aux procédures de passation. La manière par laquelle le juge appréhende ces moyens révèle la politique jurisprudentielle en vigueur. Les développements précédents ont conforté notre hypothèse selon laquelle le diptyque jurisprudentiel *Commune de Béziers*[1] et *Manoukian*[2] a contribué à un recul du contrôle du respect de la légalité au stade de la formation du contrat. Précisément, ces décisions n'ont conduit qu'à de rares occasions le juge à écarter la loyauté des relations contractuelles.

342. Ainsi, en matière de vice d'incompétence, les défauts d'information des élus, l'absence de consultation obligatoire d'un comité ou les erreurs matérielles ou temporelles sont en l'état actuel du droit considérés comme insuffisamment graves. Le juge du contrat a opéré une graduation entre l'incompétence du signataire privé et l'incompétence du signataire public, elle-même scindée entre l'incompétence interne à l'administration ou l'incompétence entre personnes publiques.

C'est en matière d'incompétence interne à l'administration que l'on rencontre les cas les plus significatifs notamment lorsque l'irrégularité est relative à l'absence pure et simple d'habilitation délivrée par l'assemblée délibérante. L'examen de la jurisprudence nous a offert la possibilité de systématiser la méthode utilisée par le juge. Dans un premier temps, le juge doit déterminer si l'irrégularité a eu une incidence sur le consentement. Sans incidence, la loyauté s'oppose à ce que ce moyen soit utilement invoqué. Mais même si le juge constate une incidence sur le consentement de l'administration contractante, ce constat ne suffit pas à conduire le juge à annuler le contrat. Précisément, il doit dans un deuxième temps vérifier s'il

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian,* préc.

n'y a pas eu une régularisation. Sans régularisation le juge ordonnera l'annulation du contrat. En cas de régularisation, la loyauté s'oppose à ce que le requérant puisse s'en prévaloir utilement.

343. Nous sommes arrivés à un constat similaire lorsque le juge se trouve confronté à un manquement aux règles de passation. La décision *Commune de Béziers*[1] invitait de prime abord à considérer que de tels moyens affectent « *les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement* ». Pourtant, confronté à ce que nous considérons être le manquement le plus grave aux règles de passation, c'est-à-dire l'absence pure et simple de publicité et de mise en concurrence, le juge ne considère pas systématiquement que le consentement a été vicié, parce que l'analyse est largement subjective, alors qu'elle devrait être objective. En 2011[2], les magistrats du Palais-Royal ont précisé les conditions d'opérance de cette catégorie d'irrégularité. Les décisions rendues démontrent que le juge du contrat a fait le choix de caractériser la gravité de l'illégalité dans sa dimension subjective. Autrement dit, ce sont les circonstances propres à chaque affaire qui déterminent la gravité. En l'état actuel du droit, le juge du contrat semble considérer que le manquement est suffisamment grave si l'intention ou l'attitude du requérant révèlent sa malhonnêteté ou en cas d'infraction pénale avérée. C'est seulement dans ces conditions que le juge considère que le consentement de l'administration a été vicié. Les autres manquements sont réputés n'intéresser en définitive que les tiers-requérants.

344. Depuis l'avènement de la loyauté des relations contractuelles, le contentieux des parties contractantes est donc marqué par un mouvement de « *tolérance juridictionnelle* »[3] majeur en ce qui concerne les irrégularités s'enracinant dans la période de formation du contrat. Les développements précédents nous ont conduit à considérer que cette situation n'est pas tolérable du point de vue de la protection du principe de légalité, bien trop souvent éloigné du contentieux des parties contractantes.

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc. ; CE, 12 janvier 2011, *Sté des autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, préc. ; CE, 12 janvier 2011, *Sté Léon Grosse,* préc.
[3] GRABIAS F., *La tolérance administrative*, th. *op. cit*., p. 13.

***

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

345. Ainsi a-t-on voulu démontrer l'existence d'une politique jurisprudentielle, conséquence de l'avènement de la loyauté des relations contractuelles, qui a pour objet de garantir la stabilité des contrats administratifs irréguliers et pour effet d'éloigner dangereusement le respect du principe de légalité du contentieux des parties contractantes.

En effet, les développements précédents nous ont conduits à former le constat discutable selon lequel l'état de crise du contrat a fait place à l'état de crise de la légalité. Les visages variés de la loyauté des relations contractuelles par le juge du contrat se sert de la loyauté des relations contractuelles le transforme en arbitre au service des parties contractantes. L'examen de la jurisprudence rend impossible l'anticipation de l'utilisation de la loyauté. Cependant, « *si l'on voit la sécurité juridique comme la prévisibilité, pour les parties au litige, de la décision du juge, alors il y a recul, car elles ne peuvent plus prévoir quelle solution adoptera dans la large panoplie qu'il s'est donnée* »[1] comme l'a expliqué le professeur Didier Truchet.

346. Conséquence de cette variabilité, il n'est pas possible pour le cocontractant-requérant de savoir avec certitude si le juge va se fonder sur la dimension objective ou subjective de la loyauté pour appréhender son moyen d'irrégularité. Nous sommes donc arrivés à la conclusion que le juge utilisera la formule qui lui permettra de garantir la réussite de « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* ». Or, l'érection de la stabilité en règle d'or du contentieux des parties contractantes a pour conséquence évidente la neutralisation des irrégularités les plus communes et qui se cristallisent lors de la formation du contrat : le vice d'incompétence et les manquements aux règles de passation. Le déséquilibre entre la légalité et la sécurité juridique nous semble être la conséquence de la conception finalisée de la loyauté des relations contractuelles. Or, comme a pu le redouter le professeur Benoît Plessix, la loyauté est comme la boîte de Pandore[2] voire le « *syndrome de Frankenstein* »[3].

---

[1] TRUCHET D., « La reconstruction de l'office du juge du contrat administratif : comment et jusqu'où ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit.*, p. 723.
[2] PLESSIX B., « Chronique de droit administratif », art. *op. cit.*, p. 677.
[3] PLESSIX B., *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1474.

Cela signifie que la loyauté porte en elle l'indétermination qui empêche son cloisonnement. Nous pouvons légitimement, dans ces conditions, redouter de prochaines dérives.

Titre second

L'INDÉTERMINATION DU CHAMP DE LA LOYAUTÉ EN DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

347. Créée initialement pour garantir la stabilité des contrats administratifs irréguliers, la loyauté des relations contractuelles a vu ses contours se préciser au gré des décisions rendues par le juge. Pour preuve, immédiatement après l'avènement de la jurisprudence *Commune de Béziers*[1] s'est posée la question de l'étendue du « *notamment* » et si les irrégularités procédurales y étaient intégrées. C'est seulement à partir des trois arrêts du 12 janvier 2011[2] que le Conseil d'État a précisé les modalités d'appréhension des manquements aux procédures de passation. Pourtant, que les effets d'un instrument contentieux soient précisés au fur et à mesure des décisions rendues l'appliquant n'est pas étonnant, ni spécialement inquiétant. Ce qui l'est, en revanche, c'est lorsque le doute porte sur le champ d'application aussi bien de l'instrument que de la notion.

348. En effet, nous avions précédemment insisté sur l'existence en jurisprudence d'un mouvement de décloisonnement de la loyauté des relations contractuelles. Celle-ci ne serait alors plus seulement un instrument à disposition du juge lui permettant de filtrer les moyens recevables et opérants, mais le conduirait également à interpréter les stipulations lacunaires d'un contrat[3] voire à sanctionner la manière d'exécuter le contrat[4]. De plus, certaines décisions rendues par les juridictions administratives semblent ne plus vouloir circonscrire la loyauté aux relations contractuelles et au contraire, vouloir la transposer au stade des relations précontractuelles ou « *processuelles* »[5].

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc. ; CE, 12 janvier 2011, *Sté des autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, préc. ; CE, 12 janvier 2011, *Sté Léon Grosse,* préc.
[3] CE, Section des travaux publics, 26 avril 2018, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport Nantes-Atlantique, préc.
[4] CAA, Bordeaux, 7 mai 2014, *Sté ASA Réunion*, préc.
[5] TA Bordeaux, ord., 24 mars 2015, *Sté Transdev Urbain*, n°1500857 ; *CMP*, 2015, comm. 127, note H. Hoepffner : « que, dans ces conditions, et <u>même si la loyauté des relations processuelles ne fait pas l'objet d'une garantie de principe</u>, la société Transdev Urbain est fondée, en l'espèce, à soutenir que la circonstance que l'autorité délégante ne lui ait pas annoncé ni laissé entendre que son offre variante était

Nous pensons que cette tendance au décloisonnement de la loyauté en contentieux est la réponse au présage du professeur Benoît Plessix et illustre les dangers de « *la boîte de Pandore* »[1] qu'est en train d'ouvrir le Conseil d'État. Selon l'auteur, l'expérience du droit privé nous enseigne que la loyauté contribue à « *introduire dans les contrats administratifs un devoir général de comportement qui irradie l'ensemble de la matière contractuelle […] ; c'est introduire une norme d'interprétation ou de correction du contrat ; c'est permettre aux parties de demander au juge de sanctionner tout usage déloyal d'une prérogative contractuelle* »[2].

Cette mise en garde est la conséquence de l'indétermination de la notion de loyauté[3]. Son sens « *indéfini* »[4], l'expérience du droit privé et les exemples en jurisprudences sont autant d'indices qui nous incitent à aborder la question de l'indétermination du champ de la loyauté en droit des contrats administratifs[5]. Dans ses conclusions sur la décision *Commune de Montreuil*[6], Bertrand Dacosta a suggéré au Conseil d'État de rejeter le moyen de cassation relatif à l'extension de « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* » aussi bien à la phase précontractuelle qu'au-delà du contrat. Suivi par la plus haute juridiction administrative, le rapporteur public a cependant précisé « *qu'il n'est pas interdit de réfléchir à cette question* »[7]. Les développements précédents nous ont conduit au constat inquiétant d'une distanciation vis-à-vis du respect du principe de légalité en contentieux des parties contractantes et plus précisément au stade de la formation du contrat[8] à cause des effets de la loyauté des relations contractuelles. Par conséquent, son extension à d'autres phases de la vie du contrat peut être source de vives inquiétudes. Pourtant, le conseiller d'État Bertrand

---

abandonnée […] constitue un manquement aux règles de mise en concurrence de nature à l'avoir lésée par rapport à la société Kéolis […] » [nous soulignons].

[1] PLESSIX B., « Chronique de droit administratif », art. *op. cit.,* p. 677.

[2] PLESSIX B., « Chronique de droit administratif », *ibid.* p. 677.

[3] V. *supra,* § 48 et s.

[4] SEILLER B., « La loyauté [hors] des relations contractuelles », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit.*, p. 439 : « le sens de ce mot est à ce point indéfini qu'il conduit le plus souvent à l'associer à d'autres notions ; il est indéfini également en ce qu'il varie considérablement selon les usages qui en sont faits ».

[5] BARROIS DE SARIGNY C., « Les principes de loyauté, confiance légitime et bonne foi en droit administratif », *in* P. Gonod et H. Ascensio (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, *op. cit.*, p. 196 : « S'agissant particulièrement de la loyauté, on peut également penser que le caractère relativement récent de la consécration de la notion, comme norme de contrôle, alors que celle-ci n'est pas familière en droit administratif, peut expliquer que le juge hésite, au moins dans un premier temps, à retenir l'existence d'un principe. Rien n'est cependant figé et les demandes se font depuis quelques temps croissantes d'une consécration du principe de loyauté en matière processuelle ».

[6] CE, 11 avril 2014, *Cne de Montreuil*, préc.

[7] DACOSTA B., « Concl. sur CE, 11 avril 2014, *Commune de Montreuil*, préc. ».

[8] V. *supra*, § 287 et s.

Dacosta a affirmé que « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles n'est pas susceptible de déborder en-deçà ou au-delà des limites temporelles du contrat* »[1].

349. Cela dit, la réforme récente du droit privé des obligations[2] nous rappelle qu'aussi paradoxal que cela puisse paraître, le contrat ne naît pas nécessairement avec sa signature. Précisément, il est souvent précédé par une série de rencontres. Celles-ci peuvent être regroupées sous l'appellation générique de « *négociation* ». Cette conception plus réaliste des limites temporelles du contrat s'oppose à « *la vision civiliste la plus classique* »[3] du rapport contractuel qui ne concevait la formation du contrat que dans la rencontre instantanée d'une offre et de son acceptation[4]. La conception moderne de la construction du contrat a inspiré la rédaction du nouvel article 1104 du Code civil. Expressément depuis l'ordonnance de 2016, « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Or, comme nous l'avons précisé, il existe un rapport entre le contentieux et l'action administrative contribuant à aligner les comportements hors contentieux de l'administration contractante tout au long de la vie du contrat[5].

Par conséquent, nous pensons que l'extension de la loyauté en tant qu'instrument contentieux pourrait concerner l'encadrement des « *relations processuelles* » ou précontractuelles comme l'a récemment suggéré le tribunal administratif de Bordeaux[6]. De plus, elle pourrait également concerner les modalités d'exécution du contrat[7] et les relations post-contractuelles. Nous aborderons donc successivement la question de la pertinence de l'avènement aussi bien d'une loyauté au cœur des relations précontractuelles **(Chapitre premier)** que d'une loyauté au cœur de l'exécution et au-delà la relation contractuelle **(Chapitre second)**.

---

[1] DACOSTA B., « Concl. sur CE, 11 avril 2014, *Commune de Montreuil*, préc. ».
[2] Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve et obligations.
[3] PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th. Paris II, 2001, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 198.
[4] PLANIOL M., RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, t. 6 par P. Esmein, 1952, p. 141.
[5] V. *supra*, § 34 et s.
[6] TA Bordeaux, ord., 24 mars 2015, *Sté Transdev Urbain*, n°1500857.
[7] V. notamment : CAA, Bordeaux, 7 mai 2014, Sté ASA Réunion, préc. ; CE, Section des travaux publics, 26 avril 2018, *Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport Nantes-Atlantique*, préc.

Chapitre premier

L'EXTENSION PROBLÉMATIQUE DE LA LOYAUTÉ AUX RELATIONS PRÉCONTRACTUELLES

350. Le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Bordeaux l'a reconnu : « *la loyauté des relations processuelles ne fait pas l'objet d'une garantie de principe* »[1]. Pourtant, elle a participé à l'annulation de la procédure de passation de la délégation de service public de gestion du transport en commun de la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud. Sans exagérer la portée de cette décision, il nous faut souligner qu'il s'agit de la première fois qu'un juge administratif fait jouer explicitement la loyauté en-deçà du contrat, qui plus est après la décision *Commune de Montreuil*[2] qui l'avait écarté un an avant. Le conseiller d'État Nicolas Boulouis a d'ailleurs récemment insisté sur le cloisonnement des effets de la loyauté des relations contractuelles. Selon lui, « *l'exigence de loyauté ne s'applique pas en dehors de l'exécution : il n'y a pas de loyauté précontractuelle, faute de contrat. Ainsi, le fait de participer à une procédure de mise en concurrence pour l'obtention d'un marché ne saurait à l'évidence priver le concurrent évincé de la possibilité d'invoquer les vices de cette procédure* »[3].

351. Opposé à la vision classique de la rencontre instantanée des volontés, le Doyen Carbonnier a rappelé que « *le contrat est suivi par son passé* »[4]. Cela signifie que les négociations menées de manière déloyale affectent nécessairement le consentement. Nombreux sont les commentateurs qui regrettent que le droit des contrats administratifs n'ait pas, comme en droit privé, imposé une loyauté au sens de l'article 1104 du Code civil, c'est-à-dire qui irrigue toute la vie du contrat : de sa négociation, sa formation et tout au long de son exécution sans oublier les relations post-contractuelles. De plus, certains auteurs n'ont d'ailleurs pas hésité à voir dans ce qu'ils estiment être de la loyauté précontractuelle en contentieux des contrats administratifs, la démonstration d'une influence du droit privé en droit public.

---

[1] TA Bordeaux, ord., 24 mars 2015, *Sté Transdev Urbain*, préc.
[2] CE, 11 avril 2014, *Cne de Montreuil*, préc.
[3] BOULOUIS N., « Confiance et loyauté des relations contractuelles dans le contentieux des contrats publics », *in* C. Teitgen-Colly et O. Renaudie (dir.), *Confiance et droit public*, *op. cit.*, p. 215.
[4] CARBONNIER J., *Droit civil. Les obligations*, t. 4, 22e éd., P.U.F., 2000, p. 71.

352. Partant, l'expérience acquise dans l'analyse du droit privé[1] nous autorise à présenter les raisons qui pourraient conduire à l'avènement d'une loyauté précontractuelle en droit des contrats administratifs. Soumis au principe de liberté contractuelle[2], les candidats à la conclusion du contrat ont un droit à la rupture des pourparlers sans qu'on puisse engager pour cela leur responsabilité[3]. C'est seulement l'abus dans l'exercice de ce droit qui est sanctionné par l'intermédiaire notamment du principe de loyauté précontractuelle. Celui-ci a été l'œuvre du juge avant de devenir formellement celle du législateur en faisant entrer formellement le principe dans le Code civil. La loyauté précontractuelle a donc servi à combattre l'insécurité qui prévalait dans ce que la doctrine qualifiait de « *"no man's land juridique"* »[4].

Les développements à venir ont donc pour objet de déterminer s'il serait pertinent d'étendre la loyauté aux relations précontractuelles. Le résultat de notre analyse nous invite d'une part à considérer la transposition de la loyauté précontractuelle du droit privé en droit des contrats administratifs comme inutile **(Section première)**. D'autre part, ce n'est pas pour autant que le droit positif ne garantit pas la loyauté en amont du contrat. Précisément, nous démontrerons que le périmètre des principes fondamentaux de la commande publique n'écarte pas l'avènement probable d'un principe de loyauté des négociations **(Section seconde)**.

---

[1] SFEZ L., *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, th. Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », th. *op. cit.,* pp. 262 et s.

[2] SCHMIDT J., « La sanction de la faute précontractuelle », art. *op. cit.*, p. 50 : « Au cours de cette démarche, les partenaires ne sont, donc, soumis à aucune obligation légale et la conduite des pourparlers paraît entièrement gouvernée par le principe de la liberté contractuelle, sans que les parties aient à respecter des règles préétablies ni, jamais, être juridiquement tenues de conclure le contrat projeté ».

[3] TISSEYRE S., *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, th. dactyl., 2010, n°18 : « La rupture des pourparlers est libre. Le seul fait de rompre les négociations ne saurait constituer une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'auteur de la rupture ».

[4] MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th. *op. cit.*, p. 794 : « Autrefois "no man's land juridique", tout est actuellement mis en œuvre par la jurisprudence de la Cour de cassation pour insérer au sein des pourparlers les conditions nécessaires à un véritable dialogue entre des agents économiques libres et responsables. À ce stade, un devoir de loyauté précontractuel, une "éthique précontractuelle" se met en place. Les partenaires doivent négocier de bonne foi et ne pas rompre brutalement les pourparlers ».

Section 1

LA TRANSPOSITION INUTILE DE LA LOYAUTÉ PRÉCONTRACTUELLE DU DROIT PRIVÉ EN DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

353. L'utilisation du droit civil, et des enseignements de la doctrine civiliste par le juge administratif ont contribué à combler certaines lacunes du droit public. Le terrain contractuel n'a pas fait exception. Pour autant, la transposition de l'expérience acquise dans d'autres disciplines n'a d'intérêt, voire de sens, que dans l'hypothèse où des difficultés de même nature apparaissent et/ou une même façon de résoudre ces difficultés[1]. Dans le cas précis de la période précontractuelle, l'étude comparée entre d'un côté le droit civil des obligations et de l'autre, le droit des contrats publics, montre qu'il ne s'agit manifestement pas des mêmes maux. Bien au contraire, le droit des contrats administratifs et plus spécialement celui de la commande publique a réglementé étroitement la phase précontractuelle[2]. Pour aller plus loin, la position défendue par certains auteurs selon laquelle la réforme du Code civil de 2016 contribuerait à créer un droit commun contractuel n'est pas tenable, sauf à considérer que les spécificités du droit public justifiant l'administrativité des contrats n'existent pas[3]. L'exorbitance des pouvoirs de l'administration partie à un contrat administratif induit une inégalité entre les cocontractants. Le droit privé des obligations lutte contre l'inégalité entre les parties pour que ces dernières deviennent de véritables partenaires.

Il existe donc une différence profonde d'objectif entre les deux droits. Si cette différence n'exclut pas certains rapprochements, le droit des contrats administratifs est étroitement lié à l'action administrative tandis que le droit privé des contrats prend en considération l'équilibre

---

[1] PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th. *op. cit.*, p. 93 : « Mais si le droit civil offre une conception orientée du contrat, il apporte avant tout une technique, un ensemble de solutions destinées à résoudre les conflits susceptibles de naître à l'intérieur d'un lien contractuel ».

[2] V. notamment : RICCI J.-CL., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations. Contrats, op. cit.*, p. 59 : « Le droit administratif n'a jamais ignoré cette phase informelle au point même qu'elle a été expressément consacrée par les textes en droit positif, notamment le Code des marchés publics » ; BRISSON J.-F., « De l'offre et de l'acceptation en droit administratif des contrats : comparaison n'est pas raison », *in* J. Martin (dir.), *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 49 : « le droit administratif des contrats est devenu un droit des contrats spéciaux ; qu'ainsi la plupart des contrats administratifs sont des contrats réglementés dont le processus de formation est précisément organisé par les textes eux-mêmes en fonction des impératifs de transparence et de mise en concurrence ».

[3] À titre d'illustration, V. notamment : GILLES C., « La réforme du Code civil et les contrats publics : vers la consécration d'un droit commun des contrats ? », *CMP* 2017, n°2, étude 2.

entre les partenaires. La loyauté des relations précontractuelles qui a justifié son avènement en droit privé serait inutile en droit de la commande publique. La liberté contractuelle et l'exercice du droit de rupture des pourparlers sont déjà suffisamment encadrés **(Paragraphe premier)**, confirmant notre hypothèse selon laquelle le droit positif assure déjà une protection diffuse de la loyauté en amont du contrat en droit public **(Paragraphe second)**.

§1. LES RELATIONS PRÉCONTRACTUELLES DÉJÀ ENCADRÉES EN DROIT PUBLIC

354. Le principe de loyauté précontractuelle a été l'outil juridique indispensable pour encadrer la liberté contractuelle en droit privé. Précisément, la loyauté précontractuelle a été le motif de sanction de l'exercice abusif du droit de rupture des pourparlers. Or, la situation semble bien différente en droit des contrats administratifs. Pour preuve, l'exercice de la liberté contractuelle des personnes publiques est ontologiquement restreint[1]. En imposant ou en interdisant, par principe[2], la signature de certains contrats[3], la liberté contractuelle des personnes publiques est rigoureusement encadrée en raison des spécificités du droit public **(A)** au même titre que l'exercice du droit de rompre les pourparlers **(B)**.

A) L'ENCADREMENT SUFFISANT DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE EN DROIT PUBLIC

355. Le professeur Étienne Picard a contesté jusqu'à son existence même de la liberté contractuelle en droit public[4], conséquence de la dimension téléologique, objectiviste et

---

[1] RICHER L., « Constitution, contrats et commande publique », *Cah. Cons. const.* n°37, 2012 ; BÉCHILLON D. (DE), « Petit bréviaire de la contrainte pour défenseurs de la liberté contractuelle », in *Mélanges Laurent Richer*, *op. cit.*, p. 323 ; VIER C.-L., « La bonne foi dans le contrat administratif », in *Mélanges Laurent Richer*, *op. cit.*, p. 481.

[2] V. notamment : MOREAU J., « Les matières contractuelles », *AJDA* 1998, p. 747 ; DELVOLVÉ P., « Constitution et contrats publics », in *Mélanges Franck Moderne*, *op. cit.*, p. 476.

[3] FLEURY T., « La liberté contractuelle des personnes publiques », *RFDA* 2012, p. 231.

[4] PICARD É., « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA,* 1998, p. 651 : « Non seulement les personnes publiques ne bénéficient pas d'un "droit fondamental" à la liberté contractuelle, mais encore elles ne jouissent même pas à proprement parler d'une "liberté contractuelle", ni sur le plan des principes ni sur le plan pratique ».

institutionnelle du contrat administratif[1].Pourtant, la liberté contractuelle des personnes publiques a reçu une reconnaissance progressive, qui a pu être qualifiée de « *consécration nuancée* »[2] par le juge administratif. Pensée initialement exclusivement pour les collectivités territoriales[3], le Conseil d'État l'a élevé au rang de principe général du droit[4]. Par la suite, le juge de l'urgence l'a consacré en liberté fondamentale susceptible d'être protégée à l'occasion d'un référé-liberté, conformément à son ordonnance *Commune de Montreuil-Bellay* rendue le 12 novembre 2002[5]. Toute entrave à la liberté contractuelle doit être interprétée « *strictement* » conformément à la décision *Société Borg Warner*[6]. Après de nombreuses hésitations, principalement sur le point de son applicabilité aux personnes publiques[7], le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle des collectivités territoriales locales[8] avant d'ériger au rang de principe la liberté contractuelle des personnes publiques[9]. Le juge constitutionnel a démontré le lien existant entre la liberté contractuelle et l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Récemment, le Conseil d'État a d'ailleurs rappelé qu'une « *personne publique qui a engagé une procédure de passation d'un contrat de concession ne saurait être tenue de conclure le contrat* »[10].

---

[1] PICARD É., « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *ibid.*, p. 651 : « [la liberté contractuelle] ne serait en toute hypothèse, qu'octroyée, finalisée, objectivée, publique en un mot, soit autant de caractères absolument antithétiques, sur le plan des principes, à ceux de la vraie liberté comme droit fondamental ».

[2] PONTIER J.-M., « La liberté des personnes publiques », *AJDA,* 2013, p. 837.

[3] CE, 6 juillet 1977, *Syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés*, n°87539, Cahiers du CFPC, 1977, n°2, p. 97, obs. F. Moderne.

[4] V. notamment : CE, 20 janvier 1989, *SA GBA Berry-Loire* : *Rec.,* p. 26 ; CE, 28 février 1996, *Association FO consommateurs et a.*, n°150520 : *Rec.*, p. 31 ; CE, 27 avril 1998, *Cornette de Saint-Cyr*, n°184473 ; *AJDA*, 1998, p. 831, concl. Ch. Maugüé ; CE, sect., 28 janvier 1998, *Sté Borg Warner*, n°138650 : *Rec.*, p. 20 ; *AJDA*,1998, p. 287 ; *D.*, 1998, p. 56 ; *RDI*, 1998, p. 246, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre, *CJEG,* 1998, p. 269, obs. F. Moderne.

[5] CE, ord., 12 novembre 2002, *Cne de Montreuil-Bellay*, n°239840 : *Rec.*, p. 551 ; *BJCP,* n°20/2002, p. 77 ; *Dr. adm.,* 2002, comm. 41, note M. Lombard.

[6] CE, sect., 28 janvier 1998, *Sté Borg Warner*, préc. : « Mais considérant que les dispositions précitées de l'article L. 316-2 du Code des communes, qui dérogent au principe de la liberté contractuelle, doivent être interprétées strictement ».

[7] HOEPFFNER H., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit*., p. 18.

[8] Cons. cons., 20 janvier 1993, n°92-316 : *Rec.*, p. 14 ; *RFDA*, 1993, p. 902, note D. Pouyaud ; *RFDC*, 1993, p. 375, note L. Favoreu ; *LPA*, 2 juin 1993, p. 4, note B. Mathieu et M. Verpeaux.

[9] Cons. cons., 19 décembre 2000, *Financement de la sécurité sociale pour 2001*, n°2000-437 DC : *Rec.*, p. 190 ; Cons. cons., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n°2006-453 DC ; *RDP*, 2007, p. 845, note P.-Y. Gadhoun ; *CMP*, 2007, comm. 24, note G. Eckert ; *Dr. adm.*, 2007, comm. 14, note M. Baxez.

[10] CE, 17 septembre 2018, *Sté Le Pagus*, n°407099 ; *CMP*, 2018, comm. 253, note G. Eckert.

356. Cependant, bien que reconnu et s'appliquant de la formation jusqu'à l'extinction du contrat administratif[1], l'exercice de la liberté contractuelle doit être nécessairement limité. Ce sont donc les spécificités du droit public c'est-à-dire le service public et l'intérêt général, « *le but ultime et le motif fondamental de l'activité administrative* »[2] qui justifient et qui limitent l'action administrative. Autrement dit, si l'administration agit pour un motif différent desdites spécificités, son action confine au détournement de pouvoir.

357. En effet, si en droit privé l'exercice de la liberté contractuelle a été à l'origine de comportements déloyaux, il n'a pas eu l'occasion de produire de tels effets en droit public. La loyauté précontractuelle entendue comme l'instrument juridique pertinent contribuant à encadrer efficacement l'exercice de la liberté contractuelle n'a, par conséquent, pas vocation à jouer ce rôle en droit public, dans la mesure où les spécificités du droit public s'en sont déjà pleinement chargées. Charles-Louis Vier a parfaitement expliqué la différence entre le droit public et le droit privé sur l'encadrement de la liberté contractuelle. Selon l'auteur, « *s'il n'en va pas de même en matière de contrats administratifs, c'est que, la plupart du temps, le comportement et les décisions des intéressés, représentants de la personne publique d'un côté, candidats à l'attribution du contrat de l'autre, sont enserrés dans le corps des règles précises et souvent complexes qui gouvernent la passation des contrats publics* »[3].

358. Ainsi, il est communément admis que l'intérêt général irrigue toutes les branches du droit public, le droit des contrats n'y faisant pas exception[4]. Contrairement à une personne privée qui agit dans son intérêt personnel, la personne publique est tout à la fois guidée et limitée par l'intérêt général[5]. Dès lors, le principe même de l'action publique répond à la nécessité de l'intérêt général[6]. Dans le cas contraire, si la personne publique agit en dehors de

---

[1] MAUGÜÉ C., « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA,* 1998, p. 694.
[2] TRUCHET D. *Droit administratif*, PUF, 2011, p. 70.
[3] VIER CH.-L., « La bonne foi dans le contrat administratif », in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit., pp. 480-481.
[4] V. notamment : TRUCHET D., Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État, th. op. cit., p. 171 ; COQ V., Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative, L'Harmattan, coll. « Logiques Juridiques », 2015, 660 p.
[5] PONTIER J.-M., « La liberté des personnes publiques », art. *op. cit.*, p. 838 : « Si, du fait de l'évolution intervenue, un certain rapprochement peut être opéré avec les personnes privées, les personnes publiques présentent une irréductibilité qui relativise la liberté contractuelle ».
[6] CE, 9 janvier 1930, *Ministre de la Marine*, préc. : « en contractant, l'administration n'a pas pu avoir d'autre objectif que la satisfaction de l'intérêt général ».

ce que l'intérêt général commande, elle se place dans l'hypothèse du détournement de pouvoir[1] justifiant l'ouverture d'une action contentieuse devant le juge administratif.

B) LA RUPTURE DES POURPARLERS DÉJÀ ENCADRÉE EN DROIT PUBLIC

359. À l'instar du droit civil, il n'existe pas en droit public un droit acquis à obtenir la signature du contrat[2]. L'expérience acquise du droit privé a contribué à démontrer que le recours à la loyauté précontractuelle a été la seule solution entre les mains du juge pour réguler les ruptures des tractations. En droit public, cette possibilité apparaît bornée soit par le motif d'intérêt général, incompatible avec le recours à la loyauté précontractuelle **(1)**, soit par le truchement des dispositions prévues au sein des procédures formalisées des contrats de la commande publique **(2)**.

1. Le motif d'intérêt général incompatible avec le recours à la loyauté précontractuelle

360. Étant entendu que le contrat administratif s'inscrit dans la poursuite de l'intérêt général et dans le souci de permettre la continuité du service public, la rupture unilatérale des négociations par l'administration potentiellement contractante des pourparlers peut se justifier précisément par un motif d'intérêt général. Conséquence immédiate de l'administrativité du contrat, les irréductibilités du droit public rendent impossible l'existence d'un droit à la signature du contrat définitif. L'arrêt *Société Foncière Europe*[3] est venu préciser les contours de la rupture unilatérale pour motif d'intérêt général. Précisément, le Conseil d'État a expliqué que « *la rupture unilatérale, par la personne publique, pour un motif d'intérêt général, des négociations préalables à la passation d'un contrat n'est pas de nature à engager sa responsabilité pour faute* ». Trois points méritent d'être précisés.

---

[1] ODENT R., *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 1582 et s. : « comporte une appréciation subjective et quelquefois péjorative portée sur l'administration et sur ses représentants dont la moralité, la loyauté, sont plus ou moins suspectées ».

[2] BRISSON J.-F., « Responsabilité en matière contractuelle et quasi contractuelle », *J.-Cl. Adm.*, fasc. 854, n°70 : « toute négociation comporte une possibilité d'échec et implique que la liberté de la personne publique comme des entreprises pressenties de ne pas donner suite aux pourparlers contractuels ».

[3] CE, 9 décembre 2016, *Sté Foncière Europe*, n°391840 ; *AJDA,* 2017, p. 690, note G. Clamour ; *AJCT,* 2017, p. 291, obs. M. Yazi-Roman ; *AJ contrat,* 2017, p. 83, obs. F. Lepron ; *RTD com*., 2017, p. 297, obs. F. Lombard ; *Dr. adm.*, 2017, alerte 23, obs. J. Martin ; *CMP*, 2017, comm. 53, note P. Devillers.

Premièrement, la rupture des pourparlers n'est pas constitutive d'une faute précontractuelle pouvant engager la responsabilité de l'administration si elle est la conséquence d'un motif d'intérêt général. Le motif d'intérêt général est d'un point de vue ontologique difficilement saisissable. Il est interprété très souplement[1] par le juge administratif. Partant, il peut porter aussi bien sur des justifications liées au service public[2], sa restructuration, sa suppression[3], ou de manière plus obscure renvoyer à des choix de politiques publiques[4]. En substance, la souplesse avec laquelle le juge administratif contrôle le motif d'intérêt général autorise la personne publique à s'en servir aisément, lui permettant d'y voir un refuge justifiant la rupture unilatérale des pourparlers[5].

Deuxièmement, sont réputées fautives les ruptures unilatérales qui ne sont pas décidées conformément à un motif d'intérêt général, exception faite des possibilités offertes par les procédures de passation formalisées. Tombent alors dans cette catégorie tous les cas de détournement de pouvoir. Précisément, si l'administration se prévaut d'un motif d'intérêt général, mais que celui-ci n'existe pas ou n'est tout simplement pas le bon, alors la rupture entraînera l'engagement de la responsabilité délictuelle de son auteur[6].

Troisièmement, si l'exercice de la liberté contractuelle autorise l'administration à ne pas signer le contrat définitif, il ne lui confère pas un « *blanc-seing* » pour faire naître chez l'autre partie de faux espoirs. Les incitations[7] comme les promesses non tenues peuvent justifier l'ouverture de l'engagement de la responsabilité de la personne publique. C'est précisément ce que développe l'arrêt *Société Foncière Europe*[8]. En l'espèce, la plus haute juridiction administrative a précisé que « *lorsque la personne publique, au cours des négociations, a incité son partenaire à engager des dépenses en lui donnant, à tort, l'assurance qu'un tel contrat serait signé […]* » elle pourra voir sa responsabilité quasi-délictuelle engagée, sans

---

[1] HOEPFFNER H., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit*., p. 428.
[2] CE, 23 mai 1962, *Sté financière d'exploitations industrielles*, n°41178 : Rec., p.. 342.
[3] CE, 19 janvier 2011, *Cne de Limoges*, n°323924 : *Rec*., p. 1012 ; *BJCP,* 2011, p. 105, concl. B. Dacosta ; AJDA, 2011, p. 616, note J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.,* 2011, comm. 38, note F. Brenet.
[4] CE, 21 décembre 2007, *Région du Limousin et a.*, n°293260 : *Rec.*, p. 534 ; *AJDA*, 2008, p. 481, note J.-D. Dreyfus ; *JCP Adm.*, 2008, comm. 2050, note J.-M. Pontier ; *BJCP,* 2008, p. 138, concl. É. Prada-Bordenave.
[5] LOMBARD F., « Les droits financiers des parties », *RTD com.*, 2017, p. 297 : « La difficulté tient au fait que l'intérêt général est traditionnellement si fragilement conçu que l'on peine à concevoir un motif de rupture qui ne puisse pas s'en réclamer ».
[6] LOMBARD F., « Les droits financiers des parties », *ibid.*, p. 297 : « Des motifs de pure convenance, inspirés de considérations financières, sont, à ce titre, probablement fautifs ».
[7] CE, 13 octobre 1978, *Brunerie*, n°04875 : *Rec.* p. 934 ; CE, 11 octobre 1985, *Cie générale de construction téléphonique*, n°38788 : *Rec.*, p. 281 ; *AJDA,* 1985, p. 749, obs. L. Richer.
[8] CE, 9 décembre 2016, *Sté Foncière Europe*, préc.

pour autant que le *lucrum cessans* puisse être indemnisé[1]. Il faut donc que soit démontré d'une part « *le caractère brusque et inattendu* »[2] du changement d'attitude de l'acheteur. Immédiatement après, le Conseil d'État a apporté une nouvelle nuance en limitant le cas aux seules désillusions qualifiées de « *légitimes* » ou « *d'espérances fondées* », comme l'a rappelé la Cour de justice[3]. Il faut donc que le cocontractant ait pu « *légitimement ignorer le risque auquel il s'exposait* »[4].

361. En substance donc, sans l'accueillir explicitement[5], le juge du contrat protège sinon la confiance au moins l'espérance légitime de conclure le contrat. Sylvia Calmes a fait du droit des contrats administratifs un des « *nombreux "porte-paroles"* »[6] de la confiance légitime. Nous verrons ultérieurement que le « *principe de protection de la confiance légitime* » d'origine européenne[7] peut trouver un rôle important à jouer dans le cadre de l'essor de la négociation[8]. Il s'agit d'un mécanisme protecteur[9] qui justifie l'engagement de la responsabilité de celui qui rompt la confiance « *en modifiant de manière inattendue et brutale* »[10] son comportement. Donc, si l'autre partie avait légitimement dû comprendre que la personne publique ne comptait pas signer le contrat définitif, son manque de vigilance et de discernement ne lui permettra pas d'engager sa responsabilité pour faute.

362. De plus, cela reviendrait alors à instaurer une concurrence entre la loyauté et l'intérêt général. Si l'on prend l'exemple de la restructuration du service public, dans pareille hypothèse, la personne publique peut tout à fait faire naître chez le futur partenaire

---

[1] YAZI-ROMAN M., « Transaction et droit de préemption : l'éternel retour de l'impossible indemnisation du *lucrum cessans* », *AJCT*, 2017, p. 291.
[2] RICCI J.-CL., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, *op. cit.*, p. 59.
[3] V. notamment : CJCE, 17 septembre 2002, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c/ Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH, aff. C-334/00 ; CJUE, 16 décembre 2010, Kahla Thuringen Porzellan c/ Comm., aff. C-537/08.
[4] CE, 9 décembre 2016, *Sté Foncière Europe*, préc.
[5] CE, Ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG*, préc. : « le principe de confiance légitime, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, ne trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire ».
[6] CALMES S., *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, th. Paris II, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 1, 2001, pp. 612-614.
[7] DOLLAT P., « Les origines européennes de la confiance en droit public et le principe de protection de la confiance légitime : l'utile conciliation de la préservation des droits subjectifs avec celle de l'intérêt général », *in* C. Teitgen-Colly et O. Renaudie (dir.), *Confiance et droit public*, *op. cit.*, pp. 47 et s.
[8] V. *infra*, § 385 et s.
[9] LAFAIX J.-F., *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. *op. cit.*, p. 563 : « Le principe de protection de la confiance légitime a pour objet de protéger les personnes contre les modifications brutales affectant leur situation juridique acquise ou espérée ».
[10] CALMES S., *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, th. *op. cit.*, pp. 37-38.

l'espérance de signer le contrat définitif. Cependant, le motif d'intérêt général empêchera la légitimité de l'espérance ou de la confiance du partenaire déçu. En cas de changement de politique publique ou de restructuration d'un service public existant, la rupture des pourparlers pour motif d'intérêt général entrerait certainement en conflit avec la loyauté des relations précontractuelles. Quel serait alors le résultat ? Nous pouvons raisonnablement en conclure que le moyen d'intérêt général l'emporterait[1], faisant alors perdre à la loyauté précontractuelle de sa superbe et de surcroit l'intérêt même de son extension à la phase précontractuelle[2]. À supposer que la loyauté précontractuelle l'emporte sur le moyen d'intérêt général, les conséquences seraient alors désastreuses étant entendu que c'est l'administrativité du contrat qui s'effondrerait.

363. Enfin, s'il est entendu que le moyen d'intérêt général justifie que l'administration puisse rompre unilatéralement les pourparlers, les règles expresses issues du droit de la commande publique prévoient également des mécanismes permettant l'arrêt prématuré des tractations.

2. L'encadrement suffisant de l'exercice du droit de rupture des pourparlers

364. Dès les prémices de la procédure, l'acheteur public, au cœur même des documents de la consultation, a la possibilité de se prémunir contre la rupture des tractations lorsqu'elle est le fruit du retrait inopiné de l'offre d'un candidat. Pour y parvenir, les dispositions en vigueur offrent la possibilité de fixer un délai de validité des offres[3]. Durant ce laps de temps, qui peut aller de quatre-vingt-dix jusqu'à cent-vingt jours[4], les offres déposées par les candidats sont fermes. Autrement dit, elles sont un engagement unilatéral vis-à-vis de l'acheteur public[5]. En conséquence, il n'est donc pas possible de les retirer sous peine de voir leur responsabilité

---

[1] SEILLER B., « La loyauté [hors] des relations contractuelles », in *Mélanges Laurent Richer, op. cit.*, p. 438 : « l'intérêt général, qui inspire en principe l'action des personnes publiques et commande bien des éléments du droit qui la régit, ne semble pouvoir être limité ou infléchi par une quelconque exigence de loyauté ».

[2] BRÉCHON-MOULÈNES Ch., « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », in *Mélanges Franck Moderne*, *op. cit.*, p. 459 : « L'approche en termes de *bonne foi* ou de *mauvaise foi* n'a aucun sens lorsque l'autorité publique agit pour des motifs d'intérêt général. L'intérêt général est la finalité même de l'action publique. Plus précisément encore, la *loyauté essentielle* de l'État est dans la satisfaction de l'intérêt public. Impliquant la rupture de l'engagement *s'il le faut*. Avec le risque que l'argument de l'intérêt général ne soit trop facilement sollicité ».

[3] CE, 24 juin 2011, *Cne Bourgoin-Jallieu*, n°347889 ; *AJDA*, 2011, p. 1298 ; *CMP*, 2011, comm. 262, note G. Eckert.

[4] TA Nice, 1er juin 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes*, *ACCP*, 2001, n°4, p. 27.

[5] CE, 9 juin 1926, *Bourdouil* : *Rec.,* p. 574.

engagée[1]. Celle-ci consiste au versement d'une indemnité fixée au regard du préjudice subi par l'administration[2]. Rappelons que le Conseil d'État admet qu'un opérateur économique candidat puisse valablement retirer son offre alors que le délai de validité n'est pas expiré si la procédure de passation se trouve entachée d'irrégularité pouvant conduire à l'annulation du contrat une fois celui-ci signé[3].

365. Au-delà du délai, les candidats ont la possibilité de retirer leurs offres. Si l'administration décide de poursuivre les tractations au-delà, elle devra obtenir l'accord de tous les candidats[4]. Dans l'hypothèse où l'acheteur public n'a pas explicitement prévu un délai de validité des offres, selon les enseignements de la jurisprudence *Communauté urbaine Arras*[5], les candidats doivent être à même « *d'appréhender la durée de validité de leurs offres* ».

366. Cependant, la rupture des tractations n'est pas obligatoirement le résultat du changement d'avis, brusque ou réfléchi, de l'opérateur économique. Précisément, le droit de la commande publique réserve la possibilité à l'acheteur public de rompre les tractations[6]. Le Conseil d'État a d'ailleurs rappelé que le lancement d'une procédure de passation d'une concession ne contraint pas l'autorité concédante à aller jusqu'à son terme[7]. En cas d'infructuosité, la personne publique n'est pas tenue de retenir une offre[8]. La déclaration d'infructuosité correspond à l'inadéquation manifeste entre la définition du besoin par l'acheteur et les offres déposées par les candidats[9]. Partant, l'infructuosité du marché peut être prononcée en cas d'absence de candidature déposée ou irrecevable.

---

[1] CAA Nancy, 8 décembre 2015, *Sté Vinci Construction Terrassement*, n°14NC00216.
[2] CAA Nancy, 2 février 2016, *Escaliers Straub et fils,* n°14NC01878.
[3] CE, 23 décembre 2011, *Département de la Guadeloupe,* n°350231 ; *CMP*, 2012, comm. 57, note J.-P. Pietri.
[4] CE, 24 juin 2011, *Cne de Bourgoin-Jallieu*, préc.
[5] CE, 4 février 2009, *Communauté urbaine d'Arras*, n°312411.
[6] BRISSON J.-F., « De l'offre et de l'acceptation en droit administratif des contrats : comparaison n'est pas raison », *in* J. Martin (dir.), *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 60-62.
[7] CE, 17 septembre 2018, *Sté Le Pagus*, préc.
[8] ROMAN-SÉQUENSE B., « Décision de ne pas donner suite à une procédure pour motifs d'intérêt général », *CMP* décembre 2012, comm. 351, p. 34 : « la déclaration d'infructuosité implique avant tout une inadéquation entre le besoin et les offres reçues […] ».
[9] CAA Paris, 24 juin 2019, *Sté Viva Environnement*, n°17PA01649 : en l'espèce, la déclaration d'infructuosité était fondée sur la circonstance que l'offre dont le prix était le moins élevé dépassait malgré tout de plus de 120% l'estimation de l'acheteur.

367. En ce qui concerne le contrôle des offres, l'infructuosité du marché doit être déclarée en cas d'absence pure et simple d'offre[1] ou si celles-ci sont inappropriées[2], irrégulières[3] ou inacceptables[4]. Rappelons que le juge du contrat interdit à l'acheteur de retenir une offre tombant sous le coup d'un motif obligatoire d'exclusion[5]. De plus, conformément aux dispositions de l'article R. 2185-1 du Code de la commande publique, « *l'acheteur peut, à tout moment, déclarer une procédure sans suite* ». Dans ce cas, l'article R. 2185-2 du même Code impose à l'acheteur d'informer les candidats dans les plus brefs délais des raisons pour lesquelles il a décidé de ne pas attribuer le marché public ou de recommencer la procédure.

368. Ainsi, les raisons qui ont justifié l'avènement d'un principe de loyauté précontractuelle ne se retrouvent pas en droit public. Nous pensons justement que le droit de la commande publique est construit de manière suffisamment minutieuse pour éviter la transposition d'un principe de loyauté des relations précontractuelles.

§2. LA LOYAUTÉ EN AMONT DU CONTRAT DÉJÀ GARANTIE PAR LE DROIT POSITIF

369. Si l'on examine les raisons qui ont conduit les magistrats du Palais-Royal en 2009 à consacrer « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[6], c'est manifestement pour faire jouer à cet instrument contentieux un rôle bien différent au « *principe de loyauté précontractuelle* » du droit privé[7]. Précisément, la loyauté au sens de *Commune de Béziers*[8] a

---

[1] Article R. 2143-2 du Code de la commande publique : « Les candidatures reçues hors délai sont éliminées ».
[2] Article L. 2152-4 du Code de la commande publique : « Une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur qui sont formulés dans les documents de la consultation ».
[3] Article L. 2152-2 du Code de la commande publique : « Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale ».
[4] Article L. 2152-3 du Code de la commande publique : « Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure ».
[5] CE, 23 novembre 2005, *Sté Axiologic*, n°267494 : *Rec.,* p .966.
[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[7] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 365 : « Quelle que soit la justification de l'exigence de loyauté, l'examen de la jurisprudence administrative montre qu'elle ne fonctionne pas comme en droit privé ».
[8] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers,* préc.

pour objet d'éviter que de nombreux moyens d'irrégularité, mêmes vétilles, soient susceptibles de conduire à l'annulation ou à l'inapplication du contrat pour garantir la réussite de « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[1]. Par voie de conséquence, la loyauté des relations contractuelles, en l'état du droit positif, n'a pas pour effet de lutter contre l'inégalité entre les cocontractants ou d'imposer des obligations positives[2].

370. Le Conseil d'État, à l'occasion de la décision *Commune de Montreuil*[3] a affirmé que la loyauté des relations contractuelles « *ne s'applique pas à la phase de passation des contrats* ». Pour autant, peut-on conclure, à défaut de reconnaissance explicite d'un nouvel instrument contentieux, à l'absence pure et simple d'influence de la loyauté dans les relations précontractuelles en droit public ? N'est-elle pas malgré tout présente si elle est protégée par le droit positif ? Pour répondre à ces questions, il faut nous alors nous demander si les effets de la loyauté apparaissent dans le cadre du contentieux des procédures de passation. La réponse sera nécessairement positive si le juge préserve la stabilité des procédures de passation en filtrant les moyens susceptibles de conduire à leur annulation d'une part et en empêchant les parties prenantes aux tractations – l'acheteur et l'opérateur économique candidat – de se prévaloir de mauvaise foi d'irrégularité pour soit obtenir l'annulation de la procédure, soit pour écarter les prétentions de l'autre.

L'examen de la jurisprudence nous invite à considérer que les relations précontractuelles sont influencées par la loyauté sans qu'il soit pour autant nécessaire d'adopter explicitement un nouvel instrument contentieux. Précisément, la loyauté dans les relations contractuelles semble déjà garantie par l'instrument contentieux qu'est la lésion **(A)** et par les principes fondamentaux de la commande publique[4] **(B)**.

A) LA LÉSION GARANTISSANT UNE LOYAUTÉ EN AMONT DU CONTRAT

371. La pratique des référés précontractuels et contractuels impose au candidat-requérant de démontrer que le moyen sur lequel il fonde son recours l'a lésé ou risque de le léser[5]. Qu'il

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 365.
[3] CE, 11 avril 2014, *Cne de Montreuil*, préc.
[4] Article L. 3 du Code de la commande publique.
[5] CE, 3 octobre 2010, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe. [S.M.I.R.G.E.O.M.E.S.]*, préc.

s'agisse des référés ou dans le cadre du recours des parties contractantes, la loyauté se devine dans l'exigence de lésion. Nous avons d'ailleurs démontré qu'une facette de la loyauté au sens de *Commune de Béziers*[1] consiste précisément à écarter la recevabilité d'un moyen qui n'a pas porté préjudice au cocontractant-requérant[2]. Autrement dit, la lésion et la loyauté se confondent et participent alors au même but : éviter l'instrumentalisation du recours qui fait perdre d'une part l'utilité même de cette voie de droit et d'autre part, nuit gravement au contrat à signer ou en cours d'exécution. Elles sont, en plus de leur fonction stabilisatrice des contrats, des mécanismes correcteurs[3] pour éviter l'abus de droit.

Le conseiller d'État Bertrand Dacosta l'a parfaitement illustré dans ses conclusions sur la décision *S.M.I.R.G.E.O.M.E.S.*[4] : « *les entreprises évincées succombent de plus en plus fréquemment à la tentation d'obtenir du juge des référés une seconde chance de conclure le contrat. Ceci d'autant plus que si une certaine inhibition dissuadait naguère celles-ci d'aller devant une juridiction pour obtenir gain de cause, l'obstacle a disparu. Non seulement l'entreprise qui saisit le juge ne se prive pas de la possibilité d'obtenir un contrat à l'avenir, mais le référé précontractuel peut être l'un des éléments d'une stratégie d'entrée sur un marché jusque-là fermé… Le référé précontractuel est bien, dans nombre de cas, instrumentalisé par les opérateurs économiques* »[5]. La lutte contre l'abus de droit est donc intimement liée à celle de loyauté[6], elles semblent d'ailleurs se confondre.

Toujours en matière de lésion du candidat-évincé, l'idée diffuse de loyauté des relations précontractuelles se devine à travers certaines décisions rendues par les juridictions administratives relatives à l'insuffisance de l'acheteur révélant à cette occasion sa mauvaise foi[7]. Deux étapes de contrôle doivent en effet être distinguées lors de l'analyse des plis remis par les opérateurs économiques candidats. Précisément, ces deux étapes sont relatives en

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] V. *supra,* § 260 et s.
[3] BOUIX C., *Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne*, th. *op. cit.*, p. 21.
[4] CE, 3 octobre 2010, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe [S.M.I.R.G.E.O.M.E.S.],* préc.
[5] DACOSTA B., « Limitation des manquements invocables dans le référé précontractuel », art. *op. cit.*, p. 1132.
[6] FAGES B., *Le comportement du contractant*, th., PUAM, coll. « Institut de Droit des Affaires », 1997, p. 298 : « [La bonne foi] permet de sanctionner les déloyautés manifestes […] par toute une série de mauvais comportements et notamment ceux que recoupent classiquement […] la notion d'abus de droit ».
[7] V. notamment : CE, 3 décembre 2014, *Département de la Loire-Atlantique*, n°384180 : *Rec.*, p. 749, concl. G. Pellissier ; *JCP Adm.*, 2014, act. 982 ; *JCP Adm.*, 2015, comm. 2141, note F. Linditch ; *CMP*, 2015, comm. 52, note J.-P. Pietri ; *AJCT*, 2015, p. 208, note S. Hul ; CE, 24 février 2016, *Syndicat mixte pour l'étude et le traitement des ordures ménagères de l'Eure*, n°394945 ; *AJDA*, 2016, p. 410, obs. D. Poupeau ; *JCP Adm.*, 2016, comm. 2072, note S. Hul ; *CMP*, 2016, comm. 97, note P. Devillers ; *AJCT*, 2016, p. 401, obs. Ph. Jacquemoire.

premier lieu à l'examen des candidatures puis, en second lieu, à l'examen des offres[1]. L'examen des candidatures a pour objet d'écarter immédiatement tous les opérateurs économiques qui se trouvent sous le coup d'une interdiction de candidater. Autrement dit, l'acheteur doit vérifier en plus du caractère complet[2] du dossier et de la remise dans les délais, aussi bien l'aptitude du candidat à exercer l'activité professionnelle que ses capacités économiques, financières, techniques et professionnelles en application des dispositions de l'article L. 2142-1 du Code de la commande publique[3]. Notons que l'acheteur n'est pas obligé de fixer, dans les documents de la consultation, le niveau minimum de capacité attendu[4]. Il peut toutefois écarter les candidatures dont la capacité est manifestement insuffisante[5]. L'acheteur peut demander à l'opérateur économique des précisions et des compléments d'information portant sur le dossier de candidature[6]. Ces pratiques sont admises aussi bien par le Conseil d'État[7] que la Cour de justice de l'Union européenne[8]. En matière d'analyse des offres, l'acheteur dispose d'un choix. Il peut inviter un candidat à régulariser son offre, sans toutefois qu'un article du Code de la commande publique ne l'y oblige[9]. C'est précisément sur ce point que peut se cristalliser la mauvaise foi de l'acheteur.

En application de la jurisprudence extrêmement rigoureuse *S.M.I.R.G.E.O.M.E.S.*[10], un candidat ne peut pas être lésé par un manquement en cas d'irrégularité de jugement des candidatures ou des offres si sa candidature ou son offre était irrecevable[11]. En revanche, le

---

[1] Notons que le Code de la commande publique prévoit que cet ordre peut être inversé conformément aux dispositions de l'article R. 2161-4 dans le cadre d'un appel d'offres ouvert.

[2] Article R. 2144-2 du Code de la commande publique : « L'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous ».

[3] Article L. 2142-1 du Code de la commande publique : « L'acheteur ne peut imposer aux candidats des conditions de participation à la procédure de passation autres que celles propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché. Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution ».

[4] CE, 8 août 2008, *Région Bourgogne*, n°307143 ; *AJDA*, 2008, p. 54, note P. Labayle-Pabet et N. Gardères ; *CMP,* comm. 226, note J.-P. Pietri ; *RDI*, 2008, p. 503, obs. R. Noguellou.

[5] CE, 20 mai 2009, *Cne de Fort-de-France*, n°311379.

[6] Article R. 2144-6 du Code de la commande publique.

[7] CE, 4 mars 2011, *Région Réunion*, n°344197 ; *CMP*, 2011, comm. 132, note W. Zimmer.

[8] CJUE, 10 octobre 2013, *Ministeriet for Forskning*, aff. C-336/12.

[9] V. notamment : CE, 20 mai 2009, *Département du Var*, n°318871 ; CE, 26 septembre 2012, *Cté d'agglo. Seine-Eure*, n°359706 ; *AJCT*, 2013, p. 466, obs. S. Hul ; CE, 25 mars 2013, *Département de l'Hérault*, n°364824 ; *CMP*, 2013, comm. 133, note G. Eckert ; *BJCP*, 2013, p. 317.

[10] CE, 3 octobre 2010, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe [S.M.I.R.G.E.O.M.E.S.],* préc.

[11] CE, 11 avril 2012, *Syndical Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et a.*, n°354652 ; *AJDA*, 2012, p. 790, obs. R. Grand ; *JCP Adm.,* 2012, act. 263, obs. L. Erstein ; *JCP Adm.*, comm. 2327, concl. N. Boulouis ; *RCLT*, 2012, n°80, p. 30, obs. E. Glaser.

candidat évincé dont la candidature était irrecevable peut être lésé par le manquement si celui est à l'origine de l'irrecevabilité de sa candidature ou de son offre[1]. Autrement dit pour le juge, il y aurait quelque chose de déloyal à ce qu'un candidat qui n'avait en définitive aucune chance d'emporter la signature du marché, réussisse en revanche à emporter l'annulation de la procédure de passation. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État n'empêchait pas l'acheteur de se prévaloir d'un motif d'exclusion pour faire obstacle au moyen du candidat évincé en dépit du fait qu'il n'avait pas écarté lui-même la candidature[2] et qu'il était tenu de le faire[3]. De façon significative, le rapporteur public Gilles Pellissier a ainsi reproché à ce procédé de « *paraître déloyal* » tout en reconnaissant malgré tout que le Palais-Royal « *n'a pas consacré de principe de loyauté de la procédure de passation* »[4]. C'est justement sur la déloyauté de ce procédé qu'a dû se prononcer la plus haute juridiction administrative dans l'arrêt *Département de Loire-Atlantique*[5].

Pour la première fois, le Conseil d'État a considéré que l'insuffisance de l'acheteur dans l'exercice de son contrôle des candidatures l'empêchait de se prévaloir, en cas de référé précontractuel, de l'irrecevabilité de la candidature du requérant pour considérer qu'il n'était pas lésé. Pour le juge, l'acheteur avait la possibilité « *soit de rejeter la candidature […], soit, en application des dispositions de l'article 52 du Code des marchés publics, de solliciter une régularisation sur ce point* ». Ne l'ayant pas fait et donc « *à défaut de l'avoir rejetée comme irrecevable, le département ne saurait utilement se prévaloir, en défense devant le juge des référés précontractuels, du seul caractère incomplet du dossier de candidature de la société requérante pour soutenir que son argumentation tirée du ou des manquements invoqués serait inopérante* »[6]. En faisant ce choix, sans pour autant l'ériger explicitement en nouveau principe contentieux, le Conseil d'État a instauré « *une certaine loyauté* »[7]. Notons que dans ses conclusions, Gilles Pellissier a insisté sur le risque de contradiction[8] entre la solution retenue et la jurisprudence *S.M.I.R.G.E.O.M.E.S.*[9].

---

[1] CE, 12 mars 2012, *Sté Clear Channel France*, n°353826 : *Rec.*, p. 353826 ; *AJDA*, 2012, p. 521, obs. R. Grand ; *AJCT*, 2012, p. 521, obs. S. Hul ; *JCP Adm.*, 2012, act. 206, obs. L. Erstein; *JCP Adm.,* 2012, comm. 2252, note É. Langelier ; *RCLT*, 2012, n°78, p. 39, obs. E. Glaser.
[2] V. notamment : CE, 19 novembre 2010, *Ministre de la défense*, n°341133 ; CE, 2 octobre 2013, *Département du Lot-et-Garonne*, n°368900.
[3] CE, 30 juin 2014, *Sté Eiffage constructions Pays de la Loire*, n°376504 ; *BJCP*, 2014, p. 438.
[4] PELLISSIER G., « concl. sur CE, 3 décembre 2014, *Département de Loire-Atlantique*, préc. ».
[5] CE, 3 décembre 2014, Département de Loire-Atlantique, préc.
[6] CE, 3 décembre 2014, Département de Loire-Atlantique, préc.
[7] PELLISSIER G., « concl. sur CE, 3 décembre 2014, *Département de Loire-Atlantique*, préc. ».
[8] PELLISSIER G., « concl. sur CE, 3 décembre 2014, *Département de Loire-Atlantique*, préc. ».
[9] CE, 3 octobre 2010, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe [S.M.I.R.G.E.O.M.E.S.]*, préc.

372. En effet, depuis lors, la lésion n'est reconnue que si le moyen a fait perdre au candidat une chance d'emporter la signature du contrat administratif. Autrement dit, ne peuvent être lésés par un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence les opérateurs économiques ne se trouvant pas dans un motif d'exclusion de la procédure au stade de l'analyse des candidatures ou au stade de l'analyse des offres insusceptibles d'être régularisées. Le fait de n'avoir aucune chance d'obtenir la signature du contrat conduit le juge du référé précontractuel à ne jamais considérer qu'ils ont été lésés par le manquement. Le choix de la protection d'une forme de loyauté précontractuelle met un terme non plus aux stratégies d'évitement du contrat au sens « *biterrois* »[1], mais bien à l'insuffisance du contrôle de l'acheteur lui permettant en cas de contentieux, de rejeter le moyen du requérant.

Suivant la même logique, le Conseil d'État a précisé dans la décision *Département de la Loire-Atlantique*[2] que : « *la production des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à engager un candidat est exigible au stade de l'examen des candidatures ; qu'une offre ne saurait être regardée, par elle-même, comme irrégulière, au seul motif que le pouvoir adjudicateur ne dispose pas des documents attestant que le signataire de l'acte d'engagement est habilité à représenter l'entreprise candidate ; que, lorsque l'acte d'engagement est signé par une personne qui se présente comme un responsable de cette entreprise, il est loisible au pouvoir adjudicateur, à supposer qu'il doute de la capacité du signataire à engager le candidat, de solliciter la production des documents justifiant de cette capacité* »[3]. Une fois encore l'idée de loyauté en amont du contrat impose à l'acheteur de ne pas user de stratégies déloyales.

B) LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA COMMANDE PUBLIQUE GARANTISSANT ÉGALEMENT LE RESPECT DE LA LOYAUTÉ EN AMONT DU CONTRAT

373. Notre hypothèse est qu'en l'état actuel du droit, les différentes facettes de la loyauté en droit des contrats sont garanties aussi bien par l'instrument contentieux qu'est la lésion que

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, 3 décembre 2014, *Département de Loire-Atlantique*, préc.
[3] CE, 24 février 2016, *Syndicat mixte pour l'étude et le traitement des ordures ménagères de l'Eure*, préc.

par les principes fondamentaux de la commande publique[1]. Dans les décisions précitées, la protection de la loyauté en-deçà du contrat se devine et confirme notre hypothèse selon laquelle le Conseil d'État n'aurait pas besoin de reconnaître formellement un nouveau principe de loyauté des relations précontractuelles. Pourtant, le tribunal administratif de Bordeaux dans l'ordonnance *Société Transdev Urbain* a été le premier à faire expressément mention d'une forme de « *loyauté des relations processuelles* »[2].

Dans cette affaire, était en cause une procédure de passation de la délégation de service public de la gestion du réseau de transport en commun du Bassin d'Arcachon Sud. Au terme d'une procédure complexe, l'acheteur a gardé deux opérateurs économiques à participer à la phase de négociation finale. Les candidats devaient présenter une offre de base et une offre variante. Cependant, l'instruction a démontré que l'acheteur avait rapidement considéré que l'offre variante de la société requérante ne convenait pas sans pour autant l'en informer. Ce faisant, le comportement de la personne publique a fait perdre un temps précieux à la société pour améliorer exclusivement son offre de base. Finalement évincée, la société requérante a formé un référé précontractuel pour obtenir l'annulation de la procédure. Le juge du référé du tribunal administratif de Bordeaux a fait droit à ses demandes en ajoutant une mention étonnante au cœur de la motivation de sa décision : « *même si la loyauté des relations processuelles ne fait pas l'objet d'une garantie de principe* ».

Nous pensons que cette référence à la loyauté était inutile dans la mesure où les faits de l'espèce démontrent une violation évidente du principe fondamental du droit de la commande publique qu'est l'égalité de traitement entre les candidats[3]. Les deux sociétés candidates n'ont pas été traitées de manière identique et cette violation justifiait à elle seule l'annulation de la procédure. L'ajout de cette mention, qui plus est en soulignant qu'elle n'est pas, en l'état actuel du droit positif, reconnue expressément comme un instrument contentieux, ajoute de la complexité et de la confusion. L'idée de la loyauté en-deçà du contrat aurait été, en tout état de cause, sous-jacente à l'annulation de la procédure si elle avait été fondée exclusivement sur la violation du principe d'égalité de traitement et c'est bien là l'essentiel.

374. Par voie de conséquence, l'examen du droit positif semble garantir une loyauté des relations précontractuelles sans pour autant que le Conseil d'État soit obligé d'accueillir

[1] Article L. 3 du Code de la commande publique.
[2] TA Bordeaux, ord., 24 mars 2015, *Sté Transdev Urbain*, préc.
[3] HOEPFFNER H., « Un manquement à l'obligation de "loyauté des relations processuelles" justifie l'annulation de la procédure de dévolution d'une délégation de service public », *CMP*, 2015, comm. 127.

explicitement un nouveau principe contentieux. Par la lésion, le juge administratif empêche qu'un candidat évincé puisse se prévaloir d'un moyen qui ne lui a pas porté préjudice ou suffisamment préjudice pour obtenir l'annulation de la procédure. De plus, l'esprit de la loyauté est à l'origine du mouvement neutralisant les stratégies de l'acheteur empreintes de déloyauté. Celles-ci lui permettaient de tirer profit de sa propre insuffisance dans l'exercice de son contrôle des candidatures et des offres. Si notre conclusion est correcte, les mécanismes actuels sont suffisants pour garantir la loyauté. Comme l'a affirmé le professeur Martin Collet, « *le dégagement d'un principe n'a d'intérêt que s'il permet de déployer de nouveaux droits ou de nouvelles obligations. S'il s'agit uniquement d'accoler une nouvelle étiquette à un contenu juridique déjà existant, l'utilité de l'opération perd en évidence* »[1].

375. Cependant, notre conclusion ne préjuge pas d'éventuelles évolutions du droit des contrats administratifs et notamment au stade des procédures de passation. Précisément, celles-ci pourraient conduire à l'avènement probable d'un principe de loyauté en amont du contrat. Si notre hypothèse est correcte, la loyauté en question intéresserait principalement deux cas de figure : les procédures de passation des contrats exclus par le Code de la commande publique d'une part et l'essor de la négociation d'autre part.

Section 2

L'AVÈNEMENT PROBABLE D'UN PRINCIPE DE LOYAUTÉ DANS LE CONTRÔLE DES RELATIONS PRÉCONTRACTUELLES EN DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

376. Les développements précédents nous permettent de considérer que le « *principe de loyauté précontractuelle* », au sens du droit civil, n'a pas à être transposé en droit public. Les maux qui ont justifié l'érection d'un tel principe n'ont pas accablé les relations précontractuelles en droit des contrats administratifs. Pour autant, la loyauté, ou plutôt la déloyauté ne s'épuise pas seulement dans l'exercice abusif du droit de rompre les pourparlers. En définitive, la véritable question n'est pas nécessairement de savoir si le juge doit

[1] COLLET M., « La loyauté en matière fiscale », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public, op. cit.,* p. 326.

proclamer un nouveau principe contentieux, mais plutôt de savoir si le droit positif contient des instruments pertinents garantissant une loyauté des relations précontractuelles. En l'état actuel du droit, nous pensons que l'usage de la loyauté est diffus au moment de contrôler l'intégrité des rapports précontractuels.

Par voie de conséquence, la loyauté semble déjà garantie par les mécanismes et principes existant en droit positif. Pourtant, les évolutions récentes du droit de la commande publique peuvent laisser penser à une utilisation supplétive d'un principe de loyauté. Par anticipation[1], nous pensons justement que l'évolution du droit de la commande publique pourrait faire jouer au principe de loyauté un rôle central. Celui-ci concernerait aussi bien les contrats exclus de l'applicabilité des règles de la commande publique **(Paragraphe premier)** que l'essor de la négociation qui tend à modifier les pratiques des acheteurs et autorités concédantes **(Paragraphe second)**.

§1. L'UTILISATION DE LA LOYAUTÉ EN AMONT DU CONTRAT JUSTIFIÉE EN DEHORS DE L'APPLICABILITÉ DES RÈGLES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

377. L'évolution récente de la commande publique, des directives relatives aux marchés publics et aux concessions jusqu'à l'entrée en vigueur le 1er avril 2019 du tout premier Code de la commande publique en droit français, pose nécessairement la question du périmètre du droit de la commande publique. À ce titre, nous avons montré que le droit positif et le droit de la commande publique plus spécifiquement garantissent déjà les rapports en amont du contrat administratif. En revanche, *quid* des contrats qui échappent au périmètre de la commande publique ? Autrement dit, est-ce que les contrats qui ne sont pas soumis aux règles de la commande publique sont pour autant protégés contre les manœuvres déloyales au stade de leur formation ? À certains égards, on pourrait considérer que c'est précisément là que la loyauté serait utile.

378. En effet, la question du périmètre d'influence du droit de la commande publique est un sujet qui a été souvent traité par la doctrine. Pour le professeur Guylain Clamour, « *les*

[1] MOLFESSIS N., « Les prédictions doctrinales », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, p. 141 : « la prédiction doit être comprise à la fois comme une croyance dans l'existence de la doctrine et comme une possibilité de son existence ».

exclusions concernent des contrats qui constituent bien des marchés publics » et des concessions, « *en cela qu'ils répondent à la définition de la notion, mais pour lesquels est expressément écartée l'application du régime juridique y afférent* »[1]. Dès lors, les contrats concernés sont à la fois reconnus comme des marchés publics ou des concessions mais sont en même temps expressément exclus des règles encadrant notamment leur passation[2]. Partant, ce n'est pas tant le champ d'influence du droit de la commande publique que son application entière qui peut prêter à confusion[3] d'autant que les directives puis leurs ordonnances de transposition sont restées silencieuses sur ce point.

En l'état du droit positif, les dispositions du Livre V de la deuxième partie du Code de la commande publique intitulée « *Autres marchés publics* » et le Livre II de la troisième partie dudit Code intitulé « *Autres contrats de concession* » dressent la liste des contrats considérés comme des marchés publics ou des concessions mais qui ne sont pas pour autant soumises aux règles relatives notamment à leur passation. Formellement donc, ces contrats sont bien des contrats entrant dans le champ d'application de la commande publique dans la mesure où ils se trouvent dans le Code que dispositions prévoient l'application de certaines règles dérogatoires au droit commun de la commande publique[4].

379. Ainsi, le Code de la commande publique a lui-même prévu que des contrats qui relèvent de la définition du marché public ou de la concession ne soient cependant pas soumis aux règles de la commande publique. Il s'agit notamment des contrats de recrutement, des marchés sensibles soumis à la confidentialité du secret défense, des contrats *in house*, des subventions ou encore des contrats de coopération entre pouvoirs adjudicateurs. En revanche, ces contrats exclus doivent-ils être également exclus du champ d'application des principes fondamentaux de la commande publique ? Si la réponse est négative, l'avènement d'un principe transversal de loyauté serait utile pour encadrer les rapports entre cocontractants. Si la réponse est positive, l'avènement d'un principe cette fois-ci supplétif de loyauté pourrait parfaitement déployer ses effets entre les principes fondamentaux de la commande publique et

---

[1] CLAMOUR G., « Les marchés exclus », *CMP*, 2015, dossier 3.
[2] CLAMOUR G., « Les marchés exclus », *ibid.*, dossier 5 : « Les marchés exclus sont donc ceux qui entrent dans son champ d'application tout en bénéficiant simultanément de l'inapplicabilité des règles qu'elle pose […] ».
[3] HOEPFFNER H., LLORENS F., « Dans quoi les contrats exclus des ordonnances marchés publics et concessions sont-ils inclus ? », *CMP*, 2018, repère 4 : « La question peut paraître étrange. Elle était néanmoins prévisible pour qui se serait intéressé, non pas à la seule énumération des contrats déclarés exclus par les ordonnances relatives aux marchés publics et aux concessions, mais au régime qui serait le leur. Elle méritait d'autant plus l'attention que la liste de ces contrats est particulièrement étoffée ».
[4] Les dispositions des articles R. 2521-1 à -4 sont relatives aux « *autres marchés publics* » ; les dispositions des articles R. 3221-1 à -3 sont quant à elles relatives aux « *autres contrats de concession* ».

les règles dérogatoires prévues par le Code. En l'état actuel du droit positif, l'examen de la jurisprudence démontre que le juge administratif a fait le choix de la seconde solution : les règles générales prévues par le Code de la commande publique ne s'appliquent pas aux contrats exclus, seuls les principes fondamentaux le sont, à l'exception des règles dérogatoires prévues spécialement pour eux.

380. Dès 2014, la Cour administrative d'appel de Paris dans un arrêt *Sociétés Elektron et Foretec* s'est prononcée en faveur de la soumission des contrats pourtant exclus de la commande publique à ces principes fondamentaux[1]. Dans cette affaire, était en cause le contrat conclu par le Garde des Sceaux et ayant pour objet « *sensible* » la création d'un système d'interception des communications électroniques. Conformément à la nature du contrat en cause, le ministre a considéré qu'il était un marché exclu de la commande publique conformément aux dispositions du 7° de l'article 3 du Code des marchés publics alors en vigueur. Ayant eu connaissance de l'attribution du contrat par voie de presse, les sociétés requérantes, pourtant reconnues comme compétentes dans le domaine de l'interception des communications électroniques, ont considéré qu'elles avaient été victimes d'un manquement aux principes fondamentaux de la commande publique. Les sociétés ont alors saisi le juge du référé précontractuel du Conseil d'État qui a rejeté leur pourvoi. Le contrat ayant été ensuite signé, les sociétés requérantes ont alors exercé un recours en contestation de validité du contrat. Le tribunal administratif de Paris a rejeté leur demande d'annulation du contrat. Saisi en appel, la Cour administrative d'appel de Paris a dans cette affaire considéré que le contrat litigieux faisait bien parti des contrats exclus des règles de la commande publique car s'agissant d'un « *contrat classé* ». Pour autant, la non soumission du contrat litigieux aux règles classiques du droit des marchés publics n'épuise pas la question de la méconnaissance des principes généraux de la commande publique. Dans un considérant de principe, la Cour administrative d'appel de Paris considère « ***qu'eu égard à la valeur constitutionnelle des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures****, repris à l'article 1er du code des marchés publics,* ***la seule circonstance que les dispositions de ce code ne sont pas applicables aux marchés*** *et accords-cadres prévues à l'article 3 du même code* ***n'est pas, par elle-même, de nature à exonérer le pouvoir adjudicateur du respect de ces principes*** »[2]. En l'espèce, le juge administratif s'est appuyé sur plusieurs indices pour refuser au contrat litigieux le caractère

[1] CAA Paris, 17 mars 2014, *Stés Elektron et Foretec*, n°12PA00199 ; *BJCP*, 2014, p. 312, obs. Ph. Terneyre et S. Nicinski.
[2] CAA Paris, 17 mars 2014, *Stés Elektron et Foretec*, préc. [nous soulignons].

« *secret défense* » dont notamment l'existence d'un rapport de la commission des lois du Sénat. Le juge tranche le litige en considérant qu'il y avait eu malgré tout une mise en concurrence entre quatre sociétés choisies par le ministre. En dépit de l'absence avérée de toute mesure de publicité, « *l'annulation ou la résiliation du contrat litigieux porterait une atteinte excessive à l'intérêt général* ».

Par deux arrêts espacés de quelques semaines, le Conseil d'État s'est prononcé sur la soumission des contrats exclus de la commande publique aux principes fondamentaux de la commande publique. Dans un premier arrêt du 17 décembre 2017 *Syndicat mixte de l'aéroport de Lannion-Côte de Granit*[1] puis dans un second du 5 février 2018 intitulé *Société Peyrani*[2], la plus haute juridiction administrative a confirmé que les contrats exclus demeurent malgré tout soumis aux principes fondamentaux de la commande publique.

Dans le premier arrêt[3], en vertu de l'article 13 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 applicable au moment du litige, les contrats conclus par une personne publique et relatifs à l'exploitation de liaisons aériennes non rentables sont des contrats de concession de service de transport aérien mais qui ne sont pas soumis aux règles de l'ordonnance. Dans le cadre d'un litige lié à l'attribution dudit contrat, le Conseil d'État s'est prononcé sur la compétence du juge du référé précontractuel. Pour la plus haute juridiction administrative le juge du référé précontractuel était compétent dans la mesure où l'exclusion du contrat litigieux du respect des règles de l'ordonnance de 2016 n'excluait pas sa qualification en délégation de service public soumise à l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités locales. Ce faisant, les contrats de délégation de service public qui demeurent des concessions « *sont soumis aux règles posées à ce titre par le code* ». Dès lors, le Conseil d'État a considéré que « *ce contrat est par suite* ***soumis*** *aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, principes généraux de la commande publique* »[4].

Dans le second arrêt[5] c'est la question une nouvelle fois de la compétence du juge du référé précontractuel qui s'est posée. En l'espèce, le contrat litigieux était conclu par un

---

[1] CE, 15 décembre 2017, *Syndicat mixte de l'aéroport de Lannion-Côte de Granit,* n°413193 ; *CMP*, 2018, comm. 46, note P. Devillers ; *BJCP*, 2018, p. 106, concl. O. Henrard.
[2] CE, 5 février 2018, *Sté Peyrani et a.*, n°414846 ; *CMP*, 2018, comm. 78, note M. Ubaud-Bergeron ; *BJCP*, 2018, p. 143, concl. O. Henrard.
[3] CE, 15 décembre 2017, *Syndicat mixte de l'aéroport de Lannion-Côté de Granit*, préc.
[4] CE, 17 décembre 2017, *Stés Elektron et Foretec*, préc. [nous soulignons].
[5] CE, 5 février 2018, *Sté Peyrani et a.*, préc.

établissement public industriel et commercial de l'État pour les besoins de l'Agence spatiale européenne. Après avoir déterminé l'application du droit français et donc « *la compétence territoriale* » du juge du référé précontractuel[1], le Conseil d'État a rappelé que le contrat litigieux relevait bien du b) du 13° de l'article 14 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics alors en vigueur. Par voie de conséquence, les contrats visés à l'article précité « *ne sont, comme tels, pas soumis à ladite ordonnance* ». En revanche, « *que si, par suite, ces contrats n'ont pas le caractère de contrat administratif par détermination de la loi, il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés, d'une part que ces marchés sont soumis à un cahier des clauses administratives particulières élaboré par le CNES, qui renvoie aux différents cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés publics* » qui comportent « *des clauses impliquant dans l'intérêt général qu'ils relèvent d'un régime exorbitant de droit public* ». Donc, les critères jurisprudentiels ont contribué à déterminer l'administrativité du contrat[2] litigieux et à confirmer « *la compétence matérielle* »[3] du juge du référé précontractuel. Par une formule explicite, le Conseil d'État considère que l'exclusion de l'ordonnance de 2015 relative aux marchés publics « ***est sans incidence*** »[4] sur l'applicabilité des principes fondamentaux de la commande publique.

381. Ainsi, au même titre que les principes fondamentaux sont applicables aux marchés passés selon une procédure adaptée[5], le régime dérogatoire des « *autres marchés publics* » et des « *autres contrats de concession* » ne justifie pas l'inapplication des principes fondamentaux. La reconnaissance de la valeur constitutionnelle desdits principes et leur codification au cœur d'un titre préliminaire en sont à l'origine. Pour les professeurs Hélène Hoepffner et Philippe Terneyre, l'existence de ce titre préliminaire est certes un « *symbole* »[6] mais ses conséquences sont concrètes. Selon eux, c'est ce qui justifie la soumission de tous les contrats de la commande publique, même ceux exclus du respect des règles classiques, aux

---

[1] UBAUD-BERGERON M., « Caractère administratif d'un marché exclu de l'ordonnance relative "aux marchés publics" mais soumis à un cahier des charges administratifs », *CMP*, 2018, comm. 78.
[2] T. confl., 15 octobre 2014, *AXA France IARD*, : *Rec.*, p. 471 ; *RFDA*, 2014, p. 1068, concl. F. Desportes ; *AJDA*, 2014, p. 2180, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamotte ; *CMP*, 2014, comm. 322, note G. Eckert ; *RDP*, 2015, p. 869, note A. Basset ; *Dr. adm.*, 2015, comm. 3, note F. Brenet; *JCP Adm.*, 2015, comm. 2010, note H. Pauliat ; *RFDA*, 2015, p. 23, note J. Martin.
[3] UBAUD-BERGERON M., « Caractère administratif d'un marché exclu de l'ordonnance relative "aux marchés publics" mais soumis à un cahier des charges administratifs », art. *op. cit.*, comm. 78.
[4] CE, 5 février 2018, *Sté Peyrani et a.*, préc. [nous soulignons].
[5] CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, n°290236 ; *CMP*, 2009, comm. 121, note W. Zimmer.
[6] HOEPFFNER H., TERNEYRE PH., « La place des principes dans le code de la commande publique », *RFDA*, 2019, p. 209.

principes fondamentaux[1]. Autrement dit, le titre préliminaire transcende la discipline, en dépit des dérogations qui peuvent être présentes dans le Code de la commande publique.

382. Dans ce cas de figure, quel rôle peut jouer la loyauté ? Nous pensons que la soumission de ces contrats aux principes fondamentaux rend inutile l'avènement d'un principe transversal de loyauté. En revanche, l'utilisation d'un principe supplétif de loyauté au cœur de la formation des contrats exclus pourrait être utile. De prime abord, il est tentant de considérer que les pouvoirs adjudicateurs ont une marge de manœuvre appréciable en lançant la procédure de passation d'un « *autre marché public* » ou d'un « *autre contrat de concession* ». Cependant, en étant malgré tout soumis aux principes fondamentaux de la commande publique, le régime de ces contrats est davantage source d'inquiétudes. Précisément, les règles en matière de passation sont absentes des dispositions des articles R. 2521-1 à -4 du Code de la commande publique pour les « *autres marchés publics* » et ne doivent pour autant pas être comprises comme un blanc-seing pour les pouvoirs adjudicateurs. Autrement dit, les principes fondamentaux doivent s'appliquer, sauf si la spécificité du contrat exclu empêche toute publicité et mise en concurrence.

383. Ainsi, un principe supplétif de loyauté en amont du contrat pourrait être l'instrument permettant au juge, associé aux principes fondamentaux de la commande publique, de vérifier que le pouvoir adjudicateur a été suffisamment diligent dans la conception et l'organisation de sa passation au regard justement de ce qu'il estime être la spécificité de son contrat. En dépit du régime particulier des contrats exclus, ces derniers doivent respecter les principes fondamentaux. La loyauté pourrait être l'étalon attestant que les mesures pertinentes de publicité et de mise en concurrence ont été prises par le pouvoir adjudicateur. Les professeurs Hélène Hoepffner et Philippe Terneyre ont proposé un « *vademecum* » en guise de système de bonne passation à destination des pouvoirs adjudicateurs confrontés justement à la passation d'un contrat exclu. Selon les auteurs, les acheteurs gagneraient à se soumettre à un « "*test d'applicabilité" des principes de la commande publique* ». Si ces principes pouvaient être appliquées, les acheteurs concernés devraient « *identifier les motifs d'intérêt général […] permettant de ne pas appliquer* »[2] les principes de la commande publique. La loyauté pourrait être un atout précieux pour justement s'immiscer dans les nuances et les libertés d'interprétation des acheteurs.

---

[1] HOEPFFNER H., TERNEYRE PH., « La place des principes dans le code de la commande publique », *ibid.*, p. 209.
[2] HOEPFFNER H., TERNEYRE PH., « La place des principes dans le code de la commande publique », *ibid.*, p. 211.

384. L'évolution du droit de la commande publique a été marquée récemment par l'entrée en vigueur du tout premier Code de la commande publique. Celui-ci a fait des principes fondamentaux de la commande publique des règles qui transcendent toute la discipline mais qui laissent malgré tout une grande marge d'appréciation aux acheteurs. La loyauté qui peut jouer ici un rôle pourrait également s'immiscer au cœur de l'essor de la négociation.

§2. L'ESSOR DE LA NÉGOCIATION EN DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE POSSIBLEMENT À L'ORIGINE DE L'AVÈNEMENT D'UN PRINCIPE SUPPLÉTIF DE LOYAUTÉ

385. Sans que cela passe pour un exercice divinatoire, nous pensons que le droit de la commande publique est en pleine mutation et que celle-ci va nécessairement se poursuivre. Précisément, qu'il s'agisse des directives marchés publics et concessions[1] ou de la création du tout premier Code de la commande publique, ces textes s'inscrivent tous dans un mouvement de modernisation du droit public des affaires et de l'accélération du rapprochement entre la commande publique et la secteur économique[2]. L'évolution récente du droit de la commande publique semble construite pour notamment faciliter la relation réciproquement profitable entre l'acheteur qui cherche à satisfaire ses besoins et le tissu économique composé d'entreprises qui ont besoin justement de l'achat public pour connaître la croissance. Les prémices de cette transformation ont débuté en droit positif et portent sur une évolution significative des raisons d'être de l'achat public.

Par déduction et par anticipation, nous pensons qu'il s'agit de la place accrue de la négociation dans les procédures de passation des contrats de la commande publique **(A)** qui nous semble annoncer l'avènement d'un principe supplétif de loyauté des négociations **(B)**.

[1] Dir. n°2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics ; Dir. n°2014/25/UE relative à la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ; Dir., n°2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession.

[2] BRACONNIER S., « Les règles d'attribution des contrats », *RFDA*, 2016, p. 252 : « La première ambition de ces textes est de réformer et sécuriser le régime juridique applicable aux marchés publics et concessions, afin d'en faire un levier efficace de politiques publiques volontaristes, notamment en matière sociale et environnementale, ou en matière d'investissement public ».

A) LA TRANSFORMATION PRÉGNANTE DE LA COMMANDE PUBLIQUE PAR L'ESSOR DE LA NÉGOCIATION

386. L'essor de la négociation au cœur des procédures de passation des contrats de la commande publique était attendu par les différents acteurs[1] et a été souligné au moment de l'adoption des dernières directives de 2014[2]. Toujours dérogatoire en matière de marché public[3], elle s'en trouve cependant désormais de plus en plus facilitée[4]. La négociation consiste en l'ensemble des « *opérations préalables diverses [entretiens, démarches, échanges de vues, consultations] tendant à la recherche d'un accord* »[5]. Dans une approche économique, la négociation « *est considérée comme un échange durant lequel l'offre et la demande vont s'ajuster mutuellement* »[6] comme l'a précisé le professeur Marion Ubaud-Bergeron. Initialement réservés aux délégations de service public, les textes en vigueur lui font désormais jouer un rôle aussi bien en concessions qu'en marchés publics.

387. Pourtant, de prime abord, l'image que l'on peut se faire de l'achat public semble en contradiction avec ce que recouvre la négociation[7]. La passation des contrats administratifs renvoie effectivement à l'idée de « *contrats déséquilibrés, conçus comme des contrats d'adhésion et se caractérisent par l'exorbitance des pouvoirs dévolus à l'administration contractante* »[8]. De plus, il existe un sentiment à peine voilé selon lequel les personnes publiques ne seraient pas rompues à l'art de la négociation[9], celui-ci étant l'apanage du monde *privé* des affaires[10] ou encore que la négociation serait vectrice de pratiques

---

[1] UBAUD-BERGERON M., « La négociation », *CMP*, 2004, dossier 7.
[2] PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 février 2014 : JOUE n°L94, 28 mars 2014, p. 65, pt. 42 : « Il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations. Un recours accru à ces procédures est également susceptible de renforcer les échanges internationaux, étant donné que l'Évaluation a montré que les offres transnationales obtiennent un taux de réussite particulièrement élevé dans les cas de marchés passés par une procédure négociée avec publication préalable ».
[3] HOEPFFNER H., Droit des contrats administratifs, op. cit., p. 44.
[4] BRACONNIER S., « Les règles d'attribution des contrats », art. *op. cit.,* p. 258.
[5] CORNU G., Vocabulaire juridique, op. cit.
[6] UBAUD-BERGERON M., « La négociation », art. *op. cit.,* dossier 7.
[7] BRACONNIER S., HECKENROTH J.-L., « Regards croisés : négociation dans les contrats de la commande publique », *CMP*, 2019, étude 7.
[8] DE LA ROSA S., « La place de la négociation dans la conclusion des contrats de la commande publique », *AJ Contrats d'affaires*, 2016, p. 323.
[9] RICCI J.-CL., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité, op. cit.*, p. 58 : « la mentalité administrative montre encore des réticences discutables [en matière de négociation] ».
[10] DE LA ROSA S., « La place de la négociation dans la conclusion des contrats de la commande publique », *ibid.*, p. 323.

corruptives[1]. Or, l'utilisation accrue du terme « *l'acheteur* », sans que cela relève exclusivement du symbole, semble faire entrer l'achat public dans le monde *public* des affaires.

388. Bien que l'appel d'offres répugne toujours à admettre la possibilité de négocier[2], la passation des marchés publics contient de nombreuses exceptions autorisant les acheteurs à recourir à la négociation dans le cadre de procédures formalisées et autorise la négociation dans le cadre des procédures adaptées[3]. Les techniques modernisées de l'achat public invitent les acheteurs à discuter avec les opérateurs économiques candidats des modalités de leurs offres, il s'agit de la procédure avec négociation[4]. Il est également possible de faire reposer la détermination des besoins de la personne publique sur l'opérateur économique dans le cadre du dialogue compétitif[5]. Dans le même ordre d'idées, le droit de la commande publique autorise les acheteurs, bien avant d'avoir initié la procédure de passation, de recourir au « *sourcing* » ou « *sourçage* »[6]. En définitive, il s'agit pour l'acheteur de sonder le marché en rencontrant les opérateurs économiques. Partant, la négociation est à l'origine de rapports relationnels nouveaux entre les acteurs de la commande publique qui nécessitent une sécurisation pour ne pas entrer en contradiction avec les règles et principes fondamentaux de la commande publique.

389. Par anticipation donc, notre propos a pour objet d'envisager comment les mécanismes du droit de la commande publique pourraient être susceptibles d'évoluer au regard justement des évolutions en matière de négociation. Pour être de qualité, les négociations commandent le

---

[1] BRACONNIER S., HECKENROTH J.-L., « Regards croisés : négociation dans les contrats de la commande publique », art. *op. cit.,* étude 7.

[2] Article L. 2124-2 du Code de la commande publique : « L'appel d'offres, ouvert ou restreint, est la procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, <u>sans négociation</u>, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats » [nous soulignons].

[3] Article R. 2123-5 du Code de la commande publique : « Lorsque l'acheteur prévoit une négociation, il peut attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué qu'il se réserve cette possibilité dans les documents de la consultations » ; Pour une application : CE, 18 septembre 2015, *Sté Axcess*, n°380821 ; *AJDA*, 2015, p. 1720 ; *AJCT*, 2016, p. 168, obs. R. Bonnefont.

[4] Article L. 2124-3 du Code de la commande publique : « La procédure avec négociation est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques ».

[5] Article L. 2124-4 du Code de la commande publique : « Le dialogue compétitif est la procédure par laquelle <u>l'acheteur dialogue avec les candidats</u> admis à y participer <u>en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins</u> et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre » [nous soulignons].

[6] Article R. 2111-1 du Code de la commande publique : « Afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur a la possibilité de réaliser des consultations ou des études de marché, de solliciter des avis ou d'informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences. Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L. 3 ».

respect d'une forme de loyauté dont l'absence de reconnaissance explicite en 2014 dans la décision *Commune de Montreuil*[1] a été regrettée par certains auteurs[2]. À l'instar de la Cour de justice qui a érigé en principe transversal la transparence[3] des procédures avec la décision *Telaustria Verglas GmbH*[4], nous pensons qu'elle pourrait être conduite à insérer dans les interstices d'une pratique nouvelle un principe de loyauté des négociations. Celui-ci pourrait, à l'instar de « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[5] et de la transparence des procédures, avoir pour objet de garantir la protection de la sécurité juridique des négociations en les garantissant contre le favoritisme, les pratiques corruptives et l'arbitraire[6].

390. Ainsi, en matière de « *sourçage* », nous avons expliqué que l'acheteur avait la possibilité de sonder le marché en pouvant aller au-delà des simples consultations. Précisément, l'article R. 2111-1 du Code de la commande publique autorise l'acheteur à « *informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences* ». Immédiatement après, l'article R. 2111-2 du même Code dispose que « *l'acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée* ». L'on aurait pu penser que la participation d'un opérateur économique aux tractations préalables au lancement de la procédure constituait un motif d'exclusion obligatoire de la passation. Pourtant ledit article R. 2111-2 ne réserve l'exclusion « *que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens* ». Précisément, les rédacteurs du Code de la commande publique ont manifestement laissé le choix des mesures à prendre par l'acheteur pour éviter que la concurrence soit faussée. Ce faisant, la rédaction de l'article précité crée une zone trouble au cœur de laquelle un opérateur économique a influencé l'acheteur dans la détermination de ses besoins.

391. La question que nous devons nous poser est justement celle de la pertinence et de l'utilité des mécanismes et principes fondamentaux du droit de la commande publique pour veiller à la régularité et à la sécurité juridique de ces rapports ambigus. À notre connaissance, aucune décision n'a été rendue par les juridictions administratives sur cette question. Ni la base de données *Légifrance*, ni les revues juridiques, ne font mention d'une décision rendue au visa de l'article R. 2111-2 du Code de la commande publique. Par exercice d'anticipation de

---

[1] CE, 11 avril 2014, *Cne de Montreuil*, préc.
[2] RICCI J.-CL., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, *op. cit.*, p. 58.
[3] MAUGÜÉ CH., « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, *op. cit.*, p. 609.
[4] CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG*, préc.
[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[6] EDCE, *La transparence et le secret,* Rapport 1995 du Conseil d'État, n°47, p. 33.

contentieux à venir, nous pensons que tout manquement à la concurrence peut être garanti par les principes fondamentaux de la commande publique. L'égalité de traitement entre les candidats et la transparence des procédures devraient suffire à justifier l'annulation de l'intégralité d'une procédure de passation devant le juge des référés précontractuels s'il est apporté la démonstration par exemple que les spécifications techniques ont en réalité été rédigées par la société qui aurait au préalable participé aux tractations préalables. Le principe supplétif de loyauté des négociations ne ferait, en définitive, que confirmer ce que les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures auraient pu faire seuls grâce à leurs ramifications. L'érection d'un nouveau principe apparaît alors ni nécessaire ni pertinente.

392. Cependant, les tractations préalables au lancement de la procédure de passation n'épuisent pas toutes les hypothèses de négociation en droit de la commande publique.

B) L'AVÈNEMENT PROBABLE D'UN PRINCIPE SUPPLÉTIF DE LOYAUTÉ DES NÉGOCIATIONS

393. Que ce soit le dialogue compétitif ou la procédure avec négociation et dans le cadre des procédures adaptées pour les marchés publics ou encore la négociation pour l'attribution d'un contrat de concession[1], les mécanismes et principes existant en droit positif suffisent-ils à garantir le respect d'une concurrence effective ?

394. Deux niveaux de lecture semblent devoir être distingués : le respect de la concurrence effective entre opérateurs économiques candidats et l'intégrité des rapports entre l'acheteur et l'opérateur économique dans le cadre de la négociation.

Premièrement, en ce qui concerne la protection de la concurrence effective et en définitive, les dispositions de l'article L. 3 du Code de la commande publique, le juge administratif a fait montre de sa vigilance et de sa rigueur. Autrement dit, les mécanismes et principes existants semblent suffisants à garantir l'intégrité de la procédure de passation. L'examen de la

[1] Article L. 3124-1 du Code de la commande publique : « Lorsque l'autorité concédante recourt à la négociation pour attribuer le contrat de concession, elle organise librement la négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État. La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation » [nous soulignons].

jurisprudence révèle assurément que c'est le principe fondamental de l'égalité de traitement entre les candidats qui en définitive garantit la loyauté des négociations. Par exemple, dans une décision *SIAP de Saint Martin de Ré*, le Conseil d'État a dû se prononcer sur la conduite des négociations entre le délégataire et deux entreprises candidates. La plus haute juridiction administrative a ainsi jugé que « *le respect du principe d'égalité entre les candidats […] exige que, lorsque les négociations sont menées avec plusieurs entreprises à la suite de la remise des offres et que l'autorité délégante fixe à ces entreprises un délai de remise de nouvelles offres, elle est tenue aux mêmes exigences que lors de la procédure de publicité et de recueil des offres et, en particulier, ne peut légalement proroger ce nouveau délai pour une partie seulement des entreprises intéressées* »[1]. Tout à fait récemment, le Conseil d'État a assoupli la stricte égalité entre les candidats en considérant que l'absence de certains membres de la commission chargée de la négociation contrairement à la composition d'un jury de concours[2] « *n'est pas de nature à établir la méconnaissance du principe d'égalité de traitement entre les candidats* »[3].

Deuxièmement, en ce qui concerne les rapports de négociation entre l'acheteur et l'opérateur économique, le principe de l'égalité de traitement suffit-il à garantir leur intégrité ? Par définition, les négociations sont marquées par leur dimension relationnelle. Nous ne nous intéressons pas ici à la situation dans laquelle un candidat admis à négocier n'a pas été traité de la même manière que son concurrent. Comme nous l'avons expliqué, ce cas de figure peut être tranché au prisme du principe d'égalité de traitement entre les candidats. En revanche, aucune disposition de l'article L. 3 du Code de la commande publique ne semble garantir l'intégrité des rapports de négociation entre un candidat et l'acheteur. Cette intégrité consisterait en la protection de la confiance réciproque[4] que place légitimement l'acheteur et le candidat à la signature du contrat de la commande publique dans l'autre partie à la négociation. La confiance correspond ainsi au « *sentiment de sécurité, de croyance, d'intime*

---

[1] CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin de Ré*, n°223481 : *Rec.,* p. 265 ; *AJDA,* 2001, p. 1090, note J.-P. Markus ; *BJCP*, 2001, p. 415, concl. D. Piveteau.
[2] V. notamment : CE, 30 mars 1968, Ministre de l'Éducation nationale c/ S. et Dame B. : Rec., p. 223 ; CE, 17 octobre 2016, Université de Nice Sophia Antipolis, n°386400.
[3] CE, 8 avril 2019, *Cne de Cannes*, n°425373 ; *CMP*, 2019, comm. 203, note G. Eckert.
[4] Pour une étude approfondie de la notion de confiance, V. notamment : AGULHON S., GUARNIERI F., PERSEIL S., PERSQUEUX Y., (dir.), *La confiance en questions*, L'Harmattan, 2016, 422 p. ; GAILLET A., PERLO N., SCHMITZ J., (dir.), *La confiance. Un dialogue interdisciplinaire*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2018, 139 p.

conviction, de certitude »[1] que placent en l'autre chacune des parties à la négociation, fût-ce sous les traits d'un standard de « *confiance légitime* ».

395. En droit des contrats administratifs, plusieurs auteurs ont fait le lien entre la loyauté et la confiance[2]. Il n'est donc pas interdit d'envisager que l'essor de la négociation se conjugue avec l'essor simultané de la protection accordée à la confiance réciproque entre partenaires à la négociation. L'on peut ainsi envisager la protection des négociations sur deux plans complémentaires : la relation de confiance entre les négociateurs et les éléments négociés.

Dans la première catégorie correspondent toutes les promesses, les demandes, les exigences et les apparences. Autrement dit, il s'agit de la confiance vis-à-vis de son partenaire. Comme l'a fait remarquer le conseiller d'État Nicolas Boulouis à ce propos, « *on s'approche de la loyauté* »[3]. Ce n'est pas simple pour le droit de prévoir tous les manquements dans la mesure où les négociateurs doivent jouir d'une certaine souplesse et « *disposer d'une importante marge de manœuvre* »[4]. L'on doit y ajouter les manquements à l'impartialité[5]. Le juge européen a déjà été amené à annuler une procédure de passation publique durant laquelle le candidat avait été incité à effectuer des investissements massifs considérés comme « *irréversibles* », car excédant de loin les risques économiques « *inhérents aux activités considérées* »[6].

Dans la seconde catégorie se trouveraient alors toutes les conditions de confidentialité des éléments de la négociation propres à chaque procédure de passation. En l'état du droit positif, le Conseil d'État se fonde sur le manquement à l'impartialité pour encadrer ces différentes

---

[1] DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit.*, p. 652.

[2] V. notamment : TRUCHET D., « La reconstruction de l'office du juge du contrat administratif : commet et jusqu'où ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 724 : « la loyauté d'une relation contractuelle ne repose pas seulement sur la bonne foi mais aussi sur une confiance réciproque » ; DOUTEAUD S., *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. *op. cit.*, p. 235 : « Comme la confiance […], la loyauté véhicule l'idée que les parties œuvrent ensemble afin d'assurer le bon déroulement de l'opération prévue » ; BOULOUIS N., « Confiance et loyauté des relations contractuelles dans le contentieux des contrats publics », *in* C. Teitgen-Colly et O. Renaudie (dir.), *Confiance et droit public*, *op. cit.*, pp. 209-210 : « Il y a sans doute à dire sur la confiance tout court dans la vie du contrat, dans son existence même : un contrat est toujours un contrat de confiance […], contracter implique une certaine confiance dans l'avenir car c'est se lier en faisant un pari raisonné et raisonnable mais un pari tout de même ».

[3] BOULOUIS N., « Confiance et loyauté des relations contractuelles dans le contentieux des contrats publics », *in* C. Teitgen-Colly et O. Renaudie (dir.), *Confiance et droit public*, *ibid.*, p. 210.

[4] RICCI J.-CL., LOMBARD F., Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité, op. cit., pp. 59-60.

[5] FOURNOUX L. DE, *Le principe de l'impartialité de l'Administration*, th. Strasbourg, 2017.

[6] V. notamment : TPI, 17 décembre 1998, *Embassy Limousines & Services c/ Parlement*, aff. T.-203/96, *Rec.*, II p. 4239 ; TPICE, 18 avril 2007, *Deloitte Business Advisory NV c/ Comm.*, aff. T-195/05.

hypothèses et ainsi assurer une « *concurrence loyale* »[1]. Cependant, nous ne pensons pas que le manquement à l'impartialité soit suffisant pour garantir l'intégrité de la dimension relationnelle des négociations[2]. Précisément, le manquement à l'impartialité n'aurait pas justifié la sanction prononcée par le juge européen dans les affaires *Embassy Limousines & Services contre Parlement*[3] et *Deloitte Business Advisory NV contre Commission européenne*[4].

396. Par voie de conséquence, nous pensons que c'est sur ce point précis que l'érection d'un principe supplétif de loyauté pourrait être pertinente en s'insérant justement dans les interstices d'une nouvelle pratique procédurale : la conduite des négociations. Le « *principe loyauté des négociations* » garantirait la sécurité juridique des négociations protégeant le « *principe de confiance légitime* ».

Inspirée du droit germanique, la confiance légitime est au cœur de l'ordre juridique communautaire[5] et a même été érigée en principe fondamental du droit de l'Union européenne[6]. En l'état du droit positif français, le « *principe de protection de la confiance légitime* » est utilisé dans le seul champ d'application du droit de l'Union européenne[7]. Par deux décisions rendues en décembre 2013, le Conseil constitutionnel a utilisé l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pour garantir la protection des « *attentes légitimes* »[8] comme impératif[1] central du droit.

---

[1] V. notamment : CE, 14 décembre 2009, *Société Lyonnaise des Eaux France*, n°328157 ; *JCP Adm.*, 2009, act. 16 ; *JCP Adm.,* 2010, comm. 2023, obs. F. Linditch ; *AJDA*, 2009, p. 2434, note J.-M. Pastor ; *CMP*, 2010, comm. 84, obs. G. Eckert ; *BJCP,* 2010, p. 158. ; CE, 14 octobre 2015, *Sté Applicam Région Nord-Pas-de-Calais*, n°390968 ; *CMP*, 2015, comm. 279, note G. Eckert ; *BJCP*, 2016, p. 34, concl. G. Pellissier.

[2] RICCI J.-CL., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité, op. cit.*, pp. 59-60 : « il s'agit d'attacher certains effets de droit à de telles situations car elles ont un coût, elle sont mobilisé des énergies, des informations précieuses ont pu être données, une certaine confiance a été mise dans l'autre partie ».

[3] TPI, 17 décembre 1998, *Embassy Limousines & Services c/ Parlement*, préc.

[4] TPICE, 18 avril 2007, *Deloitte Business Advisory NV c/ Comm*., préc.

[5] CJCE, 3 mai 1978, *Töper c/ Commission*, aff. C-112/77, *Rec.*, p. 1019.

[6] CJCE, 5 mai 1981, *Dürbeck*, aff. C-112/80, *Rec.*, p. 1095.

[7] CE, 9 mai 2001, *Sté mosellane de tractions,* n°211162 : « Considérant que ce principe, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, ne trouve à s'appliquer, dans l'ordre juridique national, que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire ».

[8] V. notamment : Cons. cons., 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, n°2013-682 DC : *Rec.*, p. 1094 ; *AJDA*, 2014, p. 649, tribune B. Delaunay ; *D.*, 2014, p. 1516, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano ; *Constitutions*, 2014, p. 87, chron. X. Bioy ; Cons. cons., 29 décembre 2013, *Loi de finances pour 2014*, n°2013-685 DC : *JO*, p. 22188 ; *Rec.*, p. 1127 ; *AJDA*, 2014, p. 5 ; *AJCT*, 2014, p. 107, obs. J. Lasserre Capdeville ; *ibid.,* p. 68, interview J.-D. Dreyfus et F. Mokhtar ; *Constitutions*, 2014 ? p. 68, chron. A. Barilari.

La confiance légitime est le « *corollaire* »[2] ou « *la dérivation* »[3] du principe de sécurité juridique[4] dans sa dimension subjective[5]. Sur ce point, le professeur Benoît Plessix a interrogé l'idée communément partagée en droit français selon laquelle la dimension subjective de la sécurité juridique est « *étrangère* » au droit français qui n'aurait accueilli que celle objective[6]. Selon l'auteur, « *l'idée sous-jacente de confiance légitime* » aurait pourtant inspiré « *certaines solutions du droit administratif français* »[7] comme celles relatives au sort d'un acte pris par un fonctionnaire irrégulièrement nommé[8] ou irrégulièrement maintenu dans ses fonctions[9], ce que la doctrine a qualifié de « *fonctionnaire de fait* »[10]. Dans ce cas de figure, le juge considère que l'acte est compétemment pris tant que la situation du fonctionnaire n'a pas été tranchée. Dès lors, le principe de légalité n'est pas protégé de manière objective. Précisément, une autorité incompétente est à l'origine de l'édiction d'un acte administratif illégal par contamination. Pourtant, l'apparence de compétence qu'éprouve légitimement l'administré destinataire de l'acte est certainement à l'origine de son maintien par le juge[11]. La légalité est donc appréciée subjectivement dans l'exemple précité. Dans le même ordre d'idée, un auteur a fait référence à un « *principe clandestin mais efficient* »[12] de confiance légitime dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

---

[1] ESTANGUET P., « Quand le Conseil constitutionnel suggère mais ne tranche pas », *Constitutions*, 2019, p. 66.

[2] V. notamment : DELVOLVÉ P., « Contrats publics et sécurité juridique », in EDCE, Rapports publics 2008, op. cit., pp. 329-330 ; CALMES S., Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, th. op. cit., p. 3.

[3] SCHWARZE J., *Droit administratif européen*, Bruylant, 2009, 2ème éd., p. 996.

[4] CJCE, 10 septembre 2009, *Plantanol*, aff. C-201/08, *Rec.*, I, p. 8343.

[5] V. notamment : SCHWARZE J., *Droit administratif européen*, *op. cit*., p. 994 ; CALMES S., *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, th. *op. cit*., p. 166 ; PACTEAU B., « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », AJDA, 1995, p. 151 ; MELLERAY F., « La revanche d'Emmanuel Lévy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », Droit et Société, 2004, p. 146 ; TARTOUR L., « Le principe de la confiance légitime en droit public français », RDP, 2013, p. 311 ; PLESSIX B., « Sécurité juridique et confiance légitime », RDP, 2016, p. 799.

[6] PLESSIX B., « Sécurité juridique et confiance légitime », *ibid.*, p. 802.

[7] PLESSIX B., « Sécurité et confiance légitime », *ibid.*, p. 802.

[8] CE, 2 novembre 1923, Asso. des fonctionnaires de l'administration centrale des postes : Rec., p. 699.

[9] CE, sect., 16 mai 2001, *Préfet de police c/ Ihsen Mtimet*, n°231717 : *Rec.*, p. 234 ; *AJDA*, 2001, p. 643, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *ibid.*, p. 672, note A. Legrand ; *RDP*, 2001, p. 645, note X. Prétot.

[10] JÈZE G., « Essai d'une théorie générale du fonctionnaire de fait », *RDP*, 1914, p. 48.

[11] PLESSIX B., « Sécurité juridique et confiance légitime », art. *op. cit.*, p. 804 : « si les actes d'un fonctionnaire de fait sont tenus pour légaux, c'est parce que le juge administratif tient compte, non pas de l'éventuelle méprise d'un administré négligent à qui l'on accorderait une faveur, mais uniquement de la croyance légitime que l'auteur d'un acte administratif a pu faire naître chez son destinataire, trompé par l'apparence d'un fonctionnaire qui présenterait extérieurement toutes les qualités d'une autorité régulièrement investie, de sorte que les administrés ont pu raisonnablement croire dans la légalité de ses actes ».

[12] MATHIEU B., « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Mélanges Patrice Gélard*, Montchrestien, 2000, p. 301.

Dès lors, la confiance légitime protège les « *espérances fondées* »[1] du requérant selon la formule utilisée par la Cour de justice de l'Union européenne. Pour que l'espérance ou la confiance soit précisément « *légitime* » et ainsi justifier l'engagement de la responsabilité de l'auteur de sa violation, plusieurs conditions doivent être remplies. Il faut que la personne qui invoque sa violation ait été « *prudent[e] et avisé[e]* »[2] et qu'en dépit des précautions essentielles, elle « *ait été surprise par le changement imprévisible et soudain de la ligne de conduite adoptée antérieurement* »[3] par l'interlocuteur. Cela signifie que s'il était possible d'envisager le changement, la croyance ne pourra pas invoquer le manquement à la confiance légitime[4]. Sylvia Calmes opère une distinction entre « *la confiance fondée sur l'apparence* » et celle fondée sur « *l'attente* ». La seconde semble être celle qui pourrait concerner la loyauté des négociations dans la mesure où « *la légitimité reposera sur le caractère logique de l'attente de l'administré à voir l'administration agir de telle ou telle façon* »[5].

397. La discipline contractuelle n'est pas étrangère au principe de protection de la confiance légitime. Précisément, plusieurs décisions rendues par la Cour de justice démontrent qu'elle fait référence à la « *confiance légitime des cocontractants* »[6]. De plus, le juge européen s'est notamment fondé sur la protection du « *principe de confiance légitime* » pour annuler une procédure de passation d'un contrat de la commande publique[7]. Or, en l'état actuel du doit jurisprudentiel, le Conseil d'État a écarté la méconnaissance du « *principe de confiance légitime* » dans le cadre de l'exécution d'un contrat administratif[8]. Nous pensons néanmoins que l'essor des négociations en droit de la commande publique impose l'émergence d'un principe encadrant leur bonne tenue[9]. Dans cette optique, le lien existant entre la confiance et

---

[1] CJCE, 19 mai 1983, *Mavridis c/ Parlement*, aff. C-289/81 : *Rec.*, 1983, p. 1731, concl. Rozes.
[2] CE, 16 novembre 2011, *Sté Ciel-et-Terre et a.*, n°344972 : *Rec.*, p. 825 ; *JCP Adm.,* 2012, comm. 2149, note H. Pauliat ; *RJEP*, 2012, n°695, p. 15, concl. Aladjidi.
[3] CALMES S., *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, th. *op. cit.*, p. 373.
[4] CJCE, 26 novembre 1998, *Covita,* aff. C-370/96.
[5] CALMES S., *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, th. *op. cit.*, pp. 372-373.
[6] V. notamment : CJCE, 10 avril 2003, *Comm. C/ RFA*, aff. C-20/01 ; CJUE, 21 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c/ Chambre de commerce et de l'industrie de l'Indre*, aff. C-465/10.
[7] V. notamment : TPI, 17 décembre 1998, *Embassy Limousines & Services c/ Parlement*, préc. ; TPICE, 18 avril 2007, *Deloitte Business Advisory NV c/ Comm.*, préc.
[8] CE, 19 décembre 2012, *Sté Ab Trans*, n°350341 ; *AJDA*, 2013, p. 722 ; *JCP Adm.*, 2013, comm. 42, note É. Colson ; *CMP*, 2013, comm. 29, note G. Eckert.
[9] RICCI J.-CL., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, *op. cit.*, p. 59.

la loyauté[1] pourrait justifier l'avènement d'un principe supplétif autour justement de la loyauté en droit des contrats administratifs.

En effet, les avantages de la confiance légitime selon Jean-Marie Woehrling semblent parfaitement adaptés à l'évolution du droit de la commande publique. Selon l'auteur, « *le principe de confiance légitime* » peut être utile dans la recherche d'un équilibre entre « *la capacité d'agir ou d'innover des pouvoirs publics et la protection des situations légitimes* »[2]. En droit public français, le Conseil d'État associe en dehors du droit des contrats « *les exigences de loyauté et de confiance légitime* »[3]. Pour autant, comme nous l'avons rappelé, le Palais-Royal réserve l'application de la confiance légitime exclusivement « *dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge français est régie par le droit de l'Union européenne* »[4]. Par cette formule, l'on devine les craintes du Palais-Royal d'accueillir sans réserve un principe aux ramifications au moins indéterminées sinon indéterminables[5]. Notons cependant que la consécration de la loyauté en droit public a posé certainement des problèmes identiques.

398. Alors, la Cour de justice de l'Union européenne pourrait parfaitement faire jouer à un principe supplétif de loyauté des négociations la fonction de garantir l'intégrité des rapports entre parties négociantes ainsi que l'objet de la négociation. Si notre hypothèse est correcte et que l'essor de la négociation en droit de la commande publique se conjugue avec l'avènement prochain d'un « *principe de loyauté des négociations* », faut-il l'accueillir avec enthousiasme ou au contraire, le redouter ?

Par anticipation, si le « *principe de loyauté des négociations* » est d'inspiration européenne, nous supposons qu'il ne sera pas la transposition de la loyauté au sens de *Commune de Béziers*[6] dans les relations précontractuelles. Autrement dit, il serait très étonnant que la Cour de justice dégage un nouveau principe qui aurait pour but, à l'instar du contentieux des parties contractantes, de neutraliser un grand nombre de violations des règles de la commande

---

[1] V. notamment : BEDUSCHI-ORTIZ A., « La notion de loyauté en droit administratif », art. *op. cit.*, p. 944 ; DIEMER M.-O., « La recherche de confiance entre l'administration et l'administré : une quête intarissable », *in* J. Tribolo (dir.), *Défiance, doute, incertitude. Quelle place pour la notion de confiance dans les sociétés modernes ?*, L'Harmattan, coll. « Droit privé et sciences criminelles », 2019, p. 63.
[2] WOEHRLING J.-M., « La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ? », in *Gouverner, administrer, juger : liber amicorum Jean Waline*, *op. cit.*, p. 763.
[3] V. notamment : CE, 5 octobre 2016, *Sté State Bank of India*, n°389377.
[4] CE, 19 novembre 2018, *Cne de Salses-le-Château*, n°412693.
[5] TARTOUR L., « Le principe de protection de la confiance légitime en droit public français », art., *op. cit.*, p. 308.
[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers* préc.

publique, elles-mêmes dérivées du droit de l'Union européenne. Pour preuve, la Cour de justice a par le passé sanctionné l'État allemand dans le cadre d'un recours en manquement en raison de deux marchés passés en violation des directives applicables à cette époque[1]. Si notre supposition est correcte, il y a lieu d'accueillir un principe qui sécuriserait les négociations. Le danger de débordement serait d'autant plus circonscrit que la « *confiance légitime* » fait référence à un standard. Donc, le juge pourrait faire « *jouer* » le principe selon les circonstances.

[1] V. notamment : CJCE, 10 avril 2003, *Comm. c/ Allemagne*, préc. ; CJCE, 18 juillet 2007, *Comm. c/ Allemagne*, aff. C-503/04.

*

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

399. Initialement circonscrite à la seule contestation de validité du contrat par une partie, la loyauté n'est pas strictement limitée à cela. En effet, un mouvement récent tend à vouloir faire jouer à la loyauté en droit des contrats administratifs un rôle nouveau. Que ce soit dans certaines décisions rendues par les juridictions administratives ou appelées de leurs vœux par des membres de la doctrine, une tendance au décloisonnement de la loyauté pour qu'elle déploie ses effets en amont du contrat est tout à fait prégnante. Dès lors, les développements précédents nous ont conduit à examiner la pertinence d'une extension de la loyauté aux relations précontractuelles. Notre démarche consistait d'une part à nous demander si les raisons qui ont conduit à l'érection d'un « *principe de loyauté précontractuelle* » en droit privé des obligations devaient être transposées au droit des contrats administratifs, puis, d'autre part, à vérifier si l'idée de la loyauté n'était pas déjà garantie par les mécanismes et principes existant déjà en droit positif. Autrement dit, l'avènement d'un nouveau principe contentieux de loyauté est-il nécessaire si l'idée de loyauté est en définitive déjà garantie en droit positif ?

400. Ainsi, nous sommes arrivés à la conclusion que les maux qui ont été à l'origine de l'utilisation du « *principe de loyauté précontractuelle* » en droit privé ne se retrouvent pas en droit public[1]. Pour autant, il ne faut pas en conclure que le droit des contrats administratifs n'est pas confronté à des problématiques similaires. Cependant, la liberté contractuelle au même titre que la rupture des pourparlers semble suffisamment encadrée par les règles de droit déjà existantes qui sont désormais codifiées au sein du Code de la commande publique.

L'idée d'une loyauté avant la signature du contrat consiste à prémunir la phase de construction du contrat définitif ainsi que la contestation de la procédure de passation de toute malhonnêteté des acteurs de la commande publique, aussi bien l'acheteur que l'opérateur économique. Or, la loyauté en-deçà du contrat est déjà protégée par le droit positif, aussi bien par la lésion que par les principes fondamentaux de la commande publique. La lésion

[1] V. notamment : RICCI J.-CL., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations. Contrats, op. cit.*, p. 59 ; BRISSON J.-F., « De l'offre et de l'acceptation en droit administratif des contrats : comparaison n'est pas raison », *in* J. Martin (dir.), *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 49

empêche les stratégies contentieuses déloyales. Les principes fondamentaux de la commande publique imposent l'honnêteté dans les rapports précontractuels. Par voie de conséquence, nous pensons qu'il serait inutile de dégager un nouveau principe de loyauté. Celui-ci ne serait qu'un simple ajout et non un véritable apport[1].

401. En revanche, les règles de droit existantes suffisent-elles à appréhender sereinement les évolutions de la commande publique ? Les transformations sous-jacentes des procédures de passation seront-elles forcément protégées contre la déloyauté par les mécanismes et principes existants ? Par déduction des transformations récentes de la commande publique et par anticipation de celles à venir, nous avons envisagé deux hypothèses d'utilisation probable d'un principe de loyauté en amont du contrat. Premièrement, un principe supplétif de loyauté en amont du contrat pourrait être utile pour encadrer les procédures de passation des contrats exclus de la commande publique. Celles-ci offrent une marge de manœuvre qui peut être source d'inquiétudes pour les acheteurs et autorités concédantes. La loyauté serait dans cette configuration l'instrument idoine permettant au juge de vérifier si les pouvoirs adjudicateurs ont été suffisamment diligents dans la mise en œuvre de la publicité et de la mise en concurrence. Deuxièmement, l'essor actuel de la négociation pourrait conduire à l'avènement d'un principe supplétif de loyauté[2] précisément des négociations. Celui-ci aurait pour objet d'encadrer les rapports précontractuels entre d'une part la dimension relationnelle de la négociation et d'autre part, les éléments négociés. La loyauté des négociations aurait alors pour effet de garantir la confiance, la sincérité et la bonne foi entre les partenaires et ainsi les prémunir contre toute atteinte à leurs confiances et espérances légitimes.

402. Cependant, l'examen de l'indétermination du champ d'application de la loyauté en droit des contrats administratif ne s'épuise pas dans l'anticipation des évolutions en-deçà du contrat. Au contraire, elle nous conduit à envisager une extension au cœur des modalités d'exécution et au-delà de la relation contractuelle.

---

[1] COLLET M., « La loyauté en matière fiscale », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public, op. cit.,* p. 326.

[2] BOULOUIS N., « Confiance et loyauté des relations contractuelles dans le contentieux des contrats publics », *in* C. Teitgen-Colly et O. Renaudie (dir.), *Confiance et droit public*, *op. cit.*, p. 211 : le conseiller d'État Nicolas Boulouis reconnaissant lui-même que la loyauté est « *un outil en construction* ».

Chapitre second

L'EXTENSION DE LA LOYAUTÉ AU CŒUR ET AU-DELÀ DE LA RELATION CONTRACTUELLE

403. En 2009[1], le Conseil d'État a entendu faire jouer à la loyauté des relations contractuelles le rôle d'instrument contentieux ne trouvant à déployer ses effets que dans le cadre de la contestation de validité du contrat à l'initiative d'une partie. Pour autant, le droit n'est pas figé et les créations prétoriennes notamment lorsqu'elles prennent la forme de standards sont susceptibles d'évoluer et de déborder de leur carcan originel. C'est certainement ce que sous-entend le professeur Benoît Plessix lorsqu'il évoque « *le risque que les créatures jurisprudentielles* » puissent « *échapper à leurs créateurs* » dans le cadre de son examen de la loyauté des relations contractuelles[2].

Ainsi, la loyauté des relations contractuelles pourrait évoluer et influer non plus seulement sur le recours en contestation de validité du contrat, mais au contraire sur les différentes étapes du contrat, de sa formation jusqu'à son terme. Pourtant, dans ses conclusions sur la décision *Commune de Montreuil*, Bertrand Dacosta a insisté sur le fait que la loyauté des relations contractuelles ne pouvait s'appliquer ni au cœur des relations précontractuelles ni « *au-delà des limites temporelles du contrat* »[3].

404. Les développements précédents nous ont d'ailleurs conduit à considérer, par un exercice d'anticipation, comme probable l'avènement d'un principe supplétif de loyauté des négociations au cœur des relations précontractuelles[4]. Autrement dit, l'évolution du droit de la commande publique pourrait provoquer le décloisonnement des effets de la loyauté. Or, les évolutions relatives au champ d'application de la loyauté ne s'épuisent pas dans l'analyse des relations précontractuelles. Bien au contraire, les développements qui vont suivre doivent nous permettre de tester la pertinence d'une extension de ses effets, non pas cette fois ci en-deçà mais bien durant et au-delà de la relation contractuelle.

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] PLESSIX B., *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1472.
[3] DACOSTA B., « Concl. sur CE, 11 avril 2014, *Commune de Montreuil*, préc. ».
[4] V. *supra*, § 382 et s.

405. Contrairement à la potentielle loyauté en-deçà du contrat, le Conseil d'État a fait montre d'une certaine volonté d'ouverture en faveur d'une loyauté au cœur de l'exécution de la relation contractuelle. En l'état actuel du droit jurisprudentiel, sans que le Conseil d'État ait profondément transformé le champ d'application de la loyauté en droit des contrats administratifs, la question de la pertinence d'une loyauté au cœur de l'exécution doit être posée. Au-delà de la relation contractuelle, le terme du contrat incarne, en matière de marché public de travaux, le commencement de plusieurs garanties : de parfait achèvement[1], de fonctionnement[2], décennale ainsi que la garantie trentenaire pour fraude ou dol[3]. Bien qu'il existe une confusion en doctrine, Jérémy Bousquet a démontré que l'ensemble de ces mécanismes de responsabilité pouvaient être classés parmi la responsabilité contractuelle[4].

Par voie de conséquence, il nous revient d'aborder la question de la pertinence d'une extension de la loyauté aux modalités d'exécution du contrat **(Section première)** et une prolongation au-delà de son terme **(Section seconde)**.

Section1

L'EXTENSION ENVISAGÉE DE LA LOYAUTÉ AU CŒUR DE LA RELATION CONTRACTUELLE

406. Il ne faut pas confondre la loyauté des relations contractuelles au sens de *Commune de Béziers*[5] et la loyauté au cœur de la relation contractuelle. Pour le rapporteur public Nicolas Boulouis, la loyauté comme instrument contentieux est circonscrite. Autrement dit, elle intéresse les parties contractantes « *mais dans le prétoire du juge, sous le regard du juge, du juge du contrat* »[6]. Dès lors, la loyauté au cœur de la relation contractuelle doit sortir du carcan contentieux pour s'intéresser cette fois ci aux modalités d'exécution du contrat par les cocontractants. Si ce n'est manifestement pas le sens que le Conseil d'État a entendu faire

[1] CE, 26 juillet 1985, *SARL Bâtiment Moderne*, *Rec.*, p. 688.
[2] CE, 21 février 1986, *Sté Peinture et reconstruction c/ AAP de Marseille*, *Rec.*, p. 44 ; *D.* 1986, p. 429, obs. Ph. Terneyre.
[3] CE, 24 mai 1974, *Sté Paul Millet et Cie*, n°85939 et 86007 ; *Rec.*, p. 310, concl. Vught.
[4] BOUSQUET J., Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif, th. op. cit., p. 388.
[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[6] BOULOUIS N., « Confiance et loyauté des relations contractuelles dans le contentieux des contrats publics », *in* C. Teitgen-Colly et O. Renaudie (dir.), *Confiance et droit public*, *op. cit.*, p. 210.

jouer à la loyauté dans la décision *Commune de Béziers*, rien n'empêche le juge, à l'avenir, de faire évoluer l'outil qu'il a lui-même créé, profitant de la souplesse et de l'adaptabilité que lui offre le standard de loyauté[1].

407. L'exercice auquel nous nous livrons ne se base pas exclusivement sur l'anticipation des évolutions jurisprudentielles, mais bien sur l'examen de plusieurs décisions et avis rendus ces dernières années par les juridictions administratives. Celles-ci nous invitent à examiner la pertinence d'une telle évolution de la loyauté, d'un principe contentieux à un modèle de conduite de la relation contractuelle et en conséquence de redouter son avènement.

Dans ses conclusions sur *Commune de Béziers*, Emmanuel Glaser a rappelé que « *les parties se sont en effet engagées, en principe librement, dans cette relation et il est de leur devoir de se comporter avec loyauté et bonne foi dans l'exécution du contrat* »[2]. Autrement dit, la loyauté pourrait non plus seulement filtrer les moyens dans le cadre d'un recours des parties contractantes, mais déployer ses effets également au cœur de l'exécution, ce que des auteurs ont pu qualifier de « *vie du contrat* »[3].

408. Cependant, il ne faut pas confondre le contrôle du comportement du requérant durant l'exécution et l'analyse comportementale qui existe en droit privé. Cette dernière a pour objet et pour effet de limiter l'inégalité entre les parties et d'imposer des obligations positives de collaboration et de solidarité. À l'occasion de l'avènement de la jurisprudence *Commune de Béziers*[4], le Palais-Royal n'a pas tout à fait retenu cette proposition et a restreint la loyauté à la seule contestation de validité du contrat à l'initiative d'une partie contractante.

Pourtant, il existe un mouvement tendant à faire jouer à la loyauté un rôle cette fois-ci au cœur de l'exécution du contrat administratif **(Paragraphe premier)**. Nous redoutons l'avènement d'un tel principe et au contraire, soutenons le maintien d'une « *déloyauté nécessaire* »[5] de l'administration contractante **(Paragraphe second)**.

---

[1] V. *supra*, § 92 et s.
[2] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 514.
[3] RICCI J.-CL., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité, op. cit.*, p. 179 : « L'exécution du contrat administratif est, comme pour tout autre contrat, une étape importante, celle de la vie du contrat, le moment de vérité où les acteurs vont passer à la mise en œuvre pratique de leur projet ».
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] RIVERO J., « Qu'est-ce que la loyauté de l'État ? », art. *op. cit.*, p. 1.

§1. LA LOYAUTÉ, UN INSTRUMENT AU CŒUR DE LA RELATION CONTRACTUELLE LIÉ À LA CONFIANCE ENTRE LES PARTIES CONTRACTANTES

409. L'essor du contrat administratif comme mode d'action de l'administration ne fait plus de doute aujourd'hui. L'utilisation de plus en plus fréquente du contrat en tant qu'instrument de gestion de la vie administrative pourrait, de prime abord, inciter au renouvellement de l'image de la personne publique partie au contrat. Autrement dit, elle ne serait plus seulement l'incarnation de l'exorbitance et la figure tutélaire de la puissance publique, mais deviendrait « *la figure du "partenaire"* »[1] avec qui des rapports de confiance doivent être noués.

Nous venons d'expliquer comment la transformation du droit de la commande publique avec l'émergence prégnante de la négociation contribuent à modifier les rapports relationnels entre l'acheteur et le candidat. Dans la même logique, plusieurs décisions rendues par le juge du contrat ont tenté de décloisonner la loyauté des relations contractuelles en lui conférant un rôle nouveau. Précisément, la loyauté pourrait être un instrument de contrôle des modalités d'exécution du contrat administratif par l'administration contractante. C'est en tout cas ce qu'ont souhaité certaines juridictions administratives.

En l'état actuel de la jurisprudence, la plus haute juridiction administrative s'oppose à la reconnaissance d'une loyauté permettant de sanctionner l'administration dans l'exercice de ses obligations contractuelles **(A)**. Cependant, nous pensons qu'il existe malgré tout une influence diffuse de la loyauté au cœur de l'exécution du contrat tendant à transformer la loyauté en un modèle de conduite contractuelle **(B)**.

A) UNE TENTATIVE D'EXTENSION DES EFFETS DE LA LOYAUTÉ POUR L'INSTANT BLOQUÉE PAR LE CONSEIL D'ÉTAT

410. Depuis plusieurs années, un nombre croissant de décisions rendues par les Cours administratives d'appel tend à faire jouer à la loyauté des relations contractuelles un autre rôle

[1] NIQUÈGE S., « Les figures de la loyauté en droit public. Propos introductifs », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public, op. cit.,* p. 12.

que celui déterminé initialement par le Conseil d'État dans la décision *Commune de Béziers*[1]. Partant, au même titre que nos développements précédents relatifs à l'extension potentielle d'une loyauté dans les relations précontractuelles, c'est bien l'appréciation des contours de la loyauté en droit des contrats administratifs qui est susceptible d'évoluer[2], qui est la conséquence de la force de pénétration de la loyauté en droit[3] et notamment en droit des contrats.

411. Nous avons déjà cité le cas d'un juge du contrat saisi en appel qui s'est aventuré sur le terrain du « *principe de loyauté des relations contractuelles* » par l'administration contractante dans la manière dont elle a exécuté ses obligations contractuelles en utilisant la formule « *à supposer même que* ». Finalement, la Cour administrative d'appel de Versailles a écarté ce moyen dans la mesure où la société requérante « *n'établit pas la réalité du préjudice qu'elle allègue avoir subi* »[4]. Mais il existe d'autres exemples. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Bordeaux, saisie en appel sur l'affaire précitée opposant la société ASA Réunion au syndicat mixte de Pierrefonds[5] a bien fait jouer à la loyauté des relations contractuelles un rôle nouveau. Précisément, l'instrument contentieux n'a pas servi à encadrer la contestation de la validité du contrat par le requérant, mais bien dans la manière dont l'administration l'a exécuté. L'on peut écarter cette décision dans la mesure où elle a été contredite ensuite par la plus haute juridiction administrative[6] avant que la Cour administrative d'appel de Bordeaux statue de nouveau après renvoi[7]. Notons cependant qu'elle n'est pas la seule à poursuivre un tel mouvement de décloisonnement de la loyauté en contentieux des contrats administratifs. Elle s'inscrit en réalité dans une tendance assez nette.

Ainsi, la Cour administrative d'appel de Marseille, saisi d'un moyen selon lequel le pouvoir adjudicateur aurait manqué au « *principe de loyauté des relations contractuelles en*

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[2] ECKERT G., « Pénalités de retard et loyauté des relations contractuelles », art. *op. cit.*, comm. 141 : « Cela reflète les réserves croissantes que suscite l'intrusion du principe de loyauté fondé, non plus simplement sur l'invocation des règles de passation des contrats administratifs, mais aussi sur leurs modalités d'exécution ».

[3] Sur l'influence de la loyauté dans tout le droit public, V. notamment : S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public, op. cit.,* 514 p. ; FERRARI S., HOURSON S. (dir.), *La loyauté en droit public, op. cit.,* 186 p.

[4] CAA Versailles, 18 octobre 2012, *Sté Altaïr Sécurité*, préc.

[5] CAA, Bordeaux, 7 mai 2014, *Sté ASA Réunion*, préc. : « l'obligation de loyauté des relations contractuelles » s'est en l'espèce opposée au comportement de l'administration contractante qui souhaitait « se soustraire du montant à payer » pour les prestations en cours de réalisation par le cocontractant. Une fois celles-ci entièrement exécutées, l'administration a réglé la créance qu'elle « estimait avoir sur la société ».

[6] CE, 7 décembre 2015, *Syndicat mixte de Pierrefonds c/ Sté ASA Réunion*, préc.

[7] CAA Bordeaux, 15 juillet 2016, *Sté ASA Réunion*, n°15BX04090.

s'abstenant de délivrer spontanément une autorisation d'occupation temporaire du domaine public », ne s'est pas contentée de l'écarter comme mal fondé. Au contraire, le juge du contrat a considéré que la commune n'avait commis aucune faute[1]. En outre, la Cour administrative d'appel de Paris a jugé que la loyauté pouvait avoir été méconnue lorsque la volumétrie des déchets à traiter était manifestement surévaluée dans un but malhonnête. La Cour note qu'il « *ressort du rapport de la chambre territoriale des comptes déjà mentionné et n'est pas contesté par la société que celle-ci, à l'insu de ses partenaires et en violation du principe de loyauté des relations contractuelles, surévalué les quantités estimées de déchets à traiter* ***afin d'obtenir des communes contractantes qu'elles couvrent ses charges d'exploitation*** »[2]. Il s'agissait donc d'une manœuvre de la société qui a profité d'une part de « *l'incapacité matérielle* » de la commune « *de vérifier l'exactitude de l'estimation effectuée par la société* » et d'autre part, de l'absence de choix du prestataire.

412. Les mêmes analyses peuvent être faites en présence de litiges relatifs au décompte général et définitif d'un marché public de travaux. Le décompte révèle, contrairement à l'acte unilatéral[3] de réception des travaux[4], la véritable fin de la relation contractuelle et c'est à cette occasion que le solde doit être réglé[5]. Acte contractuel complexe, le décompte général et définitif[6], au même titre que le décompte partiel final, peuvent être vecteur d'un contentieux non négligeable sur la place notamment du paiement des pénalités de retard ou du règlement des prestations supplémentaires. À ce titre, de nombreuses décisions rendues par les

---

[1] V. notamment : CAA Marseille, 30 septembre 2013, *Cne de Cavalaire-sur-Mer*, préc. ; CAA Marseille, 12 décembre 2016, *Stés EMTS et Envéo Ingénierie*, préc.

[2] CAA Paris, 18 mars 2014, *Cne de Arue*, préc. [nous soulignons]

[3] HOEPFFNER H., *Les garanties des constructeurs en droit public*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2018, p. 18 : « [La réception] n'est pas un fait juridique qui serait constitué par l'élément matériel du paiement, ni une "convention non créatrice d'obligations" portant "accord sur l'achèvement des travaux". Elle est un acte juridique unilatéral ».

[4] LAUBADÈRE A. (de), MODERNE F., DELVOLVÉ P., *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, n°1525 : « [La réception d'un ouvrage est] une constatation contradictoire par laquelle, dans tout contrat de louage d'ouvrage, le maître de l'ouvrage estime que celui-ci est en état d'être reçu, l'accepte tel qu'il a été "œuvré" par le "locateur" d'ouvrage. Le sens même de la réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves ».

[5] V. notamment : CE, 6 avril 2007, *Centre hospitalier de Boulogne-sur-Mer,* n°264490 et n°264491 : « [La réception est] par elle-même, sans effet sur les droits et obligations financiers nés de l'exécution du marché, à raison notamment de retards ou de travaux supplémentaires, dont la détermination intervient définitivement lors de l'établissement du solde du décompte définitif ; seule l'intervention du décompte général et définitif du marché a pour conséquence d'interdire au maître d'ouvrage toute réclamation à cet égard » ; Concl. BOULOUIS N. sur CE, 14 mai 2008, *OPAC de Seine-Maritime*, n°295253 : « Ce n'est pas la réception de l'ouvrage mais le décompte général dont l'établissement est postérieur et d'ailleurs déclenché par la réception, qui marque la fin des relations financières issues du contrat et de son exécution ».

[6] V. notamment : DEVILLERS P., « Le décompte général et définitif dans les marchés de travaux », *CMP*, 2014, étude 9 ; HOEPFFNER H., *Les garanties des constructeurs en droit public, op. cit.,* pp. 51-52.

juridictions d'appel font jouer à un « *principe de loyauté des relations contractuelles* » le rôle d'instrument contribuant à contrôler le comportement d'une partie contractante durant l'exécution[1].

413. Pour autant, la position des formations contentieuses du Conseil d'État, rappelée dans la décision de 2015 précitée[2], ou récemment dans un arrêt de 2019[3], n'est pour l'heure pas remise en question. Dans une affaire tout à fait récente portant sur un recours en reprise des relations contractuelles[4], le Conseil d'État a ainsi considéré que le comportement de l'administration contractante pouvait révéler la résiliation tacite de son contrat. En se fondant sur les « *circonstances* » mais sans évoquer la loyauté, le Conseil d'État semble entendre renforcer son contrôle sur les modalités d'exécution du contrat administratif. Autrement dit, si les « *circonstances* » démontrent que l'administration « *a mis fin de façon non équivoque* » mais tacitement à l'exécution de son contrat, celui-ci est considéré par le juge comme résilié.

414. Bien que n'étant pas explicitement mentionnée au cœur de la décision, nous pensons que c'est une idée diffuse de loyauté qui a influencé la solution. Dans le cadre de ses observations, le professeur Laurent Richer considère ainsi que cet arrêt démontre l'influence d'une certaine forme de « *loyauté* »[5] liée aux modalités d'exécution du contrat par les cocontractants[6]. En s'intéressant au comportement de l'administration contractante durant l'exécution de son propre contrat, le Conseil d'État tend à créer une loyauté comportementale. La lecture des conclusions de Gilles Pellissier, sans qu'il soit fait explicitement référence à la loyauté, est riche d'enseignements. Pour le rapporteur public, « *saisir un comportement de la personne publique cocontractante qui, sans prononcer expressément la résiliation du contrat, agirait comme si elle n'entendait plus l'exécuter, permettra au cocontractant de sortir de l'impasse*

---

[1] V. notamment : CAA Paris, 3 mars 2015, *Sté Bouygues TP*, préc. : « eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, les parties doivent être regardées comme ayant, d'un commun accord, renoncé sur ce point aux clauses initiales du marché […] » ; CAA Bordeaux, 29 juin 2018, *Centre hospitalier de Rochefort*, préc. : « contrairement à ce que soutient le centre hospitalier de Rochefort en méconnaissance du principe de loyauté des relations contractuelles, le décompte général doit donc être regardé comme devenu définitif ».

[2] CE, 7 décembre 2015, Syndicat mixte de Pierrefonds c/ Sté ASA Réunion, préc.

[3] CE, 25 janvier 2019, *Sté Self Saint-Pierre et Miquelon*, n°423331 : « Dans ces conditions, la collectivité territoriale ne saurait se prévaloir ni de la méconnaissance du principe de loyauté dans les relations contractuelles ni du principe selon lequel une personne publique ne peut pas être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas pour soutenir que la créance de la société est sérieusement contestable ».

[4] CE, 27 février 2019, *Département de la Seine-Saint-Denis*, n°414114 ; *AJDA*, 2019, p. 1058, obs. L. Richer.

[5] RICHER L., « Le comportement de la personne publique valant résiliation tacite du marché public », *AJDA*, 2019, p. 1060.

[6] RICHER L., « Le comportement de la personne publique valant résiliation tacite du marché public », *ibid.,* p. 1060.

dans laquelle cette abstention le place et de former rapidement une action en reprise des relations contractuelles »[1]. De prime abord, il pourrait paraître déroutant de considérer que la loyauté invite le cocontractant à exercer un recours contre son partenaire. Pourtant, ledit recours a pour objet et effet de reprendre les relations contractuelles. La mention d'ailleurs bienvenue du rapporteur public sur l'immédiateté du recours « *Béziers II* »[2] s'explique en raison des difficultés pour obtenir du juge la reprise des relations contractuelles[3]. En définitive, sous couvert d'inciter le cocontractant à l'exercice d'un recours, la décision *Département de la Seine-Saint-Denis*[4] tend à garantir la stabilité des relations contractuelles.

415. En outre, l'évolution impulsée par les juridictions d'appel conduit nécessairement à modifier l'acception singulière de la loyauté des relations contractuelles en droit public. Initialement circonscrite à la fidélité de l'engagement donné, finalisée pour garantir « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[5], l'instrument qu'est la loyauté des relations contractuelles, s'il devait permettre par exemple d'opposer à l'administration contractante un manque de diligence dans la mise en œuvre d'une sanction conduirait nécessairement à revoir la définition.

416. En conséquence, la loyauté ne serait plus exclusivement la fidélité au contrat empêchant les stratégies d'évitement malhonnêtes. Elle prendrait l'apparence de la fidélité au cocontractant et serait alors drapée de toutes les potentialités tant redoutées que peuvent notamment être la reconnaissance de la confiance légitime et de l'estoppel. Par exemple, si l'administration fait comprendre, non sans jouer sur l'ambigüité et des non-dits, qu'elle ne prendra pas telle ou telle mesure, elle peut faire naître chez l'autre un sentiment légitime de confiance. En cas de changement de position, le cocontractant pourrait opposer la contradiction de l'administration contractante à son détriment. En définitive, pareil décloisonnement de la loyauté contractuelle nous semble conduire à la fin de sa conception

---

[1] PELLISSIER G., « Concl. sur CE, 27 février 2019, *Département de la Seine-Saint-Denis*, préc. ».
[2] CE, sect., 23 mai 2011, *Cne de Béziers*, n°304806, Lebon avec les concl. ; *AJDA*, 2011, p. 670, chron. A. Lallet ; *RDI*, 2011, p. 270, obs. S. Braconnier ; *AJCT*, 2011, p. 291, obs. J.-D. Dreyfus ; *RFDA*, 2011, p. 507, concl. E. Cortot-Boucher et 518, note D. Pouyaud.
[3] CORTOT-BOUCHER E., « L'office du juge du contrat dans le contentieux de la résiliation », *RFDA*, 2011, p. 513 : « Si une décision du juge n'intervient pas rapidement en effet, l'administration aura tôt fait de prévoir une solution alternative pour faire en sorte que, si elle conserve un intérêt, l'exécution du contrat résilié se poursuive. Elle pourra ainsi décider de reprendre son exécution en régie, ou encore de faire appel aux services d'un autre cocontractant. Le juge sera alors amené à constater soit que la reprise des relations contractuelles est devenue sans objet, soit qu'elle porte atteinte à un motif d'intérêt général, soit qu'elle lèse les droits du nouveau cocontractant, et donc en toute hypothèse, qu'elle est impossible » [nous soulignons].
[4] CE, 27 février 2019, *Département de la Seine-Saint-Denis*, préc.
[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

singulière, propre au droit public, et mener à une grave banalisation du contrat administratif lui-même[1].

B) LA LOYAUTÉ AU CŒUR DE LA RELATION CONTRACTUELLE, D'UN INSTRUMENT CONTENTIEUX À UN PRÉCEPTE D'EXÉCUTION DU CONTRAT ADMINISTRATIF

417. En expliquant qu'il relève « *du devoir* » des cocontractants d'exécuter leur contrat avec loyauté, Emmanuel Glaser avait posé la première pierre du décloisonnement des effets de la loyauté des relations contractuelles[2]. À ce titre, relevons que la Cour administrative de Bordeaux semble avoir fait la différence entre « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[3] au sens contentieux et « *l'obligation de loyauté dans les relations contractuelles* »[4].

Comme Gilles Pellissier l'a d'ailleurs reconnu dans ses conclusions sur la décision *Syndicat mixte de Pierrefonds*, « *il n'est certes pas inconcevable d'appliquer aux relations contractuelles elles-mêmes un principe de loyauté* »[5]. Cette loyauté irriguerait le comportement et l'attitude des parties durant l'exécution de leur contrat **(1)** et invitant même le juge à se servir de la loyauté pour interpréter les stipulations lacunaires des contrats administratifs **(2)**.

1. L'idée diffuse de loyauté au cœur de l'exécution du contrat administratif

418. Nous avons précédemment démontré que la loyauté des relations contractuelles au sens de la jurisprudence *Commune de Béziers*[6] est à l'origine de fonctions négatives en droit

[1] PLESSIX B., « Chronique de droit administratif », art. *op. cit.,* p. 677.
[2] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 514.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[4] CAA, Bordeaux, 7 mai 2014, *Sté ASA Réunion*, préc.
[5] PELLISSIER G., « Concl., sur CE, 7 décembre 2015, *Syndicat mixte de Pierrefonds c/ Sté ASA Réunion*, préc. ».
[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

public. Autrement dit, la loyauté visée ne servirait qu'à empêcher la rupture des contrats administratifs irréguliers[1] et combattre également l'inefficacité de l'action administrative[2].

419. Dès lors, le manquement à la loyauté des relations contractuelles invoquée par le requérant dans l'affaire précitée l'opposant au syndicat mixte de Pierrefonds[3] diffère manifestement de celui prévu en 2009[4]. Accueillie par le juge en appel[5] et rejetée ensuite par le Conseil d'État[6], cette « *obligation de loyauté dans les relations contractuelles* » n'est plus un instrument contentieux, mais bien un modèle de conduite de la relation contractuelle. Autrement dit, elle ne se borne pas à restreindre les moyens susceptibles de conduire à l'annulation ou l'inapplication du contrat dont la validité est contestée, mais bien à reprocher les modalités de son exécution par l'autre partie. D'ailleurs, lorsque les professeurs Jean-Claude Ricci et Frédéric Lombard affirment que l'étape d'exécution des obligations est « *dominée par la bonne foi et la loyauté contractuelle* »[7], nous soutenons qu'ils confondent justement la loyauté comme instrument contentieux et la loyauté au cœur de la relation contractuelle. Comme le professeur Jean-François Sestier[8], en voulant valoriser la seconde ils ne traitent en définitive que de la première[9].

420. Cette loyauté plus étendue, bien que n'étant pas reconnue par le Conseil d'État en l'état actuel du droit, serait source d'obligations positives cette fois-ci. Elle se rapprocherait de la

---

[1] V. *supra*, § 131 et s.
[2] V. *supra*, § 171 et s.
[3] CE, 7 décembre 2015, *Syndicat mixte de Pierrefonds c/ Sté ASA Réunion*, préc.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] CAA, Bordeaux, 7 mai 2014, *Sté ASA Réunion*, préc. : « le syndicat s'est alors abstenu d'informer le titulaire de ce nouveau marché de son intention de soustraire du montant à payer pour ces prestations, la différence de prix entre les prestations du marché initial de 2005 et celles du marché qu'elle venait de souscrire ; qu'il n'a informé la société de cette intention que le 26 décembre 2007, à une date à laquelle les prestations commandées au titre de l'exécution des prestations de remplacement étaient pratiquement achevées ; qu'il a ensuite imputé la créance qu'il estimait avoir sur la société du fait de ses manquements dans le cadre du marché de 2005 sur les prestations facturées au titre de février et mars 2009, en n'émettant le titre exécutoire que le 20 juin 2008, alors que ces prestations avaient été exécutées ; qu'en procédant de la sorte, le Syndicat mixte de Pierrefonds a manqué à l'obligation de loyauté dans les relations contractuelles » [nous soulignons].
[6] CE, 7 décembre 2015, Syndicat mixte de Pierrefonds c/ Sté ASA Réunion, préc.
[7] RICCI J.-CL., LOMBARD F., Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité, op. cit., p. 190.
[8] SESTIER J.-F., « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit.,* p. 451.
[9] RICCI J.-CL., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité, op. cit.*, p. 190 : « Le juge a égard, pour déterminer s'il y a déloyauté d'un contractant, à deux éléments. D'une part, il examine les faits et comportements reprochés pour en vérifier l'éventuel caractère déloyal, d'autre part, en cas de réponse positive, il recherche si l'irrégularité qui en résulte est d'une gravité suffisante, eu égard aux intérêts en jeu, pour justifier l'annulation du contrat ou plutôt des mesures correctives ».

dimension relationnelle de la loyauté au cœur de l'exécution du contrat défendue par l'école du « *solidarisme contractuel* »[1]. Pour les tenants de cette doctrine, la loyauté doit jouer un rôle prépondérant dans la formation, mais aussi au cœur de l'exécution du contrat. Précisément, elle devrait commander aux parties une nouvelle lecture de l'exécution de leurs obligations. Ce faisant, la loyauté contribuerait à l'avènement d'une nouvelle « *devise* » du contrat vivement défendue par le professeur Denis Mazeaud, un des plus fervents défenseurs du solidarisme : « *loyauté, solidarité, fraternité* »[2].

Inspirée par l'esprit de l'article 1104 du Code civil et de l'article 26 de la convention de Vienne[3], cette évolution sous-jacente a ses partisans en doctrine. Pour preuve, les professeurs Jean-Claude Ricci et Frédéric Lombard soutiennent l'idée que la loyauté « *a une portée plus large* »[4] que celle qu'a bien voulu lui conférer la formation la plus solennelle du Conseil d'État. Avant son avènement en 2009[5], le professeur Christine Bréchon-Moulènes a rappelé comme une règle de bon sens que « *les deux parties ont intérêt à la bonne exécution du contrat* ». Dans ce cas, l'idée diffuse de loyauté au cœur de l'exécution du contrat administratif imposerait aux cocontractants d'avoir des « *comportements raisonnables* »[6]. Suivant la même logique, le professeur Hélène Hoepffner reconnaissait que « *l'exécution d'un contrat requiert un comportement loyal, à tout le moins normal des cocontractants* »[7]. Il y aurait donc une influence de la loyauté non plus en tant que principe contentieux, mais bien en tant que modèle de conduite tout au long de l'exécution du contrat administratif[8].

---

[1] Sur la doctrine du « *solidarisme* contractuel », V. notamment : DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. VI, 1931, n°3 ; MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, art. *op. cit.*, p. 6 ; JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle, op. cit.*, p. 446 ; LEQUETTE Y., « Bilan des solidarismes contractuels », in *Études de droit privé. Mélanges offerts à Paul Didier*, *op. cit.*, p. 247 ; RÉMY Ph., « La genèse du solidarisme », *in* L. Grynbaum et M. Nicod, *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, p. 3 ; JAMIN Ch., « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », *in* L. Grynbaum et M. Nicod, *Le solidarisme contractuel, op. cit.*, p. 160.

[2] MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, art. *op. cit.*, p. 6.

[3] Article 26 de la convention de Vienne du 23 mai 1969 : « Tout traité en vigueur lie les Parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

[4] RICCI J.-CL., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité, op. cit.,* p. 190.

[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[6] BRÉCHON-MOULÈNES CH., « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », in Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, op. cit., p. 452.

[7] HOEPFFNER H., La modification du contrat administratif, th. op. cit., p. 34.

[8] HOEPFFNER H., La modification du contrat administratif, ibid., p. 37.

421. En droit public donc, si le champ d'application de la loyauté imposait à l'avenir la consécration d'obligations positives au cœur de l'exécution du contrat administratif, nous pensons que la loyauté dont il serait question ne serait plus influencée par la légalité, mais bien par la fidélité. Précédemment, nous avions expliqué que la confusion prégnante entre les termes « *loyauté* » et « *bonne foi* » était la conséquence certainement inévitable de la construction étymologique du premier.

La loyauté est effectivement tout à la fois « *légalité* » et « *fidélité* ». Dès lors, si la loyauté au cœur de l'exécution de leur contrat impose aux parties contractantes des obligations positives que l'on pourrait qualifier de « *bonne conduite des relations contractuelles* », il s'agirait certainement de « *comportements raisonnables* »[1] renforçant la « *démarche partenariale* »[2] entre les parties.

422. Ainsi, la loyauté au cœur de la relation contractuelle prendrait davantage l'apparence de la bonne foi contractuelle prévalant en droit privé des obligations[3]. Dans cette matière, le cocontractant qui se comporte de mauvaise foi[4] dans l'exécution de son contrat peut voir sa responsabilité engagée. Le professeur Martine Lombard avait déjà envisagé cette possible extension de la bonne foi vers « *l'esprit de coopération* »[5]. Nous pensons que c'est ce qui semble visé par la loyauté au cœur de la relation contractuelle. Selon l'auteur, de manière générale, il existe une « *méfiance* » des tiers à l'égard de l'administration dans leurs rapports qui ne sont d'ailleurs pas exclusivement contractuels[6]. Pour justement la combattre, plusieurs auteurs font de la loyauté l'instrument idoine imposant essentiellement à l'administration

---

[1] BRÉCHON-MOULÈNES CH., « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, *op. cit*., p. 452.
[2] BRÉCHON-MOULÈNES CH., « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, ibid*., p. 460.
[3] VIER CH.-L., « La bonne foi dans le contrat administratif », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit*., p. 478.
[4] LOMBARD M., *Recherches sur le rôle de la bonne et la mauvaise foi en droit administratif français*, th. dactyl. Strasbourg, 1978, p. 57 : « Conscience ou ignorance de l'existence d'une irrégularité d'une part, tromperie ou absence de tromperie d'autre part, tels sont donc, pour l'essentiel, les notions que recouvrent les expressions de bonne et de mauvaise foi ».
[5] LOMBARD M., *Recherches sur le rôle de la bonne et la mauvaise foi en droit administratif français*, *ibid.*, p. 450 : « La bonne foi peut être entendue, dans une première acception, comme une certaine loyauté, qui implique au minimum l'absence de fraude mais peut aller jusqu'à exiger, de façon positive, quelque esprit de coopération ».
[6] LOMBARD M., *Recherches sur le rôle de la bonne et la mauvaise foi en droit administratif français, ibid*., p. 462.

contractante de veiller à avoir un « *comportement raisonnable* »[1]. Or, que recouvre justement le comportement de l'administration contractante ?

423. Comme l'a justement rappelé le professeur Grégory Kalflèche, « *il n'y a pas de théorie du raisonnable, ni même un "principe" du raisonnable applicable à l'exécution des contrats publics* »[2]. Cependant, par comparaison avec le champ d'application de l'exécution loyale des contrats de droit privé, nous savons qu'elle a pour objet et pour effet de garantir l'égalité entre les cocontractants et de condamner l'exercice abusif de prérogatives prévues au contrat[3]. En droit des contrats administratifs donc, l'exécution loyale des obligations contractuelles pourrait imposer aux cocontractants et plus spécialement à l'administration de ne pas utiliser « *abusivement* » ses pouvoirs exorbitants. Or, la relation contractuelle est basée sur un déséquilibre justifié par l'administrativité du contrat[4].

424. Pourtant, peut-on considérer que la loyauté ne trouve jamais à déployer ses effets au cœur de l'exécution du contrat ? Nous pouvons déduire de certaines décisions l'influence de la loyauté dans la manière par laquelle l'administration contractante doit se comporter vis-à-vis de son cocontractant durant l'exécution de son propre contrat. Il s'agit pour le professeur Jean-François Lachaume d'une « *véritable évolution en matière de contrats administratifs : l'Administration tend à se conduire à l'égard de ses cocontractants beaucoup plus comme un partenaire que comme le bras séculier de la puissance publique* »[5].

Ainsi, par exemple, il existe une forme de protection qui s'impose au concédant vis-à-vis de son concessionnaire. Précisément, l'administration contractante ne doit pas prendre, dans la

---

[1] V. notamment : BRÉCHON-MOULÈNES CH., « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, *op. cit*., p. 452 ; HOEPFFNER H., *La modification du contrat administratif*, th. *op. cit*., pp. 36-38 ; KALFLÈCHE G., « Le raisonnable dans les contrats publics », in S. Théron (dir.), Le raisonnable en droit administratif, Éd. L'Épitoge – Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », vol. XIII, 2016, p. 55 ; RICCI J.-CL., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité, op. cit*., pp. 190-191.

[2] KALFLÈCHE G., « Le raisonnable dans les contrats publics », *in* S. Théron (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, *op. cit.*, p. 55.

[3] VIER CH.-L., « La bonne foi dans le contrat administratif », *in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques, op. cit*., p. 482.

[4] V. notamment : PÉQUIGNOT G., *Contribution à la théorie générale du contrat administratif,* th. *op. cit.*, p. 365 : « Si l'Administration, en contractant, a abandonné de sa superbe, elle est restée puissance publique : elle s'est abaissée mais n'a pas abdiquée » ; BRÉCHON-MOULÈNES CH., « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, op. cit.*, p. 452 : « l'administration n'entretient pas seulement des relations de client à prestataire ; elle représente l'intérêt public face à un intérêt privé ; l'inégalité des parties est consubstantielle au contrat public ».

[5] LACHAUME J.-F., « L'évolution du contrat administratif en droit français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, Poitiers, 24-25 octobre 1985, PUF.

limite bien évidemment des motifs d'intérêt général, des mesures qui auraient pour effet d'empêcher le concessionnaire d'exercer utilement son activité[1]. Plus encore, la loyauté au cœur de l'exécution du contrat se devine à travers les garanties offertes au cocontractant de l'administration face aux situations imprévues[2]. Sans s'y référer explicitement, l'on peut deviner une influence de la loyauté dans la décision *Ministre de l'équipement contre Société du port de pêche de Lorient* au cœur de laquelle le refus du ministre de réévaluer les tarifs de déchargement du poisson dans le cadre d'une concession du port de pêche. La démonstration de l'imprévision a justifié le droit à réparation du concessionnaire[3]. Dans ce type d'hypothèses, ce n'est pas la volonté de l'administration qui révèle la loyauté. Celle-ci n'est pas instinctive. Au contraire, elle se devine à travers ce qu'impose le juge aux cocontractants[4].

2. La reconnaissance d'une loyauté permettant l'interprétation des stipulations lacunaires des contrats administratifs

425. Bien que les formations contentieuses du Palais-Royal aient confirmé, en l'état de la jurisprudence, ce que nous qualifions de cloisonnement initial de la loyauté des relations contractuelles, la formation consultative semble promouvoir sur ce point une certaine évolution. Précisément, dans un avis rendu par la Section des travaux publics le 26 avril 2018 dans le cadre des conséquences juridiques de l'affaire dite « *Notre-Dame-des-Landes* »[5], le Conseil d'État a semble-t-il confié un rôle nouveau à la loyauté contractuelle. Notons que la formation consultative pourrait s'être inspirée d'un considérant développé pour la première

[1] CAA Paris, 4 juin 1992, *SA Tahiti Moorea Service*, n°90PA01067 ; *AJDA*, 1993, p. 140, chron. J.-L. Jouguelet, J.-F. Gipoulon et P. Cadenat.
[2] VIER CH.-L., « La bonne foi dans le contrat administratif », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 483 : l'auteur fait d'ailleurs référence à une « exigence latente de bonne foi ou de loyauté ».
[3] CE, 31 octobre 1980, Ministre de l'équipement c/ Sté du port de pêche de Lorient, n°10712, 10740, 10742 : Rec., p. 399.
[4] HOEPFFNER H., *La modification du contrat administratif*, th. *op. cit.*, p. 38 : « la modification du "climat" des rapports de l'Administration avec ses cocontractants ne s'est pas faite uniquement sous l'impulsion volontaire de l'Administration. Elle s'est également imposée à elle ».
[5] CE, Section des travaux publics, 26 avril 2018, *Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport Nantes-Atlantique*, préc.

fois par la Cour administrative d'appel de Paris le 29 décembre 2017[1], soit, pour le symbole, la veille du huitième anniversaire de la décision *Commune de Béziers*[2].

Saisie par la ministre chargée des transports d'une demande d'avis, la formation consultative a eu à se prononcer sur trois questions dont notamment celle de l'applicabilité d'une disposition du cahier des charges relative à l'indemnisation en cas de résiliation du contrat de concession pour motif d'intérêt général. Répondant sur ce point, le Conseil d'État a expliqué que « *lorsqu'elles sont confrontées à des stipulations lacunaires d'un contrat, il incombe aux parties, conformément à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de leur donner, sous le contrôle du juge, une portée qui soit conforme à la volonté des parties et qui respecte les principes dégagés par la jurisprudence* ».

Dans cette affaire, le V de l'article 4.D du cahier des charges prévoyait des montants particulièrement conséquents en cas de résiliation. Cependant, comme le précise le Conseil d'État, si les modalités d'indemnisation peuvent être prévues contractuellement, encore faut-il qu'elles ne conduisent pas, en réalité, la personne publique à consentir des libéralités – qui demeurent toujours heureusement[3] prohibées[4] – et à payer ce qu'elles ne doivent pas[5], comme l'a rappelé le professeur Gabriel Eckert[6]. Ces règles jurisprudentielles sont les « *principes* » auxquels l'avis fait référence et sont d'ailleurs des règles d'ordre public. En conséquence, le montant de l'indemnisation doit nécessairement prendre en considération le montant des frais investis par le concessionnaire. En l'état, le montant contractuellement prévu était imaginé dans le cadre d'une résiliation intervenant bien après le début des travaux et indemnisant le manque à gagner et pouvait contraindre l'administration contractante à verser une somme comprise entre 305 et 425 millions d'euros. Pour la Section des travaux publics, il semble que l'exigence de loyauté des relations contractuelles doive servir à interpréter cet article pour que l'indemnisation avant tout commencement de travaux ou à un stade précoce de ceux-ci soit

---

[1] CAA Paris, 29 décembre 2017, *SAS Open*, n°16PA01978 et n°16PA02010 [2 pourvois] : « Considérant qu'il appartient au juge du contrat d'interpréter et d'appliquer le contrat en tenant compte, le cas échéant, de la commune intention des parties et du principe de loyauté contractuelle ».
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] *Contra*, V. notamment : GIRAUD C., « Pour en finir avec le principe de prohibition des libéralités », *JCP Adm.*, 2019, étude 2128 : « Parce que la consistance et l'utilité du principe sont par ailleurs discutables pour empêcher que la personne publique n'accorde un avantage à autrui, il mériterait ainsi d'être abandonné ».
[4] CE, sect., 19 mars 1971, *Mergui*, *Rec.*, p. 235 ; CE, 4 mai 2011, *CCI de Nîmes*, *Uzès de Bagnols, Le Vigan*, Lebon 2011, p. 205, *Dr. adm.*, 2011, comm. 67 ; *BJCP*, 2011, p. 285, concl. B. Dacosta.
[5] CE, 19 mars 1971, *Mergui*, Lebon, p. 235, concl. Rougevin-Baville ; *AJDA*, 1971, p. 274, chron. D. Labetoulle et P. Cabannes ; *RDP*, 1972, p. 234, note M. Waline.
[6] ECKERT G., « Conséquences de la renonciation à la construction de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes », *CMP*, 2019, comm. 54.

réellement proportionnée aux montants engagés. Notons que le concessionnaire avait investi la somme de 9 millions d'euros. La loyauté dont il est alors question n'est plus uniquement un instrument contentieux, mais bien un outil de contrôle et de régulation de la commune intention des parties contractantes.

426. Ainsi, la prise de position prise par la formation consultative interroge nécessairement quant aux contours de la loyauté contractuelle. L'on pourrait, à première vue, penser que la loyauté en question ressemble à celle qui est utilisée en droit civil dans la mesure où elle joue le rôle de clé d'interprétation du contrat. Or, l'absence de décision rendue pour l'instant par le Conseil d'État dans ses formations contentieuses ne permet pas véritablement de révéler comment le juge entendrait la mobiliser. En ce sens, la loyauté en question est-elle un outil vérifiant l'interprétation faite par les parties des stipulations lacunaires de leur contrat ? Ou bien la loyauté n'est-elle ici qu'un instrument pouvant être opposé par le juge à la partie contractante qui chercherait à tirer profit du contrat contre les règles d'ordre public ? Nous considérons cette seconde hypothèse comme bien plus plausible que la première.

En effet, la première proposition tendrait malheureusement à confondre « interprétation du contrat » et « interprétation des modalités d'exécution du contrat » en faisant jouer à la loyauté un rôle *a priori* nouveau. Bien qu'il soit parfois difficile de les distinguer[1], l'interprétation d'un contrat et les modalités de son exécution diffèrent. Comme l'a expliqué le professeur Yves Picod, l'interprétation du contrat interroge nécessairement « "comment" les parties doivent se comporter », tandis que l'exécution révèle « *"à quoi" les parties sont tenues* »[2].

La seconde proposition semble plus en harmonie avec la jurisprudence du Conseil d'État. Proposée par la Section des travaux publics sur une affaire aussi sensible que celle communément qualifiée de « *l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes* », l'emploi de la loyauté contractuelle semble ici légitimer la volonté politique et juridique de l'administration de ne pas indemniser de manière disproportionnée le cocontractant en protégeant indiscutablement la personne publique et ses finances au détriment de son cocontractant. Pareille clause entrait selon toute vraisemblance dans cette affaire en opposition frontale avec ce que la formation consultative du Conseil d'État qualifie de « *principes dégagés par la jurisprudence* »[3].

---

[1] VOUIN R., *La bonne foi. Notion et rôles actuels en droit privé français*, LGDJ, 1939, p. 67.
[2] PICOD Y., Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, th. op. cit., p. 16.
[3] CE, Section des travaux publics, 26 avril 2018, *Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du*

427. En définitive, la loyauté des relations contractuelles dans l'avis impose d'interpréter un contrat lacunaire conformément à la volonté des parties et dans ce cas précis, la loyauté a une dimension éminemment subjective. Mais encore, l'avis précise également que le contrat doit être interprété conformément à la loyauté des relations contractuelles et « *aux principes de la jurisprudence* ». Dans ce cas de figure, la loyauté est objective. Dès lors, la Section des travaux publics précise qu'en soi la volonté des parties de prévoir une indemnisation n'est pas une difficulté. Cependant, elle pourrait le devenir en cas de disproportion manifeste. L'avis ajoute d'ailleurs que les parties peuvent « *se prémunir contre les risques juridiques* » liés à cette disproportion[1]. En ce sens, la loyauté contractuelle issue de l'avis de 2018 rejoint celle de *Commune de Béziers* : un instrument de protection de l'administration contractante. Il reviendra alors aux décisions ultérieures de confirmer ou, au contraire, d'infirmer notre hypothèse.

§2. POUR LA PRÉSERVATION D'UNE DÉLOYAUTÉ NÉCESAIRE DE L'ADMINISTRATION DANS L'EXÉCUTION DE SON CONTRAT

428. En opposant dans le cadre du recours entre parties contractantes la loyauté des relations contractuelles à de nombreuses irrégularités, la question de la déloyauté nécessaire de l'administration apparaît. Comme le notait Rivero, il existe en effet des « *déloyautés essentielles* »[2] que doivent assumer les personnes publiques et qui sont différentes des « *déloyautés accidentelles* » qui ne sont que le fruit du comportement des agents travaillant pour elles[3].

Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport Nantes-Atlantique, préc.

[1] CE, Section des travaux publics, 26 avril 2018, *Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport Nantes-Atlantique,* préc. : « Si elles entendent se prémunir contre les risques juridiques encourus par une telle application des stipulations combinées du V de l'article 4.D du II de l'article 81 du cahier des charges, les parties devraient convenir d'une interprétation du contrat conduisant à ce que l'évaluation du manque à gagner subi par le concessionnaire du fait d'une résiliation unilatérale du contrat prenne en compte la situation particulière créée par l'absence d'exécution par ce dernier de ses obligations financières et, notamment, par la faiblesse très inhabituelle des investissements de ses actionnaires à hauteur de seulement 9 millions d'euros sur sept ans […] » [nous soulignons].

[2] RIVERO J., « Qu'est-ce que la loyauté de l'État ? », art. *op. cit.*, p. 1.

[3] RIVERO J., « Qu'est-ce que la loyauté de l'État ? », *ibid.,* p. 1.

429. Adapté au contentieux des contrats et à la vie de l'administration, ce que nous qualifions de déloyauté nécessaire correspond à la situation dans laquelle sont placées les autorités qui doivent assumer une double fonction : pouvoir public d'une part et partenaire d'autre part. Par voie de conséquence et comme le rappelait à juste titre le professeur Christine Bréchon-Moulènes : « *contracter, c'est encore administrer* »[1]. Mais, si l'élu local semble être, aux yeux des magistrats du Palais-Royal, habité par la protection de la légalité et de l'intérêt général, cet argument doit nécessairement être transposé pour la personne publique, en dépit du fait qu'elle soit partie à un contrat administratif[2], dans la mesure où elle est dans un rapport d'intériorité avec le droit[3].

Partant et sans que nous ayons besoin de sonder les reins et les cœurs des cocontractants de l'administration, ces derniers n'ont pas pour mission d'être les gardiens de l'intérêt général et de la légalité[4]. Dès lors, il ne peut leur être reconnu une déloyauté nécessaire. Sur ce point, la jurisprudence *Commune de Béziers*[5] considère la personne publique contractante et son cocontractant de la même manière, comme des partenaires égaux, à l'instar d'un contrat de droit civil. C'est dans la protection du contrat que s'enracine la différence, car c'est lui qui est protégé par le juge en charge du recours. Le professeur Jean-François Lafaix s'est interrogé sur la pertinence d'opposer l'exigence de loyauté à la volonté actuelle de s'évader de ses obligations. Selon l'auteur, une pareille position reviendrait à faire ressurgir l'idée de l'autonomie de la volonté[6].

430. L'on peut cependant tout à fait modifier cette interrogation en la recentrant sur la raison d'être de l'administration qui est en charge d'édicter des règlements et prendre des décisions, tout en respectant elle-même les normes qu'elle édicte ou qui s'imposent à elle. L'on pourrait

---

[1] BRÉCHON-MOULÈNES CH., « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, op. cit*., p. 452.

[2] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, art. *op. cit.*, p. 379 : « il n'est pas douteux que les personnes publiques sont tenues de poursuivre l'intérêt public, tel qu'elles l'identifient et sous le contrôle du juge […] ».

[3] LOSCHAK D., « Le principe de légalité : Mythes et mystifications », art. *op. cit.*, p. 391.

[4] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *ibid.*, p. 379 : « on ne saurait en dire autant de leur cocontractant ».

[5] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

[6] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 375 : « Le dogme de l'autonomie de la volonté ne permet pas d'expliquer pourquoi c'est la volonté d'hier qui devrait prévaloir sur la volonté d'aujourd'hui. Pourquoi le fait de s'être engagé librement devrait empêcher de vouloir ensuite retrouver sa liberté en échappant à ses obligations contractuelles ? ».

alors considérer que l'administration contractante, tout en étant déloyale vis-à-vis de son partenaire, en invoquant une irrégularité dont elle est à l'origine, est malgré tout loyale au regard du principe de légalité et de l'intérêt général. C'est ce qui construit une distinction entre le recours pour sauvegarder le principe de légalité et celui, dilatoire, qui aurait pour objet et pour effet de permettre à la personne publique de s'évader de ses obligations. Sur ce point précis, les évolutions du contentieux entre parties contractantes conduisent l'administration contractante à ne plus pouvoir utilement instrumentaliser au regard de l'intérêt général les voies de droit pour se défaire de ses obligations. En cas d'inutilité du contrat elle devra, en conséquence, résilier pour motif d'intérêt général et indemniser le cocontractant[1].

431. Ainsi, ce que nous qualifions de déloyauté nécessaire de la personne publique partie au contrat ne doit pas irrémédiablement produire les effets les plus graves et conduire à l'anéantissement de la relation contractuelle. À ce titre, la jurisprudence *Commune de Béziers*[2] offre bien au juge du contrat un véritable champ des possibles parmi lequel la possibilité de régulariser l'irrégularité avérée. Dans cette hypothèse, la déloyauté nécessaire de l'administration contractante peut aller jusqu'à s'accommoder, de manière tout à fait étonnante, de la loyauté des relations contractuelles.

432. La difficulté relative à la place dévolue à la légalité contractuelle porte principalement sur les modalités d'appréhension des moyens. Or, si l'invocation peut être déloyale, dans la mesure où l'administration s'appuierait sur un vice dont elle est elle-même à l'origine, elle pourrait malgré tout et en même temps être conforme à l'esprit inhérent à l'exigence de loyauté des relations contractuelles en ne conduisant pas automatiquement à l'annulation du contrat. Précisément, si le moyen invoqué ne conduit pas à l'annulation, mais, au contraire, à la régularisation par le pouvoir de réformation, la pérennité du contrat se trouve garantie, et le lien entre la loyauté des relations contractuelles et « *l'objectif de stabilité* »[3] est préservé.

433. En outre, la reconnaissance d'une déloyauté nécessaire de l'administration contractante ne pourrait trouver à déployer ses effets que dans le cadre du recours par voie d'action car les mesures de régularisation ne font parties du panel à disposition du juge des parties que lorsqu'il est saisi d'une contestation directe de validité.

---

[1] LAFAIX J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *ibid.*, p. 380.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

434. Mais alors, notre proposition tendant à rappeler la double casquette de la personne publique semble aller à l'encontre du mouvement actuel de la jurisprudence et de la vision qu'a le juge de son office. Selon le conseiller d'État Alain Ménéménis, le juge du contrat saisi d'un recours *inter partes* a fait évoluer son office pour que celui-ci ressemble davantage à celui « *d'un juge arbitre* » ou encore d'un « *collaborateur des parties* » soucieux de la protection de « *la "règle du jeu" contractuelle* »[1]. En d'autres termes, lorsque l'administration est partie à un contrat administratif, le juge ne la considère plus que comme un cocontractant et écarte alors ses autres missions. L'exigence de loyauté sert d'instrument au juge pour protéger davantage le contrat et son exécution que les parties au contrat *stricto sensu*.

435. De plus, l'intérêt général défendu par la politique de stabilisation n'est pas celui qui fait écho au principe de légalité, mais bien à celui lié à la continuité du service public et à la protection des contrats publics d'affaires. Le caractère protéiforme du vocable *intérêt général* tel qu'employé par le juge révèle l'attention portée au contrat et ses effets plutôt qu'aux parties. Le caractère administratif du contrat semble davantage protégé pour les effets escomptés tirés de sa continuité que dans le respect de sa légalité. Alain Ménéménis encadre et modère son propos en convoquant la ligne à ne pas franchir, seule garante de la légalité contractuelle autorisant à faire fi de l'exigence de loyauté : les moyens d'ordre public[2].

436. Pour conclure, l'examen du droit positif montre une certaine ouverture de la loyauté des relations contractuelles pour que celle-ci s'insère dans les interstices de la relation contractuelle. Cependant, les évolutions potentielles de la loyauté pourraient également influencer les relations post-contractuelles.

---

[1] MÉNÉMÉNIS A., « Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », art. *op. cit.,* étude 1, pt. 35 : « Le recentrage même qu'opère *Béziers I* concourt à faire du juge du contrat un arbitre : en s'en tenant en principe au contrat et à la responsabilité contractuelle, en déjouant les manœuvres contentieuses déloyales qui, étant destinées à faire fi du lien contractuel, sont, par nature, infidèles à l'intention initiale des parties, en se plaçant à l'intérieur de la sphère de règles dont celles-ci sont convenues, le juge du contrat est le garant de la "règle du jeu" contractuelle […] ».
[2] MÉNÉMÉNIS A., « Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », *ibid.*, pt. 35.

Section2

L'EXTENSION REDOUTÉE DE LA LOYAUTÉ AU-DELÀ DE LA RELATION CONTRACTUELLE

437. Comme nous l'avons montré, la notion de loyauté est étroitement liée à celle de fidélité[1]. Cette reconnaissance du temps passé entre les parties pose nécessairement la question de l'existence d'une loyauté au-delà de la relation contractuelle. Ainsi, est-il possible pour un acheteur ou une autorité concédante de se montrer loyale avec son ancien partenaire contractuel ? Peut-elle valoriser leurs précédents rapports contractuels positifs ?

438. La doctrine institutionnelle a livré plusieurs avis tranchés relatifs à la détermination du champ d'application de la loyauté en contentieux des contrats administratifs. Sous la plume de plusieurs rapporteurs publics, il semblerait que la loyauté soit réduite à déployer ses effets dans le strict cadre du recours en contestation de validité d'un contrat à l'initiative d'une partie contractante[2]. Pourtant, nous avons montré comment, sans être formellement consacrée en tant que principe contentieux, l'idée diffuse de loyauté peut imprégner les relations en-deçà du contrat et également au cœur de l'exécution de la relation contractuelle.

439. Une différence notable contribue à distinguer l'influence qu'exerce la loyauté tout au long de la vie du contrat administratif. Celle-ci se caractérise notamment par les réactions qu'elle suscite chez les auteurs[3]. En effet, la doctrine s'est intéressée à l'émergence d'une loyauté des relations précontractuelles, au même titre que le juge administratif lui-même[4]. En revanche, à notre connaissance, aucune étude ne s'est intéressée à l'examen d'une potentielle loyauté post-contractuelle en droit des contrats administratifs. Par exemple, au cœur d'un bilan sur la politique jurisprudentielle de sécurisation des contrats administratifs, un auteur a déduit des décisions *S.M.I.R.G.E.O.M.E.S.*[5] et *Commune de Béziers*[6] un mouvement tendant à

---

[1] V. *supra*, § 55 et s.
[2] V. notamment : DACOSTA B., « Concl. sur CE, 11 avril 2014, *Commune de Montreuil*, préc. » ; PELLISSIER G., « concl. sur CE, 3 décembre 2014, *Département de Loire-Atlantique*, préc. » ; BOULOUIS N., « Confiance et loyauté des relations contractuelles dans le contentieux des contrats publics », *in* C. Teitgen-Colly et O. Renaudie (dir.), *Confiance et droit public*, *op. cit.*, p. 215.
[3] RICCI J.-CL., LOMBARD F., Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité, op. cit., p. 191.
[4] TA Bordeaux, ord., 24 mars 2015, *Sté Transdev Urbain*, préc.
[5] CE, 3 octobre 2010, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe. [S.M.I.R.G.E.O.M.E.S.]*, préc.
[6] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

la « *loyauté des parties dans la sphère contractuelle, dans la phase précontractuelle comme dans l'exécution* »[1] sans jamais faire mention d'une loyauté au-delà du contrat. Que déduire de l'absence manifeste d'intérêt de la littérature juridique sur cette question ? Ce silence de la doctrine publiciste peut pourtant sembler paradoxal lorsqu'on le met en perspective avec la littérature abondante sur ce sujet en droit privé des obligations[2].

440. Ainsi, nous soutenons l'idée que l'indétermination de la loyauté doit nécessairement tempérer les formules absolues selon lesquelles son champ d'application demeurera obligatoirement toujours circonscrit au contentieux en contestation de validité des parties. Cette conception est d'ailleurs renforcée par la formule de prudence du conseiller d'État Bertrand Dacosta dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Montreuil* selon lesquelles, en substance, l'extension de la loyauté est une question qui mérite d'être posée, aussi bien en-deçà qu'au-delà du contrat administratif[3]. Qui plus est, il existe d'ores et déjà en droit positif l'existence d'une idée diffuse de loyauté des relations post-contractuelles. Nous pensons qu'elle trouve à déployer toute son influence dans l'interstice de la fin du contrat administratif et au moment soit du renouvellement quasi simultané de sa passation, soit au moment plus lointain où l'administration contractante lance une nouvelle procédure.

Partant, l'analyse de la loyauté post-contractuelle nous impose d'identifier avec précision cet espace précisément au-delà de l'ancien contrat et immédiatement avant le lancement d'une nouvelle procédure de passation. Ainsi, en l'état du droit positif, il existe d'une part un maintien du lien contractuel au-delà de la fin du contrat dans laquelle pourrait éventuellement s'insinuer une hypothétique loyauté des relations post-contractuelles **(Paragraphe premier)**. D'autre part, la pratique des procédures de passation démontre que la fin d'un contrat marque souvent le point de départ de son renouvellement. Autrement dit, la fin d'un contrat précède les rapports précontractuels et nous pensons que c'est dans un cet interstice que s'exerce l'influence dangereuse de la loyauté des relations post-contractuelles **(Paragraphe second)**.

---

[1] GRANJON R., « Le point sur … la sécurité juridique des contrats publics », *AJCT*, 2017, p. 29.
[2] V. notamment : MESTRE J., « De l'abus du droit de ne pas renouveler une relation contractuelle », *RTD. civ.*, 1992, p. 393 ; MESTRE J., « Où l'après-contrat est nettement distingué du contrat », *RTD. civ.*, 1999, p. 399 ; PICOD Y., « La validité des clauses de non-concurrence des agents commerciaux : cumul des critères légaux et jurisprudentiels », *D.*, 2003, p. 904 ; BINCTIN N., « Limites de l'obligation contractuelle de bonne foi », *JCP E.*, 2005, comm. 1867 ; MAZEAUD D., « La bonne foi : en arrière toute ? », *D.*, 2006, p. 761 ; BRUNSWICK PH., « Rôle de la jurisprudence dans l'émergence du devoir de loyauté en tant que norme générale de comportement », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2016, dossier 4.
[3] DACOSTA B., « Concl. sur CE, 11 avril 2014, *Commune de Montreuil*, préc. ».

§1. LE MAINTIEN DU LIEN CONTRACTUEL AU-DELÀ DU CONTRAT ADMINISTRATIF : *L'ESPACE D'INFLUENCE DE LA LOYAUTÉ DES RELATIONS POST-CONTRACTUELLES*

441. En l'état actuel du droit positif, la loyauté des relations contractuelles est un instrument contentieux déployant ses effets au cœur du contentieux des parties. Très récemment, le Conseil d'État a d'ailleurs précisé que le recours en contestation de validité du contrat pouvait être intenté par un cocontractant tout au long de l'exécution du contrat. Par voie de conséquence, cela signifie que la loyauté pourra être opposée aux irrégularités contractuelles tant que le contrat demeure[1].

442. Pour autant, la fin du contrat coïncide-t-elle nécessairement avec la fin du lien contractuel ? De la réponse à cette question dépend l'existence de l'influence d'une probable loyauté post-contractuelle. Mais encore, est-ce que la fin du contrat est irrémédiablement liée à celle de la relation contractuelle ? De prime abord, la formule peut surprendre. Autrement dit, comment une relation contractuelle pourrait être déconnectée de l'exécution de son contrat ? Si la réponse à ces questions est négative, il ne semble pas possible qu'une loyauté post-contractuelle puisse exister. En revanche, si le lien contractuel entre les partenaires ne s'éteint pas au terme du contrat, il peut exister une zone d'influence de la loyauté des relations post-contractuelles.

443. Si l'on suit la méthode « *des ponts interdisciplinaires* »[2] du Doyen Hauriou, l'expérience du droit privé des obligations démontre que la relation entre les partenaires peut survivre à la fin concrète de l'exécution de leur contrat. Ainsi, « *l'obligation de loyauté à laquelle est astreint le salarié s'affaiblit mais ne s'éteint pas lorsque meurt son contrat de travail* »[3]. L'exemple le plus parlant est celui des clauses de non-concurrence qui imposent une obligation aux deux anciens partenaires[4]. Pour l'ancien salarié, la clause de non-concurrence le limite dans la recherche de son nouvel emploi. Pour l'entreprise, elle doit verser à son

---

[1] CE, sect., 1er juillet 2019, *Association pour le musée des Iles de Saint-Pierre et Miquelon*, préc.
[2] SFEZ L., *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, th. Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », th. *op. cit.,* p. 262 et s.
[3] TEYSSIÉ B., Les relations individuelles de travail, Litec, 1992, n°642.
[4] Sur cette question, V. notamment : SERRA Y., *L'obligation de non-concurrence dans le droit des contrats*, th. Montpellier, Sirey, 1968, 221 p. ; GOMY M., *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, th. Perpignan, PUG, 1999, 440 p. ; MESTRE J., « Où l'après-contrat est nettement distingué du contrat », art. *op. cit.*, p. 399.

ancien salarié l'indemnité compensatrice de non-concurrence. Pour autant, il ne faut pas en déduire l'avènement en droit privé d'un principe de loyauté au-delà du contrat. Au contraire, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a considéré que la fin du contrat entraînait la fin de l'obligation de bonne foi entre les partenaires[1], celle-ci étant inextricablement liée aux liens contractuels[2].

444. En droit public, le droit positif tend à maintenir le lien contractuel au-delà du contrat administratif. Tel est le cas notamment lorsque se trouve mis en jeu l'engagement de la responsabilité de l'opérateur économique anciennement titulaire du contrat. L'extinction normal et non anticipée du rapport contractuel coïncide normalement avec ce que les professeurs Jean-Claude Ricci et Frédéric Lombard ont qualifié de « *satisfaction directe du créancier* »[3]. Autrement dit, dès que le créancier solde le contrat et qu'il a réglé ce qu'il devait, le contrat s'éteint. L'exemple le plus parlant de survivance du lien contractuel est lié à la nature du contrat de marché de travaux. Dans le cadre d'un marché public de travaux, le terme du contrat coïncide avec la réception des travaux qui précède le solde du marché[4]. Dans ce cas de figure, si le contrat est terminé, la relation entre les partenaires ne l'est pas nécessairement. Celle-ci survit à la disparition du contrat en cas de défaut sur l'ouvrage engageant alors sa responsabilité et la mise en œuvre des différentes garanties propres à la nature du marché public de travaux.

445. Dès lors, cela signifie qu'en dépit du fait que le contrat administratif ait été entièrement exécuté et qu'il soit considéré comme normalement terminé, on peut dire que le contrat survit en réalité : il continue de produire des effets juridiques. Comme nous venons de le montrer, le lien entre l'administration et son ancien cocontractant peut être renoué à l'occasion de l'engagement de sa responsabilité. Autrement dit, il s'agit d'un moment complexe au cœur duquel les manœuvres déloyales peuvent prospérer. Dans ce cas de figure, quel rôle pourrait jouer la loyauté des relations post-contractuelles ?

Nous pensons qu'il est délicat de lui envisager un rôle propre. Elle ne serait en définitive « *qu'une nouvelle étiquette* »[5] ajoutée à des règles déjà existantes. Ce faisant, la loyauté des

---

[1] Cass., 3ème civ., 14 septembre 2005, *Époux Aranha c/ Époux Auffray*, n°04-10.856.
[2] LOISEAU G., « L'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels », *JCP G.*, 2005, comm. 10173.
[3] RICCI J.-CL., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, *op. cit.*, pp. 496-497.
[4] CE, 6 avril 2007, *Centre hospitalier de Boulogne-sur-Mer*, préc.
[5] COLLET M., « La loyauté en matière fiscale », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public, op. cit.,* p. 326.

relations post-contractuelles serait réduite à une idée diffuse. Celle-ci pourrait se deviner à travers l'intention et le comportement raisonnable[1] des anciens partenaires. Précisément, elle consisterait pour celui qui voit sa responsabilité engagée à ne pas intentionnellement s'y soustraire par des manœuvres déloyales. Dans ce cas de figure, la loyauté post-contractuelle ressemble à la loyauté des relations contractuelles qui s'oppose aux moyens soulevés par le cocontractant-requérant qui cherche en définitive à ne pas exécuter ses obligations contractuelles[2]. Pour celui qui met en jeu la responsabilité, la loyauté des relations post-contractuelles prendrait effectivement l'apparence de la demande raisonnable. Cela signifie qu'il ne peut être exigé du débiteur que ce qu'il doit.

446. L'examen du droit positif nous conduit à considérer que le terrain d'élection idoine de la mise en œuvre d'une loyauté au-delà du contrat administratif se situe entre le terme du contrat et la préparation de son renouvellement.

§2. LE DANGER DE LA LOYAUTÉ DES RELATIONS POST-CONTRACTUELLES : *LES RAPPORTS DE FIDÉLITÉ ENTRE ANCIENS COCONTRACTANTS*

447. En l'état actuel du droit, nous pensons qu'il existe au cœur de la pratique des contrats administratifs un espace d'influence avéré de la loyauté des relations post-contractuelles. Si notre constat est juste, il existe déjà un effet tangible d'une forme de loyauté au-delà du contrat administratif. Celle-ci influence les contrats de la commande publique et s'enracine entre les interstices d'un espace situé entre le terme du contrat et sa remise en concurrence. Une distinction centrée autour soit de la nature du contrat administratif, soit de son objet ne semble pas à même de révéler l'influence de la loyauté des relations post-contractuelles. Précisément, c'est par l'analyse de la fréquence des remises en jeu de la concurrence que nous pouvons la mettre en évidence.

---

[1] V. notamment : BRÉCHON-MOULÈNES CH., « De la loyauté de l'autorité publique contractante », in *Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, *op. cit.*, p. 452 ; KALFLÈCHE G., « Le raisonnable en droit des contrats publics », *in* S. Théron (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, *op. cit.*, p. 47.

[2] V. notamment : CAA Bordeaux, 31 mars 2011, *Groupe Vinet SA*, préc. ; CAA Paris, 20 octobre 2011, *Sté Brame et Lorenceau*, préc. ; CAA Bordeaux, 5 juillet 2012, *Caisse des écoles de la Cne de Petit-Bourg*, préc ; CAA Marseille, 1er octobre 2012, *Cne de Villeneuve-de-la-Raho*, préc.

448. En effet, en cas de besoins ponctuels, la fréquence des procédures de passation dépend, en toute logique, du moment où précisément les élus et/ou les services administratifs déterminent qu'ils ont un besoin. En revanche, les besoins des acheteurs publics peuvent être récurrents, entraînant alors une remise en jeu systématique et immédiate du marché. Il existe effectivement des contrats de la commande publique qui, sous réserve d'un changement important de politique publique et de gestion des services publics[1], seront presque simultanément remis en concurrence.

Par exemple, exception faite d'une exploitation en régie, le service de restauration municipale sera remis en concurrence avant même la fin du contrat en cours d'exécution pour garantir la continuité du service public. Celle-ci justifie d'ailleurs la modulation dans le temps des effets de la résiliation prononcée par le juge du contrat. À titre d'illustration, à l'occasion de l'arrêt *Société Régal des îles* rendu par le Conseil d'État le 24 mai 2017 le juge du contrat a décidé de différer de quatre mois l'effectivité de la résiliation « *compte tenu de la nécessité de préserver la continuité du service public de restauration municipale* »[2]. Dans la même veine, les contrats publics de transports en commun sont remis en concurrence avant même le terme du contrat en cours d'exécution afin d'éviter toute interruption du service public[3].

449. Il nous revient désormais d'aborder les modalités au cœur de l'ingénierie contractuelle qui peuvent consister en une forme de loyauté des relations post-contractuelles. Prise sous l'angle de la fidélité, la loyauté post-contractuelle se devine à travers l'expérience passée érigée en critère de sélection. Nous pensons que les marchés en dessous du seuil prévu à l'article R. 2122-8 du Code de la commande publique[4] et le choix d'un critère de sélection

---

[1] V. notamment : CE, 29 avril 1970, *Sté Unipain*, n°77935 : *Rec.*, p. 280 ; *AJDA*, 1970, p. 430, concl. G. Braibant ; *RDP*, 1970, p. 423, note M. Waline ; CE, sect., 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*, n°284736 ; *RFDA*, 2007, p. 812, concl. F. Seners et note J.-Cl. Douence ; *AJDA*, 2007, p. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *CMP*, 2007, comm. 191, note G. Eckert ; *Dr. adm.*, 2007, comm. 95, note M. Bazex et S. Blazy ; CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n°317827 : *Rec.*, p. 505 ; *AJDA*, 2012, p. 35, chron. M. Guyomar et X. Domino ; *AJDA*, 2011, p. 2036 ; *D.*, 2011, p. 2602 ; *RFDA*, 2012, p. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayer-Carpentier : l'administration peut choisir librement de gérer directement en régie ou déléguer à un opérateur économique l'exploitation de son service ou par la satisfaction de son besoin.

[2] CE, 24 mai 2017, *Sté Régal des îles*, n°407213 ; *CMP*, 2017, comm. 182, note G. Eckert.

[3] TA Bordeaux, ord., 24 mars 2015, *Sté Transdev Urbain*, préc.

[4] Article R. 2122-8 du Code de la commande publique : « L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables à un besoin dont la valeur est inférieure à 25 000 euros hors taxes ou pour les lots dont le montant est inférieur à 25 000 euros hors taxes et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1. L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin ». Notons d'ailleurs que à la suite de l'annonce du Ministre de la cohésion des territoires, le seuil va être réévaluer à 40 000 euros hors taxes en début 2020.

fondé sur l'expérience passée peuvent révéler l'existence de l'influence de la loyauté des relations post-contractuelles[1].

450. En effet, la lecture des dispositions de l'article R. 2122-8 du Code de la commande publique autorise les acheteurs à s'affranchir d'un formalisme trop rigoureux à l'aune de la faiblesse des montants engagés. Pour autant, par précaution, l'article précité impose aux acheteurs confrontés à ce type d'achat public certaines mesures de prudence comme notamment le fait de ne pas toujours signer avec le même opérateur économique. Or, la réunion de plusieurs facteurs nous conduit à douter de la protection des principes fondamentaux de la commande publique. Précisément, la faiblesse du montant du contrat associée aux simples demandes de devis rendent particulièrement peu probable l'exercice d'un recours en référé précontractuel voire d'un recours en contestation de validité du contrat à l'initiative d'un tiers. À notre connaissance, aucune décision n'a été rendue par le Conseil d'État sur le fondement des dispositions de l'article R. 2123-1 du Code de la commande publique ni en vertu de l'ancien article 28 du Code des marchés publics dans sa partie relative au seuil des 25 000 euros hors taxes. Si notre hypothèse est correcte, l'on peut alors raisonnablement considérer qu'au terme d'une exécution optimale, si l'acheteur a de nouveau un besoin de même nature et si le cocontractant a fait ses preuves lors de l'exécution du précédent contrat, la loyauté des relations post-contractuelles entendue comme la fidélité de l'acheteur à son ancien partenaire pourrait justifier de signer un nouveau contrat avec son « *partenaire* » qu'elle connaît déjà.

451. En outre, l'expérience passée de l'opérateur économique candidat peut à la fois lui servir à valoriser sa candidature et *in fine* son offre, comme elle peut lui causer des torts. Tout à fait récemment, dans une démarche qualifiée par la doctrine de « *self-cleaning* »[2], la Cour de

---

[1] CE, 1er juillet 2015, *SNEGSO*, n°381095 : « le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics ; que, toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux […], elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie […] ».

[2] Sur cette question, V. notamment : ARROWSMITH S., « An Emerging Concept in EC Public Procurement Law ? », *in* J. Prieß, S. Arrowsmith, H. Pünder (dir.), *Self-cleaning in Public Procurement Law*, Car Heymanns, 2009 ; RICHER L., « La transposition des règles sur les exclusions et les conflits d'intérêts », *CMP*, 2015, dossier 9 : il s'agit d'une pratique américaine consistant à laisser entre les mains des autorités en charges de la passation des marchés publics un grand pouvoir d'appréciation en matière d'exclusion des candidats.

justice de l'Union européenne dans un arrêt *Merca Srl*[1] a confirmé que l'expérience passée de l'ancien titulaire du contrat remis en concurrence, lorsqu'elle a donné lieu à de sérieuses défaillances[2] justifiant la résiliation du contrat à ses torts exclusifs était un motif régulier d'exclusion facultative de la procédure. Le juge de Luxembourg a d'ailleurs précisé que le fait que le contentieux autour de la décision de résiliation n'ait pas encore été tranché par le juge ne s'oppose pas à l'exclusion du candidat.

Dans une dimension positive, l'expérience passée comme critère de sélection a donné lieu à de nombreuses décisions rendues aussi bien par le Palais-Royal que par la Cour de Luxembourg. L'examen de ces arrêts semble organiser une distinction entre les marchés passés au-delà et en-deçà des seuils formalisés, mais également par rapport au moment où le critère peut déployer ses effets : l'analyse des candidatures ou l'analyse des offres[3].

Dans le cadre d'un marché dont le montant le situe au-delà des seuils européens, de jurisprudence constante, la Cour de justice de l'Union européenne affirme que le critère de l'expérience passée d'un candidat sur des marchés antérieurs ne peut valablement être retenu que dans le cadre de l'examen des candidatures. Autrement dit, l'expérience des candidats est intégrée dans « *l'analyse de la capacité professionnelle* »[4]. La Cour l'affirmait dès 1998 dans une décision *Beentjes*[5] pour régulièrement le confirmer par la suite[6]. Le Conseil d'État a suivi cette position et a ainsi annulé le rejet de l'offre d'un candidat sur précisément le fondement de l'expérience passée dans un arrêt *Société Bertele SNC* du 29 décembre 2006[7]. Pour autant, le Conseil d'État a depuis livré une nouvelle lecture relative à ce critère.

---

[1] CJUE, 19 juin 2019, *Merca Srl*, aff. C-41/18.

[2] CJUE, 19 juin 2019, *Merca Srl*, préc. : il doit être démontré « par des moyens appropriés, que l'opérateur économique s'est rendu coupable de fautes professionnelles graves, de nature à mettre en doute son intégrité ou sa fiabilité ».

[3] BRENET F., « Critères, sous-critères et méthode de notation en procédure adaptée », *RJEP*, 2012, comm. 8.

[4] UBAUD-BERGERON M., « L'expérience sur des marchés antérieurs ne peut constituer un critère de sélection des offres », *CMP*, 2014, comm. 332.

[5] CJCE, 20 septembre 1998, *Gebroeders Beentjes*, aff. C-31/87 : *Rec.*, p. 4635 : le juge de Luxembourg rejette la possibilité pour le pouvoir adjudicateur « à ce que, dans le cadre d'une procédure d'adjudication, le pouvoir adjudicateur tienne compte de l'expérience des soumissionnaires, de leur effectif, de leur équipement, ainsi que de leur capacité à fournir le marché au moment prévu […] à titre d'attribution ».

[6] V. notamment : CJCE, 19 juin 2003, *Gesellschaft für Abfallentsorgungstechnik GmbH*, aff. C-315/01 : *Rec.*, p. 7213 ; CJCE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Liananis AE*, aff. C-532/06 : *Rec.*, p. 251 : *CMP*, 2008, comm. 54, note W. Zimmer ; CJUE, 9 octobre 2014, *Royaume d'Espagne C/ Commission*, aff. C-641/13 ; *CMP*, 2014, comm. 332, note M. Ubaud-Bergeron.

[7] CE, 29 décembre 2006, *Sté Bertele SNC*, n°273783 ; *CMP*, 2007, comm. 75, obs. F. Llorens ; *BJCP*, 2007, p. 97, concl. N. Boulouis.

452. En effet, la première étape date de 2009 à l'occasion de la décision *Commune d'Aix-en-Provence.* À cette occasion, le Conseil d'État a considéré qu'il était « *loisible au pouvoir adjudicateur d'examiner,* ***au cours d'une phase unique****, la recevabilité des candidatures et la valeur des offres* »[1]. Dans cette affaire, le critère de l'expérience passée ne pouvait alors plus être circonscrit à la seule analyse de la candidature mais bien influencé l'appréciation des offres. Ensuite, par deux décisions rendues le même jour, la plus haute juridiction administrative a interprété les dispositions du I de l'ancien article 53 du Code des marchés publics[2] à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Précisément, le Conseil d'État considère désormais que l'interdiction de se prévaloir du critère de l'expérience passée au stade de l'analyse des offres ne s'applique qu'aux contrats passés au-delà des seuils européens.

453. Par voie de conséquence, dans le cadre d'un marché à procédure adaptée, le juge du contrat admet la possibilité pour les acheteurs de prévoir pour évaluer les offres des candidats l'expérience passée appuyée sur « *leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés* ». Cependant, le Conseil d'État encadre cette faculté. Elle est effectivement admise dans la limite où elle « *est rendue* ***objectivement nécessaire*** *par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et* ***n'a pas d'effet discriminatoire*** »[3]. Dans l'arrêt *Syndicat mixte de la vallée de l'Orge Aval*[4], c'est « *la technicité* »[5] du projet qui a servi à justifier l'application du critère de l'expérience passée valorisé de plus de 20% dans le calcul de la note totale. Ce considérant se rencontre désormais en jurisprudence[6].

---

[1] CE, 6 mars 2009, *Cne d'Aix-en-Provence*, n°314610 ; *JCP Adm.*, 2009, comm. 2122, concl. N. Boulouis ; *Dr. adm.*, 2009, comm. 69 ; *CMP*, 2009, comm. 122, note F. Olivier [nous soulignons].

[2] Article 53 du Code des marchés publics : « Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : 1°/ Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché » [nous soulignons].

[3] CE, 2 août 2011, *Parc régional Grands Causses*, n°348254 ; *AJDA*, 2011, p. 2180, note É. Busson ; *CMP*, 2011, comm. 287, note W. Zimmer ; CE, 2 août 2011, *Syndicat mixte de la vallée de l'Orge Aval*, n°348711 ; *RJEP*, 2012, comm. 8, note F. Brenet.

[4] CE, 2 août 2011, Syndicat mixte de la vallée de l'Orge Aval, préc.

[5] BRENET F., « Critères, sous-critères et méthode de notation en procédure adaptée », art. *op. cit.,* comm. 8.

[6] CAA Nantes, 14 mars 2017, *Sté TERH Monuments historiques*, n°15NT03593 : « Considérant que les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics alors applicable permettant au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature

454. Analysant l'évolution de la position du Conseil d'État sur ce sujet, le professeur François Brenet a insisté sur l'existence d'« *un risque pour les principes généraux de la commande publique* »[1]. Celui-ci pourrait vraisemblablement consister en une évaluation à la hausse de l'expérience de l'ancien partenaire et au contraire, en une dépréciation de celle des opérateurs économiques concurrents. Autrement dit, l'égalité de traitement entre les candidats peut souffrir, en procédure adaptée, du critère de l'expérience passée au stade de l'analyse des offres. Le danger ne se situe donc pas sur le terrain des pratiques corruptives mais bien sur celui de la dissociation entre le choix objectif de l'offre économiquement la plus avantageuse et la construction subjective d'un procédé de renouvellement d'un besoin par le biais d'un contrat de la commande publique. Marqué par l'exécution optimale du dernier contrat, un rapport de confiance a pu se nouer entre l'acheteur et son ancien partenaire. Au moment de remettre en jeu le contrat, l'acheteur peut se trouver influencé par une forme de fidélité qui confine selon notre hypothèse à une loyauté des relations post-contractuelles.

Le risque est donc grand. S'il s'agissait de pratiques corruptives, toutes les règles prescrites par le droit de la commande publique et le droit pénal des affaires seraient suffisantes à les réprimer. En l'état, à moins que le juge n'adopte une conception encore plus stricte de la condition de non-discrimination en empêchant par exemple que l'ancien cocontractant puisse valablement se prévaloir de son expérience passée avec l'acheteur, à notre connaissance, aucune règle ne peut limiter l'influence certes sectorisée, mais pour autant réelle de la loyauté au-delà du contrat.

455. Enfin, une lecture trop stricte du juge sur cette question risquerait d'accentuer le sentiment selon lequel les règles de la commande publique sont des freins à l'action administrative. Autrement dit, le sens juridique s'opposerait au bon sens de l'administration en matière de détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse. Dès lors, l'on a l'impression que le juge tolère l'influence de la loyauté des relations post-contractuelles tant que celle-ci n'altère pas les modalités de choix de l'offre dans le cadre d'un contrat dont le montant excède les seuils européens.

---

des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire ». Il s'agissait en l'espèce d'un marché spécifique hautement technique de réhabilitation d'un monument historique.

[1] BRENET F., « Critères, sous-critères et méthode de notation en procédure adaptée », art. *op. cit.*, comm. 8.

*

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

456. Au moment d'examiner le champ d'application de la loyauté en droit des contrats administratifs, les développements précédents ont permis de montrer comment elle peut être amenée à exercer de nouvelles fonctions en dehors des modalités prévues par la décision *Commune de Béziers*[1]. Le lien étroit entre la loyauté, la confiance et la fidélité est à l'origine d'un décloisonnement des effets de l'instrument contentieux. Sortie du carcan du recours en contestation de validité, la loyauté en droit des contrats nous semble jouer un rôle durant l'exécution de la relation contractuelle mais également au-delà.

457. Au cœur des modalités d'exécution du contrat administratif d'abord, nous pensons que l'influence que peut jouer la loyauté est liée à la confiance que doivent ou devraient pouvoir entretenir les parties contractantes. Ces considérations sont essentielles en droit privé des obligations et servent de fondement aux obligations positives de collaboration et d'information entre les partenaires. En l'état actuel du droit positif, le Conseil d'État répugne à reconnaître à la loyauté au cœur de l'exécution du contrat une quelconque influence[2]. Cependant, la Section des travaux publics a suggéré qu'elle serve à interpréter les stipulations lacunaires d'un contrat administratif[3]. Nous redoutons que cette loyauté au cœur des modalités d'exécution du contrat serve en définitive à banaliser sa dimension administrative. C'est la raison pour laquelle nous préconisons le maintien d'une forme de déloyauté nécessaire de l'administration contractante pour que celle-ci puisse être en mesure et sans être inquiétée, si et dans la mesure où l'intérêt général et l'organisation du service public l'imposent, de prendre toutes les mesures concourant à la rupture unilatérale du contrat administratif.

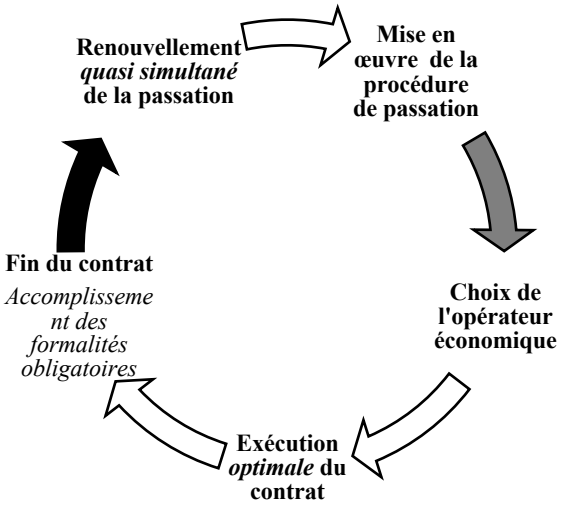
458. Au-delà du contrat ensuite, la loyauté des relations post-contractuelles est étroitement liée à la fidélité. Après avoir analysé l'espace dans lequel elle peut exercer son influence, nous pensons avoir réussi à prouver qu'elle se devine à travers les procédés d'ingénierie

---

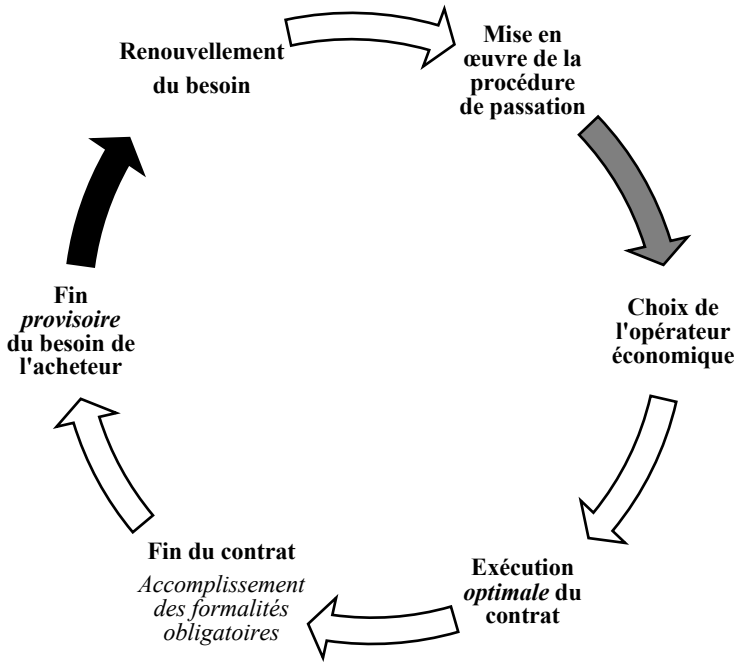
[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, 7 décembre 2015, *Syndicat mixte de Pierrefonds c/ Sté ASA Réunion*, préc.
[3] CE, Section des travaux publics, 26 avril 2018, *Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport Nantes-Atlantique*, préc.

contractuelle à disposition des acheteurs. Autrement dit, les techniques de passation peuvent conduire à valoriser l'expérience passée et révéler ainsi l'existence d'une influence de la fidélité entre l'acheteur et son ancien partenaire et donc, d'une forme de loyauté au-delà du contrat. Schématiquement, nous représentons en ***noir*** l'espace d'influence avéré de la loyauté des relations post-contractuelles et en ***gris*** le moment concret où elle peut conduire l'acheteur à valoriser sa fidélité à son ancien partenaire. Celle-ci se devine à travers les techniques d'ingénierie contractuelle à disposition des acheteurs.

Cycle de mise en jeu récurrente des besoins par l'acheteur public



Cycle de mise en jeu épisodique des besoins par l'acheteur public



***

CONCLUSION DU TITRE SECOND

459. Les développements précédents consistent en l'étude de la force de pénétration de la loyauté en droit des contrats administratifs. En comparant l'évolution du contentieux des parties depuis l'avènement de la jurisprudence *Commune de Béziers*[1] à « *la boîte de Pandore* »[2], le professeur Benoît Plessix redoute en définitive que le Conseil d'État perde le contrôle de la loyauté[3]. Ainsi indéterminé, le champ d'application de la loyauté en droit des contrats administratifs ne nous semble pas pouvoir demeurer dans le monde clos du recours en contestation de validité à l'initiative d'une partie contractante. Bien au contraire, nous pensons avoir montré que la loyauté influence déjà l'ensemble de la vie du contrat administratif, de sa formation jusqu'au cœur de son exécution et même au-delà la relation contractuelle.

Si en l'état actuel du droit le Conseil d'État encadre l'influence de la loyauté en droit des contrats, l'examen attentif de la pratique des relations précontractuelles, de l'exécution du contrat et des relations post-contractuelles nous a conduit à considérer que la loyauté est déjà décloisonnée même si cela ne se fait pas dans des proportions homogènes.

Qu'elle soit un filtre des moyens, un instrument supplétif encadrant les négociations précontractuelles, un instrument interprétant les stipulations lacunaires ou encore un instrument valorisant la confiance et la fidélité au cœur et au-delà de la relation contractuelle, la loyauté en droit des contrats est polymorphe. Autrement dit, il n'existe pas *une* loyauté, mais bien *des* loyautés aux contours différents. Ce faisant, les craintes du professeur Benoît Plessix semblent fondées.

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] PLESSIX B., « Chronique de droit administratif », art. *op. cit.,* p. 677.
[3] PLESSIX B., *Droit administratif général*, *op. cit*., p. 1472.

*

* *

*

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

460. Après avoir admis que la loyauté en contentieux des parties contribue sans aucun doute possible à la réussite de « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[1], la grande œuvre du Conseil d'État en cette dernière décennie, les développements précédents ont permis d'interroger les conséquences d'un tel changement de paradigme. Précisément, le passage d'un état de crise à l'ère actuelle de la stabilité du contrat administratif même irrégulier ne peut faire l'économie d'un bilan. Appuyé sur dix années d'application de la jurisprudence *Commune de Béziers*[2], notre examen du droit positif nous incite à la plus grande prudence.

461. En effet, nous pensons avoir montré que la loyauté des relations contractuelles est un instrument qui a trop grandement relativisé le principe de légalité en contentieux des parties. Pour y parvenir, l'analyse de l'ensemble des décisions rendues par les juridictions administratives fondées justement sur la loyauté rend impossible toute systématisation du raisonnement du juge du contrat. Partant, cette incertitude subséquente nous a conduit à considérer que le juge utilise les versants subjectif et/ou objectif de la loyauté pour lui permettre d'assurer la stabilité du contrat administratif même irrégulier. Dans ce cas de figure, « *les habits neufs du juge du contrat* »[3] ressemblent à s'y méprendre à ceux d'un arbitre au service des parties et non plus à ceux d'un gardien de la légalité contractuelle, conformément à la détermination prétorienne de choix qui lui « *paraissent prioritaires* »[4].

Les effets les plus notables se concentrent au stade de la formation du contrat. Après avoir tiré ses propres conclusions sur l'avènement de l'état de crise du contrat, le Conseil d'État

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[3] GLASER E., « Les habits neufs du juge du contrat », art. *op. cit.,* p. 310
[4] TRUCHET D., « La reconstruction de l'office du juge du contrat administratif : comment et jusqu'où ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 722.

considère désormais que de nombreuses irrégularités, avérées et parfois considérées comme graves, ne justifient pourtant plus l'annulation ou l'inapplication du contrat administratif. Nous avons ainsi montré que l'essentiel des irrégularités en matière de compétence de l'autorité signataire et la quasi-intégralité des manquements aux procédures de passation depuis la jurisprudence *Manoukian*[1] ne justifie plus, « *en principe »,* d'écarter le contrat pour trancher le litige en dehors du terrain de la responsabilité contractuelle.

462. En outre, notre examen nous a conduit à interroger le champ d'application de la loyauté en droit des contrats administratifs. Ainsi, nous sommes arrivé à la conclusion que le choix de la loyauté en tant qu'instrument de restructuration du contentieux des parties risque d'échapper au contrôle de son créateur. À l'instar du professeur Benoît Plessix[2], nous redoutons que la loyauté ne soit en définitive qu'une « *créature* » insusceptible d'être cantonnée au rôle d'instrument contentieux. Si notre conclusion est correcte, la loyauté influence déjà en partie la vie du contrat administratif.

D'une part, le mouvement de décloisonnement de la loyauté peut s'imposer au juge national. Plusieurs auteurs, dans le cadre de leur analyse de la jurisprudence, regrettent que le Conseil d'État répugne à reconnaître un « *principe de loyauté des relations précontractuelles* ». Or, s'il semble inutile de transposer la loyauté précontractuelle du droit privé au droit public, rien n'interdit que le juge européen, comme il a pu le faire avec la transparence, déduise un principe supplétif de loyauté pour s'immiscer entre les interstices des pratiques des acheteurs et des États membres. Par anticipation, nous pensons que l'essor de la négociation en droit de la commande publique va s'accélérer. En conséquence, il n'est pas certain que les principes fondamentaux prévalant en droit positif soient suffisants à garantir l'intégrité des négociations, dans sa dimension relationnelle et au regard de l'objet négocié. Tel pourrait être alors le rôle d'un principe supplétif de loyauté des négociations.

D'autre part et enfin, le mouvement de décloisonnement de la loyauté existe déjà bel et bien en droit positif. Précisément, une forme de loyauté influence déjà l'exécution du contrat et les rapports post-contractuels soit en prenant l'aspect de la confiance entre partenaires contractuels soit en valorisant la fidélité de l'acheteur à son ancien cocontractant après une exécution optimale du contrat.

---

[1] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.
[2] PLESSIX B., *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1472.

CONCLUSION GÉNÉRALE

463. Au terme de notre étude de « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »[1] en droit public, il nous revient désormais d'en souligner les principaux apports. Cette étude était devenue nécessaire tant la loyauté a contribué à faire passer le contentieux des parties dans une nouvelle ère propice à la stabilité des contrats administratifs même irréguliers.

464. Le point de départ de notre démarche a consisté en un travail d'identification d'une part du terme « *loyauté* »[2] et d'autre part de la loyauté comme « *exigence* »[3]. Comment analyser l'apport de la jurisprudence *Commune de Béziers*[4] sans préalablement chercher à maîtriser ce que signifie l'exigence de loyauté qu'elle a créé ? Cette étape préalable était rendue nécessaire par le sentiment que la loyauté était « *une terre étrangère* »[5] du droit public de manière générale et du droit des contrats administratifs en particulier. Précisément, à l'exception notable de développements au cœur des thèses des professeurs Martine Lombard[6] et Hélène Hoepffner[7] et surtout du célèbre article du professeur Christine Bréchon-Moulènes[8], aucune étude d'envergure en droit public ne s'est intéressée à la loyauté, pourtant si commentée dans les autres branches du droit. Liée dès ses premières origines à la fidélité, la loyauté est également étroitement liée à la légalité. Dès lors, la loyauté porte en elle une dualité qui offre à celui qui s'en sert une très grande marge de manœuvre. Cette souplesse est l'apanage des standards juridiques. C'est la raison pour laquelle un auteur a pu qualifier la loyauté de « *commode* »[9].

465. Utilisée en droit des contrats administratifs, la loyauté des relations contractuelles a été pensée comme un instrument contentieux ayant pour objet d'empêcher la rupture des contrats administratifs en soumettant l'invocation des irrégularités au franchissement d'un véritable

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] V. *supra*, § 53 et s.
[3] V. *supra*, § 97 et s.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] PETIT F., « Propos introductifs », *in* F. Petit (dir.), *Droit et loyauté*, *op. cit.*, p. 1.
[6] LOMBARD M., R*echerches sur le rôle de la bonne et de la mauvaise foi en droit administratif français,* th. *op. cit.*, p. 450 et s.
[7] HOEPFFNER H., *La modification du contrat administratif*, th. *op. cit.*, p. 38 et s.
[8] BRÉCHON-MOULÈNES CH., « De la loyauté de l'autorité publique contractante », in *Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, *op. cit.*, p. 439 et s.
[9] SESTIER J.-F., « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 451.

filtre de loyauté. Ce faisant, la loyauté des relations contractuelles a pour effet principal d'œuvrer en faveur de la réussite de « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[1]. Par voie de conséquence, tout l'enjeu de notre étude est de mesurer l'efficacité de la loyauté par rapport au but qui lui était donné[2]. Si la réponse est positive, la loyauté n'est-elle pas un outil de stabilisation excessif à l'origine d'une trop grande « *tolérance juridictionnelle* »[3] ?

466. Notre méthode a consisté, d'abord, en une analyse des sources premières que sont l'ensemble des décisions rendues principalement par le Conseil d'État et les Cours administratives d'appel saisis d'un recours en contestation de validité du contrat par une partie. Sans cet examen minutieux de la jurisprudence, l'efficacité de l'instrument contentieux qu'est la loyauté ne peut être scientifiquement démontrée. Ensuite, cette analyse ne peut être comprise sans la replacer dans son contexte. Avant 2009[4] pour le contentieux des parties, avant 2007[5] et 2008[6] pour le recours des tiers, les auteurs se sont accordés sur l'existence d'un phénomène déstabilisateur en contentieux des contrats administratifs. N'importe quelle irrégularité, même vénielle, était susceptible de conduire le juge au constat de la nullité du contrat ou à son inapplication pour trancher le litige en dehors du terrain de la responsabilité contractuelle.

467. Le constat est alors aussi incontestable qu'implacable : la loyauté a effectivement réussi dans sa mission qui est la sienne de stabilisation des contrats administratifs, en dépit de l'irrégularité, tant que celle-ci ne constitue pas un moyen d'ordre public. Pour le mesurer, nous nous sommes référés au nombre extrêmement faible d'annulation et d'inapplication du contrat. Au demeurant, sur l'ensemble de notre panel de décisions devant le Conseil d'État, seulement quatre affaires étaient relatives à une contestation directe de validité du contrat. Devant les Cours administratives d'appel, seulement 5%. Dès lors, le faible nombre de recours en contestation directe de validité est déjà un indice sur la réalité de la réussite de « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »[7]. Mais, c'est le nombre famélique d'arrêts dans lesquels le juge a écarté le contrat pour trancher le litige qui confirme notre hypothèse. En paraphrasant l'ancien article 1134 du Code civil, il semblerait bien qu'en droit

---

[1] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[2] BRUNET F., *La normativité en droit*, th. *op. cit.*, p. 211.
[3] GRABIAS F., *La tolérance administrative*, th. *op. cit.*, p. 13.
[4] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.
[5] CE, Ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, préc.
[6] CE, sect., 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe [S.M.I.R.G.E.O.M.E.S.],* préc.
[7] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, préc.

public, « *les contrats, mêmes illégalement formés tiennent lieu de loi aux parties* ». En protégeant de la sorte la stabilité des relations contractuelles, la loyauté est animée par deux fonctions négatives et complémentaires. La loyauté contribue donc à lutter aussi bien contre la rupture des contrats administratifs[1] que contre l'inefficacité de l'action administrative[2].

468. Alors, nous nous sommes demandé si le paradigme stabilisateur auquel concourt la loyauté des relations contractuelles n'était pas, finalement, excessif. Autrement dit, la loyauté ne revient-elle pas à faire basculer le contentieux des parties dans une nouvelle crise qui serait celle de la légalité ?

Pour y répondre, nous avons examiné la manière par laquelle le juge du contrat mobilise la loyauté des relations contractuelles. Précisément, il s'en sert comme filtre des moyens invocables dans le cadre d'une contestation directe de validité et comme filtre des moyens opérants dans le cadre d'un recours par voie d'exception. Sur ce point, l'examen de la jurisprudence renforce notre démonstration selon laquelle le terme même de « *loyauté* » porte en lui l'indétermination. En effet, dans ses conclusions sur *Commune de Béziers*, Emmanuel Glaser n'envisageait la loyauté que comme un instrument empêchant le cocontractant-requérant de se prévaloir d'une irrégularité qu'il a lui-même commise ou à laquelle il aurait consenti[3]. Autrement dit, le rapporteur public avait construit un lien étroit entre la loyauté en contentieux des parties et la règle *nemo auditur*. Indétermination sous l'angle négatif, souplesse d'utilisation et grande adaptabilité sans l'angle positif, la loyauté a évolué au gré des espèces. Ce faisant, elle a soit une dimension subjective[4] lui permettant de contrôler aussi bien l'imputation de l'irrégularité[5], que le comportement[6] et l'intention du cocontractant-requérant[7] ; soit une dimension objective[8] liée à la gravité variable de l'irrégularité[9]. La distinction entre les deux faces de la loyauté est pédagogique et permet d'analyser les décisions rendues par le juge. Cependant, la distinction n'est pas hermétique et il est devenu fréquent que le juge se serve des deux faces de la loyauté simultanément pour trancher un

[1] V. *supra*, § 131 et s.
[2] V. *supra*, § 171 et s.
[3] GLASER E., « L'office du juge du contrat », art. *op. cit.*, p. 516.
[4] V. *supra*, § 226.
[5] V. *supra*, § 227 et s.
[6] V. *supra*, § 241 et s.
[7] V. *supra*, § 239 et s.
[8] V. *supra*, § 249 et s.
[9] V. *supra*, § 251 et s.

litige. Ce faisant, les circonstances propres à chaque espèce et les conséquences dommageables[1] peuvent intervenir dans la détermination de la gravité de l'irrégularité.

L'efficacité indiscutable de la loyauté en contentieux des parties contractantes pose la question de l'anticipation des solutions. Marquée par la casuistique et la variabilité du raisonnement du juge, il n'est pas possible de systématiser quelle facette de la loyauté il utilisera pour apprécier le moyen d'irrégularité. Cependant, à l'aune du très faible nombre d'arrêts annulant ou écartant un contrat pour trancher le litige, qu'il nous soit autorisé de considérer que le juge fera très certainement le choix de la facette de la loyauté qui lui assurera de protéger le contrat irrégulier.

469. Partant, nous sommes arrivé à la conclusion d'un recul discutable de la légalité en contentieux des parties. Seuls les moyens considérés par le juge comme étant d'ordre public sont susceptibles de conduire à l'annulation ou à l'inapplication du contrat administratif. Durant l'état de crise, le champ desdits moyens était trop important faisant de chaque irrégularité une cause de disparition du contrat. Depuis l'avènement de la loyauté des relations contractuelles, l'inventaire des moyens d'ordre public en l'état actuel du droit intrigue. Lorsqu'est étudiée la légalité au stade de la formation du contrat, les irrégularités relatives à la compétence de l'autorité signataire et le respect des procédures de passation des contrats de la commande publique ne semblent plus être de nature à conduire, en général, à l'annulation ou à l'inapplication du contrat administratif irrégulier.

470. Pourtant, ces irrégularités ne sont pas bégnines. Leur traitement actuel par le juge du contrat est le fruit d'un changement de politique jurisprudentielle à laquelle concourt la loyauté des relations contractuelles. Pour ne plus systématiquement être contraint de sanctionner un contrat signé par une autorité incompétente pour le faire, le Conseil d'État a opéré une graduation des irrégularités pour ne sanctionner le contrat qu'à de rares occasions. Sont ainsi tolérés la plupart des omissions, les erreurs purement matérielles et temporelles, les informations insuffisantes des élus voire même l'absence ou le caractère incomplet des consultations préalables nécessaires à la signature du contrat[2]. Le cas de l'absence totale de délibération de l'assemblée autorisant la signature est déterminant pour comprendre la politique jurisprudentielle en vigueur. Confronté à une telle irrégularité, le juge du contrat vérifiera si elle a eu une incidence sur le consentement. Si ce n'est pas le cas, le vice sera

[1] V. *supra*, § 258 et s.
[2] V. *supra*, § 309.

considéré comme n'étant pas suffisamment grave et la loyauté s'opposera à son invocation. En revanche, dans le cas où l'irrégularité précitée a une incidence sur le consentement, cela ne suffit toujours pas à systématiquement annuler ou écarter le contrat. Précisément, le juge va d'abord vérifier s'il n'y a pas eu une régularisation, même tacite. En cas de régularisation, le juge opposera la loyauté à l'invocation du moyen. C'est donc seulement dans le cas où il n'y a pas eu de régularisation que le contrat sera annulé ou écarté pour trancher le litige[1].

471. Les mêmes conclusions peuvent être tirées de l'examen des manquements aux procédures de passation des contrats de la commande publique[2]. Véritable paradoxe, ces règles sont la traduction des principes fondamentaux de la commande publique[3] s'appliquant « *dès le premier euro* »[4] et que l'on peut raisonnablement considérer comme d'ordre public en droit de l'Union européenne. Pourtant, depuis 2011[5], le Conseil d'État considère « *en principe* » que ces moyens sont inopérants dans la mesure où ils ne concerneraient en réalité que les tiers-requérants. Autrement dit, le contentieux des contrats administratifs au sens large serait, comme l'a imagé Gilles Pellissier, « *un jardin à la française* »[6]. Aux tiers-requérants est accordée la possibilité de contester les irrégularités de passation dans la mesure où ils disposent de la voie des référés précontractuel et contractuel ainsi que le recours en contestation de validité ouvert à tous depuis 2014[7]. Aux tiers-requérants donc seraient réservées les irrégularités relatives à la « *dimension sociale ou publique du contrat* ». Aux cocontractants-requérants, il ne serait alors plus question que de la « *dimension personnelle du contrat* »[8]. Seules les irrégularités entrant dans le champ de l'exception prévue par *Manoukian* sont susceptibles d'être utilement invoquées par une partie[9].

472. Bien que nous ne soyons pas convaincu par cette clé de répartition, il est clair que si les tiers pouvaient utilement se prévaloir des manquements aux procédures de passation, le principe de légalité serait malgré tout garanti. Or, un examen récent de la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* construit par le premier vice-président du tribunal administratif de Strasbourg révèle que cinquante-cinq arrêts sur soixante-quatre soumis au

---

[1] V. *supra*, § 310.
[2] V. *supra*, § 316 et s.
[3] V. *supra*, § 319 et s.
[4] UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 235.
[5] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc. ; CE, 12 janvier 2011, *Sté des autoroutes du nord et de l'est de la France*, préc. ; CE, 12 janvier 2011, *Sté Léon Grosse*, préc.
[6] PELLISSIER G., « Concl. sur CE, 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche* [SMPAT], préc. ».
[7] CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.
[8] BOULOUIS N., « Concl. sur CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc. ».
[9] CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

Conseil d'État ont conduit le juge du contrat à écarter les moyens d'irrégularités soulevés par les tiers-requérants[1]. La distanciation inquiétante entre les procédures de passation des contrats administratifs, notamment ceux de la commande publique, et le respect de la légalité en contentieux des tiers vient d'ailleurs d'être soulignée par Stéphanie Douteaud dans une tribune de la revue *AJDA* le 25 novembre 2019[2].

473. Nous sommes donc arrivé à la conclusion qu'en l'état actuel du droit, le Conseil d'État a participé à défaire le lien étroit entre la procédure de passation des contrats de la commande publique et la construction du consentement de l'acheteur. L'article L. 3 du Code de la commande publique lui impose de faire respecter les principes fondamentaux inspirés du droit de l'Union européenne pour faire le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Partant, l'on peut douter que l'acheteur ou l'autorité concédante ait valablement consenti à un contrat s'il ne s'est pas mis volontairement ou involontairement en mesure de faire le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. C'est la raison pour laquelle nous avons proposé une nouvelle lecture de ces manquements. En présence d'une absence totale de publicité et de mise en concurrence, le juge devrait être en mesure de le relever d'office et d'annuler ou écarter le contrat pour régler le litige. L'ensemble de ces éléments confirment notre hypothèse selon laquelle la loyauté des relations contractuelles a réussi d'une part à stabiliser les contrats administratifs même irréguliers et d'autre part, à le faire de manière certainement trop excessive.

474. En outre, l'indétermination de la loyauté, à l'aune de l'expérience du droit privé, nous invite à la plus grande prudence quant à son champ d'application. Précisément, rien ne peut garantir que la loyauté ne va pas jouer, à l'avenir, un rôle nouveau, décloisonné du carcan contentieux pensé en 2009[3]. Nous le pensons vivement. Ce faisant, rien n'interdirait à la loyauté de jouer un rôle tout au long de la vie du contrat administratif, de sa formation jusqu'au cœur même de son exécution voire même au-delà de la relation contractuelle.

Ces évolutions sont déjà présentes en droit positif et l'idée diffuse de loyauté se devine derrière certaines pratiques. Dans le cadre des rapports précontractuels, l'avènement d'une loyauté est souhaité aussi bien par des auteurs que dans certaines décisions de Cours administratives d'appel. Nous pensons que l'essor de la négociation en droit de la commande publique pourrait inciter le juge européen à déduire des Traités et des principes fondamentaux

[1] DEVILLERS P., « Il faut sauver le contrat public – opération réussie ? », art. *op. cit.*, repère 5.
[2] DOUTEAUD S., « De l'annulation platonique à la résiliation platonique », *AJDA*, 2019, p. 2329.
[3] CE, Ass., 28 décembre 2009, *Cne de Béziers,* préc.

un principe supplétif de loyauté des négociations. Au cœur de la relation contractuelle, bien que le Conseil d'État s'y oppose aujourd'hui, un mouvement pourrait l'inciter sur le fondement de la *loyauté-confiance*, à s'immiscer au cœur de la relation contractuelle. Au-delà du contrat, nous sommes arrivé à la conclusion qu'une forme de loyauté des relations post-contractuelles influence déjà l'attitude de l'acheteur. Nous pensons ainsi qu'il existe un espace dans lequel la *loyauté-fidélité* incite l'acheteur à valoriser l'expérience passée dans les marchés à procédures adaptées pour analyser les offres.

475. Enfin, à l'heure où la doctrine s'interroge sur l'équilibre entre la légalité et la sécurité juridique dans le cadre du recours en excès de pouvoir[1], le temps jurisprudentiel nous dira si le contentieux des parties contractantes va poursuivre son cycle vers l'ère de la crise cette fois-ci de la légalité. En tout état de cause, nous le pensons et nous le redoutons.

[1] V. *supra*, § 288.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS ET TRAITÉS

AUBY (Jean-Bernard) et DRAGO (Roland), *Traité de contentieux administratif*, t. 1, 3ème éd., LGDJ, 1984.

AUBY (Jean-Bernard), PÉRINET-MARQUET (Hugues) et NOGUELLOU (Rozen), *Droit de l'urbanisme et de la construction*, LGDJ, coll. « Domat droit public/privé », 12ème éd., 2020.

AUCOC (Léon), *Conférences sur l'administration et le droit administratif, faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées*, t. 1, Éditions de 1869-1876.

BERGEAL C., LÉNICA F., *Le contentieux des marchés publics*, 2ème éd., Le Moniteur, coll. « Marchés publics locaux », Paris, 2010.

BERGEL (Jean-Louis), *Théorie générale du droit*, 5ème éd., Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2012.

BLANCO (Florent), *Contentieux administratif*, PUF, coll. « Thémis droit », 2019.

BONNARD (Roger), *Précis de droit administratif*, 4ème éd., LGDJ, 1943.

BRACONNIER (Stéphane), *Précis du droit de la commande publique*, 6ème éd., Le Moniteur, 2019.

BROYELLE (Camille), *Contentieux administratif*, 8ème éd., LGDJ, coll. « Manuels », 2020.

CHAPUS (René)

- *Droit administratif général*, tome 1, 15ème éd., Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2001.
- *Droit du contentieux administratif*, 13ème éd., LGDJ, coll. « Précis Domat », 2008.

DE LA ROSA (Stéphane), *Droit européen de la commande publique*, Bruylant, 2017.

DE MONSEMBERNARD (Marc), *Contentieux de la commande publique*, Dalloz, coll. « Dalloz corpus », 2019.

DELVOLVÉ (Pierre), *Droit public économique*, Dalloz, coll. « Précis », 1998.

DUBREUIL (Charles-André), *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis droit », 2018.

DUMONT (Gilles), LOMBARD (Martine), SIRINELLI (Jean), *Droit administratif*, 13ème éd., Dalloz, coll. « Hyper Cours », 2019.

EISENMANN (Charles), *Cours de droit administratif*, tome 2, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 2013.

FENOUILLET (Dominique), MALINVAUD (Philippe) et MEKKI (Mustapha), *Droit des obligations*, 15ème éd., LexisNexis, coll. « Manuels), 2019.

GHESTIN (Jacques), LOISEAU (Grégoire) et SERINET (Yves-Marie), *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 4ème éd., tome 1, LGDJ, coll. « Traités », 2013.

GONOD (Pascale), MELLERAY (Fabrice) et YOLKA (Philippe), *Traité de droit administratif,* 2 t., Dalloz, coll. « Traité de droit administratif », 2011.

GUETTIER (Christophe), *Droit des contrats administratifs*, 3ème éd., PUF, coll. « Thémis », 2011.

GUÉZOU (Olivier), *Traité de contentieux de la commande publique*, 2ème éd., Le Moniteur, coll. « Référence juridique », 2018.

GUYOMAR (Mattias) et SEILLER (Bertrand), *Contentieux administratif*, 5ème éd., Dalloz, coll. « Hyper Cours », 2019.

HAURIOU (Maurice), *Principes de droit public*, Dalloz, 2010.

HOEPFFNER (Hélène), *Droit des contrats administratifs*, 2ème éd., Dalloz, coll. « Cours », 2019.

JÈZE (Gaston)

- *Les contrats administratifs, de l'État, des départements, des communes et des établissements publics. Révision et résiliation des concessions de services publics de transports et commun et d'intérêt public local*, LGDJ, 1937.
- *Les principes généraux du droit administratif. Tome 1. La technique juridique du droit public français*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2005.
- *Les principes généraux du droit administratif. Tome 2. La notion de service public. Les individus au service public. Le statut des agents publics*, 3ème éd., Dalloz, 2003.
- *Les principes généraux du droit administratif. Tome 3. Le fonctionnement des services publics*, , Dalloz, 2011.

LACHAUME (Jean-François), PAULIAT (Hélène), BRACONNIER (Stéphane), CLAEYS (Antoine), *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, 18ème éd., PUF, coll. « Thémis droit », 2020.

LAFERRIÈRE (Édouard), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 t., 2ème éd., Berger-Levrault, 1986.

LAUBADÈRE (André de) et MODERNE (Franck) et DELVOLVÉ (Pierre), *Traité des contrats administratifs*, 2 t., 2ème éd., LGDJ, tome 1, 1983, tome 2, 1984.

LEQUETTE (Yves), SIMLER (Philippe) et TERRÉ (François), *Droit civil. Les obligations*, 12ème éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2018.

LICHÈRE (François), RICHER (Laurent), *Droit des contrats administratifs*, 12ème éd., LGDJ, coll. « Manuel », 2021.

LONG (Marceau), WEIL (Prosper), BRAIBANT (Guy), DELVOLVÉ (Pierre) et GENEVOIS (Bruno), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 22ème éd., Dalloz, 2019.

NICINSKI (Sophie), *Droit public des affaires*, 7ème éd., LGDJ, coll. « Précis Domat », 2019.

ODENT (Raymond), *Contentieux administratif*, VI fascicules, Les cours de droit, 1977-1981, 2 t., rééd. Dalloz, 2007.

PETIT (Jacques), FRIER (Pierre-Laurent), *Droit administratif*, 14ème éd., LGDJ, coll. « Précis Domat droit public », 2020.

PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges), *Traité pratique de droit civil français*, 6 tomes, LGDJ, 1926.

PLESSIX (Benoît), *Droit administratif général*, 3ème éd., LexisNexis, coll. « Manuels », 2020.

RICCI (Jean-Claude) et LOMBARD (Frédéric), *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, Sirey, coll. « Université », 2018.

SCHWARZE (Jürgen), *Droit administratif européen*, 2ème éd., Bruylant, coll. « Droit administratif. Administrative Law », 2009.

STIRN (Bernard) et AGUILA (Yann), *Droit public français et européen*, 2ème éd., Les Presses Sciences Po, Dalloz, 2018.

TRUCHET (Didier), *Droit administratif*, 8ème éd., PUF, coll. « Thémis droit », 2019.

UBAUD-BERGERON (Marion), *Droit des contrats administratifs*, 3ème éd., LexisNexis, coll. « Manuels », 2019.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX ET RAPPORTS

A) OUVRAGES SPÉCIAUX

ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. « Quadrige dicos poche », 2003.

BOUHIER (Vincent) (dir.), *L'intervention des tiers dans les contrats administratifs*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques & Essais », 2020.

CAILLOSSE (Jacques), *L'État du droit administratif*, 2ème éd., LGDJ, coll. « Droit et société », 2017, 384 p.

CANTILLON (Guillaume) et RICHER (Laurent), *Achat public et économie des territoires*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2017.

CHABANOL (Daniel), *Le juge administratif*, LGDJ, coll. « Systèmes », 1993.

CORNU (Gérard) (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12ème éd., PUF, coll. « Quadrige », 2018.

DELMAS-MARTY (Mireille), *Pour un droit commun*, Seuil, coll. « La librairie du XXe siècle », 1994.

DE BÉCHILLON (Denys), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Éditions Odile Jacob, 1997.

FABRE-MAGNAN (Muriel), *L'institution de la liberté*, PUF, 2018.

GERBET (Pierre), *La construction de l'Europe*, 4ème éd., Armand Colin, 2007.

GIFFARD (André-Edmond), VILLERS (Robert), *Droit romain et ancien droit français (obligations)*, 3ème éd., Dalloz, coll. « Précis Dalloz), 1970.

GILARDEAU (Éric), *Cicéron, père de la codification du droit civil*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2017.

GODIVEAU (Grégory) et LECLERC (Stéphane), *Droit du marché intérieur de l'Union européenne. Les libertés de circulation et de concurrence*, Gualino, coll. « Master », 2016.

GRARD (Loïc), BRUNESSEN (Bertrand), SOULARD (Christophe), BLUMANN (Claude), PETIT (Yves) et PERALDI-LENEUF (Fabienne) (dir.), *Introduction au marché intérieur. Libre circulation des marchandises*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2015.

HAURIOU (Maurice)

- *Aux sources du droit : Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Centre de philosophie politique et juridique, 1986.
- *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2013.

HOEPFFNER (Hélène), *Les garanties des constructeurs en droit public*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2018.

IHERING (Rudolf Von), *Le combat pour le droit*, Durant et Pédone-Lauriel, 1875.

KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, 2ème éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1962.

LEGENDRE (Pierre), *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Seuil, 1974, Nouvelle édition augmentée, Champ Freudien, 2005.

LESQUIN (Xavier DE), *Dynamiques du droit de l'urbanisme*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2018.

MESLIN (Michel), *L'homme romain des origines au Ier siècle de notre ère. Essai d'anthropologie*, Paris, Hachette, 1978.

PÉDAMON (Michel), *Le contrat en droit allemand*, 2ème éd., LGDJ, coll. « Droit des affaires », 2004, 283 p.

PERELMAN (Charles), *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2ème éd., 1999.

REDOR (Marie-Joëlle) , *De l'État légal à l'État de droit*, Economica, 1992.

RICHER (Laurent), *La concession en débat*, LGDJ, coll. « Systèmes Perspectives », 2014.

SUPIOT (Alain), *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Points, coll. « Essais », 2009.

VILLEY (Michel)

- *Le droit romain*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1957.
- *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les carnets.* Textes préparés et indexés par M.-A. Frison-Roche et Ch. Jamin, PUF, 1995.
- *La formation de la pensée moderne*, PUF, coll. « Quadrige », 2006.

B) RAPPORTS

EDCE, *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, La documentation française, 1992, 203 p.

EDCE, *Rapport 1995 du Conseil d'État. La transparence et le secret*

EDCE, *Rapport public 2008. Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La documentation française, 2008, 398 p.

SÉNAT, Rapport d'information n°265 (1999-2000) de M. Louis Althapé fait au nom de la commission des affaires économiques du Sénat, déposé le 15 mars 2000, *La modernisation du droit de l'urbanisme*.

COUR DES COMPTES DE L'UNION EUROPÉENNE, *Rapport spécial de la Cour des comptes européenne : Les partenariats public-privé dans l'UE : de multiples insuffisances et des avantages* limités, Rapport n°9, mars 2018.

III. THÈSES ET MONOGRAPHIES

A) THÈSES ET MONOGRAPHIES DE DROIT PUBLIC

AKOUN (Émilie), *Les moyens d'ordre public en contentieux administratif*, th. Grenoble, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des Thèses », 2017.

ALLIEZ (Quentin), *L'après-contrat administratif*, th. Paris I, 2020.

AMILHAT (Mathias), *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, th. Toulouse, Bruylant, 2014.

ARNAUD (Charlotte), *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, th. Toulouse 1, LGDJ, coll. « Thèses de l'IFR », 2016.

AZOUAOU (Philippe), *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, th., Paris X, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2016.

BAILLEUL (David), *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, th., LGDJ, coll. « Bibliothèque de thèse », t. 220, 2002.

BERNARD (Elsa), *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, th. Strasbourg, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2010.

BLANCO (Florent), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, PUAM, coll. « Centre de Recherches Administratives », 2010.

BOURDON (Pierre), *Le contrat administratif illégal*, th. Paris I, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 131, 2014.

BOUSQUET (Jérémy), *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, th. Montpellier I, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 310, 2019.

BRENET (François), *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, th. Poitiers, 2002.

BRUNET (François), *La normativité en droit*, th. Paris I, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2012.

BUNEL (Morgan), *Les chaînes d'actes en droit administratif*, th. dactyl. Montpellier I, 2014.

CALOGEROPOULOS (André), *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux,* th. Paris II, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 145, 1983.

CIAUDO (Alexandre), *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, th. Paris I, L'Harmattan, coll. « Logiques Juridiques », 2009.

CLUZEL-MÉTAYER (Lucie), *Le service public et l'exigence de qualité*, th. Paris II, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 52, 2006.

CONNIL (Damien), *L'office du juge administratif et le temps*, th. Pau, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », vol. 114, 2012.

COQ (Véronique), *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, L'Harmattan, coll. « Logiques Juridiques », 2015.

DEBOUY (Christian), *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse,* th. Poitiers, PUF, 1980.

DOUTEAUD (Stéphanie), *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, th. Pau, 2 t., 2017.

FOURNOUX (Louis DE), *Le principe de l'impartialité de l'Administration*, th. Strasbourg, 2017.

FOLLIOT (Laurence), *Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle*, th. Paris II, 1994.

FRAYSSE-DRUESNE (Ghislaine), *La lutte contre l'arbitraire en droit public français*, th. Paris, 1977.

GABAYET (Nicolas), *L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et droit français*, th. Aix-Marseille, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 288, 2015.

GASTINES (Louis DE), *Les présomptions en droit administratif,* th. Paris I, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 163, 1991.

GAUDEMET (Yves), *Les méthodes du juge administratif*, th. Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 108, 1972.

GLINIASTY (Jeanne DE), *Les théories jurisprudentielles en droit administratif*, th. Cergy, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 298, 2018.

GONOD (Pascale), *Édouard Laferrière, un juriste au service de la République*, th., LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 190, 1997.

GRABIAS (Fanny), *La tolérance administrative*, th. Université de Loraine, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », vol. 173, 2018.

HASQUENOPH (Isabelle), *Contrats publics et concurrence*, th. Paris I, 2019.

HOEPFFNER (Hélène), *La modification du contrat administratif*, th. Paris II, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 260, 2009.

HOFFMANN (Fabien), *La rupture du contrat administratif. Essai sur la pérennité des relations contractuelles en droit administratif*, th. dactyl. Bordeaux IV, 2009.

HOSTIOU (René), *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, th. Rennes, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 119, 1975.

ISAAC (Guy), *La procédure administrative non contentieuse*, th., LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 79, 1968.

ISRAËL (Jean-Jacques), *La régularisation en droit administratif français*, th. Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 188, 1981.

JEAN-PIERRE (Didier), *L'éthique du fonctionnaire civil*, th., LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 202, 1999.

KALFLÈCHE (Grégory), *L'évolution du droit des marchés publics. Des marchés publics à la commande publique*, th. Paris II, 2004.

KERLÉO (Jean-François), *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, th., Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2016.

LAFAIX (Jean-François), *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. Paris II, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », vol. 87, 2009.

LANGELIER (Élise), *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, th. Poitiers, LGDJ, coll. « Thèses », 2012.

LECLERC (Caroline), *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, th., L'Harmattan, coll. « Logiques Juridiques », 2015.

LEKKOU (Efthymia), *La transparence et la commande publique*, th. dactyl. Lyon 3, 2012.

LELLIG (Wendy), *L'office du juge administratif de la légalité*, th. dactyl, Montpellier, 2015.

LINOTTE (Didier), *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, th. Bordeaux, 1975.

LLORENS (François), *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics. Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, th. Toulouse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 139, 1981.

LLORENS-FRAYSSE (Françoise), *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, th. Toulouse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 149, 1985.

LOSCHAK (Danièle), *Le rôle politique du juge administratif français*, th. Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 107, 1972, 349 p. Réed. Coll. « Anthologie du droit », 2015.

LOMBARD (Frédéric), *La cause dans le contrat administratif*, th. Aix-Marseille, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », vol. 77, 2008.

LOMBARD (Martine), *Recherches sur le rôle de la bonne et la mauvaise foi en droit administratif français*, th. dactyl., Strasbourg, 1978.

MARIE (Soazic), *Le principe de mutabilité et le droit de l'urbanisme*, th. dactyl. Caen, 2009.

MELLERAY (Fabrice), *Essai sur la structuration du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, th. Bordeaux IV, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 212, 2001.

MEURANT (Cédric), *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, th. Lyon 3, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 309, 2019.

MEYNAUD-ZEROUAL (Ariane), *L'office des parties dans le procès administratif*, th. dactyl., Paris II, 2017.

MRAD (Djamila), *Subjectivisation du contentieux et contrat administratif*, th. dactyl. Paris-Saclay, 2018.

NÉGRIN (Jean-Paul), *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, Université de droit, d'économie et de sciences d'Aix-Marseille, 1976.

NICOUD (Florence), *Du contentieux administratif de l'urbanisme. Étude visant à préciser la fonction du contentieux de l'urbanisme dans l'évolution du droit du contentieux administratif général*, th. Nice, PUAM, coll. « Centre de Recherches Administratives », 2006.

OUM OUM (Joseph Franck), *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, th. Toulouse 1, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 270, 2014.

PÉQUIGNOT (Georges), *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th. Perpignan, 1944, Imprimerie du Midi, 1945.

PLESSIX (Benoît), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th. Paris II, 2001, Éd. Panthéon-Assas, 2003.

POULET (Florian), *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif français*, th. Paris II, 2014.

POUYAUD (Dominique), *La nullité des contrats administratifs,* th. Paris II, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 158, 1991.

PROS-PHALIPPON (Chloé), *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, th., LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 301, 2018.

RIALS (Stéphane), *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité,* th., LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 135, 1980.

RICCARDI (David), *Les sanctions contractuelles en droit administratif*, th. Paris XI, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », vol. 189, 2019.

RIGAUDEAU (Pierre-Olivier), *Le rescrit en matière administrative*, th. Paris II, 2020.

SCHMITZ (Julia), *La théorie de l'institution du Doyen Maurice Hauriou*, th. Toulouse 1, L'Harmattan, coll. « Logiques Juridiques », 2013.

SFEZ (Lucien), *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, th. Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 71, 1966.

SOURZAT (Lucie), *Le contrat administratif résilient*, th. Toulouse I, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 308, 2019.

STATI (Marcel O.), *Le standard juridique*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1927.

TALLET-PREUD'HOMME (Laura), *L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat*, th. Paris I, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2014.

THIBAULT (Lionel), *Les effets de la nullité des contrats administratifs*, th. Paris, 1955.

TRUCHET (Didier), *Les fonctions de la notion de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État* », th., LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 125, 1977.

UBAUD-BERGERON (Marion), *La mutabilité du contrat administratif*, th. Montpellier 1, 2004.

VELLEY (Serge), *Les origines du principe de légalité en droit public français*, th. Paris X, 1988.

VIVIANO (Michel), *La théorie de la distinction des recours et le contentieux administratif contractuel*, th. Lille II, 1995.

B) THÈSES ET MONOGRAPHIES DE DROIT PRIVÉ

ALBIGES (Christophe), *De l'équité en droit privé*, th. Montpellier I, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 329, 2000.

BÉCHILLON DE (Marielle), *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, coll. « Laboratoire de Théorie Juridique », 1998.

BOISMAIN (Corinne), *Les contrats relationnels*, th., PUAM, coll. « Institut de droit des affaires », t. 448, 2005.

BOUIX (Caroline), *Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne*, th. Lyon 3, PUAM, coll. « Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles », 2018.

BOULAIRE (Jérémie), *Bona fides. Contribution à l'étude des fondements du principe de bonne foi en droit des contrats*, th. Lille II, 2006.

BOURSIER (Marie-Emmanuelle), *Le principe de loyauté en droit processuel*, th. Paris II, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », vol. 23, 2003.

COURCENET (Sandra), *Les atteintes subies par les témoins et la loyauté processuelle*, th. Strasbourg, 2006.

CUMYN (Michelle), *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, th. Paris I, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 376, 2002.

DARMAISIN (Stéphane), *Le contrat moral*, th., LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 343, 2000.

DESGEORGES (Richard), *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, th. Paris II, 1992.

DUPEYRON (Christian), *La régularisation des actes nuls*, th., LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 127, 1973.

FABRE-MAGNAN (Muriel), *De l'obligation d'information dans les contrats*, th. Paris I, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 221, 1992 ; réed. coll. « Anthologie du droit », 2014.

FAGES (Bertrand), *Le comportement du contractant*, th., PUAM, coll. « Institut de Droit des Affaires », 1997.

FOREST (Grégoire), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th. Tours, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », volume 116, 2012.

GOMY (Marc), *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, th. Perpignan, PUG, 1999.

GUELFUCCI-THIBIERGE (Catherine), *Nullité, restitutions et responsabilité*, th., LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 218, 1992.

HAGE-CHAHINE (Najib), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé,* th. Paris II, Éd. Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2017.

HOUBRON (Hélèna), *Loyauté et vérité. Étude de droit processuel*, th. dactyl. Reims, 2004.

JABBOUR (Rita), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. Paris I, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 573, 2016.

JACQUES (Philippe), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, th. Paris XII, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 46, 2005.

JAPIOT (René), *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une nouvelle théorie*, th. Dijon, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909.

KEBIR (Mehdi), *Le libre arbitre du juge*, th. Tours, Dalloz, coll. « Bibliothèque de la justice », 2019.

KONATÉ (Mamadou), *L'obligation d'information dans les sûretés personnelles*, th. dactyl, Paris VIII, 2012.

LEYAT (Paul), *La responsabilité dans les rapports de voisinage*, th. Toulouse, 1936.

MEKKI (Mustapha), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th. Paris I, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 411, 2004.

MORVAN (Patrick), *Le principe de droit privé*, th. Paris II, Panthéon-Assas, coll. « Droit privé », 1999.

PILLEBOUT (Jean-François), *Recherches sur l'exception d'inexécution*, th. Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 119, 1971.

PIAZZON (Thomas), *La sécurité juridique*, th. Paris II, Defrénois, coll. « Doctorat & Notariat », 2009.

PICOD (Yves), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. Dijon, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 208, 1989.

QUÉTAND-FINET (Claire), *Les présomptions en droit privé*, th. Paris I, IRJS Éditions, coll. « Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridiques de la Sorbonne-Alain Tunc », t. 44, 2013.

RIPERT (Georges), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., Paris, LGDJ, 1949 ; rééd. LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 2013.

ROUBIER (Paul), *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th. Lyon, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911.

SERRA (Yves), *L'obligation de non-concurrence dans le droit des contrats*, th. Montpellier, Sirey, 1968.

SIMLER (Philippe), *La nullité partielle des actes juridiques*, th. Strasbourg, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 101, 1969.

STOFFEL-MUNCK (Philippe), *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 337, 2000.

THIBIERGE-GUELFUCCI (Catherine), *Nullité, restitution et responsabilité*, th. Paris I, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome. 218, 1992.

TISSEYRE (Sandrine), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, coll. « Institut de droit des affaires », 2012.

VOLANSKY (Alexandre), *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, th. Paris, 1929, L. Chauny et L. Quinsac, 1930.

VOUIN (Robert), *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, th. LGDJ, 1939.

WATHELET (Joachim), *La loyauté en droit de la propriété intellectuelle,* th., PUAM, coll. « Droit des affaires », 2019.

IV. ACTES DE COLLOQUES, TRAVAUX COLLECTIFS ET DOSSIERS

ALBERT (Nathalie) (dir.), *Performance et droit administratif*, LexisNexis, coll. « Colloques & Débats », 2010.

ASPIRO SEDKY (Joseph), BRETT (Raphaël), MICHEL (Anne) et THIÉBAUT (Nicolas) (dir.), *Les Politiques jurisprudentielles. Actes de la journée d'étude des jeunes chercheurs de l'Institut d'études de droit public [IEDP]*, Mare & Martin, coll. « Presses Universitaires de Sceaux », 2015.

BEHAR-TOUCHAIS (Martine) (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001.

BÉNABOUT (Valérie-Laure) et CHAGNY (Muriel) (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2008.

BENISTY (Samuel) (dir.), *Les devoirs en droit*, Institut universitaire Varenne, coll. « Colloques & Essais », vol. 43, 2017.

BONNET (Baptiste) (dir.), *Regards de la Communauté juridique sur le contentieux administratif. Hommage à Daniel Chabanol*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2009.

BOUHIER (Vincent) et RICCARDI (David) (dir.), *L'exécution des contrats administratifs*, Le Moniteur, 2018, 283 p.

BOUHIER (Vincent) et HOUTCIEFF (Dimitri) (dir.), *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif. Droit comparé interne*, LGDJ, 2019, 312 p.

BUREAU (Dominique), DRUMMOND (France) et FENOUILLET (Dominique) (dir.), *Droit et morale*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2011.

CADIET (Loïc) (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, 3ème éd., PUF, 2002.

DEFOORT (Benjamin), LAVERGNE (Benjamin) (dir.), *Juger de la légalité administrative. Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, LexisNexis, 2021.

DUBREUIL (Charles-André) (dir.), *L'ordre public*, Éditions Cujas, coll. « Actes & études », 2013.

FALKOWSKI (Wojciech), SASSIER (Yves) (dir.), *Confiance, bonne foi, fidélité. La notion de fides dans la vie des sociétés médiévales (VIe-XVe siècles)*, Classiques Garnier, 2018.

FENOUILLET (Dominique) et RÉMY-CORLAY (Pauline) (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2012, 276 p.

FERRARI (Sébastien), HOURSON (Sébastien) (dir.), *La loyauté en droit public*, Institut Universitaire Varenne, coll. « Colloques & Essais », 2018.

FOLLIOT-LALLIOT (Laurence) et TORRICELLI (Simone) (dir.), *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challanges of public contracts*, Bruylant, coll. « Droit adminsitratif – Administrative law », 2018.

GARDAVAUD (Guy) et OBERDORFF (Henri) (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XXIe siècle*, PUG, coll. « École doctoral, droit, science politique, relations internationales », 2013.

GONOD (Pascale) et ASCENSIO (Hervé) (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, Mare & Martin coll. « Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne », 2019.

GRYNBAUM (Luc) et NICOD (Marc) (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, coll. « Études Juridiques », 2004.

JAMIN (Christophe), MAZEAUD (Denis), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2012.

LAFAIX (Jean-François) (dir.), *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, Berger-Levrault, coll. « Au fil du débat », 2017.

LAGET-ANNAMAYER (Aurore) (dir.), *L'ordre public économique*, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2018.

LAROCHE (Joséph a) (dir.), *La loyauté dans les relations internationales*, L'Harmattan, coll. « Logiques politiques », 2001.

LE GALLOU (Cécile) et MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST (Anne) (dir.), *Le contrat dans tous ses États*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2019.

MARTIN (Julien) (dir.), *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des contrats administratifs*, LexisNexis coll. « Perspective(s) », 2019.

MBONGO (Pascal) et RENAUDIE (Olivier) (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel*, Éditions Cujas, coll. « Actes & Études », 2010.

MORAND (Charles-André) (dir.), *Figures de la légalité*, Publisud, 1992.

NIQUÈGE (Sylvain) (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, Mare & Martin, coll. « Droit public », 2017.

PERELMAN (Chaïm) et VANDER ESLT (Raymond) (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », Bruxelles, 1984.

PERRIN (Alix) (dir.), *La régularisation*, Mare & Martin, coll. « Droit public », 2018.

PETIT (Franck) (dir.), *Droit et loyauté*, Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », 2015.

RAIMBAULT (Philippe) et HECQUARD-THÉRON (Maryvonne) (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2011.

RÉMY-CORLAIS (Pauline), FENOUILLET (Dominique) (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2003.

RENAUDIE (Olivier) (dir.), *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, Berger-Levrault, coll. « Au fil du débat », 2016.

SCHMITZ (Julia), ALONSO (Christophe) et DURANTHON (Arnaud) (dir.), *la pensée du Doyen Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ?*, PUAM, 2015.

TEITGEN-COLLY (Catherine) (dir.)

- *Les figures du juge administrative*, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2015.
- *L'accès au juge : l'intérêt à agir,* LGDJ, coll. « Grands colloques », 2016.

TEITGEN-COLLY (Catherine) et RENAUDIE (Olivier) (dir.), *Confiance et droit public*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2019.

THÉRON (Sophie) (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, Éditions L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », vol. XIII, 2016.

TRIBOLO (Julie) (dir.), *Défiance, doute, incertitude. Quelle place pour la notion de confiance dans les sociétés modernes ?*, L'Harmattan, coll. « Droit privé et sciences criminelles », 2019.

V. ARTICLES SCIENTIFIQUES

A) DROIT PRIVÉ ET PROCÉDURE CIVILE

AMRANI-MEKKI (Soraya), FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), « Droit des contrats. Octobre 2009- novembre 2010 », in *D.*, 2011, n°7, p. 472.

ANCEL (Pascal), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », in *RTD civ.*, 1999, n°4, p. 771.

AUZERO (Gilles), « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective », in *Un droit en perpétuel mouvement. Mélanges offerts à Geneviève Pignarre*, LGDJ, 2018, p. 33.

AYNÈS (Laurent), « L'obligation de loyauté », in *Arch. Phil. Droit.,* 2000, n°44, p. 195.

BARBIER (Hugo)

- « La théorie des restitutions en bonne forme ! Préservée de l'enrichissement sans cause et de la concentration des moyens », in *RTD civ.*, 2015, n°4, p. 869.
- « De l'impossible suspension complète du contrat », in *RTD. Civ.*, 2018, n°4, p. 894.

BERTIER-LESTRADE (Bérénice DE), « La bonne foi dans la réforme française des contrats », *in* C. Le Gallou et A. Marmisse-D'Abbadie D'Arrast (dir.), *Le contrat dans tous ses États*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, p. 141.

BOLARD (Georges), GUINCHARD (Serge), « Le juge dans la cité », in *JCP G.*, 2002, n°22, p. 977.

BRUNSWICK (Philippe)

- « Le devoir de loyauté, une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée ? », in *Cahiers de droit de l'entreprise,* 2016, n°1, p. 17.
- « Tentative de définition du devoir de loyauté », », in *Cahiers de droit de l'entreprise,* 2016, n°1, p. 19.
- « Rôle de la jurisprudence dans l'émergence du devoir de loyauté en tant que norme générale de comportement », in *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2016, n°1, p. 26.
- « Reconnaissance du devoir de loyauté en tant que norme générale de comportement », in *Cahiers de droit de l'entreprise,* 2016, n°1, p. 41.

CADIET (Loïc), « Une justice contractuelle, l'autre », in *Le contrat au début du XXIe siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 177.

CANIVET (Guy), MOLFESSIS (Nicolas), « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré. La création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, p. 79.

CAYROL (Nicolas), v° « Action en justice », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2018.

DÉCIMA (Olivier), « De la loyauté de la preuve pénale et de ses composantes », in *D.*, 2018, n°2, p. 103.

DEVIN (Guillaume), « La loyauté : d'un monde à l'autre », *in* J. Laroche (dir.), *La loyauté dans les relations internationales*, L'Harmattan, coll. « Logiques politiques », 2001, p. 365.

DIJON (Xavier), « La loyauté osmotique », in *La loyauté. Mélanges Cerexhe*, De Boeck et Larcier, Bruxelles, 1997, p. 127.

DOLLAT (Patrick), « Les origines européennes de la confiance en droit public et le principe de protection de la confiance légitime : l'utile conciliation de la préservation des droits subjectifs avec celle de l'intérêt général », *in* C. Teitgen-Colly et O. Renaudie (dir.), *Confiance et droit public*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2019, p. 47.

FABRE-MAGNAN (Muriel), « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », in *JCP G,* 2016, n°25, p. 1218.

FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), « L'estoppel, concept étrange et pénétrant », in *RDC,* 2006, p. 1279.

FERRAND (Frédérique), v° « Preuve », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2018.

FENOUILLET (Dominique)

- « Propos introductifs », *in* D. Bureau, F. Drummond et D. Fenouillet (dir.), *Droit et morale*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2011, p. 1.
- « Les valeurs morales », in *RDC*, 2016, n°3, p. 589.

FIN-LANGER (L), « Suspension du contrat de travail : règles générales », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, mars 2010.

FLÉCHEUX (Georges), « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Le contrat au début du XXIe siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 341.

FOURMENT (François), « Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civile et pénale », in *D.*, 2011, n°8, p. 562.

GRYNBAUM (Luc), « La notion de solidarisme contractuel », *in* L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, coll. « Études Juridiques », 2004, p. 25.

HAYAT (Jean-Michel), « La loyauté de la preuve en matière civile, commerciale, pénale et administrative : allocution d'ouverture », in *Procédures,* 2015, n°12, p. 10.

JAMIN (Christophe)

- « Révision ou intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », in *Droit et patr.* n°58, 1998, p. 46.
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIe siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441.
- « Économie du droit », *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. « Quadrige dicos poche », 2003, p. 580.
- « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », *in* L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, coll. « Études Juridiques », 2004, p. 159.

LE TOURNEAU (Philippe), POUMARÈDE (Mathieu), v° « Bonne foi », in *Répertoire de droit civil*, 2017.

LEBEN (Charles), « Impératif juridique, dérogation et dispense. Quelques observations », in *Droits*, 1997, n°25, p. 39.

LEBORGNE (Anne), « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », in *RTD. civ.*, 1996, n°3, p. 535.

LEQUETTE (Yves), « Bilan des solidarismes contractuels », in *Études de droit privé. Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 247.

LOISEAU (Grégoire), « L'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels », in *JCP G.*, 2005, n°50, p. 2313.

LYON-CAEN (Gérard), « De l'évolution de la notion de bonne foi », in *RTD civ.*, 1946, p. 75.

MAINGUY (Daniel), « Loyauté et droit des contrats de droit privé », *in* F. Petit (dir.), *Droit et loyauté*, Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », 2015, p. 5.

MAZEAUD (Antoine), « Contrat de travail. Suspension. Obligation de loyauté », in *Dr. soc.*, 2011, n°10, p. 888.

MAZEAUD (Denis)

- « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », in *LPA* n°54, 1998, p. 8.
- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage à François Terré,* PUF, 1999, p. 603.
- « La confiance légitime », in *Rev. intern. de droit comparé* 2006, n°2, p. 363.
- « La bonne foi : en arrière toute ? », in *D.*, 2006, n°11, p. 761.
- « Présentation de la réforme du droit des contrats », in *Gaz. Pal.*, 2016, n°8, p. 15.

MESTRE (Jacques)

- « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », in *RTD civ.*, 1986, p. 100.
- « De l'abus du droit de ne pas renouveler une relation contractuelle », in *RTD civ.*, 1992, p. 393.
- « Où l'après-contrat est nettement distingué du contrat », in *RTD civ.*, 1999, n°2, p. 399.
- « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », in *Revue Lamy Droit civil*, 2009, n°58, p. 7.

MONÉGER (Joël), « Le mois du bien », in *Loyers et copropriété* n°1, 2006, p. 1.

MOUSSERON (Jean-Marc), « La gestion des risques par le contrat », in *RTD civ.*, 1988, p. 481.

NORMAND (Jacques), « Office du juge », *in* L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 925.

PETIT (Franck), « Propos introductifs », *in* F. Petit (dir.), *Droit et loyauté*, Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », 2015, p. 1.

PERROT (Roger), « La loyauté procédurale », in *RTD. Civ.*, 2006, n°1, p. 151.

PICOD (Yves)

- v° « Nullité », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 1998.
- « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », in *JCP G.*, 1998, n°6, doctr. 3318.
- « Validité des clauses de non-concurrence des agents commerciaux : cumul des critères légaux jurisprudentiels », in *D.*, 2003, n°13, p. 904.
- « L'influence de la bonne foi sur le droit de la consommation », in *Rev. de droit bancaire et financier*, 2011, n°5, p. 67.
- « L'obligation de renégocier à l'aune de la réforme du droit des obligations », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 805.

RIVES-LANGE (Jean-Louis), « Le devoir de loyauté : essai d'une définition unitaire, Rapport de synthèse, actes du colloque du 28 octobre 1999 », in *Gaz. Pal.* 2000, n°340, p. 81.

SAVAUX (Éric), « Solidarisme contractuel et formation du contrat », *in* L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, coll. « Études Juridiques », 2004, p. 43.

B) DROIT PUBLIC ET CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

ALBERT (Nathalie)

- « La privatisation du droit administratif le rend-elle plus performant », *in* N. Albert (dir.), *Performance et droit administratif*, LexisNexis, coll. « Colloques & Débats », 2010, p. 53.
- « L'élaboration d'un jugement raisonnable », *in* S. Théron (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, Éditions L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'unité du Droit », vol. XIII, 2016, p. 91.

AUBIN (Emmanuel), SAVARIT-BOURGEOIS (Isabelle), « 2018 : retour sur un bilan du contentieux administratif de l'urbanisme », in *Variations autour du droit public. Mélanges en l'honneur de Christian Debouy*, Presses Universitaires Juridiques de Poitiers, coll. « Mélanges Droit public », 2019, p. 19.

BAILLEUL (David)

- « Les nouvelles méthodes du juge administratif », in *AJDA*, 2004, n°30, p. 1626.
- « La règle *Nul ne peut invoquer sa propre turpitude* en droit administratif », in *RDP*, 2010, n°5, p. 1235.

BARROIS DE SARIGNY (Cécile), « Les principes de loyauté, confiance légitime et bonne foi en droit administratif », *in* P. Gonod et H. Ascensio (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, Mare & Martin, coll. « Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne », 2019, p. 193.

BEDUSCHI-ORTIZ (Ana), « La notion de loyauté en droit administratif », in *AJDA,* 2011, n°17, p. 943.

BELRHALI-BERNARD (Hafida), « Les rapports publics annuels du Conseil d'État, de la Cour de Cassation et de la Cour des Comptes », *in* Ph. Raimbault et M. Hecquard-Théron (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses universitaire Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2011, p. 275.

BLANC (Didier), « Les naissances du droit public », in *RDP*, 2017, n°6, p. 1561.

BLANCO (Florent), « Juger de la légalité "pour elle-même" ? », *in* B. Defoort, B. Lavergne (dir.), *Juger de la légalité administrative ; Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, LexisNexis, 2021, p. 213.

BONICHOT (Jean-Claude)

- « Quelle est la portée exacte de la jurisprudence *Gepro* ? », in *BJDU*, 1999, n°5, p. 382.
- « L'arrêt *AC !* : évolution ou révolution ? », in *AJDA*, 2004, n°20, p. 1049.

BOTTEGHI (Damien), « L'ambition pédagogique du juge administratif », *in* Ph. Raimbault et M. Hecquard-Théron (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presses universitaire Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2011, p. 153.

BOUTAYEB (Chahira), « La transformation conceptuelle du marché intérieur », in *RDUE,* 2018, n°616, p. 130.

BRAIBANT (Guy), « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », *in* EDCE, 1961, n°15, La Documentation Française, p. 53.

BRETONNEAU (Aurélie), « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », in *RFDA*, n°4, 2018, p. 649.

BROYELLE (Camille)

- « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *Dr. adm.*, 2004, n°3, p. 8.

- « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif », in *JCP Adm.,* 2012, n°13, p. 12.

BRUNET (François)

- « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », in *RFDA,* 2013, n°1, p. 113.
- « Le champ d'application de la Charte de l'environnement. Variations sur le thème du juriste linguiste », in *AJDA*, 2016, n°24, p. 1327.
- « Les bases conceptuelles du droit de l'Union européenne : jalons théoriques », in *Rev. du droit de l'UE*, 2019, n°2, p. 141.

CAILLOSSE (Jacques)

- « La modernisation de l'État », in *AJDA*, 1991, p. 755.
- « Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique », in *AJDA*, 1996, n°12, p. 955.
- « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'État », in *RFAP*, 2003, n°1, p. 133.
- « Le discours de la réforme administrative : de quelle réforme administrative le rapport annuel du Conseil d'État dessine-t-il les contours ? », », *in* P. Mbongo et O. Renaudie (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel*, Éditions Cujas, coll. « Actes & Études », 2010, p. 125.
- « Rapport introductif : Performance et droit de l'administration », *in* N. Albert (dir.), *Performance et droit administratif*, LexisNexis, coll. « Colloques & Débats », 2010, p. 5.
- « Le juge administratif et la question de l'efficacité », in *RDP*, 2013, n°1, p. 27.

CAMBY (Jean-Pierre), « Le désordre normatif », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, Montchrestien, 2007, p. 227.

CARPANO (Éric), « La dynamique dérégulatoire de l'entrave dans le marché intérieur », in *RDUE*, 2018, p. 140.

CHEVALLIER (Jacques), « La dimension symbolique du principe de légalité », in *RDP*, 1990, p. 1672.

CIAUDO (Alexandre), « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », in *LPA*, 2009, n°240, p. 4.

CIAUDO (Alexandre) et FRANK (Alexis), « Pour l'utilisation de l'estoppel dans le procès administratif », in *AJDA* 2010, n°9, p. 479.

CHABANOL (Daniel), « Observations », *in* B. Bonnet (dir.), *Regards de la Communauté juridique sur le contentieux administratif. Hommage à Daniel Chabanol*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2009, p. 85.

CHEVALLIER (Jacques)

- « La dimension symbolique du principe de légalité », in *RDP*, 1990, n°6, p. 1651.
- « L'obligation », in *Arch. de philosophie du droit*, Dalloz, t. 44, 2000, p. 179.
- « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général », in *L'intérêt général. Mélange en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 83.

COLLET (Martin)

- « Le principe de l'estoppel est-il soluble dans le contentieux objectif ? », in *RJEP* 2010, n°678, p. 18.
- « La loyauté en matière fiscale », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, Mare & Martin, coll. « Droit public », 2017, p. 325.

COMBEAU (Pascal), « La confiance légitime, un principe qui nous manque ? Le cas des promesses administratives », in *Cinquante ans de contentieux publics. Mélanges en l'honneur de Bernard Pacteau*, Mare & Martin, 2018, p. 229.

DARCY (Gilles), « Regard elliptique sur l'office du juge », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, Montchrestien, 2007, p. 287.

DAUMAS (Vincent)

- « Liberté et loyauté de la preuve devant le juge administratif », in *RFDA* 2014, n°5, p. 924.
- « La régularisation d'un acte illégal », in *RFDA* 2017, n°2, p. 289.

DEBOUY (Christian), « Vingt ans de réformes depuis la loi Bosson : construction d'un contentieux administratif spécial de l'urbanisme ? », in *JCP Adm.,* 2014, n°29, p. 44.

DEFOORT (Benjamin)

- « Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents », in *RFDA*, 2018, n°6, p. 1071.
- « Juger de la légalité et "effet utile" des décisions du juge », *in* B. Defoort, B. Lavergne (dir.), *Juger de la légalité administrative ; Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, LexisNexis, 2021, p. 227.

DELAUNAY (Benoît), « La résonnance jurisprudentielle du rapport », *in* P. Mbongo et O. Renaudie (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel*, Éditions Cujas, coll. « Actes & Études », 2010, p. 101.

DELVOLVÉ (Pierre), « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires. Des arguments pour ? », in *RFDA*, 2018, n°4, p. 665.

DIEMER (Marie-Odile), « La recherche de confiance entre l'administration et l'administré : une quête intarissable », *in* J. Tribolo (dir.), *Défiance, doute, incertitude. Quelle place pour la notion de confiance dans les sociétés modernes ?*, L'Harmattan, coll. « Droit privé et sciences criminelles », 2019, p. 63.

DILLOARD (Arnaud), « Embouteillage au Palais-Royal ou quand le Conseil d'État doit attendre le feu vert de la CJUE pour transmettre une QPC », in *JCP Adm.*, 2017, n°10, p. 37.

DONNAT (Francis), CASAS (Didier), « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », in *Dr. adm.*, 2004, n°5, p. 9.

DOUENCE (Jean-Claude), « Information du conseil municipal et information municipale », in *RFDA* 1997, n°3, p. 507.

DOUTEAUD (Stéphanie)

- « Pour une clarification de la distinction entre moyens inopérants et moyens irrecevables en contentieux administratif », in *RFDA* 2016, n°4, p. 697.
- « Jurisprudence *Danthony* : théorie des moyens inopérants, des formalités non substantielles ou des vices non substantiels ? », in *RFDA* 2018, n°1, p. 109.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (Louis) et ODINET (Guillaume), « La recevabilité des moyens en contentieux administratif », in *AJDA* 2016, n°9, p. 479.

EISENMANN (Charles), « Le droit administratif et le principe de légalité », in *EDCE*, 1957, p. 25.

FATÔME (Étienne), « L'exception d'illégalité des documents d'urbanisme après l'arrêt *Commune de Courbevoie* », in *BJDU*, 2009, n°1, p. 2.

FAVOREU (Louis), « Légalité et constitutionnalité », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n°3, p. 78.

FRYDMAN (Patrick) et SORIN (Julien), « Le principe de loyauté de la preuve devant le juge administratif », in *Procédures* 2015, n°12, p. 26.

GILLI (Jean-Paul)

- « Le contrôle juridictionnel du permis de construire : incertitudes et insuffisances », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. II, LGDJ, 1974, p. 467.
- « Contentieux du permis de construire : la légalité sous réserve », in *AJDA*, 1995, n°5, p. 355.

GIRARD (Anne-Laure)

- « Le rescrit fiscal et la théorie de l'acte administratif unilatéral », *Dr. adm.*, n°5, étude 8.
- « Le rescrit », *RFDA*, 2018, p. 838.

GONOD (Pascale), « La régularisation de l'acte administratif par le juge administratif », *in* A. Perrin (dir.), *La régularisation*, Mare & Martin, coll. « Droit public », 2018, p. 219.

GORISSE (Pierre), « La sanction du comportement contradictoire de l'administration : l'apport des droits étrangers au contentieux administratif français », in *RFDA*, 2017, n°3, p. 593.

GREMAUD (William), « Juger de la légalité et panser l'illégalité », *in* B. Defoort, B. Lavergne (dir.), *Juger de la légalité administrative. Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, LexisNexis, 2021, p. 255.

GUYOMAR (Mattias), « Peser. La recherche du juste équilibre », in *Les méthodes en droit administratif*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2018, p. 53.

HAURIOU (Maurice), « Police juridique et fond du droit. À propos du livre d'Al Sanhoury : *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise*, et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon », in *RTD civ.*, 1926, p. 265.

HÉLIN (Jean-Claude), « Urbanisme et démocratie », in *AJDA,* 1993, p. 184.

HOEPFFNER (Hélène), KLEIN (Julie), « Les adages communs au droit public et au droit privé », in *RFDA*, 2014, n°2, p. 201.

JACQUOT (Henri), « L'impossible stabilisation des règles locales d'urbanisme », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, Montchrestien, 2007, p. 591.

JENNEQUIN (Anne), « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », in *RFDA*, 2009, n°5, p. 913.

JÈZE (Gaston)

- « Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'État sur la classification des recours contentieux en recours en annulation et en recours de pleine juridiction », in *RDP*, 1908, p. 671.
- « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », in *RDP,* 1913, p. 294.
- « Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en droit public français », in *RDP*, 1922, p. 393.

- « Les défaillances de l'État. Introduction », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1935, vol. 53, p. 357.

JOUANJAN (Olivier), « Sur une réception allemande de la pensée de Maurice Hauriou : Carl Schmitt et la théorie de l'institution », *in* J. Schmitz, Ch. Alonso et A. Duranthon (dir.), *la pensée du Doyen Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ?*, PUAM, 2015, p. 182.

LABETOULLE (Daniel)

- « Principe de légalité et principe de sécurité », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 403.
- « Retour sur l'ordonnance du 18 juillet 2018 relative au contentieux de l'urbanisme », », in *Variations autour du droit public. Mélanges en l'honneur de Christian Debouy*, Presses Universitaires Juridiques de Poitiers, coll. « Mélanges Droit public », 2019, p. 279.

LANDAIS (Claire), LENICA (Frédéric), « La modulation dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », in *AJDA*, 2004, n°22, p. 1183.

LANGELIER (Élise) et VIROT-LANDAIS (Aurélie), « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés », in *JCP Adm.,* 2015, n°30, p. 38.

LANTERO (Caroline), « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », in *AJDA*, 2019, n°19, p. 1100.

LAURAND (Valéry), « La loyauté : un éclairage philosophique », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, Mare & Martin, coll. « Droit public », 2017, p. 29.

LAVERGNE (Benjamin), « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit public », in *RRJ*, 2008, n°1, p. 283.

LEPETIT-COLLIN (Hélène), PERRIN (Alix), « La distinction des recours contentieux en matière administrative. Nouvelles perspectives », in *RFDA*, 2011, n°4, p. 813.

LESSI (Jean), DUTHEILLET DE LAMOTHE (Louis), « L'estoppel incompatible avec le contentieux de la légalité », in *AJDA*, 2014, n°34, p. 1935.

LIÉBER (Sophie-Justine) et BOTTEGHI (Damien), « Chronique générale de jurisprudence administrative française », in *AJDA* 2010, n°24, p. 1355.

LOCHAK (Danièle)

- « Le principe de légalité : mythes et mystifications », in *AJDA*, 1981, p. 387.
- « Droit, normalité et normalisation », in *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 51.

MACLAUCHLAN (Wade), « Le caractère intransigeant du principe de légalité », *in* Ch.-A. Morand (dir.), *Figures de la légalité*, Publisud, 1992, p. 91.

MAGNON (Xavier), « Qu'est-ce que le droit peut faire du "raisonnable" ? », *in* S. Théron (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, Éditions L'Épitoge – Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », vol. XIII, 2016, p. 23.

MAMOUDY (Olga), « Juger de la légalité, sanctionner l'illégalité », *in* B. Defoort, B. Lavergne (dir.), *Juger de la légalité administrative ; Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, LexisNexis, 2021, p. 243.

MARCOVICI (Laurent), « Principe de légalité : nouvel équilibre ou déséquilibre assumé ? », in *AJDA*, 2019, n°7, p. 361.

MARIE (Soizic), « Recours abusifs et recours "mafieux" : la chasse est ouverte : in *AJDA*, 2013, n°33, p. 1909.

MARTY (Gabriel), « La théorie de l'institution », in *La pensée du Doyen Hauriou et son influence. Journées Hauriou. Toulouse, mars 1968*, Éditions Pédone, 1969, p. 29.

MELLERAY (Fabrice)

- « La revanche d'Emmanuel Lévy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », in *Droit et Société*, 2004, n°55, p. 143.
- « La méfiance du Conseil d'État vis-à-vis du principe de l'estoppel », in *Dr. adm.,* 2010, n°6, p. 44.
- « Les cycles de la jurisprudence administrative », in *La scène juridique : harmonies en mouvement. Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, Dalloz, 2019, p. 433.

MEYNAUD (Ariane), « La bonne administration de la justice et le juge administratif », in *RFDA*, 2013, n°5, p. 1029.

MINET (Alice), « La jurisprudence établie : les ambigüités d'une notion », in *AJDA* 2015, n°5, p. 279.

MONGOIN (David), « Rapport introductif », *in* S. Ferrari et S. Hourson (dir.), *La loyauté en droit public*, Institut Universitaire Varenne, coll. « Colloques & Essais », 2018, p. 21.

MONOT-FOULETIER (Marjolaine), « Quelques réflexions sur l'évolution du langage du juge administratif », in *Cinquante ans de contentieux publics. Mélanges en l'honneur de Bernard Pacteau*, Mare & Martin, 2018, p. 505.

NICINSKI (Sophie), « La réglementation des professions », in *RFDA,* 2017, n°1, p. 68.

NIQUÈGE (Sylvain), « Les figures de la loyauté en droit public. Propos introductifs », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, Mare & Martin, coll. « Droit public », 2017, p. 11.

NOËL (Gilles), « La loyauté dans le couple administration fiscale – contribuable », in *Écrits de fiscalité des entreprises. Études à la mémoire du professeur Maurice Cozian*, Litec, 2009, p. 77.

NOGUELLOU (Rozen), « L'intérêt pour agir et contentieux de l'urbanisme », in *Études offertes au professeur René Hostiou*, Litec, 2008, p. 435.

PACTEAU (Bernard), « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », in *AJDA*, 1995, n° spécial ; p. 151.

PELLISSIER (Gilles)

- « Le contentieux de l'arbitrage commercial international impliquant des personnes publiques. Questions de fond », in *RFDA*, 2016, n°6, p. 1554.
- v° « Recours pour excès de pouvoir – conditions de recevabilité », in *Rép. Dalloz Contentieux administratif.*
- « Juger de la légalité et sécurité juridique », *in* B. Defoort, B. Lavergne (dir.), *Juger de la légalité administrative ; Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, LexisNexis, 2021, p. 189.

PLESSIX (Benoît)

- « Chronique de droit administratif », in *JCP G,* 2010, n°13, p. 674.
- « Sécurité juridique et confiance légitime », in *RDP*, 2016, n°3, p. 799.
- « Le droit à l'erreur et le droit au contrôle », in *RFDA*, 2018, n°5, p. 847.

PISSALOUX (Jean-Luc), « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », in *RDP,* 1999, p. 781.

PRÉVOST (Xavier), « Réflexions sur la loyauté à l'égard de la monarchie dans la construction de l'État moderne », *in* S. Niquège (dir.), *Les figures de la loyauté en droit public*, Mare & Martin, coll. « Droit public », 2017, p. 19.

PUPPO (Alberto), « La lutte contre le harcèlement moral dans la fonction publique : Soumission ou dignité », in *AJFP*, 2002, n°4, p. 36.

RIALS (Stéphane), « L'office du juge », in *Droits,* 1989, n°9, p. 3.

RIVERO (Jean)

- « Le juge administratif, un juge qui gouverne ? », in *D.,* 1951, p. 21.
- « Qu'est-ce que la déloyauté de l'État ? », in *Cahiers chrétiens de la fonction publique*, 1954, p. 1.
- « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », in *D.*, 1962, chron. VI, p. 37.

- « Fictions et présomptions en droit public français », *in* Ch. Perelman et P. Foriers (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, 1974, p. 101.
- « Les droits de l'homme : tradition et devenir », in *Les Nouveaux Cahiers,* suppl. au n°92, 1988.

ROMAN (Diane), « Le voisinage en droit administratif des biens », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, Montchrestien, 2007, p. 723.

ROTOULLIÉ (Jean-Charles)

- « Sécurité juridique et tolérance des illégalités », in *AJDA*, 2019, n°19, p. 1094.
- « La reconnaissance d'un nouveau motif de résiliation unilatérale : l'irrégularité du contrat administratif », in *AJDA*, 2021, n°3, p. 164.

ROUSSEL (Florian), « La contractualisation des accords collectifs dans la fonction publique », in *AJDA*, 2021, n°18, p. 1013.

ROUSSEL (Sophie) et NICOLAS (Charline), « Contentieux des actes réglementaires : bouquet final », in *AJDA*, n°21, 2018, p. 1206.

SAISON-DEMARS (Johanne), « L'office du juge administratif face au temps. À la recherche du temps perdu…le temps retrouvé », in *Dr. adm.,* 2012, n°1, p. 15.

SAUVÉ (Jean-Marc)

- « Le juge administratif face au défi de l'efficacité. Retour sur les pertinents propos d'un Huron au Palais-Royal et sur la "critique managériale" », in *RFDA*, 2012, n°4, p. 613.
- « Séance d'ouverture du colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour de cassation le 13 décembre 2013 : La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation », in *Droits et débats*, La documentation française, 2015,

SEILLER (Bertrand)

- « L'illégalité sans annulation », in *AJDA,* 2004, p. 1463.
- « Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du contentieux », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, coll. « Colloques et Débats », 2011, p. 191.
- « Les grandes distinctions en contentieux administratif », in *RDA*, 2013, n°8, p. 55.
- « Le refus de l'estoppel dans le contentieux de la légalité », in *Gaz. Pal.*, 2014, n°249, p. 13.
- « Sécurité juridique et office du juge administratif », in *RFDA*, 2016, p. 765.
- « Les perspectives du contentieux administratif. Le droit, rien que le droit », in *RDA*, 2017, n°15, p. 120.

- « Juger de la légalité et distinction entre légalité interne et légalité externe », *in* B. Defoort, B. Lavergne (dir.), *Juger de la légalité administrative ; Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, LexisNexis, 2021, p. 55.

SOLER-COUTEAUX (Pierre), « Réflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 380.

STAHL (Jacques-Henri) et COURRÈGES (Anne), « Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux », in *RFDA* 2004, p. 438.

STIRN (Bernard), « Droit au recours et sécurité juridique », in *L'intérêt général. Mélange en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 607.

TARTOUR (Laurence), « Le principe de protection de la confiance légitime en droit public français », in *RDP*, 2013, n°2, p. 307.

TESOKA (Laurent), « Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français », in *AJDA* 2006, n°40, p. 2214.

THIOYE (Moussa), « L'utilisation des standards juridiques par le juge », in *RRJ,* 2014, n°4, p. 1669.

TOUZEIL-DIVINA (Mathieu), « La puissance publique – après 2 mois – peut se moquer de l'État de droit : RIP l'exception d'illégalité », in *JCP Adm.,* 2018, n°21,

TRUCHET (Didier), « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux "branches" », in *RFDA* 2015, n°4, p. 657.

VERGNE (Arnaud), « Observations liminaires, historiques et terminologiques sur la loyauté et le droit », *in* S. Ferrari et S. Hourson (dir.), *La loyauté en droit public*, Institut Universitaire Varenne, coll. « Colloques & Essais », 2018, p. 11.

VIGOUROUX (Christian), « Déontologie du juge administratif », in *RFDA,* 2016, n°1, p. 8.

WALINE (Marcel), « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif ? », in *RDP*, 1935, p. 205.

WOEHRLING (Jean-Marie), « La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ? », in *Gouverner, administrer, juger : liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 763.

ZOLLER (Élisabeth), « Bonne foi », *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 143.

C) DROIT PUBLIC ET CONTENTIEUX DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

AGNUS (Olivier), « En appel d'offres, trompe qui peut ? », in *AJDA* 2015, n°31, p. 1729.

AGUILA (Yann), « Stabilité ou le nouveau visage du juge des contrats publics », in *JCP G*, 2011, n°15, p. 720.

AUBY (Jean- Bernard), « Ancien régime et Révolution dans le contentieux contractuel », in *Droit adm.*, mai 2011, p. 1.

BERBARI (Mireille), « Le référé précontractuel », in *ACCP*, 2003, n°26, p. 28.

BOUCHER (Julien) et BOURGEOIS-MACHUREAU (Béatrice), « Les trois visages de la cause dans les contrats administratifs », in *AJDA* 2008, p. 575.

BOULOUIS (Nicolas)

- « Regards d'un rapporteur public du côté du droit privé des contrats », in *AJDA* 2009, n°7, p. 921.
- « Une illustration de la jurisprudence "Commune de Béziers" : toute irrégularité n'entraîne pas sa nullité », in *RJEP* 2010, n°679, p. 26.
- « Confiance et loyauté de relations contractuelles dans le contentieux des contrats publics », *in* C. Teitgen-Colly et O. Renaudie (dir.), *Confiance et droit public*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2019, p. 209.

BOURDON (Pierre)

- « Contrat administratif et régularisation(s) », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, LGDJ, 2013, p. 499.
- « Le préjudice contractuel en droit administratif », in *Dr. adm.*, 2018, n°8, p. 34.
- « Les concurrents évincés face à l'exécution du contrat », *in* V. Bouhier (dir.), *L'intervention des tiers dans les contrats administratifs*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques & Essais », 2020, p. 93.

BRACONNIER (Stéphane)

- « L'indemnisation des préjudices nés de la rupture anticipée d'un contrat public d'affaires pour motif d'intérêt général », in *AJDA*, 2009, p. 2035.
- « Performance et procédures d'attribution des contrats publics », *in* N. Albert (dir.), *Performance et droit administratif*, Litec, coll. « Colloques & Débats », 2010, p. 155.
- « L'autonomie contrastée du contentieux des contrats publics d'affaires », in *RDP*, 2010, n°2, p. 327.

- « Les recours ouverts aux tiers », in *AJDA,* 2011, n°6, p. 314.
- « Contentieux des marchés publics : de “Béziers I” à “Béziers II”, l’office du juge du contrat en mouvement », in *RDI,* 2011, n°5, p. 270.
- « Les nouveaux visages du contentieux des contrats administratifs », in *RDI,* 2014, n°6, p. 344.
- « Introuvables conditions de recours aux contrats de partenariat », in *JCP G.*, 2014, n°50, p. 1265.
- « Les règles d’attribution des contrats », in *RFDA*, 2016, n°2, p. 252.
- « Éthique, droit pénal et commande publique », in *Variations autour du droit public. Mélanges en l’honneur de Christian Debouy*, Presses Universitaires Juridiques de Poitiers, coll. « Mélanges Droit public », 2019, p. 41.

BRACONNIER (Stéphane) et LE COQ (Mathieu), « Vices affectant la conclusion des contrats publics : mode d’emploi des mesures de régularisation des mesures par l’administration », in *CMP,* 2013, n°4, p. 37.

BRACONNIER (Stéphane) et SEYFRITZ (Mathieu), « Conclusion du contrat et délai de validité des offres : quelques rappels », in *CMP,* 2011, n°5, p. 43.

BRÉCHON-MOULÈNES (Christine), « De la loyauté de l’autorité publique contractante », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l’honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 439.

BRENET (François)

- « La théorie du contrat administratif, évolutions récentes », in *AJDA*, 2003, n°18, p. 919.
- « Confirmation de la jurisprudence *Société Prest’Action*, application et précision de la jurisprudence *Commune de Béziers* et conciliation entre imprévision et résiliation », in *Dr. adm.*, 2010, n°4, p. 27.
- « Précisions sur l’office du juge du contrat saisi par les parties d’un litige relatif à son exécution », in *Dr. adm.,,* 2011, n°3, p. 36.
- « Jurisprudence “Commune de Béziers” et référé-provision », in *Dr. adm.,* 2011, n°6, p. 33.
- « La régularisation rétroactive d’un acte détachable », in *Dr. adm.*, 2011, n°8, p. 35.
- « Critères, sous-critères et méthode de notation en procédure adaptée », in *RJEP*, 2012, n°694, p. 13.
- « La requalification du déféré préfectoral exercé contre un contrat administratif en recours de pleine juridiction », in *RJEP,* 2012, n°697, p. 16.

- « Libres propos sur la “judiciarisation” du contrat administratif : un nouveau juge pour un nouveau contrat administratif ? » in *Mélanges en l’honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, LGDJ, 2013, p. 529.
- « Les marchés de partenariat de l’ordonnance du 23 juillet 2015 : un nouveau départ pour les partenariats public-privé ? », in *Dr. adm.*, 2015, n°12, p. 18.
- « Contrat de partenariat du nouveau Stade de Bordeaux : précisions relatives au contenu de l’obligation d’information des élus et reconnaissance de l’accord autonome », in *Dr. adm.*, 2016, n°7, p. 41.
- « L’ouverture d’une action en résiliation du contrat au profit des tiers devant le juge de plein contentieux », in *Dr. adm.*, 2017, n°12, p. 39.
- « La résiliation pour invalidité du contrat », in *Dr. adm.*, 2020, n°10, p. 36.
- « L’absence de titre juridique autorisant l’occupation du domaine public ne justifie pas la mise à l’écart d’un marché public exécuté sur le domaine », in *Dr. adm.*, 2020, n°11, p. 36.

BRETONNEAU (Aurélie) et LESSI (Jean), « Contentieux contractuel : la révolution rentre au port », in *AJDA,* 2014, n°18, p. 1035.

BRISSON (Jean-François)

- v° « Responsabilité en matière contractuelle et quasi contractuelle », in *J-Cl. Adm.*
- « De l’offre et de l’acceptation en droit administratif des contrats : comparaison n’est pas raison », *in* J. Martin (dir.), *L’influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. « Perspective(s) », 2019, p. 49.

BROS (Sarah), LAFAIX (Jean-François), « La validité du contrat », *in* V. Bouhier et D. Houtcieff (dir.), *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif. Droit comparé interne*, LGDJ, 2019, p. 99.

CAILLOSSE (Jacques), « Sur la progression en cours des techniques contractuelles de l’administration », *in* L. Cadiet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, 3ème éd., PUF, 2002, p. 434.

CASAS (Didier), « Un nouveau recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs », in *RFDA,* 2007, n°4, p. 696.

CASAS (Didier) et DELVOLVÉ (Pierre), « Un nouveau juge pour le contrat administratif », in *RJEP* 2007, n°646, p. 327.

CASSIA (Paul)

- « Coup d’arrêt au référé précontractuel », in *AJDA,* 2008, n°43, p. 2374.

- « Nullité d'ordre public des contrats de droit privé de l'administration », in *AJDA*, 2013, n°21, pp. 1226-1228.

CHEVALIER (Émilie), « La loyauté contractuelle : portée d'une notion novatrice en droit des contrats administratifs », in *JCP Adm.,* 2012, n°50, p. 29.

CLAMOUR (Guylain)

- « Service public et contrat administratif », in *Le service public*, Dalloz, coll. « Thème & Commentaires », 2014, p. 237.
- « Les marchés exclus », in *CMP*, 2015, n°10, p. 14.

COLSON (Étienne), « Faut-il brûler l'avis *Préfet de la Côte-d'Or ?* », in *CMP,* avril 2004, n°3, p. 4.

CORTOT-BOUCHER (Emmanuelle), « L'office du juge du contrat dans le contentieux de la résiliation », in *RFDA,* 2011, n°3, p. 507.

COSSALTER (Philippe), « Vingt ans de contentieux des contrats publics : permanence et innovations », in *Florilèges du droit public. Recueil en l'honneur de Jean-Pierre Boivin*, Éd. La Mémoire du droit, 2012, p. 231.

DACOSTA (Bertrand)

- « Limitation des manquements invocables dans le référé précontractuel », in *RFDA,* 2008, p. 1128.
- « Existe-t-il une règle générale d'encadrement dès la durée des marchés publics ? L'irrégularité d'une clause de tacite reconduction permet-elle de ne pas appliquer le contrat ? », in *BJCP,* n°86, 2013, p. 27.
- « De *Martin* à *Bonhomme*. Le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif », in *RFDA,* 2014, n°3, p. 425.
- « Marché de prestations juridiques et obligation d'allotir », in *RJEP,* 2014, n°723, p. 27.
- « Esquisse d'une typologie des requérants en matière contractuelle », in *AJDA,* 2014, n°36, p. 2049.
- « La gestion des illégalités du contrat administratif – L'analyse du juge administratif », *in* C. Teitgen-Colly (dir.), *Les figures du juge administratif*, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2015, p. 44.

DE BÉCHILLON (Denys)

- « Le contrat comme norme dans le droit public positif », in *RFDA*, 1992, n°1, p. 15.
- « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », in *RFDA*, 2018, n°4, p. 662.

DELVOLVÉ (Pierre)

- « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », in *RDI*, n°6, 2003, p. 481.
- « Contrats publics et sécurité juridique », *in* EDCE, *Rapport public 2008 : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, p. 329.
- « Limitation des manquements invocables dans le référé précontractuel », in *RFDA,* 2008, p. 1139.
- « De *Martin* à *Bonhomme*. Le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif », in *RFDA,* 2014, n°3, p. 438.
- « Précisions sur la validité du contentieux des contrats », in *RFDA,* 2015, p. 907.
- « Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif », in *RFDA* 2016, n°3, p. 613.
- « La dualité des normes, le cas des contrats », in *RDP,* 2017, n°1, p. 11.
- « Le contentieux récent de la validité des contrats publics : essai de comparaison entre contrats administratifs et contrats de droit privé », in *La scène juridique : harmonies en mouvement. Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, Dalloz, 2019, p. 165.

DENOIX DE SAINT-MARC (Renaud), « La question de l'administration contractuelle », in *AJDA,* n°19, 2003, p. 970.

DEVILLERS (Pascal)

- « Le décompte général et définitif dans les marchés de travaux », in *CMP*, 2014, n°10, p. 7.
- « Il faut sauver le contrat public – opération réussie ? », in *CMP*, 2019, n°5, repère 5.

DIETENHOEFFER (Jérôme), « Applicabilité de la clause de règlement amiable d'un contrat entaché de nullité », in *CMP*, 2020, n°10, comm. 275.

DOMINO (Xavier), BRETONNEAU (Aurélie), « De l'art de la suite jurisprudentielle : triptyque contractuel », in *AJDA*, 2019, n°22, p. 1271.

DOUTEAUD (Stéphanie)

- « Précision sur l'action en contestation de la validité du contrat ouverte aux cocontractants », in *AJDA,* 2018, n°24, p. 1410.
- « De l'annulation platonique à la résiliation platonique », in *AJDA*, 2019, n°40, p. 2329.
- « Regard dubitatif sur l'introduction du caractère intentionnel dans la caractérisation du "vice d'une particulière gravité" », in *AJDA*, 2020, p. 684.

DREYFUS (Jean-David)

- « Le juge de l'exécution et les considérations d'intérêt général imposant le maintien du lien contractuel », in *AJDA,* 2004, p. 394.
- « Les répercussions limitées de la réforme des vices du consentement sur les contrats administratifs », *in* J. Martin (dir.), *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. « Perspective(s) », 2019, p. 77.
- « Flux et refus des partenariats publics-privé », in *AJCT*, 2019, n°3, p. 113.

DYENS (Samuel), « Le recours "Tarn-et-Garonne" : quand la sécurité juridique prime sur la légalité », in *AJCT*, 2014, n°7, p. 375.

ECKERT (Gabriel)

- « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », in *RFDA*, 2006, n°2, p. 239.
- « Exception de nullité d'un contrat de concession et responsabilité de l'Administration », in *CMP,* 2010, n°1, p. 39.
- « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », in *CMP*, 2010, n°10, étude 1.
- « Conditions de contestation d'un décompte irrégulièrement notifié », in *CMP*, 2014, n°11, p. 28.
- « Pénalités de retard et loyauté des relations contractuelles », in *CMP*, 2017, n°5, p. 43.
- « Conséquences de la renonciation à la construction de l'aéroport de Notre-Dame-des-landes », in *CMP*, 2019, n°2, p. 39.
- « Résiliation pour motif impérieux d'intérêt général ? », in *CMP*, 2019, n°3, p. 1.

EUSTACHE (Stéphane) et JANICOT (Laetitia), « Retour sur les transformations contemporaines du contentieux de la validité des contrats administratifs », in *Dr. adm.,* 2018, n°3, p. 13.

FATÔME (Étienne), LEVENEUR (Laurent), « Conséquences de l'annulation d'un acte détachable », in *AJDA*, 1998, p. 161.

FLEURY (Thibaut), « La liberté contractuelle des personnes publiques. Questions critiques à l'aune de quelques décisions récentes », in *RFDA,* 2012, n°2, p. 231.

FORCACCIARI (Marc), « Contribution à la résolution de quelques "paradoxes" », in *EDCE* 1988, n°39, p. 93.

GAUDEMET (Yves), « Libres propos sur le droit des contrats administratifs », in *RJEP*, 2004, p. 1.

GILLES (Caroline)

- « La réforme du Code civil et les contrats publics : vers la consécration d'un droit commun des contrats ? », in *CMP,* 2017, n°2, p. 5.
- « La loyauté entre les parties au contrat administratif », in *La loyauté. Actes du colloque de l'École doctorale 461, juin 2016*, Faculté de droit et de science politique de Montpellier, coll. « Actes de colloque », 2018, p. 43.

GLASER (Emmanuel)

- « L'office du juge du contrat », in *RFDA,* 2010, n°3, p. 506.
- « Les habits neufs du juge du contrat », in *AJDA,* 2011, p. 310.
- « Béziers I, à propos d'un "notamment" », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, LGDJ, 2013, p. 641.

GONZAGUE (Philippe), « Du contrôle de la bonne foi dans l'exécution des contrats de la commande publique », in *CMP*, 2019, n°5, p. 6.

GOURDOU (Jean), « "Béziers II" : du grésillement sur la ligne jurisprudentielle », in *RJEP,* 2013, n°705, p. 11.

GOURDOU (Jean) et DOUTEAUD (Stéphanie), « L'absence d'influence de la réforme du droit des obligations sur la "théorie de la nullité" des contrats administratifs », *in* J. Martin (dir.), *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. « Perspective(s) », 2019, p. 135.

GOURDOU (Jean) et TERNEYRE (Philippe), « Renouvellement de l'office du juge du contrat », in *RJEP,* 2010, n°676, pp. 19-25.

GRANJON (Romain)

- « Commande publique : les règles générales de passation des contrats », in *ACCP,* 2008, n°73, p. 30.
- « Le point sur … la sécurité des contrats publics », in *AJCT*, 2017, n°1, p. 29.

GUILLAUME (Gilbert), « Conclusions sur CE, sect., 11 février 1972, *OPHLM du Calvados* », in *AJDA*, 1972, pp. 245.

HAMELIN (Jean-François), MULLER (Étienne), « La qualification du contrat », *in* V. Bouhier et D. Houtcieff (dir.), *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif. Droit comparé interne*, LGDJ, 2019, p. 3.

HEINTZ (Mathieu), « Une entreprise peut-elle renoncer à son offre alors que le délai de validité des offres n'est pas épuisé ? », in *AJDA,* 2005, n°10, p. 557.

HÉMERY (Véronique), « Le partenariat, une notion juridique en formation ? », in *RFDA,* 1998, n°2, p. 347.

HENRARD (Olivier), « Le recours du concurrent évincé : le maintien provisoire de la jurisprudence "Tropic" », in *RFDA,* 2016, n°2, p. 301.

HOEPFFNER (Hélène)

- « Un manquement à l'obligation de "loyauté des relations processuelles" justifie l'annulation de la procédure de dévolution d'une délégation de service public », in *CMP,* 2015, n°5, comm. 127.
- « L'absence d'autorisation préalable de l'organe délibérant justifiant que l'exécution du contrat soit réglé sur un terrain extra-contractuel », in *CMP*, 2017, n°8, comm. 223.
- « Recours Béziers I : contrôle de la dénaturation par le juge de cassation », in *CMP*, 2018, n°5, comm. 124.
- « Distinction entre licéité du contrat et régularité des conditions de son exécution », in *CMP*, 2020, n°11, comm. 285.

HOEPFFNER (Hélène), LLORENS (François), « Dans quoi les contrats exclus des ordonnances marchés publics et concessions sont-ils inclus ? », in *CMP*, 2018, n°4, p. 1.

HOEPFFNER (Hélène), TERNEYRE (Philippe), « La place des principes dans le code de la commande publique », in *RFDA*, 2019, n°2, p. 206.

HOURSON (Sébastien)

- « Les gorges étroites de Tarn-et-Garonne », in *Dr. adm.,* 2017, n°8, p. 3.
- « L'exécution loyale du contrat administratif », *in* S. Ferrari et S. Hourson (dir.), *La loyauté en droit public*, Institut Universitaire Varenne, coll. « Colloques & Essais », 2018, p. 49.
- « L'ordre public économique en matière contractuelle », *in* A. Laget-Annamayer (dir.), *L'ordre public économique*, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2018, p. 281.

HOUTCIEFF (Dimitri), « Rapport de synthèse », *in* V. Bouhier (dir.), *L'intervention des tiers dans les contrats administratifs*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques & Essais », 2020, p. 161.

JANICOT (Laetitia) et LAFAIX (Jean-François), « La nouvelle place du tiers dans le contentieux des contrats administratifs », in *RDP,* 2014, n°5, p. 1175.

JURY (Fabrice), « Les droits des tiers dans le contentieux des contrats administratifs : un droit au juge en "trompe-l'œil" », in *RFDA*, 2019, n°1, p. 55.

KALFLÈCHE (Grégory), « Le raisonnable en droit des contrats publics », *in* S. Théron (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, Éditions L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'unité du Droit », vol. XIII, 2016, p. 47.

KARPENSCHIF (Michaël), « Le contrat au service des politiques publics : « Contrat public et Union européenne », in *RFDA*, 2014, n°3, p. 418.

LACHAUME (Jean-François), « L'évolutivité du contrat administratif en droit français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, Poitiers, 24-25 octobre 1985, PUF, p. 61

LAFFAILLE (Franck), « La jurisprudence Tarn-et-Garonne ou le tiers "sans qualité" », in *AJDA,* 2018, n°21, p. 1201.

LAFAIX (Jean-François)

- « Réflexions sur la sanction des règles relatives aux procédures de passation des contrats publics », in *RFDA*, 2010, n°1, p. 85.
- « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », in *RFDA,* 2010, n°12, p. 1089.
- « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie générale du contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, LGDJ, 2013, p. 365.
- « L'intérêt à agir devant le juge du contrat », *in* O. Renaudie (dir.), *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, Berger Levrault, coll. « Au fil du débat », 2015, p.
- « L'évolution de l'office du juge du contrat administratif », *in* J.-F. Lafaix (dir.), *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, Berger-Levrault, coll. « Au fil du débat », 2017, p. 99.
- « La régularisation en matière contractuelle », in *CMP,* 2017, n°8-9, p. 10.
- « La codification et la fin des contrats », in *RFDA*, 2019, n°2, p. 227.

LALLET (Alexandre) et DOMINO (Xavier)

- « Retour à Béziers », in *AJDA,* 2011, n°12, p. 665.
- « Résilier n'est pas jouer : l'action en reprise des relations contractuelles », *ADJA,* 2011, n°12, p. 670.

LANGELIER (Élise)

- « "Souffler n'est pas jouer"… sauf dans les contrats publics de droit privé », in *JCP Adm.,* 2013, n°14, p. 49.
- « L'évolution du contentieux des contrats administratifs : à quand l'acte IV ? », in *JCP Adm.,* 2014, n°47, p. 31.

- « Contentieux contractuel *inter partes* : du vice du consentement », in *JCP Adm.,* 2014, p. 5.

LA ROSA (Stéphane de), « La place de la négociation dans la conclusion des contrats de commande publique », in *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution*, 2016, n°7, p. 323.

LEBIED (Joachim), « Intégration de l'Union européenne et droit de la commande publique : levier d'intégration et vecteur de légitimation », in *RUE*, 2019, n°631, p. 495.

LÉNICA (Frédéric) et BOUCHER (Julien), « Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence : "Never say never" », in *AJDA,* 2007, n°29, p. 1577.

LICHÈRE (François), v° « Procédure négociée, Droit des marchés publics et Contrats publics spéciaux », in *Le Moniteur, fasc.* III.220

LIÉBER (Sophie-Justine) et BOTTEGHI (Damien), « Le contrat public aurait-il (enfin) trouvé son juge ? », in *AJDA,* 2010, n°3, p. 142.

LINDITCH (Florian)

- « Plein contentieux contractuel : le Conseil d'État créée l'action en validité contractuelle et la fonde sur le principe de loyauté contractuelle », in *JCP Adm.,* 2010, n°8, p. 21.
- « Quelques conséquences pratiques à propos de l'admission du recours des candidats évincés contre les contrats publics », in *JCP Adm.,* 2007, n°36, p. 23.
- « Le contrat et la performance, une rencontre impossible ? », in *RFDA*, 2014, n°3, p. 403.
- « Rapport spécial de la Cour des comptes européenne : « Les partenariats public-privé dans l'UE : de multiples insuffisances et des avantages limités », in *CMP*, 2018, n°6, alerte 16.

LLORENS (François)

- « Les conséquences de la nullité des marchés publics et des délégations de service public », in *CJEG*, 2002, p. 571.
- « Jurisprudence Commune de Béziers I : vices ne justifiant pas la mise à l'écart du contrat », in *CMP*, 2011, n°8-9, comm. 273.

LLORENS (François) et SOLER-COUTEAUX (Pierre)

- « Référé précontractuel : le revers de la médaille », in *CMP*, 2007, n°1, p. 1.
- « De la loyauté dans le contentieux administratif des contrats », in *CMP*, 2010, n°2, p. 1.

LOMBARD (Frédéric)

- « Loyauté et contrat administratif », *in* F. Petit (dir.), *Droit et loyauté*, Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », 2015, p. 29.
- « Les droits financiers des parties », in *RTD com*., 2017, n°2, p. 295.
- « Une notion apparemment partagée : le "contenu du contrat" », *in* J. Martin (dir.), *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des contrats administratifs*, LexisNexis, coll. « Perspective(s) », 2019, p. 105.

LOUVARIS (Antoine), « La contestation contentieuse de la validité du contrat administratif par les parties : la loi des parties est la règle, sa censure l'exception », in *ACCP*, 2015, n°153, p. 41.

MARCOVICI (Laurent), « Sauvons l'arrêt *Martin* ! », in *AJDA*, 2013, n°23, p. 1297.

MARGUERY (Laure), « La "loyauté des relations contractuelles" en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », in *RFDA,* 2012, n°4, p. 663.

MARTIN (Julien)

- « Absence de délibération autorisant la conclusion du contrat et exigence de loyauté des relations contractuelles », in *AJDA,* 2015, n°3, p. 175.
- « La loyauté de l'administration dans les contrats administratifs », *in* S. Niquège, *Les figures de la loyauté en droit public*, Mare & Martin, coll. « Droit public », 2017, p. 275.
- « Un nouveau recours en résiliation du contrat au bénéfice des tiers. Une pierre supplémentaire dans l'édifice de recomposition du contentieux contractuel », in *JCP Adm.,* 2017, n°29, p. 26.

MAUGÜÉ (Christine)

- « Marchés publics. Bilan de l'actualité communautaire, législative et réglementaire », in *AJDA,* 1993, n°3, p.171.
- « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », in *AJDA,* 1998, n°9, p. 694.
- « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne,* Dalloz, 2004, p. 609.

MAUGÜÉ (Christine), TERNEYRE (Philippe), « L'évolution du droit du contentieux des contrats administratifs au cours de la présidence Stirn », in *La scène juridique : harmonies en mouvement. Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, Dalloz, 2019, pp. 419-432.

MELLERAY (Fabrice), « Retour sur la jurisprudence *Béziers II* », in *L'intérêt général. Mélange en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, pp.

MÉNÉMÉNIS (Alain)

- « Un contentieux en pleine évolution », in *AJDA,* 2011, n°6, p. 308.
- « Le juge administratif et le contrat : libres propos sur un agenda chargé », in *Bien public, bien commun, Mélanges en l'honneur de Étienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 329.
- « Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », in *RJEP,* 2012, n°3, p. 3.

MICHALIS (Ioannis), « La rationalisation du régime de résiliation unilatérale du contrat administratif par l'administration », in *RFDA*, 2021, p. 290.

MOREAU (David), « Cinq ans d'application du principe de loyauté des relations contractuelles devant le juge administratif », in *RJEP,* 2014, n°723, p. 3.

MOREAU (Jacques), « Les matières contractuelles », in *AJDA,* 1998, n°10, pp. 747-752.

NOGUELLOU (Rozen), « La transformation du contentieux contractuel », in *RDI,* 2010, p. 265.

PAULIAT (Hélène), « Chronique de jurisprudence administrative 2009 », in *RDP*, 2010, n°2, p. 549.

PELLISSIER (Gilles)

- « Pour un développement maîtrisé du procédé contractuel », in *JCP Adm.,* 2008, n°27, p. 5.
- « Le recours des tiers contre le refus de mettre fin à l'exécution d'un contrat : plein contentieux », in *RFDA,* 2017, n°5, p. 937.
- « À quelles conditions un tiers peut-il saisir le juge du contrat d'une demande tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution d'un contrat administratif ? », in *BJCP*, 2017, n°115, p. 395.

PEYRICAL (Jean-Marc), « Les acteurs de la passation des marchés : réflexions sur le rôle et le positionnement des acheteurs publics », in *ACCP,* 2005, n°41, p. 19.

PICARD (Étienne), « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », in *AJDA,* 1998, n°9, p. 651.

PICAVEZ (Kévin) et METZGER (Olivier), « Critères de jugement des offres querellés : une nouvelle stratégie de défense bientôt possible ? », in *JCP Adm.,* 2016, n°21, p. 28.

PIETRI (Jean-Paul)

- « Régularisation rétroactive d'un acte détachable annulé », in *CMP,* 2011, n°10, p. 46.

- « Pénalités de retard et principe de loyauté des relations contractuelles », in *CMP*, 2016, n°8, p. 35.

PLESSIX (Benoît)

- « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », in *RFDA,* 2006, p. 12.
- « La part de la doctrine dans la création du droit des contrats administratifs », in *RDA*, 2011, n°4, p. 46.
- « La nullité d'un contrat de l'administration devant le juge judicaire », in *RFDA*, 2013, n°3, p. 541.

POCHARD (Marcel), « Conclusions du commissaire du gouvernement sur CE, 1er octobre 1993, *Société Le Yacht-Club international de Bormes-les-Mimosas* », in *AJDA,* 1993, n°11, p. 810.

PONTIER (Jean-Marie), « La liberté contractuelle des personnes publiques », in *AJDA,* 2013, n°15, p. 837.

POUYAUD (Dominique)

- « Un nouveau recours contentieux : le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé », in *RFDA*, 2007, n°5, p. 923.
- « L'office du juge du contrat », in *RFDA,* 2010, p. 519.
- « Le contentieux des contrats publics en Europe », in *RFDA,* 2011, p. 6.
- « La résiliation pour irrégularité du contrat administratif », in *RFDA*, 2021, p. 275.

RAPP (Lucien), « Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », in *CMP,* 2008, n°7, p. 6.

REES (Philippe)

- « État des lieux du droit du contentieux de la validité des contrats de la commande publique », in *CMP*, 2010, n°1, p. 6.
- « L'incompétence peut encore être fatale au contrat administratif », in *CMP*, 2014, n°4, p. 44.
- « Le contrat de partenariat à l'épreuve de la jurisprudence Béziers I », in *CMP*, 2019, n°10, pp.

RICCI (Jean-Claude), « Contrats de délégation de services publics et marchés publics », in *Sécurité juridique et action publique locale*, Colloque organisé au Sénat le 29 avril 1999, p. 89.

RICHARD (Michel), « L'office du juge administratif en contentieux de l'urbanisme », *in* J.-F. Lafaix (dir.), *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, Berger-Levrault, coll. « Au fil du débat », 2017, pp.

RICHER (Laurent)

- « Note sous CJCE, *Telaustria* », in *AJDA,* 2001, p. 110.
- « Vie et survie du contrat administratif illégal », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, Montchrestien, 2007, p. 509.
- « La gestion des illégalités du contrat administratif », *in* C. Teitgen-Colly (dir.), *Les figures du juge administrative*, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2015, pp.
- « La transposition des règles sur les exclusions et les conflits d'intérêts », in *CMP*, 2015, n°10, p. 40.
- « La fin des contrats », in *RFDA,* 2016, n°2, p. 294
- « Le comportement de la personne publique valant résiliation tacite du marché public », in *AJDA*, 2019, n°18, p. 1058.

ROCHFELD (Judith), « Les sources administratives du droit des contrats : le sort du contrat irrégulièrement conclu et la mutation des rôles du juge administratif et de la place du contrat au sein de l'action administrative », in *RDC,* 2010, n°3, p. 803.

ROLIN (Frédéric), « L'habilitation à contracter », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, vol. 1, p. 187.

ROMAN-SÉQUENSE (Brigitte), « Décision de ne pas donner suite à une procédure pour motifs d'intérêt général », in *CMP,* 2012, n°12, p. 34.

ROTOUILLÉ (Jean-Charles), « Le recours *Tarn-et-Garonne*, une voie de droit à l'effectivité limitée », in *AJDA*, 2019, n°7, p. 412.

ROUAULT (Marie-Christine), « Naissance d'un nouveau recours en matière contractuelle : une construction prétorienne alliant protection de la légalité et sécurité juridique », in *JCP Adm.,* 2007, n°37, p. 25.

SEILLER (Bertrand)

- « Le juge administratif officialise enfin son propre pouvoir normatif », in *JCP Adm.,* 2007, n°38, pp. 14-19 et *JCP G*, 2007, n°39, p. 33.
- « La loyauté [hors] des relations contractuelles », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, LGDJ, 2013 p. 435.

- « L'incidence des conditions de passation sur un litige relatif à l'exécution d'un contrat », in *Gaz. Pal.,* 2015, n°16-17, p. 13.

SERINET (Yves-Marie), « Le juge et l'illicéité du contrat », *in* F. Collart Dutilleul et C. Coulon (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 85.

SESTIER (Jean-François), « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, p. 451.

SIGOYER (Valérie DE), « Code la commande publique : champ d'application, passation et exécution des marchés publics et concessions », in *Dr. adm.*, 2019, n°5, p. 46.

STAHL (Jacques-Henri), CHAUVAUX (Didier), « Régime du référé précontractuel », in *AJDA*, 1995, n°12, p. 888.

STIRN (Bernard), « La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? », in *AJDA,* 1998, n°9, p. 673.

SYMCHOWICZ (Nil)

- « Pour un Code des contrats de la commande publique », in *CMP,* 2007, n°4, pp. 7-13.
- « L'introuvable droit au maintien de l'équilibre financier dans les contrats administratifs », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, LGDJ, 2013 p. 463.
- « L'intervention du juge du contrat dans l'exécution des contrats administratifs », in *AJDA,* 2015, n°6, p. 320.

TAILLEFAIT (Antony), « Réflexions sur la loyauté des relations contractuelles entre l'administration et son agent public », », *in* S. Niquège, *Les figures de la loyauté en droit public*, Mare & Martin, coll. « Droit public », 2017, p. 285.

TERNEYRE (Philippe)

- « Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs », *in* EDCE, 1988, n°39, p. 69.
- « L'émergence d'un recours contentieux de troisième type », in *D.*, 1992, n°8, p. 82.
- « Note sous CE, Assemblée, 10 juillet 1996, *Cayzeele*, req. n°138536 », in *RJEP*, 1996, n°526, p. 382.
- « La notion de "rupture" », in *ACCP, 2002,* n°16, p. 18.
- « Le droit du contentieux administratif a-t-il enfin atteint sa pleine maturité ? », *in* EDCE, *Rapport public 2008 : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La documentation française, 2008, p. 383.

TERNEYRE (Philippe) et DE BÉCHILLON (Denys), v° « Contentieux des contrats administratifs », in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz.

TESSON (Fabien), « Remarques sur l'évolution récente du contentieux administratif. Vers de nouveaux équilibres depuis 2014 ? », in *Dr. adm.*, 2017, n°12, p. 17.

TRIANTAFYLLOU (Dimitris), « Commandes publiques et droit communautaire », in *RFDA*, 1995, n°3, p. 616.

TRUCHET (Didier), « La reconstruction de l'office du juge du contrat administratif : comment et jusqu'où ? in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, LGDJ, 2013, p. 715.

UBAUD-BERGERON (Marion)

- « L'incompétence », in *La compétence*, Litec, coll. « Colloques & débats », 2008,
- « La négociation », in *CMP,* 2014,
- « L'illégalité d'une clause de tacite reconduction et l'office du juge du contrat », in *CMP*, 2015, n°7, p. 21.
- « Sécurité juridique et contrats administratifs », in *RDP,* 2016, n°3, p. 779.
- « Caractère administratif d'un marché exclu de l'ordonnance relative "aux marchés publics" mais soumis à un cahier des charges administratifs », in *CMP*, 2018, n°4, p. 16.
- « Champ d'application du Code de la commande publique », in *CMP*, 2019, n°1, p. 11.
- « Moyens invocables dans le cadre du recours en contestation de validité du contrat », in *CMP*, 2019, n°1, p. 78.

VIER (Charles-Louis)

- « La nullité des contrats publics », in *ACCP, 2002,* n°16, p. 21.
- « La bonne foi dans le contrat administratif », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, LGDJ, 2013 p. 477.
- « L'évolution de l'intérêt à agir dans le contentieux contractuel. Regard d'un avocat aux Conseils », *in* C. Teitgen-Colly (dir.), *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2016, p.

VILA (Jean-Baptiste)

- « Le recours en contestation de validité d'un marché public et les vices affectant sa procédure de passation », in *AJDA*, 2015, n°21, p. 1222.
- « Le compte prévisionnel d'exploitation et la loyauté "précontractuelle" en délégations de services publics », in *JCP Adm.,* 2015, n°29, p. 24.

- v° « Principe de loyauté précontractuelle ? », in *Rép. de droit immobilier*, Dalloz, 2017.
- « Quel régime de responsabilité si les modalités de calcul des redevances ne sont pas précisées dans le contrat de concession ? », in *JCP Adm.*, 2020, comm. 2288.

WALINE (Jean), « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Le contrat au début du XXIe siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 965.

WALINE (Marcel), « L'évolution récente des rapports de l'État avec ses cocontractants », in *RDP*, 1951, p. 5.

ZIANI (Salim), « Les limites conceptuelles et prudentielles à la rentabilité d'un service public délégué », in *Dr. adm.,* 2011, n°5, p. 19.

TABLE DE JURISPRUDENCE

Les chiffres entre crochets renvoient aux numéros de paragraphes.

I. JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

1) CONSEIL D'ÉTAT

CE, 14 février 1849, *Commune de Cenon-la-Bastide c/ Letellier*, req. n°19060 : *Rec.*, p. 102. [292]

CE, 17 mars 1864, *Paul Dupont* ; *D.*, 1894, p. 87 [184-1]

CE, 18 mai 1877, *Dalloz contre Ministre de l'Intérieur,* req. n°51459 : *Rec.*, p. 480. [15]

CE, 3 janvier 1881, *Ville de la Fère contre Héritiers Galant*, req. n°52911 : *Rec.*, p. 30. [15]

CE, 31 mai 1907, *Deplanque* : *Rec.*, p. 513, concl. Romieu ; *D.*, 1907, III, p. 49, note M. Hauriou ; *RDP*, 1907, p. 678, note G. Jèze ; *S.*, 1907, III, p. 113 ? note M. Hauriou. [190]

CE, 29 mai 1908, *Poulain*, req. n°25488 : *Rec.*, p. 580. [209]

CE, 29 décembre 1920, *May-Bing contre Ministre de la Guerre,* req. n°65085 : *Rec.*, p. 1159. [230]

CE, 6 mai 1921, *Compagnie PLM* : *Rec.*, p. 685 ; *RDP*, 1921, p. 510, concl. Corneille. [166]

CE, 2 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes* : *Rec.*, p. 699. [396]

CE, 23 décembre 1925, *Dame Bava contre Ville de Toulon*, req. n°69677 : *Rec.*, p. 1047. [15]

CE, 9 juin 1926, *Bourdouil* : *Rec.,* p. 574. [364]

CE, 7 août 1926, *Protectorat du Tonkin contre Sieur La-Qui-Chân*, req. n°80915 : *Rec.*, p. 885. [15]

CE, 7 août 1926, *Protectorat du Tonkin contre Sieur Bach-Thaï-Buoï*, req. n°89914 : *Rec.*, p. 885. [15]

CE, 9 janvier 1930, *Ministre de la Marine* : *Rec.*, p. 23. [197 ; 358]

CE, 1er avril 1932, *Sieur Bagnolet* : *Rec.*, p. 432. [230]

CE, 9 novembre 1932, *Sté Weil Haeringer c/ Min. Régions libérées* : *Rec*. CE 1932, p. 941 [184-2]

CE, Assemblée, 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg* : *Rec.*, p. 1050 ; *D.*, 1933, p. 17, note R. Pelloux ; *RDP*, 1933, p. 117, concl. P.-L. Josse, note G. Jèze. [15 ; 111 ; 113]

CE, Section, 19 janvier 1934, *Commune de Nœux-les-Mines*, req. n°9911 : *Rec.*, p. 99. [16]

CE, 1er avril 1936, *Sieur Bagnolet*, req. n°20977 : *Rec.*, p. 432. [15]

CE, 10 juillet 1946, *Sieur Pommier*, req. n°74823 : *Rec.*, p. 199. [230]

CE, 28 février 1947, *Société des Glacières de l'alimentation*, req. n°76306 : *Rec.*, p. 85. [295]

CE, Section, 20 février 1953, *Société Intercopie*, req. n°9772 : *Rec.* p 88. [131]

CE, Assemblée, 15 juillet 1954, *Société des Aciérie et forges de Saint-François* : *Rec.* p. 482. [131]

CE, Section, 20 avril 1956, *Ville de Nice* : *Rec.*, p. 162 ; *RDP*, 1956, p. 578, concl. M. Long. [278]

CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, req. n°32401 : *Rec.* p. 246 ; *AJDA*, 1958, p. 282, concl. J. Kahn ; *D.*, 1958, p. 730, note A. de Laubadère [184-1]

CE, 12 novembre 1958, *Compagnie des messageries maritimes* : *Rec.*, p. 428. [166]

CE, 15 juillet 1959, *Sieur Vauzelle*, req. n°37488 : *Rec.*, p. 466. [166]

CE, Section, 13 juillet 1961, *Société d'entreprises générales et de travaux publics pour la France et les colonies* : *Rec.*, p. 473 ; *AJDA*, 1961, p. 458, concl. P. Nicolaÿ ; *RDP*, 1962, p. 535, note M. Waline. [21]

CE, 21 mars 1962, *Société nationale des chantiers de reconstruction*, req. n°42304 : *Rec.*, p. 200. [230]

CE, 23 mai 1962, *Société financière d'exploitations industrielles*, req. n°41178 : *Rec.*, p. 342. [360]

CE, 29 janvier 1964, *Établissements M. Pelletier*, req. n°58363 : *Rec.*, p. 51. [16]

CE, 26 février 1964, *Entreprises Louis Segrette et Ministre des Travaux publics et des Transports* : *Rec.*, p. 146 ; *AJDA*, 1964, p. 694, concl. Cambarnous. [295]

CE, Section, 26 mars 1965, *Dame veuve Moulinet et demoiselle Moulinet*, req. n°59049 : *Rec.* p. 209. [166]

CE, 4 juin 1965, *Office public HLM de la Seine c/ Entreprise Ile-de-France* : *Rec.*, p. 983. [16]

CE, 10 novembre 1967, *Société Union France d'Entreprises* : *Rec.*, p. 716. [16]

CE, 31 janvier 1968, *OPHLM Ville d'Alès* : *Rec.* p. 79 [184-1]

CE, 30 mars 1968, *Ministre de l'Éducation nationale c/ S. et Dame B.* : *Rec.*, p. 223. [394]

CE, Section, 13 mai 1970, *Sieur Larue* : *Rec.*, p. 331.[295]

CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, req. n°77935 : *Rec.*, p. 280 ; *AJDA*, 1970, p. 430, concl. G. Braibant ; *RDP*, 1970, p. 423, note M. Waline. [448]

CE, Section, 19 mars 1971, *Mergui*, req. n° : *Rec.*, p. 235, concl. Rougevin-Baville ; *AJDA*, 1971, p. 303, chron. Labetoulle et Cabanes ; *RDP*, 1972, p. 234, note Waline. [425]

CE, 6 juin 1973, *Dame Charlot* : *Rec.,* p. 404. [205]

CE, 26 février 1975, *Société du port de pêche de Lorient*, req. n°86185.

CE, Assemblée, 7 mars 1975, *Association des amis de l'abbaye de Fontevraud et groupement de défense interdépartemental de la forêt de Fontevraud*, req. n°89011 ; *AJDA*, 1976, p. 208, note R. Hostiou. [16]

CE, 26 novembre 1975, *SA d'entreprise Py*, req. n°93297 : *Rec.,* p. 1133. [71]

CE, 20 février 1976, *Ministre de la Défense c/ Société Derveaux*, req., n°93030 : *Rec.*, p. 110. [71]

CE, Section, 28 janvier 1977, *Ministre de l'Économie et des Finances contre Société Heurtey*, req. n°99449 : *Rec.*, p. 51 : *AJDA*, 1977, p. 394, concl. M. Morisot. [230]

CE, 6 juillet 1977, *Syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés*, req. n°87539 : *Rec.*, p. 306 ; *Cahiers du CFPC*, 1977, n°2, p. 97, obs. F. Moderne. [355]

CE, 13 octobre 1978, *Brunerie,* req. n°04875 : *Rec.*, p. 934. [360]

CE, 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France,* req. n°19288. [145]

CE, 31 octobre 1980, *Ministre de l'équipement contre Société du port de pêche de Lorient*, req. n°10712, 10740, 10742 : *Rec.*, p. 399. [424]

CE, Section, 29 janvier 1982, *Martin*, req. n°19926 : *Rec.*, p. 44. [21 ; 166]

CE, 11 octobre 1985, *Compagnie générale de construction téléphonique*, req. n°38788 : *Rec.,* p. 281 ; *AJDA*, 1985, p. 749, obs. L. Richer. [360]

CE, 7 février 1986, *Association FO consommateurs et autres*, req. n°150520 : *Rec.,* p. 31. [355]

CE, 12 décembre 1986, *Grepo* : *Rec.*, p. 282 ; *AJDA*, 1987, p. 279, concl. Ch. Vigouroux. [210]

CE, 22 janvier 1988, *M. Laugt*, req. n°51687 : *Rec.*, p. 946. [205]

CE, 20 janvier 1989, *Ville de Millau c/ M. Vincens*, req. n°70686 ; *CMP*, 1989, comm. 241. [355]

CE, 20 janvier 1989, *SA GBA Berry-Loire* : *Rec.*, p. 26. [355]

CE, 31 juillet 1992, *Société Barchetta* : *Rec.*, p. 307. [295]

CE, 1er octobre 1993, *Société « Le yacht-club international de Bormes-les-Mimosas »*, req. n°54660 ; *AJDA*, 1993, p. 810, concl. M. Pochard ; *RFDA*, 1994, p. 148, note B. Pacteau ; *JCP G.*, 1994, n°323, p. 42, obs. M.-Ch. Raoult. [21]

CE, Section, 3 novembre 1995, *Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées* : *Rec.*, p. 394, concl. Ch. Chantepy ; *RFDA*, 1994, p. 1077, concl. Ch. Chantepy; *AJDA*, 1995, p. 888, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux. [261]

CE, Section, 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne* : *Rec.*, p. 391. [261]

CE, Section, avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*, req. n°176873 : *Rec.*, p. 198 ; *RFDA*, 1997, p. 83, note J.-Cl. Douence ; *JCP G.*, 1996, comm. 1967, obs. M.-Ch. Rouault ; *D.*, 1996, p. 269, chron. N. Van Tuong ; *D.*, 1997, p. 45, note F.-P. Benoit ; *D.*, 1997, p. 113, comm. Ph. Terneyre. [158 ; 253 ; 297]

CE, Section, 23 avril 1997, *Ville de Caen c/ Paysant* : *Rec.*, p. 158 ; *AJDA*, 1997, p. 518, concl. V. Pécresse. [295]

CE, 16 juin 1997, *Préfet du Morbihan c/ Commune de Guilliers*, req. n°15464. [16]

CE, 1er octobre 1997, *Avrillier* : *Rec.*, p. 700. [295]

CE, Section, 28 janvier 1998, *Société Borg Warner*, req. n°138650 : *Rec.,* p. 20 ; *AJDA*, 1998, p. 287 ; *D.*, 1998, p. 56 ; *RDI*, 1998, p. 246, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *CJEG*, 1998, p. 269, obs. F. Moderne. [355]

CE, 27 avril 1998, *Cornette de Saint-Cyr et autres*, req. n°184473 : *Rec.*, p. 177 ; *AJDA*, 1998, Concl. Ch. Maugüé. [355]

CE, 19 novembre 1999, *Fédération syndicale Force ouvrière des travailleurs des Postes et des télécommunications*, req. n°176261 : *Rec.*, p. 354. [180]

CE, 9 mai 2001, *Société mosellane de tractions*, req. n°211162. [396]

CE, Section, 16 mai 2001, *Préfet de police c/ Ihsen Mtimet*, req. n°231717 : *Rec.*, p. 234 ; *AJDA*, 2001, p. 643, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *ibid.*, p. 672, note A. Legrand ; *RDP*, 2001, p. 645, note X. Prétot. [396]

CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin de Ré*, req. n°223481 : *Rec.,* p. 265 ; *AJDA*, 2001, p. 1090, note J.-P. Markus ; *BJCP*, 2001, p. 415, concl. D. Piveteau. [394]

CE, Section, avis, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisserie de Pantin*, req. n°246921 ; *RFDA*, 2002, p. 1010 ; *AJDA*, 2002, p. 755, note J.-D. Dreyfus ; *BJCP*, 2002, p. 427, concl. D. Piveteau. [325]

CE, ordonnance, 12 novembre 2002, *Commune de Montreuil-Bellay,* req. n°239840 : *Rec.,* p. 551 ; BJCP, 2002, p. 77; *Dr. adm.*, 2002, comm. 41, note M. Lombard. [355]

CE, Section, 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, req. n°245239 : *Rec.*, p. 21, concl. Ch. Maugüé ; *Dr. adm.*, 2003, p. 33, note Ch. Maugüé ; *JCP Adm.,* 2003, p. 480, note J. Dufau ; *RFDA*, 2003, p. 477, concl. Ch. Maugüé, note Ch. Lavialle ; *AJDA*, 2003, p. 761, étude S. Brondel, p. 784, note P. Sablière ; *JCP G.*, 2003, p. 1313, note G. Noël. [178]

CE, Section, 6 février 2004, *Mme Hallal*, req. n°240560 : *Rec.*, p. 48, concl. I. De Silva ; *GACA*, N°68 ; *AJDA*, 2004, p. 436, chron. F. Donnat, D. Casas ; *Dr. adm.*, 2004, p. 26, note D. Chabanol ; *JCP Adm.*, 2004, p. 295, note V. Tchen. [273]

CE, Assemblée, 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, req. n°255886 : *Rec.*, p. 197, concl. Ch. Devys ; *AJDA*, 2004, p. 1183, chron. C. Landais, F. Lenica ; *AJDA*, 2004, p. 1219, étude F. Berguin ; *JCP adm.*, 2004, p. 1662, note J. Bigot ; *Dr. adm.*, 2004, p. 26, note M. Lombard ; *Dr. soc.*, 2004, p. 766, étude X. Pretot ; *D.*, 2004, p. 1603, obs. B. Mathieu ; *JCP G.*, 2004, p. 2269, note J. Bigot ; *LPA*, 2004, n°208, p. 15, note F. Melleray ; *RDP*, 2005, p. 536, chron. Ch. Guettier. [38-1 ; 200 ; 273]

CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, req. n°278732 : *Rec.*, p. 423 ; *AJDA*, 2005, p. 2128, note J.-D. Dreyfus ; *JCP Adm.*, 2005, comm. 1345, concl. D. Casas et 1370, note F. Linditch ; *Dr. adm.*, 2005, comm. 168, note A. Ménéménis ; *RFDA*, 2005, p. 1216. [326]

CE, 23 novembre 2005, *Société Axiologic*, req. n°267494 : *Rec.,* p. 966. [367]

CE, Assemblée, 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, req. n°288460 : *Rec.*, p. 154 ; *RFDA*, 2006, p. 463, concl. Y. Aguila ; p. 483, note F. Moderne ; p. 940, note J.-M. Pontier ; *AJDA*, 2006, p. 1029, chron. C. Landais, F. Lenica ; *D.*, 2006, p. 1190, chron. P. Cassia. [111 ; 177 ; 361]

CE, 29 décembre 2006, *Société Bertele SNC*, req. n°273783 ; *CMP*, 2007, comm. 75, obs. F. Llorens ; *BJCP*, 2007, p. 97, concl. N. Boulouis. [451]

CE, Section, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, req. n°284736 ; *RFDA*, 2007, concl., F. Seners et note J.-Cl. Douence ; *AJDA*, 2007, p. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *CMP*, 2007, comm. 191, note G. Eckert ; *Dr. adm.*, 2007, comm. 95, note M. Bazex et S. Blazy. [448]

CE, 6 avril 2007, *Centre hospitalier de Boulogne-sur-Mer*, req. n°264490 et 264491 ; *RDI*, 2007, p. 525, note F. Moderne ; *AJDA*, 2007, p. 1011, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *CMP*, 2007, comm. 173, note J.-P. Pietri ; *BJCP*, 2007, p. 223, note Ch. Maugüé ; *RFDA*, 2007, p. 710, concl. N. Boulouis. [444]

CE, 11 mai 2007, *Région Guadeloupe*, req. n°298863 ; *CMP*, 2007, comm. 255, note J.-P. Pietri ; *AJDA*, 2007, p. 1813, note H. Gérard. [261]

CE, Assemblée, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, req. n°291545 : *Rec.,* p. 360, concl. D. Casas ; *GAJA*, n°115, p. 904 ; *GACA*, n°69, p. 1211, obs. P. Cassia; *RFDA*, 2007, n°4, p. 697, concl. D. Casas; *AJDA*, 2007, n°29, p. 1577, note F. Lenica ; *RJEP*, 2007, n°646, note P. Delvolvé ; *JCP adm.*, 2007, n°36, p. 23, note F. Linditch ; *JCP Adm.*, 2007, n°37, note M.-Ch. Rouault ; *BJCP*, 2007, n°54, p. 391, concl. D. Casas ; obs. Ch. Maugüé, R. Schwartz, Ph. Terneyre ; *RDP*, 2007, n°5, p. 1383, concl. D. Casas ; note F. Melleray ; *AJDA*, 2007, n°29, p. 1577, chron. F. Lenica, J. Boucher ; *JCP G.*, 2007, n°193, p. 25, chron. B. Plessix ; *LPA*, 2007, n°147, p. 9, note M. Gaudemet ; *LPA*, 2007, n°181, p. 6, note J.-M. Glatt ; *JCP E.*, 2007, n°39, p. 30, note F. Linditch ; *RFDA*, 2007, n°5, p. 917, note F. Moderne, p. 923, note D. Pouyaud, p. 935, note M. Ubaud-Bergeron ; *Gaz. Pal.*, 2007, J., p. 3254, note O. Guillaumont ; *Dr. adm.*, 2007, n°10, p. 34, note Ph. Cossalter ; *Rev. Trésor*, 2007, n°12, p. 1140, obs. J.-L. Pissaloux ; *ACCP*, 2007, n°70, p. 39, dossier D. Casas, Y.-R. Guillou, C. Cordier, Th. Dal Farra, D. Moreau, É. Langelier ; *ACCP*, 2007, n°71, p. 88, note X. Lewis. [80 ; 131 ; 178 ; 187 ; 208 ; 210 ; 228 ; 269 ; 271 ; 461]

CE, 19 décembre 2007, *Société Sogeparc*, req. n°260327 ; *AJDA*, 2008, p. 16 ; *AJDA*, 2008, p. 419, note M. Dreifuss. [145]

CE, 21 décembre 2007, *Région Limousin et autres*, req. n°293260 : *Rec.*, p. 534 ; *AJDA*, 2008, p. 481, note J.-D. Dreyfus ; *JCP Adm.*, 2008, comm. 2050, note J.-M. Pontier ; *BJCP*, 2008, n°57, p. 138, concl. E. Prada-Bordenave. [360]

CE, Section, 7 février 2008, *Commune de Courbevoie*, req. n°297227 : *Rec.*, p. 41 ; *RDI*, 2008, p. 240, note P. Soler-Couteaux ; *BJDU*, 2008, p. 459, concl. A. Courrèges ; obs., J.-C. Bonichot ; *RFDA*, 2008, p. 559, concl. A. Courrèges ; note H. de Gaudemar ; *JCP Adm.*, 2008, n°18, note D. Bailleul ; *AJDA*, 2008, p. 582, chron. C. Landais et F. Lenica ; *RJEP*, 2008, n°38, concl. A. Courrèges ; *Dr. adm.*, 2008, n°61, note F. Melleray. [210]

CE, sect., 10 avril 2008, *Société Jean-Claude Decaux et Département des Alpes-Maritimes*, req. n°244950 : *Rec.* p. 151, concl. B. Dacosta ; *Dr. adm.*, 2008, comm. 78, note F. Melleray ; *AJDA*, 2008, p. 1092, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; *BJCP*, 2008, p. 280, concl. B. Dacosta [184-2]

CE, 14 mai 2008, *OPAC de Seine-Maritime*, req. n°295253 ; *AJDA*, 2008, p. 1734. [412]

CE, 23 mai 2008, *Musée Rodin*, req. n°306153 ; *AJDA*, 2008, p. 1029 ; *AJDA*, 2008, p. 1768, note P. Sablière ; *CMP*, 2008, comm. 164, note G. Eckert ; *JCP Adm.*, 2008, act. 480 ;

JCP Adm., comm. 2184, note F. Linditch ; *Dr. adm.,* 2008, comm. 93 ; *BJCP*, 2008, p. 351, concl. N. Boulouis. [261]

CE, 8 août 2008, *Région Bourgogne*, req. n°307143 ; *AJDA*, 2009, p. 54, note P. Labayle Pabet et N. Gardères ; *CMP*, comm. 226, note J.-P. Pietri ; *RDI*, 2008, p. 503, obs. R. Noguellou. [371]

CE, Section, 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe (S.M.I.R.G.E.O.M.E.S.)*, req. n°305420 : *Rec.*, p. 324, concl. B. Dacosta ; *GACA*, n°17, p. 374, obs. B. Poujade ; *AJDA*, 2008, n°39, p. 2161, chron. É. Geffray, S.-J. Liéber ; *AJDA*, 2008, n°43, p. 2374, étude P. Cassia ; *JCP adm.*, 2008, n°47, p. 27, note F. Linditch ; *JCP E.*, 2008, n°50, p. 36, note F. Linditch ; *BJCP*, 2008, n°61, p. 394, chron. Th. Dal Farra, p. 451, concl. B. Dacosta ; note P. Delvolvé ; *LPA*, 2008, n°234, p. 15, note S. Hul ; *Dr. adm.*, 2008, n°11, p. 47, note B. Bonnet, A. Lalanne ; *RJEP*, 2008, n°661, p. 15, note F. Brenet ; *LPA*, 2009, n°82, p. 5, note G. Pellissier ; *LPA*, 2008, n°84, p. 6, note N. Berthelot, J.-M. Glatt ; *JCP adm.*, 2010, n°5, p. 21, étude Ch. Cantie. [80 ; 187 ; 255 ; 466]

CE, 17 décembre 2008, *Office public d'habitations de Nice et des Alpes-Maritimes,* req. n°282178 ; *AJDA*, 2008, p. 2422, obs. J.-M. Pastor ; *CMP*, 2009, comm. 39, note G. Eckert. [302 ; 310]

CE, Section, 31 décembre 2008, *Cavallo*, req. n°283256 : *Rec.*, p. 481, concl. E. Glaser ; *AJDA*, 2009, p. 142, chron. S.-J. Liéber, D. Botteghi ; *JCP Adm.*, 2009, p. 64, note D. Jean-Pierre ; *Dr. adm.*, 2009, p. 29, note F. Melleray ; *AJFP*, 2009, p. 153, note G. Calley ; *BJCL*, 2009, p. 365, chron. S. Macaire-Soykurt. [39 ; 178]

CE, 6 mars 2009, *Commune d'Aix-en-Provence,* req. n°314610 ; *JCP Adm.*, 2009, comm. 2122, concl. N. Boulouis ; *CMP*, 2009, comm. 122, note F. Olivier. [452]

CE, 20 mai 2009, *Commune de Fort-de-France*, req. n°311379 ; *CMP*, comm. 244, obs. F. Llorens ; *BJCP*, 2009, p. 427. [371]

CE, 20 mai 2009, *Département du Var,* req. n°318871. [371]

CE, 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble*, req. n°296964 ; *RJEP*, 2012, p. 22, concl. N. Boulouis. [182]

CE, 14 décembre 2009, *Société Lyonnaise des Eaux France,* req. n°328157 ; *JCP Adm.*, 2009, act. 16 ; *JCP Adm.*, 2010, comm. 2023, obs. F. Linditch; *AJDA*, 2009, p. 2434, note J.-M. Pastor; *CMP*, 2010, comm. 84, obs. G. Eckert ; *BJCP*, 2010, p. 158. [395]

CE, Assemblée, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, req. n°304802 : *Rec.*, p. 509, concl. E. Glaser ; *GAJA*, n°118, p. 939 ; *GACA*, n°9, p. 194, obs. P. Cassia; *BJCP*, n°69, 2010,

p. 138, concl. E. Glaser; obs., Ch. Maugüé; *AJDA*, 2010, n°3, p. 142, chron. S.-J. Liéber, D. Botteghi ; *JCP adm.*, 2010, n°8, p. 21, note F. Linditch ; *RFDA*, 2010, n°3, p. 506, concl. E. Glaser ; note D. Pouyaud ; *RJEP*, 2010, n°676, p. 19, note J. Gourdou, Ph. Terneyre ; *JCP G.*, 2010, n°1, p. 38, act. L. Erstein ; *Gaz. Pal.*, 2010, n°75, p. 13, note B. Seiller ; *RDI*, 2010, p. 265, note R. Noguellou ; *CMP*, 2010, n°6, p. 1, note F. Llorens, P. Soler-Couteaux ; *ACCP*, 2010, n°97, p. 78, note XD). [**introduction-P1-P2**]

CE, 10 février 2010, *Société Prest'Action*, req. n°301116 : *Rec.*, p. 850 ; *AJDA*, 2010, p. 1493, Concl. N. Boulouis, obs. R. Schwartz ; *CMP*, 2010, p. 17, note G. Eckert ; *Dr. adm.*, 2010, p. 27, note F. Brenet ; *RDI*, 2010, p. 265, note R. Noguellou. [**255 s** ; 282, 317 ; 331 ; 339]

CE, 8 mars 2010, *Commune de Béziers*, req. n°304805 : *Rec.*, p. 604. [90 ; 158 ; 252 ; 268 ; **312 s**]

CE, 31 mai 2010, *Société communauté d'agglomération Vichy Val d'Allier,* req. n°329483 ; *Rec.*, p. 173 ; *BJCP*, 2010, p. 368, concl. N. Boulouis ; *JCP Adm.*, 2010, act. 461. [162 ; 310]

CE, Avis contentieux, 1er avril 2010, *SAS Marsadis*, req. n°334465 : *Rec.*, p. 93 ; *Dr. fisc.*, 2010, n°299, concl. Collin ; *AJDA*, 2010, p. 1327, note H. Belrhali-Bernard ; *Dr. adm.*, 2010, n°42, note M. Collet ; *Dr. adm.*, 2010, comm. 102, note F. Melleray. [244]

CE, 23 juin 2010, *Commune d'Amigny-Rouy*, req. n°339244. [312]

CE, 23 juin 2010, *Commune de Servais*, req. n°339245. [312]

CE, 10 novembre 2010, *Commune de Palavas-les-Flots et Commune de Lattes*, req. n°314449 ; *AJDA*, 2010, p. 2416, chron., A. Lallet et D. Botteghi ; *D.*, 2010, p. 2842, obs. R. Grand ; *AJCT*, 2010, p. 163, obs. J.-D. Dreyfus ; *RFDA*, 2011, p. 124, concl. N. Boulouis ; *RTD civ.*, 2011, p. 501, obs. p. Deumier. [**312 s**]

CE, 19 novembre 2010, *Ministre de la Défense*, req. n°341133. [371]

CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, req. n°338551 : *Rec.*, p. 5 ; *AJDA*, 2011, p. 665, chron. A. Lallet, X. Domino ; *RDI*, 2011, p. 270, obs. S. Braconnier ; *AJCT*, 2011, p. 129, obs. A. Burel ; *BJCP*, 2011, p. 121, concl. N. Boulouis, obs. Ch. Maugüé ; *CMP*, 2011, comm. 88, note J.-P. Pietri ; *Dr. adm.*, 2011, comm. 29, note F. Brenet ; *JCP Adm.*, 2011, p. 2049. [18 ; 37 ; 100 ; 131 ; 149 ; 152 ; 158 ; **160 s** ; 163 ; 169 ; 215 ; **254 s** ; 263 ; 280 ; 312 ; 316 ; **326 s** ; **333 s** ; 338 ; **341 s** ; 347 ; 461 ; 471]

CE, 12 janvier 2011, *Société des autoroutes du nord et de l'est de la France*, req. n°332136 : *Rec.*, p. 844 ; *AJDA*, 2011, p. 72 ; *AJDA*, 2011, p. 665, chron. A. Lallet, X. Domino ; *RDI*, 2011, p. 270, obs. S. Braconnier. [18 ; 149 ; 152 ; 169 ; 343 ; 347 ; 471]

CE, 12 janvier 2011, *Société Léon Grosse*, req. n°334320 : *Rec.*, p. 1010 ; *AJDA*, 2011, p. 71 ; *RCLT*, 2011, n°67, n°1894, étude. E. Glaser ; *AJDA*, 2011, p. 670, chron. A. Lallet, X. Domino. [18 ; 149 ; 152 ; 169 ; 343 ; 347 ; 471]

CE, 19 janvier 2011, *Syndicat mixte pour le traitement des résidus urbains*, req. n°332330 : *Rec.*, p. 1011 ; *AJDA*, 2011, p. 135 ; *CMP*, 2011, comm. 90, note J.-P. Piétri ; *AJCT*, 2011, p. 129, note A. Burel. [152 ; 158]

CE, 19 janvier 2011, *Commune de Limoges*, req. n°323924 : *Rec.*, p. 1012 ; *BJCP*, 2008, p.138, concl. B. Dacosta ; AJDA, 2011, p. 616, note J.-D. Dreyfus ; Dr. *adm.*, 2011, comm. 38, note F. Brenet. [360]

CE, 4 mars 2011, *Région Réunion*, req. n°344197 ; *CMP*, 2011, comm. 132, note W. Zimmer. [371]

CE, Section, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, req. n°304806 : *Rec.,* p. 117 ; *RFDA*, 2011, p. 507, concl. E. Cortot-Boucher ; *RFDA*, 2011, p. 516, note D. Pouyaud ; *LPA*, 2011, n°134, p. 5, obs. M.-C. Rouault ; *LPA*, 2011, n°124, p. 16, obs. S. Hul ; *JCP G.*, 2011, p. 658, obs. M. Ubaud-Bergeron ; *Gaz. Pal.*, 2011, n°149, p. 14, obs. B. Seiller ; *Gaz. Pal.*, 2011, n°140, p. 25, obs. J.-L. Pissaloux ; *Dr. adm.*, 2011, comm. 46, note F. Brenet, F. Melleray ; *CMP*, 2011, comm. 150, J.-P. Pietri ; Rev. *Lamy coll. terr.*, 2011, n°68, p. 29, E. Glaser ; *RDI*, 2011, p. 270, note S. Braconnier ; *Procédures*, 2011, comm. 189, obs. S. Deygas ; *JCP E.*, 2011, p. 1304, obs. C. Prébissy-Schmall ; *AJDA,* 2011, p. 591, et p. 670, chron. A. Lallet, X. Domino ; *JCP G.*, 2011, p. 291, obs. J.-D. Dreyfus. [175 ; 190 ; 312]

CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, req. n°304806 ; *AJDA*, 2011, p. 670, chron. A. Lallet ; *D.*, 2011, p. 954, obs. A. de Montecler ; *RDI*, 2011, p. 270, obs. S. Braconnier ; *Dr. adm.,* 2011, comm. 46, note F. Melleray et F. Brenet ; *JCP Adm.*, 2011, comm. 2171, note F. Linditch ; *AJCT*, p. 291, obs. J.-D. Dreyfus ; *RFDA*, 2011, p. 507, concl. E. Cortot-Boucher ; *BJCP,* 2011, p. 170, concl. E. Cortot-Boucher ; obs. R. Schwartz ; *CMP*, 2011, comm. 150, note J.-P. Pietri. [278]

CE, 20 avril 2011, *Commune de Baie-Mahault*, req. n°342850 ; *BJCP*, 2011, p. 376, concl. B. Dacosta ; *CMP*, 2011, comm. 188, note G. Eckert ; *Dr. adm.*, 2011, comm. 52, note F. Brenet; *JCP G.*, 2011, comm. 58, note L. Erstein; *AJDA*, 2011, p. 872. [152 ; 158 ; 162 ; 253]

CE, 4 mai 2011, *Communauté de communes du Queyras*, req. n°340089 ; *AJDA*, 2011, p. 925, obs. de Montecler ; *CMP*, 2011, comm. 171, note G. Eckert ; *BJCP,* 2011, p. 352, concl. B. Dacosta; *AJCT*, 2011, p. 409, obs. O. Didriche. [**161 s** ; 182]

CE, 4 mai 2011, *CCI de Nîmes, Uzès de Bagnols, Le Vigan*, req. n°334280 ; *AJDA*, 2011, p. 929, obs. R. Grand ; *RDI*, 2011, p. 396, obs. S. Braconnier ; *RFDA*, 2011, p. 455, chron. H. Labayle, F. Sudre, X. Dupré de Boulois et L. Milano ; *BJCP*, 2011, p. 285, concl. B. Dacosta. [425]

CE, 23 mai 2011, *Département de la Guyane*, req. n°314715 : *Rec.,* p. 255 ; *AJDA*, 2011, p. 1564, note S. Ziani ; *CMP,* 2011, p. 34, note. J.-P. Pietri. [158 ; 334 ; **337 s** ; 414]

CE, 8 juin 2011, *Commune de Divonne-les-Bains*, req. n°327515 : *Rec.*, p. 278 ; *CMP*, 2011, comm. 304, note J.-P. Pietri ; *JCP Adm.,* 2011, comm. 2334 ; *AJDA,* 2011, p. 1685, note J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.*, 2011, comm. 74, note F. Brenet. [160 ; **182 s**]

CE, 24 juin 2011, *Commune de Bourgoin-Jallieu,* req. n°347889 ; AJDA, 2011, p. 1298 ; *CMP*, 2011, comm. 262, note G. Eckert. [**364 s**]

CE, 2 août 2011, *Parc naturel des Grandes Causses*, req. n°348254 ; *AJDA*, 2011, p. 2180, note É. Busson ; *CMP*, 2011, comm. 287, note W. Zimmer. [453]

CE, 2 août 2011, *Syndicat mixte de la vallée de l'Orge Aval*, req. n°348711 ; *RJEP*, 2012, comm. 8, note F. Brenet. [453]

CE, Assemblée, 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, req. n°317827 : *Rec.*, p. 505 ; *AJDA*, 2012, p. 35, chron. M. Guyomar et X. Domino ; *ibid.*, p. 2036 ; *D.*, 2011, p. 2602 ; *RFDA*, 2012, p. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayer-Carpentier. [448]

CE, 16 novembre 2011, *Société Ciel-et-Terre et autres*, req. n°344972 : *Rec.,* p. 825 ; *JCP Adm.* 2012, comm. 2149, note H. Pauliat ; *RJEP*, 2012, n°695, p. 15, concl. Aladjidi. [396]

CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et autres*, n°335033, Lebon p. 649 ; *JCP Adm.„* 2012 n°13, comm. 2089, C. Broyelle ; *AJDA,* 2012, p. 1609, tribune B. Seiller ; *RFDA,* 2012, p. 284, concl. G. Dumortier ; n°335033, *Danthony*, Lebon p. 737 ; *AJDA,* 2012, p. 7 ; *ibid.* p. 195, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *D.,* 2013, p. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot [38-1 ; 271]

CE, 31 décembre 2011, *Département de la Guadeloupe*, req. n°350231 ; *CMP*, 2012, comm. 52, note J.-P. Pietri. [364]

CE, 12 mars 2012, *Société Clear Channel France*, req. n°353826 : *Rec.,* p. 86 ; *AJDA*, 2012, p. 521, obs. R. Grand ; *AJCT*, 2012, p. 261, obs. S. Hul ; *JCP Adm.,* 2012, act. 206, obs. L. Erstein; *ibid.*, comm. 2256, note É. Langelier ; *RCLT*, 2012, n°78, p. 39, obs. E. Glaser. [371]

CE, 11 avril 2012, *Syndical Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et autres,* req. n°354652 ; *AJDA*, 2012, p. 790, obs. R. Grand ; *JCP Adm.,* 2012, act. 263, obs. L. Erstein; *ibid.*, comm. 2327, concl. N. Boulouis ; *RCLT*, 2012, n°80, p. 30, obs. E. Glaser. [371]

CE, 20 juin 2012, *Service départemental d'incendie et de secours du Nord*, req. n°342843 ; *AJCT,* 2012, p. 630, obs. É. Péchillon. [157 ; **161 s**]

CE, 22 juin 2012, *Chambre de commerce et de l'industrie de Montpellier,* req. n°348676 ; *AJDA*, 2012, p. 1259 ; *BJCP*, 2012, p. 330, concl. B. Dacosta. [157 ; **161 s**]

CE, 26 septembre 2012, *Communauté d'agglomération Seine-Eure*, req. n°359706 ; *AJCT*, 2013, p. 466, obs. S. Hul. [371]

CE, 10 octobre 2012, *Commune de Baie-Mahault,* req. n°340647 ; *BJCP*, 2013, n°86, p. 27, concl. B. Dacosta ; *RDI*, 2012, p. 622, note R. Noguellou ; *JCP Adm.,* 2013, comm. 2272, note M. Dejoux. [158 ; 162 ; **253 s** ; 312 ; **337 s**]

CE, 10 décembre 2012, *Société Lyonnaise des eaux France,* req. n°355127 ; *CMP*, 2013, comm. 49, note J.-P. Pietri ; *AJDA*, 2012, p. 2409 ; *Dr. adm.*, 2013, comm. 19, note F. Brenet ; *BJCP*, 2011, p. 278, concl. N. Boulouis, obs. Ch. Maugüé. [182]

CE, 19 décembre 2012, *Société Ab Trans*, req. n°350341 ; *AJDA*, 2013, p. 722 ; *Dr. adm.*, 2013, comm. 42, note É. Colson ; *CMP,* 2013, comm. 29, note G. Eckert. [397]

CE, 28 janvier 2013, *Syndicat mixte Flandre Morinie*, req. n°358302 ; *JCP Adm.,* 2013, comm. 2185, concl. G. Pellissier. [182]

CE, 25 mars 2013, *Département de l'Hérault*, req. n°364824 ; *CMP*, 2013, comm. 133, note G. Eckert ; *BJCP*, 2013, p. 317. [371]

CE, 19 avril 2013, *Société Elras*, req. n°361721 ; *BJCP*, 2013, p. 318 ; *CMP*, 2013, comm. 169, note G. Eckert. [116]

CE, 19 avril 2013, *Chambre de commerce et de l'industrie d'Angoulême*, req. n°340093. [162]

CE, 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne*, req. n°365043 [184-1]

CE, 10 juillet 2013, *Commune de Vias, SEM de la ville de Béziers et du littoral [SEBLI]*, req. n°362304 et 362318 ; *BJCP*, 2013, p. 448, concl. G. Pellissier ; *RJEP,* 2014, n°6, comm. R. Bonnefont ; *AJDA*, 2013, p. 1480, obs. R. Grand ; *Environnement*, 2013, n°74, note M. Sousse ; *Construction et urbanisme,* 2013, n°114, obs. L. Santoni ; *RDI*, 2013, p. 552, obs. P. Soler-Couteau ; *JCP Adm.*, 2013, n°647, obs. L. Erstein. [138 ; **140 s** ; 161 ; 232 ; 234 ; 236 ; 314]

CE, 2 octobre 2013, *Département du Lot-et-Garonne,* req. n°368900. [371]

CE, 23 octobre 2013, *Société Bernard Leclercq Architecture*, req. n°362437 ; *AJDA*, 2014, p. 688 ; *CMP*, 2013, comm. 310, note W. Zimmer ; *BJCP*, 2014, p. 64, concl. G. Pellissier. [253]

CE, 13 novembre 2013, *Union de coopératives agricoles Épis-centre-Nord*, req. n°351530 ; *CMP*, 2014, comm. 25, obs. M. Ubaud-Bergeron ; *JCP Adm.,* 2014, comm. 2246, note S. Hansen ; *CMP*, 2014, chron. 5, chron. J.-P. Pietri. [158]

CE, Assemblée, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, req. n°358994 : *Rec.*, p. 70 ; *Dr. adm.*, 2014, comm. 36, note F. Brenet ; *JCP Adm.*, 2014, comm. 2152, note J.-F. Sestier ; *ibid.* comm. 2153, note S. Hul ; *CMP*, 2014, repère 5, note F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *ibid.,* étude 5, obs. Ph. Rees ; *JCP G.*, 2014, doctr. 732, étude P. Bourdon ; *Procédures*, 2014, alerte 26, note M.-Ch. Rouault ; *RFDA*, 2014, p. 425, concl. B. Dacosta ; *ibid.,* p. 438, note P. Delvolvé ; *AJDA*, 2014, p. 1035, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; *RDI*, 2014, p. 244 ? note S. Braconnier ; *RJEP*, 2014, comm. 31, note J.-F. Lafaix ; *LPA*, 20 juin 2014, p. 13, note S. Douteaud ; *AJCT*, 2014, p. 375, obs. S. Duyens. [37 ; **255 s** ; 333 ; **471 s**]

CE, 11 avril 2014, *Commune de Montreuil*, req. n°375051 ; *AJDA,* 2014, p. 825, note D. Poupeau ; *AJCT*, 2014, p. 449, obs. S. Hul ; *RTD com.*, 2014, p. 567, obs. G. Orsoni : *AJDA*, 2015, p. 1729, note O. Agnus ; *CMP,* 2014, comm. 170, note P. Devillers. [31 ; **116 s** ; 119 ; **348 s** ; 370 ; 389 ; 403 ; **438 s**]

CE, 30 juin 2014, *Société Eiffage constructions Pays de la Loire*, req. n°376504 ; *BJCP*, 2014, p. 438. [371]

CE, 2 juillet 2014, *Société Pace Europe*, req. n°368590 : *Rec.*, p. 506 ; *AJDA*, 2014, p. 1897, concl. G. Dumortier ; *AJDA*, 2015, p. 1935, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe. [244]

CE, Section, 16 juillet 2014, *M. Freddy Ganem,* req. n°355201 ; *RFDA*, 2014, concl. V. Daumas ; *AJDA*, 2014, P. 1460, chron. A. Bretonneau et J. Lessi. [136]

CE, 29 septembre 2014, *Société Grenke Location,* req. n°369987 ; *CMP*, 2014, comm. 172, note M. Ubaud-Bergeron ; *BJCP*, 2015, n°98, p. 3, concl. G. Pellissier. [158 ; 162 ; 255 ; 261]

CE, 8 octobre 2014, *Commune d'Entraigues-sur-la-Sorgue*, req. n°370588 ; *CMP*, 2014, comm. 343, note F. Llorens ; *BJCP*, 2015, p. 59, concl. B. Dacosta. [162 ; 243 ; 245 ; 266]

CE, 3 décembre 2014, *Département de la Loire-Atlantique*, req. n°384180 : *Rec.,* p. 749, concl. G. Pellissier ; *JCP Adm.,* 2014, act. 982 ; *JCP Adm.,* comm. 2141, note F.

Linditch; *CMP*, 2015, comm. 52, note J.-P. Pietri; *AJCT*, 2015, p. 208, note S. Hul. [**371 s** ; 438]

CE, 7 février 2015, *Commune de Béziers*, req. n°357028 : *Rec.*, p. 66, concl. E. Cortot Boucher; *AJDA*, 2015, p. 423 ; *ibid.*, p. 1482, note P. Bourdon ; *D.*, 2015, p. 630, obs. J.-M. Pastor; *AJCT*, 2015, p. 268, obs. S. Dyens ; *ibid.*, 2016, p. 139, étude J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.*, 2015, comm. 40, note F. Brenet ; *JCP Adm.*, 2015, comm. 2183, note J. Martin. [309]

CE, 4 mai 2015, *Société Bueil publicité mobilier urbain,* req. n°371455 ; *CMP*, 2015, comm., note M. Ubaud-Bergeron. [234 ; 338]

CE, 4 mai 2015, *Société Campenon Bernard Sud Est et autres*, req. n°383914 ; *CMP*, 2016, comm. 188, obs. H. Hoepffner. [116 ; 119]

CE, 22 mai 2015, *SITURV c/ Société AXA Corporate* req. n°383596 ; *CMP*, 2015, comm. 221, note J.-P. Pietri ; *JCP Adm.*, 2015, comm. 2030, note J. Martin. [253]

CE, 1er juillet 2015, *OPH de Loire-Atlantique*, req. n°384209 ; *AJDA*, 2015, p. 2244 ; *CMP*, 2015, comm. 251, note H. Hoepffner ; *BJCP*, 2015, p. 463, concl. B. Dacosta; *JCP Adm.,* 2015, comm. 2326, note F. Linditch. [157 ; 161]

CE, 1er juillet 2015, *Société nouvelle d'entreprise générale du Sud-Ouest*, req. n°381095 ; *CMP*, 2015, comm. 233, note J.-P. Pietri ; *JCP Adm.*, 2015, act. 713 ; *JCP Adm.*, 2015, comm. 2329, obs. F. Linditch ; *AJCT*, 2016, p. 42, obs. S. Hul. [449]

CE, 18 septembre 2015, *Société Axcess*, req. n°380821 ; *AJDA*, 2015, p. 1720 ; *AJCT*, 2015, p. 168, obs. R. Bonnefont. [388]

CE, 14 octobre 2015, *Société Applicam Région Nord-Pas-de-Calais,* req. n°390968 ; *CMP*, 2015, comm. 279, note G. Eckert ; *BJCP*, 2016, p. 34, concl. G. Pellissier. [395]

CE, 7 décembre 2015, *Syndicat mixte de Pierrefonds c/ Société Axa Réunion* req. n°382363 ; *AJDA*, 2016, p. 579 ; *CMP*, 2016, comm. 39, obs. H. Hoepffner ; *BJCP*, 2016, p. 163, concl. G. Pellissier. [**73 s** ; **77 s** ; 113 ; **119 s** ; 413 ; 419 ; 457]

CE, 24 février 2016, *Syndicat mixte pour l'étude et le traitement des ordures ménagères de l'Eure*, req. n°394945 ; *AJDA*, 2016, p. 410, obs. D. Poupeau ; *JCP Adm.*, 2016, comm. 2072, note S. Hul ; *CMP*, 2016, comm. 97, note P. Devillers ; *AJCT*, 2016, p. 401, obs. Ph. Jacquemoire. [**371 s**]

CE, 20 mai 2016, *Association « Avenir d'Alet »*, req. n°375779 ; *CMP*, 2016, comm. 185, obs. H. Hoepffner. [182]

CE, 20 juin 2016, *Sociétés Eurovia Haute-Normandie et Colas Ile-de-France*, req. n°376235 : *Rec.*, p. 827 ; *AJDA*, 2016, p. 1317, obs. L. Genty ; *CMP*, 2016, comm. 199, note J.-P. Pietri. [77 ; 119]

CE, Assemblée, 13 juillet 2016, *Czabaj*, req. n°387763 : *Rec.*, p. 340 ; *AJDA*, 2016, p. 1479 ; *ibid.,* p. 1629, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *AJFP*, 2016, p. 356 et les obs. ; *AJCT*, 2016, p. 572, obs. M.-C. Rouault ; *RDT*, 2016, p. 718, obs. L. Crusoé ; *RFDA*, 2016, p. 927, concl. O. Henrard ; *RTD com.*, 2016, p. 715 ? obs. F. Lombard. [200]

CE, 22 juillet 2016, *SARL Lagadec Aviation*, req. n°382152 ; *CMP*, 2016, comm. 245, obs. H. Hoepffner. [71]

CE, 5 octobre 2016, *Société State Bank of India*, req. n°389377. [397]

CE, 17 octobre 2016, *Université de Nice Sophia Antipolis,* req. n°386400. [394]

CE, 16 novembre 2016, *Institut national de la recherche archéologique c/ SNC Altanéa Les Tanneurs*, req. n°383687 ; *AJDA*, 2016, p. 2417 ; *RDI*, 2017, p. 114, obs. Ph. Grimaud ; *JCP Adm.*, 2016, act. 904, obs. M. Touzeil-Divina. [116 ; 119]

CE, 9 décembre 2016, *M. B.*, req. n°385934 ; *Contrats, conc. consom.* 2017, chron. 2, note L. Ayache ; *Dr. adm.*, 2017, comm. 22, note B. Pageot. [119]

CE, 9 décembre 2016, *Société Foncière Europe,* req. n°391840 ; *BJCP*, 2017, n°111, p. 123 ; Concl. G. Pellissier ; *AJDA*, 2017, p. 690, note G. Clamour ; *AJDA*, 2017, p. 2407 ; *AJCT*, 2017, p. 291, obs. M. Yazi-Roman ; *AJ Contrat*, 2017, p. 83, obs. F. Lepron ; *RTD com.*, 2017, p. 297, obs. F. Lombard ; *Dr. adm.*, 2017, alerte 23, obs. J. Martin ; *CMP*, 2017, comm. 53, note P. Devillers. [360]

CE, 24 mai 2017, *Sté Régal des îles*, req. n°407213 ; *CMP*, 2017, comm. 182, note G. Eckert. [448]

CE, 9 juin 2017, *Société Pointe-à-Pitre Distribution*, req. n°399581 ; *CMP*, 2017, comm. 223, obs. H. Hoepffner. [**310 s**]

CE, 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche*, req. n°398445 :*Rec.* p. 209, concl. G. Pellissier ; *CMP*, 2008, repère 8, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *Dr. adm.*, 2017, alerte 118, focus S. Hourson ; *JCP Adm.*, 2017, comm. 2195, comm. J. Martin ; *AJDA*, 2017, p. 1669, chron. G. Odet et S. Roussel. [37 ; 255 ; 333 ; 471]

CE, 15 décembre 2017, *Syndicat mixte de l'aéroport de Lannion-Côté de Granit*, req.n°413193 ; *CMP*, 2018, comm. 46, note P. Devillers ; *BJCP*, 2018, p. 106, concl. O. Henrard. [**380 s**]

CE, 5 février 2018, *Société Peyrani et associés*, req. n°414846 ; *CMP*, 2018, comm. 78, note M. Ubaud-Bergeron ; *BJCP*, 2018, p. 143, concl. O. Henrard. [**380 s**]

CE, Section des travaux publics, 26 avril 2018, *Avis relatif à diverses questions de droit des Concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport Nantes-Atlantique*, n°394398 ; *JCP Adm.*, 2018, act. 898, obs. C. Friedrich ; *CMP*, 2019, comm. 54, obs. G. Eckert. [97 ; **348 s** ; **425 s** ; 457]

CE, Assemblée, 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, req. n°414583 ; *RFDA*, 2018, p. 649, concl. A. Bretonneau ; *RFDA*, 2018, p. 662, note D. de Béchillon ; *RFDA*, 2018, p. 665, note P. Delvolvé ; *Dr. adm.*, 2018, repère 7, note B. Plessix ; *JCP Adm.*, 2018, act. 469, note M. Touzeil-Divina ; *AJDA*, 2018, p. 1206, note S. Roussel et C. Nicolas. [38-1 ; 200 ; 273]

CE, 26 juillet 2018, *Société d'aménagement et de valorisation de la gare Saint-Lazare*, req. n°418417 ; *JCP Adm.*, 2018, obs. M. Moliner-Dubost. [71]

CE, 17 septembre 2018, *Société Le Pagus,* req. n°407099 ; *CMP*, 2018, comm. 253, note G. Eckert. [355 ; 366]

CE, 19 novembre 2018, *Commune de Salses-le-Château*, req. n°412693. [397]

CE, 25 janvier 2019, *Société Self Saint-Pierre et Miquelon*, req. n°423331 ; *CMP*, 2019, comm. 115, obs. P. Devillers ; *BJCP*, 2019, p .153, concl. G. Pellissier. [413]

CE, 27 février 2019, *Département de la Seine-Saint-Denis*, req. n°414114 ; *AJDA*, 2019, p. 486 ; *JCP Adm.*, 2019, act. 164, obs. L. Erstein. [**413 s**]

CE, 8 avril 2019, *Commune de Cannes,* req. n°425373 ; *CMP*, 2019, comm. 203, note G. Eckert. [394]

CE, Section, 1er juillet 2019, *Association pour le musée des Iles de Saint-Pierre et Miquelon*, req. n°412243 ; *AJDA*, 2019, p. 1369 ; *ibid.*, p. 1750, obs. C. Malverti, C. Beaufils ; *CMP*, 2019, comm. 326, note G. Eckert. [143 ; 441]

CE, 4 octobre 2019, *Syndicat mixte du développement durable de l'Est Var pour le traitement et la valorisation des déchets ménagers*, req. n°419312. [232]

CE, 18 mars 2020, *Région Ile-de-France*, req. n°396651 ; *AJDA*, 2020, p. 656, obs. J.-M. Pastor ; *JCP Adm.*, 2020, act. 211, L. Erstein [159-1]

CE, 25 juin 2020, *Département de la Seine-Saint-Denis*, req. n°418446 ; *AJ Contrat*, 2020, p. 451, obs. J.-D. Dreyfus ; *CMP*, 2020, n°10, comm. 273, É. Muller ; *JCP Adm.*, 2020, act. 397, L. Erstein [159-1]

CE, 10 juillet 2020, *Commune de La Guérinière*, req. n°434353 ; *JCP Adm.*, 2020, n°45, comm. 2288, J.-B. Vila ; *ibid.*, act. 433, L. Erstein [158]

CE, 10 juillet 2020, *Société SMEG*, req. n°427216 ; *Dr. Adm.*, 2020, n°11, comm. 45, F. Brenet ; *CMP*, 2020, n°10, comm. 271, É. Muller ; *ibid.,* n°11, comm. 285, H. Hoepffner ; *JCP Adm.*, 2020, n°29, act. 435, L. Erstein [161].

CE, 10 juillet 2020, *Société Exelcia*, req. n°433643 ; *AJDA*, 2020, p. 1453, obs. M.-Ch. De Montecler ; *ibid.*, p. 2207, note J. Bousquet ; *CMP*, 2020, n°10, comm. 275, J. Dietenhoeffer ; *JCP Adm.*, 2020, act. 434, L. Erstein [142]

CE, 10 juillet 2020, *Société Comptoir négoce équipements*, req. n°430864, Lebon ; *CMP*, 2020, n°10, comm. 257, Ph. Rees ; *Dr. adm.*, 2020, n°10, note F. Brenet ; *JCP Adm.,* 2020, act. 431, obs. L. Erstein ; *AJDA*, 2020, p. 1445, obs. L. Zaoui [**184-1 s.** ; 243 ; 275]

CE, 22 juillet 2020, *Société Immobilière Massimi*, req. n°426210 [77]

2) COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL

CAA Paris, 4 juin 1992, *SA Tahiti Moorea Service*, req. n°90PA01067 ; *AJDA*, 1993, p. 140, chron. J.-L. Jouguelet, J.-F. Gipoulon et P. Cadenat. [424]

CAA Bordeaux, 22 juin 1998, *Société des Grands Travaux de l'Océan Indien*, req. n° 96BX34385 ; *BJCP*, 1999, p. 211. [71]

CAA Bordeaux, 17 octobre 2006, *Société Colas Sud-Ouest*, req. n°03BX00853 ; *CMP*, 2007, comm. 6, obs. F. Olivier. [71]

CAA Nantes, 31 décembre 2009, *SCA Dalkia France*, req. n°09NT00343. [40 ; 249 ; 312]

CAA Bordeaux, 11 mars 2010, *Commune de Baie-Mahault*, req. n°08BX02268. [138 ; 152 ; 232 ; 243 ; 266]

CAA Lyon, 22 avril 2010, *Société Soffimat contre Centre hospitalier de Roanne*, req. n°07LY01357. [152]

CAA Bordeaux, 27 mai 2010, *Commune de Baie-Mahault*, req. n°09BX01771. [132 ; 138]

CAA Marseille, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Alexandre*, req. n°07MA04659. [249 ; 312]

CAA Paris, 2 juillet 2010, *SAGI contre Centre hospitalier Sainte-Anne*, req. n°07PA02268. [152]

CAA Nancy, 5 juillet 2010, *Société Sogreah Consultants*, req. n°09NC00896 ; *CMP*, 2010, comm. 359, obs. F. Llorens. [253]

CAA Marseille, 8 juillet 2010, *Ville de Nice*, req. n°08MA00431. [**89 s** ; 243]

CAA Nantes, 31 août 2010, *SARL Merlot*, req. n°09NT02072. [244 ; 249 ; 253]

CAA Lyon, 4 novembre 2010, *Société Martoïa*, req. n°09LY00460. [157 ; 330]

CAA Bordeaux, 16 décembre 2010, *Société expertises Melloni et associés*, req. n°09BX02266 ; *CMP*, 2011, comm. 49 et 65, note F. Llorens. [89 ; 232 ; 235]

CAA Marseille, 20 décembre 2010, *Chambre de commerce et d'industrie Marseille Provence*, req. n°09MA00719. [253 ; 261 ; 318]

CAA Marseille, 17 janvier 2011, *Ville de Cannes*, req. n°08MA00362 ; *JCP Adm.*, 2011, comm. 2294, obs. J.-B. Vila. [138 ; 243 ; 253 ; 309]

CAA Marseille, 14 février 2011, *Centre international d'études supérieures en sciences Agronomiques,* req. n°08MA01110 ; *CMP*, 2011, comm. 151, obs. J.-P. Pietri. [138 ; 146 ; 244 ; 249 ; 309]

CAA Marseille, 14 février 2011, *Service départemental incendie et secours de l'Hérault*, req. n°08MA03024. [249 ; 312]

CAA Lyon, 3 mars 2011, *M. A. c/ Commune de Bourg-en-Bresse*, req. n°09LY00316. [264]

CAA Marseille, 7 mars 2011, *Société Staur*, req. n°08MA01183 ; *CMP*, 2011, comm. 181, obs. F. Llorens. [244 ; 253]

CAA Bordeaux, 11 mars 2011, *Commune de Baie-Mahault*, req. n°08BX02268 ; *CMP*, 2010, comm. 231, obs. J.-P. Pietri. [138]

CAA Douai, 22 mars 2011, *SAS d'architecture Guy Petit*, req. n°10DA00130. [146 ; 253 ; 266 ; 312]

CAA Bordeaux, 31 mars 2011, *Groupe Vinet SA*, req. n°08BX01785. [89 ; **240 s** ; 445]

CAA Nantes, 15 avril 2011, *Société Chocolaterie Cantalou*, req. n°09NT02338. [312]

CAA Nancy, 9 mai 2011, *Société Établissements J. Richard-Ducros*, req. n°10NC01276. [246 ; 253 ; 261 ; **309 s**]

CAA Nantes, 3 juin 2011, *Union des coopératives agricoles Épis-Centre-Nord*, req. n°10NT00289. [240]

CAA Marseille, 6 juin 2011, *Société Le Marcory*, req. n°08MA04338. [253 ; **304 s**]

CAA Paris, 7 juin 2011, *Ministre de la Défense c/ GIE G2P*, req. n°09PA05575. [240]

CAA Versailles, 9 juin 2011, *Société Maîtrise d'Ouvrage et Associés*, req. n°10VE00511. [71]

CAA Marseille, 20 juin 2011, *Société Arizzoli Bernard et Pierre*, req. n°08MA04048. [253]

CAA Bordeaux, 30 juin 2011, *SAS Eurelec Aquitaine*, req. n°09BX02596 ; *CMP*, 2011, comm. 310, obs. F. Llorens. [132 ; **243 s**]

CAA Marseille, 4 juillet 2011, *Commune de Beaucaire*, req. n°08MA02120. [312]

CAA Marseille, 11 juillet 2011, *Société générale Méditerranéenne de travaux,* req. n°08MA03145 ; *CMP*, 2011, comm. 337, note F. Llorens. [157 ; 161]

CAA Marseille, 11 juillet 2011, *Société LBS*, req. n°08MA04237. [309]

CAA Marseille, 11 juillet 2011, *Société LBS*, req. n°08MA04238. [309]

CAA Paris, 20 octobre 2011, *Société Brame et Lorenceau*, req. n°09PA05557 ; *CMP*, 2011, comm. 249, note F. Llorens. [240 ; 445

CAA Lyon, 3 novembre 2011, *Société AECP*, req. n°10LY01120 ; *CMP*, 2012, comm. 29, obs. M. Ubaud-Bergeron. [261]

CAA Nancy, 18 novembre 2011, *Société Hochtief Solutions AG*, req. n°11NC01445. [240]

CAA Bordeaux, 6 décembre 2011, *EHPAD La Chapelaude*, req. n°10BX02876 ; *CMP*, 2012, comm. 65, obs. M. Ubaud-Bergeron. [138 ; 232]

CAA Marseille, 19 décembre 2011, *Commune de Béziers*, req. n°10MA00087 ; *CMP*, 2011, comm. 98, obs. J.-P. Pietri. [233 ; 312]

CAA Marseille, 19 décembre 2011, *Commune de Portiragnes*, req. n°08MA02489. [**312 s**]

CAA Nancy, 9 janvier 2012, *Caisse primaire d'assurance maladie des Ardennes*, req. n°11NC00350. [253]

CAA Marseille, 24 janvier 2012, *Mme A.*, req. n°10MA01712. [116]

CAA Bordeaux, 31 janvier 2012, *Société de bâtiment et de travaux de montagne*, req. n°10BX02066 ; *CMP*, 2012, comm. 134, obs. M. Ubaud-Bergeron. [138 ; 312]

CAA Marseille, 13 février 2012, *Commune de Propriano,* req. n°08MA05241. [146 ; 157]

CAA Marseille, 16 février 2012, *Communauté de Communes Salanque Méditerranée*, req. n°10MA02006. [312]

CAA Douai, 21 février 2012, *Société Grenke Location*, req. n°10DA00480 ; *JCP Adm.*, 2012, comm. 2238, obs. F. Linditch. [138 ; 253]

CAA Lyon, 1er mars 2012, *Société Girus Ingénierie,* req. n°10LY02532. [260 ; 310]

CAA Lyon, 22 mars 2012, *Société CTR*, req. n°11LY01404 ; *AJDA*, 2012, p. 806, chron. C. Vinet ; *BJCP*, 2012, p. 303. [146 ; 157]

CAA Lyon, 24 mai 2012, *M. Roger A.,* req. n°11LY00517. [246]

CAA Nancy, 4 juin 2012, *Collectivités territoriales ressources*, req. n°10NC02028. [157 ; 264]

CAA Versailles, 14 juin 2012, *Société Avenance-Enseignement et Santé,* req. n°07VE00670. [116 ; 234]

CAA Bordeaux, 21 juin 2012, *Expertises Melloni et associés*, req. n°09BX02550. [162 ; 309]

CAA Marseille, 28 juin 2012, *SEM de la ville de Béziers et du littoral*, req. n°09MA03176. [138 ; 142]

CAA Bordeaux, 5 juillet 2012, *Caisse des écoles de la Commune de Petit-Bourg*, req. n°11BX01592. [240 ; 445]

CAA Bordeaux, 5 juillet 2012, *Société Colas Midi-Méditerranée et Société Civale*, req. n°09BX02491 ; *CMP*, 2012, comm. 296, note M. Ubaud-Bergeron. [253]

CAA Marseille, 1er octobre 2012, *Commune de Villeneuve-de-la-Raho*, req. n°09MA01954 ; *CMP*, 2012, comm. 326, note G. Eckert. [240 ; 445]

CAA Versailles, 18 octobre 2012, *Société Altaïr Sécurité*, req. n°10VE03167. [120 ; 411]

CAA Nantes, 19 octobre 2012, *Société APIC*, req. n°11NT01174. [**253 s** ; 310]

CAA Nancy, 22 octobre 2012, *M. A. B.*, req. n°12NC00150 ; *AJDA*, 2013, p. 43, chron. M. Wiernasz. [116]

CAA Paris, 6 décembre 2012, *Société Aévolis*, req. n°10PA02811. [253]

CAA Paris, 18 décembre 2012, *Société SDEL Tertiaire*, req. n°10PA05735. [116]

CAA Paris, 18 décembre 2012, *SA Colombo*, req. n°11PA01446 ; *CMP*, 2013, comm. 70, note J.-P. Pétri ; *AJDA*, 2013, p. 745, concl. O. Rousset. [120]

CAA Paris, 7 mars 2013, *SEMMARIS,* req. n°10PA05993 ; *CMP*, 2013, comm. 160, note M. Ubaud-Bergeron. [157]

CAA Bordeaux, 26 mars 2013, *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, req. n°11BX01637 ; *CMP*, 2013, comm. 152, note M. Ubaud-Bergeron. [253]

CAA Paris, 11 avril 2013, *Société SVO Musée du Luxembourg*, req. n°11PA03647. [253]

CAA Paris, 11 avril 2013, *Société SVO Musée du Luxembourg*, req. n°11PA03648. [253]

CAA Paris, 11 avril 2013, *Société SVO Musée du Luxembourg*, req. n°11PA03649. [253]

CAA Douai, 2 mai 2013, *Commune de Loison-sous-Lens*, req. n°12DA00151. [243]

CAA Nancy, 6 mai 2013, *Commune de Laroque d'Olmes*, req. n°12NC01355 ; *CMP*, 2013, comm. 227, note J.-P. Pietri. [157 ; 264 ; 335]

CAA Marseille, 27 mai 2013, *Société Acrau*, req. n°10MA02835. [253 ; 310]

CAA Nancy, 27 mai 2013, *Ministre de la Culture et de la Communication*, req. n°12NC01396 ; *AJDA*, 2013, p. 2145, chron. M. Wiernasz. [253 ; 338]

CAA Nancy, 27 mai 2013, *Société Grenke Location*, req. n°12NC00897 ; *AJDA*, 2013, p. 2145, chron. M. Wiernasz. [253]

CAA Douai, 4 juin 2013, *M. A.B.*, req. n°11DA01474. [71]

CAA Lyon, 4 juillet 2013, *Société Compagnie générale de logistique*, req. n°12LY02276.[116]

CAA Nancy, 10 juin 2013, *SCP Bruart,* req. n°12NC00810. [142 ; 179]

CAA Nancy, 10 juin 2013, *Société de construction et de gestion immobilière c/ Commune de Vandoeuvre* ; req. n°12NC00341. [157]

CAA Bordeaux, 20 juin 2013, *SARL FD2F*, req. n°11BX02368 ; *CMP*, 2013, comm. 228, obs. M. Ubaud-Bergeron ; *CMP*, 2013, comm. 229, obs. M. Ubaud-Bergeron. [157 ; 264 ; 335 ; 338]

CAA Marseille, 24 juin 2013, *Société Eparco assainissement,* req. n°10MA03352. [253]

CAA Marseille, 24 juin 2013, *Ministre de l'Agriculture*, req. n°10MA03848. [309]

CAA Paris, 3 juillet 2013, *MM. E.*, req. n°11PA00458. [157]

CAA Marseille, 30 septembre 2013, *Commune de Cavalaire-sur-Mer*, req. n°12MA03452. [117 ; 411]

CAA Marseille, 30 septembre 2013, *Commune de Saint-Jeannet,* req. n°11MA02406. [251 ; 253 ; 261 ; 318]

CAA Paris, 19 novembre 2013, *SAS Darras et Jouanin*, req. n°11PA04178. [240]

CAA Lyon, 21 novembre 2013, *Communauté d'agglomération Vichy Val d'Allier*, req. n°10LY01322. [253 ; 314]

CAA Marseille, 23 décembre 2013, *Association Boitaclous,* req. n°11MA02463 ; *CMP*, 2014, comm. 116, concl. E. Felmy. [157 ; 162 ; 338]

CAA Nantes, 10 janvier 2014, *SMITRED Ouest d'Armor*, req. n°11NT03077 ; *CMP*, 2014, comm. 89, note G. Eckert. [71]

CAA Nancy, 13 février 2014, *Société Véolia Eau*, req. n°13NC00578 ; *CMP*, 2014, comm. 118, note J.-P. Pietri. [71]

CAA Marseille, 24 février 2014, *Commune de Salses-le-Château*, req. n°12MA00059. [233 ; 245]

CAA Marseille, 24 février 2014, *Société Sagonne Limited*, req. n°11MA00220. [116]

CAA Marseille, 24 février 2014, *Société Sunsea Yacht Limited*, req. n°11MA00221. [116]

CAA Douai, 6 mars 2014, *Société Soprema*, req. n°12DA01372 ; *CMP*, 2014, comm. 157, note, M. Ubaud-Bergeron. [253]

CAA Paris, 17 mars 2014, *Sociétés Elektron et Foretec*, req. n°12PA00199 ; *BJCP*, 2014, p. 312, obs. Ph. Terneyre et S. Nicinski. [**380 s**]

CAA Paris, 18 mars 2014, *Syndicat inter-hospitalier de Mangot-Vulcin*, req. n°13PA03260. [310]

CAA Paris, 18 mars 2014, *Commune de Arue*, req. n°13PA01261. [157 ; 411]

CAA Nantes, 11 avril 2014, *Agrocampus Ouest*, req. n°12NT00053 ; *CMP*, 2014, comm. 168, obs. M. Ubaud-Bergeron ; *AJDA*, 2014, p. 2368, obs. É. Langelier. [253]

CAA Nantes, 25 avril 2014, *Commune de Saint-Jean-de-la-Ruelle*, req. n°12NT02768. [253]

CAA Bordeaux, 7 mai 2014, *Société ASA Réunion*, req. n°12BX02361 ; *CMP*, 2014, comm. 191, obs. G. Eckert. [77 ; 348 ; 419]

CAA Lyon, 22 mai 2014, *Société Braja Vesigne*, req. n°11LY23605. [**242 s**]

CAA Marseille, 25 juin 2014, *M. A.*, req. n°12MA02923. [157]

CAA Nancy, 25 juillet 2014, *Société Établissement Richard-Ducros,* req. n°13NC00725. [116]

CAA Paris, 31 juillet 2014, *SAS Leasecom*, req. n°11PA04901 ; *CMP*, 2014, comm. 196, obs. M. Ubaud-Bergeron. [253]

CAA Lyon, 25 septembre 2014, *Centre hospitalier de Montélimar*, req. n°13LY01960. [261 ; 318]

CAA Douai, 28 octobre 2014, *Société Citelum*, req. n°14DA01389. [157]

CAA Nancy, 22 janvier 2015, *Commune de Noidans-le-Ferroux*, req. n°14NC00681. [71]

CAA Nancy, 22 janvier 2015, *Commune de Raze*, req. n°14NC00683. [71]

CAA Marseille, 2 février 2015, *Société Carats*, req. n°13MA01294 ; *CMP*, 2015, comm. 105, obs. H. Hoepffner. [157]

CAA Marseille, 13 février 2015, *Société Siemens Lease Services*, req. n°13MA00902. [233]

CAA Marseille, 2 mars 2015, *Société Siemens Lease Services,* req. n°12MA02846. [157]

CAA Paris, 3 mars 2015, *Société Bouygues TP*, req. n°10PA01307. [412]

CAA Paris, 16 mars 2015, *Société Cegape*, req. n°13PA02237. [246]

CAA Marseille, 20 mars 2015, *Commune de La Calmette et la SAT*, req. n°13MA00689. [253]

CAA Nancy, 2 avril 2015, *Société Grenke Location c/ Commune de Laroque d'Olmes*, req. n°14NC01887. [240]

CAA Nancy, 2 avril 2015, *Société Grenke c/ Ministre de la Culture et de la communication*, req. n°14NC01916. [162 ; 240]

CAA Marseille, 4 mai 2015, *Cegelec Sud-Ouest*, req. n°11MA03604. [268]

CAA Bordeaux, 8 juin 2015, *Communauté de Communes du Quercy Caussadais*, req. n°13BX02453. [182]

CAA Paris, 16 juillet 2015, *Société Jesel et Widenmann*, req. n°13PA03030. [253]

CAA Bordeaux, 23 novembre 2015, *Société CIS*, req. n°12BX01180. [253]

CAA Nancy, 26 novembre 2015, *Société Grenke Location c/ Collège Françoise Dolto*, req. n°15NC00932. [240 ; 261 ; 318]

CAA Nancy, 8 décembre 2015, *Société Vinci Construction Terrassement,* req. n°14NC00216. [364]

CAA Lyon, 8 décembre 2015, *Association Coordination contre le racisme et l'islamophobie*, req. n°14LY00095. [157]

CAA Nancy, 2 février 2016, *Escaliers Straub et fils*, req. n°14NC01878. [364]

CAA Bordeaux, 4 février 2016, *Commune de Goyave*, req. n°14BX01313 ; *CMP*, 2016, comm. 116, note H. Hoepffner. [157]

CAA Bordeaux, 29 février 2016, *Commune de Montsinéry-Tonnégrande,* req. n°14BX00216. [157 ; 264]

CAA Douai, 17 mars 2016, *SAS Capital Équipement Finance,* req. n°14DA00291. [157]

CAA Marseille, 21 mars 2016, *Société EMCC*, req. n°14MA01635. [253 ; 310]

CAA Bordeaux, 5 avril 2016, *Société Linker Service,* req. n°14BX03205. [253]

CAA Marseille, 21 avril 2016, *SARL Valmy*, req. n°14MA01619 ; *CMP*, 2016, comm. 164, obs. F. Lichère. [157]

CAA Nancy, 19 mai 2016, *Société Grenke Location*, req. n°15NC00933. [157]

CAA Paris, 23 mai 2016, *Société Mattout Entreprise*, req. n°15PA01194. [261 ; 318]

CAA Bordeaux, 15 juillet 2016, *Société GSM,* req. n°14BX01152. [157]

CAA Bordeaux, 15 juillet 2016, *Société ASA Réunion*, req. n°15BX04090. [411]

CAA Marseille, 17 octobre 2016, *Commune de Mons-la-Trivalle*, req. n°15MA01741 ; *CMP*, 2016, comm. 298, obs. F. Lichère. [138 ; 142]

CAA Nantes, 2 novembre 2016, *Société Cinématographique Luçonnaise*, req. n°15NT00746 ; *CMP*, 2017, comm. 21, obs. J.-P. Pietri. [**253 s**]

CAA Douai, 8 décembre 2016, *Société PNSA*, req. n°15DA00466. [117]

CAA Marseille, 12 décembre 2016, *Sociétés EMTS et Envéo Ingénierie*, req. n°15MA01487. [411]

CAA Marseille, 16 décembre 2016, *Société Siemens Lease Services*, req. n°13MA00902. [233 ; 261]

CAA Douai, 17 décembre 2016, *SNC Matériaux Enrobés du Nord*, req. n°15DA00208. [71]

CAA Douai, 17 décembre 2016, *SNC Matériaux Enrobés du Nord*, req. n°15DA00209. [71]

CAA Douai, 17 décembre 2016, *SNC Matériaux Enrobés du Nord*, req. n°15DA00210. [71]

CAA Douai, 17 décembre 2016, *SNC Matériaux Enrobés du Nord*, req. n°15DA00211. [71]

CAA Douai, 17 décembre 2016, *SNC Matériaux Enrobés du Nord*, req. n°15DA00212. [71]

CAA Douai, 17 décembre 2016, *SNC Matériaux Enrobés du Nord*, req. n°15DA00213. [71]

CAA Douai, 17 décembre 2016, *SNC Matériaux Enrobés du Nord*, req. n°15DA00214. [71]

CAA Douai, 17 décembre 2016, *SNC Matériaux Enrobés du Nord*, req. n°15DA00215. [71]

CAA Nancy, 27 décembre 2016, *Société GRM Halle*, req. n°14NC01860. [116 ; 120]

CAA Bordeaux, 2 février 2017, *Association Savès-accueil Transparence*, req. n°14BX02682 ; *CMP*, 2017, comm. 91, obs. H. Hoepffner. [182]

CAA Paris, 28 février 2017, *Société Opalys*, req. n°15PA04410 ; *CMP*, 2017, comm. 141, obs. G. Eckert. [77 ; 116]

CAA Paris, 14 mars 2017, *Société Locam,* req. n°16PA00716. [157 ; 314 ; 453]

CAA Nantes, 15 mars 2017, *Société TERH Monuments historiques*, req. n°15NT03593 ; *CMP*, 2017, comm. 128, not H. Hoepffner. [453]

CAA Marseille, 27 mars 2017, *Société MDL Menuiserie*, req. n°15MA02666. [116]

CAA Lyon, 4 avril 2017, *Commune d'Echirolles*, req. n°14LY02454. [312]

CAA Paris, 25 avril 2017, *Société Thyssenkrupp Ascenseurs*, req. n°16PA00257. [116]

CAA Nancy, 8 mai 2017, *Société Grenke Location*, req. n°16NC02112. [253 ; 310]

CAA Marseille, 26 juin 2017, *Commune de Cheval-Blanc*, req. n°15MA04249. [**253 s**]

CAA Marseille, 10 juillet 2017, *Société immobilière du port de Cap-d'Ail*, req. n°15MA02943 ; *CMP*, 2018, chron. 1, obs. G. Eckert; *JCP Adm.*, 2017, comm. 34, note Ph. Yolka. [138 ; 142]

CAA Bordeaux, 13 juillet 2017, *Commune de Castelnau-de-Médoc*, req. n°16BX01174. [253]

CAA Bordeaux, 17 juillet 2017, *Société Philippe Vediaud Publicité,* req. n°15BX02389. [157]

CAA Versailles, 28 septembre 2017, *Institut Français de Gestion*, req. n°16VE02808. [157 ; 310]

CAA Versailles, 28 septembre 2017, *Institut Français de Gestion*, req. n°16VE02809. [157 ; 310]

CAA Versailles, 12 octobre 2017, *INRAP*, req. n°15VE00762. [157]

CAA Douai, 17 octobre 2017, *Société CIIAB*, req. n°14DA01144. [261 ; 318]

CAA Marseille, 23 octobre 2017, *Société Lixxbail*, req. n°17MA00129. [157]

CAA Douai, 30 novembre 2017, *Société Locam SAS*, req. n°15DA01783. [157]

CAA Paris, 29 décembre 2017, *SAS Open*, req. n°16PA01978. [425]

CAA Paris, 29 décembre 2017, *SAS Open*, req. n°16PA02010. [425]

CAA Marseille, 29 janvier 2018, *SMIDDEV*, req. n°16MA03330 ; *CMP*, 2018, comm. 71, note G. Eckert. [116 ; **310 s**]

CAA Douai, 22 février 2018, *Société Signalisation France c/ Département de la Seine-Maritime*, req. n° 17DA00507. [138 ; 142]

CAA Bordeaux, 5 mars 2018, *Commune de Jonzac*, req. n°16BX00081 ; *CMP*, 2018, comm. 124, note H. Hoepffner. [**304 s**]

CAA Lyon, 8 mars 2018, *Société Sicavyl*, req. n°15LY00777. [157]

CAA Versailles, 15 mars 2018, *Société Locam*, req. n°16VE01068. [261 ; 318]

CAA Marseille, 19 mars 2018, *M. D.*, req. n°16MA04936. [253]

CAA Marseille, 14 mai 2018, *SCEA Château Salvagnac*, req. n°16MA03561. [157]

CAA Versailles, 7 juin 2018, *Société Bravo Martin*, req. n°16VE00420. [71]

CAA Paris, 8 juin 2018, *SAS Suchet*, req. n°17PA01124 ; *CMP*, 2018, comm. 187, obs. H. Hoepffner. [119]

CAA Bordeaux, 29 juin 2018, *Centre hospitalier de Rochefort*, req. n°15BX02102. [120 ; 412]

CAA Versailles, 11 octobre 2018, *Région Ile-de-France et Lycée Louise Michel*, req. n°16VE00460. [157 ; 264 ; 310]

CAA Douai, 20 novembre 2018, *Société de manutention et d'entreposage de grains,* req. n°16DA01606. [157]

CAA Marseille, 19 décembre 2018, *Société Bureau vérification chapiteaux tentes structures*, req. n°17MA04344. [157]

CAA Versailles, 20 décembre 2018, *Société MZL*, req. n°15VE01757. [138 ; 253]

CAA Nantes, 25 janvier 2019, *Compagnie des eaux et de l'ozone*, req. n°17NT00625. [77 ; 116]

CAA Versailles, 13 juin 2019, *Commune de Mantes-la-Jolie*, req. n°16VE02649. [264]

CAA Nancy, 18 juin 2019, *Société Exelcia*, req. n°19NC00350. [138]

CAA Douai, 20 juin 2019, *Commune de Soissons*, req. n°16DA01621 ; *CMP*, 2019, n°10, comm. 304, note Ph. Rees. [157 ; 309]

CAA Paris, 24 juin 2019, *Société Viva Environnement,* req. n°17PA01649. [366]

CAA Versailles, 25 juillet 2019, *Collège Jean Bullant*, req. n°18VE02499. [265]

CAA Versailles, 25 juillet 2019, *Collège Jean Bullant*, req. n°18VE04117. [265]

CAA Versailles, 25 juillet 2019, *Collège Jean Bullant*, req. n°18VE03809. [265]

CAA Nantes, 11 octobre 2019, *M.A.*, req. n°18NT03437. [143]

CAA Lyon, 21 décembre 2020, *Centre hospitalier de Montluçon*, req. n°18LY00890 [243]

CAA Douai, 4 février 2021, *Société Buromatic*, req. n°19DA00456 [185]

CAA Bordeaux, 22 mars 2021, *Société Confo-Net*, req. n°18BX02696 [243]

CAA Versailles, 25 mai 2021, *Société Colt Technology Services*, req. n°20VE00702 [116]

CAA Lyon, 15 juillet 2021, *Association Antipodes Bourgogne*, req. n°19LY04559 [243]

CAA Nantes, 1er octobre 2021, *Société Les Moulins*, req. n°20NT0278 [309]

CAA Marseille, 29 novembre 2021, *Société Fayat Bâtiment*, req. n°19MA00424 [116]

3) TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

TA Nice, 1er juin 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes* ; *ACCP*, 2001, n°4, p. 27. [364]

TA Nîmes, 6 mai 2010, *Société CTR*, req. n°090093 ; *AJDA*, 1599, note J.-D. Dreyfus. [330]

TA Bordeaux, ordonnance, 24 mars 2015, *Société Transdev Urbain*, req. n°1500857. [**348 s** ; 373 ; 439 ; 448]

TA Cergy-Pontoise, 28 janvier 2020, n°1602886 ; CMP, 2020, comm. 131, obs. J. Dietenhoeffer [142]

II. JURIDICTIONS JUDICIAIRES

Cass. com., 27 février 1996, n°94-11.241, *Bull. civ.*, IV, n°65; *D.*, 1996, p. 518, note Ph. Malaurie. [66]

Cass. soc., 15 juin 1999, n°96-44.772, *Bull. civ.*, V, n°279. [**66 s**]

Cass., 3ème civ., 14 septembre 2005, *Époux Aranha c/ Époux Auffray*, req. n°04-10.856. [443]

Cass., 1ère civ., 16 janvier 2013, n°11-27.837 ; *CMP*, 2013, comm. 85, note M. Ubaud-Bergeron ; *AJDA*, 2013, p. 1226, note P. Cassia ; *JCP Adm.*, 2013, comm. 2097, note É. Langelier. [310]

Cass. soc., 16 mai 2018, n°16-22.655. [**66 s**]

Cass. soc., 24 mai 2018, n°16-18.306. [66]

Cass. soc., 12 septembre 2018, n°17-10.853. [66]

Cass. com., 6 mars 2019, *Commune de Carrières-sur-Seine*, n°16-25.117. [310]

III. TRIBUNAL DES CONFLITS

T. confl., 15 octobre 2014, *AXA IARD* : *Rec.*, p. 471 ; *RFDA*, 2014, p. 1068, concl. F. Desportes ; *AJDA*, 2014, p. 2180, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamotte ; *CMP*, 2014, comm. 322, note G. Eckert ; *RDP*, 2015, p. 869, note A. Basset ; *Dr. adm.*, 2015,

comm. 3, note F. Brenet ; *JCP Adm.*, 2015, comm. 2010, note H. Pauliat ; *RFDA*, 2015, p. 23, note J. Martin. [380]

IV. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. cons., 21 janvier 1994, n°93-335 DC. [209]

Cons. cons., 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, n°2003-473 DC ; *AJDA*, 2003, p. 1391, note J.-E. Schoettl; *Dr. adm.*, 2003, comm. 188 et 191, note A. Ménéménis ; *RDP,* 2003, p. 1163, note F. Lichère; *CMP*, 2003, chron. 18, obs. F. Linditch. [325]

Cons. cons., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n°2006-543DC ; *CMP*, 2007, comm. 24, obs. G. Eckert ; *Dr. adm.,* 2007, comm. 14, obs. M. Baxez ; *RDP*, 2007, p. 845, note P.-Y. Gadhoun. [355]

V. JURIDICTIONS EUROPÉENNES

CJCE, 22 mars 1977, *Steinike et Weinlig*, aff. C-78/7 [159-1]

CJCE, 3 mai 1978, *Töper c/ Commission*, aff. C-112/77 : *Rec.*, p. 1019. [396]

CJCE, 5 mai 1981, *Dürbeck,* aff. C-112/80 : *Rec.,* p. 1095. [396]

CJCE, 19 mai 1983, *Mavridis c/ Parlement*, aff. C-289/81 : *Rec.*, p. 1731, concl. Rozes. [396]

CJCE, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beetjes*, aff. C-31/87: *Rec.* p. 4635. [451]

CJCE, 26 novembre 1998, *Covita*, aff. C-370/96. [396]

TPI, 17 décembre 1998, *Embassy Limousines & Services c/ Parlement,* aff. T.-204/96 : *Rec.*, II, p. 4239. [395 ; 397]

CJCE, 19 mai 1999, *Italie c/ Commission*, aff. C-6/97, pt. 15 [159-1]

CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG,* aff. C-324/98 : *Rec.,* p. I-10745; *AJDA*, 2001, p. 106, note L. Richer. [274 ; **323 s** ; 389]

CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring SA*, aff. C-53/00 ; *AJDA*, 2002, p. 326, chron. C. Lambert, J.-M. Belorgey et S. Gervasoni ; *D.*, 2002, p. 134 ; *RTD com.*, 2002, p. 400, obs. S. Poillot-Peruzzetto [159-1]

CJCE, 10 avril 2003, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-20/01. [397]

CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00 : *Rec.* CJCE, p.I-7747, pts. 89 à 93 ; *AJDA*, 2003, p. 1739, note S. Rodrigues ; *D.*, 2003, p. 2814, note J.-L. Clergerie ; *RTD eur.*, 2004, p. 33, étude S. Bracq [159-1]

CJCE, 27 octobre 2009, *Cez as.,* aff. C-115/08. [322]

CJCE, 3 décembre 2001, *Bent Moustent Vestergaard,* aff. C-59/00. [326]

CJCE, 17 septembre 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c/ Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH*, aff. C-334/00. [360]

CJCE, 19 juin 2003, *Gesellschaft für Abfallentsorgungstechnik GmbH*, aff. C-315/01 : *Rec.*, p. 7213. [451]

TPICE, 18 avril 2007, *Deloitte Business Advisory NV c/ Commission*, aff. T.-195/05. [395 ; 397]

CJCE, 18 avril 2007, *Commission c/ Allemagne,* aff. C-503/04. [398]

CJCE, 18 juillet 2007, *Commission c/ République hellénique*, aff. C-399/905. [398]

CJCE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Liananis AE*, aff. C-532/06 : *Rec.*, p. 251 ; *CMP*, 2008, comm. 54, note W. Zimmer. [451]

CJCE, 1er juillet 2008, *Chronopost*, aff. C-341/06 [159-1]

CJCE, 10 septembre 2009, *Plantanol,* aff. C-201/08 : *Rec.*, p. 8343. [396]

CJUE, 16 décembre 2010, *Kahla Thuringen Porzellan c/ Commission*, aff. C-537/08. [360]

CJUE, 21 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c/ Chambre de commerce et de l'industrie de l'Indre*, aff. C-465/10. [397]

CJUE, 10 octobre 2013, *Ministeriet for Forskning*, aff. C-336/12. [371]

CJUE, 9 octobre 2014, *Royaume d'Espagne c/ Commission*, aff. C-641/13 ; *CMP*, 2014, comm. 332, note M. Ubaud-Bergeron. [451]

CJUE, 19 juin 2019, *Merca Srl*, aff. C-41/18. [451]

CJUE, *NAMA Symvouloi Michaniokoi kai Meletites AE c/ Archi Exetasis Prodikastikon Prosfigon*, aff. C-771/19 ; *AJDA*, 2021, p. 1688, obs. S. Hul ; *CMP*, 2021, comm. 191, obs. W. Zimmer.

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes.

– A –

Acte détachable, *cf. Contentieux contractuel*
Aide d'État, 159-1.
Annulation, *cf. Contrat*
Appréciation de l'irrégularité : **138 s**, **173 s**, 175, **223 s**, 238, **240 s**, 244, **291 s**, **302 s**, **306 s**, **316 s**.
Astreinte : 20.
Attente légitime, *cf. Confiance légitime*
Automaticité, *cf. Crise, Nullité*

– B –

Banalisation du contrat administratif : 113, 190, 416.
Bonne utilisation des deniers publics : 159, 319, 321, 449.
Bona fides : **54 s**, 83.
Bonne foi
- Notion de (-) : **6 s**, **54 s**, 218.
- Apparence de (-) : 7, 442.
- (-) contractuelle : 8, 48, 54, 56, 60, **62 s**, 71,75, 84, 125, 422.
- *Cf. Loyauté*

– C –

Candidat évincé : **31 s**, 371, 374.
Candidature : 255, 326, 366, **371 s**, 374, **451 s**.
Capacité : 294, 302, 372.
Casuistique : 93, 135, 304, 468.
Cause
- (-) de nullité : 270, 310.
- (-) illicite : 157.

Clause
- (-) contractuelle : 16, 21, 161, 182, 191, 253, 335, 426, 443.
- (-) de tacite reconduction : 89, **157 s**, **243 s**, 253, **337 s**.
- (-) divisible ou indivisible, *cf. Divisibilité, indivisibilité*
- (-) illicite : 89, **157 s**, 161, 182, **243 s**, 253, **314 s**, **337 s**.

Cocontractant
- Acheteur : 33, 255, 298, 302, 309, **318 s**, **326 s**, **330 s**, **338 s**, 360, **364 s**, **370 s**, **383 s**, **400 s**, 409, 437, **448 s**, **453 s**, 458, 462, **473 s**.
- Autorité concédante : 33, 255, **318 s**, 366, 394, 401, 437, **473 s**.
- Pouvoir adjudicateur : 71, 80, 117, 120, 172, 190, 246, 255, **261 s**, 304, 313, **372 s**, 380, 383, 411, **450 s**.
- *Cf. Candidat*

Collaboration loyale : 15, **111 s**.
Compétence
- Apparence de (-) : 310, 396.
- (-) de l'autorité signataire : 158, 162, 310, 461, 469.
- *Cf. Incompétence*

Comportement
- Contradiction dans le (-) : 89, 244, 416.
- (-) déloyal : 49, **57 s**, 68, 100, 108, 112, **233 s**, 244, **263 s**, 278, 281, 336, 377, 382, 411, 434, 445.
- (-) loyal : **6 s**, 15, 49, 67, 80, **111 s**, 190, 193, 420, 423, 437.
- *Cf. Durée*

Concession : 14, 111, 162, 324, 355, 366, **378 s**, 393, **424 s**.
Concurrence
- Mise en (-) : 35, 89, **156 s**, **182 s**, **232 s**, **254 s**, **261 s**, 274, 282, 318, **324 s**, 330, **335 s**, 343, **350 s**, 372, **380 s**, 401, 473.
- Ordre public économique, *cf. Ordre public*

Confiance : 6 s, 361, 395,
Confiance légitime
- Attentes légitimes : 396.
- Espérances légitimes : 361, 401.
- Principe de (-) : **361 s**, **394 s**, 416.
- *Cf. Sécurité juridique*

Consentement
- Autorisation de contracter : 162, **295 s**, **309 s**.
- Conditions dans lesquelles les parties ont donné leur (-) : 146, 150, 161, 179, 232, 268, 281, 309, 314, 330, 343.
- Défaut de (-) : 261.

- Vice du (-) : 158, 255, 281, 317, **331 s**, 338.

Contentieux contractuel
- Acte détachable : 20, **179 s**, **182 s**.
- Action en reprise des relations contractuelles : 175, 190, 414.
- Clauses réglementaires : 24.
- Évolution du contentieux contractuel, *cf. Cycle*
- Injonction : 20, 199.
- Juge du contrat, *cf. Office du juge*
- Référé précontractuel : 20, 23, **33 s**, 116, 156, **254 s**, **260 s**, **331 s**, 350, **371 s**, **380 s**, 450.
- Référé contractuel : **254 s**, 282, 317.
- Tiers (au contrat) : 20, 33, **37 s**, 46, 228, **254 s**, 317, **329 s**, **339 s**, 450, 466, **471 s**.

Contrat
- Acte détachable du (-), *cf. Acte détachable*
- (-) de droit privé : **4 s**, 31, 40, 108, 254.
- (-) écrit ou verbal : 157, 330.
- Équilibre du (-) : 7, 12, 27, 73, 77, 111, 128, 134, **188 s**, 353, 387, 423.
- Fonction sociale du (-) : 49, 197, **254 s**, **332 s**, 339, 471.

Correctif, *cf. Traitement de l'irrégularité*

Crise
- État de (-) du contrat administratif : **19 s**, 36, **41 s**, 80, 93, 129, **131 s**, **138 s**, 151, 156, 158, **163 s**, 175, 184, **186 s**, 193, **202 s**, 207, 214, **218 s**, **228 s**, 253, 256, 270, 278, 287, **292 s**, **300 s**, **308 s**, 341, 345, 460, 469.
- (-) du principe de légalité : **25 s**, 36, **43 s**, **138 s**, 147, 219, 256, **287 s**, **293 s**, 345, 460, 468, 475.
- *Cf. Instabilité*

Cycle
- (-) de crises, *cf. Crise*
- Politique jurisprudentielle : 14, 17, 24, **44 s**, 76, 79, 123, 136, 138, 156, **162 s**, **170 s**, **198 s**, **216 s**, 221, 236, **253 s**, **256 s**, **271 s**, 279, **286 s**, 300, 315, 327, **331 s**, **338 s**, 345, 439, 470.
- (-) stabilisateur : **228 s**, 278, 475.

– D –

Décentralisation : 20, **206 s**, 228, 297.
Délégation de pouvoir : **93 s**, **295 s**.
Délégation de service public : 192, **309 s**, 331, 350, 373, 380, 386.
Délit de favoritisme : 157, 162, 335, 338, 389.
Déloyal : **15 s**, **24 s**, 49, 79, 89, **100 s**, 128, **134 s**, **138 s**, **165 s**, 171, 198, **223 s**, 236, **240 s**, **260 s**, 278, 305, 309, 316, 348, 351, **371 s**, 377, 400, **430 s**, 445.
Démarche partenariale : **12 s,** 421.
Déséquilibre contractuel, *cf. Contrat*
Détournement de pouvoir : **356 s**, 360.
Devoir : 8, 21, 50, **56 s**, 66, **80 s**, **85 s**, **97 s**, **115 s**, 124, 126, **218 s**, 348, 352, 407, 417.
Devoir du juge, *cf. Office du juge*
Dol, *cf. Manœuvre, Vice*
Droit à un recours effectif : 333.
Droit moderne : **25 s**.

Durée
- (-) d'exécution normale du contrat : 15, 73, 204, **243 s**.
- (-) d'exécution optimale du contrat : 450, 454, 458, 462.
- (-) d'exécution problématique du contrat : 243, 445.

– E –

Équilibre du contrat, *cf. Contrat*

Effet
- (-) différé : 138, **183 s**.
- (-) rétroactif de la nullité, *cf. Nullité*
- (-) rétroactif de l'annulation : 20, 23, 33, 38, 44, **138 s**, 169, **199 s**, **206 s**, **299 s**.

Efficacité
- (-) du contrat : 18, **25 s**, 43, 111, 214, 255, **319 s**.
- (-) de l'action de l'administration : 159, **170 s**, 179, 186, 211, 216, 218, 223, 278, 309, 418, 467.

Égalité
- (-) de traitement des candidats, *cf. Principe*
- Principe d'(-), *cf. Principe*

Élégance : 77, 111, 113.

Erreur
- (-) de bonne foi : 8, 57.
- (-) matérielle : 71, 157, 181, 309, 342, 470.
- (-) temporelle : 309, 470.
- *Cf. Consentement*

Espérance légitime, *cf. Confiance légitime*
Évitement du contrat, *cf. Manœuvre*
Exception d'invalidité : 88, 146, 151, 212, 216, 272, 289, 299, 304, **308 s**, **326 s**, 369, 419, 461, **466 s**.
Exception de nullité, *cf. Nullité*

Excès de pouvoir, *cf. Voie de droit*
Exécution du contrat
- (-) utile : 57, 73, 111.
- *Cf. Durée*

Exigence
- Notion d'(-) : **98 s**.
- Distinction : **102 s**.

Expérience passée : 87, **449 s**, 458, 474.

– F –

Fides : 1, **54 s**, **65 s**, 83.
Fidélité : **7 s**, 52, 55, 57, **59 s**, 66, **75 s**, **83 s**, 85, **125 s**, 218, **415 s**, 421, 437, **449 s**, 454, **456 s**, 459, 462, 464, 474.
Filtre de loyauté : **44 s**, 94, 100, **131 s**, **151 s**, 164, **168 s**, 215, 238, 268, 348, 407, 459, 465, 468.
Fin du contrat : 111, 412, **440 s**, 458.
Formalisme
- (-) et consultations administratives : 309, 342.
- Contrats à procédures, *cf. Contrat*
- (-) et compétence de l'auteur de l'acte, *cf. Compétence*

Formation du contrat, *cf. Passation*

– G –

Gravité du vice
- Critère de la (-) : **90 s**, 123, 146, 150, 152, **158 s**, **161 s**, **168 s**, **249 s**, 329, **334 s**,
- Détermination de la (-) : 16, **157 s**, 216, **233 s**, **244 s**, **251 s**, 281, **285 s**, 289, 294, **303 s**, **308 s**, **312 s**, **334 s**, 343, 420, **468 s**.
- Insuffisamment grave : 146, 253, 264, **274 s**, 285, 309, 339, 342.

Guter Glaube : 57.

– H –

Habilitation, *cf. Incompétence*
Honnêteté : **7 s**, **53 s**, 59, 73, **88 s**, 400.
Honneur : **59 s**.

– I –

Illégitimité de la contestation : 76, 88, 127, 131, **134 s**, 139, **229 s, 260 s**, 275.
Illicéité du contenu du contrat : 138, 146, 152, 157, **161 s**, 168, 182, 234, 252, 268, 281, 314, 318.
Impartialité, *Cf. Principe*
Imperfection : 93, **180 s**, 199, 270.
Imprévision : 166, 424.
Imputabilité de l'irrégularité : 41, 89, 91, 122, **229 s**, 241, **247 s**, 258, **263 s**, 284, 305, 309, 312.
Inapplication, *cf. Exception d'invalidité, Exception de nullité*
Incapacité du signataire privé : **302 s**.
Incompétence
- Défaut d'habilitation de l'autorité signataire : 147, **157 s**, 182, 246, 264, 266, 292, 294, **308 s**, 342.
- (-) du signataire public : **306 s**.
- (-) interne : **307 s**.
- *Cf. Information*
- Moyen d'ordre public : 14, 21, 146, 282, **288 s**, **293 s**, 301, 311, **313 s**.
- (-) relative à la signature anticipée du contrat : 158, 253, 297, 312.
- (-) relative à la répartition statutaire entre personnes publiques : **313 s**.

Indemnisation : 161, **425 s**.
Inexécution du contrat, *cf. Contrat*
Inefficacité juridique : 16, 23, 269.
Information
- (-) insuffisante des membres de l'assemblée délibérante : 157, 309.
- Qualité de l'(-) : 309, 342.

Injonction, *cf. Contentieux contractuel*
Instabilité contractuelle : **19 s**, **23 s**, 79, 83, 157, 163, 206, **219 s**, 270, **293 s**.
Intention déloyale : **89 s**, **235 s**, **247 s**, 252, 258, 263, 266, 278, **284 s**, **337 s**, 343, 419, **425 s**, 445, 468.
Intérêt
- (-) à agir : 112, 205, **209 s**, 271.
- Atteinte excessive à l'(-) général : 172, 186, 380, 414.
- (-) de l'Administration, *cf. Efficacité*
- Motif d'(-) général : 175. 182, 414.

Inopérance, opérance, *cf. Moyen*
Interprétation du contrat : 46, 97, **115 s**, 121, **126 s**, 348, **425 s**.
Invalidité : **132 s**, 142, 149, **151 s**, 169, 201, 243, 250, 252, 279, 309.
Invocation loyale : 44, 93, **132 s**, 136, 140, 215, 218, 305, 310, 316, 432, 465, 470.
Irrecevabilité, *cf. Moyen*
Irréductibilités du droit public : 100, 190, 358, 360.

Irrégularité
- (-) appréciable : 16, 273, 290.
- (-) appréciée objectivement : 275, 334, 396.
- (-) appréciée subjectivement : 266, 269.
- (-) consentie : **199 s**, 212, 288, 340.
- (-) d'habilitation, *cf. Habilitation*
- (-) du consentement, *cf. Consentement*
- (-) substantielle : 16, 160, 168, 181, 196, 201, 234, 236, 253, **273 s**, 288, 295.
- (-) vénielle, vétille : 16, 19, **23 s**, 35, 43, 131, 177, 220, 228, 297, 318, 369, 466.
- Nature de l'(-) : **90 s**, **134 s**, **152 s**, 158, 175, **224 s**, 249, 252, 275, 286, 312, 334.
- Tolerance de l'(-) : 17, 42, 136, 159, 177, 212, 261, 270, 288, 309, 318, **340 s, 465.**

– J –

Juge
- (-) arbitre, 77, 113, **277 s.**, 315, 331, 345.
- Office du (-) du contrat administratif, **19 s.**, 39, **43 s.**, 48, 88, 123, **137 s.**, **146 s.**, 165, 173, **186 s.**, 200, **221 s.**, **244 s.**, **278 s.**, **286 s.**, 298, **314 s.**, **331 s.**, **414 s.**, 433.

Jurisprudence, *cf. Politique jurisprudentielle*
Jury : 182, 253, 309, 394.

– L –

Lésion
- Notion de (-) : 156, 266.
- Démonstration de la (-) : 257, **260 s**, **371 s**, 400.

Libéralité : 425.
Liberté
- (-) contractuelle : 145, 319, **353 s**, 400.
- (-) d'accès à la commande publique, *cf. Principe*
- *Cf.* également *Concurrence*

Legalis : 54, **59 s**, 83.
Légalité, *cf. Principe*
Légitimité : 88, 93, 112, 151, 260, 272, 362, 396.
Leial : **59 s**, 83.
Loyauté
- Autonomisation : **61 s**, 126.
- Cloisonnement de la (-) : **81 s**, **84 s**, 346, 350, 425,
- Conséquence normative de la (-) : **34 s**, 159.
- Construction historique de la (-) : **54 s**, 65.
- Décloisonnement de la (-) : 32, 81, 105, **110 s**, 121, **348 s**, 399, 404, 411, **416 s**, 456, 462.
- Devoir de (-) : 1, 99, **106 s**.
- Distinction (-) de la bonne foi : **54 s**.
- Exigence de (-) *stricto sensu* : **97 s**.
- Filtre de (-), *cf. Filtre*
- (-) au cœur de l'exécution du contrat : **352 s**, **409 s**.
- (-) comportementale : 49, 52, 55, 60, 63, 100, 111, 121, **126 s**, 224, **237 s**, 408, 414.
- (-) en amont du contrat : 31, 33, **352 s**, **369 s**, 399, 401.
- (-) en aval du contrat : 31, 348, **352 s**, 390, 402, **439 s**, **443 s**, 459, 474.
- (-) interprétation des stipulations lacunaires du contrat, *cf. Interprétation du contrat*
- Obligation de (-) : **103 s**.
- Principe directeur de (-) : 96, 100, **110 s**.
- Principe général de (-) : 30, **79 s**, 85, 96, **98 s**, **110 s**, 124, 177.
- Principe supplétif de (-) des négociations, *cf. Négociation*
- Standard de (-) : 91, **93 s**, 110, 126, 406.

– M –

Malhonnêteté du requérant, *cf. Comportement*
Mandat
- (-) administratif : 232.
- (-) apparent : 302, 310.
- (-) de droit privé : 302.

Manquement
Manœuvre
- (-) déloyale, *cf. Comportement*
- (-) dolosive : 157, **233 s,** 265.
- Stratégie d'évitement du contrat : 15, 76, 93, 127, 138, 151, 166, 193, 278, 372.

Marché public
- Appel d'offres : *cf. Procédure de sélection du cocontractant*
- Commission d'appel d'offres, *cf. Jury*
- Décompte du (-) : 230, 313, 412.

- Marché de partenariat : 157, **190 s,** 309.

Mauvaise foi : 19, 47, 55, 57, **63 s, 70 s,** 188, 362, **370 s,** 422.

Modification
- (-) unilatérale : 71, 113.
- (-) convenue entre les parties : 71.

Modulation
- (-) des effets de la nullité, *cf. Nullité*
- (-) des effets de l'irrégularité : 210, 269.
- (-) des effets de la résiliation : 448.

Morale : 17, 47, 49, **54 s, 58 s,** 63, 78, 85, **100 s,** 106, 108, 128, **188 s**.

Moyen d'ordre public
- Détermination : 21, 24, 138, 140, **145 s,** 160, 234, 243, 292, 314, 467.
- Notion : **145 s,** 234.

Moyen inopérant : 133, 151, 158, 216, 225, **231 s,** 237, **242 s, 251 s,** 336, 371, 471.

Moyen irrecevable : 77, **133 s,** 151, 164, 193, 209, 225, **232 s,** 237, 242, 244, **251 s,** 366, 371.

Moyen opérant : 20, 90, 94, 150, 156, 158, **160 s,** 216, **234 s, 249 s,** 260, 272, 312, 348, 468.

Moyen recevable : 131, 134, 232, 234, 249, **272 s,** 312, 348.

– N –

Négociation
- Essor des (-) : 361, 375, **394 s,** 395, **397 s,** 401, 409, 462, 474.
- Principe supplétif de loyauté des (-) : **385 s,** 391, **393 s,** 401, 404, 459, 462, 474.
- Rapport de négociation : 352, **386 s**.
- Rapport entre négociateurs : 62, 352, 360, 395.

Nemo auditur : **228 s, 231 s.**
- *Cf. Imputabilité*

Nullité
- Objet cause de (-) : 21.
- Effet rétroactif de la (-) : **15 s**, 21, 27, 43, 179, 269.
- État de l'acte : 21, 23.
- Exception de (-) : **21 s**, **43 s**, **79 s**, 131, 151, **157 s**, 253.
- Modulation des effets de la (-) : 15.
- Moyen d'ordre public : 21.

– O –

Obligation
- Notion d'(-) : **12 s,** 103.
- (-) d'information : 7, 50, 103, 106.
- (-) de collaboration : 10, 12, 15, 19, 50, 111, 128.
- (-) de publicité, *cf. Procédure de sélection du cocontractant*
- (-) de mise en concurrence, *cf. Principe*

Objet
- Cause de l'irrégularité : 21, 182.
- Cause de nullité : *cf. Nullité*
- (-) du contrat : 71, 161, 182, 193, 240, 324, 326, 180, 453.
- (-) illicite du contrat : 138, 182, 314.

Opérance, inopérance, *cf. Moyen*

Opportunisme : 89, 185, 226, **243 s,** 239, 246.

Ordre public
- moyen d'(-), *cf. Moyen d'ordre public*
- (-) économique : 159.

– P –

Passation, *Cf. Procédure de sélection du cocontractant*

Passivité, *Cf. Cycle*

Pénalités financières : 77, 410, 412.

Pérennité, *cf. Stabilité des relations contractuelles*

Pouvoir du juge, *cf. Office du juge*

Prescription
- Délais particuliers : 143.
- (-) du recours en contestation de validité du contrat par une partie : *cf. Validité*
- (-) quinquennale : 143.
- (-) trentenaire : 405.

Présomption d'irrecevabilité ou d'inopérance : 140, **250 s, 254 s,** 2876.

Principe
- (-) d'égalité de traitement entre les candidats : 158, 319, **321 s, 373 s,** 380, 391, 394, 454.
- (-) d'impartialité : 324, 395.
- (-) de bonne foi, *cf. Bonne foi*
- (-) de loyauté, *cf. Loyauté*
- (-) de bonne utilisation des deniers publics : 159, 319, 321, 449.
- (-) de confiance légitime, *cf. Confiance légitime*

- (-) de continuité du service public : 14, 74, 186, 196, 204, 216, 298, 360, 435, 448.
- (-) de légalité : **17 s, 21 s,** 29, 43, 163, 179, **219 s, 429 s**.
- (-) de sécurité juridique : 29, 111, **138s, 145 s,** 168, 177, 187, **199 s,** 210, 216, **218 s, 287 s,** 298, 338, **345 s,** 389, 391, 396, 475.
- (-) de transparence : 63, 123, 126, 158, 321, **323 s,** 353, 389, 391.
- (-) fondamentaux de la commande publique : 158, **318 s,** 321, **324 s,** 329, 337, 352, 370, 373, **379 s,** 388, 391, 400, 459, 471.
- *Nemo auditur, cf. Nemo auditur*

Probité : 47.
Procédure de sélection du cocontractant
- (-) adaptée : 261, 326, 381, 451, **453 s**.
- (-) formalisée : 87, 252, 261, **370 s**, 388.
- (-) négociée : 252, 386, 388, 393, 395, 401, 462.
- Publicité de la (-) : 35, 182, 234, **254 s,** 269, **281 s,** 318, 330, **336 s,** 449.
- Renouvellement de la (-) : 458, *cf. également Clause*
- *Cf.* également *Jury*

– R –

Réception des travaux : 243, 313, 412, 444.
Référés précontractuel, contractuel, *cf. Contentieux contractuel*
Régularisation du contrat administratif irrégulier : 44, 93, 162, 174, **177 s,** 310. *Cf.* également *Office du juge*
Représentant, *cf. Mandat*
Résiliation, 44, 71, 77, 100, 111, 113, 134, 138, **177 s., 182 s.,** 189, 191, 201, 243, 275, 380, **413 s.,** 425, 448, 451.
Responsabilité
- (-) décennale : 166, 405, **444 s**.
- (-) extra-contractuelle : 150, 152, 158, 162, 166, 198, 292, 309, 329, **337 s, 360 s,** 461, 466.
- (-) contractuelle : 77, 151, **154 s, 165 s,** 185, 240, 422.

– S –

Sécurité juridique : *Cf. Principe, Cf. Confiance légitime*.
Service public : *Cf. Principe*
Sourçage, ***Sourcing*** : 388, 390.
Stabilité des relations contractuelles
- Politique de (-) : 14, 44, **198 s, 221 s**.
- Procédés stabilisateurs : 15, 44, 98, 129, 145, 163, 167, 173, 179, 202, 206, **208 s, 217 s,** 333, 466, 468.

Stratégie, *cf. Manœuvre*

– T –

Tiers
- Recours en contestation de validité *cf. Contentieux contractuel*
- Référé précontractuel, *cf. Contentieux contractuel*
- Référé contractuel, *cf. Contentieux contractuel*

Tolérance : *Cf. Irrégularité*
Traitement de l'irrégularité : 134, **136 s, 146 s,** 151, **173 s, 178 s,** 186, 208, 212, 251, 254, 271, **293 s,** 297, 310, 470.
Transparence, *cf. Principe*
Treu und Glauben : 57.

– V –

Validité
- Conditions de la (-) du contrat : 16, 23, 158, 177, 180, 201, 230, 240, 269, **271 s, 292 s,** 305.
- Délai de (-) des offres : **364 s**.
- Prescription du recours en contestation de (-) du contrat administratif initié par une partie : 143.
- *Cf. Contentieux contractuel*

Vice : *Cf. Consentement*

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS 5

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS 7

SOMMAIRE 11

INTRODUCTION GÉNÉRALE 13

1) Les rapports étroits entre la loyauté et les contrats de droit privé et de droit administratif 17
2) La loyauté en contentieux des parties à un contrat administratif : des rapports anciens et complexes 24
3) La question centrale du rapport de « l'exigence de loyauté des relations contractuelles » avec le principe de légalité 28
4) Le périmètre de la loyauté des relations contractuelles en droit public 38
5) Les hypothèses de la recherche 45

PREMIÈRE PARTIE
LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES, INSTRUMENT DE STABILISATION DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

TITRE 1. L'IDENTIFICATION COMPLEXE DE L'EXIGENCE DE LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES 59

Chapitre 1. L'incertitude entourant la définition de la loyauté 65

Section 1. La polysémie de la loyauté, source d'inévitables incertitudes 66

§1. Les fondements de la loyauté, source d'une confusion évidente avec la bonne foi. 67

A. L'origine supposée de la loyauté : le lien avec les termes « *fides* » et « *bona fides* » 67
B. Le sens originaire de la loyauté : la filiation avec la légalité 72

§2. L'autonomisation insatisfaisante de la loyauté contractuelle en droit des contrats privés 74

A. L'autonomisation doctrinale de la loyauté en droit privé 75
B. L'autonomisation insatisfaisante de la loyauté contractuelle en droit privé ... 77

Section 2. L'existence d'une loyauté des relations contractuelles propre au droit des contrats administratifs 80

§1. Une lecture spécifique de la loyauté des relations contractuelles par le juge administratif du contrat 81

A. Le contentieux des contrats administratifs manifestement épargné par la confusion loyauté-bonne foi 81
B. L'absence d'intérêt de la transposition de la distinction « *loyauté contractuelle* » et « *loyauté du contractant* » en droit des contrats administratifs 85

§2. La loyauté des relations contractuelles, instrument circonscrit au contentieux de la validité des contrats administratifs 87

Conclusion du Chapitre 1 95

Chapitre 2. L'incertitude entourant le cloisonnement procédural de la loyauté des relations contractuelles 99

Section 1. Les interrogations relatives à la nature de la « *loyauté des relations contractuelles* » au sens du droit des contrats administratifs 100

§1. La loyauté des relations contractuelles non circonscrite à l'absence d'attitude malhonnête du requérant 101

§2. Le choix du standard inclusif, gage de souplesse pour le juge du contrat 105

Section 2. L'incertitude entourant la loyauté comme « *exigence* » 112

§1. L'incertitude jurisprudentielle dans le choix de la loyauté des relations contractuelles comme « exigence » 113
A. La compatibilité de la loyauté des relations contractuelles comme « *exigence* », « *obligation* » et « *devoir* » 114
1. Le choix originaire de la loyauté des relations contractuelles comme « *exigence* » 114
2. La loyauté des relations contractuelles compatible avec les notions d'« *obligation* » et de « *devoir* » 117
a) La loyauté des relations contractuelles comme « obligation » 117
b) La loyauté des relations contractuelles comme « devoir » 119
B. L'hypothèse de décloisonnement du périmètre d'une loyauté des relations contractuelles comme « *principe* » 121

§2. Les manifestations de la déconnexion entre la loyauté des relations contractuelles et la référence à l'« exigence » 126

A. Les manifestations de la rupture dans la formulation des moyens par les demandeurs 127
B. Les manifestations de la rupture dans la construction des décisions par le juge du contrat 130

Conclusion du Chapitre 2 133

CONCLUSION DU TITRE 1 137

TITRE 2. LES FONCTIONS NÉGATIVES DE LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES 141

Chapitre 1. La loyauté des relations contractuelles, instrument de lutte contre la remise en cause des contrats administratifs 147

Section 1. Le filtre de l'invocabilité loyale des moyens par voie d'action 149

§1. Un filtre lié aux modalités d'invocation des moyens par voie d'action 150

§2. Un atout de choix garantissant le succès de « l'objectif de stabilité des relations contractuelles » 153

A. La rigueur du filtre dans l'appréciation des moyens d'irrégularité 153

B. L'influence de la loyauté des relations contractuelles dans la restriction manifeste des conditions d'annulation du contrat administratif 157

1. La restriction des possibilités d'annulation d'un contrat administratif concourant à sa stabilisation 157

2. La restriction drastique du champ des moyens d'ordre public 160

Section 2. Le contrôle drastique de l'opérance des moyens par voie d'exception 163

§1. De Béziers à Manoukian, le mode d'emploi de l'opérance des moyens 164

A. Le choix significatif de l'opérance des moyens 164

B. Le mode d'emploi de l'opérance des moyens 166

§2. L'inopérance large garantissant le règlement du litige sur le terrain de la responsabilité contractuelles 168

A. L'organisation prétorienne de l'opérance complexe des moyens tirés d'irrégularités 168

1. Le régime de l'inopérance des moyens tirés d'irrégularités 168

2. Les modalités de mise en œuvre de l'« *exception* » 176

B. La lutte contre l'évitement déloyal de l'engagement de la responsabilité contractuelle 182

Conclusion du Chapitre 1 185

Chapitre 2. La loyauté des relations contractuelles, instrument de lutte contre l'inefficacité de l'action administrative 189

Section 1. Le traitement de l'irrégularité contractuelle influencé par la loyauté des relations contractuelles 190

§1. La poursuite de l'exécution du contrat administratif irrégulier 192

A. La décision du juge de poursuivre l'exécution du contrat 192

B. La régularisation conditionnant la poursuite de l'exécution du contrat administratif irrégulier 194

§2. La résiliation du contrat administratif irrégulier 202

Section 2. La loyauté des relations contractuelles protectrice de l'intérêt supérieur du contrat administratif 208

§1. La loyauté des relations contractuelles garantissant l'administrativité du contrat 210
A. L'indifférence de la loyauté des relations contractuelles face au déséquilibre contractuel de droit public 210
B. La loyauté des relations contractuelles garante de l'application du contrat librement signé même irrégulièrement formé 216
1. Le renforcement du lien contractuel par la loyauté des relations contractuelles 216
2. La loyauté des relations contractuelles renforçant la politique jurisprudentielle des irrégularités consenties 221

§2. L'analogie saisissante entre l'évolution du recours des parties contractantes et le contentieux de l'urbanisme 224
A. Deux pans du droit indiscutablement victimes de leur contentieux 225
B. Le dépassement de la crise par le truchement de procédés stabilisateurs 228

Conclusion du Chapitre 2 233

CONCLUSION DU TITRE 2 237

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE 241

SECONDE PARTIE
LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES, INSTRUMENT EXCESSIF DE STABILISATION DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

TITRE 1. LA LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES, INSTRUMENT DE RELATIVISATION DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ EN CONTENTIEUX DES PARTIES ... 251

Chapitre 1. La variabilité inquiétante de la loyauté des relations contractuelles dans son utilisation par le juge 255

Section 1. La loyauté des relations contractuelles dans sa dimension subjective 258

§1. La loyauté des relations contractuelles, instrument de contrôle de l'imputation de l'irrégularité 259
A. Une technique contentieuse ancienne de neutralisation des moyens tirés d'irrégularités : la règle *nemo auditur turpitudinem propriam allegans* 260
B. Une technique contentieuse retrouvée 264

§2. La loyauté des relations contractuelles, instrument d'analyse comportementale du cocontractant-requérant 270

A. La loyauté des relations contractuelles, instrument de mesure de l'intention déloyale présumée du cocontractant-requérant 271
B. La loyauté des relations contractuelles, instrument de sanction du comportement du cocontractant-requérant durant l'exécution du contrat..... 275

Section 2. La loyauté des relations contractuelles dans sa dimension objective..... 282

§1. L'analyse « intrinsèque » de l'irrégularité contractuelle, l'examen par le juge de la nature et de la gravité du vice 284
A. L'impossible systématisation des moyens irrecevables ou inopérants 285
B. Le recours prétorien aux présomptions d'irrecevabilité ou d'inopérance 289

§2. L'analyse « extrinsèque » de l'irrégularité contractuelle : l'examen par le juge des conséquences dommageables du vice..... 295
A. Les conséquences de l'irrégularité modulées en fonction des circonstances de chaque espèce 296
1. Les conséquences de l'irrégularité fonction de la lésion du cocontractant-requérant qui s'en prévaut 296
2. La caractérisation de la gravité de l'irrégularité contractuelle au prisme du comportement du cocontractant 300
B. Les interrogations sur la liberté de choix du juge du contrat dans la mise en œuvre de la loyauté des relations contractuelles 303
1. La protection relative du principe de légalité par le juge du contrat..... 304
2. L'avènement d'un juge arbitre et l'impossible anticipation des contours de la loyauté des relations contractuelles..... 309

Conclusion du Chapitre 1 315

Chapitre 2. La loyauté des relations contractuelles, instrument à l'origine d'un recul discutable de la légalité au stade de la formation du contrat administratif 319

Section 1. L'appréciation des irrégularités relatives à la compétence conditionnée par la loyauté des relations contractuelles 321

§1. L'incompétence, vecteur d'instabilités contractuelles durant l'état de crise du contrat administratif..... 322
A. Le traitement rigoriste par le juge du contrat du vice d'incompétence 323
B. La remise en cause de la rigueur du juge du contrat dans le traitement des vices d'incompétence 325

§2. L'actuelle graduation de l'incompétence favorable à la stabilité des relations contractuelles au détriment du principe de légalité 327
A. L'appréciation par le juge du contrat de l'incapacité du signataire privé 329
B. L'appréciation par le juge du contrat de l'incompétence du signataire public 332
1. L'incompétence interne à l'administration contractante 333
a) L'incompétence portant sur le défaut d'habilitation de l'autorié signataire..... 333
b) Le cas précis de l'incompétence portant sur la signature anticipée du contrat 342

2. L'incompétence relative à la répartition statutaire entre personnes publiques 344

Section 2. L'appréciation par le juge des parties des irrégularités relatives aux procédures de passation des contrats de la commande publique 346

§1. Les procédures de passation, traduction en droit des contrats des principes cardinaux de l'Union européenne 348

§2. Les procédures de passation, étapes indispensables à l'expression du consentement de l'acheteur 355

A. Un postulat erroné : des manquements n'interressant que les tiers-requérants 356

B. Pour une appréciation renouvelée des manquements aux règles de passation en contentieux des parties 359

Conclusion du Chapitre 2 367

CONCLUSION DU TITRE 1 371

TITRE 2. L'INDÉTERMINATION DU CHAMP DE LA LOYAUTÉ EN DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS 375

Chapitre 1. L'extension problématique de la loyauté aux relations précontractuelles . 381

Section 1. La transposition inutile de la loyauté précontractuelle du droit privé en droit des contrats administratifs 383

§1. Les relations précontractuelles déjà encadrées en droit public 384

A. L'encadrement suffisant de la liberté contractuelle en droit public 384

B. La rupture des pourparlers déjà encadrée en droit public 387

1. Le motif d'intérêt général incompatible avec le recours à la loyauté précontractuelle 387

2. L'encadrement suffisant de l'exercice du droit de rupture des pourparlers390

§2. La loyauté en amont du contrat garantie par le droit positif 392

A. La lésion garantissant une loyauté en amont du contrat..... 393

B. Les principes fondamentaux de la commande publique garantissant également le respect de la loyauté en amont du contrat 397

Section 2. L'avènement probable d'un principe de loyauté dans le contrôle des relations précontractuelles en droit des contrats administratifs 399

§1. L'utilisation de la loyauté en amont du contrat justifiée en dehors de l'applicabilité des règles de la commande publique 400

§2. L'essor de la négociation en droit de la commande publique possiblement à l'origine de l'avènement d'un principe supplétif de loyauté 406

A. La transformation prégnante de la commande publique par l'essor de la négociation 407
B. L'avènement probable d'un principe supplétif de loyauté des négociations. 410

Conclusion du Chapitre 1 419

Chapitre 2. L'extension de la loyauté au cœur et au-delà de la relation contractuelle .. 423

Section 1. L'extension envisagée de la loyauté au cœur de la relation contractuelle 424

§1. La loyauté, un instrument au cœur de la relation contractuelle lié à la confiance entre les parties contractantes 426
A. Une tentative d'extension des effets de la loyauté pour l'instant bloquée par le Conseil d'État 426
B. La loyauté au cœur de la relation contractuelle, d'un instrument contentieux à un précepte d'exécution du contrat administratif 431
1. L'idée diffuse de loyauté au cœur de l'exécution du contrat administratif 431
2. La reconnaissance d'une loyauté permettant l'interprétation des stipulations lacunaires des contrats administratifs 436

§2. Pour la préservation d'une déloyauté nécessaire de l'administration dans l'exécution de son contrat 439

Section 2. L'extension redoutée de la loyauté au-delà de la relation contractuelle ... 443

§1. Le maintien du lien contractuel au-delà du contrat administratif : l'espace d'influence de la loyauté des relations post-contractuelles 445

§2. Le danger de la loyauté des relations post-contractuelles : les rapports de fidélité entre anciens cocontractants 447

Conclusion du Chapitre 2 453

CONCLUSION DU TITRE 2 457

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE 461

CONCLUSION GÉNÉRALE..... 465

BIBLIOGRAPHIE 473

TABLE DE JURISPRUDENCE 519

INDEX..... 529

TABLE DES MATIÈRES 553

Joachim LEBIED

L'EXIGENCE DE LOYAUTÉ DES RELATIONS CONTRACTUELLES EN DROIT PUBLIC

Résumé

L'exigence de loyauté des relations contractuelles est l'instrument par lequel le Conseil d'État a sonné le glas de l'instabilité des contrats administratifs. Depuis 2009 et la célèbre décision Béziers I, les moyens invoqués par les parties contestant la validité de leur propre contrat doivent franchir le filtre de la loyauté. Cela étant dit, la loyauté des relations contractuelles contribue à garantir la stabilité de nombreux contrats administratifs même irréguliers. La présente étude identifiera cet instrument particulier qu'est la loyauté en contentieux des parties à un contrat administratif. Connue des juristes de droit privé, la loyauté semble être redécouverte en 2009. Après cette étape d'identification, l'étude montrera les fonctions de la loyauté pour vérifier si elle a réussi à garantir "l'objectif de stabilité des relations contractuelles". Enfin, œuvrer pour la stabilité même de contrats irréguliers pose nécessairement la question de l'intensité de la tolérance. Autrement dit, l'étude devra montrer si le Conseil d'État n'est pas trop tolérant en présence de l'irrégularité. De plus, la loyauté brillant par son indétermination, son cloisonnement contentieux dans le strict recours des parties ne préjuge en rien des évolutions.

Mots clés : Loyauté. Bonne foi. Déloyauté. Mauvaise foi. Honnêteté. Confiance. Comportement. Fidélité. Imputabilité. Intention. Stratégies. Gravité de l'irrégularité. Contentieux des contrats administratifs. Commande publique. Stabilité. Légalité. Cycles contentieux. Crises. Exigence. Obligation. Devoir. Principe. Relations contractuelles. Relations précontractuelles. Relations post-contractuelles.

Résumé en anglais

Difficult to understand, with fluctuating content, known in private contract law, the concept of loyalty has helped to transform the parties' claims against their own contract into public law. The requirement of loyalty in contractual relations is the instrument by which the Conseil d'État in 2009 put an end to the era of instability in administrative contracts. Since the famous Béziers I case, the grounds invoked by the parties must overcome the filter of loyalty in order to hope to lead the judge to annul or rule out the contract. Consequently, the requirement of loyalty in contractual relations helps to guarantee the stability of many administrative contracts, even irregular ones. After this identification step, the study will show the functions of loyalty to see if it has succeeded in guaranteeing the "objective of stability of contractual relations". Finally, promoting the stability of even irregular contracts necessarily raises the question of the intensity of tolerance. Thus, the study will have to show that the contract judge is certainly too permissive in the presence of the irregularity, questionably relegating the principle of legality. Finally, the loyalty being remarkably undetermined, its isolation in the strict parties' contentious does not in any way anticipate changes in positive law.

Key words : Loyalty. Good faith. Disloyalty. Bad faith. Honesty. Trust. Behaviour. Allegiance. Accountability. Intent. Strategies. Seriousness of the irregularity. Administrative contract litigation. Public order. Stability. Legality. Litigation cycles. Crises. Requirement. Obligation. Duty. Principle. Contractual relations. Pre-contractual relations. Post-contractual relations.