



**Le Regime Du Contrat De Marche De Travaux Publics :
Exemple D'une Exception Singuliere Au Droit Commun**

Submitted By

Dr. Eric Gherardi

**Maître de conférences en Droit public de l'Université de Rennes 1
Directeur Général de l'Enseignement et de la Recherche
des Ecoles de Saint-Cyr Coëtquidan**

**Ph. D., Dean of Academics and Research
Saint-Cyr Military Academy**

**LE REGIME DU CONTRAT DE MARCHE DE TRAVAUX
PUBLICS :**

**EXEMPLE D'UNE EXCEPTION SINGULIERE AU DROIT
COMMUN**

Les personnes morales de droit public (Etat, collectivités territoriales, établissements publics) peuvent recourir à deux type d'actes : les actes administratifs unilatéraux (forme la plus traditionnelle de l'expression de la puissance publique sous forme de règlements ou de décisions individuelles) ou les contrats. Si ces contrats peuvent, de façon dérogatoire, revêtir la forme de contrats de droit privé⁽¹⁾, ils sont les plus souvent des contrats de droit public. Cette nature de droit public implique d'une part, de façon organique, qu'au moins une personne publique soit partie au contrat⁽²⁾ et d'autre part, de façon matérielle, que ce contrat relève d'une

(1) Lorsque les cocontractants n'ont entendu faire naître entre eux que des rapports de droit commun, TC 21 mars 1983, UAP.

(2) Ou une personne de droit privé agissant pour le compte d'une personne de droit public, TC 8 juillet 1963, Entreprise Peyrot.

des trois catégories définies par le droit positif ou la jurisprudence comme relevant de la compétence du juge administratif⁽³⁾.

Le contrat de marché de travaux public est un contrat de droit public par son objet⁽⁴⁾ en ce qu'il constitue par nature un acte de gestion publique⁽⁵⁾ doublé souvent d'une finalité d'aménagement d'une propriété publique, dans un but d'intérêt général et au moyen de prérogatives de puissance publique. Une commune décide par exemple de construire des logements sociaux sur une parcelle qu'elle aura achetée en exerçant un droit de préemption ou en expropriant un propriétaire privé. La construction sera confiée à une ou plusieurs entreprises de travaux publics au moyen d'un contrat de marché de travaux publics.

Ce contrat de droit public, catégorie autrement appelée contrat administratif à laquelle se rattache notre contrat de marché de travaux public, se distingue substantiellement, par son régime, des contrats de droit privé⁽⁶⁾. En effet, le principe de l'égalité des cocontractants fonde ainsi les dispositions du code civil⁽⁷⁾ relatives au droit des obligations, qu'on se réfère aux contrats civils ou commerciaux. Les dispositions de l'article 1134 du code civil⁽⁸⁾ sont à cet égard emblématiques en ce qu'elles posent le principe de la nécessité du consentement mutuel comme fondement du contrat et imposent l'égalité des cocontractants comme condition de

(3) Contrats administratifs « par leur objet, leur régime ou leurs clauses », TC 20 janvier 1986, Coopérative agricole de l'Arne.

(4) Les trois autres catégories de contrat administratifs par leur objet sont les contrats comportant occupation du domaine public (Décret-loi du 17 juin 1938), les contrats relatifs à l'exécution d'un service public (CE sect. 20 avril 1956, Epx Bertin) et les contrats de marché public (loi MURCEF du 11 déc. 2001).

(5) Cf. Loi du 28 pluviôse an VIII, art.4.

(6) Les spécificités de la procédure de passation de ces contrats de marché de travaux publics ne seront donc pas abordées. Seul le régime du contrat régulièrement conclu sera traité.

(7) CF art. 1134 et suiv. du code civil.

(8) Art. 1134 : « 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 causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

Le Regime Du Contrat De Marche De Travaux Publics : Exemple D'une Exception Singuliere Au Droit Commun



régularité de l'acte. Les règles de la nullité des clauses abusives⁽⁹⁾, réputées non écrites, qui en découlent sont illustratives de cette capacité du droit à traquer les rapports de force exagérément déséquilibrés, jusque dans les rapports de droit⁽¹⁰⁾. Certains pans de notre droit privé sont particulièrement marqués par cette volonté de rétablir par le droit des rapports de force équilibrés. Il suffit simplement de mentionner les principes et les règles du droit du travail ou du droit de la location immobilière dont toute l'histoire n'est qu'une longue lutte pour tenter de substituer l'égalité des relations de droit à l'inégalité de principe entre l'employeur et le salarié ou entre le bailleur et le preneur.

Pareille logique s'appréhende dans son principe en droit des contrats administratifs mais diffère dans ses modalités. En effet, dans son principe même, le contrat administratif ne connaît pas le principe d'égalité des cocontractants puisque la clause exorbitante de droit commun constitue même un des critères d'identification de ces contrats et donc de différenciation de leur régime au regard des règles applicables aux contrats de droit privé⁽¹¹⁾. Mais si les prérogatives de l'administration « en vertu des règles applicables aux contrats administratifs »⁽¹²⁾ la libèrent d'une part substantielle des engagements inscrits au contrat⁽¹³⁾, la jurisprudence n'en a pas moins développé une série de garanties pour le cocontractant. De nature essentiellement pécuniaire, ces droits (droit au paiement, au versement d'acomptes, sujétions imprévues...) préservent d'une part l'intérêt qu'il peut y avoir à contracter avec l'administration (par la

⁽⁹⁾ V. par exemple Ghestin, l'abus dans les contrats, Gaz. Pal. 1981.2, doctr. 379.

⁽¹⁰⁾ V. notamment sur cette volonté de rétablir par la loi une inégalité entre les professionnels et non professionnels ou consommateurs, J. Kullmann, Remarques sur les clauses réputées non écrites, D. 1993, chron. 59 ; Cottereau, La clause réputée non-écrite, JCP 1993.I.3691.

⁽¹¹⁾ Jurisprudence fondatrice : CE 31 juillet 1912, Soc. Des granits porphyroïdes des Vosges, p. 909, concl. L. Blum, D. 1916.3.35, RDP 1914, p. 145, note Jèze, S. 1917.3.15.

⁽¹²⁾ Formule de principe posée par le juge administratif, V. CE Ass. 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, p. 246, AJ 1958, p. 282, concl. J. Kahn, D. 1958, p. 730, note A. de Laubadère.

⁽¹³⁾ Quant à la capacité pour l'administration d'imposer des prestations extérieures au contrat, V. CE 31 mai 1907, Delplanque, Rec. P. 513, concl. Romieu, D. 1907.3.81 ; RDP 1907, p. 678, note Jèze ; S. 1907.3.113, note M. Hauriou.



garantie de l'équilibre financier du contrat). Ils incarnent d'autre part la mise en place de règles susceptibles de rééquilibrer un tant soit peu les prérogatives exorbitantes de l'administration cocontractante et donc d'atténuer par le droit la position de force dont dispose l'administration face à son cocontractant.

Cette spécificité sera donc abordée d'une part à travers les prérogatives exorbitantes de droit commun dont dispose l'administration cocontractante dans l'exécution de ce type de contrat (1^{ère} partie), puis, d'autre part, à travers les garanties très particulières accordées au cocontractant en vue de permettre la bonne exécution du marché de travaux publics (2^e partie).

1^{ère} PARTIE : LES PREROGATIVES DE L'ADMINISTRATION COCONTRACTANTE

La primauté de la recherche de l'intérêt général sur l'intérêt particulier confère à l'administration des pouvoirs exorbitants du droit commun des contrats. L'administration les possède en tout état de cause, sans qu'il soit besoin de les mentionner au contrat. L'administration ne peut même valablement y renoncer puisque l'affirmation implicite de refuser de faire prévaloir l'intérêt particulier du cocontractant sur l'intérêt général est nulle de droit⁽¹⁴⁾. Il s'agit d'un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction dans l'exécution même du contrat (A), mais aussi d'un pouvoir de modification, voire de résiliation, dans l'intérêt général (B).

A – Pouvoir de direction, de contrôle et de sanction :

L'administration doit être en mesure de défendre l'intérêt général et veiller notamment au bon usage des deniers publics qui financent le marché de travaux publics.

L'administration peut ainsi, sous condition de production d'un écrit, imposer au cocontractant des modalités d'exécution des travaux qui n'ont pas été prévus par le contrat. L'autorité publique peut ainsi imposer la préfabrication de certains éléments d'un bâtiment (escaliers, sols) afin d'en accélérer la construction⁽¹⁵⁾. De même, la personne publique peut-elle

(14) V. supra CE Ass. 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval.

(15) CE 12 octobre 1988, Entreprise Olin, Req. N° 56690.

Le Regime Du Contrat De Marche De Travaux Publics : Exemple D'une Exception Singuliere Au Droit Commun



exiger la réfection sur le champ de travaux qu'elle estimerait défectueux⁽¹⁶⁾.

L'administration peut à tout moment exiger toute forme d'information nécessaire à la vérification de la bonne exécution du marché⁽¹⁷⁾. Le cocontractant ne peut s'y soustraire, sous peine de sanction.

En effet, en cas de méconnaissance des clauses du contrat ou de refus du cocontractant de se soumettre aux instructions ou demandes reçues, la personne publique peut prononcer une sanction⁽¹⁸⁾. Cette sanction peut être de trois types : pécuniaire, coercitive ou résiliation sanction. La sanction pécuniaire consiste à appliquer des pénalités destinées à sanctionner un manquement dans l'exécution des travaux (retard par exemple). Si le contrat ne prévoit rien à ce titre, l'administration peut déterminer unilatéralement le montant de la sanction. Certains marchés prévoient même une forme de sanction préventive qui oblige le cocontractant à accepter une retenue de garantie sur les paiements dus (par exemple 5% du marché) qui sera remboursée en cas d'exécution correcte du contrat. La sanction coercitive vise à la fois à punir le cocontractant et à assurer la bonne exécution du marché de travaux publics. La défaillance du cocontractant constatée (par exemple incapacité à tenir les délais prévus au contrat), le contrat se poursuit mais l'administration adjoint un soutien aux frais du cocontractant (seconde entreprise de travaux qui intervient sur le chantier de construction aux frais du cocontractant). L'administration peut également mettre sous séquestre le marché en remplaçant le cocontractant dans la réalisation effective du marché (le cocontractant gardera à sa charge le paiement de ce remplaçant⁽¹⁹⁾), voire procéder à une réadjudication du marché « à la folle enchère⁽²⁰⁾ ». La résiliation sanction consiste enfin à prononcer la déchéance du cocontractant au motif de la non exécution de ses obligations⁽²¹⁾.

⁽¹⁶⁾ CE 26 septembre 2007, Commune de Saint-Flour., Req. N° 254171.

⁽¹⁷⁾ Par exemple, vérification de la densité du béton à n'importe quel moment de la construction, en exigeant autant d'échantillons que souhaité.

⁽¹⁸⁾ CE 31 mai 1907, Delplanque, V. supra.

⁽¹⁹⁾ CE 9 janvier 1957, Daval.

⁽²⁰⁾ CE 21 septembre 1990, Pernod.

⁽²¹⁾ CE 19 mai 1990, Mme Jacquenod.



Ces sanctions ne peuvent être prononcées qu'après une mise en demeure de la part de la personne publique, dans le respect des droits de la défense (le cocontractant doit être en mesure de présenter ses explications, CE 21 mars 1986) et sous le contrôle du juge qui vérifie le bien-fondé et la proportionnalité de la sanction (CE 20 septembre 1991, Administration générale de l'assistance publique).

Cette première série de prérogatives dans l'exécution même du contrat initial se double d'un pouvoir unilatéral de modification du contrat et d'un droit de résiliation du contrat dans l'intérêt général.

B – Pouvoir de modification unilatérale et de résiliation dans l'intérêt général :

L'administration peut modifier unilatéralement les conditions d'exécution du contrat en « en vertu des règles applicables aux contrats administratifs »⁽²²⁾, c'est-à-dire sans que le contrat ait prévu une telle hypothèse.

Cette modification doit être faite par l'administration cocontractante pour des motifs d'intérêt général⁽²³⁾ et dans des limites de forme, d'objet et de portée. Le contrat reprenant un contenu entièrement défini par voie législative ou réglementaire ne peut ainsi pas être modifié par le cocontractant public⁽²⁴⁾. L'objet de la modification ne peut concerner les clauses financières. Enfin, la modification ne peut être d'une importance telle qu'on estime qu'un nouveau contrat aurait dû être conclu⁽²⁵⁾.

L'intérêt général peut exiger non pas seulement la modification du contrat en cours d'exécution, mais la résiliation pure et simple. Cette forme de résiliation doit être clairement distinguée de la résiliation sanction. La résiliation dans l'intérêt général ne met en effet nullement en cause l'exécution de ses obligations par le cocontractant. Il peut s'agir ainsi de

(22) Formule de principe posée par le juge administratif, V. supra CE Ass. 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, p. 246.

(23) CE 2 février 1983, Union générale des transports urbains et régionaux.

(24) Pour un cas aujourd'hui obsolète d'abonnement téléphonique, V. CE Sect. 6 mai 1985. V. aujourd'hui la réalisation d'aménagement de concessions funéraires.

(25) Une construction prévue contractuellement ne peut être complétée par des constructions annexes dont l'ampleur dépasse celle du chantier initial.



l'arrêt de la construction d'un équipement dont l'utilité se révélerait superflue⁽²⁶⁾. Toute clause contractuelle visant à faire obstacle à cette prérogative de l'administration est elle aussi nulle de droit en raison de son incompatibilité avec les nécessités de l'intérêt général (CE 6 mai 1985, Assoc. Eurolat).

En contrepartie de ces prérogatives considérables, le cocontractant de droit privé s'est vu reconnaître un certain nombre de garanties qui rééquilibrent le rapport contractuel (à défaut de rétablir l'égalité des cocontractants) et entretiennent l'intérêt de contracter avec une personne publique en vue de l'exécution de marchés de travaux publics.

II^{ème} PARTIE : LES GARANTIES DU COCONTRACTANT

L'administration peut mettre au service de son cocontractant un certain nombre de prérogatives de puissance publique en vue de faciliter l'exécution du marché (procédures d'expropriation par exemple pour libérer un fond). Toutefois, celles-ci ne présentent pas un caractère systématique et ne sont donc pas évoquées ici. De même ne traite-t-on pas de la nécessaire solvabilité de la personne publique qui dispose de la capacité exorbitante de se financer par l'impôt car cette caractéristique, bien qu'importante dans une pratique contractuelle, vaut pour tous les engagements de l'administration et en rien spécifiquement pour les contrats de marchés de travaux publics. Aussi se limitera-t-on aux deux garanties principales assurant l'équilibre financier du contrat que sont, du nom de deux théories jurisprudentielles, la théorie dite « du fait du prince » (A) et la théorie dite de « l'imprévision » (B).

A – La théorie « du fait du prince »⁽²⁷⁾ :

Lorsque la puissance publique (le prince) aggrave de son fait les conditions d'exécution du contrat (par la demande de prestations complémentaires non prévues au contrat ou la modification des prestations prévues au titre de ses pouvoirs de direction, de contrôle et de modification unilatérale), alors celle-ci est tenue d'indemniser intégralement le

⁽²⁶⁾ CE Ass. 2 février 1987, soc. TV6 ; CE 31 juillet 1996, Soc. des téléphériques du massif du Mont-Blanc.

⁽²⁷⁾ V. Badaoui, Le fait du prince dans les contrats administratifs, thèse, Paris, 1954.

cocontractant pour la totalité du préjudice ainsi subi⁽²⁸⁾. Le principe du respect de l'équilibre financier du contrat s'applique ici pleinement.

La personne publique est également tenue d'indemniser le cocontractant lorsque l'aggravation des conditions d'exécution du contrat découlent d'une décision prise par la personne publique concernée non pas au titre du contrat en cours d'exécution mais sur le fondement d'une autre de ses compétences (par exemple, modification des règles applicables à l'urbanisme municipal).

En revanche, cette théorie ne peut s'appliquer lorsque l'aggravation des charges découle non pas de la personne publique cocontractante mais d'une autre personne publique (illustration classique de l'aggravation par une disposition établie par l'Etat (loi, règlement) des charges pesant sur un marché conclu par une collectivité territoriale, par une taxe nouvelle par exemple).

B- La théorie de l'imprévision :

Cette seconde théorie prend en compte l'aléa économique en cours d'exécution du contrat. Ainsi, une modification des conditions économiques (forte inflation des prix des matières premières nécessaires à la bonne exécution du contrat) peut, sans empêcher matériellement l'exécution du contrat (les matières premières restent disponibles bien que leur coût soit devenu prohibitif ; la théorie de la force majeure ne peut donc s'appliquer pour autoriser l'interruption de l'exécution du contrat), pousser le cocontractant à la faillite à plus ou moins brève échéance.

Alors que de telles circonstances restent sans effet sur l'exécution d'un contrat de droit privé, le juge administratif a considéré que la défaillance programmée du cocontractant compromettrait la satisfaction de l'intérêt générale poursuivie par l'exécution en cours du contrat. La personne publique va donc devoir partager le poids de l'aléa économique en versant au cocontractant une indemnité autorisant la poursuite de l'exécution du contrat. Si le cocontractant ne réalisera vraisemblablement pas le gain escompté à travers l'exécution du contrat, au moins est-il maintenu financièrement à flot par la personne publique. Celle-ci poursuit

(28) CE 21 mars 1910 Cie Française des tramways.

Le Regime Du Contrat De Marche De Travaux Publics : Exemple D'une Exception Singuliere Au Droit Commun



du reste non pas un objectif de sauvetage économique mais bien de préservation de la continuité de l'intérêt public⁽²⁹⁾.

Il existe toutefois des conditions restrictives à la mise en œuvre de cette théorie. Les faits doivent être imprévisibles, indépendants de la volonté des cocontractants et bouleverser l'économie générale du contrat. Ce fait peut au demeurant être constitué par l'intervention d'une personne publique extérieure au contrat (situation n'autorisant pas la mise en œuvre de la théorie du fait du prince). Le cocontractant quant à lui est tenu de continuer l'exécution du contrat jusqu'à l'intervention salvatrice de la personne publique cocontractante. A défaut, il s'expose à une résiliation sanction.

L'intervention de la personne publique cocontractante au moyen d'une indemnité d'imprévision ne peut être que temporaire. L'hypothèse d'une persistance de conditions économiques dégradées ouvre la voie à une résolution du contrat dans l'intérêt général⁽³⁰⁾.

CONCLUSION :

En définitive, bien que l'administration soit en mesure de faire peser sur son cocontractant des contraintes échappant très largement aux règles contractuelles de droit commun applicables aux contrats de construction, les garanties dont disposent les cocontractants sont suffisantes pour préserver l'attractivité de tels contrats. L'origine jurisprudentielle de la plupart des garanties du cocontractant, ainsi que des bornes aux prérogatives de l'administration illustrent également le rôle décisif de la séparation des pouvoirs afin d'encadrer, fut-ce dans le domaine de la construction immobilière, les prérogatives de la puissance publique.

⁽²⁹⁾ CE 24 mars 1916, Gaz de Bordeaux. RDP 1936, p. 441.

⁽³⁰⁾ CE 9 décembre 1932, Cie des tramways de Cherbourg, RDP 1933, p. 117, concl. Josse, note Jèze.