

MÉMOIRE

PRIVILEGE DU PREALABLE ET CONTRATS ADMINISTRATIFS

Renaud SOUCHE

Prix Georges Péquignot 2012





Tous droits de traduction, d'adaptation et de reproduction par tous procédés, réservés pour tous pays.

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle, par quelque procédé que ce soit du présent ouvrage, faite sans l'autorisation de l'éditeur est illicite et constitue une contrefaçon. Conformément aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle, seules sont autorisées, d'une part, les reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective et, d'autre part, les courtes citations justifiées par le caractère scientifique ou d'information de l'œuvre dans laquelle elles sont incorporées.

© EDPA, 2012

SOMMAIRE

> INTRODUCTION	5
> 1^{ère} PARTIE : UNE EXCEPTION CIRCONSCRITE	22
Chapitre 1 : L'isolement de l'exception dans la didactique de l'exécution du contrat	23
> SECTION 1 : L'OPPOSABILITE DE PRINCIPE DU PRIVILEGE DU PREALABLE	24
> SECTION 2 : LES CARACTERISATIONS RECONNUES D'UNE EXCEPTION AU PRIVILEGE DU PREALABLE	41
Chapitre 2 : L'isolement de l'exception dans la temporalité de l'exécution du contrat	60
> SECTION 1 : UNE EXCEPTION SOLIDAIRE DE L'INDICE TEMPOREL	60
> SECTION 2 : UNE EXCEPTION DEPENDANTE DE L'EXEGESE DU CONTRAT	75
2^{NDE} PARTIE : UNE EXCEPTION D'APPARENCE	90
Chapitre 1 : L'apparence d'exception élaborée par la doctrine : la sanction résolutoire	92
> SECTION 1 : LE FAUX DEBAT SUR LA JURISPRUDENCE <i>VILLE DE NICE</i>	93
> SECTION 2 : LE DEBAT MANQUE SUR LA JURISPRUDENCE <i>CARTA</i>	108
Chapitre 2 : L'apparence d'exception générée par le contrat : la sanction pécuniaire	124
> SECTION 1 : LA NEGLIGENCE DE L'AUTORITE DE CHOSE CONTRACTEE	125
>SECTION 2 : LA DESOBEISSANCE A L'AUTORITE DE L'ETAT EXECUTOIRE CONTRACTUEL	143
CONCLUSION GENERALE	156
Bibliographie	163

INTRODUCTION

« *Au joug depuis longtemps, ils se sont façonnés ; ils adorent la main qui les tient enchaînés¹* ». Ces quelques vers ramènent au paradoxe du rapport de force, de l'ambivalence entre domination sécurisante et liberté réprimée. Mieux encore - et c'est l'universalité de l'art - ils renvoient parfaitement à l'idée du droit public, ou plus précisément du droit administratif. Comme ce dernier, ces vers s'interprètent de deux manières différentes.

La première prend pour sujet l'Administration. Compositeur de ce droit spécifique, elle élabore d'une main ferme le concert de l'intérêt général. Elle dispose pour ce faire de plusieurs instruments d'importance pour mener la mélodie administrative.

L'acte administratif représente le papier de la partition. Il est « *au sens générique, [un] acte juridique fait dans le cadre et pour l'exécution d'une opération administrative ; en général, on réserve cependant l'expression pour désigner ceux de ces actes qui ont un caractère unilatéral, par opposition aux contrats administratifs* ». Dès lors, l'acte administratif est un « *acte qui émane d'une autorité administrative, par opposition aux actes émanant d'une autorité législative, (...) juridictionnelle ou d'un organisme privé* », intéressant « *l'organisation du service ou son exécution à l'aide de prérogatives de puissance publique* », et présentant un « *caractère individuel, par opposition aux actes de portée générale qui seraient qualifiés [de] législatifs²* ».

Les prérogatives de puissance publique constituent alors l'encre traçant les notes. Dites de protection ou d'action³, elles se définissent comme des « *compétence[s] ou droit[s] reconnu[s] ou attribué[s]* » à l'Etat ou autres personnes publiques « *en raison de sa fonction et impliquant pour lui [ou elles] une certaine supériorité, puissance ou immunité⁴* ». Parmi ces prérogatives, on trouve le pouvoir d'expropriation, de réquisition, de préemption, d'émettre des ordres de recettes, de recourir à l'exécution forcée, ou encore le

¹ J. RACINE, *Britannicus*, IV, 4, v.1437-1442.

² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8^e éd., 2007, V^o « Acte »

³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 2, Montchrestien, 2001, 15^e édition, n^o638

⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.*, V^o « Prérogative »

privilège du préalable, clé de voûte certaine de l'ensemble du droit administratif.

En réponse à la lettre de Racine, l'Administration est soumise au joug de ses compétences, de ses prérogatives de puissances publiques et des sujétions qu'elles impliquent. Elle honore tant les pouvoirs qui lui sont conférés qu'elle chérit – peut-être parfois à contrecœur – ses limites.

La seconde interprétation entend pour sujet l'administré, musicien destinataire d'une partition en perpétuelle écriture, dont l'avis sur l'harmonie des notes est souvent à refouler. Il assume la servitude à l'Administration à laquelle il s'est volontairement soumis, adorant et détestant sa place.

En cela, les deux alexandrins illustrent tant un certain mal de vivre du droit administratif que les forces d'équilibre qui le définissent. Tantôt critiqué, tantôt conforté, le droit administratif voit revenir avec une régularité de métronome les questions relatives à l'opportunité de son existence, à son caractère réellement exorbitant du droit commun, ou encore à sa légitimité. La doctrine s'épuise alors dans un débat sûrement utile mais sans fin véritable.

Reste que le droit administratif perdure, que son sceau fonde la dichotomie française du droit, et que sa force, bien que reposant sur des assises théoriques, est juridique et palpable.

L'Administration et l'administré ne sont cependant pas à considérer dans le seul contexte de l'acte administratif. Ensemble, ils peuvent se placer sous l'égide d'une domination supplémentaire : le contrat. De droit privé ou administratif, ce dernier génère un rapport particulier et unique entre l'Administration et son cocontractant. En soit, un joug de plus pour chacun d'entre eux. Un carcan autonome permettant d'écrire une partition propre, ou tant l'Administration que l'administré peuvent en remanier les nuances et annotations.

Or, contrat et acte administratif s'opposent de par la présence ou non d'une rencontre de volontés. En effet, l'acte administratif unilatéral, *« émane d'une seule personne, d'une seule volonté unique, par opposition à plurilatéral (...) [ou] conventionnel⁵ »*.

Aujourd'hui, il est dit et constaté que le contrat, *« espèce de convention ayant pour objet de créer une obligation ou de transférer la propriété⁶ »*, a

⁵ Ibid. V° « Unilatéral »

⁶ Ibid., V° « Contrat ».

pris une place prépondérante dans l'action administrative. Cette mutation, apparue au début des années 1960, participe pour la doctrine à la remise en cause de l'administration publique, et notamment de son moyen d'action premier : l'acte administratif unilatéral. En effet, « *acte synallagmatique, le contrat repose sur le libre-échange des consentements et l'égalité des parties : il ne s'agit plus pour l'Administration d'imposer sa volonté par la contrainte et sous la menace de sanctions, mais de négocier avec ses partenaires les termes de leur contribution ; et la réciprocité des engagements pris exclut apparemment tout usage de prérogatives de nature à fausser l'équilibre contractuel* ».

Ici jaillit l'oxymore du sujet qui nous occupe : privilège du préalable et contrats administratifs apparaissent au premier regard comme intrinsèquement antinomiques. Le privilège du préalable étant communément rattaché à l'aspect unilatéral du droit administratif, son lien avec le contrat ne paraît pas évident.

L'entreprise de définition du privilège du préalable est ardue. Elle a occupé - et occupe encore - l'ensemble de la doctrine publiciste. Il ne s'agira ici que de tenter d'en approcher la substantifique moelle afin d'en établir une acception claire. Aujourd'hui, le sens de l'expression semble répondre d'un certain consensus.

En effet, le privilège du préalable fait l'objet de nombreuses confusions quant à sa portée, tantôt très restreinte, tantôt trop large. Cela transpire de l'ensemble des dénominations qu'il connaît : *exécution préalable, exécution provisoire, procédure par gestion d'office, procédure par décision exécutoire, privilège de l'exécution provisoire, privilège d'action, privilège d'exécution d'office, privilège de l'exécution préalable*⁸ et autres variantes. Ils doivent être lus indifféremment, renvoyant tous à l'objet de notre sujet.

Partant, le privilège du préalable est une notion isolée par le Doyen Maurice Hauriou avant même sa consécration jurisprudentielle par l'arrêt *Préfet de l'Eure*⁹. Pour le maître de Toulouse, le privilège du préalable ou la « *procédure exécutive ou par décision exécutoire est extrajuridictionnelle, en ce que*

⁷ J. CHEVALLIER, *Le droit administratif, droit de privilège ?*, Pouvoirs, 1988, n°46, p.57

⁸ Tous ces termes sont recensés par P. GOFFAUX, in *L'inexistence des privilèges de l'Administration et le pouvoir d'exécution forcée*, thèse, Collection de la faculté de droit Université Libre de Bruxelles, 2002, p.22. L'auteur reprend une grande partie des dénominations du privilège du préalable utilisées par M. HAURIOU dans les 7^e et 10^e éditions de son *Précis de droit administratif et public*, et dans la 2^e édition de son *Précis de droit constitutionnel*.

⁹ Conseil d'Etat, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, S. 1915, 3, p.9, note Hauriou.

l'intervention d'un juge n'est pas, en principe, nécessaire avant l'emploi des mesures d'exécution et qu'au contraire l'exécution est, en principe, préalable à l'intervention du juge¹⁰ ». En cela, « la procédure d'exécution par décision administrative préalable (...) constitue un système de justice privée ; l'Administration s'y fait justice elle-même, sauf recours de la partie adverse au juge, mais recours qui est postérieur à la voie d'exécution¹¹ ».

Cette définition du privilège du préalable comme le « pouvoir de l'Administration de se faire justice elle-même » est demeurée célèbre. Elle ne reste cependant qu'une image, très éloignée de la réalité juridique. La justice reste l'ouvrage du juge. Le privilège du préalable vise tout autre chose.

Il est admis que la définition officielle porte à confusion, ouvrant un véritable débat sur la signification à apporter à la *procédure par décision exécutoire*, pour reprendre la formule du Doyen Hauriou. Peinant quelque peu à énoncer avec une intelligibilité unique son propos, il continue son développement : « on sait que l'exécution préalable est la grande prérogative de la puissance publique. Les administrations publiques prennent des décisions exécutoires, qu'elles font elles-mêmes exécuter, et ainsi elles vont jusqu'à l'extrême limite de leurs droits réels ou prétendus avant que ces droits aient pu être vérifiés par un juge. C'est une prérogative exorbitante du droit commun. Les particuliers ne peuvent ainsi réaliser leurs droits sans les avoir fait vérifier par un juge (...). Pour la plupart des actes, ils sont obligés de s'adresser au juge et d'obtenir au préalable un jugement. L'administration active est en partie son propre juge, en ce sens qu'elle remplace par des décisions exécutoires les jugements qu'un particulier serait obligé de demander (...). Contre toutes ces décisions, les intéressés peuvent réclamer, dans des délais d'ailleurs très courts ; mais elles sont immédiatement exécutoires, sans attendre l'expiration des délais ni le jugement des recours¹² ».

Cette longue citation est nécessaire afin d'éclairer la notion et le mécanisme du privilège du préalable. Reste à connaître ce que le maître entend par *décision exécutoire*. Dans son *Précis de droit administratif*, Maurice Hauriou exprime l'importance d'une telle définition. Il propose alors d'entendre la décision exécutoire comme « tout déclaration de volonté en vue de produire

¹⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence (2e et 3e années) et en doctorat et sciences politiques*, Librairie du Recueil Sirey, 1927, 11e édition.

¹¹ M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1872 à 1929 d'après les notes d'arrêt du Recueil Sirey, réunies et classées par André Hauriou*, Tomes 1, 2 & 3, Librairie du Recueil Sirey, 1929, « Deplanque »

¹² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11e édition. Cité par R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, thèse, Paris, 1967, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p.58-59.

un effet de droit, vis-à-vis des administrés, émise par une autorité administrative (comprise dans la hiérarchie ou dans la tutelle administrative) dans une forme exécutoire, c'est-à-dire dans une forme qui entraîne l'exécution d'office. (...) L'effet de droit que tend à produire la manifestation de volonté administrative contenue dans la décision exécutoire se produit instantanément par la seule émission de cette volonté¹³ ».

De plus, « ce qui caractérise le pouvoir d'action d'office de l'administration, c'est (...) que les décisions administratives (qui par elles-mêmes n'ont aucun caractère juridictionnel) s'exécutent d'office par les soins du personnel administratif, nonobstant toute opposition, et c'est que, même lorsque des recours contentieux ont été formés contre une décision devant les tribunaux administratifs, ces recours, en principe, ne sont pas suspensifs de l'exécution de la décision¹⁴ ».

La modification des appellations du privilège, l'emploi répétitif des termes « exécutoire », « mesures d'exécution », « exécution d'office » posent un véritable problème d'interprétation de la lettre de Maurice Hauriou. La doctrine administrativiste a longtemps discuté de la dimension à accorder à la notion de *décision exécutoire*, interprétant les termes selon le sens commun civiliste. Il en ressortait une dualité de dimensions. La première aurait attiré à la sphère exclusivement juridique, à la création unilatérale d'une obligation sur la tête de l'administré en l'absence de son consentement. Ici serait le privilège du préalable. La seconde ramènerait à une dimension d'exécution matérielle, et plus précisément au pouvoir de l'administration de recourir *manu militari* - soit par la force - à l'exécution desdites obligations émises. Là serait le « pouvoir d'exécution forcée ».

Cette dernière acception semble aller à l'encontre de la vision du Doyen Hauriou. Celui-ci prescrivait en effet que les exemples de décisions exécutoires qu'il propose ne se rapportent pas « à l'emploi de la contrainte. (...) [Ils] illustrent uniquement, simplement, le principe que les décisions administratives lient immédiatement les administrés, en dépit de tout recours, même juridictionnel, qu'ils dirigent contre elles. (...) Le principe [est] que les administrés leur doivent obéissance immédiate »; c'est « le principe de l'obéissance préalable¹⁵ ».

¹³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence (2e et 3e années) et en doctorat et sciences politiques*, Librairie du Recueil Sirey, 1927, 11e édition.

¹⁴ M. HAURIOU, *Ibid.*

¹⁵ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11e édition, 1927, p.278. Cité par R.-G. SCHWARTZENBERG, p.108

La vision d'un « pouvoir d'exécution forcée » fut donc peu à peu détachée de la notion de décision exécutoire par le courant doctrinal mené par Georges Vedel et Jean Rivero, rejoignant les professeurs Weil¹⁶ et Cavaré¹⁷. Ensemble, ils rendirent à la notion de décision exécutoire sa seule et unique dimension véritable : l'exécution juridique. En effet, J. Rivero considère que « la décision exécutoire est l'acte dans lequel l'administration met en œuvre son pouvoir de modification unilatérale des situations juridiques¹⁸ ».

De même, G. Vedel considère qu'« une décision exécutoire est un acte juridique émis unilatéralement par l'administration en vue de modifier l'ordonnancement juridique par les obligations qu'il impose ou par les droits qu'il confie¹⁹ ». Dès lors, le pouvoir de prendre des décisions exécutoires vise à faire naître de telles obligations « au profit ou à la charge de tiers sans le consentement de ceux-ci²⁰ ». Par leurs travaux, ces deux auteurs restreindront donc la décision exécutoire à la seule dimension connue sous le nom de *privilege du préalable*. Le Doyen Vedel lui associera alors comme synonyme la notion d'« autorité de chose décidée²¹ » pour qualifier la force juridique spécifique de la décision exécutoire, en opposition à l'autorité de chose jugée qui lui reste supérieure.

R.-G. Schwartzenberg, élève de G. Vedel, étudiera cette nouvelle notion dans une thèse éponyme. Il y avancera que « le *privilege du préalable* existe, mais encore, il est la règle très générale de l'action administrative. (...) [III] constitue un renversement du principe selon lequel les droits ne s'exercent vis-à-vis des tiers qu'après un contrôle préalable du juge. (...) Il est évident que l'absence de recours de l'administration au juge constitue le trait essentiel à la définition de ce *privilege du préalable*, de cet effet obligatoire. (...) L'acte administratif s'impose (...) avec une autorité comparable à celle de l'acte juridictionnel. (...) Mais il y a mieux encore. Non seulement le *privilege du préalable* ou de l'action d'office constitue la règle de l'action administrative, mais encore l'administration est dans l'obligation d'user de ce *privilege*. Elle ne peut, en principe, renoncer à son bénéfice²² ».

¹⁶ Conseil d'Etat, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; AJDA, 1956-II-266, note Weil.

¹⁷ L. CAVARE, *Les recours de l'administration devant le juge*, thèse, Toulouse, 1920, Montauban.

¹⁸ J. RIVERO, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 9^e édition, 1980, p.104.

¹⁹ G. VEDEL, *Manuel de droit administratif*, Paris, PUF, 1968, 4^e édition, p.155. Cité par P. GOFFRAUX in *L'inexistence des privilèges de l'Administration et le pouvoir d'exécution forcée*, thèse, Collection de la faculté de droit Université Libre de Bruxelles, 2002, p.52

²⁰ G. VEDEL, *Ibidem*, p.154-156. Cité par P. GOFFRAUX, *Ibid.*, p. 49

²¹ G. VEDEL, Cours 1966-1967. Cité par R.-G. Schwartzenberg.

²² R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, thèse, Paris, 1967, Librairie générale de droit et de jurisprudence

Le privilège du préalable est donc tant un pouvoir qu'une sujétion pour les personnes publiques. Il se caractérise en jurisprudence par sa stricte opposabilité à l'Administration. L'arrêt *Préfet de l'Eure*²³ consacre l'irrecevabilité de cette dernière à demander au juge de prononcer une décision qu'elle est elle-même en mesure de prendre.

Le privilège du préalable se dessine donc, aux termes de ces quelques définitions non exhaustives, selon plusieurs dimensions.

Une compétence tout d'abord. Ce terme « sera compris comme désignant la faculté de produire des actes juridiques ou des normes et opposé à la faculté de ne réaliser que des actes matériels, i.e. des actes dépourvus de la signification de norme. La faculté de réaliser des actes juridiques (norme d'habilitation) comporte quatre composants. Le premier est un acteur habilité à produire des normes juridiques. Le deuxième élément est une action par laquelle cet acteur peut produire des normes. Les deux éléments suivants délimitent les normes que cet acteur est autorisé à produire en suivant cette procédure : le troisième, dénommé « champ d'application » de l'habilitation, désigne le secteur de la réalité, déterminé par des critères spatio-temporels, matériels et/ou personnels, qu'un acteur est habilité à régir ; le quatrième et dernier est dénommé « champ de réglementation ». Il désigne le type de significations normatives (par exemple : prescription, permission, habilitation, abrogation) qu'une norme d'habilitation autorise à émettre²⁴ »

Le privilège du préalable répond aux quatre critères énoncés. Il se présente comme l'« aptitude [de l'Administration] à agir²⁵ » dans le domaine de l'édition des normes. Toute administration est habilitée à émettre une décision exécutoire à l'encontre d'un administré en vue de modifier l'ordonnancement juridique le concernant. Son « champ d'application » est général de par l'indétermination de ses contours ; tout comme son « champ de réglementation », les effets de droit pouvant tant créer, que modifier ou supprimer un droit particulier.

Le privilège du préalable est plus précisément une compétence-outil de l'Administration, un moyen de mise en œuvre de ses autres compétences. Le

²³ Conseil d'Etat, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, S. 1915, 3, p.9, note Hauriou.

²⁴ G. TUSSEAU, *Indisponibilité des compétences*, AFDA, La compétence, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2003 par l'association française pour la recherche en droit administratif, Litec, 2008

²⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8^e édition, 2007, « Compétence »

privilège du préalable est une « *compétence normative* ²⁶ » supportant l'actionnement d'une compétence matérielle. La compétence normative s'entend comme la faculté de l'Administration, « *par sa seule volonté, de modifier (...), de supprimer des situations juridiques existantes ou de créer des situations juridiques nouvelles* ²⁷. La compétence matérielle de l'Administration regroupe l'ensemble des domaines d'action dont elle est tributaire, et renvoie plus spécifiquement à la matière de l'obligation juridique créée.

Un pouvoir ensuite. Celui de faire naître unilatéralement par une décision exécutoire une obligation juridique sur un administré préalablement à toute intervention du juge. Pouvoir et compétence semblent se confondre, le premier renvoyant à un « *ensemble de compétences juridiques et de capacités matérielles de l'Etat* ». La notion de pouvoir emporte tous les aspects du privilège du préalable précédemment recensés : l'émission préalable de décisions exécutoires, la « *présomption de conformité au droit* ²⁸ » touchant celles-ci, la perpétuelle position de défendeur de l'Administration ou l'aspect non suspensif du recours.

Un privilège encore, comme son nom l'indique. « *Faveur accordée à une personne (...) par rapport à la loi commune* ²⁹ », le privilège du préalable tient sa dénomination de son caractère exorbitant du droit commun. Ce terme renvoie à la définition *a contrario* de décision exécutoire. Comme le rappelle F. Moderne, « *il est impossible de faire naître des obligations à la charge des tiers sans le consentement de ces derniers ou sans la décision du juge* » en droit commun. Le pouvoir d'émettre une décision exécutoire préalable constitue donc une faveur faite à l'Administration afin de mener avec efficacité et rapidité sa mission d'intérêt général et d'assurer la continuité du service public.

Une obligation d'agir seule enfin, et son pendant logique, l'interdiction de demander au juge une mesure que l'Administration est susceptible de prendre seule. Cet aspect est la rançon des compétences attribuées à l'Administration. Jean Rivero considère que « *la notion fondamentale de compétence, rapprochée de la notion civile de capacité, est un premier exemple à l'appui de ce qu'on avance. La capacité que le droit privé*

²⁶ Terme employé par C. MILHAT, *L'acte administratif : entre processus et procédures*, Montreuil, édition du papyrus, 2007

²⁷ F. MODERNE, *La notion de prérogative de puissance publique en droit administratif français*, thèse, Bordeaux, 1960, Tome 3, p. 59

²⁸ J. RIVERO, Manuel n°67, p.80. Cité in F. MODERNE, *La notion de prérogative de puissance publique en droit administratif français*, thèse, Bordeaux, 1960, Tome 3, p. 61.

²⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8^e édition, 2007, « Privilège ».

reconnaît au particulier est, pour lui, une faculté pure ; il est seul maître de s'en servir ou de n'en point user, de l'exercer par lui-même ou de charger un autre du soin de l'exercer pour lui. Pour l'agent public, à l'inverse, la compétence définit une obligation ; à l'égard de sa compétence, il n'est pas libre ; renoncer à l'exercer, la déléguer à un autre, lui sont également interdits³⁰ ». Apparaît dès lors l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration. Cette dimension constituera la piste de lecture de cette étude.

Ainsi, le privilège du privilège est le véritable marteau de la puissance publique. Comme avancé *supra*, il est associé à l'acte administratif et à l'action administrative unilatérale, dont il fonde l'entière autorité juridique. Non content d'être une prérogative de puissance publique parmi tant d'autres, le caractère exécutoire d'un acte administratif est « *la règle fondamentale du droit public³¹ » selon le juge administratif.*

Son champ d'action dépasse néanmoins le seul acte administratif unilatéral. En effet, « *le privilège de la décision exécutoire frappe par sa généralité. Il intervient dans les domaines les plus divers. L'administration l'utilisera pour faire aboutir ses compétences, mais son champ d'action n'est pas limité à ce seul domaine : il est également employé en matière contractuelle ou quasi-délictuelle³² ».*

Le privilège du préalable est un pouvoir, et *a fortiori* une compétence, général(e) de l'Administration, rattaché(e) à sa nature même de personne publique. La doctrine rappelle que « *lorsqu'elle conclut des contrats administratifs, l'Administration ne se dépouille pas de ses attributs de puissance publique³³ ».* Ainsi, « *le contrat ne parvient donc pas à s'affranchir réellement de la logique de l'unilatéralité³⁴ ».* Le Président Long offre une image parlante, glissant sous sa plume que « *l'Etat apparaît à l'entrepreneur sous deux aspects différents : tantôt prince, tantôt client (...). Toujours quelque chose en lui manifeste le prince alors même qu'il se présente comme client³⁵ ».*

³⁰ J. RIVERO, *Existe-t-il un critère du droit administratif ?*, RDP 1953, p.279.

³¹ Conseil d'Etat, Sect. 2 juillet 1982, *Huglo c/ Dame Lepage-Jessua* ; AJDA 1982 p.657 concl. J. BIEANCARELLI et note B. LUKASZEWICZ ; D 1983, J, 327, note O. DUGRIP ; D. 1983, IR, 270, obs. P. DELVOLVE ; RA 1982, p.627, note B. PACTEAU.

³² C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970.

³³ Note JACOMET sous Conseil d'Etat, 5 mai 1954, *Demoiselle Soulier*, R.P.P.U.F. 1954, p.624. Cité par F. MODERNE, *Ibidem*, Tome 3, p.55

³⁴ J. CHEVALLIER, *Le droit administratif, un droit de privilège ?*, Pouvoirs, 1988, n°46, p.57.

³⁵ M. LONG. Cité par F. MODERNE, *Ibidem*

Le recours de l'Administration aux contrats n'efface donc pas ses différents pouvoirs, lui en attribuant même souvent de nouveaux. En cela, le privilège du préalable se retrouve en matière contractuelle.

Néanmoins, la périphérie du présent sujet se borne aux seuls contrats administratifs. L'administrativité du contrat est une « *qualification (...) dont, en principe, l'une des parties est une personne publique et dont la connaissance appartient à la juridiction administrative soit en vertu d'une attribution légale de compétence, soit parce qu'ils portent sur l'exécution même d'un service public ou comporte une clause exorbitante de droit commun*³⁶ ». On compte, dans les rangs des contrats administratifs, les marchés publics relevant du Code des marchés publics³⁷, les délégations de service publics et autres concessions³⁸, les contrats de partenariat³⁹, les contrats relatifs à l'occupation du domaine public⁴⁰, aux travaux publics⁴¹, ou répondant aux critères jurisprudentiels ci-dessus énoncés.

Ainsi, « *privilège du préalable et contrats administratifs* » renvoient à l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration par le juge administratif en matière de contentieux contractuel. Cette opposabilité vise les « *pouvoirs de l'administration qui peuvent s'exercer de façon unilatérale en matière contractuelle (...)* ». Ils « *sont au nombre de trois : le pouvoir de direction et de contrôle, le pouvoir de modification unilatérale, et le pouvoir d'appliquer des sanctions au cocontractant*⁴² ».

Le pouvoir de direction et de contrôle vise pour la personne publique à surveiller la bonne exécution du contrat par son cocontractant. Il se caractérise essentiellement dans le cadre des marchés publics de travaux. Maître d'ouvrage, l'Administration s'assurera que la réalisation correspond à ses besoins, se prononcera sur les différentes propositions des entrepreneurs, etc. Elle émettra, à cette fin, différents actes unilatéraux sous la force d'ordres de service.

³⁶ G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, Puf, 8^e édition, 2007, « Contrat ».

³⁷ Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF).

³⁸ Loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ; Loi MURCEF, Ibidem.

³⁹ Ordonnance 2004-559 d 17 juin 2004

⁴⁰ Décret-loi du 17 juin 1938

⁴¹ Loi du 28 pluviôse an VIII

⁴² C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 337.

Le pouvoir de modification unilatérale du contrat par l'Administration est une règle générale des contrats administratifs⁴³. Dit pouvoir de mutabilité du contrat, il permet à la personne publique contractante de modifier les clauses du contrat par sa seule volonté, motivée par un motif d'intérêt général, et impliquant indemnisation pour le cocontractant.

Ces deux pouvoirs sont directement exercés par l'Administration. Aucun exemple ne vient contredire l'utilisation par celle-ci de son privilège du préalable. Au renfort, C. Blumann constate n'avoir « *pas rencontré d'hypothèses de ce genre dans la jurisprudence administrative, mais il est à peu près certain qu'une telle requête serait déclarée irrecevable* ⁴⁴ ». Ces deux pouvoirs étant en lien direct avec ses besoins, il est difficile d'envisager l'Administration venant demander au juge de prononcer la modification du contrat pour intérêt général ou bien d'émettre un ordre de service. Il s'agira donc d'écarter de l'étude principale ces deux hypothèses.

A *contrario*, tel ne semble pas être le cas du pouvoir de sanction de l'Administration envers son cocontractant. Pour A. De Laubadère, « *l'élément principal d'originalité des sanctions dans les contrats administratifs est que l'administration peut user à leur occasion du privilège du préalable. Elle est qualifiée pour prononcer elle-même la sanction, sous le contrôle du juge, mais sans avoir besoin de s'adresser à celui-ci d'abord, pour lui demander l'application de la sanction* ⁴⁵ ». Si la personne publique peut, et doit, en vertu du privilège du préalable, prononcer les différentes sanctions dont elle a compétence pour se faire, un éventuel recours au juge serait moins choquant.

Trois familles de sanctions contractuelles peuvent être recensées.

On trouve tout d'abord les sanctions pécuniaires. Elle recouvrent les pénalités, les dommages-intérêts pour faute, ou encore les astreintes. Les pénalités « *ont pour objet d'inciter le débiteur à s'exécuter en fixant forfaitairement et par avance des dommages et intérêts qui seront contractuellement dus* ⁴⁶ ». Elles couvrent généralement la sanction d'un

⁴³ Conseil d'Etat, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, S. 1911, III, p.1, conclusions Blum, note Hauriou. Pour plus d'approfondissements, voir M. UBAUD-BERGERON, *La mutabilité du contrat administratif*, thèse, Montpellier, 2004.

⁴⁴ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 338.

⁴⁵ A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, tome 2, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, 2^e édition.

⁴⁶ J. ANTOINE, *Les pouvoirs de sanction du cocontractant défaillant*, Petites Affiches, 7 oct. 2002, n°200, p. 4

retard dans l'exécution d'un contrat. Il n'existe pas de pénalités sans clauses contractuelles expresses.

Plus largement, se présentent les dommages-intérêts, « *somme d'argent due à un créancier par le débiteur pour la réparation du dommage causé par l'inexécution, la mauvaise exécution ou l'exécution tardive de son obligation, et qui est en principe calculée de manière à compenser la perte subie par le créancier et le gain dont il a été privé*⁴⁷ ». Cette sanction pécuniaire ne nécessite pas expressément une mention au contrat, à la différence des pénalités. L'arrêt *Déplanque*⁴⁸ énonce que toute faute contractuelle ouvre droit à dommages-intérêts. Comme le rappelle J. Antoine, « *le commissaire du gouvernement J. Romieu concluait que 'tout obligation contractuelle comporte une sanction ; à défaut de règles particulières édictées par le contrat, c'est le droit commun qu'il faut appliquer ; pour qu'il en fût autrement, il faudrait une disposition explicite et formelle du contrat. Le droit commun, c'est ou la rupture du contrat ou la condamnation à des dommages-intérêts*⁴⁹ ».

Cohabitent avec celles-ci les sanctions dites coercitives, soit contraignantes. Elles « *visent à obtenir la prestation prévue au contrat en dépit de la carence du cocontractant* ⁵⁰ ». Ces sanctions existent dans le silence du contrat, qui demeure malgré leur prononcé. On y recense la mise en régie, qui revient pour l'Administration de remplacer elle-même son cocontractant dans l'exécution du contrat ; la dévolution à un tiers de ce dernier aux risques et périls du cocontractant initial ; ou encore la mise sous séquestre, mesure conservatoire visant généralement à protéger ou récupérer la propriété matérielle d'un bien (souvent nécessaire au service).

Enfin, se trouvent les sanctions résolutoires, abolissant – comme leur nom l'indique – la relation contractuelle existante. L'Administration peut ainsi prononcer la résiliation unilatérale pour intérêt général ou pour faute du cocontractant. Elles se distinguent tant sur la question de leur motivation que sur le droit à indemnisation qui en découle. La résiliation unilatérale implique la présentation par l'Administration d'une motivation d'intérêt général et une indemnisation du cocontractant conséquente de la fin anticipée du contrat. A l'inverse, la résiliation pour faute vise à sanctionner une méconnaissance

⁴⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.*, V° « Dommage ».

⁴⁸ Conseil d'Etat, 31 mai 1907, *Deplanque c/ Ville de Nouzon*, S. 1907, III, p. 113, note Hauriou.

⁴⁹ J. ANTOINE, *Les pouvoirs de sanction du cocontractant défaillant*, Petites Affiches, 7 oct. 2002, n°200, p. 4

⁵⁰ J. ANTOINE, *Ibidem*.

grave du cocontractant à ses obligations contractuelles, entraînant la dispense du versement de toute indemnisation.

L'ensemble de ces sanctions sont des décisions exécutoires prises en vertu d'un contrat. En prononçant une sanction, l'Administration modifie unilatéralement l'ordonnancement juridique du cocontractant. Cette décision aura des effets de droit sur sa personne, lui imposant une obligation nouvelle, lui offrant un droit à indemnisation, ou éteignant simplement la situation contractuelle dans laquelle il est placé. Le privilège du préalable est donc pleinement opératoire en la matière.

L'Administration voit ainsi les sanctions contractuelles qu'elle prononce revêtir l'autorité de chose décidée et emporter l'ensemble des conséquences que cela implique. La sanction est présumée conforme au droit ; le cocontractant est obligé de se soumettre à la volonté de l'Administration, et de saisir le juge administratif en cas de contestation. Cette saisine n'aura aucun caractère suspensif.

Partant, l'Administration serait, en réponse à la définition du privilège du préalable auparavant émise, dans l'obligation de prononcer seule les sanctions contractuelles. Toute demande en ce sens auprès du juge serait considérée comme irrecevable. Or, tel n'est empiriquement pas le cas. En effet, il apparaît que le privilège du préalable *« souffre quelques exceptions. On ne saurait s'étonner de les rencontrer dans un domaine juridique, plus perméable, par nature, à l'influence et à l'esprit du droit commun : le domaine contractuel »*. Dans cette matière, *« le juge se reconnaît des pouvoirs exceptionnels. Dès qu'un contrat est en cause et que, peu ou prou, réapparaît l'univers du consensualisme, les prérogatives de l'administration tendent quelque peu à s'estomper, comme si l'« esprit » du droit n'était plus le même⁵¹ »*.

Il faut constater que le juge administratif accepte de se prononcer sur certaines requêtes introduites par l'Administration. Ces demandes sont relatives au prononcé de certaines sanctions contractuelles intervenant dans l'exécution du contrat litigieux. La doctrine parle d'une renonciation de la personne publique à l'exercice de son privilège du préalable⁵², ou à l'émission d'une décision exécutoire.

⁵¹ R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, thèse, Paris, 1967, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p.??

⁵² Voir principalement sur ce point : C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970 ; L. CAVARE, *Les recours de l'administration devant le juge*, thèse, Toulouse,

Dès lors, le contrat affecterait l'aspect obligatoire du recours de l'Administration à son privilège du préalable, et *a fortiori*, de sa compétence normative. Brutalement, la personne publique aurait le choix entre prononcer la sanction grâce au marteau que constitue le privilège du préalable, ou recourir au juge. Dans un espoir modérateur, ou un dangereux aveuglement, R.-G. Schwartzberg, avance que « *cette obligation ne souffre que des exceptions très rares et très limitées, qui ne doivent pas être surestimées*⁵³ ».

« Surestimées » ou sous-estimées. Le privilège du préalable, ou procédure par décision exécutoire, reconnu comme « *la règle fondamentale de droit public* », est une obligation d'agir par soi-même opposable dans sa lettre en toute circonstance à l'Administration. Une telle exception frappe le cœur du droit administratif. Ce dernier ne peut en effet s'arrêter de battre en certaines occasions.

Maurice Hauriou avait prédit, avant même que la première exception ne se caractérise devant le juge, l'ampleur du désastre juridique qu'entraînerait une exception au privilège du préalable. Il avait conscience qu'une exception a pour essence même d'effriter, voire de détruire, la pertinence du principe auquel elle déroge. Ainsi, il s'écria « *que la procédure d'exécution par décision administrative préalable constitue un tout auquel on ne touche pas impunément ; l'entamer c'est la condamner*⁵⁴ ». Si le droit n'est certes pas une science exacte, il convient parfois de le traiter comme tel. Une exception ayant vocation à fausser l'autorité – sinon la véracité – du principe, il revient d'en trouver la cause.

L'avancement des recherches sur ce sujet autorise à percevoir la consternation générale face à ces exceptions au pilier maître de l'exorbitance du droit administratif⁵⁵, la doctrine s'insurgeant avec véhémence mais résignation de toute nouvelle confirmation d'une dérogation à la jurisprudence *Préfet de l'Eure*⁵⁶. Reste néanmoins la contemplation collective de cette perte en matière contractuelle de l'aspect sujétion du privilège du préalable. Si beaucoup en recensent et

1920, Montauban ; F. MODERNE, *La notion de prérogative de puissance publique en droit administratif français*, thèse, Bordeaux, 1960.

⁵³ R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, thèse, Paris, 1967, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p. ??.

⁵⁴ Note M. HAURIOU sous Conseil d'Etat, 31 mai 1907, *Deplanque c/ Ville de Nouzon*, S. 1907, III, p. 113.

⁵⁵ F. MELLERAY, *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, études de colloque, LGDJ, 2004.

⁵⁶ Conseil d'Etat, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, S. 1915, 3, p.9, note Hauriou.

déplorent les effets⁵⁷, tous semblent désemparés sur la raison d'une telle recevabilité des demandes de l'Administration en vue du prononcé d'une sanction contractuelle. Comme il ressort de la citation de R.-G. Schwartzenberg rappelée *supra*, le contexte contractuel et l'accroissement des pouvoirs du juge en la matière se présentent constamment comme la voie du salut ; un ersatz de réponse à une question qui semble effrayer.

Sans nul doute que le contrat participe à l'apparition d'exceptions au privilège de préalable ; ne serait-ce que par le fait qu'elles ne se présentent qu'en cette matière. La procédure par décision exécutoire fonde le déséquilibre caractéristique entre l'Administration et l'administré. Or, la logique contractuelle place les parties dans une situation, en principe, d'égalité. Cette affirmation ne se vérifie cependant pas totalement en matière de contrats administratifs, où ce même déséquilibre se retrouve. L'Administration dispose d'une supériorité vis-à-vis de son cocontractant du fait des différentes techniques unilatérales à sa portée. Dès lors, le seul contexte contractuel et le rééquilibrage des forces en présence semblent insuffisants pour fonder l'apparition d'exceptions au privilège du préalable en cette matière. Le contrat n'affecte en rien les compétences de l'Administration et les sujétions qui s'imposent à elle.

Il est indéniable que le contrat est la clé de l'énigme, qu'il joue un rôle majeur dans la considération des exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration par le juge administratif. Dès lors, il convient de s'interroger sur l'impact du contrat quant à la mise en œuvre par l'Administration des différentes sanctions qui en sont issues, foyer des exceptions embrasant le privilège du préalable. Si le contrat s'avère être la source de l'exception, sa force juridique spécifique est à rapprocher de l'autorité de chose décidée. Sur ces bases, il est permis de se questionner sur la véritable existence d'exceptions au privilège du préalable en matière de contrats administratifs.

A discuter de la consistance de véritables exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable en matière contractuelle, il revient de tenter d'en redessiner les contours (Première partie). Car le privilège du préalable n'est en rien banni de l'exécution du contrat. Il conserve sa pleine et entière force contraignante pour l'Administration concernant certaines sanctions

⁵⁷ Voir principalement sur ce point : C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970 ; R.-G. SCHWARTZENBERG, *Ibidem* ; L. CAVARE, *Les recours de l'administration devant le juge*, thèse, Toulouse, 1920, Montauban ; F. MODERNE, *La notion de prérogative de puissance publique en droit administratif français*, thèse, Bordeaux, 1960.

contractuelles, et tend à se gommer pour d'autres. Que différencient ces sanctions ? Le contrat joue-t-il un rôle dans la modulation de la portée du privilège du préalable par le juge administratif ?

Fort de cette étude, il reviendra de discuter de la pertinence de ces exceptions. S'appuyant sur les deux dérogations majeures recensées à l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration par le juge administratif, il s'agira de les replacer dans le jeu de cette prérogative de puissance publique. Dans une démarche mettant en parallèle décision exécutoire et contrat, l'objectif sera d'établir la recevabilité devant le juge administratif des demandes de l'Administration aux fins de sanctions contractuelles comme appartenant à la marche normale du privilège du préalable (Seconde Partie). Il ne s'agirait dès lors que d'une simple apparence d'exception, rendant toute sa force à la règle fondamentale de droit public.

PREMIERE PARTIE : UNE EXCEPTION CIRCONSCRITE

Dire qu'une exception est circonscrite semble relever de la tautologie. Une exception est par définition opposée à une règle de principe, et se retrouve limitée par celle-ci. La matière contractuelle est présentée comme l'exception à l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration par le juge administratif. En effet, le privilège du préalable est un moyen de défense pour l'administré qu'il est possible de faire valoir en justice contre l'Administration. Mieux encore, il est un moyen d'ordre public pouvant être soulevé directement par le juge.

Certains auteurs ajoutent, comme exception similaire et concurrente au domaine contractuel, la matière domaniale. Or, les cas de recevabilité d'une demande de l'Administration en cette matière se retrouvent dans le cadre de conventions d'occupation du domaine public, soit de contrats administratifs. Il s'agira dès lors de l'intégrer à notre étude.

L'exception à l'opposabilité du privilège du préalable en matière de sanctions contractuelles n'est point générale. Le raccourci est hélas souvent fait. Le privilège du préalable se présente dans certains cas comme revêtant sa pleine et entière force vis-à-vis de l'Administration demanderesse. Le juge administratif rappelle à l'ordre la personne publique voulant renoncer à son pouvoir d'émettre une décision exécutoire dans certains cas. Le juge modulera néanmoins son appréciation selon la sanction demandée par l'Administration à l'encontre de son cocontractant.

Ici demeure la véritable intrigue. Sans dire qu'il serait plus « tolérable » que l'exception à l'opposabilité du privilège du préalable frappe l'entière matière contractuelle, le cantonnement de la dérogation à certains types de sanctions contractuelles particulières modifie l'angle d'étude. Une exception générale reviendrait à mettre en stricte opposition logique contractuelle et privilège du préalable, à rechercher en quoi le contexte de l'un rejette le caractère applicable de l'autre. Une telle circonstance amènerait à personnifier le « changement d'esprit du droit » que relate R.-G ; Schwartzberg, et montrer que les deux mécanismes sont exclusifs l'un de l'autre. Or, tel n'est pas le cas. Les sanctions prononcées dans le cadre de l'exécution d'un contrat administratif se voient appliquées dans tous leurs

aspects le privilège du préalable. L'exception est circonscrite non au seul contexte contractuel, mais à certaines sanctions en particulier.

Pour commencer à déterminer la raison d'une telle exception, il revient d'en décortiquer les caractérisations. En cela, il s'agira tout d'abord de l'isoler dans la didactique de l'exécution du contrat (Chapitre 1). Cette démarche permettra d'approfondir le principe d'opposabilité du privilège du préalable dans le contentieux relatifs à l'exécution des contrats administratifs et de proposer, sur les bases posées préalablement par la doctrine, une classification claire et précise des exceptions à ce principe. Sur cette nouvelle base, il apparaît que l'exception coupable puisse être lue selon une dialectique particulière : la temporalité de l'exécution du contrat (Chapitre 2). Cette nouvelle lecture du privilège du préalable en matière contractuelle permettra de définir le contrat comme père de cette anomalie à l'autorité de chose décidée.

Chapitre 1 : L'isolement de l'exception dans la didactique de l'exécution du contrat

Privilège du préalable et contrats administratifs sont continuellement approchés de la même façon en doctrine. L'opposabilité de principe du privilège du préalable à l'Administration est rapidement énoncée pour se lancer dans une énumération parfois brouillonne des différentes jurisprudences dérogatoires. Celles-ci présente le juge administratif recevant la requête de l'Administration à fin du prononcé d'une sanction contractuelle vis-à-vis de son cocontractant ; sanctions qu'elle avait le pouvoir de prendre elle-même.

Ces études se placent parfaitement dans la didactique classique de l'exécution du contrat. Les exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable sont isolées en fonctions des différentes familles de sanctions contractuelles, soit pécuniaires, coercitives ou résolutoires. Quoi que peut-être quelque peu aseptisée, cette distinction permet d'appréhender un changement radical de considération du privilège du préalable par le juge quant à certaines sanctions contractuelles.

Il est nécessaire de reprendre et redessiner ce recensement qui, s'il permet de saisir la matière dérogatoire du principe de procédure par décision exécutoire, mêle et emmêle parfois des cas bien différents.

Dès lors, et parce que l'exception a souvent pour effet d'occulter le principe auquel elle déroge, il reviendra tout d'abord d'étudier l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration en matière contractuelle (Section 1), pour ensuite dénombrer et justement qualifier les différentes caractérisations reconnues d'une exception ce principe (Section 2).

SECTION 1 : L'OPPOSABILITE DE PRINCIPE DU PRIVILEGE DU PREALABLE

Abruptement, le privilège du préalable se définit tant par la force juridique de la décision exécutoire que par ses répercussions contentieuses. En cela, il se lit selon un double point de vue ; chacun étant celui d'un des acteurs en présence.

Le plus commun est celui marquant le privilège du préalable en jurisprudence. Le juge refuse de se substituer à l'Administration pour prendre une décision exécutoire dont elle a compétence pour en connaître. En cela, la consécration du privilège du préalable en matière contractuelle pose le principe comme une véritable objection juridictionnelle faite à l'Administration (§1).

Reste la déduction à faire de cette objection. Le juge administratif renvoie l'Administration, demanderesse devant lui, à sa propre compétence. L'aspect obligation du privilège du préalable s'impose alors à l'Administration tel un véritable joug (§2). La personne publique ne peut se défaire, même en matière de contrats administratifs, des prérogatives de puissance publique dont elle est dépositaire.

§1/ La consécration du privilège du préalable, objection à l'administration

Le juge administratif est revêtu de l'habit de gardien des compétences de l'Administration. Ainsi, le Conseil d'Etat a consacré le privilège du préalable de l'Administration il y a bientôt un siècle, dans l'arrêt *Préfet de l'Eure*⁵⁸ de 1913. Cette jurisprudence de principe renvoie froidement l'Administration à ses compétences en matière d'acte administratif unilatéral, établissant l'interdiction pour celle-ci de renoncer à son pouvoir d'émettre des décisions exécutoires en vue d'accomplir sa mission d'intérêt général.

⁵⁸ Conseil d'Etat, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, S. 1915, 3, p.9, note Hauriou.

La question demeurait, à la vue de solutions contraires naissant en matière contractuelle, de savoir si le privilège du préalable s'appliquait à celle-ci. Dès lors, objection fut faite à l'Administration en 1933, dans un arrêt *Le Loir*⁵⁹ quant au prononcé par le juge d'une sanction coercitive envers son cocontractant. Par cette solution, le juge transpose l'opposabilité de principe du privilège du préalable en contentieux contractuel (A), en refusant de participer à l'administration active (B).

A/ La transposition de la solution de principe

Le juge administratif tardera à consacrer la pleine opposabilité du privilège du préalable en matière de contrats administratifs. Celle-ci n'interviendra en effet que vingt ans après l'arrêt *Préfet de l'Eure*, ayant mis en lumière cette prérogative de puissance publique. Cette solution de principe énonce qu' « *il appartenait au préfet de délivrer un état de recouvrement contre la dite commune, sauf à celle-ci à faire opposition au titre émis contre elle devant le conseil de préfecture (...); que, par suite, le préfet du département de l'Eure n'est pas recevable à demander directement au Conseil d'Etat de déterminer la commune où l'enfant Breton a son domicile de secours* ⁶⁰ ».

Outre la casuistique embaumant la solution, il faut retenir que l'Administration se voit opposer l'obligation d'exercer personnellement sa propre compétence. Le juge administratif identifie la compétence en cause, pour mieux lui opposer l'obligation de l'exercer elle-même.

Cette solution est transposée en matière contractuelle de par la lettre de l'arrêt *Le Loir*. Le juge administratif considère en effet que, « *s'il appartient au juge de constater les droits et les obligations réciproques des parties, et de fixer les dommages et intérêts auxquels, par suite, elles peuvent éventuellement prétendre, il ne saurait intervenir dans la gestion du service public en adressant, sous une menace de sanction pécuniaire, des injonctions, soit à l'Administration, soit à ceux qui ont contracté avec elle, à l'égard desquels elle dispose des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution dudit service* ⁶¹ ».

Le juge énonce en essence la même solution de principe que la jurisprudence *Préfet de l'Eure*. Cependant, plusieurs commentaires sont à apporter à la vue de cette solution.

⁵⁹ Conseil d'Etat, 27 janvier 1933, *Le Loir*, Rec. CE, p. 136 ; DP 1934, 3, p.6, conclusion H. Detton

⁶⁰ Conseil d'Etat, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, S. 1915, 3, p.9, note Hauriou.

⁶¹ Conseil d'Etat, 27 janvier 1933, *Le Loir*, Rec. CE, p. 136 ; DP 1934, 3, p.6, conclusion H. Detton

Tout d'abord, le juge administratif propose une solution générale de principe. Il offre une grille de lecture sur l'opposabilité du privilège du préalable en matière contractuelle. Il frappe d'un même sceau les différentes sanctions offertes à l'Administration dans le cadre de l'exécution des contrats administratifs, que ce soit pour outiller leur mise en action effective, ou formaliser la sujétion d'un exercice personnel et autonome que ce privilège implique. L'Administration peut et doit recourir à son privilège du préalable pour mettre en œuvre les différentes sanctions contractuelles dont elle dispose vis-à-vis de son cocontractant.

Ensuite, la confrontation des solutions *Préfet de l'Eure* et *Le Loir* met en évidence la différence de formulation du principe d'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration. Si la solution *Préfet de l'Eure* est basée sur l'identification d'une compétence de la personne publique à prendre une décision exécutoire particulière, la jurisprudence *Le Loir* se voit formulée en considération du rôle du juge administratif face à la compétence administrative.

L'irrecevabilité de l'Administration à formuler une telle demande est dès lors consacrée de manière indirecte. Au lieu d'énoncer que l'Administration ne peut, en vertu de son privilège du préalable, demander au juge de prendre une décision qu'elle est en mesure de prendre, l'arrêt *Le Loir* avance que le juge administratif ne saurait se substituer à la personne publique.

La solution reste cependant la même malgré le changement d'angle de vue. Obligation de disposer soi-même de sa compétence et interdiction d'y renoncer forment les deux facettes du privilège du préalable.

Néanmoins, ce Janus juridique présente un visage plus menaçant que l'autre.

Le changement de sujet dans la formulation de la solution est parlant. Renvoyer l'Administration à sa propre compétence est une méthode brutale. Le juge administratif ne se pose aucune question. Il oppose tel un automate le privilège du préalable à l'Administration, l'enjoignant d'assumer sa place et son rôle, et d'exercer sa compétence seule. Il est autre chose pour le juge administratif que d'exposer consciencieusement les tenants et aboutissants de son intervention quant aux décisions exécutoires prononcées par l'Administration.

La solution *Le Loir* se caractérise par sa formulation moins agressive. Pourtant, les conclusions du commissaire du gouvernement H. Detton sous l'arrêt *Le Loir*

suivaient la logique de la jurisprudence *Préfet de l'Eure*. En effet, il écrit que s'agissant, « *comme c'est le cas en l'espèce, d'obligation des particuliers vis-à-vis de l'Administration, celle-ci est armée à leur égard de pouvoirs suffisamment puissants pour que le procédé imaginé par les juges civils [l'astreinte] soit sans utilité. ; vis-à-vis de ses cocontractants (fournisseurs, entrepreneurs, concessionnaires), l'Administration jouit d'une situation privilégiée que lui confèrent les cahiers des charges : mise en régie, séquestre, déchéance, résiliation, clauses pénales, possibilité de prélever des retenues sur les cautionnements ; bref tout un ensemble de mesures de coercition et un pouvoir d'action d'office autrement efficace et rapide que les astreintes* ».

Ainsi, le juge aurait pu annuler l'arrêté du Conseil de préfecture ayant prononcé l'astreinte litigieuse au profit de l'Administration d'un trait de plume ; et ce aussi brutalement que le fait la solution *Préfet de l'Eure*. Il suffisait de renvoyer purement et simplement la personne publique contractante à sa compétence pour prendre des sanctions contractuelles obligeant son cocontractant à s'exécuter. Or, l'Administration n'a pas la compétence de faire peser une astreinte sur son cocontractant en vue de la bonne exécution de ses obligations.

Ici réside une grande particularité de l'opposabilité du privilège du préalable. Il n'est pas nécessaire que l'Administration possède spécifiquement le pouvoir de prendre la sanction objet de la requête. Le juge s'attache au résultat poursuivi par l'Administration : l'exécution du contrat. Dès lors, lui est opposable l'exercice par décision exécutoire de toute sanction contractuelle permettant cette bonne exécution. Le pouvoir de mise en œuvre de sanctions substituables pour la poursuite du résultat voulu est opposable à l'Administration. Le champ d'action du privilège du préalable en ressort grand.

Partant, le juge administratif évite, par l'émission d'une solution de principe, d'identifier une compétence particulière de l'Administration. La généralité du considérant offre au juge une grande malléabilité quant à son appréciation souveraine des requêtes formulées devant lui. En effet, le refus du juge de se substituer à l'Administration est fonction « *des pouvoirs nécessaires [dont cette dernière dispose] pour assurer l'exécution dudit service* ».

Reste à connaître l'étendue de ces dits « pouvoirs ». En effet, le champ d'action du privilège du préalable s'élargit de par le recours au processus contractuel, ouvrant pour l'Administration une nouvelle sphère de

compétences, apportant de nouveaux pouvoirs spécifiques à ce contexte. Plus spécifiquement, il reviendra au juge administratif de couronner de l'opposabilité du privilège du préalable chacune des sanctions et mesures contractuelles mises à la disposition de l'Administration contractante.

A ce titre, la liste des différentes sanctions contractuelles dressée par la commissaire du gouvernement H. Detton mérite une attention particulière. Outre les sanctions pénales et la retenue sur le cautionnement, on retrouve différentes sanctions coercitives et résolutoires. Il laisse ainsi de côté les pénalités et dommages-intérêts, soit l'établissement par l'Administration d'une dette sur la tête du cocontractant. Cette omission n'a rien d'innocent. Ces deux sanctions sont, à la date de la jurisprudence *Le Loir*, déjà l'objet d'une exception ⁶² à l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration par le juge administratif.

Nonobstant, ce constat semble résonner dans la bouche du juge administratif. En considérant qu'il « *appartient au juge de constater les droits et les obligations réciproques des parties, et de fixer les dommages et intérêts auxquels, par suite, elles peuvent éventuellement prétendre* », le Conseil d'Etat paraît composer avec sa jurisprudence passée sur la question, et annoncer sa position future. Ainsi, dans une lecture stricte, la solution *Le Loir* tend à s'interpréter comme consacrant la recevabilité de toute requête en dommages-intérêts présentée tant par le cocontractant que l'Administration.

Cette interprétation paraît cependant excessive en l'espèce. Le juge administratif fixe et discute depuis toujours le montant des dommages-intérêts en responsabilité contractuelle. Se refusant à annuler les mesures d'exécution du contrat⁶³, le juge règle l'ensemble des contentieux quant à l'exécution du contrat sur le terrain indemnitaire. Ainsi, lorsque l'Administration émet une décision exécutoire sous forme de sanction envers son cocontractant, laquelle est contestée devant la juridiction administrative, le juge contrôle la légalité du bouleversement de l'ordonnancement juridique opéré et assure la réparation en établissant les droits à indemnisations de chacune des parties.

Il semble ainsi rappeler son rôle classique de juge du contrat.

⁶² Conseil d'Etat, 26 décembre 1924, *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain*, Rec. CE, p. 1065 ; S. 1925, 3, p. 25, note Hauriou

⁶³ Cette tendance à néanmoins tendance à s'amenuiser : Conseil d'Etat, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n°304806, où le juge administratif s'est reconnu la possibilité d'annuler la résiliation unilatérale.

Dès lors, la solution *Le Loir* se verrait empiriquement appliquée à l'ensemble des pouvoirs de l'Administration participant à l'exécution du service public. L'opposabilité du privilège du préalable est fonction tant de l'ensemble des pouvoirs relevant de la compétence de l'Administration que de leur impact sur l'exécution du contrat.

En se prenant pour sujet, le juge administratif définit le privilège du préalable de son point de vue. Il isole clairement la dimension contentieuse dudit privilège, soit son opposabilité à l'Administration. Il en écarte l'acception attachée à la pure action administrative, entendue comme l'obligation pesant sur l'Administration d'exercer sa propre compétence. Cet aspect s'appréhende essentiellement dans la seule sphère administrative, indépendante de toute intervention du juge. L'opposabilité du privilège du préalable se fonde alors sur le refus du juge administratif d'administrer activement.

B/ Le refus du juge d'administrer activement

La solution *Le Loir* définit donc le rôle du juge quant à la mise en œuvre des mesures d'exécution du contrat dont l'Administration dispose vis-à-vis de son cocontractant. Pour rappel, le juge administratif énonce qu' « *il ne saurait intervenir dans la gestion du service public en adressant, sous une menace de sanction pécuniaire, des injonctions, soit à l'Administration, soit à ceux qui ont contracté avec elle, à l'égard desquels elle dispose des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution dudit service*⁶⁴ ».

Il est intéressant de lire ce considérant à la lumière des conclusions rendues sous cet arrêt. En effet, le commissaire du gouvernement H. Detton définit l'astreinte - objet de la requête - selon la qualité de la personne. Si l'astreinte doit venir contraindre l'exécution d'une obligation contractuelle du cocontractant, il s'agira pour le juge de faire jouer l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration, comme dit *supra*. Si à l'inverse, elle vient aux renforts d'une obligation de la personne publique, « *un motif décisif s'oppose à l'admission des astreintes ; c'est le principe de la séparation de l'Administration active et du juge. Celui-ci ne peut que prononcer la condamnation d'une personne publique à exécuter son obligation. Il lui est interdit d'adresser des injonctions à l'Administration et de sortir ainsi de son rôle de juge, en s'immisçant dans la gestion du service* ⁶⁵ ». L'arrêt *Le Loir* place à juste titre ces deux hypothèses sous le même giron. En définissant son

⁶⁴ Conseil d'Etat, 27 janvier 1933, *Le Loir*, Rec. CE, p. 136 ; DP 1934, 3, p.6, conclusion H. Detton

⁶⁵ Ibidem

rôle quant à la gestion du service public, le juge lie opposabilité du privilège du préalable à la personne publique et principe de séparation de l'Administration active et du juge. Les deux notions sont connexes, la seconde justifiant la première. Comme l'énonce le juge, se substituer à l'Administration quant au prononcé d'une mesure d'exécution reviendrait à s'immiscer dans la gestion du service public encadrée par le contrat.

Le principe de séparation de l'Administration active et du juge est avant tout doctrinal. En effet, *« aucun texte ne consacre réellement ce principe ; la jurisprudence n'y fait pas allusion en tant que tel⁶⁶ »*. J. Chevallier, dans son étude approfondie sur le sujet, avance que *« le principe de séparation se décompose (...) en deux principes distincts, ou plus exactement, il présente une face différente suivant le point de vue d'après lequel on l'envisage. Si on l'oppose à l'administration active, il signifie "indépendance de la juridiction administrative" ; si on l'oppose à la juridiction administrative, il signifie "indépendance de l'administration active" »*.

Ce principe - quelque peu méconnu - repose sur l'éternelle dualité de point de vue, tout comme le privilège du préalable. Il s'agit de déterminer le rapport de force entre les deux indépendances en cause. Dès lors, J. Chevallier avance différentes conceptions, dont une *« considère le principe de séparation comme synonyme du principe d'indépendance de l'autorité administrative : le principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active consisterait seulement à empêcher le juge administratif d'entreprendre sur l'administration active. Cette conception paraît actuellement, se généraliser. Elle repose sur des fondements sérieux : comme le juge administratif ne peut être complètement isolé de l'administration active, le principe de séparation ne joue en sa faveur que de façon atténuée ; au contraire, l'indépendance de l'administration active est protégée de manière assez rigide vis-à-vis de son juge. Le principe de séparation semble, dans ces conditions, être dirigé principalement contre le juge administratif⁶⁷ »*.

Dans cette conception, *« le respect dû par le juge à l'indépendance de l'administration active, implique qu'il ne peut faire acte d'administration, mais seulement résoudre une contestation en lui donnant une solution*

⁶⁶ J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 13. Le Conseil constitutionnel a depuis consacré le principe de séparation des pouvoirs : Cons. Cons., Décision n°80-119 DC, 22 juillet 1980.

⁶⁷ J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 24

conforme au Droit. Le juge administratif ne peut donc délivrer lui-même une pièce que l'administrateur a refusé de délivrer, ni effectuer lui-même un acte que l'administrateur a refusé d'entreprendre. Le pouvoir de substitution accordé au juge l'amènerait à empiéter sur le domaine de l'administration active⁶⁸).

Fort de cette définition, le principe de séparation de l'Administration active et du juge se présente comme le fondement de la jurisprudence *Le Loir*, et a fortiori, de l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration en matière contractuelle. Il fonde, du point de vue contentieux, non pas l'incompétence mais le refus du juge de remplacer l'Administration dans la conduite de son action. Car « si ''juger, c'est encore administrer'', c'est, de toute façon, administrer autrement que par l'action⁶⁹ ». La mission du juge administratif n'est pas de dédouaner la personne publique de ses missions et responsabilités. Il lui revient de préserver et justifier le déséquilibre habillant le droit administratif. Confiner dans sa mission de règlement des litiges et de gardien de la légalité, il aspire à protéger l'administré contre les pouvoirs exorbitants de l'Administration, non de les exercer lui-même.

Chacun son rôle, et chacun sa place. Le principe de séparation de l'administration active et du juge révèle une dimension restrictive, propre au rôle du juge face à l'exercice des compétences de l'Administration. Cependant, le juge conserve son indépendance, et opérera son contrôle qu'à *posteriori* de l'action administrative.

Il vise ainsi à garantir la bonne conduite de l'administration active, en répondant aux contestations des administrés vis-à-vis des décisions administratives venant bouleverser l'ordonnancement juridique. Le juge se prononcera sur leur légalité ou les éventuelles fautes commises par l'Administration.

Le principe de séparation de l'Administration active et du juge permet enfin de protéger l'Administration contre elle-même. En vertu de ce principe, et pour ce qui nous concerne, le juge va opposer à la personne publique son privilège du préalable en vue de lui faire assumer sa position de force. Il lui interdit, par effet domino, d'y renoncer.

⁶⁸ J. CHEVALLIER, *Ibidem*, p. 28

⁶⁹ J. CHEVALLIER, *Ibidem*, p. 20

Dans une hypothèse de recherche où le juge se substituerait à l'administration quant à la conduite de son action, il prendrait une décision exécutoire ayant autorité de chose jugée, modifiant unilatéralement la situation juridique du cocontractant. Cela reviendrait pour l'Administration demanderesse de recourir au juge non pas pour constater mais pour lui attribuer un droit particulier vis-à-vis de l'autre partie au contrat. Dès lors, juge administratif et Administration se confondraient. Or, comme l'explique J. Biatarana, « *la cause profonde de la séparation de l'administration active et de l'administration contentieuse, c'est le désir que l'administration ne soit pas juge et partie dans sa propre cause*⁷⁰ ».

Toutefois, la présence du juge reste nécessaire quant à la définition de l'autorité de chose décidée. En effet, comme le souligne J. Chevallier, « *si l'Administration accepte de voir son action limitée, contrôlée, censurée, c'est finalement et surtout parce que la sanction des fautes et le redressement des illégalités commises sont indispensables pour justifier la confiance et l'obéissance des administrés*⁷¹ ». Une décision exécutoire doit être susceptible d'être contestée devant le juge administratif pour favoriser le « principe de l'obéissance préalable⁷² » du cocontractant. Ce principe repose l'émission d'une décision préalable. Le juge représente pour l'administré tant une voie juridique susceptible d'éteindre la décision exécutoire qu'une menace de voir cristalliser le bouleversement de sa situation juridique. Dès lors, le principe de séparation de l'Administration active et du juge appuie la force juridique de la décision exécutoire en favorisant, voire fondant, l'obéissance spontanée de l'administré.

Partant, le principe de séparation de l'administration active et du juge représente un garde-fou quant à l'office de ce dernier, mais défend aussi – comme dit plus haut – l'Administration contre elle-même. En consacrant tant l'indépendance du juge que de l'administration active, ce principe protège les compétences de la personne publique. Car, en voulant aller voir le juge, l'Administration renonce à son privilège du préalable, et affecte de facto l'efficacité de sa compétence d'émettre une décision exécutoire.

Dès lors, le principe de séparation de l'administration active et du juge fonde l'opposabilité par ce dernier du privilège du préalable à la personne publique. En refusant de se substituer à elle pour ne pas interférer dans

⁷⁰ M. HAURIOU, Précis de droit administratif, 11^e édition, 1927, p.278. Cité par R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, thèse, Paris, 1967, L.G.D.J., p.108

⁷¹ Cité in J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1970.

⁷² J. CHEVALLIER, *Ibidem*.

l'action administrative, le juge se concentre sur son rôle, et renvoie la personne publique à sa propre compétence.

Car le privilège du préalable est la compétence de l'Administration. Et comme toute compétence administrative, il représente une sujétion pour la personne publique. Dès lors, si le juge s'interdit de prononcer des mesures d'exécution à la place de l'administration, cette dernière n'a tout de même pas le droit de renoncer à leur prononcé. L'exercice autonome du privilège du préalable est une véritable obligation pour l'administration, en vertu du principe d'indisponibilité des compétences.

§2/ La consécration du privilège du préalable, obligation de l'administration

Il revient d'appréhender le privilège du préalable du seul point de vue de l'Administration. L'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration a pour ricochet de mettre à jour deux aspects de cette prérogative de puissance publique : son non-exercice fait l'objet d'une objection faite à l'Administration mais contrevient également à une véritable obligation pesant sur sa personne.

Ainsi, la personne publique ne peut en principe renoncer à l'exercice de sa propre compétence (A) en demandant au juge de prononcer une décision exécutoire à sa place. Mais s'il lui est interdit de disposer de sa compétence, l'Administration à la possibilité de moduler par contrat certaines conditions de son exercice (B).

A/ L'interdiction de disposer de l'exercice de sa compétence

L'Administration voit peser sur sa personne une véritable interdiction de renoncer à l'exercice de son privilège du préalable, en vertu du principe d'indisponibilité des compétences. Véritable « arlésienne juridique », le principe d'indisponibilité des compétences est une notion doctrinale, n'ayant fait l'objet d'aucune consécration jurisprudentielle explicite. Si la formule est relativement contemporaine⁷³, l'indisponibilité des compétences se retrouve

⁷³ J.-M. MAILLOT, *L'indisponibilité des compétences en droit public français*, Petites affiches, 28 septembre 2004, p. 3. ; G. TUSSEAU, *Indisponibilité des compétences*, AFDA, La compétence, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2003 par l'association française pour la recherche en droit administratif, Litec, 2008.

en essence chez nombres d'auteurs de doctrine⁷⁴. Elle fonde, vulgairement, l'aspect sujétion des compétences de l'Administration, et donc du privilège du préalable.

En effet, dans « *un énoncé empirique (ou synthétique), écrit G. Tusseau, la signification de l'indisponibilité des compétences est fonction de l'état hic et nunc d'un droit positif déterminé. Dans ce cadre, elle permet de désigner et de raisonner à propos de situations dans lesquelles les autorités administratives ne mettent pas en œuvre leurs habilitations (inertie ou action tardive de l'Administration) ou ne les utilisent pas de manière satisfaisante (incompétence négative, délégation et contractualisation des compétences) ⁷⁵*».

Il continue en énonçant que « *le principe d'indisponibilité des compétences peut aussi bien revêtir un caractère prescriptif qu'un caractère descriptif. Dans la première hypothèse, il s'agirait ainsi de réclamer, de promouvoir, de justifier, de produire la norme – juridique, morale, politique, etc. – selon laquelle les acteurs juridiques, abordés en l'occurrence à travers les seules autorités administratives, ne doivent pas disposer de leurs compétences. Dans la seconde, il s'agirait uniquement de prendre acte du fait que, dans la réalité, les acteurs juridiques ne disposent pas de leurs compétences* ».

Il s'agira de retenir le caractère prescriptif de l'indisponibilité des compétences vis-à-vis de l'exercice du privilège du préalable. Dès lors, ce principe exige une bonne utilisation par l'Administration de ses pouvoirs. En effet, « *le caractère véritablement problématique de l'indisponibilité des compétences se trouve (...) dans l'utilisation de la compétence avec pour objet ou pour effet de « porter atteinte » à celle-ci, de lui « nuire » de manière grave*».

G. Tusseau parle d'un « *raisonnement finaliste* ». « *Si une autorité déterminée, présentant des qualités particulières, s'est vue conférer un pouvoir, ce n'est pas pour qu'elle s'en désintéresse, s'en dessaisisse, la confie à une autre autorité, en use et en abuse avec la même latitude d'action qu'un particulier et selon son caprice, mais pour qu'elle la mette en œuvre conformément à l'intérêt général. Pour E. Picard, « les personnes publiques sont au service des objectifs qui leur sont fixés, et leurs prérogatives de puissance publique sont*

⁷⁴ Voir, entre autres : F. MODERNE, *La notion de prérogative de puissance publique en droit administratif français*, thèse, Bordeaux, 1960, Tome 3, p. 59 ; G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Tome 4 : *Théorie générale des contrats de l'administration* ; Première partie : *Formation, exécution des contrats*, 3^e édition, Paris, 1934

⁷⁵ G. TUSSEAU, *Ibidem*.

ordonnées à l'exercice des fonctions qu'elles reçoivent et qui s'imposent à elles''. Il s'agit avant tout d'une ''contrainte intellectuelle''⁷⁶».

Cette « contrainte intellectuelle » ne porte donc que sur la seule Administration vis-à-vis de la mise en œuvre de sa propre compétence. Sorte de guide pour la personne publique, J.-M. Maillot s'interroge sur la valeur juridique à donner à l'indisponibilité des compétences. Pour lui, la notion est susceptible de se présenter selon plusieurs acceptions : « *principe directeur de l'action publique, standard de contrôle de l'utilisation par les autorités publiques de leurs prérogatives, authentique principe général du droit, simple règle de conduite sans portée juridique véritable... l'incertitude est forte. Le concept d'indisponibilité apparaît plus sûrement comme un principe directeur de l'action publique. Il s'agirait alors d'un principe gouvernant l'utilisation, par toute autorité, des compétences qui lui sont reconnues, véritable principe d'action qui ne s'inclinerait que si un texte législatif ou réglementaire, autorise expressément une autorité à transférer ou à déléguer, partiellement, une compétence dont elle est investie et qu'elle est censée exercer elle-même, pleinement et personnellement*⁷⁷ ».

L'indisponibilité des compétences est donc la main qui tient l'Administration enchaînée à ses pouvoirs, et ce pour sa propre survie. Les prérogatives de puissance publique étant le fruit de la souveraineté de l'Etat, il revient à l'Administration d'agir en considération des pouvoirs qui lui ont été confiés. « *Principe directeur de l'action publique* », l'indisponibilité des compétences se présente dès lors comme voisine du principe de séparation de l'Administration active et du juge. Mieux encore, il est le diktat, l'exigence absolue, de l'administration active. Par ricochet, il permet au juge administratif d'appréhender le principe de séparation, et d'opposer à l'Administration sa propre compétence en se refusant d'interférer.

Car l'indisponibilité des compétences nécessite « *la présence d'au moins deux normes. L'une est la norme d'habilitation dont est destinataire une autorité administrative donnée ; l'autre est une norme prescriptive qui rend obligatoire la mise en œuvre de cette compétence* ».

La norme d'habilitation est, en ce qui nous concerne, le privilège du préalable. Compétence de l'administration d'émettre une décision exécutoire emportant immédiatement des effets de droit sur la situation

⁷⁶ G. TUSSEAU, *Ibidem*.

⁷⁷ J.-M. MAILLOT, *L'indisponibilité des compétences en droit public français*, PA, 28 septembre 2004, p. 3.

juridique de l'administré ou du cocontractant sans son consentement, il est la règle fondamentale du droit public.

La norme prescriptive, soit un commandement, serait ici le principe de séparation de l'administration active et du juge. Aucun texte ne venant formaliser le privilège du préalable, l'impossibilité d'y renoncer s'accorde avec le refus du juge de se substituer à l'Administration.

Sur constat, G. Tusseau poursuit en énonçant que, *« de ce fait, c'est l'absence d'utilisation de la compétence qui est constitutive d'un manquement au principe d'indisponibilité des compétences. Il est alors estimé qu'en s'abstenant d'agir, l'autorité administrative retient par-devers elle de manière discrétionnaire une faculté qui lui a été attribuée pour qu'elle contribue positivement de manière active, à l'intérêt général. Aussi peut-on parler dans ce cadre de « pouvoirs-devoirs », dans la mesure où la situation de l'Administration associe la faculté de produire des normes avec l'obligation d'utiliser cette faculté ».*

En principe, l'Administration ne doit donc pas renoncer à ses pouvoirs. Disposer de sa compétence n'est admissible selon une seule acception : l'exercice personnel et constant. Il lui est interdit, en vertu du principe d'indisponibilité des compétences, de se dédouaner de son privilège du préalable et de « déléguer » la conduite de certaines mesures d'exécution du contrat au juge administratif. L'interdiction de recourir à la juridiction administrative frappe donc l'Administration dans sa seule sphère, et se retrouve du point de vue contentieux.

Le principe de séparation de l'administration active et du juge met à jour le principe d'indisponibilité des compétences. Ce dernier est l'élément directeur de définition de l'administration active. Il permet donc la mise en œuvre du principe de séparation, et fonde, par ricochet, l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration. Ils constituent les deux faces de la médaille que constitue le privilège du préalable. Ce dernier constitue un « pouvoir-devoir », une prérogative de puissance publique appréhendée tant comme un outil qu'une obligation.

Il ressort de ces différents développements que le principe d'indisponibilité des compétences n'est point circonscrit qu'à la seule tentative de l'Administration de « déléguer » au juge le prononcé d'une décision exécutoire en rapport avec l'exécution du contrat. Scellé à la compétence de l'Administration, l'indisponibilité frappe en principe l'ensemble des

hypothèses de renonciation de la personne publique à l'exercice de ses pouvoirs.

Ainsi, elle ne peut se défaire par contrat de ses compétences. Pour ce qui nous concerne, la logique serait pour les parties de s'en remettre continuellement au juge quant au prononcé de sanctions et mesures contractuelles. Une clause conviendrait que l'Administration renonce à user de son privilège du préalable vis-à-vis de son cocontractant. S'il est difficile d'y voir l'intérêt de la personne publique contractante (d'ailleurs, aucun exemple jurisprudentiel n'existe à ce jour), une telle disposition contractuelle est dans l'absolu envisageable.

Néanmoins, une telle clause serait réputée non-écrite. Tant C. Blumann⁷⁸ que G. Tusseau⁷⁹ s'accordent sur ce point. Le principe d'indisponibilité des compétences, et de facto, celui de séparation de l'administration active et du juge, contreviendrait à une telle disposition contractuelle.. Dans cet esprit, G. Tusseau avance que, « *aussi, certaines conventions sont-elles nulles en raison de l'atteinte qu'elles porteraient à l'habilitation de celui qui se propose de les conclure. Sont ainsi nulles les conventions relatives à l'exercice d'un pouvoir de décision unilatérale, qu'il s'agisse de transférer ce pouvoir à un tiers (hypothèse qui se rapproche de la délégation), de l'y associer (hypothèse qui se rapproche de l'incompétence négative) ou encore de prévoir à l'avance à travers ce procédé d'exercer son pouvoir de telle ou telle manière*⁸⁰ ». Le juge administratif considérerait une telle clause comme contraire à ces principes, la renonciation illégale l'obligeant à administrer activement à la place de l'Administration.

Dans le cadre de notre étude, l'indisponibilité des compétences s'entend avant tout dans sa qualité de principe directeur et matriciel de l'action administrative. Elle vient ainsi contredire l'opportunité d'un recours par l'Administration au juge en vue de prendre une mesure contractuelle dont elle compétence pour en connaître seule. Si « privilège du préalable et contrats administratifs » ne renvoie pas essentiellement à la contractualisation par l'Administration de son pouvoir, il est nécessaire de s'y attarder. Car si

⁷⁸ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p.

⁷⁹ G. TUSSEAU, *Indisponibilité des compétences*, AFDA, La compétence, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2003 par l'association française pour la recherche en droit administratif, Litec, 2008.

⁸⁰ G. TUSSEAU, *Indisponibilité des compétences*, AFDA, La compétence, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2003 par l'association française pour la recherche en droit administratif, Litec, 2008.

l'Administration ne peut, purement et simplement, se priver par contrat de son privilège, elle peut en moduler l'exercice.

B/ La possibilité de moduler l'exercice de sa compétence

L'exercice du privilège du préalable peut être affecté par certaines dispositions contractuelles. Dès lors, il est possible, dans une certaine mesure, d'en moduler son exercice. L'actualité jurisprudentielle du Conseil d'Etat va dans ce sens, en considérant que *« lorsqu'un contrat prévoit une procédure de [conciliation] préalable à l'action contentieuse, la personne publique ne peut légalement émettre un titre exécutoire pour le règlement de sommes correspondant à une contestation relative à l'exécution du contrat sans mettre préalablement en œuvre cette procédure ⁸¹ »*. L'arrêt *Département des Alpes-Maritimes c/ Société CICOM Organisation* démontre un impact du contrat sur l'exercice du privilège du préalable.

Cette affaire concernait le règlement des comptes contractuels d'une concession de service public. Une des clauses prévoyait que toute contestation entre la personne publique et le cocontractant devait être soumise à conciliation. A l'issue ou à défaut, le juge administratif pourrait être saisi. L'administration, remettant en cause les comptes de la délégation précédemment approuvés, émet à l'encontre de son cocontractant un titre exécutoire en vue de percevoir le règlement des sommes correspondantes à cette contestation, sans ouvrir la procédure de conciliation. Le juge annule les différentes décisions exécutoires émises en recouvrement des créances contractuelles sur ce dernier point.

Dès lors, comme le soulève justement P. Devilliers, *« se posait (...) la question de la possibilité pour la personne publique de « contourner » une telle conciliation obligatoire par l'émission d'un titre exécutoire, possibilité qui se rattacherait aux pouvoirs exorbitants du droit commun dont elle dispose dans l'intérêt général⁸² »*. En soi, l'exercice du privilège du préalable se retrouve-t-il affecté par cette procédure de conciliation obligatoire ? La réponse est en l'espèce positive, mais il revient de l'étudier plus en profondeur.

⁸¹ Conseil d'Etat, 28 janvier 2011, n° 331986, *Département des Alpes-Maritimes c/ Société CICOM Organisation* ; Dr. adm n°3, mars 2011, comm. 28, E. Busson ; CMP n°4, avril 2011, comm. 119, P. Devilliers.

⁸² P. DEVILLIERS, CMP n°4, avril 2011, comm. 119 sous Conseil d'Etat, 28 janvier 2011, n° 331986, *Département des Alpes-Maritimes c/ Société CICOM Organisation* ; voir également : Dr. Adm. n°3, mars 2011, comm. 28, E. Busson

Le commentateur continue en avançant qu' « *un tel déséquilibre entre les parties au contrat et la relativisation même de la force de l'engagement contractuel qui en résulterait est nettement refusé par la Haute juridiction* ». A bon droit, rajouterons-nous.

Par la force obligatoire du contrat, l'Administration se lie, pour toute contestation opposant les parties, à recourir à la conciliation. Les parties favorisent donc un règlement des litiges selon un processus commun. En effet, la conciliation se définit comme un « *accord par lequel deux personnes en litige mettent fin à celui-ci (soit par transaction, soit par abandon unilatéral ou réciproque de toute prétention), la solution du différend résultant non d'une décision de justice mais de l'accord des parties elles-mêmes*⁸³ ». Or, l'émission d'une décision exécutoire est à contre-courant de cette logique, frappant unilatéralement le cocontractant d'une obligation sans possibilité de discussion. Les logiques des deux procédés se présentent donc comme antinomiques.

De plus, il est remarquable que la solution *Département des Alpes-Maritimes* reste bornée à l'existence d'une contestation entre les parties. Dès lors, en l'absence d'une telle condition d'ouverture de la conciliation, il est probable que l'Administration puisse prononcer par exemple la modification unilatérale du contrat pour intérêt général, ou encore exercer normalement son pouvoir de direction et de contrôle du cocontractant directement. A la différence des sanctions contractuelles, ces mesures d'exécution du contrat ne viennent pas en réponse d'un différend entre la personne publique et son cocontractant. Elles obéissent à l'évolution des besoins de l'Administration et au maintien d'une pérenne exécution du contrat.

Dès lors, ce dernier ne dispose pas directement de l'exercice du privilège du préalable ; il se contente de poser le recours systématique à la conciliation. Obligation contractuelle pour chacune des parties, les pouvoirs exorbitants de l'Administration s'en retrouvent *de facto* affectés. L'essence et l'intégrité du privilège du préalable restent intactes. L'effet de recul n'est que le dommage collatéral de la procédure que s'est imposée l'Administration.

Partant, retarder le privilège du préalable ne semble pas, dans ce cas d'espèce, contrevenir à l'indisponibilité des compétences. Car si

⁸³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8^e édition, 2007, « Conciliation »

« l'administration ne saurait engager ses pouvoirs dans un sens déterminé⁸⁴ », l'exercice du privilège du préalable reste intact dans la présente hypothèse. Il se trouve seulement bousculé par la contractualisation expresse⁸⁵ d'une conciliation entre les parties en réponse à toute contestation. Dès lors, avant de se faire justice elle-même, l'Administration doit se faire justice avec son cocontractant.

Cette jurisprudence témoigne de la possibilité pour la personne publique de moduler contractuellement l'exercice de sa compétence d'émettre des titres exécutoires, du moins quant à son minutage. Cependant cette modulation ne peut être qu'opérée de manière indirecte. Il ne s'agit pas de contractualiser directement sur le privilège du préalable, mais sur des éléments connexes participant à la logique consensuelle du contrat. Une telle possibilité de modulation du privilège favorise le rapprochement de l'Administration et son cocontractant.

En conclusion de cette première section, le privilège du préalable est opposable en toute circonstance à l'Administration. Il montre, après sa consécration par l'arrêt *Le Loir*, la même force dans le domaine des contrats administratifs qu'en matière d'acte unilatéral.

Opposable tant en vertu du principe de séparation de l'Administration active et du juge que de celui d'indisponibilité des compétences, l'exercice du privilège du préalable s'entend comme une obligation et une objection de/faite à l'Administration. Les deux revers de la médaille que constitue ce privilège interdisent à la personne de renoncer à son bénéfice. L'Administration se doit de mener l'action administrative en tête, et non passer le relais au juge administratif.

Car, et tel est le problème qui nous occupe, l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration se voit souffrir de différentes exceptions en matière contractuelle. Dès lors, le caractère opposable du privilège du préalable voit son autorité bafouée, entraînant tant celle de la compétence même que celles des principes qui en sont à l'origine.

⁸⁴ G. TUSSEAU, *Indisponibilité des compétences*, AFDA, La compétence, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2003 par l'association française pour la recherche en droit administratif, Litec, 2008.

⁸⁵ La procédure de conciliation préalable à l'engagement du contentieux n'est toutefois obligatoire que si le contrat la prévoit expressément : voir Conseil d'Etat, 18 décembre 1987, n° 62344, *Gilbert et Marin* ; Dr. adm. 1988, comm. 33.

L'atteinte à l'indisponibilité des compétences est d'autant plus sévère que celle-ci répond à la définition du principe de séparation. Et si ces deux principes aboutissent en définitive à la même idée, les intérêts qu'ils défendent – intérêt général et indépendance – ne peuvent s'effacer devant le seul contrat.

Il revient dès lors de recenser les caractérisations reconnues d'une exception à l'opposabilité du privilège du préalable pour appréhender et comprendre cette remise en cause.

SECTION 2 : LES CARACTERISATIONS RECONNUES D'UNE EXCEPTION AU PRIVILEGE DU PREALABLE

L'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration en matière contractuelle se présente donc, à l'issue de la précédente section, comme le principe. Des exceptions sont cependant caractérisées en jurisprudence ; le juge considérant recevables certaines requêtes de l'Administration visant au prononcé d'une sanction contractuelle.

Il s'agira non seulement d'explicitier ces différentes exceptions, mais surtout de circonscrire leurs contours. Car la confusion est de mise quant à leur considération. Certaines jurisprudences sont élevées au rang d'exception de l'opposabilité du privilège du préalable du seul fait de la recevabilité par le juge administratif d'une requête présentée par la personne publique. Or, certaines solutions ne se présentent pas comme des exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration, mais comme des incompétences de droit ou de fait de la personne publique.

Dès lors, en vue de délimiter les véritables exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration, il convient d'isoler les recours légitimes au juge par la personne publique par défaut de compétence (§1) de la singularité des recours marqués par l'absence de l'émission d'un titre exécutoire (§2).

§1/ Le recours légitime au juge par défaut de compétence

Certes, l'exercice du privilège du préalable est une obligation opposable à l'Administration. Cependant, comme défini en introduction, le privilège du préalable est une « compétence-outil », un moyen de mettre en œuvre ses autres compétences. Ainsi, pour actionner le marteau de son privilège,

l'Administration doit détenir le fer à battre. En matière contractuelle, la personne publique contractante doit compter parmi ses compétences matérielles le pouvoir de prononcer la sanction souhaitée.

Or, certaines sanctions contractuelles font défaut à l'Administration. L'exemple maître est la déchéance, soit la résiliation pour faute des contrats de concessions de service public (A). Cette sanction peut cependant devenir une compétence de la personne publique après attribution par contrat. Elle reste néanmoins fuyante à la vue de l'exigence du juge pour emporter l'opposabilité de l'exercice du privilège du préalable quant à sa mise en œuvre.

En parallèle, se retrouvent différentes hypothèses où l'Administration dispose, dans l'absolu, d'une compétence matérielle pouvant être mise en œuvre par le privilège du préalable. Néanmoins, en réponse à des considérations de droit ou de fait, le prononcé d'une sanction contractuelle s'avère stérile (B) ; la « compétence-objet » et la force de la décision exécutoire se présentant comme insuffisantes.

A/ La déchéance, objet d'une compétence fuyante

Souvent citée en accompagnement des exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable, la déchéance est une sanction contractuelle régie par une méthode d'intervention particulière. La notion renvoie à la « *perte d'un droit, d'une fonction, d'une qualité ou d'un bénéfice*⁸⁶ ». En somme, elle désigne à la résiliation pour faute des contrats de concession.

Or, la logique des concessions de service public repose sur l'investissement privé du délégataire. Ce dernier, cocontractant de l'Administration, déboursa en effet des frais conséquents quant à la mise en place et la gestion d'un service public, se rémunérant substantiellement sur les usagers en exploitant ledit service. Il amortit ainsi les lourds financements supportés au début de l'exécution contractuelle.

Dès lors, comme le soulève P. Delelis⁸⁷, « *la résiliation d'une délégation de service public est une sanction aux conséquences le plus souvent plus lourdes pour le cocontractant que la résiliation d'un marché. Ceci explique un encadrement juridique plus contraint pour le délégant* ». En effet, la résiliation

⁸⁶ G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, Puf, 8^e édition, 2007, « Déchéance »

⁸⁷ P. DELELIS, *La résiliation des délégations de service public*, CMP n°5, Mai 2004, 13.

pour faute du cocontractant n'entraîne pour ce dernier, comme dit *supra*, aucune indemnisation de la part de la personne publique. Ainsi, la fin anticipée du contrat ne permet pas au délégataire de se rembourser sur les frais dégagés en vue d'installer et optimiser l'exploitation du service public. A l'inverse des marchés publics, où le cocontractant se verra rémunérer pour les prestations déjà effectuées, le délégataire se devra de stopper net son exploitation, coupant court à tout paiement.

Ainsi, l'Administration s'est vue refuser la compétence de prononcer elle-même la déchéance des délégataires, ou plus précisément, la résiliation pour faute des contrats reposant sur une logique à investissements lourds. Elle ne dispose pas du pouvoir de prononcer, dans le silence du contrat, une telle sanction résolutoire.

Partant, le privilège du préalable ne peut être le support d'une compétence matérielle faisant défaut. Si l'Administration en arrivait à prononcer malgré tout une telle sanction, cette mesure d'exécution serait susceptible d'annulation. Comme le rappelle J.-D. Dreyfus, « *la décision de résiliation unilatérale s'analyse comme une mesure d'exécution du contrat que le juge ne se reconnaît pas le pouvoir d'annuler*⁸⁸. Cette règle souffre toutefois une exception : *l'annulation de la résiliation des concessions de service public, et plus généralement des contrats qui imposent au cocontractant la réalisation d'investissements importants peut être demandée*⁸⁹ ».

De plus, la déchéance du délégataire doit venir sanctionner des « *fautes contractuelles d'une particulière gravité*⁹⁰ ». L'Administration ne peut saisir le juge pour lui demander l'autorisation de déchoir son cocontractant pour une faute minime ou négligeable. Il s'agit généralement de pallier la carence du délégataire affectant sérieusement la bonne marche du service public objet du contrat.

« *En raison du caractère exceptionnel*⁹¹ *de cette sanction, il revient normalement au juge de prononcer la déchéance*⁹² ». La personne publique est donc recevable à se porter demanderesse devant le juge administratif en

⁸⁸ J.D. DREYFUS cite, à titre d'exemples : Conseil d'Etat, 9 janvier 1957, Davel, AJDA 1957.II, p.9 ; 3 juin 1987, Société nîmoise de taoumachie et de spectacles, Petites affiches, 15 juin 1988.

⁸⁹ J.D. DREYFUS, *Le contrôle, par le juge du contrat, de la résiliation unilatérale d'une délégation de service public*, AJDA 2003, p. 1823.

⁹⁰ Conseil d'Etat, 13 juin 1947, Nouvelle société fermière de Luxeuil, Rec. CE, p.259.

⁹¹ Conseil d'Etat, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux*, REC. CE, p. 57, conclusions Romieu

⁹² G. ECKERT, *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 430, II, H, Résiliation pour faute (déchéance du délégataire).

vue de faire intervenir une sanction contractuelle dont elle n'a pas compétence pour en connaître. Il ne s'agit pas d'une exception au privilège du préalable, mais d'un cas particulier où celui-ci ne peut intervenir, faute d'une compétence à mettre en œuvre par le biais d'une décision exécutoire.

Le fait que la déchéance ne soit pas une exception à l'opposabilité du privilège du préalable est d'autant plus remarquable du fait que les parties peuvent, par leur rencontre de volontés, attribuer cette compétence à la personne publique, voire aux deux parties. En effet, « *le contrat peut (...) prévoir que le délégant peut lui-même prononcer la déchéance*⁹³ ».

Le retour de la déchéance dans la gamme de sanctions contractuelles mise à la disposition de l'administration cocontractante entraîne *de facto* l'obligation pour l'Administration de prononcer elle-même cette sanction résolutoire.

Le juge administratif a considéré en effet que, « *le traité de concession réservant en l'espèce au préfet le soin de prononcer la déchéance du concessionnaire, le Tribunal administratif, juge du contrat, a excédé les limites de sa compétence en prononçant lui-même cette déchéance, au lieu et place du Préfet*⁹⁴ ».

Le contrat peut donc, en contenant une clause rétablissant la compétence de l'Administration de résilier unilatéralement, pour faute, un contrat à investissements lourds, ressusciter le privilège du préalable de l'Administration dans toutes ses dimensions. La personne publique est obligée de mettre en œuvre, seule, la déchéance du délégataire, quitte à se voir opposer son privilège du préalable devant le juge en cas contraire.

Il faut noter que le juge administratif semble néanmoins très exigeant sur la rédaction de la clause rendant à l'Administration le pouvoir de résiliation unilatérale pour faute. En vue de protéger le cocontractant, la clause se doit de ne pas être formulée en des termes trop généraux, laissant une marge de manœuvre à l'Administration supérieure à celle dont elle aurait normalement eu droit en l'absence de cette clause. La personne publique susceptible d'effectuer ce prononcé doit être nommément désignée, et l'usage de

⁹³ G. ECKERT, *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 430, II, H, Résiliation pour faute (déchéance du délégataire) ; Conseil d'Etat, 17 novembre 1944, Ville d'Avallon, Rec. CE, p. 294.

⁹⁴ Conseil d'Etat, 22 novembre 1967, *Société générale technique*, Rec. CE, p. 859 ; voir aussi Conseil d'Etat, 26 janvier 1923, Ville de Toulon, p.85.

cette compétence contractuelle doit rester cantonné aux fautes contractuelles d'une particulière gravité.

Partant, la déchéance n'est pas une exception à l'opposabilité par le juge du privilège du préalable à l'Administration. Au contraire, elle en montre toute sa puissance dans l'hypothèse où la sanction est rendue à la personne publique par contrat. Les parties doivent néanmoins être vigilantes quant à une telle initiative, la nouvelle compétence de l'Administration pour prononcer la déchéance du concessionnaire pouvant lui échapper des mains du fait d'une contractualisation maladroite.

En parallèle de cette première non-exception résultant d'une incompétence de l'Administration à prononcer une sanction contractuelle déterminée, se retrouve un contexte particulier : la mise en œuvre des sanctions contractuelles par la personne publique s'avère complètement stérile vis-à-vis de l'attitude ou de la nature de son cocontractant.

B/ La sanction stérile, témoin d'une compétence insuffisante

La dénomination de « sanction stérile » est à expliciter. Elle renvoie non pas, comme la déchéance, à une incompétence de droit, mais davantage à une incompétence de fait. L'attitude du cocontractant de la personne publique va avoir une influence sur l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration.

L'attitude du cocontractant est primordiale quant à la bonne marche de l'exercice par l'Administration de son privilège du préalable. Elle montre d'ailleurs toutes les limites de la notion de décision exécutoire.

Rappelons, à titre de prémices, que l'administré – pour nous, le cocontractant – doit obéissance silencieuse et immédiate à la décision exécutoire émise en vertu du privilège du préalable par l'Administration ; décision entendant modifier unilatéralement, en créant des effets de droit, la situation juridique de celui à qui elle est opposée. Ne bousculant que la sphère de l'« exécution juridique », la décision exécutoire, qui est présumée légale, suppose l'obéissance docile de l'administré. L'Administration ne peut assurer son exécution matérielle, soit par la force, que dans les rares hypothèses d'urgence, d'habilitation législative en ce sens, ou suite au constat de toute autre voie de droit possible à cette fin.

La règle est là, l'utopie aussi. La question de l'obéissance de l'administré a torturé la doctrine dans le débat de savoir si décision exécutoire comprenait tant le privilège du préalable que le privilège d'exécution forcée des décisions prises en vertu du premier. Il fut clarifié en introduction qu'il n'en était rien : la décision exécutoire renvoie, purement et simplement, au privilège du préalable.

Si la notion de décision exécutoire et de privilège du préalable fait ses preuves de par la rareté des jurisprudences le rappelant ; pratiquement, l'administré peut tout à fait résister à la force exécutoire d'un acte administratif. Cette réticence peut paraître d'autant plus justifiée pour le cocontractant qui, du fait de sa relation privilégiée avec l'Administration, ne comprend pas le prononcé de telle ou telle sanction.

Ainsi, comme le définit si bien D. Bailleul⁹⁵, « face à l'inexécution d'une de ses décisions, l'Administration n'a pas en principe le pouvoir de vaincre elle-même la résistance de l'administré ». Il reprend en considérant que, « en vertu du privilège du préalable attaché à l'action administrative, toute décision émanant de l'administration est immédiatement opposable et doit être exécutée par son destinataire sans autre formalité que celle de son édicition, et le cas échéant, de sa publication. Or, cette règle fondamentale du droit public est tenue en échec en cas de désobéissance de l'administré, qu'il est alors nécessaire de contourner. Pour cela, la jurisprudence⁹⁶ permet à l'auteur de l'acte de l'exécuter ou de le faire exécuter par la force en cas d'urgence ou lorsque aucune autre voie de droit n'est possible. En dépit des apparences, ce qui ressort finalement de cette jurisprudence est le principe selon lequel, en dehors des exceptions strictement définies, il est interdit à l'administration de procéder elle-même à l'exécution de l'acte, la puissance publique se muant en impuissance physique devant l'inertie de l'administré ».

D. Bailleul continue, en concluant que le juge « sera inévitablement saisi par l'auteur de l'acte désireux d'obtenir une autorisation d'exécution et soucieux de se prémunir contre tout recours éventuel (...) ». Reste « à savoir si l'administration est bien juridiquement démunie en cas d'inexécution d'une de ses décisions. On sait en effet que l'administration n'a pas la possibilité d'obtenir du juge une mesure d'exécution qu'elle pourrait elle-même édicter, ce qui, en l'absence de dispositions légales claires, suppose une

⁹⁵ D. BAILLEUL, *L'exécution des décisions administratives par le juge*, AJDA 2008, p. 386.

⁹⁶ Conseil d'Etat, 2 décembre 1902, *Société Immobilière Saint-Just*, Rec. CE, p.713, conclusions Romieu ; GAJA, Dalloz, 16^e édition, n°11.

interprétation de la situation à la lumière de la jurisprudence relative à l'exécution [forcée] ».

La résistance du cocontractant est, d'une manière imagée, le cancer du privilège du préalable que détient l'Administration. En effet, elle entre totalement en contradiction avec sa définition, qui repose sur le postulat que M. Hauriou nommait le « principe d'obéissance préalable ». Par décision exécutoire, l'Administration a fait peser sur l'administré-cocontractant une obligation, que celui-ci défie.

Or, le recours illégitime à l'exécution forcée, soit hors de l'un des cadres qui la définisse, revient pour la personne publique à commettre une voie de fait. Cette dernière se définit comme une « *irrégularité manifeste portant atteinte au droit de propriété ou à une liberté publique, commise par l'administration dans l'accomplissement d'une opération matérielle d'exécution* ».

Le problème est parfaitement appréhendé en matière contractuelle, le juge ouvrant son prétoire aux demandes désemparées d'Administration voyant un cocontractant effronté résister à l'effet d'une de ses sanctions contractuelles.

Ainsi, le juge administratif complète, en 1956, la solution *Le Loir*, en complétant le considérant de principe précédemment étudié. Il considère ainsi, dans un arrêt *OPHLM du Département de la Seine*, que « *s'il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion du service public (...), il en va autrement quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son cocontractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle ; qu'en pareille hypothèse, le juge du contrat est en droit de prononcer, à l'encontre du cocontractant de l'administration, une condamnation sous astreinte à une obligation de faire ; qu'en cas d'urgence, le juge des référés peut de même, sans faire préjudice au principal, ordonner éventuellement sous astreinte, audit cocontractant, dans le cadre des obligations prévues au contrat, toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public*⁹⁷ ».

Comme le dessine le commissaire du gouvernement J. Chardeau sous cet arrêt, « *l'Administration ne pourrait se faire justice sans commettre une voie de fait. Dans cette situation assez exceptionnelle, il est vrai, l'Administration se*

⁹⁷ Conseil d'Etat, Sect. 13 juillet 1956, *OPHLM du Département de la Seine* ; Rec. CE, p. 343 ; AJDA 1956, II, p. 312, conclusions J. Chardeau et p. 398 chronique Fournier et Braibant. Confirmé par Conseil d'Etat, 30 octobre 1963, *Société Sonetra*, Rec. CE, p. 520.

trouve dans la situation d'un simple particulier, obligé de s'adresser au juge, et s'il y a urgence au juge des référés ⁹⁸»).

L'Administration est donc habilitée à saisir le juge pour lui demander d'intervenir face à la résistance de son cocontractant. Ce recours peut se faire devant le juge du contrat, ou devant le juge des référés. Ce dernier a récemment ouvert à l'Administration la possibilité d'exercer un référé-conservatoire⁹⁹ en matière contractuelle, en vue justement de combattre l'attitude réfractaire du cocontractant de la personne publique. Prévu à l'article L. 521-3 du Code de justice administrative, le référé conservatoire permet à l'Administration de demander au juge toute mesure utile quant à l'exécution contractuelle.

La stérilité de la sanction s'entend cependant tant à *priori* qu'à *posteriori* du prononcé de la mesure d'exécution contractuelle. Elle reflète l'idée que l'Administration ne dispose pas, dans sa gamme de sanctions, d'un procédé « *utile* ¹⁰⁰ » en vue d'atteindre l'objectif fixé. L'attitude réfractaire du cocontractant peut se manifester en réaction d'une sanction contractuelle, ou bien d'une mauvaise volonté de sa part à exécuter ses obligations contractuelles.

Dès lors, le juge va opérer, dans la logique de l'opposabilité du privilège du préalable, à l'appréciation des différentes sanctions contractuelles offertes à la personne publique, et mesurer leur substituabilité en vue de la poursuite de l'exécution du contrat. Il pourra ainsi ordonner la remise de matériels nécessaires à l'exécution du contrat préalablement conservés au siège de l'entreprise¹⁰¹ ou la mise à disposition de véhicules en vue d'assurer, en attente du règlement du litige, le service public en régie¹⁰².

A l'inverse, le juge opposera à l'Administration l'exercice de son privilège de son privilège du préalable lorsqu'il considérera que la personne publique a, parmi son arsenal, des pouvoirs à mettre en œuvre pour assurer la bonne

⁹⁸ Conclusions J. CHARDEAU, AJDA 1956, II, p. 312, sous Conseil d'Etat, Sect. 13 juillet 1956, OPHLM du Département de la Seine ; Rec. CE, p. 343 ; AJDA 1956, II, p. 398 chronique Fournier et Braibant.

⁹⁹ Conseil d'Etat, 29 juillet 2002, n° 243500, Centre hospitalier Armentières ; AJDA 2002, p. 1451, note J.-D. Dreyfus ; JCP G 2003, II, 10002, note J.-C. Zarka.

¹⁰⁰ A. DE LAUBARDERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, tomes 2, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, 2^e édition, p.107.

¹⁰¹ Conseil d'Etat, Sect. 13 juillet 1956, OPHLM du Département de la Seine ; Rec. CE, p. 343 ; AJDA 1956, II, p. 312, conclusions J. Chardeau et p. 398 chronique Fournier et Braibant.

¹⁰² Conseil d'Etat, 30 octobre 1963, Société Sonetra, Rec. CE, p. 520.

exécution du contrat. Il considère ainsi dans l'arrêt *S.O.C.O.T.R.A.P.*¹⁰³ que « l'administration tenant des principes généraux applicables en matière de marchés de travaux publics le pouvoir, après mise en demeure, de procéder d'office aux opérations nécessaires pour assurer l'exécution du marché, c'est à bon droit que le juge des référés, qui est compétent pour ordonner toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service, s'est refusé à se substituer à elle » ou encore, dans une solution *Société intégrale du bâtiment*¹⁰⁴ que « la ville de Millau, qui disposait, à l'égard de l'entrepreneur, des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du contrat et qui n'établit pas qu'elle fût dans l'impossibilité de les exercer utilement, n'était pas fondée à demander au tribunal administratif (...) d'enjoindre à l'entrepreneur, sous menace de sanctions pécuniaires, d'exécuter, conformément aux ordres de services qui lui avaient été notifiés, les engagements qu'il avait souscrits ».

En ce sens, la comparaison des solutions *OPHLM de Département de la Seine* et *S.O.C.O.T.R.A.P.* est parlante. Pour un problème relativement similaire, soit en essence l'évacuation de matériels, les solutions diffèrent selon que, dans le premier cas, le bien soit entreposé au siège de l'entreprise cocontractante ; dans le second, l'équipement se trouve sur le chantier. Si l'Administration ne peut émettre de sanction utile forçant son cocontractant à sortir le matériel, elle peut en revanche avoir une emprise sur la tenue du chantier.

Ainsi, même si le privilège du préalable se fait parfois l'outil de compétences plus qu'obscures, le principe d'opposabilité est là. De ce fait, les requêtes de l'Administration visant à combattre l'attitude réfractaire du cocontractant dans l'exécution du contrat et des sanctions n'en constituent pas une exception. Le juge accepte d'intervenir pour pallier, en dernier recours, à l'inexécution matérielle des décisions exécutoires émises par l'administration, et abstenir l'Administration d'émettre de vaines sanctions sans portée pratique.

En conclusion de ce premier paragraphe, l'hypothèse de la déchéance et la limite du privilège du préalable ouvrent la possibilité pour l'Administration de recourir légitimement au juge. Frappée par une incompétence de prononcer une sanction, ou d'assurer l'exécution matérielle de ses décisions, l'Administration ne peut ou a déjà utilisé son privilège du préalable.

¹⁰³ Conseil d'Etat, 21 juillet 1970, *Société occitanienne de travaux publics* ; Rec. CE, p. 1096 ; AJDA 1970, p. 613, chronique D. Labetouille et P. Cabanes.

¹⁰⁴ Conseil d'Etat, 21 mai 1982, *Société de production intégrale du bâtiment* ; Rec. CE, p. 183.

L'opposabilité de l'exercice du privilège du préalable se retrouve quant à ces « non-exceptions ». Elle tombe néanmoins mystérieusement en matière contractuelle pour certaines sanctions contractuelles. L'Administration, au lieu de se voir opposer l'obligation de prononcer seule une sanction relevant de sa compétence, va se voir offrir la possibilité de demander au juge d'agir à sa place.

Son privilège du préalable ne disparaît pas pour autant ; la personne publique contractante pourra soit utiliser la procédure par décision exécutoire, soit recourir au juge administratif. Il revient alors d'explicitier la caractérisation de ces recours singuliers au juge par défaut de titre exécutoire.

§2/ Le recours singulier au juge par défaut de titre exécutoire

Après avoir évacué les hypothèses de défaut de compétence justifiant le recours de l'Administration au juge, il convient de présenter – le plus clairement possible – les véritables exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration quant au prononcé de différentes sanctions contractuelles.

Les exemples jurisprudentiels de ces exceptions sont relativement peu nombreux. En effet, comme dit plus avant, l'Administration conserve la possibilité de prononcer seule, grâce à son privilège, les différentes sanctions. Elle se voit juste libérée de l'obligation de l'exercer.

La perte de l'aspect sujétion du privilège du préalable en matière contractuelle est consacrée de deux manières par le juge administratif. La première concerne les sanctions pécuniaires, constitutives d'une véritable exception générale (A). La seconde est plus casuistique, et se retrouve dans le prononcé d'une sanction résolutoire en lieu et place d'une Administration qui aurait renoncé à l'effet exécutoire de sa décision (B).

A/ L'exception générale : la sanction pécuniaire

V. Haïm¹⁰⁵ rappelle que « depuis 1913, la jurisprudence est constante : du fait du privilège qui est le sien et des prérogatives qui y sont attachées, une personne publique n'est pas recevable à saisir le juge administratif d'une demande tendant à la condamnation d'un tiers à lui payer une somme dont elle estime qu'elle est créancière. Ce principe s'impose dans le contentieux

¹⁰⁵ V. HAÏM, *Les créances publiques et le privilège du préalable*, Dalloz 1994, Chronique p. 217.

général pour le recouvrement des créances non fiscales¹⁰⁶ comme aussi dans le contentieux fiscal¹⁰⁷».

L'opposabilité de l'exercice du privilège du préalable par l'Administration présente néanmoins sa principale exception en matière contractuelle. Elle prend le visage de différentes sanctions pécuniaires, et plus particulièrement des pénalités et dommages-intérêts. Plus généralement, la personne publique a le choix de recouvrer toutes créances nées d'un contrat administratif par état exécutoire, ou en recourant à la juridiction administrative.

L'opposabilité de l'état exécutoire, « *ordre de recette rendu exécutoire par un ordonnateur principal¹⁰⁸* » répond donc de la bonne marche du privilège du préalable. « *Le recouvrement des créances liées à l'exécution, ou à l'inexécution du contrat¹⁰⁹* » fut pourtant l'objet de la première consécration d'une exception à celle-ci.

Il ne s'agira pas de reprendre toutes les affaires consacrant l'inopposabilité d'exception du privilège du préalable à l'Administration, mais de s'attacher aux deux jurisprudences de principe en la matière : la solution ouvrant l'exception, et celle consacrant sa généralité.

Ainsi, dès 1924, le juge administratif statue favorablement sur la recevabilité d'une requête présentée devant lui par l'Administration en vue du recouvrement du montant de pénalités contractuelles. Il considère ainsi « *qu'il ressort de (...) [la] disposition [contractuelle] qu'il appartenait à l'autorité concédante d'en faire elle-même application, il n'en résulte pas qu'elle fût privé de s'adresser au juge du contrat pour obtenir une condamnation pécuniaire en exécution de la clause pénale stipulée et qu'en rejetant sa demande sur ce point comme recevable, le conseil de*

¹⁰⁶ V. HAIM cite, à titre d'exemples : Conseil d'Etat, 24 mars 1978, *Société La Quinoléine*, Rec. CE, p. 155 ; 18 mai 1984, *Mme Laulaney*, Dr. Adm. 1984, n°267 ; 18 mai 1988, *Ville de Toulouse*, Rec. CE, tables, p.93, Dr. Adm. 1988, n°347 ; 29 juin 1992, *Département des Ardennes c/ Mme Richard-Franke*, req. N°78052.

Nous rajouterons, à titre non exhaustif : Conseil d'Etat, 20 janvier 1971, *Sieur Cornaud*, Rec. CE, p. 46 ; 9 octobre 1964, *Sieur Billoud*, Rec. CE, p. 457 ; CAA Lyon, 22 février 1994, *Communauté urbaine de Lyon*, req. n°93LY00351, AJDA, 1994, p. 796 ; CAA Lyon, 31 décembre 1996, *Centre hospitalier de Maison Blanche c/ Centre hospitalier spécialisé de Montfavet*, AJDA 1997, p. 405.

¹⁰⁷ V. HAIM cite, à titre d'exemples : Conseil d'Etat, 8 juin 1937, *De Las Cases*, R.O., p. 359 ; 29 juillet 1983, req. N°28061, RJF 11-83, n°1274.

¹⁰⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8^e édition, 2007, « Etat ».

¹⁰⁹ V. HAÏM, *Les créances publiques et le privilège du préalable*, Dalloz 1994, Chronique p. 217.

*préfecture a faussement interprété l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII et méconnu sa propre compétence*¹¹⁰ ».

Ouvrant la voie, la jurisprudence *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain* amena l'Administration à s'en remettre de plus en plus souvent au juge en vue du prononcé des sanctions pécuniaires vis-à-vis de son cocontractant¹¹¹. Cette prolifération est évidemment à nuancer : la personne publique « adorant la main qui la tient enchaînée », use communément, et comme il se doit, de son privilège du préalable. Le recours au juge se révèle en pratique plus occasionnel qu'habituel pour l'Administration.

Nonobstant, l'exception à l'opposabilité du privilège du préalable en matière de créances contractuelles s'avère accueillie pareillement de jurisprudences en jurisprudences, jusqu'à atteindre son paroxysme en 1978, par un arrêt de principe *Blum*. Le juge administratif avance, catégorique, « *qu'aucune disposition de loi ou de règlement, ni aucun principe général de droit n'interdisait à la commune de demander au juge administratif la condamnation de l'entrepreneur à lui payer les sommes qu'elle estimait lui être dues à raison des conditions d'exécution d'un contrat plutôt que d'émettre à l'encontre de ce dernier un état exécutoire* »¹¹²).

A la première lecture, cette solution laisse sans voix. Si le privilège du préalable n'est en soit ni consacré par un texte formel, ni un principe général du droit consacré comme tel, il sera quatre ans plus tard élevé comme « *la règle fondamentale de droit public* »¹¹³. Par extension, le juge semble donc avancer que le privilège du préalable, s'il répond à *minima* à l'acceptation de principe général du droit, ne s'oppose pas à son inopposabilité à l'Administration en matière de créances contractuelles. Dans l'absolu, cela reviendrait à remettre en cause le caractère sujétion de la compétence attribuée aux personnes publiques d'émettre des décisions exécutoires en vue de l'accomplissement de l'action administrative, remettant ainsi en

¹¹⁰ Conseil d'Etat, 26 décembre 1924, *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain*, Rec. CE, p. 1065 ; S. 1925, 3, p. 25, note Hauriou.

¹¹¹ Conseil d'Etat, 12 décembre 1929, *Société Entreprise générale Léon Grosse*, Rec. CE, p. 1101 ; 30 juillet 1949, *Société des messageries routières Paris-Lille*, Rec. CE, p. 395 ; 13 mars 1957, *Sieur Mahieux-Barbier*, Rec. CE, p. 166 ; 9 octobre 1964, *Sieur Billoud*, Rec. CE, p. 457 (a contrario) ; 7 janvier 1970, *Durand*, D. 1970, p. 615, note J.F. Lachaune ; 9 janvier 1970, *Entreprise Biron*, req. N°73346;; Sect. 5 novembre 1982, *Société Propétrol*, Rec. CE, p. 380 ; AJDA 1983, p. 259, conclusions Labetoulle ; 3 février 1988, *Commune de Saint-Etienne-de-Tinée*, RDP 1988, p. 1459 ; 27 mai 1988, *Commune de Gagnac-sur-Céré* (entre deux personnes publiques), Rec. CE, p. 217 ; 20 février 1991, *Thomas*, Rec. CE, p. 55.

¹¹² Conseil d'Etat, 7 avril 1978, *Blum*, Dr. Adm. 1978, n°168.

¹¹³ Conseil d'Etat, Sect. 2 juillet 1982, *Huglo c/ Dame Lepage-Jessua* ; AJDA 1982 p.657 concl. J. Biencarelli et note B. Lukaszewicz ; D 1983, J, 327, note O. Dugrip ; D. 1983, IR, 270, obs. P. Delvolvé ; RA 1982, p.627, note B. Pacteau.

cause le principe d'indisponibilité des compétences. Cette allure de contradiction sera étudiée plus après.

Car forte de cette consécration générale, il apparaît néanmoins que l'inopposabilité du privilège du préalable en matière de créances contractuelles présente certaines limites.

Tout d'abord, et il ne s'agira pas de s'y attarder longtemps, il faut noter que *« les collectivités publiques sont recevables à demander au juge du contrat la condamnation de leur cocontractant à des dommages-intérêts avant l'établissement du décompte définitif¹¹⁴ »*. Partant, le décompte général une fois accepté par les deux parties cocontractantes, toute demande de l'Administration en vue de faire prononcer par le juge un état exécutoire se verrait opposer le privilège du préalable. Cette interprétation est des plus logiques, le décompte général mettant fin à l'exécution financière du contrat. Le contrat une fois exécuté, toutes créances que l'Administration estime détenir vis-à-vis de son ancien cocontractant ne sont plus susceptibles d'être qualifiées de « contractuelles ». Elles rentreront dans le domaine de la responsabilité post-contractuelle ou délictuelle.

Ensuite, les alternatives offertes à l'Administration pour assurer le recouvrement des créances contractuelles qu'elle détient à l'égard de son cocontractant sont exclusives l'une de l'autre. En effet, le juge administratif a considéré que *« si les collectivités publiques peuvent en matière contractuelle soit constater elles-mêmes leur créance et se délivrer un titre exécutoire, soit demander au juge la condamnation du co-contractant, elles ne peuvent toutefois recourir au juge lorsqu'elles ont, avant de saisir celui-ci, fait usage du privilège du préalable. Dans un tel cas, dans la mesure où la décision demandée au juge aurait les mêmes effets que le titre émis antérieurement, la demande présentée est privée d'objet, et par suite, irrecevable¹¹⁵ »*.

Même si cette solution n'est pas rendue en Conseil d'Etat, elle met en relation les deux voies de recouvrement des créances contractuelles offertes à l'Administration. Elle sous-entend une certaine supériorité quant à la procédure pour décision exécutoire. Le privilège du préalable est opposé à l'Administration non pas en raison de son non-exercice, mais justement pour avoir été mis en œuvre. Il transparaît de cette solution que l'exercice du privilège du préalable est la procédure normale des mesures contractuelles,

¹¹⁴ Conseil d'Etat, 3 février 1988, *Commune de Saint-Etienne-de-Tinée*, RDP 1988, p. 1459

¹¹⁵ CAA Lyon, 11 juillet 1994, *SARL FCS*, AJDA, 1994, p. 796, Rec. CE, p. 1044.

le recours au juge étant davantage appréhendé comme une solution secondaire.

L'opposabilité du privilège du préalable apparaît donc en filigrane de la consécration d'une exception générale en matière de créances contractuelles. Si l'Administration peut renoncer à son privilège en cette matière, il lui est constamment rappelé qu'elle possède la compétence de prononcer des sanctions pécuniaires seule. Le rappel constant du juge des pouvoirs de l'Administration en cette matière contraste avec la deuxième exception reconnue à l'opposabilité du privilège du préalable, embaumée d'une grande casuistique.

B/ L'exception casuistique : la sanction résolutoire

La juridiction administrative a reconnu, en jugeant recevables certaines demandes de l'Administration, d'autres exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable en matière contractuelle. Néanmoins, à la différence de l'exception générale grevant les sanctions pécuniaires, ces exceptions se présentent comme seulement ponctuelles. Elles ne font l'objet ni d'une solution absolutive générale, ni d'une récurrence jurisprudentielle. Ces exceptions sont pour le moins bien présentes, et se rapportent toutes au prononcé d'une sanction résolutoire.

Il revient, dans une dialectique quelque peu scolaire, de séparer ces exceptions selon qu'elles interviennent dans l'exécution d'un contrat entre personnes publiques (2) ou non (1). Cette dichotomie permettra d'être rigoureux scientifiquement, et d'exclure l'un de ces cadres de notre étude.

1/ La sanction résolutoire à l'encontre d'un cocontractant privé

Le juge administratif a considéré, à trois reprises, recevable la demande de l'Administration relative au prononcé d'une sanction résolutoire. Bien qu'isolées, ces jurisprudences caractérisent une exception à l'opposabilité du privilège du préalable.

Il est remarquable que ces trois jurisprudences concernent chacune une hypothèse particulière dans le domaine de la sanction résolutoire. L'Administration demanderesse a ainsi recouru au juge afin qu'il tire les effets d'une résolution de plein droit, qu'il prononce une résiliation pour faute, ou encore donne force exécutoire à une résolution déjà mise en œuvre.

Il reviendra de présenter brièvement chacune de ces exceptions ponctuelles. Il sera à même d'y revenir et de les analyser plus profondément dans la suite de notre étude.

La première hypothèse vise le cas d'une résiliation de plein droit. En effet, comme le souligne A. De Laubardère, « *il arrive que le contrat prévoit lui-même que, si certaines circonstances se réalisent, le contrat sera résilié de "plein droit" ou "de droit" ou "immédiatement"* ». ¹¹⁶ Il rajoute que « *la résiliation produit alors effet à la date de l'événement qui le déclenche. Selon les cas, la résiliation de plein droit est pure et simple ou donne lieu à une indemnisation du cocontractant* » ¹¹⁷ ».

Il s'agissait dès lors pour l'Administration, dans un arrêt *Société H Lancery* ¹¹⁸, de demander au juge de prononcer la résiliation d'un marché aux torts et griefs de l'entrepreneur. Plus précisément, cette demande visait à consacrer l'avènement des faits ayant entraîné la résiliation automatique, et en tirer les conséquences indemnitaires. Le juge prononce néanmoins la résiliation du contrat aux torts de l'Administration, celle-ci ayant participé activement à la réunion des circonstances génératrices de la résiliation.

En parallèle, le juge a été vu prononcer une résiliation pour faute sur demande de l'Administration dans l'arrêt *Gouvernement général d'Algérie c/ Sieur Carta* ¹¹⁹ de 1937. Il y considère que « *si l'article 35 du cahier des clauses et conditions générales des ponts et chaussées permet à l'administration de résilier un marché dans les cas et selon la procédure qu'il prévoit, il ne fait pas obstacle à ce que le maître de l'ouvrage demande au juge de prononcer la résiliation pour inexécution par l'entrepreneur de ses obligations* ».

Relative à la résiliation pour faute d'un marché public de travaux, cette jurisprudence se rapproche grandement de la formulation de l'arrêt *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain* ¹²⁰ ouvrant l'exception concernant les sanctions pécuniaires. Le juge réfute l'opposabilité du privilège du préalable tout en rappelant à l'Administration son pouvoir de prendre une décision exécutoire prononçant la résiliation pour faute du cocontractant. La solution

¹¹⁶ A. DE LAUBARDERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, 2^e édition, T2, p. 645.

¹¹⁷ A. DE LAUBARDERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Ibidem*, T2, p.642.

¹¹⁸ Conseil d'Etat, 2 janv. 1957, *Société Lancery c/ Office HBM Seine*, Rec. CE 1957, p. 1 ; AJDA 1957, p. 58, concl. Lasry..

¹¹⁹ Conseil d'Etat, 17 mars 1934, *Gouverneur général d'Algérie c/ Carta*, Rec. CE 1934, p. 377

¹²⁰ Conseil d'Etat, 26 décembre 1924, *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain*, Rec. CE, p. 1065 ; S. 1925, 3, p. 25, note Hauriou

n'est cependant pas générale comme peut l'être l'arrêt *Blum*. De plus, l'isolement de la solution *Carta* jette une lumière autonome sur cet arrêt.

Enfin, le juge a considéré recevable une demande de l'Administration reposant sur une résiliation unilatérale pour faute déjà prononcée. Il s'agit de l'exception à l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration par le juge administratif la plus reprise après les créances contractuelles. La célèbre jurisprudence *Ville de Nice*¹²¹ a emporté l'émoi de la doctrine publiciste, sous l'influence de P. Weil.

Relative à une convention d'occupation du domaine public, la demande de l'Administration visait à opposer définitivement à son cocontractant le titre exécutoire émis, afin que ce dernier cesse de se prévaloir de la propriété commerciale. Le juge administratif fait ainsi droit à la demande de la personne publique contractant en considérant, dans le dispositif de la solution, que « *la résiliation intervenue le 30 août 1946 de la convention conclue le 9 mars 1940 entre la Ville de Nice et l'agence nationale d'affichage sortira son plein et entier effet*¹²² ».

Pour la doctrine et P. Weil dans sa note sous l'arrêt, la jurisprudence *Ville de Nice* voit l'Administration non pas renoncer à prononcer la résiliation, mais « abandonner » le caractère exécutoire de sa décision. En effet, P. Weil avance que « *le Conseil d'Etat a voulu rendre « exécutoire » une décision que l'Administration avait renoncé à doter elle-même de ce caractère. (...) L'innovation de l'arrêt consiste dans la reconnaissance de la faculté pour l'administration de renoncer dans certains cas, en matière de contrats notamment, au privilège de prendre des "décisions exécutoires" ».*

Il souligne que l'administration « *ne [peut] pas ramener ses décisions à de simples prétentions auxquelles le juge conférerait leurs effets juridiques* ». Or, pour le professeur émérite, « *c'est à ce principe que (...) [l']arrêt [Ville de Nice] apporte une importante dérogation, limitée, ainsi qu'il ressort des conclusions de M. Long, au domaine des contrats : "vous avez toujours reconnu, soulignait le commissaire, au juge du contrat les pouvoirs les plus*

¹²¹ Conseil d'Etat, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; RDP 1956-575, conclusion Long ; AJDA, 1956-II-266, note Weil.

¹²² CE, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; RDP 1956-575, conclusion Long ; AJDA, 1956-II-266, note Weil. Dans un sens similaire : CE, 1^{er} mars 1978, *Association maison des jeunes et de la culture de Paris Charonne*, Rec. CE, p. 872 ; CE, 28 novembre 1980, *Etablissement Roch*, Rec. CE, p. 446 ; AJDA 1981, p. 88, chronique Feffer et Pinaut ; CE, 4 mai 1981, *Entreprise de travaux publics et de bâtiments Louis Poles*, Req. N°22628, RJA p. 539 ; CE, 30 mars 1984, *S.C.I. Marjenco*, Rec. CE, p. 142

larges. Il joue presque un rôle d'arbitre ou même de collaborateur des parties pour assurer l'exécution du contrat dans des conditions satisfaisantes pour le service et équitables pour elle'' ».

La position du professeur Weil a fait grande autorité sur la doctrine. Plusieurs auteurs ont repris sa théorie de l'émission d'une décision « neutre » dépourvue du caractère exécutoire. Cette caractérisation d'une exception à l'opposabilité du privilège du préalable est critiquable. Il revient néanmoins dans un seul temps de retenir cette renonciation à l'effet exécutoire d'un titre émis par l'Administration.

Ainsi, trois exceptions ponctuelles se présentent en matière de sanctions résolutoires prononcées à l'encontre d'un cocontractant privé. En parallèle, cette famille de sanctions connaît certaines tribulations dans le cadre de contrats entre personnes publiques. En vertu d'un privilège du préalable affaibli, le juge verra dans cette circonstance la nécessité d'intervenir.

2/ La sanction résolutoire à l'encontre d'une personne publique

Les contrats passés entre deux personnes publiques ne peuvent qu'engendrer un certain nombre de questions quant à l'exercice du privilège du préalable. Pouvoir rattaché à la considération organique de l'Administration, chacune des parties conserve le privilège d'émettre des décisions exécutoires¹²³.

Dès lors, se manifeste un « conflit de privilèges du préalable », entraînant certaines conséquences. Les deux parties disposent ainsi, si le contrat est administratif, de la même gamme de sanctions contractuelles. Toutes deux peuvent, par exemple, modifier ou résilier unilatéralement le contrat pour intérêt général, ou encore prononcer un état exécutoire¹²⁴. Ainsi, « lorsque deux personnes publiques contractent ensemble, le déséquilibre inhérent au contrat administratif semble disparaître. Elles sont présumées être placées sur un pied d'égalité¹²⁵ ».

R. Bonnard avance, en considération des contrats entre personnes publiques, que « dans l'intérieur de l'Administration, d'une autorité administrative à l'égard de l'autre, le privilège du préalable ne peut jouer qu'en vertu du pouvoir hiérarchique. Ainsi, le privilège n'existe pas sans rapports entre

¹²³ Voir en ce sens : Conseil d'Etat, 25 mars 1904, *Ville de Toulouse*, Rec. CE, p. 275 ; 8 novembre 1912, *Commune d'Ailloncourt*, Rec. CE, p.1020.

¹²⁴ Conseil d'Etat, 27 mai 1988, *Commune de Gagnac-sur-Céré*, Rec. CE, p. 217.

¹²⁵ D. POUYAUD, *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 675, VI, Contrats entre personnes publiques

autorités du même ordre. Il n'existe pas davantage entre autorités subordonnées lorsqu'il n'existe plus entre elles qu'un contrôle administratif. C'est précisément le cas pour le Gouvernement à l'égard des administrations locales. N'ayant en ce qui les concerne qu'un pouvoir de contrôle administratif, le Gouvernement ne peut user à leur égard du privilège du préalable¹²⁶ ».

Si le « conflit de privilèges du préalable » laisse empiriquement le pouvoir dans les mains de chacune des parties, le fait que les deux cocontractants le possèdent entraîne la chute de son utilité. Le juge paraît ainsi effacer l'opposabilité du privilège du préalable dans ces conditions. Il reconnaît, comme pour les contrats avec une personne privée, la possibilité de demander au juge de prononcer d'une sanction pécuniaire¹²⁷. Il considère également – et c'est ce qui nous intéresse – que la « *convention conclue entre deux personnes publiques pour organiser leurs services publics (...) peut (...) faire l'objet d'une résiliation par le juge administratif pour un motif d'intérêt général ou en raison d'un bouleversement de son économie¹²⁸ ».*

Si le premier cas est une exception à l'opposabilité du privilège du préalable commune à tous contrats, le second pourrait se rapprocher de la logique de la déchéance. Néanmoins, le pouvoir de résiliation unilatérale pour intérêt général se doit en principe, en vertu du principe d'indisponibilité des compétences, d'être mis en œuvre directement par la personne publique.

Le conflit de privilèges du préalable serait donc susceptible de générer une exception à l'opposabilité de ce pouvoir à l'Administration. Cependant, dans le cadre de notre étude, le terme « exception » est basé sur le parallèle de l'opposabilité du privilège du préalable en matière d'action unilatérale et en matière contractuelle. Ces rapports s'entendent alors dans leur sens courant, soit la dialectique Administration/administré.

Les contrats entre personnes publiques se placent sur une autre logique. Ils semblent dès lors répondre moins de l'exception que d'une redéfinition du privilège du préalable ; et ce en réaction de l'anormale égalité habillant les personnes publiques parties à un contrat administratif. Dès lors, il paraît opportun d'écarter, dans un souci de cohérence intellectuelle, cette

¹²⁶ R. BONNARD, note sous Conseil d'Etat, 4 mars 1932, *Ville Versailles*, S. 1932, 3, p.113. Cité par D. POUYAUD, *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 675, V, Contrats entre personnes publiques.

¹²⁷ Conseil d'Etat, 31 mai 2010, *Communauté agglomération Vichy Val d'Allier*, n° 329483, BJCP 2010, p. 368, concl. N. Boulouis.

¹²⁸ Conseil d'Etat, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic Saint-Loup*, n°290540, Dr. Adm. 2009, comm. 19.

hypothèse toute particulière d'inopposabilité du privilège du préalable pour la suite de cette étude.

A l'issue de ce premier chapitre, l'approche didactique du privilège du préalable en matière contractuelle vise non seulement à appréhender d'une manière pédagogique son opposabilité de principe ; mais également de caractériser, par type de sanctions contractuelles, ses véritables exceptions.

Néanmoins, cette approche se retrouve insuffisante. Elle ne permet pas de mettre à jour la justification de la chute de l'aspect sujétion dans l'exercice du privilège du préalable. Tout en n'explicitant pas son raisonnement, le juge administratif offre à l'Administration la possibilité de renoncer à exercer son privilège, et venir lui demander de prononcer, à sa place, une sanction contractuelle déterminée.

Isoler l'exception à l'opposabilité du privilège du préalable par famille de sanctions contractuelles s'avère au final une démarche assez stérile. Elle répond de la contemplation collective – et parfois confuse quant à son classement – de la doctrine. Lister et expliciter les différentes jurisprudences consacrant cette « inopposabilité » ponctuelle du privilège du préalable en matière contractuelle ne fut cependant pas une vaine démarche. Le lien avec le contrat s'affirme, et il est probable que plusieurs justifications soient envisageables selon la sanction constitutive d'une exception.

Face à ce constat, il semble alors opportun de tenter d'isoler l'exception à l'opposabilité du privilège du préalable selon un autre angle d'attaque. Il s'agit de ne plus s'attacher aux familles de sanctions, vision bloquant toute réflexion. Une approche plus large doit être adoptée, et replacer l'exception à l'opposabilité du privilège du préalable dans la globalité de l'exécution du contrat. Ce dernier est doté d'une vie propre, marquée par une naissance longue, une vie plus ou moins mouvementée, et une fin parfois brutale. La temporalité de l'exécution du contrat paraît être un angle d'étude approprié, mettant le doigt sur le mode et le moment d'intervention des différentes sanctions contractuelles.

Chapitre 2 : L'isolement de l'exception dans la temporalité de l'exécution du contrat

Privilège du préalable et contrats administratifs ne doivent plus être perçus dans une dialectique empirique principe/exceptions, mais plus dynamique, comme différences/point commun. Pour se faire, il convient d'appréhender cette dialectique en replaçant chaque élément dans sa nouvelle dimension. En écartant l'angle d'attaque basé sur les familles de sanctions contractuelles, il revient d'isoler l'exception dans une nouvelle logique. La vie du contrat est frappée de nombreuses mesures et sanctions contractuelles prononcées par l'Administration, marquant le tempo de l'exécution contractuelle.

Dès lors, une reprise des différentes jurisprudences montre que l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration en matière contractuelle et ses exceptions sont solidaires de l'indice temporel minuant l'exécution du contrat (Section 1). La différence entre principe et exceptions ressort avec force de cette approche globalisante.

Or, les différentes manifestations de l'opposabilité ou de l'inopposabilité du privilège du préalable à l'Administration présente une certaine cohérence. La recevabilité de la demande présentée par la personne publique est traitée continuellement par le juge selon la même logique. Ce dernier se repose, à chaque fois, à l'exégèse du contrat (Section 2)

SECTION 1 : UNE EXCEPTION SOLIDAIRE DE L'INDICE TEMPOREL

La reprise méthodique des différentes jurisprudences issues d'une requête de l'Administration demandant le prononcé d'une sanction contractuelle démontre un mouvement de balancier entre opposabilité et inopposabilité du privilège du préalable à l'Administration.

En regroupant les cas où la personne publique se voit opposer son privilège du préalable, renforcé par la logique d'indisponibilité des compétences, il ressort que la prérogative de puissance publique revêt sa pleine dimension quant à l'exécutable du contrat (§1). L'Administration n'est donc pas recevable à demander au juge de prendre une sanction contractuelle qui affectera l'avenir de l'exécution du contrat.

En parallèle, la recevabilité de l'Administration se cristallise dans l'« exécuté » du contrat. Que se soit en vue du prononcé d'une sanction pécuniaire ou résolutoire, la demande faite au juge se concentre sur une question relative à l'exécution passée du contrat (§2).

§1/ L'opposabilité du privilège dans l'« exécutable » du contrat

L'approche temporelle de l'exécution du contrat révèle que l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration en matière contractuelle se concentre dans l'aspect « exécutable » du contrat – acception qui s'entend au moment du prononcé de la sanction.

Partant, si la mesure d'exécution du contrat dont l'Administration demande au juge le prononcé concerne l'exécution future du contrat, la personne publique se verra en principe opposer son privilège du préalable.

Il s'agira de réunir les différentes sanctions contractuelles impactant, au moment de leur intervention, le futur de l'exécution contractuelle pour ensuite isoler leurs points communs. Dès lors, est prévisible le renvoi systématique d'une demande de l'Administration en vue de l'avènement d'une sanction future (A). Mieux encore, ces sanctions nécessitent de la part de la personne publique contractante la prise d'une décision exécutoire expresse (B)

A/ Le renvoi systémique d'une demande de sanction future

A l'aide des développements précédents, il est possible d'étendre la logique de l'opposabilité de la procédure de décision exécutoire à l'Administration à un certain nombre de sanctions affectant l'« exécutable » du contrat. Le manque d'exemples jurisprudentiels de cette opposabilité est un handicap à cette démonstration mais également une force, démontrant que les personnes publiques disposent comme il se doit des mesures contractuelles à leur disposition. Comme l'avance F. Moderne, « l'administration a plutôt tendance à abuser de son privilège qu'à ne pas l'utiliser¹²⁹ ». L'administration use de son privilège du préalable, véritable sujétion pour elle.

Il revient dès lors de définir la logique de chacune des sanctions et mesures contractuelles ayant un effet sur l'exécution future du contrat.

¹²⁹ F. MODERNE, t3 p. 184 repris par C. Blumann, op. cit., p. 309

A la vue des exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable en matière contractuelle, l'absence de sanctions dites coercitives est marquante. Pour rappel, cette famille vise « à obtenir la prestation prévue au contrat en dépit de la carence du cocontractant ¹³⁰».

L'Administration va donc constater un manque dans l'exécution par son cocontractant de ses obligations contractuelles, et agir en conséquence. Elle va affecter unilatéralement, en prononçant une sanction contractuelle, sur la situation juridique de l'autre partie au contrat pour l'avenir de l'exécution contractuelle.

La personne publique contractante ne pourra pas recourir au juge pour faire naître cette nouvelle situation juridique sur la tête du cocontractant – nous l'avons vu. Comme le rappelle L. Richer¹³¹, « une injonction d'exécuter le marché ne peut être prononcée dès lors que l'administration peut faire exécuter le contrat aux risques et périls de l'entreprise¹³² ».

Plusieurs sanctions entraînent l'exécution du contrat par un tiers, aux risques et périls de l'entreprise cocontractante.

On trouve tout d'abord la mise en régie¹³³, qui se présente comme une « sanction du droit des marchés de travaux publics consistant à substituer, à l'entrepreneur coupable d'une faute dans l'exécution du marché, un régisseur choisi par l'administration qui poursuit cette exécution aux frais et risques de cet entrepreneur », au sens où la régie renvoie « à un mode de gestion d'un service public assuré directement par la personne publique dont dépend ce service avec son personnel et ses moyens matériels et financiers¹³⁴ ». Elle consiste pour l'Administration, d'un point de vue pratique, à « renier » le processus contractuel.

Ainsi, la personne publique se retrouve à gérer le service elle-même ; ce qu'elle aurait fait si elle n'avait pas contracté. La mise en régie réside dans les

¹³⁰ J. ANTOINE, *Les pouvoirs de sanction du cocontractant défaillant*, Petites Affiches, 7 oct. 2002, n°200, p.4

¹³¹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, 2008, L.G.D.J., 6^e édition, p.348

¹³² Conseil d'Etat, 27 janvier 1933, *Le Loir*, Rec. CE, p. 136 ; DP 1934, 3, p.6, conclusion H. Detton ; 31 janvier 1973, *Wuest* ; Rec. CE, p.89 ;

¹³³ Visée indirectement par les arrêts : Conseil d'Etat, 21 juillet 1970, *Société occitane de travaux publics* ; Rec. CE, p. 1096 ; AJDA 1970, p. 613, chronique D. Labetoulle et P. Cabanes ; Conseil d'Etat, 21 mai 1982, *Société de production intégrale du bâtiment* ; Rec. CE, p. 183. Le juge considère que l'Administration a les moyens matériels, en prononçant une mesure coercitive, de contrecarrer l'inexécution contractuelle du cocontractant.

¹³⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V°« Régie »

seules mains de la personne publique. Dans son arrêt *Déplanque*¹³⁵, le Conseil d'Etat considère en effet que « *cette mesure devait, aux termes mêmes du cahier des charges, être prononcée par la ville elle-même suivant une procédure déterminée, et il n'appartenait pas alors au juge de le faire à sa place* ».

Sa sœur jumelle est la réadjudication à la folle enchère, qui est, « *dans le droit des marchés de travaux publics* », une « *sanction qui consiste à substituer à l'entrepreneur fautif dont le contrat est résilié un nouvel entrepreneur désigné en principe mais non nécessairement, par voie d'adjudication et qui achèvera l'exécution du marché, l'éventuel excédent de dépenses restant à la charge de l'entrepreneur évincé*¹³⁶ ». Cette sanction diffère de la mise en régie de par la fin du contrat initial pour l'établissement d'un nouveau avec une tierce personne.

Enfin, dans un dernière logique, se retrouve la mise sous séquestre, « *mesure qui, sans priver le concessionnaire des droits qu'il tient d'une concession de service public, lui substitue temporairement le concédant dans l'exercice de ces droits, que ce soit à titre de sanction (auquel cas le service est géré par le concédant aux frais et risques du concessionnaire fautif) ou non (le concédant conservant à sa charge les frais de gestion)* ».

La mise sous séquestre est la sanction demandée par l'Administration dans deux arrêts¹³⁷ déjà étudiés au titre de la sanction stérile. Le juge accepte alors de statuer au regard de la résistance du cocontractant empêchant l'Administration de récupérer le bien nécessaire au service. Cette sanction est néanmoins éligible, hors cas de résistance, à voir le privilège du préalable opposé à la personne publique contractant quant à sa mise en œuvre normale.

La sanction coercitive vient donc bouleverser la situation juridique du cocontractant pour le reste de l'exécution du contrat. Elle crée des droits nouveaux pour l'Administration, fait peser de nouvelles obligations sur l'entrepreneur (dont celui de se retirer et supporter le surcoût financier), et entraîne occasionnellement la passation d'un nouveau contrat.

¹³⁵ Conseil d'Etat, 31 mai 1907, *Deplanque c/ Ville de Nouzon*, S. 1907, III, p. 113, note Hauriou.

¹³⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8^e édition, 2007, « Réadjudication ».

¹³⁷ Conseil d'Etat, Sect. 13 juillet 1956, *OPHLM du Département de la Seine* ; Rec. CE, p. 343 ; AJDA 1956, II, p. 312, conclusions J. Chardeau et p. 398 chronique Fournier et Braibant ; 30 octobre 1963, *Société Sonetra*, Rec. CE, p. 520.

Dans une certaine mesure, cette modification par décision exécutoire de la situation juridique du cocontractant pour l'avenir renvoie à la logique des règles générales des contrats administratifs. La modification unilatérale du contrat pour intérêt général va faire peser de nouvelles obligations sur la tête du cocontractant pour le reste de l'exécution du contrat.

Reste la question des sanctions pécuniaires et résolutoires. L'opposabilité du privilège du préalable à l'Administratif reste effective dans certains démembrements de ces deux familles.

Ainsi, il faut noter que si la résiliation pour intérêt général se présente comme une potentielle exception à l'opposabilité du privilège du préalable en matière de contrats entre personnes publiques, le juge la cantonne expressément¹³⁸ à ce seul contexte très particulier. Dans un raisonnement à *contrario*, ce même pouvoir devra être mis en œuvre par l'Administration elle-même dans un contrat administratif comptant un cocontractant privé.

La résiliation unilatérale pour motif intérêt général va ainsi abolir l'ensemble des obligations contractuelles restantes de l'entreprise cocontractant, et lui faire naître un nouveau droit à indemnités. De plus, elle est couramment considérée comme une modification de la durée du contrat ; et se doit donc de suivre sa logique.

La résiliation pour faute obéit à la même logique, puisqu'elle implique pratiquement les mêmes effets. Si la motivation et les conséquences financières diffèrent, l'impact obligationnel touche le seul avenir de l'exécution du contrat.

Aucun exemple jurisprudentiel ayant pour objet une résiliation pour faute n'a consacré l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration quant à son prononcé. Le juge administratif à éviter la question, dans son arrêt *Association Eurolat- Crédit foncier de France*¹³⁹ de 1985, en annulant d'office le contrat litigieux. Néanmoins, il est possible d'affirmer l'obligation pour la personne publique d'actionner elle-même une telle sanction grâce à la considération de la déchéance. Le juge a en effet, comme étudié *supra*,

¹³⁸ Conseil d'Etat, 24 novembre 2008, Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic Saint-Loup, n°290540, Dr. Adm. 2009, comm. 19. L'arrêt énonce que : « la convention conclue entre deux personnes publiques pour organiser leurs services publics (...) peut (...) faire l'objet d'une résiliation par le juge administratif pour un motif d'intérêt général ou en raison d'un bouleversement de son économie »

¹³⁹ Conseil d'Etat, 6 mai 1985, *Association Eurolat - Crédit Foncier de France*, Rec. CE 1985, p. 141 ; RFD adm. 1986, p. 26, concl. B. Genevois ; AJDA 1985, p. 620, note J. Moreau et E. Fâtome.

opposé à l'Administration sa compétence contractuelle de déchoir son concessionnaire pour faute¹⁴⁰.

La résiliation pour faute se voit donc, en vertu de son impact sur l'avenir, assortie de l'opposabilité du privilège du préalable. La jurisprudence *Carta*¹⁴¹ vient évidemment contredire cette affirmation. Néanmoins, il s'agira de l'isoler en l'espèce pour l'étudier avec plus d'insistance à la suite de cette étude, et potentiellement contrecarrer sa portée.

Arrive enfin l'exception générale consacrant l'inopposabilité du privilège du préalable à l'Administration en matière de sanctions pécuniaires. Cependant, il est notable que la demande d'une astreinte est irrecevable devant le juge tant que la personne publique, en considération de ses pouvoirs de sanction, peut aboutir à l'exécution du contrat par l'autre partie¹⁴².

Or, l'astreinte est une « *condamnation pécuniaire accessoire et éventuelle, généralement fixée à tant par jour de retard, qui s'ajoute à la condamnation principale pour le cas où celle-ci ne serait pas exécutée dans le délai prescrit par le juge et tend à obtenir du débiteur, par la menace d'une augmentation progressive de sa dette d'argent, l'exécution en nature d'une obligation supposant son fait personnel*¹⁴³ ».

L'astreinte est un rempart juridictionnel à la résistance du cocontractant, et non un moyen pour l'Administration de se dédouaner de l'exercice de sanctions contractuelles par le truchement de son privilège du préalable. Elle vise, comme les autres, à forcer le cocontractant à assurer pour l'avenir la bonne suite de l'exécution contractuelle.

Dès lors, à travers toutes ces sanctions, l'Administration vise à mener activement l'exécution du contrat. L'opposabilité du privilège du préalable ressort clairement dans chacune de ces hypothèses, entraînant pour la personne publique le devoir de prendre une décision exécutoire expresse modifiant pour l'avenir la situation du cocontractant. Mieux encore, plus qu'une obligation, il s'agit d'une nécessité.

¹⁴⁰ Conseil d'Etat, 22 novembre 1967, *Société générale technique*, Rec. CE, p. 859.

¹⁴¹ Conseil d'Etat, 17 mars 1934, *Gouverneur général Algérie c/ Carta*, Rec. CE 1934, p. 377.

¹⁴² Conseil d'Etat, 27 janvier 1933, *Le Loir*, Rec. CE, p. 136 ; DP 1934, 3, p.6, conclusion H. Detton.

¹⁴³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8^e édition, 2007, « Astreinte ».

B/ La nécessité d'une décision exécutoire expresse

Le privilège du préalable se présente donc, dans la temporalité de l'exécution du contrat, comme opposable à l'Administration concernant les sanctions donnant naissance à une obligation de faire nouvelle ; laquelle régira l'exécution future du contrat. L'Administration requérante ne vise pas, pour de telles mesures, à demander au juge de constater une obligation préexistante afin d'en assurer son exécution matérielle immédiate.

Plus que la naissance d'une obligation de faire, le prononcé de l'une des sanctions contractuelles se plaçant dans l'« exécutable » du contrat constitue un véritable choix pour la personne publique. Celle-ci vise, à travers l'édiction unilatérale d'une mesure, à assurer la continuité du service public et poursuit sa mission d'intérêt général. Elle module ainsi l'avenir de l'exécution du contrat en considération de l'évolution de ses besoins.

Comme le souligne C. Blumann, les sanctions coercitives, auxquelles nous rajouterons à l'inverse de l'auteur les sanctions résolutoires énoncées *supra*, « échappent aux fonctions traditionnelles d'un juge. Elles exigent une appréciation globale des circonstances de fait et de droit, une appréciation des conséquences qui en résulteront à la fois pour le service public et pour le cocontractant¹⁴⁴ ».

Le choix de mettre en œuvre une sanction contractuelle contraste avec son prononcé automatique, comme – nous le verrons – peuvent en relever les sanctions pécuniaires. Le contrat met à la disposition de l'Administration de nouveaux pouvoirs qu'elle pourra exercer à l'égard de son cocontractant. Et, même s'il peut en encadrer potentiellement les conditions d'exercice, le contrat ne planifie pas le moment ou l'opportunité de l'intervention de la sanction.

D. de Béchillon écrit en ce sens que « le cocontractant n'est pas appelé à consentir à la sanction qui le frappe, à l'ordre qu'on lui donne ou à la modification qu'il subit. Lorsque le pouvoir en question ne puise pas son origine dans le contrat, mais dans les « règles générales » qui lui sont applicables, les liens rattachant une telle mesure à la convention sont extrêmement distendus. Le contrat fournit simplement le champ d'intervention d'un acte dont tout dit la plus totale unilatéralité. On ne voit pas pourquoi une sanction contractuelle, par exemple, aurait une nature différente d'une sanction administrative pure et simple. Mais même lorsqu'il

¹⁴⁴ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970.

trouve sa cause juridique dans le contrat, l'acte d'exécution n'en conserve pas moins cette essence intellectuellement unilatérale, verticale et non consentie. L'accord du cocontractant a bien pu porter, à l'origine de la convention, sur l'existence du pouvoir spécifiquement dévolu à l'Administration, mais il n'a pas été sollicité pour en déclencher l'usage. Or, c'est précisément la légalité de cet usage qui est seule susceptible de fournir la matière d'un contentieux de l'exécution proprement dit, et pas l'existence du pouvoir dont il dérive¹⁴⁵ ».

L'Administration a une totale liberté quant à ce prononcé. Elle peut par exemple modifier ou résilier unilatéralement du contrat pour motif d'intérêt général à n'importe quel stade de l'exécution de la convention. Il en va de même pour la mise en régie ou la résiliation pour faute.

Dans l'absolu, la justification – et donc la légalité – du prononcé de la sanction n'importe pas. Cela renvoie à la contestation de la sanction, non à son prononcé. La seule chose qui compte est la constante ouverture de l'utilisation de la sanction contractuelle par la personne publique. La mesure punitive est en perpétuelle latence, attendant d'être actionnée par une décision expresse. Elle ne se manifeste pas d'elle-même. Dès lors, la sanction du cocontractant se présente comme fonction de la politique contractuelle et administrative.

L'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration vient entériner cela. La personne publique se doit de procéder au choix de l'intervention d'une mesure contractuelle ; non seulement parce qu'elle doit, en vertu de l'indisponibilité des compétences, exercer elle-même les prérogatives qui lui sont accordées, mais également en vue d'administrer activement.

L'Administration active renvoie ainsi à la politique de l'action des personnes publiques. Comme le rappelle J. Chevallier¹⁴⁶, « *Artur et Hauriou refusent (...) d'admettre la possibilité pour le juge administratif de donner des ordres à l'administration active, ou de se substituer à elle, en vertu du principe de séparation des fonctions. "Commander aux administrateurs", dit Artur, "c'est se conduire en autorité administrative supérieure". Aussi les tribunaux ne peuvent-ils que déclarer le droit à l'encontre de l'administration"* ».

¹⁴⁵ D. DE BECHILLON, *Le contrat comme norme dans le droit public positif*, RFDA 1992, p. 34

¹⁴⁶ J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1970.

« Déclarer le droit à l'encontre de l'administration » fait ressortir l'idée d'opposer à la personne publique ses propres choix quant à l'opportunité du prononcé d'une sanction contractuelle. On retrouve la logique du privilège du préalable, où l'Administration agit et l'administré conteste. Par son pouvoir de sanctions frappant l'« exécutable » du contrat, l'Administration démontre qu'elle tient encore le gouvernail.

Elle assure ainsi, par la menace que son pouvoir de sanction génère sur son cocontractant, la « *gestion du service public*¹⁴⁷ » dans laquelle le juge refuse d'intervenir. L'arrêt *Le Loir* oppose à l'Administration son privilège du préalable afin que ce soit elle et non le juge qui assure l'action administrative. Ce respect est tributaire, de par la nature même de la sanction, d'une décision exécutoire expresse actionnant le prononcé de la mesure contractuelle.

Comme établi dans le premier chapitre, principe de séparation de l'Administration active et du juge et indisponibilité des compétences sont intrinsèquement liés. Assurer la gestion du service public relève de l'acception d'« administration active ». Pour ce faire, la personne publique se doit, dans l'optique d'assurer la continuité du service public face à un cocontractant défaillant, de prononcer une sanction contractuelle donnant naissance à une obligation de faire. Or, ce prononcé s'opère par l'outil du privilège du préalable, compétence indisponible.

Qu'advient-il alors des « exceptions » à l'opposabilité du privilège du préalable ? Leur cristallisation dans l'« exécuté » du contrat annonce un renversement de logique. Il ne s'agirait plus de délivrer une obligation de faire, mais d'en constater son existence.

§2/ La cristallisation de l'exception dans l'« exécuté » du contrat

L'approche temporelle de l'exécution du contrat a permis de concentrer les cas d'opposabilité du privilège du préalable sur toutes les sanctions contractuelles frappant l'exécution future du contrat. A l'inverse, les exceptions reconnues à cette opposabilité semblent se cristalliser dans l'« exécuté » du contrat. Ainsi, lorsque le juge est saisi d'une requête présentée par une personne publique, la sanction se présente d'ores et déjà prononcée.

¹⁴⁷ Conseil d'Etat, 27 janvier 1933, *Le Loir*, Rec. CE, p. 136 ; DP 1934, 3, p.6, conclusion H. Detton.

Il conviendra dès lors de reprendre chacune des exceptions reconnues à l'opposabilité de principe du privilège du préalable à l'Administration et, comme précédemment, de les replacer dans la temporalité de l'exécution du contrat.

Partant, en associant la logique des sanctions objets de l'exception et la mécanique de leurs interventions, il apparaît que le recours au juge appuie l'apurement des comptes contractuels (A) et l'acquittement des effets d'une résiliation prononcée (B).

A/ L'apurement des comptes contractuels¹⁴⁸

Certaines sanctions pécuniaires constituent, comme il a été vu, des exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration en matière contractuelle. Cette dernière se voit offerte la possibilité de recourir, parallèlement à son pouvoir de prononcer un état exécutoire, au juge afin de recouvrer les créances contractuelles dont elle estime le cocontractant débiteur¹⁴⁹.

Comme l'énonce C. Blumann, «*les sanctions pécuniaires qui seules nous intéressent (...) sont au nombre de deux : les pénalités et les dommages-intérêts. Les pénalités se distinguent des dommages-intérêts du fait de leur caractère forfaitaire, ainsi que de leur caractère automatique, la simple réalisation du fait dommageable suffisant à l'administration pour les prononcer. En revanche, s'agissant des dommages-intérêts, l'administration doit établir l'existence d'un préjudice qui peut d'ailleurs donner lieu à des difficultés quant à son évaluation. (...) En outre, le montant de ces dommages-intérêts, essentiellement variable, ne saurait être fixé par le contrat*¹⁵⁰ ».

¹⁴⁸ A. DE LAUBARDERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, 2^e édition, tome 2, p. 107.

¹⁴⁹ Principalement : Conseil d'Etat, 26 décembre 1924, *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain*, Rec. CE, p. 1065 ; S. 1925, 3, p. 25, note Hauriou ; 12 décembre 1929, *Société Entreprise générale Léon Grosse*, Rec. CE, p. 1101 ; 30 juillet 1949, *Société des messageries routières Paris-Lille*, Rec. CE, p. 395 ; 13 mars 1957, *Sieur Mahieux-Barbier*, Rec. CE, p. 166 ; 9 octobre 1964, *Sieur Billoud*, Rec. CE, p. 457 (a contrario) ; 7 janvier 1970, *Durand*, D. 1970, p. 615, note J.F. Lachaune ; 9 janvier 1970, *Entreprise Biron*, req. N°73346 ; 7 avril 1978, *Blum*, Dr. Adm. 1978, n°168 ; Sect. 5 novembre 1982, *Société Propétrol*, Rec. CE, p. 380 ; AJDA 1983, p. 259, conclusions Labetoulle ; 3 février 1988, *Commune de Saint-Etienne-de-Tinée*, RDP 1988, p. 1459 ; 27 mai 1988, *Commune de Gagnac-sur-Céré* (entre deux personnes publiques), Rec. CE, p. 217 ; 20 février 1991, *Thomas*, Rec. CE, p. 55.

¹⁵⁰ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 314

Ainsi, pénalités et dommages-intérêts constituent des créances contractuelles dont les conditions d'exigibilité par l'Administration différeraient.

Pour rappel, les dommages-intérêts renvoient à une « somme d'argent due à un créancier par le débiteur pour la réparation du dommage causé par l'inexécution, la mauvaise exécution ou l'exécution tardive de son obligation, et qui est en principe calculée de manière à compenser la perte subie par le créancier et le gain dont il a été privé¹⁵¹ ». Il revient donc à l'Administration, pour établir sous leur égide une créance contractuelle, de démontrer un préjudice né en lien direct avec une faute contractuelle commise par le cocontractant.

En parallèle, les pénalités « ont pour objet d'inciter le débiteur à s'exécuter en fixant forfaitairement et par avance des dommages et intérêts qui seront contractuellement dus¹⁵² ». Expressément prévues au contrat, elles présument le préjudice subi par l'Administration.

Partant, les pénalités contractuelles ne sont qu'un dérivé de la notion de dommages-intérêts. Le contrat présume le préjudice subi par l'Administration en cas, par exemple, de retard dans l'exécution du contrat. C'est pourquoi les pénalités n'existent que du fait d'une contractualisation expresse par les parties. Elles organisent ainsi les conséquences financières résultant d'une faute contractuelle caractérisée. La clause de pénalité précise le montant forfaitaire et l'éventuel plafonnement de la créance contractuelle.

Les pénalités contractuelles ont ainsi un caractère automatique. Une créance certaine et chiffrée pèse sur le cocontractant dès l'apparition d'une faute contractuelle précisément nommée. Les dommages-intérêts obéissent empiriquement à la même logique. Comme l'avance J. Romieu, « tout obligation contractuelle comporte une sanction : le droit commun, c'est ou la rupture du contrat ou la condamnation à des dommages-intérêts ». Dès lors, toute faute contractuelle commise par l'une des parties, entraîne pour son cocontractant une obligation à réparation.

En effet, la faute contractuelle se définit par « l'inobservation, par le débiteur, d'une obligation née du contrat (par inexécution totale, exécution défectueuse ou tardive) qui engage sa responsabilité contractuelle¹⁵³ ». Or,

¹⁵¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V°« Dommage ».

¹⁵² J. ANTOINE, *Les pouvoirs de sanction du cocontractant défaillant*, Petites Affiches, 7 oct. 2002, n°200, p.4

¹⁵³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V°« Faute ».

cette dernière se présente comme l' « obligation pour le cocontractant qui ne remplit pas (en tout, en partie, ou à temps), une obligation que le contrat mettait à sa charge, de réparer (en nature si possible, ou, à défaut, en argent), le dommage causé à l'autre partie (...) »¹⁵⁴ ».

Partant, toute méconnaissance du contrat entraîne automatiquement l'apparition d'une créance contractuelle au bénéfice de la partie lésée.

Il ressort, comme le souligne A. De Laubardère, que « la sanction pécuniaire se rapporte non à l'exécution à venir du contrat, mais aux relations financières découlant de son exécution passée (ou plutôt de son inexécution passée) : ce qui prédomine alors, c'est l'apurement des comptes contractuels » en vue de « compenser le préjudice subi par l'Administration »¹⁵⁵ ».

Les pénalités et les dommages-intérêts diffèrent par leur logique de l'astreinte. Par leur prononcé, l'Administration va reconnaître sur la tête du cocontractant une obligation dont elle est déjà créancière en vertu du contrat. Le contrat a opéré pour elle le choix de faire intervenir la sanction. L'action administrative vis-à-vis des sanctions pécuniaires obéit donc à une logique inverse aux sanctions coercitives : la personne publique devra émettre une décision expresse non pas pour assurer la mise en œuvre de la sanction, mais pour éventuellement gracier son cocontractant de son obligation.

Dès lors, que la personne publique émette un état exécutoire ou dépose une requête devant le juge en vue du recouvrement n'affectera pas la situation juridique du cocontractant ; à l'inverse d'une mise en régie ou d'une résiliation unilatérale. C. Blumann percevait cela concernant les pénalités contractuelles, en avançant que « le juge sera d'ailleurs d'autant plus incité à les prononcer lui-même qu'en agissant ainsi, il n'empiète pratiquement pas sur les prérogatives de l'administration. Ces pénalités se singularisent, en effet, par leurs caractères automatique et forfaitaire. Il ne pourra donc y avoir divergence d'appréciation selon que l'administration agit d'office pour les recouvrer ou selon qu'elle saisit le juge. Il y a une sorte de compétence liée à la fois de l'administration et du juge lorsqu'ils ont décidé l'application de ces pénalités »¹⁵⁶ ».

¹⁵⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8^e édition, 2007, « Responsabilité ».

¹⁵⁵ A. DE LAUBARDERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, 2^e édition, tome 2, p. 107.

¹⁵⁶ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 336

Il a été convenu que les dommages-intérêts rejoignent par leur logique l'automatisme de leur prononcé, à l'instar des pénalités contractuelles. Certes, la dette du cocontractant vis-à-vis de l'Administration ne présente pas de caractère proprement chiffré. La faute contractuelle implique seulement pour la partie défaillante une « obligation de payer », en nature ou en argent. Il n'y aurait donc pas de « compétence liée à la fois de l'administration et du juge » au recouvrement de dommages-intérêts.

Quoiqu'il en soit, les créances contractuelles se présentent comme relevant de l'« exécuté » du contrat. Dès lors, le prononcé d'une sanction pécuniaire vise non pas la marche future de l'exécution, mais tire les conséquences d'une obligation pesant déjà sur le cocontractant.

Néanmoins, il est difficile d'exclure arbitrairement cette famille de sanction de la notion de « gestion de service public » dans laquelle le juge ne souhaite pas intervenir, en réponse à la jurisprudence *Le Loir*. L'inopposabilité du privilège du préalable en matière de sanctions pécuniaires ne s'explique donc pas du seul fait de la présence d'une obligation existante.

Les sanctions pécuniaires se caractérisent dès lors dans l'« exécuté » du contrat, tout comme les exceptions ponctuelles en matière de sanctions résolutoires. En effet, en recourant au juge, l'Administration demande à tirer les conséquences d'une résiliation prononcée.

B/ L'acquittement d'une résiliation prononcée

En parallèle des sanctions pécuniaires, l'inopposabilité du privilège du préalable se caractérise, en matière contractuelle, ponctuellement pour certaines sanctions résolutoires. Or, le prononcé de celles-ci affecte l'avenir de l'exécution du contrat en bouleversant la situation juridique du cocontractant. L'Administration se doit donc en principe d'user de son privilège en vue de mettre en œuvre ces sanctions¹⁵⁷.

La jurisprudence *Carta*¹⁵⁸ mise à part, les arrêts *Société H. Lancery*¹⁵⁹ et *Ville de Nice*¹⁶⁰ constituent les deux seules exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable. Or, ces deux affaires se réunissent dans l'« exécuté » du

¹⁵⁷ Conseil d'Etat, 22 novembre 1967, *Société générale technique*, Rec. CE, p. 859.

¹⁵⁸ Conseil d'Etat, 17 mars 1934, *Gouverneur général Algérie c/ Carta*, Rec. CE 1934, p. 377

¹⁵⁹ Conseil d'Etat, 2 janv. 1957, *Société Lancery c/ Office HBM Seine*, Rec. CE 1957, p. 1 ; AJDA 1957, p. 58, concl. Lasry

¹⁶⁰ Conseil d'Etat, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; RDP 1956-575, conclusion Long ; AJDA, 1956-II-266, note Weil.

contrat, tout comme les pénalités et dommages-intérêts. En effet, il ne s'agit pas pour l'Administration de demander au juge la résiliation du contrat : celle-ci est déjà intervenue.

La résiliation de plein droit, objet de la requête de l'Administration dans l'arrêt *Société H. Lancery*, répond ainsi à la même logique que les sanctions pécuniaires. L'intervention de la sanction résolutoire obéit à la réunion de circonstances de fait contractuellement prévues. Dans l'arrêt qui nous préoccupe, le contrat spécifiait ainsi que « *si, par suite de la carence de l'entrepreneur, l'office était réduit à assurer lui-même l'exploitation de l'évacuation et traitement des ordures ménagères pendant une période de trois mois, le présent contrat serait résilié de plein droit au gré de l'office* ».

Ainsi, tant le préjudice causé à l'Administration que la faute du cocontractant se retrouvent spécifiés au sein des clauses contractuelles. Le prononcé de la résiliation ne nécessite donc pas une décision expresse de l'Administration en ce sens. Le cocontractant verra sa situation juridique automatiquement bouleversée par l'avènement de la résiliation de plein droit. Celle-ci interviendra d'office à défaut, comme le rappelle la clause, d'une décision contraire de la part de l'Administration motivée par le contexte de l'apparition des conditions factuelles constitutives de la sanction. Cette réunion d'éléments peut en effet ne pas être le seul fait du cocontractant de la personne publique.

Dès lors, la demande de l'Administration au juge vise la confirmation de ce prononcé automatique pour en acquitter les différentes conséquences (prononciation aux torts et griefs, suspension du paiement de redevances...). En effet, comme l'énonce A. De Laubardère, « *il arrive que l'administration ne dispose pas de moyens de contraindre son ancien cocontractant à respecter les conséquences d'une résiliation. Il lui faut alors demander au juge de les prendre*¹⁶¹ ».

Suivant une même logique, la jurisprudence *Ville de Nice* renvoie à tirer les effets d'une décision déjà intervenue. Il s'agit du principal point de différence avec la jurisprudence *Carta*, où l'Administration semble avoir purement et simplement renoncé à émettre toute décision exécutoire afin d'actionner la sanction contractuelle. En effet, sur l'arrêt *Ville de Nice*, C. Blumann rappelle que le commissaire du gouvernement « *Long ne retient pas l'hypothèse*

¹⁶¹ A. DE LAUBARDERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, 2^e édition, tome 2, p. 108.

d'une demande en résolution judiciaire. Pour lui, en effet, la résiliation administrative du contrat est déjà intervenue (...) ¹⁶²».

Dans l'arrêt *Ville de Nice*, les tribulations quant à l'absence d'effet exécutoire de la décision sont purement doctrinales, et mériteront d'être discutées dans la suite de cette étude. Néanmoins, il est indubitable que la demande de l'Administration dans cette jurisprudence répond elle aussi de l'acquittement des effets d'une résiliation prononcée et non à intervenir.

Ainsi, ces deux exceptions ponctuelles à l'opposabilité du privilège du préalable montrent que la personne publique ne demande pas au juge de prendre à sa place une sanction dont elle a compétence pour en connaître. L'Administration a, par le truchement du contrat, déjà mis en œuvre sa compétence ; faisant entrer ces sanctions dans l'exécution passée de la convention.

En conclusion de cette première section, l'indice temporel a permis de démontrer une différence fondamentale entre l'opposabilité de principe du privilège du préalable à l'Administration en matière contractuelle et ses exceptions.. Principe et exceptions se cristallisent, à une casuistique près, dans l'exécution future ou passée du contrat.

Ce constat constitue un début de réponse à la justification de l'apparition d'exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable. L'action administrative révèle en effet, par cette dialectique temporelle, un visage différent devant le juge administratif. La mission de ce dernier balance entre son refus de modifier l'ordonnancement juridique du cocontractant à la place de l'Administration et son acceptation à connaître des demandes visant à tirer les conséquences d'une obligation existante.

Cette dialectique temporelle semble néanmoins se construire sur un facteur commun. Le raisonnement tenu méthodiquement par le juge montre qu'exceptions et principe se révèlent tributaires des dispositions contractuelles.

¹⁶² C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 341

SECTION 2 : UNE EXCEPTION DEPENDANTE DE L'EXEGESE DU CONTRAT

Adopter une approche temporelle afin d'isoler l'exception au privilège du préalable autrement que par familles de sanctions contractuelles permet d'appréhender celle-ci en considération du contrat.

En effet, l'accord de volonté unissant les parties présente un impact quant à l'intervention des différentes sanctions contractuelles reposant entre les mains de la personne publique. Il transparaît que certaines de ces sanctions voient leur prononcé anticipé du fait d'une clause contractuelle.

Partant, les exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable semblent intrinsèquement liées à l'exégèse du contrat et à l'influence que ce dernier peut avoir sur la mise en œuvre des différentes mesures contractuelles.

Le contrat peut alors être présenté comme la source originelle de l'exception à l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration en matière contractuelle. Mais si cette justification n'est qu'une piste à exploiter (§2), il convient de ne pas la confondre avec les causes de la renonciation de l'Administration à l'exercice de son privilège du préalable. (§1).

§1/ Le rejet d'une justification non-contractuelle de l'exception

Les exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable en matière contractuelle ne s'appréhendent essentiellement que du point de vue du juge. Trouver leur cause revient à comprendre le mécanisme de la soudaine recevabilité de la requête formulée par la personne publique. Il ne faut pas la confondre avec les raisons poussant celle-ci à renoncer à ses pouvoirs en se positionnant demanderesse à l'instance. En effet, ce n'est pas parce que l'Administration peut aller voir le juge qu'elle le fera – comme le démontre le peu d'exemples jurisprudentiels en matière d'inopposabilité du privilège du préalable.

La principale cause de renonciation s'analyse grâce à la théorie dite des « *risques et périls* », sur laquelle nous nous concentrerons. Celle-ci est intrinsèquement liée à la mécanique du privilège du préalable. En effet, elle constitue pour l'Administration un garde-fou quant au prononcé de décisions exécutoires (A) ; lui faisant assumer les conséquences d'une éventuelle utilisation abusive de son privilège.

Cette théorie explicite dès lors la motivation pour la personne publique de recourir au juge et non l'inopposabilité du privilège du préalable (B). Elle relève ainsi plus de l'opportunité pour l'Administration que du fondement de l'exception.

A/ La théorie des risques et périls, garde-fou de l'unilatéralité

La théorie des risques et périls est l'épée de Damoclès pendant au-dessus de la tête de l'Administration lorsqu'elle met en œuvre, du fait de son privilège du préalable, une sanction contractuelle. Elle vise, dans une plus grande généralité, la mécanique unilatérale de l'action administrative. La personne publique va en effet modifier l'ordonnancement juridique en émettant une décision exécutoire présumée légale.

La théorie des risques et périls est le prix de cette légalité. En effet, cette présomption peut être contredite par le juge administratif, saisi en contestation de la sanction par le cocontractant. Le juge se refusant à annuler les mesures prises dans le cadre de l'exécution du contrat¹⁶³, il condamnera l'Administration à payer des dommages-intérêts à l'autre partie en guise de réparation.

Comme le résume parfaitement L. Cavaré, « le Conseil d'Etat s'est attaché à décourager l'Administration de l'abus de la procédure d'office, en posant le principe que l'Administration exécute ses décisions à ses risques et périls. Dès lors, en pratique, elle ne passera aux actes que lorsqu'elle sera sûre de la valeur, du bien-fondé juridique de ses décisions. Alors qu'instinctivement, elle userait de l'action d'office, la réflexion de la responsabilité qui la guette contribuera à lui communiquer de la prudence ; souvent, elle surseoir à l'exécution, guidée par l'intérêt personnel¹⁶⁴ ». Le juge administratif a ainsi « appliqué sa théorie des risques et périls aux mises en régie, aux déchéances, aux résiliations prononcées par l'Administration contre ses entrepreneurs de travaux publics et ses concessionnaires¹⁶⁵ ».

En d'autres termes, la personne publique doit faire un usage responsable de son privilège du préalable, payant le tribut de sa mauvaise utilisation. Tout prononcé d'une sanction contractuelle présente le risque de se retourner

¹⁶³ Cette tendance à néanmoins tendance à s'amenuiser : Conseil d'Etat, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n°304806, où le juge administratif s'est reconnu la possibilité d'annuler la résiliation unilatérale.

¹⁶⁴ L. CAVARE, *Les recours de l'administration devant le juge*, thèse, Toulouse, 1920, Montauban, p. 193.

¹⁶⁵ L. CAVARE, *Ibidem*, p.195

contre elle. Dès lors, en vertu de la théorie des risques et périls, une sanction injustifiée peut être prononcée par le juge aux torts de l'Administration, entraînant indemnisation de l'autre partie.

La théorie des risques et périls « est une théorie ingénieuse, inspirée par la constatation de certains faits, imaginée après coup par le juge, dans le but de limiter les effets fâcheux de la procédure d'office¹⁶⁶ ». Protecteur du cocontractant comme des prérogatives de la personne publique, le juge administratif contrôlera la juste adéquation de la sanction par rapport à sa motivation. Ainsi, les sanctions contractuelles impliquent pour l'Administration de mener une juste appréciation de l'exécution du contrat par le cocontractant.

Cette appréciation peut néanmoins s'avérer difficile, amenant l'Administration à faire une évaluation défavorable du risque supporté par sa décision. Par la menace du retour de flammes qu'elle génère, la théorie des risques et périls constitue la principale motivation de la personne publique à renoncer à l'exercice de son privilège du préalable.

B/ La théorie des risques et périls, motivation de la renonciation

Pour C. Blumann, la renonciation par l'Administration à son privilège du préalable « s'analyse comme le recours au juge ». Il rejoint ainsi L. Cavaré quant à la recherche des causes motivant l'Administration à exercer un tel recours. Tous deux en reviennent alors à la théorie des risques et périls jouant à l'encontre de la personne publique quant à son usage de la procédure par décision exécutoire.

Ainsi, C. Blumann constate que l'administration accepte de « descendre de son piédestal. En fait, l'Administration renonce certes à une situation avantageuse, mais la saisine directe du juge ne comporte pas pour elle que des inconvénients. Il est parfois malaisé de prendre une décision exécutoire. (...) La saisine directe du juge permet, plus lentement il est vrai, d'obtenir un titre exécutoire, lequel aura autorité de chose jugée, et qui ne sera plus contestable par les particuliers¹⁶⁷ ». Le recours au juge présente alors deux avantages motivant l'Administration à renoncer à son privilège.

Elle appréhende tout d'abord la forte probabilité d'un sévère retour de bâton. Ainsi, F. Moderne relève que « l'Administration s'adresse souvent au

¹⁶⁶ L. CAVARE, *Ibidem*, p.195

¹⁶⁷ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 300.

juge : il en sera ainsi lorsqu'elle ne sera pas sûre de son bon droit ou pour éviter des surprises désagréables sous forme de condamnations à des dommages-intérêts ¹⁶⁸ ». Il souligne « *l'hypothèse (...) fréquente où l'Administration ne sait pas si la décision qu'elle a prise ne sera pas annulée pour illégalité par le juge : elle préférera alors renoncer à exercer ses privilèges. (...) Elle le fera d'autant plus facilement que le Conseil d'Etat sanctionne rigoureusement l'abus des procédures privilégiées* ¹⁶⁹ ».

Cette crainte de l'Administration de voir le prononcé d'une sanction contractuelle lui être reproché est d'autant plus parlante en matière de dommages-intérêts. M. Rousseau considère en effet que, « *s'agissant de créances non certaines, tant dans leur existence que dans leur quantum, (...) [l'état exécutoire] ne devrait être employé qu'avec la plus grande circonspection* ¹⁷⁰ ».

Il est en effet difficile d'évaluer, sans exagérer, le montant de son préjudice. Une mauvaise estimation des dommages-intérêts prononcés se retournerait contre l'Administration en cas de contestation par le cocontractant. En se positionnant demanderesse et en renonçant à l'exercice de son privilège du préalable, la personne publique contractante espère se voir libérée de la théorie du risque et périls. Partant, la consécration d'exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable creuse une brèche exploitable pour la personne publique. En se détachant de l'exercice de son pouvoir, l'Administration évite l'éventuel retour de flammes que peut générer le prononcé d'une sanction.

Ironie du sort, la théorie des risques et périls a malgré elle ouvert la consécration d'exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable en matière contractuelle. En recherchant une décision ayant autorité de chose jugée, l'Administration a donné l'opportunité pour le juge de recevoir certaines de ses requêtes.

En effet, l'Administration contractante dispose d'un outil non-négligeable lui permettant tant de mettre en œuvre son privilège du préalable que de prévenir l'éventuel retour de flammes qu'inspire cette théorie. Comme le souligne L. Cavaré, « *la théorie a eu des répercussions sensibles sur la*

¹⁶⁸ F. MODERNE, *La notion de prérogative de puissance publique en droit administratif français*, thèse, Bordeaux, 1960, Tome 3, p. 203.

¹⁶⁹ F. MODERNE, *Ibidem*, p. 200.

¹⁷⁰ Cité par C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 300.

conduite de l'Administration. Elle est la cause explicative de nombreuses demandes en interprétation de ses marchés qu'elle forme (...)»¹⁷¹ ».

Le contentieux de l'interprétation ne vise pas pour le juge à prononcer, à la place de l'Administration, une sanction contractuelle. E. Laferrière avance, dans ce cadre, que « la mission du juge n'est pas d'éclairer officieusement les parties sur leurs droits éventuels, mais seulement de se prononcer sur leurs droits actuels lorsqu'ils donnent lieu à contestation (...). L'interprétation n'étant autre chose que l'éclaircissement d'un texte obscur, la demande d'interprétation n'a pas de raison d'être et n'est pas recevable si elle porte sur un acte clair, dans lequel on ne signale aucune ambiguïté de nature à entraver son application. L'interprétation contentieuse ne peut donc pas, en principe, être l'objet d'une demande en justice, mais seulement un moyen à l'appui de conclusions prises dans une instance déterminée»¹⁷² ».

Sur ce procédé, M. Hauriou confirme que « le contentieux de l'interprétation avait été déjà utilisé par les administrations concédantes pour se mettre à l'abri des risques que leur aurait fait courir la procédure d'office dans le maniement des sanctions contre le concessionnaire. Le mouvement de recul de la procédure d'office dans les relations de concédant à concessionnaire n'est donc pas en soi chose nouvelle»¹⁷³ ».

Dès lors, dans le cadre d'un litige né et actuel, l'Administration va pouvoir demander au juge l'interprétation d'une clause établissant une sanction si sa formulation s'avère confuse ou concorde difficilement avec le contexte de l'espèce. Le juge interprétera la clause contractuelle en considération du litige occupant les parties.

La solution émise ne sera valable que pour le cas d'espèce, et pourra être révisée dans un contexte différent. Le juge guidera ainsi l'Administration dans l'exercice de son pouvoir de sanction, sans pour autant le remplacer. La personne publique pourra émettre une décision exécutoire suivant ou s'écartant de l'interprétation opérée. Par conséquent, elle répond toujours de la théorie des risques et périls ; celle-ci étant plus ou moins atténuée selon le sens de la décision. L'Administration conserve ainsi sa prérogative de mettre en œuvre personnellement la sanction. La procédure par décision

¹⁷¹ L. CAVARE, *Les recours de l'administration devant le juge*, thèse, Toulouse, 1920, Montauban, p.195

¹⁷² E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1896, 2^e édition, p.605

¹⁷³ M. HAURIOU, S. 1925, 3, p. 25, sous Conseil d'Etat, 26 décembre 1924, *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain*, Rec. CE, p. 1065.

exécutoire se retrouve seulement retardée par l'attente de l'interprétation du juge.

Le contentieux de l'interprétation a grandement participé au mariage entre la théorie des risques et périls et l'exception à l'opposabilité du privilège du préalable. En effet, il fut le cadre de la toute première consécration d'une dérogation en matière contractuelle¹⁷⁴. Partant de l'interprétation de la clause du contrat demandée pour terminer en plein contentieux, le juge administratif a ouvert la recevabilité de l'Administration à venir devant lui aux fins de recouvrement des créances contractuelles.

Ce basculement de contentieux, très critiqué par M. Hauriou¹⁷⁵, et la solution qui en est ressortie a posé la théorie des risques et périls dans la balance de la soudaine recevabilité de l'Administration à s'adresser au juge en vue de prendre une décision qu'elle avait légalement compétence pour ce faire. Néanmoins, si le juge administratif écarte *de facto* la théorie des risques et périls en consacrant une exception à l'opposabilité du privilège du préalable, cette épée de Damoclès ne justifie pas la recevabilité d'exception de l'Administration.

La théorie des risques et périls ne se place que du point de vue de la personne publique. Garde-fou de l'exercice abusif du privilège du préalable, elle reste attachée à la mise en œuvre de ladite prérogative par l'Administration. La renonciation au privilège entraîne l'inapplicabilité de la théorie des risques et périls. Cette dernière n'explique dès lors en rien les raisons poussant la juridiction administrative à juger recevables certaines requêtes de l'Administration en matière contractuelle.

En refusant d'utiliser la procédure par décision exécutoire, la personne publique fuit donc la théorie des risques et périls, espérant se libérer du danger d'une mauvaise appréciation des circonstances contractuelles ayant entraîné la sanction.

La théorie des risques et périls constitue donc la motivation première pour l'Administration à renoncer à l'exercice de son privilège du préalable. Elle a néanmoins participé à la consécration d'exceptions à l'opposabilité du

¹⁷⁴ Conseil d'Etat, 26 décembre 1924, *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain*, Rec. CE, p. 1065 ; S. 1925, 3, p. 25, note Hauriou

¹⁷⁵ Notre M. Hauriou, S. 1925, 3, p.25 sous Conseil d'Etat, 26 décembre 1924, *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain*, Rec. CE, p. 1065.

privilège en ayant poussé la personne publique à recourir au juge administratif.

Le fait que la première de ces exceptions ait été prononcée par le juge administratif dans le cadre d'un recours en interprétation du contrat conforte indubitablement notre sentiment premier : la justification de l'inopposabilité du privilège du préalable concernant certaines sanctions contractuelles réside dans le contrat lui-même.

§2/ La réception d'une justification contractuelle de l'exception

Le contrat apparaît, à l'étude de l'indice temporel, indubitablement lié à la consécration d'exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable en matière contractuelle. En effet, par ses clauses, le contrat régit l'acceptation et la logique à donner à chacune des sanctions contractuelles. De plus, le fait que la première caractérisation soit apparue dans le cadre d'un recours en interprétation du contrat est plus que significative.

Le juge administratif semble donc trouver dans le processus contractuel une justification à la recevabilité de l'Administration en position de demanderesse, formulant une requête ayant pour objet une décision qu'elle serait elle-même à même de prendre.

Cette affirmation est d'autant plus forte que le juge motive sa décision, dans chacune des jurisprudences en la matière, sur les clauses contractuelles de la convention unissant les parties au litige (A). Dès lors, et parce que le contrat est le deuxième visage du Janus de l'action administrative, il convient de tenter de replacer ce processus dans le jeu du privilège du préalable (B).

A/ La référence automatique au contenu du contrat

La justification des exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable est, comme il a été dit plus avant, certainement multiple. Les dérogations à l'irrecevabilité de l'Administration à demander au juge de prendre une décision qu'elle est elle-même en mesure de prendre se concentrent néanmoins dans la seule matière contractuelle. Mieux encore, elles interviennent du fait de l'interprétation des différentes clauses de la convention que se fait le juge du contrat.

En effet, comme dit *supra*, la première consécration de l'inopposabilité du privilège du préalable s'est présentée dans le cadre d'un recours en

interprétation du contrat. Dans son arrêt d'ouverture *Ville de Paris c/ Chemin de Fer Métropolitain*¹⁷⁶, le juge administratif considère que « *la ville de Paris demandait au conseil de préfecture de prononcer contre la Compagnie du chemin de fer métropolitain en raison d'un manquement prétendu à ses obligations la pénalité édictée à l'article 20, §2 de la convention (...) aux termes duquel "tout infraction" autre que celle qui sont prévues au paragraphe précédent, "sera frappée d'une amende de 50 francs par jour, de plein droit et sans qu'il soit besoin d'aucune mise en demeure"* ». Il continue en avançant « *que s'il ressort de cette disposition qu'il appartenait à l'autorité concédante d'en faire elle-même application, il n'en résulte pas qu'elle fut privée de la faculté de s'adresser au juge du contrat pour obtenir une condamnation pécuniaire en exécution de la clause pénale stipulée* ».

Le Conseil d'Etat assure donc la recevabilité de l'Administration demanderesse sur la clause contractuelle instaurant la sanction contractuelle. Cette démarche est remarquable dans la totalité des jurisprudences rendues dans la matière qui nous concerne.

L'indice temporel est indifférent à cette constante. Le juge fera référence au contrat qu'il oppose qu'il reçoive l'Administration ou lui oppose le privilège du préalable. Ainsi, dans le cadre de l'« exécutable » du contrat, le juge administratif examinera l'ensemble des sanctions contractuelles prononçables par l'Administration en vertu de la lettre du contrat. Il en appréhendera ainsi leur éventuelle substituabilité. C'est ainsi qu'il avance, dans son arrêt *Société de protection intégrale du bâtiment*, « *que l'article 35 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés des collectivités locales, auquel se référait expressément le marché (...), prévoit les mesures coercitives qui peuvent être prises par le maître de l'ouvrage à l'effet de contraindre l'entrepreneur à se conformer soit aux stipulations du contrat, soit aux ordres de services*¹⁷⁷ ».

Il en est de même pour les exceptions reconnues à l'opposabilité du privilège du préalable. Les sanctions pécuniaires se voient rattachées naturellement au document contractuel dans l'ensemble des caractérisations jurisprudentielles, puisque la convention automatise l'intervention de l'obligation de payer. La consécration d'une exception à l'opposabilité du privilège du préalable en matière de sanctions pécuniaires est parlante, le juge administratif considérant que « *que [le requérant] se trouvait en sa*

¹⁷⁶ Conseil d'Etat, 26 décembre 1924, *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain*, Rec. CE, p. 1065 ; S. 1925, 3, p. 25, note Hauriou.

¹⁷⁷ Conseil d'Etat, 21 mai 1982, *Société de production intégrale du bâtiment* ; Rec. CE, p. 183.

qualité de fonctionnaire (...) dans une situation réglementaire ; que la demande de remboursement formée contre lui par l'administration n'avait donc pas son fondement dans un contrat ¹⁷⁸».

Suivant la même logique, la solution *Société H. Lancery*¹⁷⁹ est motivée par l'étude de la disposition contractuelle posant les conditions du prononcé automatique de la résiliation de plein droit de la convention. Les deux exceptions voisines en matière de sanctions résolutoires n'échappent pas à la règle : la jurisprudence *Carta*¹⁸⁰ par laquelle le juge prononce en lieu et place de l'Administration la résiliation du contrat est fondée sur le cahier des charges auquel renvoie une disposition contractuelle ; l'arrêt *Ville de Nice*¹⁸¹, quant à lui, fait mention de la clause posant la durée de la convention d'occupation du domaine public.

C. Blumann, en recherchant le fondement de la renonciation au privilège du préalable, avait déjà perçu le contrat comme dénominateur commun. Il avance ainsi, par rapport à l'exception frappant les sanctions pécuniaires, que « dans toutes ces espèces, le juge constate que c'est le marché lui-même qui offre deux voies à l'administration pour obtenir des pénalités ou des dommages-intérêts contractuels : le privilège de l'état exécutoire d'une part, mais également le recours au juge¹⁸² ». Sous un regard plus général, il continue en établissant deux alternatives : « ou bien le contrat oblige l'administration à utiliser son privilège, aucune renonciation n'est alors possible, ou bien le contrat laisse à cette dernière le libre choix des moyens, et dans ce cas, l'action en justice est recevable. Cette interprétation est intéressante, mais à l'examen, elle prête le pan à critique. En effet, le caractère impératif ou indicatif du texte contractuel est souvent fort douteux, et en définitive, c'est au juge administratif qu'il appartiendra de trancher¹⁸³ ».

Si la piste est remarquable, l'issue nous paraît prendre un raccourci.

En effet, à reprendre l'exemple *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain*, la clause référencée¹⁸⁴ n'exprime en rien, dans la lettre brute du texte, la

¹⁷⁸ Conseil d'Etat, 9 octobre 1964, *Sieur Billoud*, Rec. CE, p. 457

¹⁷⁹ Conseil d'Etat, 2 janvier 1957, *Société Lancery c/ Office HBM Seine*, Rec. CE 1957, p. 1 ; AJDA 1957, p. 58, concl. Lasry.

¹⁸⁰ Conseil d'Etat, 17 mars 1934, *Gouverneur général Algérie c/ Carta*, Rec. CE 1934, p. 377

¹⁸¹ Conseil d'Etat, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; RDP 1956-575, conclusion Long ; AJDA, 1956-II-266, note Weil.

¹⁸² C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 334

¹⁸³ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 334

¹⁸⁴ Pour rappel : « toute infraction autre que celle qui sont prévues au paragraphe précédent, sera frappée d'une amende de 50 francs par jour, de plein droit et sans qu'il soit besoin d'aucune mise

recevabilité de l'Administration à demander au juge d'assurer la mise en œuvre de la pénalité. Mieux encore, la formulation de la clause révèle un aspect impératif : la sanction pécuniaire est certaine et de plein droit à la moindre infraction. Dans une lecture brute, son prononcé relèverait de l'office de la seule personne publique, comme il se devrait. Or, en ouvrant l'exception, la solution contredit cela.

C. Blumann termine alors en fustigeant que «*la référence au cahier des charges comporte donc une grande part d'arbitraire, voire d'hypocrisie de la part du juge administratif. (...) Le cahier des charges n'est qu'un paravent destiné à donner un fondement textuel à une intention manifeste*» du juge de «*moduler son office*¹⁸⁵».

En résumé, pour l'auteur, l'exception trouverait son fondement de par une volonté interventionniste du juge administratif en totale contradiction avec l'opposabilité de principe du privilège du préalable à l'Administration. La soudaine recevabilité de cette dernière à demander certaines sanctions relèverait d'un caprice du juge; abattant sur son passage règles et fondements du droit administratif. Cette solution paraît facile, mais surtout erronée.

Car en filigrane des développements précédents tenus depuis le commencement de cette étude, il ressort une certaine logique. Le cloisonnement relatif des exceptions par famille contractuelle, leur cristallisation dans l'«*exécuté*» du contrat, et surtout la référence constante au contrat sont des indices à mettre en corrélation afin de les placer sous un seul étendard.

L'isolement de l'exception dans la temporalité du contrat a permis non seulement de mettre en évidence l'hégémonie du contrat dans l'appréciation du juge, mais également la différence de logiques entre sanctions contractuelles.

Dès lors, en se référant aux clauses contractuelles, le juge en approche davantage l'essence qu'il n'en assure la stricte application. Il n'accepte d'intervenir que lorsqu'une obligation pèse déjà, du fait du contrat ou d'une décision expresse, sur la tête du cocontractant. Ce constat semble très

en demeure » ; Conseil d'Etat, 26 décembre 1924, *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain*, Rec. CE, p. 1065 ; S. 1925, 3, p. 25, note Hauriou.

¹⁸⁵ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 335.

proche de la marche normale du privilège du préalable ; jeu dans lequel il s'agit d'insérer le contrat.

B/ L'insertion du contrat dans le jeu du privilège du préalable

Comme il a été vu, le juge administratif va tantôt opposer à l'Administration son privilège du préalable en matière de sanctions contractuelles, tantôt considérer recevable la demande formulée par la personne publique. La référence automatique au contenu du contrat par le juge dans l'ensemble des jurisprudences reliant privilège du préalable et contrats administratifs n'est pas étrangère à cet état de fait.

Au contraire, en motivant sa décision sur les clauses du contrat en cause, le juge administratif semble tirer des conséquences de l'impact de la convention quant à la requête présentée par l'Administration. Le contrat s'intégrerait au jeu du privilège du préalable, entraînant des conséquences contentieuses.

Pour rappel, le privilège du préalable désigne pour G. Vedel l'émission d'une décision exécutoire, « *acte juridique émis unilatéralement par l'administration en vue de modifier l'ordonnancement juridique par les obligations qu'il impose ou par les droit qu'il confie*¹⁸⁶ ». Le juge administratif se refuse alors, en principe, de se substituer à l'Administration pour émettre, sur sa demande, une décision exécutoire dont la personne publique a compétence pour en connaître. Telle est la règle, nous l'avons vu, en matière contractuelle depuis l'arrêt *Le Loir*.

Certes, le contrat n'est pas un « *acte juridique émis unilatéralement par l'Administration* », à l'inverse des sanctions prises dans le cadre de son exécution. Or, il a été démontré que les exceptions se présentant en matière contractuelle visent des sanctions déjà mises en œuvre du fait de la mécanique autonome de la convention, modifiant la situation juridique du cocontractant.

C. Blumann, en conclusion de ses travaux de thèse, avait perçu cela. Comme épris d'un doute, il trouvait « *étrange que la renonciation dépende de sa date alors que l'objet de la règle demeurerait identique. Cependant dans quelques hypothèses, il semble bien que l'objet de la règle ne soit plus*

¹⁸⁶ G. VEDEL, *Manuel de droit administratif*, Paris, PUF, 1968, 4^e édition, p.155. Cité par P. GOFFRAUX in *L'inexistence des privilèges de l'Administration et le pouvoir d'exécution forcée*, thèse, Collection de la faculté de droit Université Libre de Bruxelles, 2002, p.52

tout à fait identique selon que la renonciation porte sur un droit futur ou sur un droit né et actuel. (...) Malheureusement, cette explication (...) ne montre pas pourquoi l'administration qui dispose du privilège de la décision exécutoire, est parfois habilitée à renoncer en matière contractuelle. Il serait difficile d'affirmer que lorsque la collectivité publique entend appliquer à son cocontractant des pénalités contractuelles, sa prérogative légale s'est muée en droit subjectif¹⁸⁷».

Nous avons vu, comme l'auteur, que la renonciation au privilège du préalable était reçue différemment par le juge selon qu'elle visait une mesure venant frapper l'« exécuté » ou l'« exécutable » du contrat. Sa date d'intervention vis-à-vis du prononcé de la sanction est donc d'une importance capitale. Si la sanction est considérée prononcée au moment de la saisine du juge, cela signifie qu'une décision exécutoire a déjà été émise par l'Administration.

La mutation de la « *prérogative légale en droit subjectif* » nous semble être une image excessive. Un droit subjectif est une « *prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui¹⁸⁸* ». Elle renvoie dès lors davantage à la capacité qu'à la compétence, à la possibilité qu'à l'obligation. Il s'agit donc de comprendre que par « droit subjectif », C. Blumann entend la chute de l'aspect sujétion habillant le privilège du préalable ouvrant à la personne publique le prétoire de la juridiction administrative.

Cependant, il est opportun de signifier que l'obligation faite à la personne publique de mettre en œuvre ses compétences par l'outil du privilège du préalable relève d'une mécanique éphémère. Une seule utilisation du privilège portant création d'une obligation sur la tête de l'administré fait autorité de chose décidée. Il n'est pas nécessaire pour l'Administration de multiplier les titres exécutoires ayant le même objet. L'utilisation du privilège engendre donc un effet de Cliquet, sur lequel nous reviendrons.

Dès lors, le contrat, en créant automatiquement des obligations, changerait la considération du privilège du préalable. En d'autres termes, par le processus contractuel, l'Administration planifierait la future mise en œuvre de la procédure par décision exécutoire. Cette dernière interviendrait donc de

¹⁸⁷ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 463-464

¹⁸⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8^e édition, 2007, « Droit »

par elle-même, sans une nouvelle manifestation expresse de la part de l'Administration.

En replaçant le contrat dans le jeu du privilège du préalable, un regard neuf se pose sur la considération des exceptions à l'opposabilité de principe qui le caractérise devant le juge administratif. Il ne s'agit pas de se borner au seul acte unilatéral portant la sanction contractuelle. Il ne faut pas oublier qu'une telle décision est prise en vertu d'un contrat, qui, lui aussi, possède une force juridique très spécifique.

En conclusion de ce second chapitre, et partant, de la première partie de notre étude, il ne faut pas perdre de vue que l'opposabilité du privilège du préalable constitue le principe régissant le prononcé des sanctions contractuelles. L'Administration doit mener son action seule en vertu des compétences qui lui ont été conférées. L'indisponibilité des compétences et le principe de séparation de l'Administration active et du juge interdisent à la personne publique de renoncer à la mise en œuvre de son pouvoir d'émettre des décisions unilatérales.

Car le privilège du préalable est le marteau de la puissance publique ; le maître-outil de l'action administrative. Même s'il est la caractéristique du processus unilatéral, il reste l'un des éléments fondateurs de la théorie des contrats administratifs. Il est la marque du déséquilibre juridique entre les parties.

Et si la renonciation au bénéfice de ce privilège peut avoir un intérêt pour la personne publique, il reste néanmoins à clairement établir les raisons poussant le juge administratif à suivre ce mouvement. Consacrer des exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable revient à autoriser l'Administration à se déguiser en personne privée. La chute de l'opposabilité de principe de ce privilège devant le juge administratif remet en cause le joug de l'indisponibilité des compétences guidant la notion d'administration active.

Les cas d'inopposabilité du privilège du préalable en matière contractuelle sont isolés, et c'est là tout son mystère. Les exceptions se regroupent dans deux seuls domaines : les sanctions pécuniaires, et les sanctions résolutives. La première bénéficie d'une consécration générale¹⁸⁹, tandis que la seconde ne s'ordonne qu'autour de quelques jurisprudences ponctuelles.

¹⁸⁹ Conseil d'Etat, 7 avril 1978, *Blum*, Dr. Adm. 1978, n°168.

Ces exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable en matière contractuelle se voient découvertes par le juge administratif en vertu du contrat. Ce dernier, nous l'avons vu, est en lien direct avec la mise en œuvre des différentes sanctions dont dispose la personne publique envers son cocontractant. Certaines, comme les sanctions résolutoires (prises dans leur sens commun), nécessitent l'intervention d'une décision expresse de l'Administration. D'autres, comme les sanctions pécuniaires ou la résiliation de plein droit, interviennent automatiquement en réponse à la commune intention des parties.

Or, l'indice temporel a permis de circonscrire les différentes exceptions dans l'« exécuté » du contrat – à une jurisprudence près. Ainsi, l'Administration en demande n'aurait pas recours au juge pour modifier la situation juridique du cocontractant. Ce bouleversement semble être déjà intervenu, d'une manière ou d'une autre.

C. Blumann fait part de son « scepticisme » quant à la démarche du juge administratif. Il *« constate un fait : certaines renonciations à une même règle juridique sont illicites lorsqu'elles présentent un caractère anticipé, et régulières lorsqu'elles portent sur un droit né et actuel. Mais jusqu'à présent, on n'a pas décelé une explication unitaire et globale du phénomène ¹⁹⁰ »*.

La clef se trouve ici. De par leur caractère sévèrement circonscrit, les exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable mettent, dans une certaine ironie, en valeur le principe. Ce dernier doit continuer à être la base du raisonnement.

Car si la personne publique recourt au juge administratif après avoir, par décision expresse ou par contrat, modifié la situation juridique du cocontractant, apparaît l'idée qu'elle ait déjà mise en œuvre son privilège du préalable. Dès lors, il ne s'agirait plus d'une renonciation de l'Administration à la procédure par décision exécutoire. L'exception s'inscrirait dans la marche normale du privilège du préalable.

Ici résiderait l'« *explication unitaire et globale du phénomène* ». L'exception ne serait alors que d'apparence, au sens du simple constat de voir le juge se prononcer sur une sanction contractuelle à la demande de l'Administration. Or, dans certaines hypothèses que nous avons présentées, cette intervention du juge n'a rien d'exceptionnelle.

¹⁹⁰ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 464

SECONDE PARTIE : UNE EXCEPTION D'APPARENCE

L'attitude contemplative de la doctrine face aux exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable, et l'inertie presque générale quant à la recherche d'un fondement à la soudaine recevabilité de l'Administration à demander au juge de prendre une mesure qu'elle avait compétence de prendre seule, ont participé grandement à extrapoler le problème. S'indigner de l'apparition d'exceptions au privilège du préalable est plus que légitime, mais il revient également de comprendre le raisonnement du juge administratif.

L'objet même d'une exception est de répondre à une motivation précise, à pallier l'insatisfaction que la règle de principe entraîne dans une situation particulière. Or, l'exception à l'opposabilité du privilège du préalable s'avance, de par sa circonscription, comme fluctuante d'une sanction contractuelle à l'autre. Une exception qui se présenterait comme généralisée à toute la matière contractuelle serait, à l'extrême, plus cohérente. Elle s'expliquerait alors par le contexte contractuel entachant l'acte administratif unilatéral porteur de la sanction.

Il s'agit alors, face à la cohabitation de l'opposabilité de principe et d'exceptions, de s'attacher fortement à la première variable, soit l'obligation de recourir au privilège du préalable pour prononcer une sanction contractuelle à l'égard de son cocontractant.

Car le privilège du préalable est à même de générer des apparences d'exceptions à son opposabilité de principe : nous l'avons vu pour l'incompétence de l'Administration à prononcer la déchéance d'un concessionnaire, ou encore à recouvrer l'exécution matérielle de la décision prononcée face à la résistance du cocontractant.

Il est constant que les cas d'inopposabilité du privilège du préalable renvoient à un recours au juge par l'Administration à la suite d'un bouleversement consommé de la situation juridique du cocontractant. Si la personne publique a déjà utilisé son privilège, ou ne pouvait l'utiliser efficacement du fait d'une incompétence de droit ou de fait, peut-être que les exceptions reconnues ne sont pas de véritables « exceptions ». Le recours

au juge administratif ne serait donc plus singulier mais légitime. Il reviendrait à pallier l'impuissance matérielle de l'Administration face à son cocontractant. Ce que la doctrine appelle « exceptions » ne serait en vérité que les conséquences de la bonne marche du privilège du préalable. Reste à démontrer que l'ensemble des cas précédemment retenus sous cette égide obéissent aux règles de la procédure par décision exécutoire, tant dans sa logique que par ses limites.

En ce sens, il convient de dissocier les exceptions reconnues à l'opposabilité de principe du privilège du préalable selon le mode de prononcé de la sanction contractuelle ; et non plus selon leur appartenance à la famille des sanctions pécuniaires ou résolutoires. Si les deux angles d'études se recoupent en grande partie, la dynamique n'est pas la même. Il s'agit d'établir si l'Administration a effectivement agi ou non avant de recourir au juge.

L'étude nous amènera à rechercher si les exceptions consacrées ne rentrent pas dans un des cadres de recours légitime au juge administratif. Il s'agira de suivre, selon la sanction visée, deux logiques différentes. La première reviendra à établir l'émission d'une décision exécutoire préalable, laquelle se verrait mise à mal par la résistance du cocontractant. La seconde viserait à constater l'incompétence de l'Administration à émettre la sanction voulue.

Si le recours au juge se révèle alors légitime, et que l'Administration n'a en rien renoncé à sa compétence, les dérogations à l'opposabilité du privilège du préalable n'auraient d'exception que le nom.

Les sanctions résolutoires semblent ainsi ne revêtir l'apparence d'exception que du seul fait de la doctrine (Chapitre 1). Que ce soit par son interprétation extensive ou son silence pesant, elle semble en effet s'être arrêtée au stade du seul constat de la recevabilité de l'Administration devant le juge, sans en rechercher les causes véritables.

A l'inverse, les sanctions pécuniaires, et par extension, pour la résiliation de plein droit, suivent une logique particulière. L'apparence d'exception à l'opposabilité de principe du privilège du préalable serait générée par le contrat lui-même (Chapitre 2). Son rôle dans le jeu de la procédure par décision exécutoire est en effet souvent occulté par l'acception communément faite de ce pouvoir de l'Administration. Nonobstant, la force juridique du contrat semble à même d'ouvrir la bonne marche du privilège du préalable, explicitant la soudaine recevabilité de l'Administration.

Chapitre 1 : L'apparence d'exception élaborée par la doctrine : la sanction résolutoire

Comme présentée en première partie, la famille des sanctions résolutoires révèle en son sein certains cas dits d'inopposabilité du privilège du préalable à l'Administration. Néanmoins, à la différence des sanctions pécuniaires, ces jurisprudences se présentent comme des « exceptions » ponctuelles et isolées.

En se rattachant à la considération de l'action administrative, il s'agira de ne traiter dans ce premier chapitre des seules sanctions résolutoires nécessitant une décision expresse de l'Administration. Nous mettrons ainsi de côté la résiliation de plein droit¹⁹¹, qui paraît obéir à une mécanique similaire aux sanctions pécuniaires.

Dès lors, à exceptions ponctuelles, études ponctuelles. Il convient ainsi de reprendre chacune des caractérisations d'une « exception » à l'opposabilité du privilège du préalable en matière de sanctions résolutoires expresses afin de constater l'absence d'une renonciation de la personne publique à son pouvoir.

L'arrêt *Ville de Nice*¹⁹² est communément avancé comme la principale exception à l'opposabilité du privilège du préalable en matière de sanctions résolutoires. Elle est néanmoins des plus particulières à la vue de la considération qui en est faite par la doctrine. Cependant, il semble que les tribulations sur l'émission expresse d'une décision neutre d'effet relève davantage du faux débat que de la réalité jurisprudentielle (Section 1)

A l'inverse, la jurisprudence *Carta*¹⁹³ est la grande oubliée des études sur la question des exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable en matière contractuelle. Souvent citée mais toujours occultée au profit de *Ville de Nice* ; cette jurisprudence défie pourtant l'entière logique du privilège du préalable jusqu'ici établie.

En effet, sur la base du contrat, le juge accepte de prononcer la résiliation du contrat, et ce en l'absence de toute décision préalable de l'Administration. Il

¹⁹¹ Conseil d'Etat, 2 janv. 1957, *Société Lancery c/ Office HBM Seine*, Rec. CE 1957, p. 1 ; AJDA 1957, p. 58, concl. Lasry.

¹⁹² Conseil d'Etat, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; RDP 1956-575, conclusion Long ; AJDA, 1956-II-266, note Weil.

¹⁹³ Conseil d'Etat, 17 mars 1934, *Gouverneur général Algérie c/ Carta*, Rec. CE 1934, p. 377.

revient alors de relancer ce débat manqué pour discuter de l'éventuelle incompétence de la personne publique à prendre une telle décision (Section 2).

SECTION 1 : LE FAUX DEBAT SUR LA JURISPRUDENCE VILLE DE NICE

L'arrêt *Ville de Nice* vise une sanction résolutoire déjà prononcée par l'Administration au moment de la saisine du juge. Néanmoins, et comme relaté en première partie, la doctrine estime qu'en recourant au juge administratif, la personne publique aurait renoncé à la dimension exécutoire de sa solution. Le juge se serait alors fourvoyé en jugeant recevable une telle demande, et en redonnant à la décision prononcée son « *plein et entier effet* ».

La question de la jurisprudence *Ville de Nice* occupa tous les esprits en doctrine ; tous les auteurs s'accordant au diapason de la note de P. Weil sur cet arrêt, au point de lui conférer une autorité presque aussi grande que l'arrêt lui-même.

Il convient donc d'adopter un regard neuf, et de comparer l'analyse avec celle tenue jusqu'ici par la doctrine. Car la jurisprudence *Ville de Nice* relève davantage du faux débat que d'une exception à l'opposabilité du privilège du préalable.

Il revient alors d'établir l'autorité pérenne de l'acte pris en vertu d'un contrat (§1) pour démontrer ensuite que le juge se présente comme un refuge pour l'Administration face à la résistance de son cocontractant (§2).

§1/ L'autorité pérenne de l'acte pris en vertu d'un contrat

Il est indubitable que la solution *Ville de Nice* est très particulière. Présentant une formulation plus qu'ambiguë, elle offre à la réflexion du juriste matière à interpréter. Reste pour le chercheur à ne pas oublier l'objet de la demande formulée par l'Administration, et en tirer des conclusions quant à sa recevabilité devant le juge administratif.

A la lecture de l'arrêt, le véritable consensus doctrinal sur cet arrêt dérange. L'interprétation du P. Weil est ingénieuse et remarquable, mais s'avère susceptible, en empruntant certains raccourcis et postulats, d'extrapoler la portée véritable de l'espèce.

Il est donc nécessaire de reprendre l'étude. Ainsi, il s'agira tout d'abord de démontrer comment l'autorité de la décision résolutoire d'espèce fut détournée par la doctrine (A), pour en déduire ensuite la simple confirmation par le juge du caractère exécutoire de cette décision (B).

A/ Le détournement de l'autorité de la décision résolutoire

Afin de pouvoir discuter de l'autorité réelle ou non de la décision résolutoire prononcée par l'Administration dans la jurisprudence *Ville de Nice*, il revient tout d'abord de rappeler brièvement l'espèce.

L'affaire *Ville de Nice* relève de faits assez simples. Par une convention d'occupation du domaine public du 9 mars 1940, la commune confia à l'Agence nationale d'affichage un droit d'affichage sur les colonnes publicitaires lui appartenant. Cette convention se voyait conclue pour la durée des hostilités de la Seconde Guerre Mondiale. Ainsi, le 24 juillet 1946, le maire de Nice fit connaître, à sa cocontractante, dans le respect de la procédure contractualisée à cette fin, que la concession expirerait irrévocablement le 30 août 1946.

L'Agence nationale d'affiche défia la portée d'une telle résiliation. Comme le rapporte P. Weil¹⁹⁴, « *la société, affirmant son droit au maintien dans les lieux, avait, par exploit d'huissier, menacé la ville d'une action contentieuse au cas où l'Administration ferait enlever ses affiches* ».

L'Administration saisit alors le juge administratif d'une triple demande : « *dire que la révocation de la concession (...) sortira son plein et entier effet ; qu'il est fait défense à la société d'utiliser les colonnes de publicité ; que la ville est en droit, si elle croit devoir le faire, de procéder à leur enlèvement*¹⁹⁵ ». Ainsi, le Conseil d'Etat, après avoir établi sa compétence, énonça dans son dispositif que « *la résiliation intervenue le 30 août 1946 de la Convention conclue le 9 mars 1940 entre la Ville de Nice et l'agence nationale d'affichage sortira son plein et entier effet* ».

Partant, l'intervention d'une décision expresse à fins de résiliation est incontestable. Rappelée par le juge tant dans les faits que le dispositif, l'Administration a manifesté formellement et expressément son choix de

¹⁹⁴ P. WEIL, AJDA, 1956-II, 266, note sous Conseil d'Etat, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; RDP 1956-575, conclusion Long.

¹⁹⁵ P. WEIL, AJDA, 1956-II, 266, note sous Conseil d'Etat, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; RDP 1956-575, conclusion Long.

mettre en œuvre une « sanction¹⁹⁶ » contractuelle. C. Blumann souligne que « M. Long [commissaire du gouvernement sous l'arrêt] ne retient pas l'hypothèse d'une demande en résolution judiciaire. Pour lui, en effet, la résiliation administrative du contrat est déjà intervenue et cette décision est parfaitement licite ¹⁹⁷ ».

En ce sens, la thèse retenue par C. Blumann sur l'arrêt *Ville de Nice* est à écarter. En effet, il considère « plus simplement que la requête adressée par la ville de Nice au juge administratif s'analysait en une demande en résiliation judiciaire du contrat de concession. Il n'y a pas eu de résiliation administrative. La ville s'est adressée au juge pour obtenir la résiliation et le juge a admis, en l'espèce, l'action directe de l'administration¹⁹⁸ ». L'idée revient simplement à contourner le problème, à gommer l'existence d'une décision administrative émise par la personne publique préalablement au recours au juge. Or, son existence est bien réelle, et c'est là tout l'enjeu.

La décision résolutoire s'étant vue positivement prononcée, il ne s'agit empiriquement pas pour l'Administration de renoncer à mettre en œuvre elle-même la résiliation du contrat. L'exception à l'opposabilité du privilège du préalable s'entend communément comme l'absence d'émission d'une décision exécutoire par l'Administration – nous l'avons vu. Or, ici, la personne publique paraît avoir employé son privilège du préalable, bouleversant par la résiliation la situation juridique du cocontractant.

L'arrêt *Ville de Nice* viserait donc, comme annoncé *supra*, à démentir ce dernier point. Si l'« aspect décisionnel » de la procédure du privilège du préalable est remplie, ferait défaut la « dimension exécutoire » de l'acte. A en croire la doctrine, la décision prononcée par l'Administration ne produirait aucune obligation sur la tête du cocontractant, ne modifiant pas l'ordonnancement juridique existant.

Telle est l'opinion de P. Weil, qui rappelle que « par l'expression « décision exécutoire », M. Hauriou et la doctrine subséquente entendent d'abord faire allusion à la possibilité pour l'Administration d'imposer des obligations aux tiers sans leur consentement, ceux-ci ayant seulement la faculté de discuter ses

¹⁹⁶ Il faut noter que le terme « sanction » semble en l'espèce inapproprié : les conventions d'occupation du domaine public étant par nature précaires et révocables, leur résiliation peut intervenir à n'importe quel moment de leur exécution, au gré de la personne publique propriétaire du bien domanial. Elle génère néanmoins les mêmes effets extinctifs qu'une sanction résolutoire pour faute ou pour intérêt général.

¹⁹⁷ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 341.

¹⁹⁸ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 342.

actes, après leur avoir obéi, devant le juge administratif ». Dès lors, « l'Administration (...) peut-elle, contrairement à la règle selon laquelle elle doit agir et laisser aux particuliers le soin de critiquer ses décisions après coup, demander elle-même du juge administratif de conférer à ses décisions leurs effets juridiques ?¹⁹⁹ ».

Pour l'auteur, c'est exactement la démarche de la ville de Nice ; et partant, celle du juge. P. Weil considère en effet que « le Conseil d'Etat a voulu rendre « exécutoire une décision que l'Administration avait renoncé à doter elle-même de ce caractère. (...) L'innovation de l'arrêt consiste dans la reconnaissance de la faculté pour l'administration de renoncer dans certains cas, en matière de contrats notamment, au privilège de prendre des "décisions exécutoires"²⁰⁰ ».

Les conclusions tirées par M. Weil paraissent quelque peu arbitraires. En associant l'absence d'effet exécutoire et l'absence de décision exécutoire, le raisonnement se voit frappé d'une grande fragilité. La renonciation par l'Administration à son privilège du préalable, nous venons de le rappeler, s'entend par le refus complet d'utiliser la procédure par décision exécutoire. La personne publique se dédouane de son obligation de prendre seule une décision déterminée ; ne souhaitant pas, pour une raison ou une autre, la prononcer sur son nom.

L'arrêt *Ville de Nice* ne se situe pas dans cette acception. L'Administration a agi en prononçant elle-même la résiliation du contrat. Pourrait-elle alors contrevenir au principe d'indisponibilité des compétences en reniant l'effet exécutoire de son acte ? Elle n'exercerait pas sa compétence normative, au sens où la décision qu'elle émettrait, en vertu de son privilège du préalable, serait nulle d'effets.

Mais comment s'y prendrait-elle pour ne donner aucune force juridique à son acte unilatéral ? Comment peut-on en apparence mettre en œuvre son privilège du préalable tout en en privant les effets qu'il implique ? C. Blumann s'interroge à juste titre en avançant que « le dédoublement que Weil et Moderne opèrent au sein de l'opération globale de résiliation est un peu artificiel. En effet, en quoi consiste cette « décision » de l'administration, qui est soumise à l'approbation du juge : dans leur esprit, elle est neutre, sans

¹⁹⁹ P. WEIL, AJDA, 1956-II, 266, note sous Conseil d'Etat, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; RDP 1956-575, conclusion Long.

²⁰⁰ P. WEIL, AJDA, 1956-II, 266, note sous Conseil d'Etat, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; RDP 1956-575, conclusion Long.

effet juridique, comme si au moment même où elle l'édicte, l'administration en paralyse les effets juridiques. C'est une décision purement abstraite, et le terme de « prétention » que F. Moderne emploie à son propos est d'ailleurs révélateur. En fait, cette « décision-prétention » est plus proche d'une simple déclaration d'intention que d'un acte juridique au sens propre du terme ²⁰¹».

L'idée de P. Weil repose sur l'idée privatiste du prononcé de sanctions contractuelles. L'Administration informerait son cocontractant de sa décision, et saisirait le juge pour que celle-ci soit marquée d'une autorité juridique, soit l'autorité de chose jugée. Or, en procédant ainsi, l'Administration ne renoncerait pas à son privilège du préalable : elle ne le posséderait tout simplement pas ! Le juge en reviendrait à traiter en tout point l'Administration comme une personne privée ; comme si elle ne bénéficiait tout simplement pas de son *privilège* du préalable – et le mot est fort ici. Il s'agit de renier, dès la base du raisonnement, que la décision administrative entraîne une autorité qui lui est propre : une autorité de chose décidée.

Or, la notion même de résiliation unilatérale d'un contrat est par définition modificatrice de l'ordonnancement juridique. Elle va affecter la situation du cocontractant, par l'extinction totale et instantanée de ses droits et obligations nés de la convention. Il paraît contre nature dans notre contexte qu'une décision résolutoire ne présente pas de caractère exécutoire. Il ne peut s'agir d'une simple information de la part de la personne publique envers son cocontractant. La mesure va s'imposer *de jure* à celui-ci de par son objet même. L'autorité de chose décidée ne peut, comme son nom l'indique, être détachée de la décision prononçant une sanction contractuelle. Elle est l'essence même du procédé, sa force et sa vitalité.

Dans une précipitation malencontreuse à la vue du dispositif de l'arrêt, P. Weil nous apparaît comme s'être trompé de débat. Par son recours, l'Administration ne demande en rien de donner force exécutoire à sa décision. Bien au contraire. Elle se présente comme assumant pleinement sa démarche et sa mise en œuvre de la procédure par décision exécutoire. « Dire que la révocation de la concession (...) sortira son plein et entier effet²⁰² » revient non pas à conférer un caractère exécutoire à la décision émise, mais confirmer l'autorité de chose décidée qui l'anime.

²⁰¹ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 342.

²⁰² Demande de l'Administration dans sa requête. Cité par P. WEIL, AJDA, 1956-II, 266, note sous Conseil d'Etat, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; RDP 1956-575, conclusion Long.

B/ La confirmation de l'autorité de la décision résolutoire

Confirmer et conférer le caractère exécutoire à la décision résolution n'est pas la même chose. Or, presque par acte manqué, P. Weil emploie les deux dynamiques quant à la solution du juge. Entre demander au juge de « *conférer à ses décisions leurs effets juridiques* » et « *confirmer la résiliation et (...) dire qu'elle produira ses effets juridiques* », le fossé est grand. La logique n'est pas la même quant au caractère exécutoire de la décision résolutoire émise.

Pour analyser la solution du juge, il est indispensable de comprendre la requête toute particulière de l'Administration. En effet, le dispositif de l'arrêt *Ville de Nice* s'est au final contenté de recevoir la première des demandes de la personne publique, en reprenant la formulation proposée.

Il est dès lors nécessaire de replacer la requête dans son contexte. Après avoir prononcé la résiliation du contrat d'occupation du domaine public, la ville de Nice s'est retrouvée confrontée à la résistance de son cocontractant quant à l'évacuation des biens domaniaux. S'il s'agira de revenir sur cette exécution matérielle, le point est crucial pour comprendre l'acceptation que se fait le juge administratif de la décision prononcée.

Car cette résistance obéit à une motivation bien précise et très spécifique pour le cocontractant. L'Agence nationale d'affiche s'estime dans son bon droit de conserver l'exploitation du domaine public en vertu de la législation sur la propriété commerciale. En résumé, l'entreprise cocontractante s'estimait titulaire d'un bail commercial sur les biens domaniaux concédés.

Le bail commercial est un « *bail à loyer de locaux auxquels les parties donnent une destination commerciale, industrielle ou artisanale et qui est soumis à un statut dérogatoire au droit commun : le droit de la propriété commerciale*²⁰³ », laquelle est une « *expression donnée au droit, pour le preneur, d'obtenir, à l'expiration du contrat, le renouvellement du bail commercial ou, à défaut, une indemnité d'éviction (si du moins le refus de renouvellement ne procède pas d'un motif légitime)*²⁰⁴ ».

Le juge se situe alors sur le terrain de la qualification juridique du contrat. La question était non pas de savoir si la décision présentait caractère exécutoire, mais si la législation commerciale s'appliquait en l'espèce. Ainsi,

²⁰³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° « Bail »

²⁰⁴ *Ibid.*, V° « Propriété »

après avoir établi l'appartenance des colonnes d'affichage au domaine public de la commune, le juge énonce « *que l'agence ne saurait se prévaloir de la législation sur la propriété commerciale pour affirmer son droit à la prorogation des effets de la Convention du 9 mars 1940, qu'en effet, la législation sus-rappelée n'est susceptible de s'appliquer qu'aux baux de droit commun passés par l'Etat et les autres collectivités publiques et que son bénéfice ne peut être réclaté à l'occasion des contrats comportant occupation du domaine publics, lesquels, en vertu du décret précité du 17 juin 1938, ont le caractère de contrat administratif et ne peuvent être soumis aux règles de fond propres au droit privé* ».

Ce raisonnement du juge est complètement occulté par la doctrine, qui ne s'attache et n'interprète que le seul et unique dispositif de l'arrêt. Il éclaire pourtant sur le fait que la Ville de Nice cherche, dans un premier lieu, à démontrer à son cocontractant que la résiliation unilatérale du contrat d'occupation du domaine public est totalement licite et effective dès son prononcé. Recourir au juge lui permettait ainsi d'abattre l'argumentaire tenu par l'Agence afin de persister dans l'occupation du domaine public.

La demande de l'Administration se place dans une logique démonstrative et non productrice d'une norme juridique. Le juge administratif confirme que la décision résolutoire a plein et entier effet exécutoire. En aucun cas il ne confère ce caractère à la décision préalablement émise par l'Administration.

Ainsi, la formulation ambiguë du dispositif se place juste du point de vue du demandeur : en affirmant le caractère exécutoire préexistant de la décision, le juge rappelle au contractant son obligation d'obéissance préalable à son égard. Il doit se plier aux manifestations de l'action administrative, et ouvrir lui-même le contentieux en cas de contestation de la décision.

Car est là tout la motivation de la requête de l'Administration. Elle souhaite voir le départ immédiat de son cocontractant du domaine public anciennement concédé. La ville de Nice n'a jamais douté du caractère exécutoire de sa décision, tout comme le juge.

Considérer la décision émise par l'Administration comme une prétention n'a rien d'extraordinaire en soi : toute décision exécutoire se présente devant le juge administratif, comme le principal argument de la personne publique, que celle-ci soit en position de défenderesse ou demanderesse. Seul le mouvement change. Il s'agira pour l'Administration de tantôt opposer, tantôt défendre le caractère exécutoire de la décision. Dans les deux cas, elle

soutient face au cocontractant la modification de l'ordonnancement juridique opérée par la décision émise.

En conclusion de ce premier paragraphe, il apparaît que la décision résolutoire émise par la Ville de Nice revêt sa pleine et entière force exécutoire dès son prononcé, comme il se doit. Le débat sur le seul dispositif de la solution est faussé de par la précipitation doctrinale et la reprise souvent arrangeante de la théorie offerte par P. Weil. L'Administration se présente comme n'ayant renoncé ni à émettre une décision, ni à son caractère exécutoire.

Reste à comprendre la recevabilité de la requête devant le juge administratif. En effet, saisir le juge après l'émission d'une décision exécutoire ne suffit pas à assurer la recevabilité d'une requête de l'Administration²⁰⁵. Le juge aurait pu, en vertu de l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration, renvoyer celle-ci à ses pouvoirs afin d'assurer l'exécution de la décision.

Mais comme il a été vu en première partie, le privilège du préalable peut s'avérer insuffisant face à la résistance du cocontractant, Face à l'impuissance de l'Administration à assurer l'exécution matérielle de ses décisions, le juge représente le dernier refuge d'une action administrative opérante.

§2/ Le juge comme refuge à la résistance du cocontractant

A la vue des développements précédents, l'arrêt *Ville de Nice* présente une Administration ayant émis un titre exécutoire envers son cocontractant aux fins de résiliation du contrat la liant avec un concessionnaire.

La recevabilité d'une personne publique demanderesse devant le juge administratif nécessite néanmoins la démonstration d'une résistance éprouvée du cocontractant face à la nouvelle situation juridique que lui oppose la décision exécutoire. En effet, le juge n'accepterait d'intervenir que dans la seule mesure où l'Administration ne dispose d'aucun autre moyen de coercition envers son cocontractant l'amenant à faire exécuter matériellement les obligations juridiques nouvellement émises.

²⁰⁵Dans la même logique que les sanctions pécuniaires : CAA Lyon, 11 juillet 1994, SARL FCS, AJDA, 1994, p. 796, Rec. CE, p. 1044.

Dès lors, et dans l'espèce qui nous occupe, il s'agira de constater la résistance éprouvée du cocontractant de la personne publique (A) pour appuyer la légitime demande de l'Administration en vue d'assurer l'exécution matérielle d'une décision exécutoire prononcée (B).

A/ Le constat évident d'une résistance éprouvée du cocontractant

La résistance du cocontractant dans l'arrêt *Ville de Nice* ne fera pas l'objet de longs développements, tellement elle transpire de l'espèce. La triple demande de l'Administration en est le premier témoin. Pour rappel, elle convie le juge à « *dire que la révocation de la concession (...) sortira son plein et entier effet ; qu'il est fait défense à la société d'utiliser les colonnes de publicité ; que la ville est en droit, si elle croit devoir le faire, de procéder à leur enlèvement*²⁰⁶ ». Trivialement, elle en appelle au juge pour rappeler au cocontractant son devoir d'obéissance, lui interdire de continuer l'exploitation des biens domaniaux concernés, et permettre à l'Administration de recourir à l'exécution forcée de sa décision.

En rappelant que « *la société, affirmant son droit au maintien dans les lieux, avait, par exploit d'huissier, menacé la ville d'une action contentieuse au cas où l'Administration ferait enlever ses affiches*²⁰⁷ », P. Weil établit la résistance du cocontractant. Néanmoins, il semble sous-estimer son importance en l'espèce en avançant que « *le juge administratif n'a pas à délivrer de consultations sur la validité de décisions dont rien ne laisse prévoir qu'elles ne sont pas obéies* ».

En ce sens, C. Blumann analyse la position de P. Weil comme faisant « *dépendre les effets des décisions administratives de la bonne volonté des administrés. A peine y aurait-il menace de résistance de la part des particuliers que l'administration reviendrait en arrière et solliciterait du juge la confirmation de sa décision*²⁰⁸ ».

Il a déjà été signifié que la résistance du cocontractant n'impacte pas sur les effets juridiques de la décision exécutoire. Au contraire, ces effets sont la source même de la résistance de l'administré. Sans décision, l'administré n'aurait rien à quoi résister. Le principe d'obéissance préalable relevant dans l'absolu de l'utopie juridique, il marque la limite du privilège du préalable quant à l'exécution matérielle des décisions. La résistance ne fait donc pas

²⁰⁶ P. WEIL, AJDA, 1956-II, 266, note sous Conseil d'Etat, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; RDP 1956-575, conclusion Long.

²⁰⁷ P. WEIL, *Ibidem*.

²⁰⁸ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 343.

revenir l'Administration « en arrière ». Au contraire, elle l'oblige à intervenir une nouvelle fois en vue d'assurer l'exécution de sa décision toujours inappliquée.

De plus, une seule menace de résistance serait insuffisante à assurer la recevabilité de l'Administration. Le juge administratif a déjà opposé à l'Administration son privilège du préalable lorsqu'il est saisi juste après l'émission d'une décision exécutoire. Il considère ainsi que les personnes publiques « *ne peuvent (...) recourir au juge lorsqu'elles ont, avant de saisir celui-ci, fait usage du privilège du préalable. Dans un tel cas, dans la mesure où la décision demandée au juge aurait les mêmes effets que le titre émis antérieurement, la demande présentée est privée d'objet, et par suite, irrecevable*²⁰⁹ ».

Néanmoins, l'arrêt *Ville de Nice* ne présente pas une menace de résistance au jour où le juge administratif statue. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une inexécution hypothétique de la décision. Le cocontractant se présente comme ayant perpétué son exploitation sur le domaine public sans droit ni titre, et ce pendant la période de dix ans séparant le prononcé de la décision résolutoire et l'arrêt du Conseil d'Etat.

Une résistance éprouvée change la donne ; le juge pouvant permettre à l'Administration de surmonter son incompétence à assurer l'exécution matérielle de ses décisions.

Le commissaire du gouvernement Long concluait sous l'arrêt que « le juge du contrat s'est toujours vu reconnu *« les pouvoirs les plus larges. Il joue presque un rôle d'arbitre ou même de collaborateur des parties pour assurer l'exécution du contrat dans des conditions satisfaisantes pour le service et équitables pour elles*²¹⁰ ».

Il se doit dès lors d'aider l'Administration à combattre opportunément la résistance du cocontractant. Il est néanmoins le gardien des compétences de la personne publique, et n'intervient que face à l'impuissance totale de l'Administration à assurer l'exécution matérielle de sa décision.

²⁰⁹ CAA Lyon, 11 juillet 1994, SARL FCS, AJDA, 1994, p. 796, Rec. CE, p. 1044.

²¹⁰ Cité par P. WEIL, AJDA, 1956-II, 266, note sous Conseil d'Etat, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; RDP 1956-575, conclusion Long.

B/ La demande d'une exécution matérielle de la décision émise

Dans la jurisprudence *Ville de Nice*, la personne publique contractante ne souhaitait obtenir qu'une seule et unique chose devant le juge administratif : la possibilité d'expulser son cocontractant occupant sans titre le domaine public. Le Conseil d'Etat, dans la lettre de son arrêt, ne se pose pas la question de l'opportunité de l'Administration à recourir au privilège de l'exécution forcée. En effet, le dispositif de l'arrêt ne répond formellement qu'à la première demande formulée par l'Administration.

La doctrine s'interroge néanmoins, et à juste titre, sur cette question. En effet, « l'arrêt *Ville de Nice* constituerait (...) un exemple de renonciation de l'administration, non pas au privilège de la décision exécutoire, mais au privilège de l'exécution forcée²¹¹ ». Telle est la conclusion temporaire de C. Blumann dans son étude de cette jurisprudence après avoir relevé que selon le commissaire du gouvernement « la ville aurait pu procéder à l'exécution forcée de sa décision, mais « elle a reculé devant la procédure d'exécution administrative ». La ville aurait eu des scrupules, elle aurait redouté les graves conséquences de l'exécution d'office. Elle aurait alors demandé au juge de l'autoriser à procéder à l'exécution d'office²¹² ».

Le privilège d'exécution forcée est exceptionnel pour l'Administration, nous l'avons vu. Il résulte de l'urgence, d'une habilitation légale, ou remplit les conditions d'ouverture dégagées par J. Romieu sous l'arrêt *Société Immobilière Saint-Just*²¹³. Ainsi, pour que la personne publique puisse seule mettre en œuvre l'exécution forcée de ses décisions dans ce troisième cas, « il faut que l'opération administrative, pour laquelle l'exécution est nécessaire, ait sa source dans un texte de loi précis ; (...) qu'il y ait lieu à exécution forcée ; (...) qu'il n'y ait pas de sanction pénale ; que les mesures d'exécution forcée tendent uniquement, dans leur objet immédiat, à la réalisation de l'opération prescrite par la loi ».

Ainsi, l'affaire *Ville de Nice* ne présentait a priori ni urgence, ni habilitation légale à recourir à la force. De même, la doctrine exclut l'ouverture de la voie jurisprudentielle de recours à l'exécution forcée. Comme le résume C. Blumann en se basant sur F. Moderne et P. Weil, « pour faire aboutir concrètement la résiliation, l'administration disposait, s'agissant d'une occupation du domaine public, d'une sanction pénale : la contravention de

²¹¹ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 341.

²¹² C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 341.

²¹³ Conseil d'Etat, 2 décembre 1902, *Société Immobilière Saint-Just*, Rec. CE, p.713, conclusions Romieu ; GAJA, Dalloz, 16^e édition, n°11.

grande voirie. Les conditions de l'exécution d'office n'étaient donc pas réunies, et l'on voit mal comment l'administration aurait renoncé à une prérogative dont elle ne disposait pas²¹⁴ ».

La contravention de grande voirie est une « atteinte à l'assiette du domaine maritime et fluvial et à certaines dépendances du domaine terrestre à l'exclusion des voies publiques, qui relèvent des tribunaux administratifs²¹⁵ ». Elle est une sanction pénale, invalidant donc la troisième condition dégagée par J. Romieu dans sa définition de l'exécution forcée.

L'opportunité d'une telle contravention resterait à définir dans le cadre de la jurisprudence *Ville de Nice*, et ce tant dans sa possibilité d'intervention que son utilité. En effet, elle résiderait avant tout au prononcé d'une amende sur la tête du cocontractant récalcitrant, sans assurer son exécution forcée. Il s'agira d'éviter d'approfondir la question de la contravention de grande voirie pour une raison simple. A notre sens, ce procédé administratif ne viendrait pas en réponse directe de l'exécution de la décision résolutoire émise. Le fait générateur de son intervention serait non pas la résistance à une décision déterminée, mais à la constatation de l'occupation sans droit ni titre du domaine public. Une telle issue reviendrait à accepter l'ineffectivité juridique d'une décision exécutoire.

A la vue du dispositif de l'arrêt *Ville de Nice*, il convient de se poser la question des deux demandes restantes de l'Administration. Comme le pose si bien P. Weil, « la formule « la résiliation sortira son plein et entier effet » comporte-t-elle [l']autorisation [de recourir à l'exécution forcée] ou bien la ville ne dispose-t-elle, après comme avant l'arrêt, que de la contravention de grande voirie pour briser la résistance de la société ? ²¹⁶ ».

Le privilège d'exécution forcée relevant d'un champ de compétence limité pour l'Administration, le recours au juge s'avère souvent indispensable pour autoriser la personne publique à agir *manu militari* à l'égard de l'administré ou, pour ce qui nous concerne, de son cocontractant. Reste que l'actionnement de la force publique est très dangereuse lorsqu'elle est déployée à l'aveugle ; la personne publique peut se voir commettre malgré elle une voie de fait.

²¹⁴ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 341.

²¹⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8^e édition, 2007, « Contravention »

²¹⁶ P. WEIL, AJDA, 1956-II, 266, note sous Conseil d'Etat, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; RDP 1956-575, conclusion Long.

A la vue des conclusions Long rendues sur l'arrêt qui nous occupe, l'absence de certitude quant au recours au privilège d'exécution forcée annulerait presque l'obligation d'y recourir. En effet, M. Long avance que « nous sommes en présence d'un litige né à l'occasion de la résiliation d'un contrat. Vous avez déjà reconnu à des Chambres de commerce et à la SNCF le droit de demander au Conseil de préfecture, par application du décret du 17 juin 1938, l'expulsion de particuliers de parcelles du domaine public qu'ils occupaient en vertu de contrats²¹⁷. Nous ne voyons pas de raison déterminante de refuser à une commune ce que vous permettez de faire à un établissement public, pour le motif qu'elle aurait pu recourir à une procédure administrative aléatoire et de nature, en outre, à engager sa responsabilité si elle l'utilisait à tort²¹⁸ ».

Il est évident que le juge administratif évite, en se contentant de dire que « la résiliation intervenue (...) sortira son plein et entier effet », de se prononcer expressément sur la question. Il n'en est pas moins que la réponse aux deux dernières demandes de l'Administration visant à « défendre à la société d'utiliser les colonnes de publicité ; que la ville est en droit, si elle croit devoir le faire, de procéder à leur enlèvement²¹⁹ » est implicitement apportée. En abattant la prétention principale motivant la résistance du cocontractant, le juge administratif lui rappelle son devoir d'obéissance à une décision exécutoire. Cela implique de cesser immédiatement toute exploitation, et de libérer les lieux. La formule exécutoire du jugement permettrait, elle, à l'Administration d'assurer l'exécution matérielle de sa décision.

Dans son étude de l'arrêt *Ville de Nice*, F. Moderne, avançait que « dès lors, ne voit-on pas que ce juge, s'il acceptait de façon régulière de dire que telle décision administrative doit emporter tel effet de droit, outrepasserait manifestement son rôle. Il en irait de même si le juge substitue en tout état de cause sur demande de l'Administration, la formule exécutoire du jugement à la "vertu exécutoire" que la décision administrative peut, en certaines circonstances, posséder elle-même²²⁰ ». En réponse à cela, il apparaît l'idée de faire deux poids, deux mesures.

²¹⁷ M. Long cite trois jurisprudences : Conseil d'Etat, 28 avril 1950, *Société pour le traitement industriel des produits de l'océan*, p. 239 ; 17 juin 1953, *Consorts Liguéri*, p. 288 ; 30 octobre 1953, *SNCF*, p. 463

²¹⁸ Conclusions LONG, RDP 1956-575, sous Conseil d'Etat, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; P ; Weil, AJDA, 1956-II, 266, note

²¹⁹ P. WEIL, AJDA, 1956-II, 266, note sous Conseil d'Etat, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; RDP 1956-575, conclusion Long.

²²⁰ F. MODERNE, *La notion de prérogative de puissance publique en droit administratif français*, thèse, Bordeaux, 1960, Tome 3, p. 189.

Lorsqu'une décision exécutoire est déjà émise par la personne, le juge administratif oppose, nous l'avons vu, le privilège du préalable à l'Administration en l'absence d'une résistance *a priori* éprouvée. Il se refuse ainsi d'administrer activement en superposant à l'autorité de chose décidée la force de l'autorité de chose jugée. Ce surplus ne changerait pas le nouvel ordonnancement juridique résultant de la décision administrative ; elle couperait tout recours en contestation de l'administré. La « formule exécutoire » d'une décision juridictionnelle s'entend au sens civiliste du terme, à la différence de la définition que M. Hauriou fait de la « décision exécutoire », qui renvoie au devoir d'obéissance. Le jugement pourra dès lors et si besoin, être mis à exécution par la force.

La solution *Ville de Nice* peut être confortée en ce sens à la vue des jurisprudences postérieures. L'Administration ne semble en effet pas détenir la compétence d'expulser un occupant sans droit ni titre du domaine public, défaut pallié par un recours légitime au juge.

Dans une affaire similaire à la jurisprudence *Ville de Nice*, le juge administratif énonce « *qu'en raison de la résiliation du contrat qui la liait à la ville de Bastia, l'entreprise devait être regardée comme occupant sans titre depuis la date de cette résiliation les locaux du centre culturel communal ; que, dans ces conditions, la ville était fondée à demander à la juridiction administrative de prescrire à l'entreprise d'évacuer cette dépendance du domaine public* ²²¹».

Mieux encore, face à la résistance à une décision résolutoire, « *devenue définitive, le tribunal administratif de Paris était tenu d'ordonner, à la demande du département de la Seine-Saint-Denis, l'expulsion de la requérante du domaine public* ²²²».

Enfin, et par extension, l'Administration est également recevable à demander l'expulsion de son cocontractant en matière de référé une fois le contrat d'occupation du domaine public expiré. Le juge considère en effet que « *la société (...) était titulaire d'un contrat de concession l'autorisant à occuper jusqu'au 30 juin 1978 deux terrains situés dans les entrepôts de Bercy (...) ; que ce contrat n'ayant pas été renouvelé, elle occupe sans titre régulier depuis cette date lesdits terrains ; qu'elle n'a pas obtempéré à l'injonction qui lui a été adressée par le maire de libérer les lieux au plus tard le 30 septembre*

²²¹ Conseil d'Etat, 4 mai 1981, *Ent. de travaux publics et de bâtiments Louis Pôles*, n°22628, RJA p. 539

²²² Conseil d'Etat, 30 mars 1984, *S.C.I. Marjenco*, Rec. CE, p. 142

1978 (...) ; que, dès lors, la ville de Paris est fondée à demander l'expulsion de la société des Etablissement Roch des locaux et terrains qu'elle occupe ²²³».

En conclusion de ce second paragraphe et de cette première section, il nous apparaît que la portée de la jurisprudence *Ville de Nice* fut grandement exagérée, au point d'en détourner son sens véritable. L'Administration n'a en rien renoncé à son privilège du préalable. Elle a émis une sanction résolutoire, laquelle se présente *in fine* comme parfaitement exécutoire. Le juge ne fait que confirmer cet aspect en vue de signifier au cocontractant son devoir d'obéissance à une telle décision exécutoire, et de répondre ainsi à la demande de la personne publique.

Tenir un éventuel débat sur la renonciation au privilège de l'exécution forcée ou à la convention de grande voirie nous semble inopportun à la vue de notre problème. Si ces considérations participent peut-être à la recevabilité de l'administration devant le juge administratif, le privilège du préalable reste, lui, hors de cause. Il nous semble néanmoins que l'Administration ne disposait pas de compétences lui permettant de contraindre utilement son cocontractant à s'exécuter. L'expulsion de l'occupant sans titre semble relever du seul juge administratif, et la contravention de grande voirie est contenue dans un champ d'action limité.

La solution *Ville de Nice* se présente alors comme prémices de l'arrêt de principe *OPHLM du Département de la Seine*²²⁴. Rendue à quelques mois de l'arrêt de Section, elle rentre parfaitement dans le cadre d'intervention posé par le juge, qui considère, rappelons-le, que « *s'il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion du service public (...), il en va autrement quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son cocontractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle* ».

La jurisprudence *Ville de Nice* ne constitue dès lors pas une exception à l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration. Cette apparence issue de l'étrange recevabilité d'une requête présentée par une personne publique a provoqué l'interprétation imaginative de la doctrine. Il faut néanmoins s'en rapporter à une vision pratique et pragmatique de la demande de l'Administration, et comprendre son recours au juge comme

²²³ Conseil d'Etat, 28 novembre 1980, *Etablissement Roch*, Rec. CE, p. 446 ; AJDA 1981, p. 88, chronique Feffer et Pinaut

²²⁴ Conseil d'Etat, Sect. 13 juillet 1956, *OPHLM du Département de la Seine* ; Rec. CE, p. 343 ; AJDA 1956, II, p. 312, conclusions J. Chardeau et p. 398 chronique Fournier et Braibant

une absence de compétences plutôt qu'une fuite volontaire de ses pouvoirs et responsabilité

Reste que le faux débat ayant animé la doctrine sur l'arrêt *Ville de Nice* a eu d'autres conséquences qu'une simple consécration d'une exception inexistante à l'opposabilité du privilège du préalable. La jurisprudence *Carta* se présente comme un dommage collatéral de l'étude hégémonique de « l'absence d'effet exécutoire d'une décision ». Il revient alors de rouvrir ce débat manqué sur une exception ponctuelle à l'opposabilité du privilège du préalable qui, elle, pourrait bien être réelle.

SECTION 2 : LE DEBAT MANQUE SUR LA JURISPRUDENCE CARTA

La jurisprudence *Carta c/ Gouverneur général d'Algérie*²²⁵ du 17 mars 1934 est tributaire d'un vide doctrinal aussi stupéfiant que saisissant. Elle est pourtant souvent citée comme une exception à l'opposabilité du privilège du préalable en matière contractuelle vis-à-vis des sanctions résolutoires. Mais si « *cet arrêt a suscité très peu de controverse dans la doctrine*²²⁶ », c'est surtout pour mieux se dédouaner d'entamer enfin son étude.

Ladite jurisprudence est constamment placée au renfort de la solution *Ville de Nice*, avec laquelle elle n'a pourtant rien en commun. Au contraire, elle se présente davantage comme l'antonyme de la solution précédemment étudiée. Dans cette affaire, l'Administration demande au juge administratif de prononcer la résiliation d'un marché public de travaux pour faute du cocontractant.

Or, nous avons vu en première partie que cette sanction contractuelle se plaçait dans l'exécution future du contrat, nécessitant en principe le prononcé d'une décision exécutoire en ce sens. Partant, le juge administratif opposerait logiquement le privilège du préalable à l'Administration, la résiliation d'un contrat participant la gestion d'un service public.

Il n'en est rien dans la jurisprudence *Carta*. Le juge accepte, un an après l'arrêt *Le Loir* posant l'opposabilité de principe du privilège du préalable en matière de sanction contractuelle, de prononcer, en lieu et place de l'Administration, la résiliation pour faute.

²²⁵ Conseil d'Etat, 17 mars 1934, *Gouverneur général Algérie c/ Carta* : Rec. CE 1934, p. 377

²²⁶ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 339.

Il nous revient alors de tenir le débat sur cette jurisprudence dérogatoire. La lettre de l'arrêt permet alors de dégager deux justifications principales à une telle recevabilité de l'Administration en demande : la première viserait à dégager la compétence parallèle du juge administratif à prononcer des sanctions contractuelles en matière de marchés publics de travaux (§1), tandis que la seconde répondrait à une qualification potentielle du marché en un contrat administratif à investissements lourds (§2).

§1/ La compétence parallèle du juge pour les marchés publics de travaux

La jurisprudence *Carta* voit *a priori* l'Administration renoncer purement et simplement à son privilège du préalable. En refusant de prononcer seule la résiliation pour faute du marché public, son recours au juge aurait dû être irrecevable en vertu des principes d'indisponibilité des compétences et de séparation de la juridiction administrative et de l'Administration active.

L'inopposabilité du privilège du préalable semble, un peu au sens de C. Blumann, totalement irrationnelle de la part du juge administratif. Ce dernier semble ouvrir son prétoire à des requêtes de l'Administration qu'il se refuse normalement à en connaître.

La solution *Carta* est néanmoins inhabituellement motivée par le juge administratif. Appuyée sur une interprétation spécifique, il en ressortirait une compétence parallèle du juge administratif quant au prononcé de sanctions contractuelles pour les seuls marchés publics de travaux (B). Néanmoins, il est opportun de s'interroger préalablement sur le fondement apparent de la solution prononcée (A).

A/ L'inopérant mimétisme d'une référence au contrat

La jurisprudence *Carta* étant censée caractériser une exception à l'opposabilité du privilège du préalable, il revient d'en examiner la solution avec rigueur afin de tirer la substantifique moelle du raisonnement tenu par le juge.

Ce dernier considère ainsi « *que si l'article 35 du cahier des clauses et conditions générales des ponts et chaussées permet à l'administration de résilier un marché dans les cas et selon la procédure qu'il prévoit, il ne fait pas*

obstacle à ce que le maître de l'ouvrage demande au juge de prononcer la résiliation pour inexécution par l'entrepreneur de ses obligations ».

A la première lecture de ce considérant, une remarque est à faire. Le juge administratif reprend ostensiblement la structure de la solution *Ville de Paris c/ Chemin de fer Métropolitain* de 1924, posant la toute première « exception » à l'opposabilité de principe du privilège du préalable. Pour rappel, le Conseil d'Etat énonçait dans cet arrêt « *qu'il ressort de (...) [la] disposition [contractuelle] qu'il appartenait à l'autorité concédante d'en faire elle-même application, il n'en résulte pas qu'elle fût privée de s'adresser au juge du contrat pour obtenir une condamnation pécuniaire en exécution de la clause pénale stipulée*²²⁷».

De par la référence au contrat, le juge conclut à l'alternative habituellement retrouvée quant au recouvrement des sanctions pécuniaires. L'Administration se voit empiriquement offrir le choix de prononcer seule la sanction résolutoire, ou de recourir au juge dans ce but. Cette dualité de voies de droit reste néanmoins revêtue d'une dimension casuistique, propre au contrat d'espèce. La solution n'est pas rédigée en des termes généraux, comme peut l'être l'arrêt *Blum* pour le prononcé des sanctions pécuniaires.

Fort de ce premier constat, il convient naturellement de s'intéresser à la disposition contractuelle visée au considérant. Le cahier des clauses et conditions générales des ponts et chaussées est l'ancêtre des cahiers des clauses administratives générales d'aujourd'hui. Pièce générale faisant office de patron des clauses contractuelles contenues dans un marché public, son renvoi expresse au sein du contrat en fait un document contractuel ayant force obligatoire pour les parties.

L'article 35 du cahier des clauses et conditions générales des ponts et chaussées alors applicable est relatif aux mesures coercitives mises à la disposition de l'Administration vis-à-vis de son cocontractant. Il énonce en substance que « *lorsque l'entrepreneur ne se conforme pas, soit aux dispositions du devis, soit aux ordres de service écrits qui lui sont donnés par les ingénieurs, un arrêté du préfet le met en demeure d'y satisfaire dans un délai déterminé. (...) Passé ce délai, si l'entrepreneur n'a pas exécuté les dispositions prescrites, le préfet, par un second arrêté, ordonne*

²²⁷ Conseil d'Etat, 26 décembre 1924, *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain*, Rec. CE, p. 1065 ; S. 1925, 3, p. 25, note Hauriou

l'établissement d'une régie aux frais de l'entrepreneur (...)»²²⁸ ». Il poursuit en énonçant qu' « il en est aussitôt rendu compte au Ministre qui peut, selon les circonstances, soit ordonner une nouvelle adjudication à la folle enchère de l'entrepreneur, soit prononcer la résiliation pure et simple du marché, soit prescrire la continuation de la régie ». La suite concerne le prononcé de la mise en régie ou de l'adjudication à la folle enchère aux risques et périls de l'entrepreneur sanctionné.

La disposition contractuelle ne se présente pas d'un grand secours. Si elle ordonne la mise en régie d'office par le préfet en cas d'inexécution contractuelle, le prononcé de la résiliation reste à la discrétion du Ministre.

La dualité des autorités hiérarchiques pouvant prononcer la sanction est intéressante. Il est possible que le gouverneur général ait saisi la juridiction administrative en conséquence d'un abandon hiérarchique. Rappelons en effet que le prononcé de la résiliation est, selon la lettre de l'article 35, entre les seules mains du Ministre.

L'inertie de ce dernier placerait dès lors la personne publique contractante, requérante qui plus est, dans une situation d'incompétence vis-à-vis du prononcé de la résiliation pour faute du contrat. Cette hypothèse relève néanmoins essentiellement de la spéculation, et ferait l'objet d'une mention par le juge administratif. Il serait en effet probable, dans une telle hypothèse, que la juridiction administrative renvoie la personne publique à l'exercice de sa propre compétence.

Or, à la lecture de la clause contractuelle, l'Administration se devrait d'émettre seule, par une décision exécutoire expresse, la résiliation pour faute du marché en vertu de son privilège du préalable. En effet, cette sanction emportera des effets pour l'avenir, se plaçant dès lors dans l'« exécutable du contrat ». La résiliation pour faute en cause procède d'un choix de l'Administration à annihiler toute relation contractuelle avec l'entrepreneur. Elle se distingue ainsi de la résiliation de plein droit ou des créances contractuelles, qui voient leur prononcé prévu et conditionné, nous l'avons vu, par les clauses de la convention.

Ainsi, contrairement à ce que dit le juge, la disposition contractuelle établissant le pouvoir de résiliation pour faute se présente comme le principal obstacle de la demande de l'Administration. Le principe d'indisponibilité des

²²⁸ Cahier des clauses et conditions générales des ponts et chaussées, 1911, issu de l'arrêté du 29 décembre 1910, <http://gallica.bnf.fr>.

compétences, soutenu par la jurisprudence de principe *Le Loir*, devrait assurer l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration. Tel était l'avis du conseil de préfecture dans la jurisprudence qui nous occupe, lequel a opposé à la personne publique son privilège du préalable.

La soudaine recevabilité d'une demande présentée par l'Administration à fins de résiliation du contrat ne s'explique donc pas en substance par ce considérant.

Mieux encore, la référence à la clause contractuelle semble obéir en l'espèce plus à un effet de mimétisme jurisprudentiel qu'à une réelle motivation de la solution. En calquant la décision sur l'arrêt *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain*, le juge retranscrit une solution initialement rendue vis-à-vis d'une sanction à la logique foncièrement différente.

Reste que ce mimétisme est entretenu par le juge administratif dans sa solution *Carta*, notamment de par une référence écho à la loi du 28 pluviôse an VIII en visa de la solution.

B/ L'ambiguë conséquence d'une référence à la loi

La référence à la loi du 28 pluviôse an VIII est toute singulière. Elle se retrouve, au fruit de nos recherches, uniquement dans la jurisprudence *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain* précédemment citée, qui ouvre l'exception à l'opposabilité du privilège du préalable en matière de sanctions pécuniaires. Cette dernière disposait en effet « *qu'en rejetant sa demande (...) comme non recevable, le conseil de préfecture a faussement interprété l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII et méconnu sa propre compétence* ».

La loi du 28 pluviôse an VIII concerne la division du territoire français et l'administration, organisant ainsi la compétence du juge administratif. Elle énonce, dans son article 4, que « *le conseil de préfecture se prononcera : (...) sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leur marché* ». Il semble, à la lecture complète de la loi, que l'arrêt *Carta* vise également cette disposition.

Le juge administratif est donc compétent pour se prononcer sur les difficultés concernant l'exécution des clauses d'un marché public. Reste à déterminer l'interprétation à donner à cette disposition législative. Deux interprétations semblent pouvoir se dégager.

Tout d'abord, et dans une acception stricte et classique, il reviendrait de considérer le rôle du juge comme nous l'avons précédemment fait. Son domaine de compétence veille au respect de la légalité administrative et au contentieux de la responsabilité. Se prononcer sur l'exécution des clauses contractuelles revient à contrôler leur bonne mise en œuvre par une Administration ayant agi préalablement au recours.

Le juge administratif utilisera alors la théorie des risques et périls pour s'assurer de la justification de l'intervention de la sanction, et la retourner éventuellement contre l'Administration. Nous l'avons vu, la théorie des risques et périls est tributaire de l'actionnement du privilège du préalable par l'Administration. Cette interprétation se réfère donc essentiellement à la personne publique comme défenderesse, et plus exceptionnellement en demande. Dans les deux cas, le privilège du préalable se doit d'avoir été mis en œuvre, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Se dégage alors une interprétation plus large, voire très expansive. Il s'agirait pour le juge de pouvoir intervenir dans l'exécution du contrat en cas de difficulté quant à son bon déroulement. La juridiction administrative serait donc compétente pour prononcer des sanctions contractuelles en lieu et place et sur la demande de l'Administration. La loi du 28 pluviôse an VIII conférerait donc une sorte de compétence parallèle au juge administratif en matière contractuelle.

Cette interprétation est pour le moins dangereuse, et nous semble erronée.

Dangereuse vis-à-vis du principe de séparation de l'administration active et du juge. Il reviendrait à dire que la loi du 28 pluviôse an VIII offre au juge la compétence d'administrer activement en cas de difficultés dans l'exécution contractuelle. La disposition législative ferait donc tomber le principe de séparation guidant l'irrecevabilité de principe de la personne publique à demander au juge une mesure qu'elle est elle-même à même de prendre seule.

Le juge s'improviserait donc administrateur selon la nature du contrat en cause. En effet, l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII se cantonne aux seuls marchés publics de travaux. Or, en quoi serait-il justifié de dispenser la personne publique d'administrer activement en matière de marché de travaux plutôt que de fournitures ou de services ? Le principe d'indisponibilité des compétences est d'application totale à l'égard du privilège du préalable, et oblige l'Administration à mener seule son action sous le contrôle

du juge. Car si le principe de séparation tombe, l'indisponibilité reste. Elle est les chaînes retenant l'Administration dans sa fuite quant à l'exercice ses compétences.

En ce sens, l'interprétation large de la loi du 28 pluviôse an VIII est erronée. L'opposabilité du privilège du préalable est une question de recevabilité de l'Administration en demande, et non d'incompétence du juge administratif, et ce que ce soit en matière contractuelle ou non. Or, recevabilité et compétence sont deux étapes bien distinctes.

La compétence juridictionnelle est la reine-mère des préoccupations du juge administratif. Elle est évidemment issue du principe de séparation des ordres de juridiction. Elle se définit comme « *l'aptitude à instruire et juger une affaire, à en connaître* ²²⁹ », à la différence de la recevabilité d'une demande, qui est le « *caractère d'un recours ou d'une proposition qui remplit les conditions préalables exigées pour que l'organe saisi puisse passer à l'examen du fond en vue de discuter, amender, adopter ou rejeter* ²³⁰ ».

Au final, que le juge administratif se trouve compétent pour prononcer une sanction contractuelle est en soi loin d'être révolutionnaire. La théorie des risques et périls le démontre. Le juge administratif peut prononcer des sanctions contractuelles aux torts de l'Administration, ou encore assurer des mesures échappant à la compétence de l'Administration.

L'opposabilité du privilège du préalable répond de la seule recevabilité, plus attachée à la des considérations quant au requérant et aux rôles et fonctions du juge administratif qu'à sa compétence propre à connaître, à la différence de la juridiction judiciaire, d'une question juridique précise.

Si l'Administration est irrecevable à demander au juge une mesure qu'elle a compétence pour prendre seule, cette règle se doit d'être appliquée de manière constante et durable. L'interprétation large est faussée de par sa mise dans une vision plus globale. Si l'alternative offerte à l'Administration pour prononcer sa sanction reposait sur cette législation, elle devrait être générale pour tout marché public de travaux.

²²⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° « Compétence »

²³⁰ *Ibid.*, V° « Recevabilité »

Or, nous l'avons vu, le juge administratif assure l'opposabilité du privilège du préalable à ces contrats. En effet, dans son arrêt *S.O.C.O.T.R.A.P*²³¹ que « *l'administration tenant des principes généraux applicables en matière de marchés de travaux publics le pouvoir, après mise en demeure, de procéder d'office aux opérations nécessaires pour assurer l'exécution du marché, c'est à bon droit que le juge des référés, qui est compétent pour ordonner toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service, s'est refusé à se substituer à elle* ».

Dès lors, la seule conception stricte est à retenir. La juridiction administrative se cantonne au seul règlement des litiges opposant les parties à un contrat, et doit se refuser d'interférer dans l'administration active. La loi du 28 pluviôse an VIII fonde bien la compétence du juge à se prononcer sur la question, mais en aucun cas n'assure la recevabilité extraordinaire de l'Administration dans la jurisprudence *Carta*.

Car si par mimétisme, la solution qui nous occupe se calque sur l'arrêt ayant ouvert l'exception à l'opposabilité du privilège du préalable en matière de sanctions contractuelles pécuniaires, elle n'en a pas connu la même destinée. La jurisprudence *Carta* est totalement isolée dans sa solution. A l'inverse des sanctions pécuniaires, elle n'a pas connu une généralisation, ou seulement, dans un moindre degré, confirmation. Elle est la seule caractérisation de la recevabilité d'une demande de l'Administration en résiliation d'un contrat sans décision préalablement prononcée, hors hypothèses légitimes des cas de déchéance.

Ainsi, le juge va tenter, au regard de la clause contractuelle, de régler la difficulté opposant les parties concernant l'exécution de la clause contractuelle référencée. Car la jurisprudence *Carta* relève d'une grande particularité dans ses faits d'espèce, si bien qu'une requalification financière du contrat soit envisageable. Le marché public de travaux litigieux serait un contrat à investissements lourds dont la résiliation répondrait au même régime que la déchéance.

Dans cette hypothèse, et en réponse aux développements tenus en première partie de cette étude, l'Administration serait légitime à recourir au juge en vue du prononcé d'une résiliation dont sa compétence pour en connaître serait mise en doute.

²³¹ Conseil d'Etat, 21 juillet 1970, *Société occitanienne de travaux publics* ; Rec. CE, p. 1096 ; AJDA 1970, p. 613, chronique D. Labetouille et P. Cabanes

§2/ La qualification probable d'un contrat à investissements lourds

Face aux fondements illusoires exprimés par le juge pour motiver sa décision *Carta*, la justification de la soudaine recevabilité de l'Administration à demander la résiliation d'un marché public de travaux reste encore déterminer.

Le premier réflexe est évidemment de se questionner sur l'entrée de cette « exception » à l'opposabilité de principe du privilège du préalable dans l'un des recours légitimes au juge recensés de l'Administration. Or, l'espèce de la jurisprudence *Carta* ne témoigne pas d'une résistance du cocontractant à l'Administration. Celle-ci n'ayant pas émis expressément une décision résolutoire, elle se distingue ainsi de la logique *Ville de Nice* précédemment dégagée.

Reste l'hypothèse de la déchéance, sanction résolutoire faisant par principe défaut à l'Administration. Le privilège du préalable étant l'outil de mise en œuvre de compétences autres, son action s'avère donc impossible.

La jurisprudence *Carta* pourrait répondre à cette logique. Car sous le terme « déchéance » se cache la notion plus large de résiliation pour faute d'un contrat à investissements lourds. Et si le marché public de travaux au cœur de la jurisprudence *Carta* ne répondait a priori pas à cette acception, la casuistique extraordinaire de l'espèce (A) aurait entraîné un basculement de l'équilibre financier du contrat (B), jetant sur l'Administration le spectre d'une incompétence quant au prononcé de la sanction résolutoire.

A/ Le constat d'une casuistique extraordinaire

S'étant concentré sur les motivations juridiques présentes à la décision, il convient dorénavant de questionner sur le problème habitant l'espèce. Dans la même logique du raisonnement tenu sur l'arrêt *Ville de Nice*, la motivation de l'Administration à renoncer à son privilège du préalable est le premier indice du raisonnement tenu par le juge dans sa considération de la recevabilité exceptionnelle de la requête.

L'affaire *Carta* répond d'une casuistique toute particulière, voire extraordinaire. La gravité des faits en présence nous amènera à ne pas nous épancher sur le sujet. Mais elle exprime l'étrangeté d'un recours au juge pour l'Administration.

Le long développement des faits par le juge est des plus explicites et se présente comme très significatif. Il considère ainsi *« qu'il résulte de l'instruction et spécialement du procès-verbal de constat et du rapport des experts qu'en raison notamment de malfaçons graves imputables au sieur Carta, le bâtiment édifié par cet entrepreneur s'est effondré au cours des constructions et que les parties de maçonneries non écroulées ne peuvent pas être conservées sans compromettre la solidité de l'édifice ; que, dans ces conditions, et en admettant même qu'en dehors de ces malfaçons des fautes de l'architecte et de l'entreprise chargée d'exécuter les fondations aient contribué à la ruine de l'ouvrage, le gouvernement général de l'Algérie était fondé, en vue d'exclure le sieur Carta de toute participation à la continuation des travaux et à la reconstruction, à demander au conseil de préfecture de prononcer la résiliation du marché conclu avec le sieur Carta, et qu'il y a lieu de faire droit à ladite demande »*.

La démarche du juge administratif vise à établir la faute du cocontractant sur la base de l'ensemble des éléments fournis par l'Administration cocontractante. Après avoir maladroitement (ou arbitrairement, à l'étude) accepté la recevabilité de la requête, il s'attelle à l'adéquation de la résiliation au faits d'espèce.

La formulation reste étrange. Si le juge apparaît comme ayant débuté l'examen du fond de l'affaire, il conclut son considérant en énonçant que *« le gouvernement général de l'Algérie était fondé (...) à demander au conseil de préfecture de prononcer la résiliation du marché conclu avec le sieur Carta, et qu'il y a lieu de faire droit à ladite demande »*. Il semblerait presque doubler l'examen de la recevabilité de la demande de l'Administration, comme si la disparition matérielle de l'objet même du contrat avait entraîné la chute de l'opposabilité du privilège du préalable.

Il reste constant que la formule vise avant tout à établir la faute contractuelle qui motivera la résiliation. Ainsi, et entre les lignes, le juge paraît examiner les différentes options offertes à la personne publique, soit la résiliation pour faute, l'adjudication à la folle enchère, ou la continuation de la mise en régie déjà prononcée – à en croire les dispositions contractuelles de l'article 35 du cahier des charges. La mention du caractère non exploitable des fondations restantes est très significative. Elles constitueraient la base d'un nouveau marché, l'acquis de la nouvelle entreprise de travaux venue en remplacement du cocontractant défaillant.

Mais la gravité d'un écroulement total du bâtiment nouvellement construit avant la réception des travaux, renforcée par le caractère non exploitable des fondations restantes, révèle surtout l'évidence de la faute contractuelle. L'Administration aurait pu a priori prononcer seule et sans crainte la décision résolutoire du marché public en présence. La résiliation pour faute est fondée de par la gravité même des faits ; aucun doute n'est à émettre sur ce point.

En renonçant à utiliser son privilège du préalable afin d'émettre une sanction résolutoire à la justification pourtant évidente, l'Administration semble avoir douté de sa compétence. La casuistique extraordinaire de l'arrêt entraîne des conséquences sur la situation du cocontractant, et notamment, en cas de résiliation pour faute, sur l'équilibre financier du contrat.

B/ L'incompétence par le basculement de l'équilibre financier

La casuistique extraordinaire de l'arrêt *Carta* doit être confrontée avec la logique de l'exécution financière des marchés publics. Un marché public est un contrat « *conclu à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs (...) et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services*²³² ».

Contrats d'achats, le paiement public n'intervient entier et immédiat qu'à la réception du marché, soit ici après réception des travaux. « *Acte par lequel le maître de l'ouvrage reconnaît l'exécution correcte et satisfaisante des travaux accomplis pour lui par un entrepreneur*²³³ », la réception des travaux marque la constatation du service fait, entraînant paiement de l'attributaire, et met fin à toute relation contractuelle entre les parties.

Partant, les travaux seront préfinancés par l'entrepreneur dans l'attente de la réception finale. L'entrepreneur va donc décaisser un fort investissement en vue de la réalisation du bien immobilier. Il ne se remboursera pas sur la durée d'amortissement de l'immeuble construit, mais sur le paiement final de l'Administration. Pour la clarté de raisonnement, il s'agira d'écartier les hypothèses d'acomptes et avances versés par la personne publique à son cocontractant.

²³² Code des marchés publics 2011, article 1.

²³³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8^e édition, 2007, « Réception »

En parallèle, la résiliation pour faute du cocontractant entraîne réception d'office²³⁴ des travaux en cours par la personne publique maître d'ouvrage. Si la résiliation n'entraînera aucune indemnité pour le cocontractant²³⁵, l'Administration adjudicatrice se devra de payer toutes les prestations réalisées par l'entrepreneur et régulièrement réceptionnées²³⁶. En principe, le cocontractant se verra donc payé pour les travaux qu'il a déjà réalisés, et qui seront utilisés par la personne publique en vue de leur achèvement ou reprise. L'équilibre financier du marché est préservé au maximum, l'attributaire du marché se voyant rémunéré pour les services faits et ses investissements couverts en proportion des prestations déjà exécutées.

Le paiement immédiat gouvernant la logique des marchés publics contraste ainsi avec les contrats de concession. En effet, la déchéance renvoie en principe purement et simplement le concessionnaire sans indemnité du fait de la résiliation ni paiement des investissements déboursés se voyant concrétisés dans l'élaboration d'un bien. Le concessionnaire pourra toujours engager une procédure spécifique pour enrichissement sans cause de l'Administration contractante ; celle-ci étant extérieure à la logique du décompte financier du contrat.

Dès lors, l'affaire *Carta* présente face à cette logique une grande particularité. L'écroulement total du bâtiment avant la réception des travaux et l'inexploitabilité des fondations restantes ont pour effet de supprimer l'entier objet du marché public de travaux en cause. En prononçant la résiliation, la personne publique contractante ne réceptionnera rien, et récupérera le terrain d'assiette en son état d'origine. Un marché public de travaux s'attachant au service fait et à l'objet immobilier terminé, l'écroulement avant réception des travaux du bâtiment construit a fait disparaître le fait générateur qu'un quelconque paiement.

C'est ici que la casuistique extraordinaire de l'affaire *Carta* prend toute son ampleur. Par le prononcé unilatéral d'une résiliation pour faute, l'entrepreneur ne se verrait toucher aucune indemnité du fait de la fin prématurée du contrat, ni aucune rémunération des travaux qu'il a menés visiblement à termes avant la ruine finale de l'immeuble. Sans bien immobilier

²³⁴ A titre d'exemples, voir : Conseil d'Etat, 27 janvier 1978, *Société F3M France et autres*, Rec. CE 1978, p. 35 ; Section 4 juillet 1980, *SA Forrer et Compagnie*, Rec. CE 1980, p. 307 ; 25 juillet 1980, *Ville Saint-Ouen-l'Aumône*, Rec. CE 1980, p. 342 ; 23 janvier 1981, *Coudert et autres*, Rec. CE 1981, p. 23 ; 20 mai 1994, *Commune de Condom*, Rec. CE 1994, tables, p. 1041.

²³⁵ Par exemple, voir : Conseil d'Etat, 4 novembre 1964, *Mathieu*.

²³⁶ Par exemple, voir : Conseil d'Etat, 28 décembre 2001, *CNED*, n° 204618.

à réceptionner, la personne publique n'est pas en droit de payer une somme qu'elle ne doit pas²³⁷.

Partant, l'entrepreneur se retrouve dans une situation similaire à un concessionnaire. Il se retrouve de facto à supporter l'entier risque financier du contrat ; risque normalement étranger à l'attributaire d'un marché public. La ruine totale du bâtiment construit jette une sorte de fiction sur les travaux réalisés par l'entrepreneur, qui se verrait, par la mécanique du règlement des marchés publics et de la résiliation pour faute, supporter seul le préfinancement opérée en vue de la construction du bâtiment commandé. L'entrepreneur se verrait dans l'impossibilité de recouvrir les dépenses engagées, ne serait-ce qu'en partie au regard de la faute contractuelle certaine.

Le juge administratif semble, dans la lettre de la solution *Carta*, parfaitement conscient du problème. Il considère en effet que la résiliation judiciaire prononcée « *n'implique pas nécessairement que les conséquences onéreuses de la résiliation et de la ruine de l'ouvrage doivent être mises intégralement à la charge du sieur Carta ; que, par une disposition non critiquée de l'arrêté attaqué, le conseil de préfecture a d'ailleurs sursis à statuer, notamment, sur les responsabilités encourues de ce chef et que cette question reste entière* ». Cette mention est totalement opportune de la part de la Haute juridiction, qui n'est pas saisie sur le règlement des conséquences financières de la résiliation. Mais il sous-entend l'impact que la casuistique extraordinaire de l'affaire à entraîner sur le contrat.

Le marché public de travaux litigieux relèverait, au vue de l'espèce, de la logique des contrats à investissements lourds, à laquelle sont habituellement rattachés les contrats de concession. Le prononcé unilatéral d'une résiliation pour faute entraînerait de graves conséquences financières vis-à-vis du cocontractant, que le juge se doit de contrôler.

L'Administration verrait donc s'effacer sa compétence pour prononcer une telle sanction résolutoire dans ces circonstances factuelles bien précises. Il s'agit de protéger la situation juridique du cocontractant défaillant, et de ne pas porter une atteinte excessive à sa condition. La jurisprudence *Carta* rentrerait alors dans le cadre familial de la déchéance du concessionnaire, répondant au dogme de sa considération devant le juge administratif.

²³⁷ Conseil d'Etat, Section, 19 mars 1971, *Sieurs Mergui*, Rec. CE, p. 235, concl. Rougevin-Baville.

L'existence d'une clause contractuelle aurait néanmoins dû condamner la personne publique à prononcer seule la résiliation du marché, comme cela se retrouve en matière de déchéance²³⁸. L'article 35 du cahier des charges pose néanmoins la résiliation pour faute comme une simple possibilité pour l'Administration. Précisant l'autorité compétente pour se prononcer, la clause reste néanmoins floue et générale quant aux circonstances permettant de mettre en œuvre la sanction résolutoire. La déchéance venant réprimer une « *faute d'une particulière gravité*²³⁹ », son champ d'action doit être, si elle est contractualisée, spécifiquement établi.

Le juge reconnaît néanmoins la compétence de l'Administration à prononcer une telle sanction. Néanmoins, et à notre sens, l'opposabilité du privilège du préalable n'aurait été éligible qu'à la seule contractualisation expresse de l'hypothèse d'espèce. La gravité des faits bouleverse le sens premier de l'article 35 du Cahier des clauses et conditions générales des ponts et chaussées. Il est probable que la résiliation administrative unilatérale du contrat pour faute soit annulable par le juge en cette espèce et celle-ci seulement. Pour toute autre inexécution contractuelle, la mécanique normale de la résiliation pour faute serait en route, et l'Administration se serait vue opposer son privilège du préalable.

Le juge administratif semble seulement s'adapter à la situation extraordinaire de l'affaire. Ne pouvant renier la compétence contractuelle de l'Administration à émettre une sanction résolutoire habituelle au type de contrat en cause, il prend en compte la dimension exceptionnelle de la situation du cocontractant. La jurisprudence *Carta* démontre l'acclimatation du juge administratif face à une situation totalement fortuite s'assimilant au prononcé d'une déchéance. Face à cette hypothèse visiblement inconcevable pour le rédacteur du contrat, le juge tranche en fonction des considérations en présence : la préservation du pouvoir de résiliation unilatérale pour faute, et la protection de la situation juridique du cocontractant.

En conclusion de cette seconde section, et partant du premier chapitre, la jurisprudence *Carta*, au considérant de principe pourtant si tranché, ne reste qu'une jurisprudence ancienne totalement isolée dans sa solution. Aucune consécration de cette jurisprudence n'a, à notre connaissance, vu le jour.

²³⁸ Conseil d'Etat, 22 novembre 1967, *Société générale technique*, Rec. CE, p. 859 ; voir aussi Conseil d'Etat, 26 janvier 1923, *Ville de Toulon*, p.85.

²³⁹ Conseil d'Etat, 13 juin 1947, *Nouvelle société fermière de Luxeuil*, Rec. CE, p.259.

Pourtant, l'alternative offerte par la jurisprudence *Carta* à l'Administration quant au prononcé de la résiliation d'un marché public de travaux est basée sur la disposition d'un cahier de clauses administratives générales. Ainsi, et plus fortement encore que pour les sanctions pécuniaires²⁴⁰, la solution *Carta* aurait dû se généraliser ; ne serait-ce que pour l'ensemble des contrats administratifs opérant renvoi au cahier des clauses et conditions générales des ponts et chaussées du 29 décembre 1910. Or, il n'en fut rien.

Les « exceptions » à l'opposabilité du privilège du préalable que représentent communément les jurisprudences *Ville de Nice* et *Carta* sont donc à relativiser. Elles paraissent rentrer dans le cadre spécifique des recours légitimes au juge administratif, du fait de l'impossibilité de mettre en œuvre la procédure par décision exécutoire. Si l'arrêt *Ville de Nice* voit son sens détourné par la doctrine et retourne dans l'hypothèse d'une résistance inexpugnable du cocontractant pour la seule personne publique, la solution *Carta* se rapproche dangereusement de la considération de la déchéance. Ainsi, l'opposabilité du privilège du préalable ne souffrirait aucunement d'exception réelle.

L'absence de caractère exécutoire de la décision émise dans l'affaire *Ville de Nice* relèverait davantage de l'empressement interprétatif que d'une réelle remise en contexte, posant cette solution comme prémices d'un recours légitime en cas d'incompétence de l'Administration à assurer l'exécution matérielle de ses décisions. Elle rentre dès lors parfaitement dans le libre jeu du privilège du préalable, et ne se présente plus que comme une exception d'apparence, du fait de la soudaine recevabilité de l'Administration devant le juge. Le privilège du préalable se présente totalement opérant en la matière, tant dans sa force juridique que sa faiblesse pratique.

La solution *Carta* conservera certainement à jamais sa part de mystère. Reste qu'il demeure le seul arrêt recevant la demande de l'Administration visant au prononcé d'une sanction résolutoire sans décision exécutoire préalable. Sa justification ambiguë et ses examens surnuméraires en font une jurisprudence riche à interpréter. A notre sens cependant, elle semble relever l'incompétence exceptionnelle de l'Administration à prononcer unilatéralement la résiliation pour faute du contrat en considération de la casuistique extraordinaire de l'affaire.

²⁴⁰ L'arrêt du Conseil d'Etat, 26 décembre 1924, *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain* (Rec. CE, p. 1065 ; S. 1925, 3, p. 25, note Hauriou) est basé sur une clause du contrat lui-même, et non sur une disposition d'un document général auquel le contrat renvoie.

La confusion de l'arrêt relèverait surtout, nous l'avons vu, de la récupération d'une formulation propre à la jurisprudence *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain*. Car si l'effet de mimétisme est prenant, il a amené à méconnaître le raisonnement premier de cette affaire.

Il s'agit d'une véritable maladresse de la part du juge administratif. La sanction résolutoire se doit d'obéir à l'opposabilité de principe du privilège du préalable. La logique gouvernant la recevabilité des demandes en prononcé de sanctions pécuniaires relève d'une toute autre dimension. Rattachées à la vie propre animant le contrat, elles se présentent comme ancrées dans le jeu du privilège du préalable, générant à leur égard une apparence d'exception à son opposabilité de principe.

Chapitre 2 : L'apparence d'exception générée par le contrat : la sanction pécuniaire

A l'inverse des sanctions résolutoires, les sanctions pécuniaires font l'objet d'une « exception » générale à l'opposabilité du privilège du préalable à l'Administration par le juge administratif. Tel en dispose l'arrêt *Blum* vu en première partie, qui énonce « *qu'aucune disposition de loi ou de règlement, ni aucun principe général de droit n'interdisait à la commune de demander au juge administratif la condamnation de l'entrepreneur à lui payer les sommes qu'elle estimait lui être dues à raison des conditions d'exécution d'un contrat plutôt que d'émettre à l'encontre de ce dernier un état exécutoire*²⁴¹ ».

Nous avançons alors, à l'énonciation de cette solution de principe, que le juge semblait considérer que le privilège du préalable, s'il répond à *minima* à l'acception de principe général du droit, ne se trouve pas contredit par son inopposabilité à l'Administration en matière de créances contractuelles. En d'autres termes, l'exception à l'opposabilité de la procédure par décision exécutoire s'expliquerait par la bonne marche du privilège lui-même.

Il a été vu que le libre jeu du privilège du préalable est susceptible d'amener l'Administration à recourir légitimement au juge dans certaines conjonctures, que ce soit en cas d'impuissance de la personne publique d'assurer l'exécution matérielle de ses décisions ou dans l'hypothèse plus convenue de l'absence de compétence à mettre en œuvre à l'aide de la procédure par décision exécutoire. Etant commun que l'Administration est à même de prononcer un état exécutoire en vue du recouvrement de ses créances contractuelles, l'exception que représentent les sanctions pécuniaires rentrerait dès lors dans le cadre de la résistance du cocontractant.

Or, et c'est là l'objection première, la résistance implique avant tout un objet à contrarier. L'exception à l'opposabilité du privilège du préalable en matière de sanctions pécuniaires se caractériserait – comme dans l'affaire *Carta* – par l'absence d'émission d'une décision exécutoire à l'encontre du cocontractant. L'Administration dispose d'une alternative quant au recouvrement des créances contractuelles : émettre un état exécutoire, ou recourir au juge administratif. Le caractère sujétion du privilège du préalable

²⁴¹ Conseil d'Etat, 7 avril 1978, *Blum*, Dr. Adm. 1978, n°168.

tomberait anormalement, permettant à l'Administration de se dédouaner de l'exercice autonome de sa compétence.

Mais ne serait-ce pas méconnaître l'importance capitale du contrat dans le schéma du privilège du préalable ? La convention a un rôle à jouer dans l'« exception » habillant le contentieux des sanctions pécuniaires ; et « l'autorité de chose contractée » – pour étendre la formule – est susceptible de rejoindre son honorable consœur, « l'autorité de chose décidée ». Négliger la force juridique du contrat est certainement une erreur à éviter, et constitue la clé de voûte de la mutation de l'opposabilité du privilège du préalable (Section 1).

Reste à déterminer que l'Administration en demande vise, de par la participation du juge au processus, une mesure qu'elle-même ne peut prendre seule. La désobéissance du cocontractant à un « état exécutoire contractuel » ouvre dès lors les portes d'un clairvoyant prétoire (Section 2), qui assurera l'exécution matérielle du contrat.

SECTION 1 : LA NEGLIGENCE DE L'AUTORITE DE CHOSE CONTRACTEE

Les sanctions pécuniaires constitueraient une exception générale à l'opposabilité du privilège du préalable de par la dispense juridictionnelle d'une mise en œuvre obligatoire de la procédure par décision exécutoire. Le juge administratif accepte tout recours en recouvrement d'une créance contractuelle formé par la personne publique contractante. Cette recevabilité soudaine et anormale en prononcé d'une sanction contractuelle reste cependant à expliquer.

L'isolement de l'exception dans la temporalité du contrat a permis de placer ces sanctions pécuniaires dans le passé de l'exécution du contrat. Dès lors, il revient de tirer les conséquences de cet enseignement, et de remonter plus avant dans le raisonnement qu'il sous-tend.

L'exception en matière de sanctions pécuniaires est toujours abordée comme l'absence d'émission d'un état exécutoire. Or, l'ensemble des éléments amenant au prononcé d'une sanction pécuniaire doivent être pris en compte. En effet, à la date du recours devant le juge formé par l'Administration, l'ordonnancement juridique apparaît comme déjà modifié.

Si le contrat influe sur la naissance de la créance contractuelle, il est également porteur, de par l'autorité de chose contractée qui lui est attachée, d'une obligation juridique reposant d'ores et déjà sur le cocontractant.

Dès lors, et dans le mouvement amorcé d'un remplacement du contrat dans le jeu du privilège du préalable, il est nécessaire d'installer la convention au commencement de la procédure par décision exécutoire. Premier maillon de la chaîne, le contrat peut être vu comme une décision exécutoire (§1), générant automatiquement d'autres décisions exécutoires (§2).

§1/ Le contrat comme décision exécutoire

Le contrat administratif se détermine par opposition à l'acte administratif unilatéral, lequel se voit communément rattaché à la décision exécutoire. Cette dernière, au sens dont son créateur M. Hauriou la définit, est néanmoins susceptible de répondre à une plus large acception que le seul acte administratif unilatéral.

La décision exécutoire est empiriquement une manifestation de volonté produisant des effets de droits obligatoires pour la personne à qui cette volonté est opposée. A la vue de cette rapide définition, la décision exécutoire semble se rapprocher de la technique contractuelle.

La question revient donc à savoir si le contrat actionne, de par lui-même, la mise en route du privilège du préalable, et constitue la décision exécutoire originale.

Il s'agira ainsi d'étudier le contrat comme une décision exécutoire, en développant tout d'abord la volonté de la personne publique de mener l'action administrative (A) pour ensuite s'attacher à son caractère exécutoire : la force obligatoire du contrat, ou encore « l'autorité de chose contractée » (B).

A/ Le contrat, mode d'action de l'administration

Il revient tout d'abord de s'interroger sur la potentielle entrée des contrats administratifs dans l'acception de la décision exécutoire faite par M. Hauriou, créateur de la notion. Cette considération reviendrait à élargir la notion de décision exécutoire, qui engloberait alors tant le contrat que l'acte administratif unilatéral. Ainsi, ces deux instruments juridiques se

différencieraient uniquement sur le mode d'expression de la volonté de l'Administration.

La décision exécutoire est, pour M. Hauriou, précisément « *toute déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit, vis-à-vis des administrés, émise par une autorité administrative (comprise dans la hiérarchie ou dans la tutelle administrative) dans une forme exécutoire, c'est-à-dire dans une forme qui entraîne l'exécution d'office (...). L'effet de droit que tend à produire la manifestation de volonté administrative contenue dans la décision exécutoire se produit instantanément par la seule émission de cette volonté*²⁴² ».

Et si « *chacun sait à quel point les frontières de l'unilatéral et du contractuel ne sont ni très certaines, ni très imperméables*²⁴³», il revient de rapprocher contrat administratif et acte unilatéral à cette définition.

La notion de « décision » s'entend pour M. Hauriou non comme l'*instrumentum*, soit l'acte contenant la norme juridique, mais en tant que *negocium*, soit « *l'action de décider, (...) de prendre un parti*²⁴⁴ » ; en soi, de mener l'action administrative. Celle-ci se distingue en deux instruments : l'acte unilatéral et le contrat.

Mais, comme le souligne le commissaire du gouvernement J. Kahn, la distinction entre contrat et acte unilatéral pose « *plus de problèmes qu'elle ne permet d'en résoudre*²⁴⁵ » : la décision exécutoire renvoie à l'expression de la volonté propre de l'Administration et à son autorité, indifférente à toute volonté parallèle et extérieure.

Pour rappel, l'acte administratif unilatéral est « *au sens générique, [un] acte juridique fait dans le cadre et pour l'exécution d'une opération administrative* ». Dès lors, l'acte administratif est un « *acte qui émane d'une autorité administrative, par opposition aux actes émanant d'une autorité législative, (...) juridictionnelle ou d'un organisme privé* », intéressant « *l'organisation du service ou son exécution à l'aide de prérogatives de*

²⁴² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence (2e et 3e années) et en doctorat et sciences politiques*, Librairie du Recueil Sirey, 1927, 11e édition.

²⁴³ D. DE BECHILLON, *Le contrat comme norme dans le droit public positif*, RFDA 1992, p. 17.

²⁴⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8e édition, 2007, « Décision ».

²⁴⁵ J. KAHN, conclusion sous Tribunal des Conflits, 3 mars 1969, *Société Interlait*, AJDA 1969, 307. Cité par D. DE BECHILLON, *Le contrat comme norme dans le droit public positif*, RFDA 1992, p. 15.

puissance publique », et présentant un « caractère individuel, par opposition aux actes de portée générale qui seraient qualifiés [de] législatifs²⁴⁶ ».

Indifférente, mais non forcément exclusive. Tant le contrat que l'acte unilatéral révèlent empiriquement une « déclaration de volonté (...) émise par une autorité administrative ». En effet, le contrat est défini, à l'article 1101 du Code civil, comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Le terme convention utilisé est un « nom générique donné – au sein des actes juridiques – à tout accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque : créer une obligation, transférer la propriété, etc.²⁴⁷ ».

Dès lors, contrat et acte unilatéral se présentent comme des actes juridiques liés à l'Administration, fruits de la volonté de la personne publique. Les deux modes d'action administrative aspirent également au même but, soit la poursuite optimale de l'intérêt général.

En ce sens, De Laubadère écrit que « le contrat administratif constitue l'un des moyens par lesquels l'administration assure le fonctionnement des services publics. Par suite, l'exécution du contrat administratif, si elle est d'abord (...) la réalisation des obligations stipulées par les parties, n'est pas seulement cela ; elle est en outre elle-même un moyen plus ou moins direct de fonctionnement des services publics ». Il continue en énonçant que « la notion de service public (...) implique que, le contrat administratif provoquant une collaboration directe ou indirecte au service public, l'administration est en droit d'exiger de son cocontractant le maximum d'efforts et de diligence²⁴⁸ ».

Il est rejoint par G. Jèze qui ajoute que « lorsque l'administration conclut un contrat pour le fonctionnement d'un service public, elle fixe avec soin, l'étendue des prestations que le contractant devra fournir ²⁴⁹ ». « Dans les contrats administratifs proprement dits, la règle est que les obligations mises à la charge du contractant doivent être exécutées par lui-même et non par un

²⁴⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8^e édition, 2007, « Acte ».

²⁴⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8^e édition, 2007, « Convention ».

²⁴⁸ A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, 2^e édition, tome 1, p. 706-707.

²⁴⁹ G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Tome 4 : Théorie générale des contrats de l'administration ; Première partie : Formation, exécution des contrats, 3^e édition, Paris, 1934, p 219

autre. C'est à raison de ses qualités personnelles que l'administration a choisi son cocontractant. Ce dernier collabore à un service public ²⁵⁰».

Que ce soit par l'acte unilatéral ou le contrat, l'Administration va déterminer un choix quant à la poursuite de l'intérêt général, et adopter ainsi le mode de gestion le plus approprié. Le contrat répond donc aux considérations suivantes : organique (émane d'une personne publique), fonctionnelle (poursuite d'une mission de service public) et matérielle (caractère individuel) de l'acte administratif unilatéral.

Le contrat va produire instantanément, et ce dès la rencontre de volontés, des effets de droits modifiant la situation juridique de l'administré-cocontractant de par la création d'obligations nouvelles. En ce sens, il semble se rapprocher de l'acte unilatéral, et partant de la décision exécutoire.

Il est cependant incontestable que les appréhensions faites du contrat et de l'acte administratif unilatéral diffèrent. L'un est perçu, en vertu du consensualisme qui l'habille, comme proche de l'administré-cocontractant ; l'autre comme autoritaire, frappant l'administré-régenté. Et si le cocontractant n'est au final qu'un administré ayant des relations privilégiées avec une personne publique désignée, il joue un rôle primordial dans la considération du contrat en tant que décision.

Car M. Hauriou souligne que *« l'effet de droit que tend à produire la manifestation de volonté administrative contenue dans la décision exécutoire se produit instantanément par la seule émission de cette volonté* ²⁵¹ ». Dès lors, l'effet de droit généré par la décision doit naître de la seule et unique volonté de l'Administration, et se raccorde donc à la seule unilatéralité.

Partant, si en recourant au contrat, l'Administration va exprimer sa volonté envers un administré déterminé, ses effets juridiques sont conditionnés à la rencontre de volontés concordantes. Comme l'exprime H. Kelsen, *« la norme fondamentale de la convention n'est pas : tu dois seulement ce que tu veux – ce qui est la norme de l'autonomie pure ; mais : tu dois ce que non seulement toi, mais aussi un autre veut. La norme contractuelle, qui*

²⁵⁰ G. JEZE, *Ibidem*, p. 192

²⁵¹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence (2e et 3e années) et en doctorat et sciences politiques*, Librairie du Recueil Sirey, 1927, 11e édition.

détermine la conduite du sujet, n'est pas créée exclusivement par lui, mais par lui concurremment avec un autre²⁵² ».

L'accord de volontés diffère ainsi de la simple déclaration à laquelle se réfère M. Hauriou, entraînant la disqualification du contrat à postuler au rang de « décision » ; à l'inverse de l'acte administratif unilatéral. Pourtant, le contrat obéit à l'évidence aux conséquences rattachées au privilège du préalable. Empiriquement, il sera présumé légal dès sa signature, un recours en validité du contrat n'entraînera pas d'effet suspensif, et l'Administration se présentera comme défenderesse à l'instance jugeant de la contestation par un tiers concerné de sa légalité.

Nonobstant, si le contrat n'est pas une « décision » au même sens que l'acte administratif unilatéral, il apparaît revêtir une forme exécutoire certaine. Le contrat a en effet son autorité propre : la force obligatoire du contrat, ou encore « l'autorité de chose contractée ». Celle-ci concurrence « l'autorité de chose décidée » rattachée à la décision exécutoire, avoisinant et assimilant ses contours.

B/ Le contrat, loi des parties

La forme exécutoire de la décision relatée par M. Hauriou est « une forme qui entraîne l'exécution d'office », soit qui impose à l'administré une obligation à exécuter docilement, sans discussion autre qu'une contestation devant le juge. Elle se rattache ainsi au principe d'obéissance préalable de l'administré.

Or, le contrat se voit depuis toujours revêtir une autorité particulière, dite de la force obligatoire du contrat. Cette « autorité de chose contractée » s'avance comme très similaire au caractère exécutoire au sens du maître de Toulouse. En effet, « le contrat administratif lie les parties comme tout contrat. Il n'échappe pas au principe énoncé dans le fameux article 1134 du Code civil : "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" ». La jurisprudence administrative ne manque ni de l'affirmer, ni d'en tirer les conséquences », lesquelles « se résument dans la théorie des sanctions des obligations contractuelles²⁵³ ».

²⁵² H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, Archives de philosophie du droit, 1940, p. 109.

²⁵³ A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, 2^e édition, tome 1, p. 725.

La force obligatoire du contrat renvoie à un concept familier de tout juriste, à tel point qu'elle est parfois difficile à définir. La doctrine privatiste, pour laquelle le contrat reste l'outil sacré, s'attelle parfaitement à cette tâche. Dès lors, « le principe de la force obligatoire impose que le contrat soit respecté à la lettre, dans l'intégralité de son contenu. (...) Les parties ne concluent pas dans le seul but de conclure, mais pour produire des effets de droit. Ces effets, qui souvent se conjuguent, peuvent être de diverse nature : créateurs d'obligations, bien sûr – c'est le propre de tout contrat –, mais aussi extinctifs (...), translatifs de droits réels (...), ou de droit personnels (...), ou constitutifs de ces mêmes droits ²⁵⁴».

P. Delebecque rajoute que « les parties ne doivent pas seulement exécuter toutes les obligations que le contrat a pour effet de créer, elles sont également liées par l'ensemble des clauses qui gouvernent la relation contractuelle. Or, ces clauses peuvent être très variées. Certaines emportent directement la création d'obligations (...). Mais d'autres tout aussi obligatoires, s'intéressent à des aspects aussi importants que (...) la responsabilité encourue en cas d'inexécution ». « L'effet obligation du contrat déborde donc le phénomène, certes essentiel, de la production d'obligations – ce qu'on appellera (...) la force obligatoire du contrat – pour produire, en même temps et de façon plus générale, ce que l'on peut appeler un effet de contrainte qui s'applique à tout le contenu du contrat, obligations et modalités diverses d'aménagement de la relation contractuelle. (...) Dans le cadre défini par la loi, leur volonté est à la fois source et mesure des obligations qu'engendre le contrat ²⁵⁵».

Ainsi, en vertu de sa force obligatoire, le contrat s'impose constamment à chacune des parties, qui doivent ainsi « réaliser les obligations que le contrat met à [leur] charge²⁵⁶ ». A la vue des définitions reproduites ci-dessus, le cocontractant apparaît soumis à une contrainte juridique similaire de celle supportée par l'administré destinataire d'une décision exécutoire. Comme le souligne H. Kelsen « le « caractère obligatoire » est en vérité tout simplement la norme juridique qui est le produit de la procédure consistant dans la manifestation de volontés concordantes²⁵⁷».

²⁵⁴ B. FAGES, *Droit des obligations*, 2ème édition, LGDJ, 2009, p. 252.

²⁵⁵ P. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER, *Droit des obligations : 1. Contrat et quasi-contrat*, Litec, 5^e éd., pt 376.

²⁵⁶ A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, 2^e édition, tome 1, p. 699.

²⁵⁷ H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, Archives de philosophie du droit, 1940, p. 97.

En créant la loi des parties, « *les rédacteurs du Code Civil ont entendu marquer qu'une obligation née du contrat s'impose aux contractants avec la même force qu'une obligation légale*²⁵⁸ ». Il est alors possible de voir le contrat comme « un « acte juridique » comme les autres, une technique d'élaboration du droit. De la sorte, il édicte une proposition normative : telle chose doit ou ne doit pas être, tel événement doit ou ne doit pas survenir. Ainsi, le contrat engendre une règle juridique intimement comparable à celle qui résulte directement de la loi, du règlement, ou de l'acte administratif individuel : une norme de droit objectif²⁵⁹ ».

Tout comme la décision exécutoire, le contrat va modifier l'ordonnancement juridique et affecter la situation du cocontractant comme de la personne publique. Les effets de droits résultant du processus contractuel vont s'associer d'une forme exécutoire qu'est la force obligatoire du contrat. Jumelle de l'autorité de chose décidée, elle en reprend la domination tout en assurant une certaine supériorité.

En effet, en tant que contrainte juridique née de la rencontre de deux ou plusieurs volontés, l'autorité de chose contractée a le bénéfice de ne pas être basée sur la seule idée de puissance publique. Le cocontractant a, par définition, déjà promis obéissance aux obligations et mesures contractuelles posées dans la convention impactant sa situation juridique. En participant au bouleversement de sa situation juridique et en accueillant le joug du contrat, le cocontractant « *choisit ses chaînes*²⁶⁰ » et les coule d'une autorité renforcée car acceptée.

Partant, en se devant d'être exécuté, le contrat revêt un caractère exécutoire propre à son essence. Sûrement que l'idée même du privilège du préalable et de la décision exécutoire était de copier la force obligatoire du contrat, s'exemptant de requérir la volonté de l'administré.

Reste que cette notion de « contrat exécutoire » qui semble relever plus de la tautologie que du véritable qualificatif juridique, se retrouve dans la consécration réglementaire de l'exception à l'opposabilité du privilège du préalable en matière de sanctions contractuelles pécuniaires. En effet, suite à un décret n°2000-318 du 9 avril 2000, le Code général des collectivités territoriales énonce que « *les produits des [personnes publiques] (...) qui ne*

²⁵⁸ H. & L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9 éd., p.845.

²⁵⁹ D. DE BECHILLON, *Le contrat comme norme dans le droit public positif*, RFDA 1992, p. 15.

²⁶⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations : 1. L'acte juridique*, 13^e édition, Sirey Université 2008, point 346.

sont pas assis et liquidés par les services fiscaux de l'Etat en exécution des lois et règlements en vigueur, sont recouverts : 1° soit en vertu de jugements ou de contrats exécutoires ; 2° soit en vertu d'arrêtés ou de rôles pris ou émis et rendus exécutoires par le maire en ce qui concerne la commune et par l'ordonnateur en ce qui concerne les établissements publics²⁶¹ ».

Cette disposition réglementaire ne fait que reprendre l'alternative ouverte par la jurisprudence *Blum*, et s'annonce comme très significative de l'importance du contrat et de son autorité particulière dans l'exception à l'opposabilité du privilège du préalable qui nous occupe. Le terme « exécutoire » étant très fortement connoté quant au privilège objet de cette étude, la force obligatoire du contrat se présente comme un élément déterminant de l'énigmatique exception que constituent les sanctions pécuniaires. Mieux encore, le contrat recouvre, de par lui-même la créance que son exécution a générée.

En conclusion de ce premier paragraphe, le fait que le contrat ne soit pas une décision exécutoire au sens de M. Hauriou implique une seule chose : sa formation même ne peut être considérée comme une mise en œuvre du privilège du préalable. Le contrat reste néanmoins imprégné d'une force exécutoire comparable, voire supérieure de par la rencontre de volontés entre l'Administration et le cocontractant, à l'autorité de chose décidée.

La mention du caractère exécutoire du contrat par la consécration législative de l'exception à l'opposabilité du privilège du préalable en matière de sanctions pécuniaires n'est pas gratuite. Elle sous-entend un facteur de corrélation entre la recevabilité générale de l'Administration à recourir au juge en recouvrement des créances contractuelles et la force obligatoire du contrat.

Car le contrat, en tant que mode d'action de l'Administration, se révèle habité d'une vie propre, autonome de sa formation. Cette existence lui permet de générer des effets de droit postérieurement à son apparition ; contrairement à l'acte administratif unilatéral voyant la décision exécutoire qu'il porte figée dans ses effets. C'est ainsi que si le contrat ne met pas en marche, par lui-même, le privilège du préalable, il l'actionnera de par l'écoulement de l'exécution contractuelle, générant des décisions exécutoires renforcées par « l'autorité de chose contractée ».

²⁶¹ Code général des collectivités territoriales, disposition déclinée pour les communes (R. 2342-4), étendue aux départements (R. 3342-8-1) et aux régions (R. 4341-4) par D. n°2009-125 du 3 février 2009.

§2/ Le contrat, générateur de décisions exécutoires

Le processus contractuel ne revient pas à actionner la procédure par décision exécutoire. Fort de ce constat, il reste néanmoins, nous l'avons vu, que le contrat est intrinsèquement lié à la recevabilité générale de l'Administration à recourir au juge en vue du recouvrement des créances contractuelles. En tant que modalité de l'action administrative, il fait naître de la volonté des parties un ensemble d'obligations et de mesures contractuelles s'imposant à elles.

L'isolement de l'exception à l'opposabilité du privilège du préalable en matière de sanctions pécuniaires dans l'« exécuté » du contrat prend alors ici toute son ampleur. Le prononcé de pénalités contractuelles ou de dommages-intérêts vise à condamner toute inexécution du contrat ; en corrélation avec la force obligatoire qui l'habite.

Dès lors, le contrat, de par sa vitalité propre insufflée par la rencontre des volontés, est susceptible de générer de manière autonome et automatique les sanctions pécuniaires, objet de l'exception. Il revient alors de rechercher, en réponse à la définition de M. Hauriou, si les créances contractuelles naissant automatiquement de par l'inexécution sont susceptibles de se voir qualifiées de décisions exécutoires.

L'entreprise risque de rester vaine, tout comme l'analyse faite précédemment pour le contrat (A). Néanmoins, l'autorité de chose contractée attachée à la convention entretient un lien particulier avec l'autorité de chose décidée ; une sorte d'équivalence salvatrice de l'absence de décision exécutoire (B).

A/ Une accord de volonté engendrant des effets de droit

Le prononcé d'une sanction pécuniaire contractuelle revient pour l'Administration à établir une dette sur la tête de son cocontractant en demandant son recouvrement immédiat. Il reviendra d'aborder ces sanctions dans cette seule dialectique, et de prendre les sanctions pécuniaires dans leur seule efficiente hypothèse de prononcé, soit de l'Administration sur son cocontractant.

Dans un contrat administratif, la sanction pécuniaire – au même titre que la sanction coercitive ou résolutoire – se veut être une décision exécutoire,

rendue en principe en vertu du privilège du préalable. Pour rappel, M. Hauriou définit cette notion comme « *toute déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit, vis-à-vis des administrés, émise par une autorité administrative (comprise dans la hiérarchie ou dans la tutelle administrative) dans une forme exécutoire, c'est-à-dire dans une forme qui entraîne l'exécution d'office (...). L'effet de droit que tend à produire la manifestation de volonté administrative contenue dans la décision exécutoire se produit instantanément par la seule émission de cette volonté*²⁶² ».

Il s'agit donc de rechercher si l'actionnement automatique des clauses du contrat fait apparaître des effets de droit produits par la seule déclaration d'une volonté administrative, le tout revêtu d'une forme exécutoire.

A déceler l'émission contractuelle d'une décision exécutoire, l'effet de droit reste le plus facile à isoler. Il a été vu en première partie que l'apparition d'une créance contractuelle sur la tête du cocontractant était l'œuvre du contrat. L'inexécution contractuelle par l'attributaire fait apparaître automatiquement la créance dans le patrimoine de l'Administration. Le fait que ce nouveau droit ne soit pas forcément quantifié ou certain dans son fondement importe peu. L'inexécution contractuelle par le cocontractant fait surgir d'office un effet de droit sur le cocontractant, une dette à payer en vue de réparer le préjudice causé à l'Administration.

Reste à déterminer ce qu'implique la naissance automatique d'une créance contractuelle du fait du contrat. Il est convenu qu'en contractant, chaque partie s'engage à exécuter une série d'obligations spécifiées. Or, et toujours en se plaçant dans le schéma entendu d'une Administration créancière et d'un cocontractant débiteur, il apparaît que les clauses relatives aux sanctions pécuniaires ne reconnaissent pas, par rapport aux clauses posant les sanctions coercitives ou résolutoires, un simple pouvoir de sanction qu'il reste à l'Administration à mettre en œuvre. En effet, la mise en régie ou la résiliation pour faute, ou encore les règles générales des contrats administratifs, relèvent de l'opportunité et d'un choix expresse de l'Administration.

Par la contractualisation de pénalités contractuelles, ou par toutes autres obligations dont la méconnaissance engendrera l'établissement de dommages-intérêts, le cocontractant reconnaît le prononcé prévisionnel par l'Administration de la créance contractuelle qui s'opposera à lui.

²⁶² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence (2e et 3e années) et en doctorat et sciences politiques*, Librairie du Recueil Sirey, 1927, 11e édition.

Le cocontractant est assuré de l'apparition spontanée et irréductible d'une telle créance, impactant *de facto* l'ordonnement juridique et sa situation. Or, une telle obligation, si elle intervient automatiquement sur la base du contrat, ne dépend plus de la volonté du cocontractant, lequel se contente de subir son prononcé.

Cet effet de droit reste néanmoins l'œuvre du contrat lui-même. Sans lui, la créance n'interviendrait pas spontanément. Néanmoins, la volonté de l'Administration relève d'une certaine autonomie quant à la gestion du sort de ces créances contractuelles.

En effet – et c'est peut-être ici le point de séparation avec le contrat comme décision exécutoire – le contexte contractuel ne semble pas affecter une certaine unilatéralité de la reconnaissance d'une créance contractuelle. Tout d'abord, la sanction pécuniaire se voit contractualisée comme éternellement opposée au cocontractant.

La sanction pécuniaire est continuellement présentée comme visant le seul cocontractant. Cela s'explique tout d'abord du fait que les pénalités contractuelles sont toujours stipulées à son encontre. Ainsi, « *les pénalités sont purement et simplement des dommages-intérêts fixés à forfait pour le cas de retard dans l'exécution d'une obligation contractuelle. La pénalité présente deux caractères essentiels : elle est encourue dès qu'il y a retard, 1° sans qu'il y ait à faire la preuve du préjudice causé par le retard ; 2° sans qu'il y ait à faire la preuve du quantum du préjudice causé²⁶³* ».

Ensuite, et plus généralement, les dommages-intérêts viennent sanctionner l'inexécution des obligations contractuelles. Or, la principale obligation de l'Administration se concentre dans le paiement final ou progressif du cocontractant pour la prestation exécutée. Partant, les dommages-intérêts représentent une créance contractuelle sanctionnant à *minima* toute inexécution contractuelle du cocontractant, à défaut d'une sanction plus sévère : « *si aucune sanction de ces faits n'a été expressément prévue au cahier des charges, ils n'en constituent pas moins de la part de l'entrepreneur, l'inexécution de ses obligations et sont de nature à motiver l'allocation d'une indemnité à l'administration, à raison du préjudice qui en résulte pour elle²⁶⁴* ».

²⁶³ G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Tome 4 : Théorie générale des contrats de l'administration ; Première partie : Formation, exécution des contrats, 3^e édition, Paris, 1934, p. 296.

²⁶⁴ J. ROMIEU, sous Conseil d'Etat, 31 mai 1907, *Deplanque c/ Ville de Nouzon*, S. 1907, III, p. 113, note Hauriou. Cité par G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Tome 4 : Théorie

La volonté administrative se distingue dans l'appréhension des pouvoirs de l'Administration quant au prononcé d'une sanction pécuniaire : la personne publique est à même de décider l'avenir de cette créance. L'Administration peut, si elle le désire, faire preuve de clémence et renoncer de recouvrer les pénalités et dommages-intérêts que son cocontractant lui doit légitimement.

Comme le pose G. Jèze, « les entrepreneurs font appel au droit de grâce de l'administration ; ils invoquent des considérations de sentiment pour apitoyer les chefs de service ; ils mettent en mouvement des influences politiques pour faire écarter les pénalités. En fait, l'administration se reconnaît un pouvoir absolument discrétionnaire dans l'application des pénalités ; parfois, elle ordonne la restitution des pénalités après paiement ²⁶⁵».

La survie de la créance contractuelle ne dépend donc que de la seule volonté de l'Administration. Le rôle du cocontractant consiste dans la seule activation du fait générateur de la créance contractuelle. Et quand bien même mènerait-il à bien *in fine* l'obligation bafouée, la créance contractuelle perdure. Il n'intervient en rien sur la considération qui sera faite de la créance en elle-même, objet de la seule volonté administrative.

Les créances contractuelles sont liées à la responsabilité des parties vis-à-vis de l'exécution du contrat, et dont la mise en jeu relève avant tout d'une volonté propre de la partie lésée à engager cette dite responsabilité. L'Administration devant mener l'exécution de son contrat en considération de la continuité du service public et de la poursuite de l'intérêt général, elle peut librement, dans l'objectif qu'elle poursuit, absoudre son cocontractant de la dette qu'elle lui fait supporter pour exécution défailante du contrat.

Le contrat, face à l'inexécution du cocontractant de ses obligations, va ainsi générer des effets droits se présentant à la merci de la volonté administrative. La personne publique détient dès lors une créance contractuelle sur la tête de son cocontractant. En effet, l'inexécution contractuelle revient à bafouer l'accord de volonté initiateur de l'obligation. Dès lors, la volonté seule de l'Administration semble se dégager de celle de son cocontractant en vue de se faire justice. Elle déclare par cet effet de droit la responsabilité du cocontractant consécutive à sa défaillance dans l'exécution du contrat. En

générale des contrats de l'administration ; Première partie : Formation, exécution des contrats, 3^e édition, Paris, 1934, p. 316.

²⁶⁵ G. JEZE, Les principes généraux du droit administratif, Tome 4 : Théorie générale des contrats de l'administration ; Première partie : Formation, exécution des contrats, 3^e édition, Paris, 1934, p. 296.

somme, l'Administration va prendre parti, et décider ou non d'engager la responsabilité de son cocontractant.

Mais ce choix, cette décision, de l'Administration, s'entend a fortiori de l'apparition effective d'une créance contractuelle. L'effet de droit qu'entraîne la survenance de pénalités ou de dommages-intérêts résulte avant tout du contrat, et partant de l'accord de volonté qui en est l'origine. L'actionnement de la sanction pécuniaire résulte du contrat et de lui seul : l'Administration n'émet aucune décision exécutoire proprement dite visant à constater et rendre exigible la créance contractuelle née et actuelle. L'effet de droit qui nous occupe est produit par un accord et non une simple déclaration de volonté.

La sanction pécuniaire n'est pas unilatérale. Le contrat a été signé par les parties, qui ont communément accepté le prononcé automatique de la sanction. Les cocontractants savent à quoi ils s'exposent. Le cocontractant est aussi volontaire que l'Administration dans la survenance automatique de la créance contractuelle. Il connaît le risque, et sait ce qu'il encourt en assurant une mauvaise exécution du contrat.

Certes le contrat est déséquilibré et la sanction pécuniaire est au profit de l'Administration. Mais celle-ci se présente comme une cliente exigeante, défendant la poursuite de l'intérêt général grâce à la menace que représentent ces sanctions.

Car au final, le prononcé d'une « sanction pécuniaire » par décision exécutoire revient pour l'Administration à affirmer l'exigibilité de la créance contractuelle ; rendant de *facto* la créance exécutoire et ordonnant son exécution spontanée par le débiteur du fait de l'autorité de chose décidée. Or, l'autorité de chose contractée avoisine, sinon englobe, cette optique.

B/ L'analogie des autorités en présence

En contractant, l'administration a spécifié que si le cocontractant ne s'exécute pas, elle sera bénéficiaire d'une créance contractuelle contre lui, laquelle bénéficierait, comme semble l'indiquer la législation aujourd'hui applicable²⁶⁶, du caractère exécutoire du contrat.

²⁶⁶ Code général des collectivités territoriales, disposition déclinée pour les communes (R. 2342-4), étendue aux départements (R. 3342-8-1) et aux régions (R. 4341-4) par D. n°2009-125 du 3 février 2009.

Ici diffère le traitement des créances contractuelles et non contractuelles. C Blumann exprime que « *la distinction des créances contractuelles et non contractuelles trouve sa raison d'être dans l'idée même que le juge se fait de sa fonction et de sa mission*²⁶⁷ ». Notre désaccord avec cette vision fut déjà développé : l'exception à l'opposabilité du privilège du préalable en matière de sanctions pécuniaires résulte à l'évidence d'un fondement juridique véritable, et non d'un interventionnisme poussif du juge administratif. Ce dernier se fait une considération précise de la mise en route de l'action administration et de la procédure par décision exécutoire qu'il convient d'appréhender.

La distinction des créances contractuelles et non contractuelles trouve gauchement sa raison d'être dans le contrat. Leur fait générateur diffère, tout comme leurs mécaniques et régimes, emportant la modulation de l'office du juge. Une rapide mise en situation démontrera que l'autorité de chose contractée joue alors un rôle capital quant à la forme exécutoire habillant la créance contractuelle, concurrençant celle de chose décidée.

Ainsi, il revient de commencer par l'étude du recouvrement d'une créance non contractuelle. Dans cette hypothèse, l'Administration s'estime créancière vis-à-vis d'un l'administré, pour une raison autre que le contrat. Cependant, cette créance ne jouira d'aucune forme exécutoire en elle-même. L'administré ne verra aucune obligation juridique peser sur sa tête en l'absence d'une démarche expresse de l'Administration visant à « *constater et surtout rendre exigible*²⁶⁸ la créance » à l'égard du débiteur.

La personne publique devra alors, sous peine d'irrecevabilité devant le juge administratif, exercer son privilège du préalable ²⁶⁹ en vue de son recouvrement, en émettant un état exécutoire, « *procédé de droit commun pour le recouvrement des créances de l'administration, Nous entendons par procédé de droit commun un procédé de règlement fondé sur des textes généraux et employé à propos de toute créance publique pour laquelle la loi n'a pas prévu de mode spécial de liquidation et de recouvrement* ²⁷⁰».

²⁶⁷ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 335.

²⁶⁸ E. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, Dalloz NBT, thèse, 2001, Bordeaux, p. 595.

²⁶⁹ Conseil d'Etat, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, S. 1915, 3, p.9, note Hauriou ; 13 mars 1957, *Sieur Mahieux-Barbier*, Rec. CE, p. 166 ; 9 octobre 1964, *Sieur Billoud*, Rec. CE, p. 457 ; 20 janvier 1971, *Sieur Cornaud*, Rec. CE, p. 46 ; 18 mai 1988, *Ville de Toulouse*, Dr. Adm. 1988, n°347 ; CAA Lyon, 31 décembre 1996, *Centre hospitalier de Maison Blanche c/ Centre hospitalier spécialisé de Montfavet*, AJDA 1997, p. 405

²⁷⁰ R. DRAGO, *L'Etat créancier*, RDLF 1951, p.105. Cité in C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p.314

Cet état exécutoire frappant la sphère juridique de l'administré, modifiera la situation de ce dernier en lui faisant naître une véritable obligation de payer. L'administré devra alors répondre aux exigences du principe d'obéissance préalable qu'implique l'autorité de chose décidée, en se soumettant à la décision émise par l'Administration, et pourra éventuellement la contester devant le juge administratif. En matière de créance non contractuelle, il revient donc à l'Administration de faire usage de son privilège du préalable. Et c'est de cette mécanique précise du privilège qu'apparaîtrait l'exception à l'opposabilité de la procédure par décision exécutoire en matière de sanctions pécuniaires contractuelles.

En effet, pour ce qui est des créances contractuelles, l'Administration n'aurait pas émis de sanctions exécutoires en vue d'enjoindre au cocontractant de s'exécuter. Or, le contexte tout particulier qu'offre le contrat a un impact précis sur la nécessité de la personne publique à prendre une telle décision exécutoire. Le cocontractant entretient une relation privilégiée avec l'Administration, et ne se présente pas ainsi comme un administré totalement tiers à l'action administrative.

La sanction pécuniaire est une épée de Damoclès sur la tête du cocontractant. L'inexécution contractuelle fait apparaître automatiquement la créance. En soi, et nous venons de le voir, le contrat génère un effet de droit en vertu de l'accord de volontés dont il résulte.

Or, et c'est ici toute la différence avec une créance non contractuelle, le cocontractant est déjà obligé vis-à-vis de l'Administration en vertu de l'autorité de chose contractée.

R.-G. Schwartzberg, avance, dans sa définition de l'autorité de chose décidée, que *« dès son émission, l'acte possède une autorité immédiate envers les administrés. Pris en application ou en vertu de la loi – et comme tel présumé légal –, l'acte administratif emprunte, provisionnellement, à la loi ses attributs essentiels. Revêtu de la majesté de la loi, il s'impose avec son autorité, avec son « pouvoir de commander », c'est-à-dire de prendre des décisions qui s'imposent aux individus et en certains cas, de ramener ces décisions à exécution par la contrainte²⁷¹ ».*

Le contrat étant la loi des parties, la sanction pécuniaire contractuelle répond, de par son automaticité, au même mouvement quant à « l'autorité

²⁷¹ R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, thèse, Paris, 1967, LGDJ, p.9.

de chose contractée ». La créance nouvelle née n'est que la conséquence de l'offense faite à cette dernière. Elle se retrouve dès lors, par attraction, frappée du joug de la force obligatoire du contrat et est ainsi affublée d'un caractère exécutoire similaire à l'obligation contractuelle objet de la défaillance du cocontractant.

H. Kelsen écrit que *« le sens primaire du droit au sens subjectif du mot ne peut être que l'obligation et non pas un droit au sens d'une autorisation, et on oublie qu'il n'y a pas de droit subjectif dans ce sens sans une obligation, parce que chaque droit d'un juge présuppose nécessaire l'obligation correspondante d'un autre. Le fait qu'un sujet est obligé à une certaine conduite, par exemple à payer une certaine somme, signifie que le sujet doit juridiquement se comporter de cette manière ; et cela signifie qu'une norme juridique en vigueur impose la conduite en question. (...) Si la convention a « force obligatoire », si elle a l'effet d'obliger les sujets contractants à une conduite à laquelle ils n'étaient pas obligés auparavant, cela signifie que la convention a créé une norme qui n'existait pas avant la conclusion de la convention, c'est-à-dire une norme qui stipule cette conduite bien déterminée ²⁷²»*.

Dès lors, la créance apparue est, dès sa genèse, exigible par l'Administration. En promettant obéissance aux clauses contractuelles, le cocontractant s'est simplement obligé par avance à s'exécuter spontanément devant la survenance automatique d'une sanction pécuniaire. Comme l'exprime D. De Béchillon, *« sitôt l'engagement acquis, l'ordre donné aux parties de le respecter pèse aussi lourdement que s'il était venu « de l'extérieur », ou « d'au-dessus ». En ce sens donc, le contrat a bien engendré une norme objective, une obligation de comportement inter partes et pas une simple situation juridique²⁷³»* Le cocontractant connaît et assume le risque auquel il a conféré, par sa volonté, forme exécutoire.

Par le contrat, l'Administration se présente comme ayant déjà disposé de sa compétence normative : elle a contracté la mise en œuvre future et automatique d'une sanction contractuelle, qui tirera sa pleine force exécutoire du contrat. Concrètement, le juge n'a pas besoin d'une décision exécutoire prononçant une sanction pécuniaire de la part de l'Administration. Celle-ci a déjà mis sa compétence en œuvre par le contrat. L'effet de la décision exécutoire est imité par la marche du contrat lui-même. La sanction pécuniaire se déclenche toute seule, automatiquement, et a

²⁷² H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, Archives de philosophie du droit, 1940, p. 86

²⁷³ D. DE BECHILLON, *Le contrat comme norme dans le droit public positif*, RFDA 1992, p. 34.

effet obligatoire. « L'autorité de chose contractée » assure, en lieu et place de l'autorité de chose décidée, l'exigibilité de la créance contractuelle.

Le privilège du préalable ne souffre pas d'une exception, sa mise en œuvre est implicite dans la marche automatique de la clause contractuelle. L'esprit de ce pouvoir est entièrement repris par le contrat. Une mise en œuvre spécifique du privilège du préalable s'avère inutile pour les sanctions pécuniaires. L'ordonnancement juridique a déjà été bouleversé par l'actionnement automatique de la clause de pénalités, ou l'inexécution d'une obligation contractuelle. La sanction pécuniaire est indiscutablement prononcée à l'heure de la saisine du juge. Si les règles contractualisées ne sont pas respectées, la seule déclaration de l'irrespect du contrat suffit. Or, le contrat lui-même assure cet office.

Partant, le privilège du préalable ne viendrait dès lors qu'officialiser, et ce de manière unilatérale, une sanction pécuniaire déjà effective. Il ne la créerait pas : une décision exécutoire prononçant la sanction pécuniaire n'apporterait rien de plus que le contrat lui-même, si ce n'est chiffrer la créance. Mieux encore, si le juge opposait le privilège du préalable à l'Administration en vue du recouvrement de ses créances contractuelles déjà exigibles sur le contractant, il reviendrait à détruire la valeur juridique du contrat. Il avouerait que sa force obligatoire n'existe pas ; n'entraînant pas, en des termes similaires à l'autorité de chose décidée, obéissance spontanée du cocontractant.

En conclusion de ce second paragraphe, et de la première section de ce chapitre, il apparaît que le contrat exécutoire exprime la mise en action de l'Administration de sa propre compétence. « L'autorité de chose contractée » présente des allures d'autorité de chose décidée. Et si le contrat ne génère pas en lui-même des décisions exécutoires, il entraîne d'office, par l'actionnement autonome et spontané de sanctions pécuniaires, des obligations juridiques venant bouleverser l'ordonnancement juridique.

La finalité du privilège du préalable est atteinte par la seule force du contrat. Si le juge « dispense » – faute de trouver un terme plus adéquat – l'Administration d'utiliser le marteau de la puissance publique, c'est parce qu'il considère que la personne publique a, à travers un autre procédé, déjà mise en œuvre sa compétence. L'Administration ne renonce dès lors pas à son pouvoir exorbitant du droit commun. Ce dernier est compensé, voire surpassé par le processus contractuel et « l'autorité de chose contractée » qui lui est associée.

Reste à comprendre le rôle du juge face à la demande présentée de l'Administration. Si le contrat se substitue à la décision exécutoire, et laisse ainsi transparaître, par le prononcé automatique d'une sanction contractuelle, l'utilisation préliminaire du privilège du préalable, il est nécessaire d'établir la désobéissance à l'autorité contractuelle en vue de conforter la légitime recevabilité de la personne publique devant le juge administratif.

SECTION 2 : LA DESOBEISSANCE A L'AUTORITE DE CHOSE CONTRACTEE

En matière de sanctions pécuniaires, la résistance du cocontractant s'entend quelque peu différemment qu'en matière de résiliation d'un contrat, ou face à une mesure coercitive. En effet, le recouvrement de la créance prononcée automatiquement par le contrat intervient généralement en fin d'exécution contractuelle.

L'Administration tirera alors, seule, les conséquences financières des nouveaux droits qu'elle détient vis-à-vis du cocontractant défaillant en soustrayant sa créance contractuelle à sa dette principale que représente le paiement de la prestation.

Or, l'Administration en demande se situe antérieurement à « *l'apurement des comptes contractuels* », classiquement opéré et prévu au contrat. Son recours au juge visera à recouvrer matériellement la créance qu'elle détient en vertu du prononcé contractuel de la sanction pécuniaire, et ce en réponse d'une résistance éprouvée ou pressentie de cocontractant (§2).

Mais si ce recours au juge est ainsi possible, c'est avant tout grâce à l'autonomie de l'exécution contractuelle autonome précédemment établie. Le contrat, en générant des obligations ayant des allures de décisions exécutoires, va profiter des mêmes effets produits par l'utilisation du privilège du préalable (§1).

§1/ L'autonomie de l'exécution contractuelle

Il est admis que le contrat a modifié, par sa vitalité et sa force juridique propre, l'ordonnancement juridique du cocontractant. En ce sens, il atteint la

finalité du privilège du préalable en aboutissant, en matière de sanctions pécuniaires, à un résultat identique, voire plus contraignant encore.

Reste que le juge rappelle, dans chaque espèce consacrant « l'exception » à l'opposabilité du privilège du préalable, l'alternative offerte à l'Administration en vue du recouvrement effectif de ses créances nées du contrat. Elle peut toujours mettre en œuvre la procédure par décision exécutoire, malgré l'ouverture de la porte du prétoire dont elle bénéficie.

Il s'agira ainsi de comprendre mieux ce rappel constant, et conférer à l'exécution contractuelle les mêmes conséquences contentieuses qu'impliquent la mise en œuvre du privilège du préalable.

Partant, la primordialité de l'épuisement des effets contentieux entraînés tant par le contrat qu'une potentielle décision exécutoire (A) consacre l'inutilité pour l'Administration d'émettre un titre surnuméraire en vue d'assurer l'exécution matérielle de la sanction pécuniaire prononcée par automatisme (B).

A/ La primordialité de l'épuisement des effets contentieux

L'épuisement des effets contentieux est une conséquence identifiable de la mise en œuvre du privilège du préalable. Et même s'il ne s'agira pas de s'y étendre longuement, il convient d'en saisir le primordial aspect.

Dans l'hypothèse basique de l'exercice du privilège du préalable, la première émission d'une décision exécutoire va certes modifier l'ordonnancement juridique, mais également entraîner des conséquences devant le juge administratif. Si ce dernier oppose à l'Administration son privilège lorsqu'elle se présente devant lui sans avoir préalablement mis en œuvre sa compétence, il est sous-entendu qu'une même demande, présentée postérieurement à l'émission d'un titre exécutoire, pourrait assurer la recevabilité de la personne publique.

Bien sûr, nous avons vu qu'un tel recours se retrouve conditionné par la résistance du cocontractant à la décision émise – cela fera l'objet du second paragraphe. Reste qu'une seule et unique décision exécutoire suffit à l'Administration pour prétendre à se présenter demanderesse devant le juge administratif.

Plus spécifiquement, il est nécessaire, pour que le juge puisse statuer, que l'Administration ait déjà modifié l'ordonnancement juridique et ait exigé, par une forme exécutoire, la soumission immédiate de l'administré à une obligation constatée. C'est ici que le contrat rejoint l'épuisement des effets contentieux attaché à l'exercice du privilège du préalable.

Le déclenchement automatique de la sanction pécuniaire a permis, à travers le contrat, de provoquer cette modification de la situation juridique du cocontractant, modification s'imposant avec autant de force que la décision exécutoire du fait de « l'autorité de chose contractés ». De fait, l'Administration se retrouve dans la même position que si elle avait exercé comme il se doit son privilège du préalable en vue de formaliser dans l'unilatéralité la sanction pécuniaire. Le contrat a, par fiction juridique, exercé cette compétence.

L'absence formelle d'une décision exécutoire n'interdira dès lors ni au cocontractant de contester la sanction pécuniaire prononcée par le contrat devant le juge administratif, ni à l'Administration de recourir à ce dernier en vue du recouvrement immédiat de la créance dont elle est dépositaire. En effet, en ce qui concerne les pénalités contractuelles, le cocontractant peut saisir le juge du contrat afin de contester le caractère excessif du montant cumulé des pénalités courantes contre lui, supprimant *de facto* tout intérêt économique à son égard quant à la poursuite du contrat. Le juge considère alors qu' « *il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché*²⁷⁴ ».

Cette jurisprudence démontre ainsi que le déclenchement automatique de la sanction pécuniaire, translatée dans le décompte général définitif, épuise, seul, les effets contentieux généralement constatés par la mise en œuvre du privilège du préalable pour les deux parties au contrat. Ce dernier assure le rôle de la décision exécutoire réputée manquante en considération de la recevabilité dite « exceptionnelle » de l'Administration devant le juge. Or, l'émission par la personne publique d'un état exécutoire en vue de « prononcer » la sanction pécuniaire est inutile. Il constituerait un simple titre surnuméraire, renouvelant l'exercice de la compétence de l'Administration.

B/ L'inutilité de l'émission d'un titre surnuméraire

²⁷⁴ Conseil d'Etat, 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*, n° 296930 ; Cour administrative d'appel de Paris, 23 juin 2006, *Sarl Serbois*, n° 02PA03759.

« L'autorité de chose contractée » jouant le rôle d'autorité de chose décidée en rendant exécutoire la sanction pécuniaire prononcée par le contrat, la mise en œuvre du privilège du préalable est non plus indispensable mais inutile. Par le contrat, la personne publique a assuré la mise en route automatique de l'action administrative, et partant, se présente comme ayant administré activement en vue de presser le cocontractant à assurer la continuité du service en menant à bien l'exécution contractuelle.

Par essence, l'administration a, comme il a été dit, disposé de sa compétence matérielle d'émettre des sanctions pécuniaires – au sens de l'exercer elle-même – par contrat, autre compétence-outil se présentant à elle.

L'alternative offerte à l'Administration par le juge en vue du recouvrement des créances contractuelles nées du prononcé de sanctions contractuelles s'explique par le fait que l'émission d'une décision exécutoire reste évidemment possible. Il est en effet admis que « *le temps n'a pas prise sur les pouvoirs de l'administration*²⁷⁵ », et donc sur l'exercice du privilège de préalable, compétence de l'Administration.

B. Plessix avance à raison qu' « *un pouvoir ne s'éteint pas par son non-usage, et (...) l'Administration, eu égard au but d'intérêt général en vue duquel sont exercés ses pouvoirs, peut agir à tout moment, chaque fois que des motifs de droit ou de fait postulent la mise en œuvre de tels pouvoirs. L'imprescriptibilité s'ajoute à l'indisponibilité : pas plus que l'Administration ne saurait renoncer à exercer son pouvoirs, pas plus l'écoulement d'un délai ne saurait venir l'éteindre et lui interdire l'exercice*²⁷⁶ ».

« Depuis lors, continue-t-il, l'indisponibilité et l'imprescriptibilité des pouvoirs se rattachent toutes deux au principe élémentaire selon lequel la notion d'Etat, le status, implique la stabilité que seules lui confèrent l'impersonnalisation et la permanence ». A fortiori, il rajoute que « *la seconde conséquence n'est pas moins célèbre : le pouvoir dont est investie une autorité publique ne s'épuise pas par son exercice, et notamment par son premier exercice* ».

Dès lors, l'Administration est tout à fait en droit, face à la résistance de ce cocontractant, de multiplier les titres exécutoires identiques ayant le même objet à son encontre. Elle enjoindrait ainsi l'administré d'assurer l'exécution

²⁷⁵ B. PLESSIX, *Compétence et temps*, AFDA, La compétence, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2003 par l'association française pour la recherche en droit administratif, Litec, 2008

²⁷⁶ B. PLESSIX, *Ibidem*.

spontanée de l'obligation précédemment émise par le premier titre exécutoire émis.

Ces titres surnuméraires confirmeraient la modification de la situation juridique entraînée par la première des décisions exécutoires émises. Ils restent cependant inutiles du fait de l'autorité de chose décidée rattachée à la première des décisions, laquelle se suffit à elle-même. L'émission d'un nouveau titre exécutoire se doit de porter sur un objet différent, afin d'assurer un nouvel bouleversement de l'ordonnancement juridique, en constatant et rendant exigible une obligation identique sur la tête de l'administré-débiteur.

Partant, et en ce qui concerne les sanctions pécuniaires, le juge administratif rappelle seulement à la personne publique qu'elle peut émettre un tel titre exécutoire surnuméraire, afin de réprimander, unilatéralement, le cocontractant à l'exécution de son obligation de payer²⁷⁷. Mais l'état exécutoire n'aura qu'une valeur informative, voir remémorative, de cette obligation. Il n'établira par un nouvel effet de droit par rapport à celui auto-généré par la loi des parties.

De plus, si le cocontractant se dédouane déjà de « l'autorité de chose contractée » à laquelle il s'est volontairement soumis, l'état exécutoire surnuméraire s'avérerait inutile non seulement sur le plan juridique, mais aussi sur le plan matériel. Quitte à contredire l'expression de sa propre volonté, le cocontractant de l'Administration s'avère, *a fortiori*, enclin à défier l'autorité de la pure puissance publique.

En conclusion de ce (rapide) paragraphe, il est conforté que la sanction pécuniaire issue de l'exécution autonome du contrat prend des allures de décision exécutoire. Dès lors, l'Administration se retrouve dispensée, de par son recours au contrat, d'émettre expressément un nouveau titre exécutoire. Bien que celui-ci caractériserait la mise en œuvre formelle, et pour la première fois, du privilège du préalable, il n'opérerait aucun bouleversement juridique nouveau sur la tête du cocontractant. Le titre apparaîtrait comme doublon vis-à-vis de la sanction pécuniaire issue du contrat, tant de par son objet que son autorité.

La sanction pécuniaire contractuelle ouvre ainsi la porte du prétoire du juge en épuisant les effets contentieux attachés à la première mise en œuvre de l'action administrative. La personne publique vise ainsi, comme il a été dit, à

²⁷⁷ Par exemple, quant au recouvrement des intérêts moratoires : Conseil d'Etat, 7 janvier 1970, *Durand*, D. 1970, p. 615, note J.F. Lachaune, ou de dommages-intérêts prononcés : Conseil d'Etat

recouvrir la créance contractuelle. Or, l'Administration en demande, si elle ne demande pas au juge de prononcer à sa place la sanction, recourt au juge pour une raison précise : elle vise à conforter sa créance et percevoir matériellement le montant des dommages-intérêts dus par un cocontractant récalcitrant.

§2/ La sanction d'une inexécution contractuelle

Le contrat sanctionne de manière autonome toute inexécution contractuelle non rattachée à une sanction spécifique. Les sanctions pécuniaires étant exigibles dès leur prononcé de par le contrat, l'Administration se doit de recourir au juge face à un cocontractant récalcitrant à honorer l'obligation de payer qui lui est opposée, faute de pouvoir recourir à l'exécution forcée.

Les demandes en recouvrement des sanctions pécuniaires présentées par la personne publique se révèlent sous deux formes très significatives : la première est une demande directe, l'Administration s'identifiant comme requérante originaire ; la seconde se présente en tant que demande reconventionnelle, en réaction à une contestation principale menée par le cocontractant.

Partant, l'Administration apparaît se défendre contre deux types de résistances qu'il faut distinguer. En formulant une demande devant le juge, la personne publique vise à abattre l'inexécution éprouvée de son cocontractant quant au paiement de la sanction contractuelle prononcée (A), voire anticiper une résistance future par la détérioration des relations contractuelles (B).

A/ La résistance éprouvée du cocontractant

Par son recours au juge, l'Administration vient demander le recouvrement effectif de la créance contractuelle qu'elle détient sur la tête du cocontractant, lequel se refuse à tout paiement. Plus précisément, l'objet principal de sa requête ou de sa demande reconventionnelle est de venir chercher la formule exécutoire du jugement, afin de pouvoir faire intervenir l'exécution forcée de l'obligation prononcée par le contrat.

En effet, comme le rappelle parfaitement G. Vedel, *« du point de vue matériel, la chose jugée implique que ce qui a été jugé doit être ramené matériellement à exécution, fût-ce par la force (...) ». L'une des caractéristiques des décisions de justice est d'être revêtue de la formule*

exécutoire, qui permet au bénéficiaire de la décision de requérir le secours des officiers ministériels et de la force publique dont l'Administration a le maniement pour ramener le jugement à exécution²⁷⁸».

En matière de sanction pécuniaire, la résistance du cocontractant est très facile à cerner. Dès lors, l'Administration se présente dans la quasi-totalité des cas recensés face à une situation de refus de paiement par le contractant de la créance prononcée de par le contrat, se voyant parfois même confirmée par un état exécutoire surnuméraire.

Ainsi, sont tout d'abord recevables les « *conclusions du ministre tendant, par voie de recours incident, à ce que le débiteur soit condamné au paiement des intérêts de la sommes ayant fait l'objet de l'état exécutoire²⁷⁹* ». La jurisprudence *Jouanneau* présentait une action directe du cocontractant en contestation de l'état exécutoire émis par l'Administration, celle-ci, par le biais d'un recours incident, demandant le paiement effectif de sa créance. Le même schéma se retrouve dans l'arrêt *Durand*²⁸⁰, avec cette fois, la personne publique en requérant originaire.

Il en est de même pour le refus du cocontractant de se soumettre aux conséquences financières issues de la résiliation unilatérale pour faute du contrat. En effet, si cette sanction résolutoire n'ouvre pas droit à indemnités pour le cocontractant, l'Administration détient, du fait de la faute contractuelle ayant entraîné la résiliation, le droit de demander réparation de son préjudice. Tel est le cas dans la célèbre affaire *Société Propétrol*²⁸¹, concernant la résiliation pour faute d'un marché public de fournitures.

En prononçant la résiliation pour faute du contrat pour conclure un marché de substitution aux risques et périls du cocontractant défaillant, l'Administration a perdu les avantages financiers dont elle jouissait du premier marché. Elle demande ainsi à la société *Propétrol* d'assumer la différence de prix résultant du nouveau tarif proposé par le nouvel attributaire ; dette que l'ancien cocontractant refuse catégoriquement d'honorer.

Pour Jean-Pierre Dubois dans sa note sous l'arrêt, « *c'est le refus opposé à cette prétention par l'entreprise qui a conduit l'Office à saisir le tribunal*

²⁷⁸ G. VEDEL, Cours 1966-1967, p. 588. Cité par R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, thèse, Paris, 1967, Librairie générale de droit et de jurisprudence p. 105.

²⁷⁹ Conseil d'Etat, 8 mai 1961, *Jouanneau* : Rec. CE 1961, tables p. 1152

²⁸⁰ Conseil d'Etat, 7 janvier 1970, *Durand*, D. 1970, p. 615, note J.F. Lachaune

²⁸¹ Conseil d'Etat, Sect. 5 novembre 1982, *Société Propétrol*, Rec. CE, p. 380 ; AJDA 1983, p. 259, conclusions Labetoulle ; D. 1983, jurispr. p. 245, note Dubois ; JCP G 1984, II, 20168, note Paille

administratif (...), lequel (...) condamna « Propétrol » au versement d'une indemnité²⁸²». L'entreprise refusait ainsi de se soumettre à la modification de sa situation juridique entraînée par la réadjudication du contrat à ses risques et périls, faisant ainsi naître une créance au profit de l'Administration pour toutes dépenses supplémentaires dépassant le prix du marché initial.

Dans un même esprit, le refus du cocontractant débiteur d'exécuter les conséquences financières de la résiliation d'un contrat d'occupation du domaine public ²⁸³ ou d'un contrat de prêt²⁸⁴ caractérise la résistance éprouvée du cocontractant.

L'Administration se révèle, comme en matière d'expulsion d'un occupant sans titre du domaine public, dépourvue de toute sanction « utile » afin de recouvrer sa créance. La saisie spontanée sur le compte du cocontractant en vue du recouvrement d'une créance contractuelle représenterait une exécution forcée ne rentrant pas dans les cadres de l'urgence, de l'habilitation légale, ou de la jurisprudence *Société Immobilière Saint-Just*²⁸⁵.

Le refus exprimé et/ou éprouvé du cocontractant à réparer le préjudice causé à l'Administration du fait de sa mauvaise exécution du contrat ramène la personne publique dans l'impasse de la seule force juridique de ses actes juridiques, qu'ils soient contractuels ou unilatéraux. Il semble même que, devant cette impuissance, la personne publique soit recevable à saisir le juge administratif lorsqu'elle pressent la résistance du cocontractant devant son obligation de payer.

B/ La résistance pressentie du cocontractant

La recevabilité d'une demande en recouvrement d'une sanction pécuniaire présentée par la personne publique devant le juge administratif semble également répondre de l'état des relations qu'entretiennent les deux parties aux contrats.

C. Blumann²⁸⁶ constate ainsi que, « dans la plupart des espèces rencontrées, il faut signaler que c'est presque malgré elle que l'administration est amenée à saisir le juge (...) Le plus souvent, c'est un particulier qui prend l'initiative

²⁸² J.-P. DUBOIS, D. 1983, jurispr. p. 245, Op. cit.

²⁸³ Conseil d'Etat, 20 février 1991, *Thomas*, Rec. CE, p. 55.

²⁸⁴ **Conseil d'Etat, 27 mai 1988, Commune de Gagnac-sur-Céré, Rec. CE, p. 217.**

²⁸⁵ Conseil d'Etat, 2 décembre 1902, *Société Immobilière Saint-Just*, Rec. CE, p.713, conclusions Romieu ; GAJA, Dalloz, 16^e édition, n°11.

²⁸⁶ C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970, p. 318.

d'une action devant le juge administratif. Il est alors tentant pour l'administration d'utiliser l'instance engagée à l'origine par le particulier pour présenter une demande reconventionnelle ou un recours incident.

Il continue en avançant que « le procès se présente alors comme une sorte de règlement de comptes entre les parties. Peut-être l'administration n'aurait jamais été en justice si le particulier s'était tenu tranquille de son côté. A partir du moment où celui-ci prend l'initiative des hostilités, l'administration réplique en demandant au juge de vider l'ensemble du contentieux ».

Cette tendance semble se concentrer au tout début de la consécration de l'exception en matière pécuniaire, soit à la suite de *Ville de Paris c/ Chemin de Fer Métropolitain*²⁸⁷ : la demande de l'Administration en recouvrement de la sanction pécuniaire prononcée par le contrat se présente toujours comme une réaction à la requête originale formée par le cocontractant²⁸⁸. Mais cette demande peut, à l'évidence, ne pas être le répondant direct de la requête originale présentée par le cocontractant. Il n'est pas besoin que ce dernier conteste l'existence de la créance à titre principal. Le recours du cocontractant sur un autre point montre au juge que l'alchimie du contrat ne fonctionne plus entre les parties.

Ainsi, et d'un point de vue pratique contractuelle, le risque de résistance par le cocontractant se caractérise par la dégradation totale des relations entre la personne publique et le cocontractant, si bien que le dialogue entre les deux parties se trouverait rompu. Cette dégradation est avant tout le fruit direct de l'actionnement automatique des sanctions pécuniaires par le contrat lui-même. Le cocontractant voyant s'accumuler, du fait de son inexécution contractuelle, des pénalités et dommages-intérêts à payer, va poursuivre l'exécution du contrat avec une résignation néfaste pour le service public.

Car l'Administration, si elle dispose de nombreux pouvoirs de sanctions, peut, en raison de la faible concurrence sur un marché, avoir impérativement besoin de préserver le contrat en vue du but d'intérêt général qu'il été censé servir. Le cocontractant pourrait ainsi jouer avec le besoin de la personne publique contractant pour tenter de l'amener à exercer son droit de grâce quant aux sanctions pécuniaires prononcées du fait du contrat.

²⁸⁷ Conseil d'Etat, 26 décembre 1924, *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain*, Rec. CE, p. 1065 ; S. 1925, 3, p. 25, note Hauriou.

²⁸⁸ Conseil d'Etat, 8 juillet 1925, *Guillet-Fennely* ; 4 novembre 1927, *Ville Elboeuf*, Rec. CE 1927, p. 1015 ; 9 mai 1928, *Ministre des régions libérées*, Rec. CE 1928, p. 599 ; 8 mai 1961, *Jouanneau*, Rec. CE 1961, tables p. 1152.

L'Administration saisisrait le juge pour couper court à toute discussion, et au litige déjà existant entre les parties. On se retrouverait dès lors dans un schéma similaire à l'arrêt *Ville de Nice*²⁸⁹, où la commune avait recouru au juge pour combattre les prétentions avancées par son cocontractant, qui s'estimait en droit de continuer à occuper le domaine public. L'idée semble se retrouver en matière de sanctions pécuniaires²⁹⁰, où l'Administration vient recouvrer la créance qu'elle détient sur son cocontractant. La personne publique sait d'ores et déjà que son cocontractant ne la paiera pas, puisqu'il défie dès maintenant l'autorité du contrat toujours en cours d'exécution.

Le juge du contrat viendra donc jouer le rôle d'arbitre entre les parties, et résoudre le litige déjà né et actuel quant aux sanctions pécuniaires déclenchées automatiquement. Car la créance contractuelle existe, et est exigible du cocontractant. La pratique de repousser son décompte en fin du contrat afin d'assurer la compensation entre le montant à payer par la personne publique et les dettes reposant sur la tête du cocontractant ne change pas cet état de fait. Elle entretient seulement l'espoir et les diligences du cocontractant en vue de l'exemption expresse par l'Administration de la sanction pécuniaire automatique. Le risque de résistance est d'ailleurs, paradoxalement généré par cet espoir du cocontractant : celui-ci n'ira voir le juge qu'à la confirmation, par l'établissement du décompte du contrat, que l'Administration n'a pas utilisé son droit de grâce. Mais ce serait comme si l'administré, pour contester un état exécutoire s'opposant à lui, attendait de voir si la personne publique ne retirerait pas sa décision. L'état exécutoire est remplacé par l'enclenchement automatique de la sanction pécuniaire.

Partant, le recours au juge, réputé plus lent que la mise en œuvre du privilège du préalable, reste la voie la plus efficace et rapide pour l'Administration de prévenir le risque de résistance que présente la tension des relations contractuelles. L'émission d'un titre exécutoire s'avérera inutile pour la personne publique créancière, tant d'un point de vue juridique que pratique. Autant s'en remettre dès maintenant à l'autorité de chose jugée pour recouvrer la créance contractuelle que l'autorité de chose contractée rend déjà exigible pour l'Administration en vertu du contrat, dont le cocontractant nie la force juridique.

²⁸⁹ Conseil d'Etat, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; RDP 1956-575, conclusion Long ; AJDA, 1956-II-266, note Weil.

²⁹⁰ Par exemple : Conseil d'Etat, 26 décembre 1924, *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain*, *Ibidem* ; 3 février 1988, *Commune de Saint-Etienne-de-Tinée*, RDP 1988, p. 1459.

En conclusion de ce second chapitre, et de cette seconde partie, il ressort que les apparences sont parfois trompeuses. Il transparaît que les exceptions à l'opposabilité du préalable en matière de sanctions pécuniaires et résolutoire répondent à la contemplation collective de la doctrine sur la question. Alors oui : l'Administration en demande est soudainement recevable devant le juge administratif dans certaines occasions, toutes cantonnées dans le domaine contractuel, et plus encore dans celui des sanctions. Certes, les jurisprudences consacrant cette « anormale » recevabilité vis-à-vis de l'opposabilité que l'on connaît du privilège du préalable sont peu claires et les motivations passées sous silence. Il est enfin vrai aussi qu'une explication générale et commune à chacune de ces « exceptions » ne saute pas à l'œil du juriste tentant de se pencher sur la question.

Mais s'aveugler par la recevabilité de l'Administration en demande est une erreur. Le privilège du préalable est « la règle fondamentale de droit public », le pouvoir parmi les pouvoirs d'une Administration détentrice de la puissance publique. Le juge se refuse continuellement, et avec une fermeté à l'évidence égale depuis presque un siècle de porter atteinte à l'autorité du privilège du préalable de l'Administration, et ce en renvoyant sèchement la personne publique à l'exercice de sa propre compétence. Si le juge administratif considère recevable l'Administration se présentant devant lui, c'est que celle-ci a déjà mis en œuvre la procédure par décision exécutoire d'une manière ou d'une autre. Il ne peut en être autrement, tout simplement.

Les recevabilités ponctuelles de l'Administration dans des cas de résiliation pour faute du contrat furent respectivement, grandement exagérées ou oubliées par la doctrine. L'arrêt *Ville de Nice*²⁹¹ en est le parfait exemple. Les tribulations faites à son égard n'ont qu'amplifié artificiellement le problème ressenti dans la corrélation entre privilège du préalable et contrats administratifs. La véritable question à poser vis-à-vis de l'appréhension de cet arrêt, est de savoir si une telle interprétation aurait été donnée sans la reconnaissance d'une « exception » générale sur le recouvrement des créances contractuelles nées d'une sanction pécuniaire. L'arrêt *Ville de Nice* n'a « d'exception » que l'apparence qu'il lui a été donné du fait d'une formulation maladroite du dispositif. Or, il est l'application on ne peut plus stricte de la mécanique du privilège du préalable.

²⁹¹ Conseil d'Etat, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; RDP 1956-575, conclusion Long ; AJDA, 1956-II-266, note Weil.

A chercher un méfait entraîné par la solution *Ville de Nice*, ce serait d'avoir complètement occulté de l'étude de la doctrine la jurisprudence *Carta*²⁹². Nous le répétons, à reconnaître une exception à l'opposabilité de principe du privilège du préalable, cet arrêt représenterait le seul égarement du juge dans sa réserve vis-à-vis de l'action administrative. Néanmoins, la casuistique extraordinaire de l'arrêt semble avoir impacté négativement la compétence de l'Administration à pouvoir résilier pour faute le dit marché ; privant le privilège du préalable d'une compétence matérielle à transporter effectivement dans l'ordonnancement juridique de la sphère contractuelle.

Néanmoins, la solution *Carta* restera exceptionnelle, tant dans son fondement détourné que sa portée nulle. L'amorçage, par effet de mimétisme, d'une exception en matière de prononcé d'une sanction résolutoire d'un marché public sur la base de la solution reconnue en matière de sanctions pécuniaires ne s'est pas concrétisé. Si bien qu'à être malgré tout une exception à l'opposabilité du privilège du préalable, elle reste un cas foncièrement isolé dans la jurisprudence administrative.

Arrivent alors les sanctions pécuniaires, et l'alternative offerte par le juge à l'Administration quant à leur « prononcé ». La recherche d'une décision exécutoire proprement dite, soit d'une « *déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit, vis-à-vis des administrés, émise par une autorité administrative dans une forme exécutoire* », fut hélas infructueuse. L'Administration n'a pas, formellement et dans le sens strict de la notion, utilisé son privilège du préalable avant de saisir le juge administratif d'une demande relative aux sanctions pécuniaires contractuelles. Mais se contenter de cela serait négliger l'autorité propre rattachée au contrat, foyer où se concentre une « exception » à l'opposabilité du privilège du préalable généralisée à une famille de sanctions contractuelles. La logique du prononcé de la sanction diffère pour les sanctions pécuniaires : leur déclenchement est intrinsèquement lié à la vie propre du contrat et de l'accord de volonté qui en fonde l'autorité. Leur intervention est automatique, et absoute de toute déclaration de volonté superfétatoire de la part de la personne publique contractante.

L'Administration se présente dès lors, par le contrat, comme ayant employé un procédé d'élaboration des normes juridiques autre que le processus unilatéral, mais dont la force n'a rien à envier. « L'autorité de chose contractée » concurrence l'autorité de chose décidée au sens où toutes

²⁹² Conseil d'Etat, 17 mars 1934, *Gouverneur général Algérie c/ Carta*, Rec. CE 1934, p. 377.

deux atteignent le même but, soit une modification de l'ordonnancement juridique dont les conséquences obligationnelles sur un administré déterminé sont immédiatement exigibles. Par fiction, le privilège du préalable est de fait mis en œuvre par le contrat. Le prononcé automatique de la sanction revient pour l'Administration à constater et exiger par avance une créance dont elle est détentrice.

Cette mécanique se retrouve dans la résiliation de plein droit, dont le prononcé est lui aussi généré spontanément par l'actionnement automatique de la clause organisant une telle sanction résolutoire. Si bien que l'arrêt *Société H. Lancery*²⁹³ est à ranger dans la même catégorie que les sanctions pécuniaires.

Reste à l'Administration d'assurer l'exécution matérielle des normes qu'elle édicte par acte unilatéral ou par contrat. Et ici, le marteau de la puissance publique est confronté à une matière inflexible de par le seul coup porté par sa volonté. Le recours au juge par la personne publique se présente alors comme le palliatif légitime à son impuissance pratique. Le service public ne peut attendre. Mais la question de résistance du cocontractant n'est au final qu'une question connexe à la véritable conclusion de cette étude : l'Administration n'a aucunement renoncé à son pouvoir d'action d'office en matière de sanctions pécuniaires, puisqu'il s'agit de l'hypothèse principale d'absence d'un titre exécutoire. Elle a seulement compensé son usage par un procédé autre, aboutissant à la même finalité. Un peu à la manière dont le juge refuse de superposer l'autorité de chose jugée à l'autorité de chose décidée d'une décision exécutoire déjà intervenue sans que cela participe à favoriser son exécution, l'autorité de chose décidée n'a pas à venir compléter « l'autorité de chose contractée ».

La personne publique tire ainsi avantage du processus contractuel, tout en conservant l'autorité et la mainmise sur les éventuelles sanctions à faire valoir vis-à-vis de son cocontractant, collaborateur du service public. Et si l'étude des exceptions à l'opposabilité du privilège du préalable fait parfois oublier la force et la logique de ce merveilleux pouvoir, il ne faut pas oublier que leurs caractérisations sont rares.

L'Administration dans son bon droit fera plier son cocontractant, de par son autorité propre, celle du contrat ou aidée par celle du juge.

Elle est l'intérêt général. Elle est la puissance publique. Elle est le droit.

²⁹³ Conseil d'Etat, 2 janvier 1957, *Société Lancery c/ Office HBM Seine*, Rec. CE 1957, p. 1 ; AJDA 1957, p. 58, concl. Lasry.

CONCLUSION GENERALE

« Parce qu'on ne pense pas que le droit administratif s'organise autour d'un principe unique, on ne renonce pas pour autant à y voir une manière intelligible, et à espérer dégager, par l'analyse, du chaos des textes et des solutions jurisprudentielles, les quelques notions fondamentales susceptibles d'en rendre compte, et de caractériser ainsi son originalité²⁹⁴ ».

« Privilège du préalable et contrats administratifs » ne pouvait être libérés de tout problème. L'oxymore que ces deux notions dégagent n'aspire qu'à une confrontation directe entre l'acte administratif unilatéral et le contrat. La réunion des deux modes d'action de l'Administration engendre, logiquement, un rapport de force entre les autorités des deux types de normes. Et comme tout combat, l'un sort irréductiblement vainqueur.

Le contrat administratif est, en tant que convention, un *« état de fait créateur de droit²⁹⁵ »*. Il rejoint ainsi la décision exécutoire au sens défini par M. Hauriou dans l'élaboration de normes administratives et la poursuite de l'intérêt général. Néanmoins, il reste principalement, en matière de sanctions contractuelles, le support d'actes administratifs unilatéraux. Il offre au privilège du préalable de nouveaux pouvoirs et prérogatives de puissance publique sur lesquels s'exercer. Ainsi nourrie par le contexte contractuel, cette compétence permet à l'Administration de rester maître du jeu face à son cocontractant, et permettre ainsi la continuité du service public en toute occasion.

Partant, *« la puissance publique, avec ses attributs, ses prérogatives, n'est pas absente du contrat. (...) Ses privilèges doivent sans doute être conciliés avec les conséquences du consensualisme contractuel mais (...) leur présence ne saurait être indifférente au régime de l'exécution du contrat et ne peut manquer d'imprimer à ce régime des traits inconnus de celui des contrats civils²⁹⁶ »*. Le privilège du préalable, en tant que règle suprême du droit public, influence ainsi sur la considération du contrat administratif. Mieux encore, il est une pièce maîtresse permettant à l'édifice de perdurer. Sans privilège du

²⁹⁴ J. RIVERO, *Existe-t-il un critère du droit administratif ?*, RDP 1953, p.292.

²⁹⁵ H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, Archives de philosophie du droit, 1940, p. 97.

²⁹⁶ A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, tomes 1 & 2, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, 2^e édition, p.699.

préalable, l'Administration n'aurait pas les moyens nécessaires pour agir unilatéralement sur son cocontractant. Dès lors, il s'avance comme parent des règles générales des contrats administratifs, voire de la théorie des contrats administratifs elle-même.

En effet, le privilège du préalable reste l'identifiant principal du droit administratif. Il est le déséquilibre marquant la considération de cette matière. Pour H. Kelsen, *« ce qu'on appelle le droit public se distingue précisément du droit privé en ce que l'obligation de l'un par rapport à l'autre n'est pas créée par un acte juridique bilatéral, c'est-à-dire un accord de volontés entre le sujet qui doit être obligé et celui par rapport auquel le premier doit être lié (l'ayant droit), comme c'est le cas en droit privé, mais par un acte unilatéral – contrairement au droit privé – un sujet peut être obligé même contre sa volonté par un acte unilatéral d'un autre sujet : l'organe de l'Etat²⁹⁷ »*.

J. Rivero rajoute que *« voir dans la puissance publique le signe caractéristique de la règle de droit administratif, en effet, c'est, en termes concrets, affirmer que ces règles se différencient de celles du droit privé en ce qu'elles confèrent à l'administration, dans ses rapports avec les particuliers, un ensemble de prérogatives dont l'équivalent ne se retrouve pas dans les rapports des particuliers entre eux tels que le droit privé les régit. C'est la vieille et simple constatation de l'inégalité qui, à la base du rapport de droit public, s'oppose à l'égalité juridique sur laquelle repose le droit privé. Or, il est facile de vérifier cette inégalité essentielle dans la plupart des domaines du droit administratif ; si elle culmine dans la théorie de la décision exécutoire, dont elle est seule à pouvoir rendre compte, elle n'est pas moins évidente dans la théorie du contrat administratif²⁹⁸ »*.

Un déséquilibre qui se retrouve ainsi dans le contrat administratif. Mais s'il est un acte juridique bilatéral, l'inégalité des parties ne vient pas de la procédure de passation du contrat, ou encore de son objet. Elle résulte bien du régime de son exécution, et des mesures exceptionnelles, existantes souvent même sans clause expresse, que l'Administration a le pouvoir de mettre en œuvre seule vis-à-vis de l'autre partie, en opposition avec la théorie des contrats de droit privé²⁹⁹. Si bien que le régime des contrats administratifs est tributaire du privilège du préalable que détient l'Administration.

²⁹⁷ H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, Archives de philosophie du droit, 1940, p. 98.

²⁹⁸ J. RIVERO, *Existe-t-il un critère du droit administratif ?*, RDP 1953, p.286

²⁹⁹ Sauf, bien sûr, si une clause expresse offrant un pouvoir unilatéral à l'une des parties dans un cadre strict et déterminé ressort de l'accord de volonté édifiant le contrat.

Mais ce n'est sans prévoir certaines hypothèses où le contrat devancera la notion de décision exécutoire. Ne se contentant pas seulement d'attribuer un pouvoir de sanction contractuelle, le contrat définit clairement son mode d'intervention et l'automatisme de son prononcé. Il fera ainsi valoir devant le privilège du préalable son autorité propre, différente de celle dite de chose décidée dans son fondement mais au combien similaire dans ses effets.

Car le processus contractuel invite à une vision globale de l'exécution, et permet à l'Administration de prévenir à l'avance les éventuels problèmes qu'elle peut rencontrer, et y remédier dès la formation du contrat. Les sanctions pécuniaires et la résiliation de plein droit visent à prémunir d'un risque de mauvaise exécution du contrat. Pour certaines hypothèses, l'Administration se fait ainsi justice elle-même dans un avenir potentiel, à l'inverse de la décision exécutoire, venant souvent en réaction d'une circonstance particulière. L'Administration prend les devants grâce au contrat, et promet à son cocontractant une modification automatique de sa situation juridique en cas de défaillance. Mieux encore, la personne publique opère cette substitution « à l'insu de son plein gré », puisqu'elle est rattachée à des sanctions contractuelles (pénalités, résiliation de plein droit) nécessitant une clause expresse organisant leur mode d'intervention. Ce n'est plus la personne publique, mais le contrat qui se chargera d'exercer directement son courroux.

Dès lors, il apparaît que la personne publique n'a aucunement renoncé à l'exercice de son privilège du préalable en matière de sanction pécuniaire. Elle ne le peut tout simplement pas. La procédure par décision exécutoire est une sujétion de l'Administration qu'elle se doit de mettre en œuvre seule. L'Administration doit assumer sa place et sa fonction de par le droit, ne pouvant s'écarter des prérogatives qu'elle détient du pouvoir souverain.

Or, la personne publique administre activement tant par décision exécutoire que par contrat. L'importance contemporaine du contrat dans l'action administrative le démontre. Elle préfère ainsi à l'acte administratif unilatéral un mode d'action autre, moins agressif, et plus accepté par l'administré-cocontractant.

La renonciation au privilège du préalable ne peut s'entendre que pour des sanctions contractuelles nécessitant une décision expresse de l'Administration pour les actionner. Et nous l'avons vu, le principe d'opposabilité fonctionne pleinement en cette hypothèse, à une exception isolée près, qui plus est à l'interprétation fluctuante. Pour le reste, le contrat assure la mise en œuvre

fictive du privilège du préalable : pas au sens où il est usuellement défini certes, mais dans son essence et sa finalité même. Dès lors, le privilège du préalable ne souffre d'aucune véritable exception en matière de contrat administratif.

Bien sûr, notre étude laisse en suspens certains panels du problème qu'il resterait à approfondir. Il s'agit non seulement des contrats entre personnes publiques, que nous avons rapidement évoqués, mais également les contrats de droit privé passés par l'Administration. Le privilège du préalable semble muter dans ces cadres particuliers, que ce soit de par le conflit de prérogatives égales entre les cocontractants, ou le regard différent du juge judiciaire sur l'indisponibilité des compétences et la sujétion que représente la procédure par décision exécutoire pour l'Administration.

Nonobstant, et pour ce qui nous concerne, le privilège du préalable est sauf. Son mariage avec les contrats administratifs, s'il a nécessité des concessions réciproques, conserve sa pleine et entière intégrité. Que Maurice Hauriou se rassure, le pilier qu'il a érigé soutiendra pour longtemps encore le droit administratif.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION 5

Première partie : Une exception circonscrite 22

Chapitre 1 : L'isolement de l'exception dans la didactique de l'exécution du contrat 23

Section 1 : L'opposabilité de principe du privilège du préalable	24
§1/ La consécration du privilège du préalable, objection à l'administration	24
A/ La transposition de la solution de principe	25
B/ Le refus du juge d'administrer activement	29
§2/ La consécration du privilège du préalable, obligation de l'administration	33
A/ L'interdiction de disposer de l'exercice de sa compétence	33
B/ La possibilité de moduler l'exercice de sa compétence	38

Section 2 : Les caractérisations reconnues d'une exception au privilège du préalable	41
§1/ Le recours légitime au juge par défaut de compétence	41
A/ La déchéance, objet d'une compétence fuyante	42
B/ La sanction stérile, témoin d'une compétence insuffisante	45
§2/ Le recours singulier au juge par défaut de titre exécutoire	50
A/ L'exception générale : la sanction pécuniaire	50
B/ L'exception casuistique : la sanction résolutoire	54
1/ La sanction résolutoire à l'encontre d'un cocontractant privé	54
2/ La sanction résolutoire à l'encontre d'une personne publique	57

Chapitre 2 : L'isolement de l'exception dans la temporalité de l'exécution du contrat 60

Section 1 : Une exception solidaire de l'indice temporel	60
§1/ L'opposabilité du privilège dans l'« exécutable » du contrat	61
A/ Le renvoi systémique d'une demande de sanction future	61
B/ La nécessité d'une décision exécutoire expresse	66
§2/ La cristallisation de l'exception dans l'« exécuté » du contrat	68
A/ L'apurement des comptes contractuels	69
B/ L'acquiescement d'une résiliation prononcée	72

Section 2 : Une exception dépendante de l'exégèse du contrat	75
§1/ Le rejet d'une justification non-contractuelle de l'exception	75
A/ La théorie des risques et périls, garde-fou de l'unilatéralité	76
B/ La théorie des risques et périls, motivation de la renonciation	77
§2/ La réception d'une justification contractuelle de l'exception	81
A/ La référence automatique au contenu du contrat	81
B/ L'insertion du contrat dans le jeu du privilège du préalable	85

Seconde partie : Une exception d'apparence 90

Chapitre 1 : L'apparence d'exception élaborée par la doctrine : la sanction résolutoire 92

Section 1 : Le faux débat sur la jurisprudence Ville de Nice	93
§1/ L'autorité pérenne de l'acte pris en vertu d'un contrat	93
A/ Le détournement de l'autorité de la décision résolutoire	94
B/ La confirmation de l'autorité de la décision résolutoire	98
§2/ Le juge comme refuge à la résistance du cocontractant	100
A/ Le constat évident d'une résistance éprouvée du cocontractant	101
B/ La demande d'une exécution matérielle de la décision émise	103
Section 2 : Le débat manqué sur la jurisprudence Carta	108
§1/ La compétence parallèle du juge pour les marchés publics de travaux	109
A/ L'inopérant mimétisme d'une référence au contrat	109
B/ L'ambiguë conséquence d'une référence à la loi	112
§2/ La qualification probable d'un contrat à investissements lourds	116
A/ Le constat d'une casuistique extraordinaire	116
B/ L'incompétence par le basculement de l'équilibre financier	118

Chapitre 2 : L'apparence d'exception générée par le contrat : la sanction pécuniaire 124

Section 1 : La négligence de l'autorité de chose contractée	125
§1/ Le contrat comme décision exécutoire	126
A/ Le contrat, mode d'action de l'administration	126
B/ Le contrat, loi des parties	130
§2/ Le contrat, générateur de décisions exécutoires	134
A/ Une accord de volonté engendrant des effets de droit	134
B/ L'analogie des autorités en présence	138

Section 2 : La désobéissance à l'autorité de chose contractée	143
§1/ L'autonomie de l'exécution contractuelle	143
A/ La primordialité de l'épuisement des effets contentieux	144
B/ L'inutilité de l'émission d'un titre surnuméraire	145
§2/ La sanction d'une inexécution contractuelle	148
A/ La résistance éprouvée du cocontractant	148
B/ La résistance pressentie du cocontractant	150
Conclusion Générale	156
Bibliographie	163

BIBLIOGRAPHIE

TEXTES REGLEMENTAIRES

Code des marchés publics, 2010, Litec

Cahier des Clauses Administratives Générales des Marchés de travaux, 2009,
Cahier des Clauses Administratives Générales des Marchés de fournitures et services courants, 2009

Cahier des clauses et conditions générales des ponts et chaussées, 1911, issu de l'arrêté du 29 décembre 1910, <http://gallica.bnf.fr>.

RAPPORTS PUBLICS

Conseil d'Etat, Rapport public, Le contrat, mode d'action publique et de production des normes, 2008

OUVRAGES

Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit Civil : Les obligations*, 12^e édition, Sirey, 2010

R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2008, 13^e édition

R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1 et 2, Montchrestien, 2001, 15^e édition

G. CLAMOUR, *Contrats Publics*, Mélanges en l'honneur de M. Guibal, Volume 1 et 2, CREAM, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8^e édition, 2007

P. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER, *Droit des obligations : 1. Contrat et quasi-contrat*, 5^e édition, Litec, 2010.

B. FAGES, *Droit des obligations*, 2^eme édition, LGDJ, 2009

J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations : 1. L'acte juridique*, 13^e édition, Sirey Université 2008

P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 2010, 6^e édition.

M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence (2^e et 3^e années) et en doctorat et sciences politiques*, Librairie du Recueil Sirey, 1927, 11^e édition

M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1872 à 1929 d'après les notes d'arrêt du Recueil Sirey, réunies et classées par André Hauriou*, Tomes 1, 2 & 3, Librairie du Recueil Sirey, 1929

G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif, Tome 4 : Théorie générale des contrats de l'administration ; Première partie : Formation, exécution des contrats*, 3^e édition, Paris, 1934

E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1896, 2^e édition

A. DE LAUBARDERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, tomes 1 & 2, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, 2^e édition.

H. & L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations, théorie générale*, 9^e édition, Montchrestien, 1998

F. MELLERAY, *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, études de colloque, LGDJ, 2004.

C. MILHAT, *L'acte administratif : entre processus et procédures*, Montreuil, édition du papyrus, 2007

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, 2008, L.G.D.J., 6^e édition

THESES

C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1970

L. CAVARE, *Les recours de l'administration devant le juge*, thèse, Toulouse, 1920, Montauban

J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1970.

X. DUPRE DE BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale : étude de droit comparé interne*, thèse, Paris, 2000, Bibliothèque de droit public, LGDJ

P. GOFFAUX, in *L'inexistence des privilèges de l'Administration et le pouvoir d'exécution forcée*, thèse, Collection de la faculté de droit Université Libre de Bruxelles, 2002

F. MODERNE, *La notion de prérogative de puissance publique en droit administratif français*, thèse, Bordeaux, 1960, Tome 3, p. 59

E. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, Dalloz Nouvelles bibliothèque, thèse, 2001, Bordeaux, p. 595

R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, thèse, Paris, 1967, Librairie générale de droit et de jurisprudence

FASCICULES

G. ECKERT, *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 430, II, H, Résiliation pour faute (déchéance du délégataire)

L. ERSTEIN, *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 14, III, A, 3^o, Privilège du préalable

E. POURCEL, *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 120, III, Résiliation pour faute

D. POUYAUD, *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 1127, II, C, 1°, L'administration en demande

D. POUYAUD, *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 675, VI et V, Contrats entre personnes publiques

ARTICLES

J. ANTOINE, *Les pouvoirs de sanction du cocontractant défaillant*, *Petites Affiches*, 7 octobre 2002, n°200, p. 4

D. BAILLEUL, *L'exécution des décisions administratives par le juge*, *AJDA* 2008, p. 386,

O. BEAUD, *Compétence et souveraineté*, *AFDA*, La compétence, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2003 par l'association française pour la recherche en droit administratif, Litec, 2008

D. DE BECHILLON, *Le contrat comme norme dans le droit public positif*, *RFDA* 1992, p. 15

J. BOULOUIS, *Supprimer le droit administratif ?*, *Pouvoirs*, 1988, n°46, p. 5

J. CHEVALLIER, *Le droit administratif, droit de privilège ?*, *Pouvoirs*, 1988, n°46, p.57

G. CLAMOUR, *Esquisse d'une théorie générale des contrats publics*, *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, T2, p. 637

G. DARCY, *La décision exécutoire, esquisse méthodologique*, *AJDA* 1994, p. 663

P. DELELIS, *La résiliation des délégations de service public*, *Contrats et Marchés publics* n°5, Mai 2004, 13.

G. ECKERT, *Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs*, *Contrats et Marchés publics* n°10, Octobre 2010, étude 9.

J.P. JOUGELET, *La portée de la règle du privilège du préalable*, *AJDA* 1994, p. 796

J.D. DREYFUS, *Le contrôle, par le juge du contrat, de la résiliation unilatérale d'une délégation de service public*, *AJDA* 2003, p. 1823

G. ECKERT, *Résiliation pour faute d'une délégation du service public*, *Contrats et Marchés publics* n°7, Juillet 2004, commentaire 150.

P.-L. FRIER, *L'exécution d'office : principe et évolutions*, *AJDA* 1999, p. 45.

V. HAÏM, *Les créances publiques et le privilège du préalable*, *Dalloz* 1994, *Chronique* p. 217

H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, *Archives de philosophie du droit*, 1940, p. 33

J. L'HUILLIER, *Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration ?*, *D.* 1953, p.87

J.-M. MAILLOT, *L'indisponibilité des compétences en droit public français*, Petites affiches, 28 septembre 2004, p. 3.

B. PLESSIX, *Compétence et temps*, AFDA, La compétence, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2003 par l'association française pour la recherche en droit administratif, Litec, 2008

J. RIVERO, *Existe-t-il un critère du droit administratif ?*, RDP 1953, p.279

G. TUSSEAU, *Indisponibilité des compétences*, AFDA, La compétence, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2003 par l'association française pour la recherche en droit administratif, Litec, 2008

ARRETS ET DECISIONS

CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, Rec. CE, p. 5 ; S. 1902, III, p.17, note Hauriou

CE, 2 décembre 1902, *Société Immobilière Saint-Just*, Rec. CE, p.713, conclusions Romieu ; GAJA, Dalloz, 16^e édition, n°11.

CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux*, REC. CE, p. 57, conclusions Romieu

CE, 31 mai 1907, *Deplanque c/ Ville de Nouzon*, S. 1907, III, p. 113, note Hauriou

CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, S. 1911, III, p.1, conclusions Blum, note Hauriou

CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, S. 1915, 3, p.9, note Hauriou

CE, 11 octobre 1921, *Compagnie Sud-Atlantique*, REC. CE, p. 892

CE, 26 décembre 1924, *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain*, Rec. CE, p. 1065 ; S. 1925, 3, p. 25, note Hauriou

CE, 26 janvier 1923, *Ville de Toulon*, Rec. CE, p. 85

CE, 27 janvier 1933, *Le Loir*, Rec. CE, p. 136 ; DP 1934, 3, p.6, conclusion H. Detton

CE, 17 mars 1934, *Gouverneur général Algérie c/ Carta* : Rec. CE 1934, p. 377

CE, 23 juin 1944, *Ville de Toulon*, RDP 1945, p. 101

CE, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec. CE, p. 162 ; RDP 1956-575, conclusion Long ; AJDA, 1956-II-266, note Weil.

CE, Sect. 13 juillet 1956, *OPHLM du Département de la Seine* ; Rec. CE, p. 343 ; AJDA 1956, II, p. 312, conclusions J. Chardeau et p. 398 chronique Fournier et Braibant

CE, 2 janvier 1957, *Société Lancery c/ Office HBM Seine*, Rec. CE 1957, p. 1 ; AJDA 1957, p. 58, concl. Lasry.

CE, 13 mars 1957, *Sieur Mahieux-Barbier*, Rec. CE, p. 166

CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec. CE, p. 246

CE, 8 mai 1961, *Jouanneau*, Rec. CE 1961, tables p. 1152

CE, 30 octobre 1963, *Société Sonetra*, Rec. CE, p. 520

CE, 9 octobre 1964, *Sieur Billoud*, Rec. CE, p. 457
 CE, 22 novembre 1967, *Société générale technique*, Rec. CE, p. 859
 CE, 7 janvier 1970, *Durand*, D. 1970, p. 615, note J.F. Lachaune
 CE, 21 juillet 1970, *Société occitane de travaux publics* ; Rec. CE, p. 1096 ; AJDA 1970, p. 613, chronique D. Labetoulle et P. Cabanes
 CE, 20 janvier 1971, *Sieur Cornaud*, Rec. CE, p. 46
 CE, 31 janvier 1973, *Wuest* ; Rec. CE, p.89
 CE, 1^{er} mars 1978, *Association maison des jeunes et de la culture de Paris Charonne*, Rec. CE, p. 872
 CE, 7 avril 1978, *Blum*, Dr. Adm. 1978, n°168
 CE, 21 novembre 1980, *Syndicat intercommunal d'organisation de la station de Peyresourde-Balestas*, Rec. CE, p. 438
 CE, 28 novembre 1980, *Etablissement Roch*, Rec. CE, p. 446 ; AJDA 1981, p. 88, chronique Feffer et Pinaut
 CE, 4 mai 1981, *Entreprise de travaux publics et de bâtiments Louis Poles*, Req. N°22628, RJA p. 539
 CE, 21 mai 1982, *Société de production intégrale du bâtiment* ; Rec. CE, p. 183
 Conseil d'Etat, Sect. 2 juillet 1982, *Huglo c/ Dame Lepage-Jessua* ; AJDA 1982 p.657 conclu. J. Biencarelli et note B. Lukaszewicz ; D 1983, J, 327, note O. Dugrip ; D. 1983, IR, 270, obs. P. Delvolvé ; RA 1982, p.627, note B. Pacteau.
 CE, Sect. 5 novembre 1982, *Société Propétrol*, Rec. CE, p. 380 ; AJDA 1983, p. 259, conclusions Labetoulle ; D. 1983, jurispr. p. 245, note Dubois ; JCP G 1984, II, 20168, note Paille
 CE, 7 décembre 1983, *Teillet*, Rec. CE, p. 493
 CE, 30 mars 1984, *S.C.I. Marjenco*, Rec. CE, p. 142
 CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat Crédit Foncier de France* : Rec. CE 1985, p. 141 ; RFD adm. 1986, p. 26, concl. B. Genevois ; AJDA 1985, p. 620, note J. Moreau et E. Fâtome
 CE, 3 février 1988, *Commune de Saint-Etienne-de-Tinée*, RDP 1988, p. 1459
 CE, 18 mai 1988, *Ville de Toulouse*, Dr. Adm. 1988, n°347
 CE, 27 mai 1988, *Commune de Gagnac-sur-Céré*, Rec. CE, p. 217
 CE, 21 juillet 1989, *Commune de Noisy-le-Grand*, Rec. CE, p. 866
 CE, 19 décembre 1990, *Société Travaux publics du Cotentin*, AJDA 1991, p. 394
 CE, 20 février 1991, *Thomas*, Rec. CE, p. 55
 CE, 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, AJDA, 1992, p. 532
 CAA Lyon, 22 février 1994, *Communauté urbaine de Lyon*, AJDA, 1994, p. 796
 CAA Lyon, 11 juillet 1994, *SARL FCS*, Rec. CE, p. 1044 ; AJDA, 1994, p. 796
 CAA Lyon, 31 décembre 1996, *Centre hospitalier de Maison Blanche c/ Centre hospitalier spécialisé de Montfavet*, AJDA 1997, p. 405

CE, Sect., 10 juillet 1997, *Agence nationale pour la participation des employeurs à l'effort de construction*, n°163099, AJDA 997, p. 701
CE, 21 juin 1999, *Banque populaire Bretagne-atlantique* ; Rec. CE, p. 206
Conseil d'Etat, 29 juillet 2002, n° 243500, *Centre hospitalier Armentières* ; AJDA 2002, p. 1451, note J.-D. Dreyfus ; JCP G 2003, II, 10002, note J.-C. Zarka
CE, 12 mai 2004, *Commune de La Ferté-Milon*, Rec. CE, p. 226
CE, 2 juillet 2007, *Commune de Lattes*, n°294393, AJDA 2007, p. 1437
CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic Saint-Loup*, n°290540, Dr. Adm. 2009, comm. 19.
CE, 31 mai 2010, *Communauté agglomération Vichy Val d'Allier*, n° 329483, BJCP 2010, p. 368, concl. N. Boulouis.
CAA Bordeaux, 29 juillet 2010, *Société logistique Grand Sud-Ouest*, Contrats et Marché publics n°10, com. 352
CE, 28 janvier 2011, *Département des Alpes-Maritimes c/ Société CICOM Organisation* ; n° 331986; DA n°3, mars 2011, comm. 28, E. Busson ; CMP n°4, avril 2011, comm. 119, P. Devilliers.