

UNIVERSITE MONTPELLIER I

FACULTE DE DROIT

Année 1997-1998

N° attribué par la bibliothèque

I _ I _ I _ I _ I _ I _ I _ I _ I _ I

THESE

pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITE MONTPELLIER I

Discipline : Droit public

présentée et soutenue publiquement

par

François LICHERE

le 12 décembre 1998

LES CONTRATS ADMINISTRATIFS ENTRE PERSONNES PRIVEES

**Représentation, transparence et exceptions jurisprudentielles au critère
organique du contrat administratif**

Directeur de thèse : M. le Professeur Michel GUIBAL

JURY

M. Michel GUIBAL, Professeur à l'Université de Montpellier I, Président

M. Jean-Claude RICCI, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III, Rapporteur

M. Laurent RICHER, Professeur à l'Université de Paris I, Rapporteur

M. Jean-Louis AUTIN, Professeur à l'Université de Montpellier I, Assesseur

M. Jean-Philippe COLSON, Professeur à l'Université de Montpellier I, Assesseur

M. Jean COURTIAL, Maître des Requêtes au Conseil d'Etat, Professeur associé à
l'Institut d'études politiques de Lyon, Assesseur

" La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur "

Remerciements

Mes remerciements vont en premier lieu à mon directeur de thèse, M. Michel Guibal, pour ses précieuses directives de recherche et pour la constante confiance qu'il a manifestée à mon égard.

Je remercie également les membres de ma famille, et plus particulièrement ma mère, pour leur aide morale et affective, et leurs encouragements répétés.

J'y associe l'ensemble de ma belle-famille, pour son soutien clair et inconditionnel.

Enfin, je voue une profonde reconnaissance à mon épouse, Cécile, sans qui ni Camille, ni cette thèse n'auraient vu le jour.

A Cécile et Camille

A la mémoire d'André Charlin,
mon grand-père,
de Louis Achard, Rolande, Daniel et Fabien Baudrier,
mes proches.

" Lorsqu'on ne sait pas la vérité d'une chose, il est bon qu'il y ait une erreur commune qui fixe l'esprit des hommes "

Blaise PASCAL

Pensées

(Section I, art. 18, Brunschvicg)

Table des principales abréviations

- Adm. :	Administratif
- A.J.D.A. :	Actualité juridique de droit administratif
- A.L.D. :	Actualité législative Dalloz
- A.N. :	Assemblée nationale
- Art. :	Article
- Ass :	Assemblée
- Ass. pl. :	Assemblée plénière
- B.C. :	Bulletin civil
- C.A. :	Cour d'appel
- C.A.A. :	Cour administrative d'appel
- C.A.O. :	Commission d'appel d'offre
- C.Civ. :	Code civil
- C.Cass. :	Cour de cassation
- C.C.A.G. :	Cahier des clauses administratives générales
- C.C.A.P. :	Cahier des clauses administratives particulières
- C.E. :	Conseil d'Etat
- C.G.I. :	Code général des impôts
- Chap. :	Chapitre
- C.J.E.G. :	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
- C.M.P. :	Code des marchés publics
- Com. :	Commercial(e)
- Cons. :	Conseil
- Co. rep. :	Commissaire de la République
- Crim. :	Chambre criminelle de la Cour de cassation
- D. :	Dalloz
- D.A. :	Droit administratif
- D.C. :	Décision du Conseil constitutionnel

- D.M.F. :	Droit maritime français
- D.S. :	Dalloz-Sirey
- D. Soc. :	Droit social
- Ed. :	Editions
- E.D.C.E. :	Etudes et documents du Conseil d'Etat
- Enc. :	Encyclopédie
- G.A.J.A. :	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
- J.C.C.L. :	Juris-classeur codes et lois
- J.C.D.A. :	Juris-classeur de droit administratif
- J.C.P. :	Juris-classeur périodique (édition générale)
- J.C.P. N. :	Juris-classeur périodique Notarial
- J.C.P. E. :	Juris-classeur périodique Entreprise
- J.O.C.E. :	Journal officiel des communautés européennes
- J.O.R.F. :	Journal officiel de la République française
- M.E.T.P. :	Marché d'entreprise de travaux publics
- M.O.P. :	Maîtrise d'ouvrage public
- M.P. :	Marché public
- M.T.P. :	Le Moniteur de travaux publics et du bâtiment
- Obs. :	Observations
- P. :	Page du recueil Lebon
- P.A. :	Les Petites affiches
- Préc. :	Précité(e)(s)
- R.A. :	Revue administrative
- R.D.I. :	Revue de droit immobilier
- R.D.P. :	Revue du droit public
- Rec. :	Recueil
- Rec. T. :	Tables du recueil Lebon
- Rep. :	Répertoire
- Rep. civ. :	Répertoire civil

- Req. :	Requête (suivi d'un numéro correspondant aux arrêts consultables sur juridique Lamy - Conseil d'Etat)
- R.F.A.P. :	Revue française d'administration publique
- R.F.D. :	Revue française de décentralisation
- R.F.D.A. :	Revue française de droit administratif
- R.F.F.P. :	Revue française de finances publiques
- R.J.Com. :	Revue de jurisprudence commerciale
- R.M.U. :	Revue du marché commun de l'union européenne
- R.T.D.C. :	Revue trimestrielle de droit civil
- R.T.D.Com. :	Revue trimestrielle de droit commercial
- s. :	Suivantes
- S. :	Sirey
- S.C. :	Sommaires commentés
- S.C.I. :	Société civile immobilière
- Sect. :	Section
- S.E.M. :	Société d'économie mixte
- S.E.M.L. :	Société d'économie mixte locale
- S.E.R.M. :	Société d'équipement de la région montpelliéraine
- Soc. :	Société
- Som. :	Sommaire
- Spec. :	Spécialement
- T.A. :	Tribunal administratif
- T.C. :	Tribunal des conflits
- T.G.I. :	Tribunal de grande instance
- Th. :	Thèse
- Trib. civ. :	Tribunal civil
- V.E.F.A. :	Vente en l'état futur d'achèvement
- Z.A.C. :	Zone d'aménagement concerté
- Z.U.P. :	Zone à urbaniser en priorité

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE

PREMIERE PARTIE : L'INEXISTENCE DE LA REPRESENTATION DANS LES EXCEPTIONS AU CRITERE ORGANIQUE DU CONTRAT ADMINISTRATIF

TITRE 1 : La représentation conventionnelle, une modalité d'application du critère organique du contrat administratif

Chapitre préliminaire : Mandat et quasi mandat en droit privé

Chapitre 1 : L'unité du concept de mandat

Chapitre 2 : La dualité des conceptions du mandat

TITRE 2 : La représentation conventionnelle, un fondement inadéquat des exceptions au critère organique du contrat administratif

Chapitre 1 : Exceptions au critère organique et pseudo mandats

Chapitre 2 : Exception au critère organique et quasi mandat

DEUXIEME PARTIE : L'ESSENCE DE LA TRANSPARENCE DANS LES EXCEPTIONS AU CRITERE ORGANIQUE DU CONTRAT ADMINISTRATIF

TITRE 1 : La transparence, fondement sous-jacent des exceptions au critère organique du contrat administratif

Chapitre 1 : La délimitation du contenu de la transparence

Chapitre 2 : Les motifs de l'application de la transparence

TITRE 2 : La transparence, facteur de renouveau des exceptions au critère organique du contrat administratif

Chapitre 1 : Les bases conceptuelles d'une transparence organique généralisée

Chapitre 2 : Les atouts jurisprudentiels d'une transparence organique généralisée

CONCLUSION GENERALE

INTRODUCTION GENERALE

Quand en 1958 Georges Burdeau appelait de ses vœux une entrée de la science politique dans les facultés de droit, il prenait acte de la tendance de celles-ci à s'attacher trop inconsidérément aux formes juridiques. " Si la réalité déserte la règle, il leur faut suivre les avatars de la réalité " estimait-il, exhortant ainsi l'Université à adapter davantage les concepts juridiques au monde qu'ils sont censés décrire¹.

Ce souci nouveau de réalisme juridique n'était pourtant pas propre aux facultés de droit. L'idée semblait avoir fait son chemin au sein des plus hautes juridictions françaises puisque, commentant la consécration d'une exception importante au critère organique du contrat administratif par le Tribunal des conflits, le Président de Section du Conseil d'Etat P-L. Josse considéra qu'" on ne (pourrait) pas, cette fois, faire au haut tribunal le reproche de méconnaître la réalité des faits, de vivre dans une logique abstraite et de se tenir par là même à des conceptions périmées "². Faire état de ce satisfecit revenait pourtant de manière concomitante à faire état de la trop fréquente révérence du juge devant les qualifications formelles.

Car, paradoxalement, le domaine des exceptions au critère organique du contrat administratif fournit l'illustration d'un attachement presque irréductible et irraisonné du juge à certaines formes légales. Non en ce qu'il renonce à requalifier des personnes privées en personnes publiques : il y a là un effet de sa répugnance à remettre en cause des qualifications résultant peu ou prou du législateur lui-même. Mais plus indirectement, parce qu'il renâcle à admettre l'existence de contrats administratifs entre personnes privées, la nature privée des parties en présence présentant à ses yeux une incompatibilité quasi insurmontable avec la nature administrative d'un contrat.

La jurisprudence exige en effet, en principe, comme condition première de l'administrativité d'un contrat la présence d'une personne publique, et à l'inverse qualifie de droit privé bon nombre de contrats passés entre deux personnes privées, malgré les liens qu'ils

¹ G. Burdeau, " L'entrée de la science politique dans les facultés de droit ", D. Soc. 1958, p. 451.

² Note de jurisprudence sous T.C. 7 juillet 1963 Soc. " *Entreprise Peyrot* ", D. 1963, p. 539.

entretiennent avec l'action administrative. Il en va ainsi des contrats passés par un entrepreneur de travaux publics avec ses sous-traitant, fournisseur ou cessionnaire, en dépit du caractère " attractif " de la notion de travaux publics, des contrats passés entre un concessionnaire et un entrepreneur, ou encore des contrats passés entre un organisme privé de sécurité sociale et un syndicat qui se rattachent pourtant étroitement à la mission de service public dudit organisme³.

Ce principe selon lequel un contrat passé entre deux personnes privées revêt une nature privée possède, autre paradoxe, une origine incertaine, en dépit de sa prégnance jurisprudentielle. Les décisions du Conseil d'Etat ou du Tribunal des conflits n'apportent en la matière aucune indication précise, sauf à se méprendre sur le sens de la décision en date du 26 juin 1989 émanant de ce dernier. Il y est indiqué que " l'article L 64 du Code de la sécurité sociale (...) n'a eu ni pour objet, ni pour effet, de porter atteinte à la règle de valeur législative, d'ailleurs rappelée par l'article 115 de l'arrêté interministériel du 6 décembre 1967 pris pour l'application de l'article L 64 précité, selon laquelle les contrats passés entre deux personnes privées relèvent des seuls tribunaux judiciaires, sauf dérogation législative ou dans les cas où l'une des parties au contrat agit pour le compte d'une personne publique " ⁴. Il n'est en effet question ici non pas d'origine mais de " valeur " comme le précise le juge, et que confirme la lecture de l'arrêté interministériel évoqué⁵.

En réalité, ce principe a une origine uniquement jurisprudentielle, sans qu'il y ait là d'ailleurs quoique ce soit d'incompatible avec sa valeur législative. G. Braibant s'est employé à répandre cette idée dès 1963, tout en omettant de donner des éléments supplémentaires permettant d'identifier cette origine⁶.

Il faut alors convenir que le principe a accompagné l'ébauche de la théorie jurisprudentielle du contrat administratif, née avec les grands arrêts du début du siècle portant sur la matière. Il recouvre alors une réalité incontournable, mais une réalité implicite : nulle part, dans les décisions du juge relatives aux contrats administratifs de l'Etat ou des collectivités locales ou relatives aux contrats privés de l'administration, il n'est fait référence à l'exigence de la présence d'une personne publique au contrat comme condition *sine qua non*

³ Respectivement, C.E. 3 décembre 1919 *Bonnafous*, p. 879, T.C 13 juillet 1938 *soc. Forclum*, p. 1003, C.E. 24 novembre 1911 *Soc. de Commentry*, p. 1107, C.E. 28 octobre 1952 *Soc. auxiliaire de distribution d'eau*, p. 345, C.E. 13 décembre 1963 *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord*, p. 57.

⁴ T.C. 26 juin 1989 *Soc. compagnie générale d'entreprise de chauffage*, M.P. 1989, n° 246, p. 19.

⁵ J.O.R.F. 29 décembre 1967, p. 12905. et s. L'article 115 se borne à prévoir que " les litiges qui ne peuvent être réglés par voie d'arbitrage sont soumis aux juridictions de droit commun ", c'est-à-dire qu'il n'envisage nullement l'origine du principe.

⁶ Dans ses conclusions sur C.E. 13 décembre 1963 précité, D. 1964, p. 56.

de son administrativité⁷. Même les célèbres conclusions Romieu sur l'arrêt *Terrier* et Blum sur l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* se bornent à sous-entendre qu'un contrat ne peut être administratif qu'en présence d'une personne publique. L. Blum, lorsqu'il considère que " ce qu'il faut examiner, c'est la nature du contrat lui-même indépendamment de la personne qui l'a passé et de l'objet en vue duquel il a été conclu ", vise en réalité les hypothèses de contrats passés par les personnes publiques⁸.

D'origine incertaine, le critère organique ne gagne pas en certitude lorsqu'on étudie sa consistance par sa face négative, c'est-à-dire sous l'angle des dérogations qu'il comporte. Le Tribunal des conflits, dans sa décision du 26 juin 1989 précitée, les a certes énumérées de façon *a priori* exhaustive : il s'agit des hypothèses d'exception législative et de celles dans lesquelles une des personnes privées agit " pour le compte " d'une personne publique. La première catégorie renvoie à des choix contentieux émanant du pouvoir législatif devant lesquels le juge s'incline, à l'image de ce que nous ferons nous-mêmes. Il n'y a là que la résultante d'une faculté dont dispose le législateur, qui répond à des motivations d'opportunité bien souvent inconnues et qui s'avère quantitativement marginale. Il n'est besoin, pour s'en convaincre, que de se référer au seul exemple traditionnellement cité du décret-loi du 17 juin 1938⁹.

La deuxième catégorie n'évoque en revanche rien de précis en elle-même, mais vise l'expression qu'utilise le juge dans les quelques cas où il entend consacrer un contrat administratif entre deux personnes privées en dehors de toute dérogation légale. Traditionnellement, ils recouvrent les hypothèses d'un contrat passé entre deux personnes privées dont l'une est mandataire d'une personne publique, ou bien concessionnaire d'autoroute en vertu de la jurisprudence *Société " entreprise Peyrot "*, ou bien encore aménageur urbain dans des circonstances particulières décrites par la jurisprudence *S.E.R.M.* -

⁷ Lire les arrêts *Terrier* du 6 février 1903, *Théron* du 4 mars 1910 et *Société des granits porphyroïdes des Vosges* du 31 juillet 1912 in M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 11^{ème} édition, p. 67, 123 et 146.

⁸ D. 1916. 3. 35, p. 16 : le commissaire du gouvernement précisait en effet plus avant qu'il " faut que ce contrat, par lui-même, et de sa nature propre, soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer, qu'il soit, par sa forme et sa contenance, un contrat administratif " (c'est nous qui soulignons). Par l'incidente " indépendamment de la personne qui l'a passé, L. Blum entendait sûrement mettre un terme aux éventuelles velléités doctrinales de distinction entre le contentieux contractuel de l'Etat et le contentieux contractuel des collectivités locales.

⁹ L'article premier (aujourd'hui article L 84 du Code du domaine de l'Etat) précise que le conseil de préfecture (auquel le tribunal administratif a succédé) est compétent pour connaître des " litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, passés par l'Etat, les départements, les communes, les établissements publics ou leurs concessionnaires ". Ainsi, dans cette dernière hypothèse, il pourra y avoir contrat administratif entre personnes privées par détermination de la loi, si concessionnaire et occupant du domaine public ont une nature privée.

*Commune d'Agde*¹⁰. En réalité, deux autres jurisprudences sont venues se greffer postérieurement à celles-ci, avec les décisions *Laurent* et *Nersa*¹¹, de sorte que ce sont bien cinq hypothèses de contrats administratifs entre personnes privées que la jurisprudence a consacrées.

La présente thèse portera par conséquent sur ces hypothèses jurisprudentielles de contrats administratifs entre personnes privées. De manière plus précise, son objet se trouve tout entier constitué dans les fondements de ces jurisprudences, ainsi que le laisse entendre le sous-titre. La problématique consiste alors à tenter d'analyser ce qui a amené le juge à écarter parfois un principe pourtant bien établi.

Sur un plan méthodologique, l'analyse verticale d'un contrat donné, qui aboutirait à étudier successivement et de manière classique sa notion et son régime ou encore sa formation, son exécution et sa fin¹², cédera le pas à une analyse horizontale, seule à même d'approcher plusieurs types de contrats uniquement à travers les fondements juridiques de la consécration jurisprudentielle de leur nature administrative.

Certains aspects de la notion ou du régime de ces contrats seront inévitablement évoqués cependant, dans la mesure où ils peuvent accréditer la thèse avancée ici ou infirmer la thèse opposée. A défaut, la recherche tomberait rapidement dans le travers de l'artificialité théorique sans prise avec la réalité jurisprudentielle, ce qui serait irrémédiablement condamnable pour une thèse qui part de l'étude d'une jurisprudence. Il ne sera question par conséquent de théoriser les notions de représentation et de transparence qu'à partir des données du droit positif et non de procéder de manière inverse.

Des précisions terminologiques s'imposent pour achever de délimiter le sujet. Les exceptions au critère organique du contrat administratif s'entendent généralement de toutes les hypothèses dans lesquelles un contrat administratif est passé entre deux personnes privées, sans autre précision. Il est rarement remarqué en doctrine, en règle générale, que le contrat passé par un mandataire privé d'une personne publique ne constitue pas une véritable exception au critère organique mais une de ses modalités d'application¹³. A cet égard, on s'en tiendra dans cette introduction par commodité à l'acception générale. Le chapitre premier de

¹⁰ Cf C.E. 24 février 1954 *Secrétaire d'Etat à la production industrielle c/ Soc. Ateliers Schwartz-Haumont*, p. 125 (mandat) ; T.C. 8 juillet 1963 *Société "Entreprise Peyot"*, p. 787 ; C.E. 30 mai 1975 *Société d'équipement de la région montpelliéraine (S.E.R.M.)*, p. 326 et T.C. 7 juillet 1975 *Commune d'Agde*, p. 797.

¹¹ T.C. 22 avril 1985 *Laurent*, D.A. n°324 ; T.C. 10 mai 1993 *Soc. Wanner isofi isolation et Soc. Nersa*, p. 399.

¹² Pour un exemple de la deuxième démarche, voir F. Llorens, *Contrat d'entreprise et marché de travaux*, L.G.D.J. 1981.

¹³ A l'exception notable de L. Richer, cf *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J. 1995, p. 105.

la première partie permettra ensuite d'expliquer en quoi cette " exception " n'en est pas réellement une. Pour l'heure, la problématique tourne autour des rapports qu'entretiennent les concepts de représentation et de transparence avec les exceptions au critère organique du contrat administratif telles que définies habituellement.

De la transparence, il ne sera pas beaucoup dit à ce stade dans la mesure où précisément elle constitue à la fois un fondement possible très peu souvent avancé par la doctrine, et une idée qui n'a pas encore fait l'objet d'une conceptualisation juridique. La deuxième partie de la présente thèse offrira l'occasion d'en formuler une ébauche. On se contentera d'adopter ici une conception minimale de la transparence et qui consiste à voir en elle, dès lors qu'on l'invoque à propos des contrats administratifs entre personnes privées, le refus du juge de s'en tenir à l'apparence de la personnalité privée de certaines personnes morales.

La représentation bénéficie de son côté des faveurs doctrinales par la place qu'elle tient au titre du fondement de ces exceptions et par les études dont elle a fait l'objet¹⁴. Elle revêt alors différents sens qu'une approche historique permet de cerner au mieux.

Le siècle dernier, qui a constitué l'apogée de l'étude de la représentation, offre l'exemple de débats portants généralement sur des points considérés comme secondaires de nos jours. Certains d'entre eux révèlent pourtant une conception dualiste de la représentation que l'on retrouve à certains égards aujourd'hui, non seulement en droit privé mais également en droit public¹⁵.

La dualité des conceptions de la représentation s'exprime à travers les divergences d'appréciation quant à l'étendue de ses effets. Les uns entendent la notion *lato sensu* et de manière binaire, distinguant la représentation parfaite ou directe de la représentation imparfaite ou indirecte. Seule la première implique que les actes produisent directement leurs effets sur le représenté, alors que dans la seconde c'est le patrimoine du représentant qui est affecté avant que les effets ne soient transférés dans le patrimoine du représenté pour le compte de qui il agit. Cette conception fut à l'origine défendue par Mittéris et Ortolan avant qu'une partie de la doctrine française ne la reprenne à son compte. E. Pilon critiqua la doctrine

¹⁴ En particulier lorsque les auteurs se penchent sur sa forme contractuelle. Le mandat est ainsi présenté à juste titre comme l'archétype de la représentation d'origine contractuelle et surtout comme le fondement incontournable de certaines exceptions jurisprudentielles au contrat administratif. La première partie offrira l'occasion de l'étudier en détail.

¹⁵ Les sujets considérés comme accessoires aujourd'hui étaient les suivants : alors que Savigny avait assimilé *nuntius* (messager) et mandataire, la thèse de leur nécessaire distinction a triomphé en Allemagne puis en France (voir M. Boyer, Essai sur la représentation dans les actes juridiques, Th. Toulouse, 1898, chap. 1). Elle repose sur l'idée âprement débattue autrefois que le mandataire engageant la personne du mandant dispose pourtant d'une volonté propre. Le juriste Lehning considéra à la suite de Buchka et Winscheid que " la cause réside chez le mandataire, les effets se produisent chez le mandant ", alors que Mittéris ou Zimmermann allaient plus loin en voyant dans l'action du mandataire deux volontés, la sienne et celle du mandant. Le dernier sujet était relatif à ce qu'il convenait d'appeler la nature juridique de la représentation : doit-on expliquer ses effets à partir de l'idée de fiction ? Bien d'autres justifications furent avancées sans que l'intérêt de ces réflexions n'apparaissent pleinement de nos jours.

traditionnelle dite minimaliste, fustigeant sa vision prétendument trop étroite de la représentation et proposant d'inclure dans la catégorie des représentants tous ceux qui agissent pour le compte d'autrui¹⁶. M. Oudinot alla même jusqu'à définir la représentation comme " toute dérogation apportée au principe de la personnalité des effets de l'acte juridique " ¹⁷.

La deuxième conception de la représentation, entendue *stricto sensu* et de manière unitaire, considère l'idée de représentation imparfaite comme impropre voire antinomique. En pareille hypothèse, on est seulement en présence d'un contrat ou d'un acte unilatéral comme un autre dont les effets sont cédés à autrui. Seule la représentation dite parfaite porte effet de représentation en opérant dès l'origine transfert des effets de l'acte sur la tête du représenté. Cette conception a le mérite de la clarté et exclut le caractère amphibologique de la notion que dénonçait pourtant E. Pilon¹⁸.

S'il n'y a pas de définition légale de la notion, la conception stricte s'inscrit dans la logique de l'étymologie latine du mot : représenter, c'est rendre présente la personne absente, c'est assurer la présence juridique d'une personne qui se trouve physiquement ailleurs et cette réalité juridique implique nécessairement d'attribuer les effets de l'acte à la personne du représenté " comme si " il avait participé matériellement à l'acte¹⁹. Considérer qu'il y a représentation à partir du moment où un acte entraîne des effets sur la tête d'un tiers au rapport initial risquerait d'aboutir à une généralisation de la représentation à toutes les opérations successives qui impliquent la passation d'actes juridiques, au point de dénaturer la notion²⁰. Dans le domaine contractuel, G. Flattet a, en 1950, souligné comment le mandat, qui s'inscrivait dans la catégorie des " contrats conclus pour le compte d'autrui ", n'en constituait précisément qu'un aspect parmi d'autres²¹.

D'aucun pourrait en dernier lieu invoquer les innovations récentes du droit international privé. Le décret du 4 mai 1992 portant publication de la convention de La Haye du 14 mars 1978 semble en apparence leur donner raison²². Ce traité englobe dans une même

¹⁶ E. Pilon, Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations, Th. Caen, 1898, p. 8 qui cite en page 21 l'opinion contraire de Labbé pour qui " trop souvent le mot est pris dans le sens vague d'agir pour le compte d'autrui ".

¹⁷ M. Oudinot, De la représentation imparfaite en droit français, Th. Paris 1909, p. 3.

¹⁸ E. Pilon, " Il n'y a pas de notion plus vague et plus flottante que celle de représentation " , Th. préc., p. 8.

¹⁹ La plupart des auteurs favorables à la thèse dualiste s'appuie sur l'existence de précédents étrangers. Sans pour autant adhérer à l'école historique du droit selon laquelle le droit est essentiellement national et changeant, on ne peut admettre avec E. Pilon que " le droit des obligations est un droit qui s'impose au législateur et c'est pour cela qu'il y a presque identité sur ce point entre des législations arrivées à un même degré de civilisation. ", Th; préc., p. 257. En ce domaine, il y a bien une spécificité française.

²⁰ Si l'on pousse le raisonnement jusqu'au bout, cela signifierait, par exemple, qu'un architecte, qui a dans certaines circonstances la qualité de mandataire, l'aurait tout le temps dans la mesure où il agit pour le compte d'une autre personne, ou que l'entrepreneur a également la qualité de représentant pour les contrats de fournitures qu'il passe avec d'autres personnes en vue de la construction d'un immeuble au profit d'une autre personne.

²¹ Les contrats pour le compte d'autrui, Th. Paris, 1950.

²² Décret n° 92-423, D-S 1992, p. 285 et 286 et le commentaire de C.-J. Ferry au JCP - E 1993, n° 233, p. 154.

notion l'ensemble des représentations par lesquelles " une personne, l'intermédiaire a le pouvoir, agit ou prétend agir avec un tiers pour le compte d'un autre, le représenté " (art. 1er; 1er al.) (...) " que l'intermédiaire agisse en son nom propre ou au nom du représenté " (art. 1er al. 3). On le voit, la convention adopte une notion large de la représentation. Mais elle dépasse la plus extensive des conceptions françaises en incluant " l'activité de l'intermédiaire consistant à recevoir et à communiquer des propositions ou à mener des négociations pour le compte d'autres personnes " (art. 1er al. 2) c'est-à-dire des activités ne nécessitant pas la passation d'actes juridiques. L'intermédiaire n'est en outre jamais qualifié de représentant. Cette définition paraît donc trop en rupture avec la tradition et avec le droit positif pour considérer qu'elle peut se substituer un jour à la conception française de la représentation.

C'est la conception unitaire qui a notre préférence, en ce qu'elle répond à l'exigence de rigueur juridique qui doit s'attacher à toute notion, et qui explique dans une large mesure l'ensemble des idées avancées dans cette thèse, en marge de l'opinion majoritaire de la doctrine. Elle se démarque de l'emprunt qui a pu être fait par les théoriciens du droit pour expliquer l'avènement de l'Etat de droit et qui renvoie à l'idée de représentation politique²³.

Elle se distingue également de la notion de substitution dans laquelle une personne intervient en lieu et place d'une autre personne. En pareil cas, le substitué ne saurait être lié en principe par les actes de la personne qui lui a succédé, même si cette dernière est subrogée dans tous ses droits et actions²⁴.

L'intérêt d'une approche de la représentation s'accroît encore lorsque l'on se penche sur sa forme conventionnelle, autrement dit sur le contrat de mandat²⁵.

Il n'y aura ici nul artifice à s'attarder sur cette notion : il s'agit en effet du fondement le plus souvent invoqué pour expliquer la plupart des exceptions (ou prétendues telles) au critère organique du contrat administratif. On y est d'autant plus invité si l'on se fie à l'affirmation de F. Llorens selon laquelle " à force de privilégier la théorie générale des contrats administratifs,

²³ Sur cet emprunt, voir notamment V. Orlando, " Du fondement juridique de la représentation politique ", R.D.P. 1898, p. 1 et s. ; R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, t. 2, 1920-1922, p. 199 et s. ; sur la notion de représentation en général, cf S. Rials, " Représentations de la représentation ", in La représentation, Droits, n° 6, octobre 1987.

²⁴ Cf H. Maisl, Recherches sur la délégation de compétences en droit public, Th. Paris II, 1972 ; C. Zilemenos, Substitution et délégation en droit administratif français, 1966 ; C. Ribot, La dynamique institutionnelle de l'intercommunalité, Th. Montpellier 1993, p. 303 (à propos de la substitution des communes par les établissements publics intercommunaux). La règle est parfois renversée, s'agissant de la substitution pour carence.

²⁵ De l'avis général, le mandat est en effet la représentation qui prend naissance dans un contrat (cf infra Première partie, Titre 1, Chapitre préliminaire).

la doctrine en est venue à délaisser l'étude particulière de ce que les privatistes nomment les contrats spéciaux ²⁶.

Peut-être faut-il voir dans ce désintérêt l'explication du constat de la très grande hétérogénéité des positions des auteurs en ce qui concerne ce contrat spécial, mais aussi plus généralement la question des contrats administratifs entre personnes privées. Il n'y a pas là, d'ailleurs, le moindre des attraits du présent sujet que d'essayer de mettre un terme à des divergences doctrinales aussi diverses que radicales, voire de clarifier des confusions majeures et d'une intensité peu commune dont ces jurisprudences sont la source. Qu'on en juge à l'énoncé des différents manuels de droit administratif ou de contentieux administratif qui en traitent ou des quelques articles de fond qui portent sur la question.

Sur le contrat de mandat public²⁷, le débat porte autour de son éventuelle autonomie à l'égard du contrat de droit privé ou, en d'autres termes, sur l'existence d'une dualité du concept de mandat ou d'une unité fondamentale. Rarement contrat n'aura fait l'objet d'appréciations aussi contradictoires que le mandat public. L'énonciation des positions des quelques auteurs qui se sont penchés sur la question suffit à s'en convaincre.

D'un côté pour J.-P. Négrin, la définition du mandat " n'a pas été affectée par sa transposition du droit privé au droit administratif " ²⁸. " L'économie générale du mandat en droit administratif reste celle que consacre le droit privé " d'après J.-A. Mazères²⁹, " la notion de mandat qu'a accueilli le droit administratif étant finalement celle bien connue des articles 1984 et suivants du Code civil " (H.-G. Hubrecht)³⁰. De l'autre, M. Ngamakita nuance l'idée première : " on admet généralement que le mandat administratif aurait gardé les règles fondamentales du droit civil. Mais l'examen d'une partie de la jurisprudence laisse plutôt sceptique "³¹. F. Moderne dans un article de fond se prononçait lui aussi pour un particularisme marqué³². La thèse d'I. Poirot-Mazères tendra à relativiser l'importance de ces dérogations apparentes³³.

²⁶ " La définition actuelle de la concession de service public en droit interne ", in La concession de service public face au droit communautaire, Sirey 1992, p. 17.

²⁷ On entendra par mandat public, le mandat qui résulte de la jurisprudence administrative et dans lequel une personne publique a la qualité de mandant, étant entendu que ce contrat ne revêt pas nécessairement un caractère administratif - cf infra 1ère partie, titre 1, introduction du chapitre 1.

²⁸ L'intervention des personnes privées dans l'action administrative, 1970, p. 289.

²⁹ " Que reste-t-il de la jurisprudence Société entreprise Peyrot ? ", Mélanges Couzinet, 1975, p. 502.

³⁰ Les contrats de service public, Th. Bordeaux 1980, p. 143.

³¹ Le mandat donné par une personne publique à une personne privée, Th. Caen 1990, p. 18.

³² " La représentation des parties au contrat ", Enc. Dalloz coll. loc. n° 3065.

³³ La représentation en droit administratif français, Th. Toulouse, 1989.

Tantôt considérée par certains comme une application d'un mandat tacite, la jurisprudence *S.E.R.M.* se voit dénier ce caractère par d'autres. En faveur de la première thèse se rangent notamment MM. Lachaume, Rivero et Waline, Debbasch, Moreau ainsi que MM. Long, Weil et Braibant³⁴, à l'inverse de MM. Chapus, Vedel et Delvolvé, De Laubadère, Delvolvé et Moderne, Guibal et Rapp, Ricci, et de MM. Rougevin-Baville, Denoix de Saint Marc et Labetoulle qui dénie tout lien avec un mandat, qu'il soit tacite ou non³⁵.

Il est vrai que le trouble est jeté dans l'esprit du Conseil d'Etat lui-même qui tantôt y voit l'existence d'un mandat, tantôt renie cette qualification³⁶.

Enfin, certains voient dans l'arrêt de Section du 18 juin 1976 *Dame Culard* un exemple de mandat exprès, à l'image de MM. de Laubadère, Delvolvé, Moderne et J.-F. Lachaume³⁷, alors que les auteurs des grands arrêts de la jurisprudence administrative et MM. Debbasch, Chapus, ainsi que J.-M. Auby et R. Drago le classent dans la continuité de la jurisprudence *S.E.R.M.*³⁸. G. Peiser se prononce même pour la première solution dans son ouvrage de contentieux administratif et pour la seconde dans son manuel de droit administratif³⁹.

La résolution des contradictions doctrinales serait peu de chose si elle ne servait que la réflexion théorique. Or, ces contradictions apparaissent comme le reflet d'interprétations souvent byzantines de jurisprudences qui ne le sont pas moins. Expliquer ces jurisprudences après avoir déjoué les méandres doctrinaux et jurisprudentiels devrait permettre de mieux appréhender le régime de certains contrats administratifs ainsi que de cerner concrètement les hypothèses de compétence du juge administratif en ce domaine. *In fine*, sans que ce soit là l'objet de la présente thèse, peut-être y aura-t-il lieu de réfléchir au rôle du juge administratif dans la détermination de sa propre compétence face à celle du juge judiciaire qui demeure le " juge de droit commun ".

³⁴ Voir respectivement, Les grandes décisions de la jurisprudence, Droit administratif, P.U.F. Thémis, 11ème éd., 1995, p. 343 ; Droit administratif, Dalloz, 16ème éd., 1996, p. 104, Institutions et droit administratif, t. 1, P.U.F. Thémis, 1992, 1992, p. 172 ; Droit administratif, P.U.F., 1989, p.460 ; G.A.J.A., op. cit., p. 613.

³⁵ Cf respectivement Droit administratif général, t. 1, Montchrestien, 11ème éd., p. 513 ; Droit administratif, t. 1, P.U.F. Thémis, 1992, p. 379 ; Traité des contrats administratifs, t. 1, L.G.D.J., 1983, p. 261 ; Contrats des collectivités locales, Lefevre, 2ème édition, 1995, p. 119 ; Droit administratif, Hachette, 1996, p. 70 ; Leçons de droit administratif, Hachette, 1989, p. 182.

³⁶ Respectivement C.E. 27 novembre 1987 *Soc. provençale d'équipement*, R.F.D.A. 1988, p. 384 et C.E. 20 janvier 1992 *Ville de Talant*, Req. 46624.

³⁷ Op. cit., respectivement p. 369, et 343.

³⁸ Op. cit., respectivement G.A.J.A, p. 513 ; Debbasch, op. cit., p. 613 ; Chapus, op. cit., p. 172 et le Traité de contentieux administratif, t. 1, L.G.D.J. 1984, p. 443.

³⁹ Contentieux administratif, Dalloz Mémentos, 10 ème éd., 1997, p. 63 et Droit administratif, Dalloz Mémentos, 19ème éd., 1998, p. 62.

L'examen des exceptions au critère organique s'avère d'autant plus utile que malgré les incertitudes fondamentales qui affectent leur fondement, très peu d'études d'envergure n'ont été menées jusqu'à présent. Certes, dans une thèse datant de 1990, M. Ngamakita a bien étudié les mandats conclus par une personne publique⁴⁰. Mais outre le fait que les conclusions auxquelles il aboutit sont, en règle générale, exactement inverses de celles avancées ici, l'objet de la thèse ne se recoupe que partiellement avec le notre.

Il en va de même de la thèse de I. Poirot-Mazères sur " la représentation en droit administratif français ". Par son intitulé même, elle vise l'ensemble des hypothèses de représentation, et si nous partageons ici ou là certains points de vue de l'auteur, en particulier lorsqu'elle procède à une critique de l'invocation abusive de la notion de représentation, elle ne cherche pas à lui substituer une autre explication⁴¹.

La présente thèse se situe quant à elle autour de la dialectique de la théorie de la représentation et de celle de la transparence. Il apparaît que de la première, pourtant a priori plus connue et, de fait, souvent invoquée, on ne peut tirer aucun fondement acceptable quant aux exceptions au critère organique du contrat administratif.

Cette assertion fait alors droit à la mise en garde déjà centenaire d'E. Pilon : " lorsqu'on se cantonne dans l'étude spéciale d'une institution juridique, on ne peut résister à la tendance d'étendre ces institutions au delà de ses limites normales (...). Dans une étude sur la représentation, on est porté à lui donner des applications qu'elle ne comporte pas "⁴².

Telle est, à notre sens, la gageure de la presque totalité des études menées jusqu'alors sur la consécration des exceptions au critère organique du contrat administratif.

Toute autre est la conclusion sur la théorie de la transparence. A partir du moment où la représentation ne saurait fonder les exceptions véritables au critère organique du contrat administratif, l'explication est ailleurs, sauf à réduire ces jurisprudences à de simples solutions d'opportunité. La méthode a consisté à partir d'un présupposé, d'après lequel la compétence administrative résulterait de la volonté du juge de ne pas s'attacher à l'apparence de la personnalité privée, de sorte que cette personnalité privée (mais non la personnalité morale toute entière) est rendue transparente à l'occasion de la qualification des contrats qu'elle passe.

⁴⁰ Le mandat donné par une personne publique à une personne privée, Th. Rennes, 1990.

⁴¹ Il est vrai que tel n'était pas son objet, cf I. Poirot-Mazères, La représentation en droit administratif français, Th. Toulouse, 1989.

⁴² Th. préc., p. 240.

Elle a trouvé un écho dans les motifs qui ont guidé le juge, dans les circonstances entourant la consécration de ces exceptions, et dans un mouvement plus général de transparence des personnes morales dans le droit contemporain.

Ceci étant, on ne saurait affirmer avec certitude que le juge a consacré la transparence en tant que telle. Cette théorie se révèle ainsi être le fondement essentiel de ces exceptions mais seulement de manière sous-jacente. On ne peut parler d'existence à proprement parler dans la mesure où le juge ne s'y réfère pas explicitement.

Par ailleurs, ce concept, qui reste à préciser, implique dans son principe même le dépassement des solutions actuelles. C'est ainsi qu'il faudra entendre " l'essence " de la transparence dans les exceptions au critère du contrat administratif : un concept qui fonde juridiquement les exceptions existantes et qui en même temps fonde un renouveau de ces exceptions.

En ce domaine, l'essence précède, selon nous, l'existence de la transparence comme fondement explicite des exceptions au critère organique et dont la généralisation paraît inéluctable.

De là découle le fil conducteur de la présente thèse qui servira de canevas dichotomique : le constat de l'inexistence de la représentation dans les exceptions au critère organique du contrat administratif (première partie) fonde une réflexion sur l'essence de la transparence au sein de ces mêmes exceptions (deuxième partie).

**PREMIERE PARTIE : L'INEXISTENCE DE LA
REPRESENTATION DANS LES EXCEPTIONS AU CRITERE
ORGANIQUE DU CONTRAT ADMINISTRATIF**

Le présent intitulé pourra au premier abord déranger. En dissociant les exceptions au critère organique de la notion de représentation, il paraît impliquer soit que le contrat de mandat ne saurait être à l'origine de certains des contrats administratifs entre personnes privées, soit à l'inverse que ce lien peut être établi mais que le mandat public ne porte pas effet de représentation.

Or, ni l'une ni l'autre de ces solutions ne correspond à l'idée mise en avant dans le premier titre de cette partie. Au contraire, il sera établi que non seulement le mandat fonde l'existence de certains contrats administratifs entre personnes privées, mais qui plus est qu'il emporte plein effet de représentation.

La contradiction apparente ne peut être résolue que si l'on vient préciser ce que l'on entend, à la différence de la plupart des auteurs, par exception au critère organique du contrat administratif. Il s'agit des hypothèses dans lesquelles seules des personnes privées ont juridiquement la qualité de parties à un contrat administratif. Or, dès lors que l'on démontre que le mandat public ne diffère pas du mandat de droit privé, en ce sens qu'il implique imputation de l'action du représentant sur la tête du représenté, il est établi que le mandat ne saurait constituer une exception véritable au critère organique du contrat administratif : la personne publique mandante sera invariablement considérée comme étant partie au contrat en lieu et place de la personne privée qui a matériellement passé le contrat pour son compte.

Dès lors, le contrat de mandat, ou la représentation conventionnelle, représente une modalité d'application du critère organique et non une exception. (Titre 1). Cette affirmation nécessite une démonstration appuyée tant elle vient en contradiction avec l'opinion dominante de la doctrine.

S'agissant des quatre autres hypothèses évoquées en introduction, l'absence de lien avec la représentation⁴³ que l'on entend prouver ne s'inscrit pas davantage dans une lignée doctrinale bien établie, pour ce qui concerne certaines d'entre elles. Pourtant, la conclusion sera à la fois identique et inverse de celle du titre premier : si on peut dénier à la représentation tout lien avec ces exceptions, c'est parce qu'elle ne peut constituer un fondement adéquat de ces exceptions (Titre 2), sauf à faire perdre à la notion toute cohérence.

⁴³ On réduira dans ce cadre, en règle générale, la représentation à sa forme conventionnelle, tant il est vrai qu'elle est souvent la seule invoquée et la seule qui puisse être invoquée (cf infra, Titre 2).

**Titre 1 : La représentation conventionnelle, une modalité
d'application du critère organique du contrat administratif**

La pluralité des positions doctrinales sur le mandat public a d'ores et déjà été soulignée. En terme quantitatif, il s'avère que l'opinion dominante tend à voir dans le mandat public un contrat fondamentalement différent du mandat de droit privé.

L'opinion avancée ici s'inscrit en faux contre un prétendu particularisme ontologique du mandat public ou même contre l'idée de solutions jurisprudentielles peu compréhensibles voire contradictoires. En réalité, si différences il y a, ce ne sont jamais des différences inexplicables et qui, de surcroît, ne revêtent pas l'importance que la doctrine veut bien leur accorder. Au contraire, l'évocation de la jurisprudence administrative relative au mandat illustre l'application des effets essentiels du mandat de droit privé et autorise à parler d'unité entre les deux notions (chapitre 1). L'étude du mandat public pourrait comme de coutume en rester là, laissant le lecteur dubitatif quant au pourquoi de positions doctrinales aussi tranchées. Rechercher les causes de cette dualité de perception du mandat public à travers l'explication de la thèse du particularisme et de ses insuffisances devrait conforter l'idée d'une conformité du mandat public au mandat privé (chapitre 2). Il conviendra au préalable afin de pouvoir procéder à une utile comparaison, d'établir les traits fondamentaux du mandat de droit privé, démarche d'autant plus recommandée que les évolutions qu'il a connues vont dans le sens de certains des prétendus particularismes du mandat public, et des contrats qui s'en rapprochent (chapitre préliminaire).

Ce chapitre préliminaire se veut révélateur de la méthode choisie : définir le mandat de droit privé afin d'apprécier sa transposition en droit public ne signifie pas que l'on considère le droit privé comme le référent que le juge administratif se devrait d'appliquer au mieux. Notre optique consistera à rechercher dans quelle mesure le mandat public fait du mandant la véritable partie au contrat passé par le mandataire avec le tiers. Si au terme de l'analyse une telle affirmation est admissible, on aura démontré l'inexistence d'une réelle exception au critère organique du contrat administratif s'agissant des contrats passés par un mandataire privé avec une autre personne privée pour le compte d'une personne publique. Il n'y a pas lieu alors ici " de résister à la facilité que constitue l'adoption d'une définition a priori de la représentation ", à partir de quoi " il aurait été possible par un processus d'amplification et de généralisation, de transposer purement et simplement les données dégagées en droit privé aux manifestations de la représentation reconnues en droit administratif "⁴⁴. Le mandat possède en effet, à la différence de la représentation, une définition légale issue de l'article 1984 du Code civil sur la base de laquelle on peut légitimement s'appuyer. L'étude conduira d'autant moins à " méconnaître l'observation de la réalité "⁴⁵ que la définition *a priori* aura été confrontée à ses manifestations pratiques. La pluridisciplinarité de la méthode de I. Poirot-Mazères qui dans

⁴⁴ I. Poirot-Mazères, La représentation en droit administratif français, Th. Toulouse, 1989, p. 13.

⁴⁵ Ibid. : " définir a priori ce qu'est la représentation (...) puis tenter d'en reconnaître les manifestations conduit à méconnaître l'observation de la réalité ".

l'étude de la représentation est synonyme de transdisciplinarité (c'est-à-dire qui tend à transcender les différences de chaque matière) ⁴⁶ cède le pas à une interdisciplinarité seule à même de souligner, s'il y a lieu, les dissemblances entre le mandat public et le mandat de droit privé.

⁴⁶ Ce que traduit l'idée selon laquelle " la représentation n'est pas une notion propre au droit administratif(...) c'est une notion autonome existant par elle-même " (ibid. p. 11).

CHAPITRE PRELIMINAIRE : MANDAT ET QUASI-MANDAT EN DROIT PRIVE

La théorie civiliste isole de la théorie générale des obligations contractuelles l'étude des contrats dits spéciaux, dont la spécialité résulte du caractère dérogatoire d'une ou plusieurs règles au regard de cette théorie générale⁴⁷. Pour autant, ces dérogations découlent du Code civil lui-même et non de lois particulières qui bien souvent introduisent un second degré de spécialité dans la catégorie des contrats de droit privé.⁴⁸

Le contrat de mandat occupe au sein de cette catégorie hétérogène une place remarquable parce qu'évolutive : inclus par la doctrine civiliste du XIX^{ème} siècle parmi les " petits contrats ", à raison du peu de cas que lui réservaient à la fois le Code civil et une pratique contractuelle traditionnellement rétive à la représentation, le droit moderne est venu consacrer peu à peu cette technique contractuelle à mesure que le développement des échanges économiques assurait sa fréquence.⁴⁹

Cet engouement pour le contrat de mandat qui s'est accompagné, on le verra, d'un certain aménagement des principes qui le commandent, est révélé à travers l'intérêt cyclique que lui porte la doctrine française depuis deux siècles. Objet d'une attention particulière avec la publication de nombreuses thèses sur la représentation au tournant du XX^{ème} siècle, le mandat suscite alors une véritable mode quelque peu paradoxale : il n'est étudié en effet bien souvent qu'au regard du nouveau code civil allemand promulgué en 1896 qui consacre un titre entier à la représentation.⁵⁰ Le poids de la doctrine allemande se fait alors sentir avec pour conséquence soit une déformation de la réalité du droit positif français⁵¹ soit au contraire une diatribe aux accents nationalistes⁵². La deuxième guerre mondiale mettra fin à cet attrait pour la notion de représentation à l'exception notable de C. Giverdon⁵³, après l'entre-deux-guerres

⁴⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès, Les contrats spéciaux, Cujas, 9^{ème} éd., 1995 p. 13 et s.

⁴⁸ Par exemple, loi du 2 janvier 1970 dite loi " Hoguet " sur les agents immobiliers, cf Guth, Rép. Com., V^o Agents immobiliers.

⁴⁹ Cf Ph. Le Tourneau, " De l'évolution du mandat ", D. 1992, chr. p. 157.

⁵⁰ E. Pilon, Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations, Th. Caen, 1898 ; M. Boyer, Essai sur la représentation dans les actes juridiques, Th. Toulouse, 1898 ; J. Valéry, Des caractères distinctifs du contrat de mandat dans le Code civil, Th. Aix, 1898 ; P. Bouquier, Etudes générales de la représentation dans les actes juridiques, Th. Montpellier, 1899 ; L. Houdart, Le mandat tacite, Th. Paris, 1901 ; M. Oudinot, De la représentation imparfaite en droit français, Th. Paris, 1909 ; D. Corbesco, De la représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats, Th. Paris, 1912 ; L. Nemours-Augute, De la distinction du mandat salarié et du louage d'ouvrage, Th. Paris, 1914.

⁵¹ Ainsi des auteurs qui consacrent le mandat sans représentation, comme par exemple M. Oudinot dans sa thèse précitée.

⁵² Le procureur général Dupin dénonça l'existence " d'une petite secte qui s'efforce d'introduire le germanisme dans la jurisprudence , à l'exemple de cette autre Ecole qui voudrait faire dominer le Romantisme dans notre littérature ", cité par C. Witz, Droit privé allemand, Litec 1992, p. 4.

⁵³ L'évolution du mandat, Th. Paris 1947.

et la publication des travaux de P. Colin⁵⁴, Madray,⁵⁵ C. Falque-Pierrotin⁵⁶. L'époque contemporaine, qui renoue donc avec une tradition centenaire, témoigne de l'intérêt de la recherche pour le mandat considéré en tant qu'accessoire d'une opération juridique complexe⁵⁷, ou sous l'angle des obligations du mandataire⁵⁸ ou d'un type de mandat⁵⁹, ou bien encore comme base d'une réflexion plus générale sur le principe qu'il implique⁶⁰.

Avant d'aborder l'étude du mandat contemporain, il n'est pas inutile de s'arrêter sur l'histoire de ce contrat, non pour sacrifier à une habitude mais parce que seul ce retour sur le passé est à même d'expliquer tant les solutions d'aujourd'hui que certaines divergences de définition.

Si dès l'époque antique le mandat figure parmi les contrats consensuels à forme particulière, le droit romain ignorait en réalité la représentation. Basé sur un individualisme absolu et son corollaire la stricte personnalité du lien juridique résumé dans le brocard *alteri stipulari nemo potest*, il n'admettait le mandat qu'à la condition de scinder l'opération en deux, le mandataire se liant personnellement avant de transférer dans un second temps les effets de l'acte passé avec le tiers sans pour autant que le mandant puisse agir contre ce dernier.⁶¹ L'excès de formalisme ajoutait à ces restrictions l'exigence de l'accomplissement de gestes rituels par le mandant lui-même.⁶² Les nécessités du commerce n'atténuèrent que très peu la rigueur du principe.

Dans le Haut Empire, le droit romain favorisa le mécanisme du *nuntius*, c'est-à-dire du simple messenger qui rapporte fidèlement sans rien ajouter à la volonté du mandant et qui n'emporte pas véritable représentation, en l'absence de volonté propre du mandataire⁶³. La seule exception concernait le cas particulier de la représentation en justice avec le *cognitor* (mandat *ad litem* avec forme solennelle) et le *procurator* (sans forme solennelle). Vers la fin du Bas-Empire, le jurisconsulte Papinien accorda aux tiers créanciers une action contre le mandant mais qui conservait la possibilité de ne connaître que le mandataire. Ulpien donna

⁵⁴ La détermination du mandat salarié, Th. Paris 1931.

⁵⁵ Essai d'une théorie générale de la représentation en droit privé français, Th. Bordeaux 1931.

⁵⁶ Les éléments constitutifs du contrat de mandat, Th. Caen 1933 ; voir également Popesco-Ramnicéano, De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé, Th. Paris 1927.

⁵⁷ D. Rambure-Baranthon, Le mandat, accessoire d'une opération juridique complexe, Th. Paris, 1981.

⁵⁸ Ph. Pétel, Les obligations du mandataire, Th. Montpellier, 1987.

⁵⁹ A. Bateur, Le mandat apparent en droit privé, Th. Caen, 1989.

⁶⁰ Ph. Storck, Essai sur le mécanisme de représentation dans les actes juridiques, L.G.D.J. 1982.

⁶¹ Cf J.L. Gazzaniga " Mandat et représentation dans l'ancien droit " in La représentation, Droits, 1987 p. 21 et s.

⁶² Malaurie et Aynés, op. cit., p. 282.

⁶³ Inexistante par essence puisque bien souvent il s'agissait d'une personne incapable comme l'esclave ou le mineur.

aux mandants la possibilité d'une action utile contre le tiers (*mutuum*) qui se résumait à la signification aux tiers de sa volonté d'assumer les conséquences de l'engagement du mandataire⁶⁴. Ces quelques adaptations consacrent en fait la prégnance du refus du droit romain à admettre toute idée de représentation.

Peu après le renouveau du droit romain au XIIème siècle qui, sur ce plan, ne différait guère du droit coutumier, c'est au " XIVème siècle, sous l'influence du droit canon, que s'est développé et a été admis le principe de représentation "⁶⁵. L'essor économique de la fin du Moyen Age le commandait et sur un plan théorique l'avènement du consensualisme de l'ancien droit au détriment du formalisme facilitait le recours au mandat. L'institution des légats pontificaux rendait de surcroît difficilement condamnable un mécanisme essentiel à l'organisation interne de l'Eglise⁶⁶.

Une autre explication, complémentaire des précédentes mais d'ordre théologique peut être avancée : c'est celle qui se fonde sur l'application à la personne du prêtre des principes de représentation. Considérés comme des représentants de Dieu sur terre, les clercs sont dotés d'un statut particulier au sein de la société humaine⁶⁷. Ils agissent en quelque sorte en son nom (ils sont seuls à même d'exprimer sa volonté) et pour son compte (ce qui prit à l'époque un tour mercantile sous la forme de la vente des indulgences)⁶⁸. Ainsi le droit canon n'aurait fait que séculariser l'idée de représentation en admettant que par contrat un mandataire puisse engager le mandant par un autre contrat passé avec un tiers. Son application en droit français se fit sans ombrage, ce que ne laissait pas présager l'adage de l'ancien droit " nul ne plaide en France par procureur hormis le roi ", au point que l'on peut considérer qu'à la fin de l'ancien régime les exceptions à cet adage avaient de fait renversé la règle maintenue en droit⁶⁹.

La " petitesse " de ce contrat dans le Code civil a été soulignée, en même temps que celle de représentation qui ne trouve d'expression dans ce code pratiquement qu'à travers le mandat⁷⁰. Comme le soulignait R. Savatier, " certes le Code n'ignore pas l'idée de

⁶⁴ P. Bouquier, op. cit., Th. Montpellier 1899, p. 19.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ En ce sens J-L Gazzaniga, op. cit., p. 24.

⁶⁷ Statut auquel aujourd'hui encore ils seraient préparés de par leur éducation familiale et séminariste d'une manière peu satisfaisante d'un point de vue psychanalytique. Cf E. Drewermann, *Fonctionnaires de Dieu*, Albin Michel 1993, théologien allemand il est vrai très contesté au sein de l'église catholique, apostolique et romaine.

⁶⁸ A l'inverse, la Réforme est venue contester particulièrement cet aspect de la théologie catholique, considérant que l'interprétation par les ministres du Culte ne saurait se substituer à celle des individus (ce qui impliquait une traduction de la Bible dans le langage profane).

⁶⁹ P. Bouquier, op. cit., p. 18

⁷⁰ Hormis l'hypothèse particulière de la gestion d'affaire au nom du géré - art. 13 c.civ.

représentation. Mais elle ne lui est point présente dans son idéologie du contrat ⁷¹. L'influence du droit romain et le lien historique entre droit canon et représentation que ne manquera pas de rappeler Tarrible dans son rapport au Tribunat y sont certainement pour beaucoup⁷². Cependant, l'aspect syncrétique du Code civil se manifeste une fois encore ici avec la corrélation du mandat et de la représentation opérée à l'article 1984.

La présentation du mandat de droit privé qui va suivre ne sera très probablement pas exhaustive. Bon nombre des aspects de son régime seront éludés pour ne retenir que ce qui devrait permettre de dégager l'idée du mandat la plus fidèle à l'état du droit français, afin d'être en mesure ultérieurement de le comparer avec le mandat public (section 1). La comparaison ne serait pas satisfaisante si n'étaient pas étudiés des contrats proches du mandat parfois appelés mandats sans représentation, qu'il est préférable de qualifier de quasi mandats (section 2).

⁷¹ " L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté " D. 1959, chr. 9, p. 47

⁷² Fenet XIV, p. 595, cité par E. Pilon, op. cit., Th. Caen 1898, p. 8

SECTION 1 : LES TRAITS FONDAMENTAUX DU CONTRAT DE MANDAT

Les règles du mandat en droit privé sont fixées aux articles 1984 à 2010 du Code civil. Toute la difficulté pour définir ce contrat réside d'une part dans l'ambiguïté de la définition donnée à l'article 1984 et d'autre part dans son objet même.

L'ambiguïté est soulignée par Ph. le Tourneau dans son étude très complète consacrée au mandat⁷³. Le mandat est défini à l'article 1984 alinéa 1er comme suit : " Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire ". L'alinéa premier confond ainsi le mécanisme (mandat) avec l'instrument qui confère le mandat (procuration). L'objet premier du contrat, résumé dans le pouvoir de faire quelque chose, laisse à penser que seul l'accomplissement d'actes matériels est recherché alors qu'au contraire la passation d'actes juridiques doit rester l'objet principal⁷⁴. Enfin, l'article 1984 ne se prononce pas explicitement à ce stade sur l'existence induite du mécanisme de la représentation. Il y a en outre un aspect supplémentaire d'ordre terminologique qui vient renforcer cette ambiguïté relevée par le Ph. le Tourneau : le mandataire agit certes " au nom " du mandant mais aussi " pour " lui et non " pour son compte ", selon la formule consacrée depuis en jurisprudence et qui entraîne l'application des principes de la représentation⁷⁵. Pourtant, ce lien entre mandat et représentation ne fait à nos yeux aucun doute et résulte de l'article 1998 c.civ.⁷⁶ La clarté du Code civil français, si louée au point qu'il était resté en vigueur dans les pays allemands rhénans jusque en 1900, n'est pas de mise ici⁷⁷.

C'est d'ailleurs à ce niveau que se rencontre la deuxième difficulté à définir le contrat de mandat. Celui-ci ne consiste pas seulement en l'accomplissement d'actes juridiques par autrui mais surtout " au nom et pour le compte " du mandant, ce qui suppose l'imputation des

⁷³ Ph. le Tourneau, Rép. Civ. " Mandat ", 1992.

⁷⁴ Ce que confirme la suite de l'article qui parle d'action " au nom " du mandant et la jurisprudence pour qui il y a mandat lorsque des personnes chargent une autre d'accomplir pour leur compte un acte juridique, et non des actes matériels, sans pouvoir de représentation, éléments qui caractérisent le contrat d'entreprise - Civ. 1ère 19 février 1968 D. 68, p. 393. Ph. Pétel souligne à ce propos que l'article 1710 c.civ. se réfère aussi à cet objet pour définir le louage d'ouvrage. (Th. préc., p. 33). L'accomplissement d'actes juridiques peut toutefois se conjuguer avec l'accomplissement d'actes matériels.

⁷⁵ Excès de précaution sémantique ? Dans ce domaine, l'emploi des termes revêt une importance particulière, ce qui n'a pas échappé au législateur lui-même : la loi du 12 juillet 1985 définit ainsi le maître de l'ouvrage comme " la personne pour laquelle l'ouvrage est construit " et non plus " pour le compte " de qui l'ouvrage est construit, comme le décret du 28 février 1973 l'avait implicitement admis (J.O.R.F. 1er mars, p. 2255).

⁷⁶ " Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné ".

⁷⁷ Winscheid faisait de cette fausse qualité une règle générale : " La précision si vantée de l'expression n'est souvent que formelle, ce n'est pas une précision vraie interne résultant d'une complète clarté de pensée ", là où le B.G.B. prend soin " de ne jamais changer d'expression pour la même notion, en renonçant à toute élégance de style pour ne pas créer d'incertitudes sur le contenu des règles légales ", Arminjon, Nolde et Wolf, cités par C. Witz, Droit privé allemand, op. cit., p. 14 et 32.

effets actes du mandataire dans le patrimoine du mandant. Autrement dit, rentrent dans la définition du mandat des éléments de son régime juridique. Certains auteurs ont souligné le sentiment d'insatisfaction intellectuelle que faisait naître chez le juriste pareille démarche. Isabelle Poirot-Mazères dans sa thèse parle même de tautologie à vouloir définir un mécanisme juridique par ses effets⁷⁸. Le but d'une définition juridique étant de déterminer les cas d'application d'un régime juridique donné, n'y a-t-il pas contradiction en effet à proposer une définition à partir des éléments du régime juridique dont on devra faire application ? La remarque se veut pertinente, à n'en pas douter, dans de nombreuses hypothèses, à l'exception toutefois de celles où le régime juridique en question constitue l'objet même du mécanisme. Pourtant, il semble bien que cette attitude constitue une tendance de fond du juge administratif⁷⁹. Dans le cas du mandat, l'objet du contrat n'est pas la faculté donnée au mandataire de faire quelque chose pour autrui, y compris de passer des actes juridiques pour le compte du mandant, le but recherché est de donner pouvoir de faire quelque chose de telle sorte que les effets toucheront directement le mandant⁸⁰.

Si dans ce cadre précis l'on peut admettre de définir un mécanisme juridique par son régime, toute la difficulté réside dans le fait de savoir quels aspects de ce régime entrent dans la définition et quels autres aspects relèvent des seules règles d'exécution du mandat dont il sera loisible aux parties de déroger. Il s'agit en somme de dégager les éléments centraux du contrat de mandat de ses éléments accessoires, selon une méthode de présentation peu courante mais adaptée au but recherché, c'est-à-dire déterminer l'essence de ce contrat.

§ 1/ Les éléments centraux du contrat de mandat

⁷⁸ La représentation en droit administratif français, Th. Toulouse 1989, p. 14 : " Comment identifier les effets de la représentation si l'on n'a pas préalablement précisé ce qu'elle est ? On est irrémédiablement conduit à définir la représentation par ses effets et ses effets par la représentation ce qui débouche inévitablement sur une nouvelle aporie ", la remarque valant aussi, mutatis mutandis, pour le mandat.

⁷⁹ Par exemple, pour définir le service public, cf l'avis du Conseil d'Etat du 25 juillet 1995 (cité par J-B Auby, M.TP. 8 novembre 1996, n° 4850, p. 51 : l'exploitation d'un réseau câblé est un service public lorsque l'opérateur bénéficie de l'exclusivité sur le territoire couvert par le réseau et lorsque la population se voit reconnaître un droit égal d'accès au service. Dès 1964, L. Nizard levait l'hypothèque tautologique d'une définition du service public à partir de son régime, alors même que le but de la définition serait précisément de déterminer le régime applicable - cf " A propos de la notion du service public, un juge qui veut gouverner ", D. 64, p. 147 et s., spéc. p. 148.

⁸⁰ Il serait inconcevable par exemple de définir l'agent public par référence au régime juridique qu'il implique puisque la question est précisément de savoir quel régime appliquer. Il y a pourtant un exemple au moins où le juge procède de la sorte en dehors des hypothèses où le régime juridique constitue l'objet même du mécanisme à définir : le critère matériel du contrat administratif établi par référence aux clauses exorbitantes du droit commun caractérise cette situation. La tautologie cependant n'est pas tant parfaite qu'elle ne puisse être écartée ; d'une part, parce que l'utilité première de la définition est de déterminer le juge compétent ; d'autre part parce que la ou les clauses exorbitantes ne constituent qu'une part réduite du régime applicable. Il n'y a alors rien de choquant à reconnaître le caractère exorbitant d'une clause de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général afin de permettre, par exemple, l'application de la théorie des sujétions imprévues.

Pour comprendre ce qui caractérise le mandat aujourd'hui, il faut garder toujours à l'esprit qu'en dépit de la pérennité de la quasi-totalité des articles du Code civil afférents à ce contrat, une double évolution s'est opérée⁸¹ :

- une extension de son usage due à sa professionnalisation a relégué au second plan les règles justifiées par le caractère originellement gratuit du mandat. Ces aspects nouveaux s'expliquent par l'évolution de la société occidentale elle-même, "notre civilisation tend(ant) à devenir une civilisation de biens immatériels et de service"⁸² et le mandat tout comme le contrat d'entreprise répondant pleinement aux exigences nouvelles liées à l'hyper spécialisation économique et à la complexification juridique⁸³. L'essor économique qui historiquement a été à l'origine de chaque éclosion du mandat (à la fin du Bas-Empire et du Moyen Age) ne représente plus, on le voit, l'unique cause de son renouvellement ;

- une atténuation de l'irresponsabilité du mandataire à l'égard des tiers, elle aussi liée à la professionnalisation du mécanisme qui, si elle ne remet pas en cause le principe représentatif que ce contrat induit, a pour effet de multiplier les exceptions à ce principe⁸⁴. Pour autant, celui-ci demeure l'élément central du contrat de mandat, ajoutés à des conditions propres à l'identification de son existence.

A/ L'application du principe représentatif

Cette caractéristique considérée ici comme essentielle ne fait pas l'unanimité de la doctrine. Il conviendra de la justifier avant d'en apprécier l'étendue.

1/ La consubstantialité du mandat et de la représentation en droit français

⁸¹ Cf Giverdon, Th. précitée et Ph. le Tourneau, " De l'évolution du mandat ", D. 1992 ,chr. n° 30, p. 157.

⁸² Le Tourneau, Ibid., p. 158.

⁸³ Voir la thèse de M.Rambure-Baranthon, op. cit. ; le mandat " est un incomparable instrument technique (de précision) à l'appui d'autres conventions " d'après M. le Tourneau , art. préc., Rép. civ., p. 3. P. Diener y voit même le dernier " avatar " destiné à soustraire les patrimoines aux poursuites des créanciers - " Mandat d'exploitation et redressement judiciaire " JCP - N 1993, n° 38, p. 353.

⁸⁴ " Il se dessine ainsi un mouvement vers l'engagement personnel (contractuel) du mandataire professionnel envers le tiers contractant, comme l'est un commissionnaire " qui affecte par ricochet la relation mandant / mandataire et mandant / tiers - Ph. le Tourneau, art. préc., D. 1992, p. 158.

La question de la nécessaire implication du principe représentatif dans la définition du mandat a toujours été au coeur des débats de la doctrine civiliste. S'il est unanimement admis que la représentation peut s'exprimer en dehors du mandat, l'inverse ne va pas de soi. La problématique se pose en terme d'alternative : la représentation (entendue bien évidemment ici au sens de représentation parfaite sans quoi la question n'aurait pas de raison d'être) est-elle de l'essence du mandat, c'est-à-dire que l'on ne peut concevoir de mandat sans représentation, ou bien est-elle seulement de la nature du mandat, qui suppose en principe la représentation mais autorise à titre dérogatoire des mandats sans représentation ? La majorité de la doctrine se range aujourd'hui derrière la première branche de l'alternative mais les partisans de l'autre branche ne manquent pas d'arguments⁸⁵.

Outre les ambiguïtés terminologiques déjà soulignées, cette thèse s'appuie depuis L. Houdart sur l'existence affirmée de mandats sans représentation à partir de l'article 94 du Code de commerce⁸⁶. Cet article définit en effet à l'alinéa premier le contrat de commission comme celui passé pour le compte du commettant mais au nom du commissionnaire c'est-à-dire sans effet représentatif, et, à l'alinéa 2, envisage la possibilité pour un commissionnaire d'agir au nom du commettant, auquel cas il se trouve soumis au titre XIII du Code civil relatif au mandat. Mais cette précision n'est pas dénuée d'une certaine ambiguïté que l'étude du contrat de commission permettra de mettre en exergue, faisant perdre tout crédit à cet argument⁸⁷. E. Pilon aboutit à la même conclusion que L. Houdart au terme d'un raisonnement qui ouvre une brèche dans l'édifice déjà chancelant de la thèse du mandat sans représentation. " La représentation est de la nature mais non de l'essence du mandat (...). Si le législateur va contre la volonté des parties, il se trompe, c'est ce qu'il a fait dans l'article 1984 c. civ. " dont il n'est pas possible de tirer des conclusions sur la consubstantialité du mandat et de la représentation car ce serait " en contradiction avec les données de notre ancien droit "⁸⁸. On ne pouvait donner plus d'eau au moulin de la thèse inverse, car c'était reconnaître que l'article 1984 implique un lien incontournable entre mandat et représentation, la seule façon de le contester consistant à dénoncer une prétendue " erreur " du législateur au regard de la conception passée.

⁸⁵ Voir pour un décompte presque exhaustif la liste donnée par M. le Tourneau des neuf ouvrages généraux contemporains se réclamant de la première opinion (art. préc. Rép. civ., p. 6) et celle moins fournie et plus ancienne des auteurs défendant l'opinion inverse (ibid. p. 7). Cf toutefois pour une position récente dans ce dernier sens, A. Benabent, op. cit., p. 334. A noter le cas de D. Alexandre qui ne prend pas parti (jurisclasseur civ. fasc. G, " Mandat ") et de MM. Malaurie et Aynés qui font preuve, pour une fois, d'une certaine contradiction en soulignant l'existence de mandats sans représentation mais en les dénommant par la suite " quasi mandats " (op. cit., p. 288).

⁸⁶ L. Houdart définissait déjà le mandat dans cette optique comme " l'accomplissement d'un ou plusieurs actes juridiques par une personne pour le compte d'une autre, agissant soit au nom de cette dernière, soit en son nom personnel ", Le mandat tacite, Th. Paris 1901, p. 3.

⁸⁷ Cf infra section 2.

⁸⁸ Th. préc. Caen, 1898, p. 296.

Ph. le Tourneau explique également la méprise de certains auteurs par le fait que bon nombre de contrats voisins, qualifiables de quasi mandats, sont soumis à certaines règles du mandat. Pourtant les règles en question ne concernent que les relations mandant / mandataire, c'est-à-dire le rapport interne au mandat dont sont exclues les relations de représentation. Enfin, une partie de la doctrine demeure sans doute influencée par les interventions du législateur venant qualifier de mandat des contrats qui n'emportent pas à l'évidence effet de représentation⁸⁹.

L'innovation du Code civil n'a pas été perçue dès l'origine et il faudra attendre les travaux de Laurent au milieu du XIX^{ème} siècle pour que la portée de l'article 1984 soit bien comprise⁹⁰ et que soit dénoncée l'attitude des auteurs qui analysaient trop souvent le mandat à travers le prisme du droit romain. La jurisprudence quant à elle se fit encore plus réticente, le premier arrêt de principe en la matière n'intervenant qu'en 1886⁹¹. J. Valéry reprit à son compte cette thèse et C. Falque-Pierrotin fit de la représentation un des deux éléments constitutifs du contrat de mandat⁹² non sans avoir au préalable relever les raisons qui font à juste titre de l'article 1984 " un des plus critiqués du Code civil "⁹³. S'agissant de la représentation, l'auteur se fonde sur l'emploi du terme " pouvoir " donné à autrui pour conclure à sa présence dans tout contrat de mandat. Philippe Pétel note à cet égard que cette référence constitue un indice, puisque la représentation suppose le pouvoir, mais un indice insuffisant dans la mesure où tout pouvoir ne suppose pas représentation⁹⁴. D'autres auteurs soit procèdent par simple assertion,⁹⁵ soit mettent en avant dans la définition la circonstance que le mandataire agit au nom du mandant⁹⁶. La remarque est pertinente compte tenu du fait que la présence nominale du mandant est ainsi assurée.

⁸⁹ La loi du 2 janvier 1970 attribue à l'agent immobilier la qualité de mandataire y compris lorsqu'il se contente d'accomplir des actes matériels. L'art. 1831-1 c.civ. procède à une double qualification erronée en faisant du promoteur immobilier un mandataire commun : il lui impose des obligations étrangères à un mandataire et le seul intérêt commun est réduit à sa rémunération, ce qui ne saurait être un critère sauf à faire de tout mandat salarié un mandat d'intérêt commun.

⁹⁰ Cf Ph. Pétel (Th. préc., p. 36) qui cite aussi la métaphore du tribun Tarrible dans son rapport au Sénat, révélateur de l'intention du législateur : " la personne du mandataire disparaît comme un échafaudage devenu inutile après la construction de l'édifice " (ibid. p. 40).

⁹¹ C.Cass. 14 avril 1886, D. 1886.1.220 : " Le caractère essentiel du mandat c'est le droit pour le mandataire de représenter le mandant et de l'engager par ses actes " et encore le doute subsiste-t-il compte tenu de l'emploi du terme " droit " .

⁹² J. Valéry, Th. préc., Aix 1898 ; C. Falque-Pierrotin, Th . préc.Caen ,1933.

⁹³ C. Falque-Pierrotin, ibid., p. 17.

⁹⁴ Thèse préc., p. 39.

⁹⁵ H., L. et J. Mazeaud, M. de Juglart, Leçons de droit civil, t. 3, 2^{ème} vol., Montchrestien, 5^{ème} éd. 1980, p. 849 : " L'article 1984 souligne que la représentation est de l'essence du mandat ".

⁹⁶ Ph. le Tourneau, art. préc., Rép. civ. p. 6. La formule est surtout utile au juge pour identifier l'existence d'un mandat (cf infra B/).

J. Valéry a fait remarquer également que l'article 1990 qui prévoit la possibilité de mineurs mandataires impose la représentation puisque ceux-ci ne peuvent répondre de leurs actes⁹⁷. En réalité, la représentation découle surtout de l'article relatif aux obligations du mandataire qui consacrent les effets de la représentation, les actes du mandataire faisant naître des droits et obligations directement dans le patrimoine du mandant (article 1998). La règle n'a pas cependant valeur de dogme infaillible et suppose la réunion de certaines conditions dont la connaissance est indispensable à la compréhension de l'essence du mandat.

2/ L'étendue du principe représentatif

L'effet de représentation se traduit par l'énoncé de deux propositions dont la limpidité est à mettre au crédit du Doyen Carbonnier : " la loi contractuelle est inapplicable au représentant, la loi contractuelle est applicable au représenté "⁹⁸. La force du principe qui résulte des articles 1998 et suivants du Code civil n'exclut pas des atténuations sans cesse plus fréquentes⁹⁹.

a/ Que le mandant puisse être engagé personnellement par les actes passés par le mandataire, il n'y a rien de choquant à cela, y compris du point de vue du principe de l'autonomie de la volonté : si le mandant n'a pas voulu expressément chaque acte du mandataire, il a voulu l'action générale du mandataire qui implique ces actes particuliers rentrant dans le mandat préalablement défini. De même, le tiers contractant dispose légitimement d'une action contre le mandant dans la mesure où, quoique que physiquement absent de la formation de l'acte, la personne du représenté l'a déterminé à agir.

La jurisprudence abonde dans l'application du principe représentatif dont les conséquences s'inscrivent soit au crédit soit au débit du représenté, qu'il s'agisse de contrats ou de tout autre acte juridique malgré les termes de l'article 1998 du Code¹⁰⁰. Les clauses du contrat conclu par le mandataire dans les limites de sa procuration s'imposent au mandant¹⁰¹. Les significations faites au mandataire font courir le délai contre le mandant¹⁰². Une vente ne peut être résolue pour défaut de conformité quand le mandataire a réceptionné la marchandise

⁹⁷ Th. préc., p. 97.

⁹⁸ J. Carbonnier, Droit civil, t. 4, PUF Thémis, 19ème éd., 1995, p. 203.

⁹⁹ Seront donc exclus à ce stade les rapports mandants / mandataires puisqu'ils ne concernent pas directement la représentation (le B.G.B. allemand traitant d'ailleurs de la question dans un autre titre que celui relatif à la représentation).

¹⁰⁰ " Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné " (c'est nous qui soulignons) ; contra : Com. 12 février 1980, D.S. 1981, p. 278 à propos de la résolution d'une vente par un mandataire.

¹⁰¹ Com. 21 mars 1983, B.C. IV, n° 109 à propos d'une clause limitative de la responsabilité d'un transporteur.

¹⁰² Civ. 3ème 5 juin 1984, B.C. III, n° 109.

sans réserve¹⁰³. Même les fautes du mandataire commises dans les limites de son mandat engagent la responsabilité du mandant soit sur le terrain contractuel s'agissant des tiers contractants¹⁰⁴, soit sur le terrain délictuel ou quasi délictuel envers les autres tiers lorsque la faute du mandataire est occasionnée par celle du mandant¹⁰⁵. Cette responsabilité est générale si le mandataire a également la qualité de préposé en vertu de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil, même si la qualité de mandataire suppose une certaine autonomie¹⁰⁶.

Inversement, le mandant peut se prévaloir des clauses du contrat passé par son mandataire¹⁰⁷ ou invoquer les vices qui ont entaché le consentement de ce dernier¹⁰⁸.

La doctrine, pour illustrer cette situation du mandataire, utilise plusieurs images dont les plus fréquentes évoquent l'idée de substitution ou de transparence. Considérer que le mandant se substitue au mandataire conduit à ne pas rendre compte fidèlement de la réalité dans la mesure où cela semble induire que le mandataire a été obligé avant que ne le soit à son tour le mandant. En revanche, le mandataire peut être considéré comme transparent à condition que l'on n'attache pas à cette idée une valeur absolue : la transparence n'est pas intrinsèque à telle ou telle personne et ne perdure qu'autant que les strictes conditions d'application de la représentation sont respectées. Si une seule de celles-ci venaient à manquer, la personnalité du mandataire réapparaîtrait aussitôt, ce qui arrive plus fréquemment qu'on ne le croit.

b/ Par atténuation du principe représentatif, on entend traiter des cas où la personne du mandataire rejaillit à la face du tiers, renaît en quelque sorte à la vie juridique extérieure au rapport mandant / mandataire. Il arrive que ces hypothèses dans lesquelles se trouve engagée la responsabilité du mandataire à l'égard des tiers constituent des exceptions véritables, et ce de plus en plus fréquemment, mais, dans la majorité des cas, il ne saurait être question que de pseudo exceptions.

En premier lieu, le mandataire a toujours répondu personnellement de ses délits et quasi-délits, y compris si ceux-ci se rattachent étroitement à sa mission ou même ont été accomplis sur instruction du mandant¹⁰⁹.

¹⁰³ Com. 12 février 1980, précité.

¹⁰⁴ Com. 27 avril 1979, D. 1980, I.R. 199.

¹⁰⁵ Civ. 1^{ère} 23 mai 1977, B.C. I, n° 244 : la faute du mandant réside ici dans un simple défaut de surveillance.

¹⁰⁶ Cf le Tourneau, art. préc., Rep. civ., p. 29, n°307 et p. 7 sur l'exigence de l'autonomie pour le distinguer du messenger et surtout du salarié subordonné.

¹⁰⁷ En ce sens A. Bénabent, op. cit., p. 355.

¹⁰⁸ Com. 2 mars 1976, B.C. IV, n° 78.

Mais la question restait posée de savoir si, en dehors de ces hypothèses, le mandataire pouvait engager sa responsabilité ou s'il fallait faire application de la maxime *factum mandatarii, factum mandantis* à la faute contractuelle. Après une période d'irresponsabilité quasi totale du mandataire vis à vis des tiers, la jurisprudence (et la loi elle-même parfois¹¹⁰) s'inscrit aujourd'hui " dans un mouvement vers l'engagement personnel (contractuel) du mandataire professionnel envers le tiers contractant, comme l'est un commissionnaire "¹¹¹ et ceci en conformité avec l'article 1992 du Code civil qui implique une sévérité plus grande à l'égard du mandataire salarié. C'est le cas, à l'évidence, de la faute qui consiste en un défaut d'exécution du mandat¹¹², mais au delà la Cour de Cassation admet désormais le simple défaut de conseil comme cause d'engagement de la responsabilité du mandataire à l'égard du tiers contractant¹¹³.

Pour le reste, le mandataire engage sa responsabilité dans des cas où l'on ne peut parler de véritables exceptions. Lorsqu'il n'a pas fait connaître sa qualité au tiers, il est incorrect de parler de mise à l'écart de l'effet représentatif puisqu'il manque alors une des deux conditions essentielles du mandat, la *contemplatio domini* exigeant que le tiers n'agisse pas *in proprio nomine* mais au nom du mandant (cf infra-B). Dans le même ordre d'idée, le mandataire est tenu de répondre de ses actes accomplis à l'occasion de son mandat mais en dehors des limites de sa procuration, la faute consistant dans le fait de s'être comporté comme un mandataire qu'il n'était pas en réalité¹¹⁴. Ayant outrepassé son pouvoir, il n'intervient plus en vertu de son mandat et ne peut de la sorte se voir qualifié de mandataire. L'inopposabilité de ses actes au mandant ne peut être levée que si ce dernier les a ratifiés (Article 1998 al. 2 du Code civil).

De ce qui précède, il résulte qu'en dépit de quelques exceptions réelles, le principe représentatif joue dans le mandat de droit privé un rôle primordial. Le contester, c'est nier une réalité introduite depuis près de deux siècles et patiemment intégrée par la jurisprudence et la majorité de la doctrine. La consubstantialité du mandat et de la représentation ne saurait être

¹⁰⁹ Civ. 1ère 28 janvier 1964 B.C. IV, n° 51. En pareil cas, le demandeur aura le choix entre actionner le mandataire ou le mandant. La faute quasi délictuelle peut consister dans le fait pour le mandataire de ne pas avoir informé le tiers des désordres apparents affectant l'ouvrage - Civ. 1ère 18 avril 1989, B.C. I, n°150.

¹¹⁰ Cf articles 1792 et 1792-1, 3° combinés résultant de la loi du 4 janvier 1978 pour un mandataire du propriétaire d'un ouvrage " qui accomplit une mission comparable à celle d'un locateur d'ouvrage " et est tenu de garantir une responsabilité décennale à l'égard de l'acquéreur.

¹¹¹ Ph. le Tourneau, art. préc., D. 1992, p. 158.

¹¹² Com. 23 avril 1985, B.C. I, n° 121.

¹¹³ Civ. 1ère 16 décembre 1992, B.C. I, n° 316 à propos de la faute d'un agent immobilier qui toutefois ne semble pas en l'espèce être exclusivement de nature contractuelle : " le fondement de cette responsabilité étant contractuel à l'égard de ses clients et délictuel à l'égard des autres parties (...) ".

¹¹⁴ Civ. 1ère 3 mai 1955, B.C. I, n° 181. Il n'en va autrement que si le tiers a eu connaissance de cet abus de pouvoir (Civ. 1ère 16 juin 1954, B.C. I, n° 200) ou dans des hypothèses marginales (voir le Tourneau, art. préc., Rep. civ., p. 28 n° 300 et 301).

écartée au motif d'une définition porteuse d'une ambiguïté mineure ou d'une responsabilisation croissante du mandataire à l'égard des tiers. Si ces éléments invitent à nuancer le caractère absolu de la représentation, ils n'affectent en rien la vigueur du principe.

B/ Les conditions de reconnaissance du mandat

L'article 1984 du Code civil, en indiquant que le mandataire agit au nom du mandant, pose comme préalable à la validité du mandat une exigence propre à ce contrat qui met en jeu trois personnes et qui porte atteinte au principe de la personnalité des effets de l'acte¹¹⁵ : pour que son objet principal (la représentation) puisse s'opérer, il faut que le tiers au contrat ait connaissance de la qualité de son cocontractant, qu'ils veuillent tous les deux que le contrat passé produise des effets dans le patrimoine d'autrui¹¹⁶. Cette condition de la *contemplatio domini* trouve son fondement dans l'idée que le tiers sera en réalité lié avec le mandant et qu'il doit donc le connaître avant d'accepter de contracter par l'intermédiaire de son mandataire.

Des dispositions du Code civil, il semblait résulter que le mandat ne pouvait qu'être exprès. La jurisprudence, renouant avec la tradition, a logiquement admis l'existence de mandats tacites.

1/ L'action " au nom et pour le compte " d'autrui

Lorsqu'il contracte avec le tiers, le mandataire prend le soin d'éviter de contracter *in proprio nomine* mais il est contraint, en outre, de contracter explicitement au nom et pour le compte du mandant. La vigueur de la règle n'est pas démentie et, dans sa recherche d'identification du mandat, le juge s'attache ainsi encore aujourd'hui à un certain formalisme. La Cour de cassation a dénié la qualité de mandataire d'un district urbain à une société anonyme (la S.A.M.B.O.E.) au motif que le contrat passé avec la B.I.C.S. " ne mentionnait pas qu'il était passé au nom et pour le compte du district urbain d'Etampes, lequel y avait la seule qualité de caution solidaire "¹¹⁷. En l'absence d'une telle mention, le tiers n'est tenu d'aucune obligation à l'égard du mandant.

¹¹⁵ Le principe de la personnalité des effets de l'acte établit la présomption que l'on contracte normalement " in proprio nomine ".

¹¹⁶ Même E. Pilon admet cette condition mais il la réduit à l'intention de faire naître des effets dans le patrimoine d'autrui sans qu'il soit nécessaire pour le tiers d'avoir connaissance de la personnalité du mandant - Th. préc. p. 74.

¹¹⁷ Civ. 1ère 1er octobre 1985, Req. 699 (pourvoi 84-10.230).

L'article 1985 c.civ. renvoyant au droit commun du mandat, la preuve de l'existence d'un mandat est donc soumise à l'exigence d'un écrit, à l'exception de témoignages ou de présomptions accompagnés d'un commencement de preuve par écrit¹¹⁸ ou si la personne invoquant le mandat se trouvait dans l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit¹¹⁹. En revanche, la preuve de l'étendue du mandat peut être rapportée par tous moyens¹²⁰. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, ces règles de preuve s'appliquent également au mandat tacite.

2/ L'admission du mandat tacite

Si l'article 1985 al. 2 précise que " l'acceptation du mandat peut n'être que tacite, et résulter de l'exécution qui lui a été donné par le mandataire ", le Code était muet sur la sollicitation. Certains auteurs considéraient qu'à contrario l'offre de mandat devait toujours être expresse, soit qu'elle fut écrite, soit qu'elle fut orale. Ce silence du législateur a pourtant fait l'objet d'une interprétation inverse par la jurisprudence sur la base de l'esprit du Code civil qui admet généralement (sauf exception prévue par lui) l'offre tacite. " Supposer le contraire, ce serait aller contre toutes les données du Code touchant la manière dont le consentement peut être manifesté " confirma l'auteur de la première et unique thèse sur la question¹²¹. Et L. Houdart d'ajouter que le titre XIII du Code n'a pas entendu déroger aux règles générales, puisque le consentement tacite y est présent à deux reprises (art. 1985 et 1998) L'utilisation du terme " verbal " peut d'ailleurs être interprétée dans le sens opposé à exprès si l'on se réfère aux discussions du Tribunal¹²². C'est donc à partir d'une interprétation *praeter legem* et nullement *contra legem* que le juge a très tôt admis l'existence de mandats tacites¹²³.

Une telle reconnaissance suppose des conditions particulières d'identification de l'offre tacite, l'acceptation tacite étant facilement prouvée par l'exécution même du mandat ainsi que le prévoit l'article 1985 alinéa 2 *in fine*. L'offre tacite doit pouvoir être décelée d'après Chr. Lazerges dans une " extériorisation de la volonté du mandant "¹²⁴. C'est notamment le cas du mandat tacite annexe à un autre contrat, qu'il s'agisse d'un mandat exprès ou de tout autre

¹¹⁸ Civ. 1ère 9 juin 1952, B.C. I, n° 192.

¹¹⁹ Soc. 15 juillet 1954, B.C. IV, n° 532, p. 390.

¹²⁰ A. Benabent, op. cit., p. 340 et 341 qui estime cependant que la question ne se pose pas lorsque la loi présume un mandat tacite; Jurisclasseur civil, Fasc. C " mandat ", p. 3 et s.

¹²¹ L. Houdart, Le mandat tacite, Th. Paris, 1901, p. 8. La référence à l'acceptation tacite avait pour conséquence de dispenser de la formalité du double s'agissant d'un contrat.

¹²² L. Houdart, ibid., p. 14.

¹²³ Cf J. Valéry, op. cit., Th. Aix, 1898, p. 187.

¹²⁴ Chr. Lazerges, " Les mandats tacites ", R.T.D.C. 1975, p. 222.

contrat¹²⁵. Cet auteur envisage également les cas de mandats tacites à la limite du cadre contractuel comme le mandat tacite de la femme mariée (repris par la loi du 22 septembre 1942) ou celui de vendre une maison donnée par une veuve à un notaire chez qui elle s'était rendue avec le futur acquéreur après avoir assisté aux opérations de bornage du terrain¹²⁶. Le caractère tacite résulte en l'espèce de circonstances de fait. Une fois établie la conscience qu'a le tiers de se trouver intégré dans un rapport de représentation, les effets du mandat seront semblables à ceux du mandat exprès. En somme, " le mandat tacite ne diffère du mandat exprès que par la façon dont il prend naissance "¹²⁷.

Le mandat tacite ne doit pas être confondu avec la théorie jurisprudentielle du mandat apparent dans laquelle il est fait application des règles du mandat au tiers alors même que le mandataire ne disposait pas du pouvoir de représenter, en raison de la croyance légitime du tiers en l'existence d'un mandat. Parfois le tiers qui n'a pas réussi à prouver le mandat tacite invoque le mandat apparent, tant est si bien que la distinction n'est pas toujours aisée¹²⁸. Pourtant, il existe une distinction fondamentale entre ces deux mandats malgré des effets identiques à l'égard du tiers : dans le mandat apparent, il n'existe pas de mandat initial mais seulement une situation qui a pu faire croire à son existence, de sorte que les rapports pseudo mandant / pseudo mandataire ne sont pas régis par les règles du mandat. La jurisprudence exigeait à l'origine une faute du mandant mais un arrêt d'Assemblée plénière est revenu sur cette condition¹²⁹. La croyance légitime peut naître d'un dépassement de pouvoir ou même dans le cas d'une absence de pouvoir, mais elle s'apprécie différemment suivant les circonstances et les personnes concernées : plus souple à l'égard du non professionnel ou si les usages le justifient, il n'est pas nécessaire en outre qu'à la bonne foi s'ajoute l'erreur commune comme dans la théorie du propriétaire apparent¹³⁰. Le recours à cette théorie est donc facilité d'autant plus aisément que " la technique du mandat apparent est assurément celle la plus usitée pour assurer la protection des tiers contractants "¹³¹.

¹²⁵ Pour un exemple du 1er cas, voir Req. 26 novembre 1935, S. 36.1.309 (représentant d'une marque d'automobiles ayant reçu mandat tacite de les vendre) et pour le deuxième cas, Trib. civ. de la Seine 1er mars 1923, D. 1923, Somm. p. 90 (à propos d'achat de denrées courantes par un domestique).

¹²⁶ Cass. 12 mars 1969 B.C. III, n° 224. Il existe d'autres mandats tacites qui découlent de la loi, de la jurisprudence ou même de la doctrine. Certains voient ainsi dans la gestion d'affaire un mandat tacite ce que le caractère de quasi-contrat dément formellement. Quoiqu'il en soit, il est inutile de s'y arrêter davantage compte tenu de leur absence de lien avec tout contrat.

¹²⁷ L. Houdart, Th. préc., p. 133.

¹²⁸ Chr. Lazerges, art. préc. p. 231. Sur la théorie de l'apparence, voir J. Calais-Auloy, La notion d'apparence en droit commercial, Th. Montpellier, LGDJ 1959.

¹²⁹ Ass. Pl. 13 déc. 1962, D. 1963, p. 277.

¹³⁰ MM. Malaurie et Aynés, op. cit., p. 321. Sur les différences avec les autres applications de l'apparence, voir J. Leaute " Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence ", R.T.D.C. 1949, p. 289 et s. Sur ce contrat, voir la thèse précitée d'A. Batteur.

¹³¹ A. Batteur, note sous Com. 17 octobre 1995, P.A. 26 avril 1996, n° 51, p. 13 et s., arrêt qui reconnaît la qualité de mandataire apparent à un franchiseur à partir du contrat passé avec le tiers en raison de l'ambiguïté de ce contrat sur sa réelle qualité.

Bien qu'incontournables, les conditions de reconnaissance de l'existence d'un mandat relèvent davantage d'un préalable que de l'essence du contrat de mandat proprement dit. L'essence du mandat se résume en deux mots : représentation conventionnelle. Un certain nombre d'autres caractères considérés comme déterminants par le passé pour la définition du mandat doivent être en effet écartés, compte tenu des précisions jurisprudentielles apportées à leur égard.

§ 2 Les éléments accessoires du contrat de mandat

Dégager les éléments accessoires d'un contrat, c'est rechercher ce qui se retrouve habituellement en son sein mais non nécessairement, distinguer ses " caractéristiques " de ses " caractères "¹³² ou pour reprendre une dichotomie très usitée au début du siècle, apprécier ce qui ne relève pas de l'essence du mandat mais seulement de sa nature.

Compte tenu de la définition donnée à l'article 1984 qui fait référence au régime juridique, il convient de vérifier que les autres règles d'exécution du mandat prévues au titre XIII du Code civil sont susceptibles de dérogations, qu'elles ne sont pas automatiquement impliquées par l'action " au nom et pour le compte " d'autrui. L'ensemble de ces règles s'articule autour de deux axes.

A/ Les relations mandant / mandataire

Celles-ci sont marquées, comme tout rapport synallagmatique même imparfait, du sceau d'obligations réciproques qui s'inscrivent dans une certaine durée¹³³.

1/ Les obligations réciproques du mandant et du mandataire

¹³² Pour reprendre la distinction de J. Valéry dans sa thèse précitée.

¹³³ Le mandat est généralement considéré comme un contrat synallagmatique parfait lorsqu'il est salarié, imparfait lorsqu'il est gratuit (c'est-à-dire que les parties se trouveront engagées réciproquement seulement lors de l'exécution du contrat et non dès sa formation - cf J. Valéry, th. préc., chapitre 3).

a/ Parmi les nombreuses obligations du mandataire à l'égard du mandant, il en est qui présentent une certaine originalité¹³⁴. Particulièrement significative du mandat est l'obligation de rendre compte au mandant prévue à l'article 1993 du Code civil qui incombe à tout mandataire, qu'il intervienne à titre gratuit ou onéreux. Il s'agit là d'une caractéristique propre à un contrat qui suppose l'action d'un cocontractant en l'absence de l'autre cocontractant. La jurisprudence a même étendu la reddition de compte aux sommes perçues par erreur ou issues de profits illicites¹³⁵. Cependant, cette obligation ne saurait s'entendre de manière absolue : d'une part, la jurisprudence a toujours admis les dispenses expresses,¹³⁶ et d'autre part, certaines relations peuvent supposer une confiance impliquant une dispense tacite¹³⁷.

De la même manière, la responsabilité du mandataire à l'égard du mandant déroge au droit commun dans le cas particulier de l'appréciation de la faute du mandataire gratuit en raison de l'alinéa 2 de l'article 1992. Pour autant, si le juge se montre moins sévère à son égard, il engage sa responsabilité bien au delà de sa faute lourde. Il ne s'agit donc que d'une simple différence de degré et non de nature dans l'appréciation de la faute. Toutefois, ici encore, les règles légales peuvent être écartées par des clauses qui, soit renforcent la responsabilité du mandataire, soit l'excluent. Dans le premier cas, par un engagement de confiance, le mandataire devra répondre de l'inexécution des obligations du tiers contractant, y compris si celle-ci résulte de la survenance d'un cas de force majeure¹³⁸. Dans le deuxième cas, qui est le plus fréquent, le contrat comporte une clause de non responsabilité qui ne peut toutefois couvrir le dol ou la faute lourde du mandataire¹³⁹.

b/ Inversement, le Code envisage des obligations particulières du mandant à l'égard de son mandataire. Outre le paiement d'un salaire si celui est prévu (cf infra 2/) et sa responsabilité découlant d'obligations générales¹⁴⁰, le mandant est tenu de rembourser au mandataire divers frais. L'article 1999 évoque les avances et frais déboursés par le mandataire pour l'exécution de son mandat, y compris si sa mission n'a pas abouti. L'article 2000 prévoit l'indemnisation du mandataire " des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion,

¹³⁴ Sont volontairement écartées celles relatives au mandataire substitué (art. 1994 c.civ.) et toutes celles résultant de l'obligation générale de bonne exécution du mandat. Cf le Tourneau, art. préc., Rep. civ., p. 17 à 25 et surtout Ph. Pétel, th. préc., première partie.

¹³⁵ Civ. 1ère 8 juillet 1975, D. 76, p. 315. et Crim. 7 juillet 1934, D.H. 1934, p. 510.

¹³⁶ Civ. 22 décembre 1851, D.P. 1852. 1. 37.

¹³⁷ Civ. 16 mars 1892, D.P. 1892. 1. 232.

¹³⁸ Cf le Tourneau, art. préc., Rep. civ., p. 20, n° 203.

¹³⁹ Civ. 1ère 1er juin 1954, D. 54, p. 611.

¹⁴⁰ Versailles 5 janvier 1990, R.T.D.C. 1990, p. 649, obs. J. Mestre : condamnation du mandant pour perte de chance d'aboutir, celui-ci ayant pris contact avec un éventuel acquéreur sans en informer le mandataire chargé de cette mission.

sans imprudence qui lui soit imputable ", que ce soit à cause du mandat ou à l'occasion de celui-ci¹⁴¹. Enfin l'article 2001 fait courir les intérêts des avances du jour de la constatation des avances et non du jour de la mise en demeure comme le prévoit le droit commun (article 1153 c.civ.).

De ces trois obligations, aucune n'est véritablement déterminante. La jurisprudence a estimé que les deux premières n'étaient pas des règles d'ordre public auxquelles on ne peut déroger par contrat¹⁴². Quant à la question du point de départ des intérêts des avances, si la jurisprudence n'offre pas à notre connaissance d'exemples de clauses dérogatoires, les " réticences " du juge à appliquer cette règle au mandataire salarié laissent augurer de la validité de telles clauses¹⁴³.

2/ La durée du mandat

Celle-ci obéit à des règles a priori très strictes. D'une part, le mandat est toujours conclu à titre temporaire et il s'agit même là du seul caractère fondamental qui soit vraiment essentiel aux yeux de MM. Malaurie et Aynès¹⁴⁴. Ils appuient leur argumentation sur un arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 1968 qui a déclaré nul parce que perpétuel un mandat conclu pour une durée " illimitée ". La portée de cette interdiction doit toutefois être relativisée tant la jurisprudence admet par ailleurs les mandats conclus à durée déterminée avec une clause de renouvellement tacite et autorise les clauses d'irrévocabilité, l'article 2004 n'étant pas d'ordre public¹⁴⁵.

Le principe de la révocabilité *ad nutum* (d'un signe de la tête) cède également en raison de " la nature ou de l'économie " du mandat en question¹⁴⁶.

Les autres causes d'extinction du mandat revêtent elles aussi un caractère supplétif : ainsi en va-t-il de la mort du mandant qui n'est pas considérée comme extinctive du mandat dès lors que la volonté expresse ou tacite des parties allait dans ce sens, la jurisprudence se basant assez facilement sur l'objet du contrat ou son caractère irrévocable¹⁴⁷. Quant à la

¹⁴¹ C.A. Aix 23 octobre 1989, D.P. 1990. 2. 301 à propos de l'indemnisation de l'accident dont a été victime le mandataire pendant l'exécution de son mandat.

¹⁴² art. 1999 : C.A. Paris 14 mars 1991, D. 91, I.R., p. 127 ; art. 2000 : Req. 9 février 1938, D.H. 1938. 213.

¹⁴³ D'après le terme employé par M. le Tourneau, art. préc., p. 25 n° 260.

¹⁴⁴ Op. cit. p. 200.

¹⁴⁵ Req. 9 juillet 1885, D.P. 86. 1. 310 ; art. 2004 : " Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble ".

¹⁴⁶ Malaurie et Aynès, op. cit., p. 301 n° 556.

¹⁴⁷ Par exemple, Cour d'appel Paris 12 décembre 1967, D. 68, p. 269.

renonciation du mandataire à son mandat, elle trouve sa limite dans l'indemnisation prévue à l'article 2007 alinéa 2 en cas de préjudice causé au mandant¹⁴⁸.

De l'ensemble des rapports mandant / mandataire, il n'y a guère de choses à retenir en vue de définir l'essence du contrat de mandat, pas plus que pour les autres règles d'exécution du mandat.

B/ L'économie et l'étendue du mandat

1/ L'économie du mandat

L'économie du mandat, c'est-à-dire son caractère gratuit ou onéreux ne retiendra que peu l'attention, si ce n'est le temps de souligner le poids des habitudes de penser face à l'évolution légale. Laurent, le premier, avait démontré avec énergie la contradiction qu'il y avait à faire de la gratuité un élément essentiel au regard de l'article 1986 contre les tenants de la tradition¹⁴⁹, tradition au demeurant pas aussi univoque que l'on voulait bien le laisser croire¹⁵⁰. Seule une conception surannée des rapports sociaux poussait en effet certains auteurs à négliger l'évolution de la pratique de l'Ancien Régime. Pothier par exemple, pour distinguer le mandat du louage d'ouvrage, se fondait sur la considération qu'" il n'y a que les services ignobles et appréciables à prix d'argent qui soient susceptibles du contrat de louage tels ceux des serviteurs et servantes, des manoeuvres, des artisans, etc. Ceux que leur excellence ou la dignité de la personne qui les rend n'en sont pas susceptibles "¹⁵¹.

Des auteurs continuèrent sur les traces de Pothier comme si le Code civil n'était jamais entré en vigueur, au prix parfois d'une soumission à des classifications doctrinales prismatiques. C. Falque-Pierrotin fit ainsi très justement de la représentation un élément constitutif du contrat de mandat¹⁵². Mais il y ajouta un deuxième élément, tiré de l'idée que les éléments constitutifs d'un contrat sont toujours au nombre de deux : " l'objet, c'est-à-dire la prestation promise, et ce que l'on peut appeler l'" économie " du contrat, c'est-à-dire son

¹⁴⁸ Il est vrai que cette obligation d'indemnisation n'est pas retenue en cas d' " impossibilité de continuer le mandat ", impossibilité entendue assez largement par la jurisprudence au point qu'on a pu parler d'application de la théorie des sujétions imprévues en droit privé - cf H,J et L Mazeaud et M. de Juglart, op. cit., p. 878 n° 1423. Mais en tout état de cause, cette faculté s'accommode mal de la professionnalisation du mandat.

¹⁴⁹ Cf Ph. Pétel, th. préc., p. 37.

¹⁵⁰ En ce sens J-L Gazanigga, op. cit., p. 26 qui explique que la maxime de Paul " *Mandatum nisi gratuitum nullum est* " avait été battue en brèche bien avant l'avènement du Code civil.

¹⁵¹ Cité par J. Valéry, Th. préc., p. 54-55.

¹⁵² Op. cit. Th. Caen 1933, notamment p. 113 et s.

caractère gratuit ou onéreux "¹⁵³. L'auteur s'inspire de la classification synthétique des contrats proposée par Planiol en 1904 dans la Revue critique qui distinguait deux grandes catégories de contrats, ceux à titre gratuit et ceux à titre onéreux. Si l'" économie " permet effectivement parfois de définir un contrat, pareille systématisation conduit en l'occurrence C. Falque-Pierrotin à une interprétation qui va à l'encontre de la lettre même du Code. Lorsqu'il considère la gratuité comme le second élément essentiel du mandat, cet auteur entre en contradiction avec l'article 1986 c. civ.¹⁵⁴. Une telle affirmation ne trouve plus cours aujourd'hui, et si certains font de la gratuité un des éléments fondamentaux du mandat, c'est aussitôt pour en souligner la relativité¹⁵⁵. La pratique a tôt fait de consacrer sa professionnalisation et la jurisprudence a renversé la présomption de l'article 1986 pour les mandats donnés à des personnes qui en font profession¹⁵⁶. Son utilité se réduit à expliquer historiquement certaines règles comme la renonciation par le mandataire ou encore l'origine du mot lui-même (" *manu dare* ", la poignée de mains qui scellait un accord passé entre amis, c'est-à-dire à titre gratuit).

2/ Les règles relatives à l'étendue du mandat

Des articles 1987 et 1988 du Code¹⁵⁷, il résulte une double distinction entre d'une part mandat général et mandat spécial et, d'autre part, mandat conçu en termes généraux et mandat exprès. La première distinction correspond à celle du mandat qui porte sur l'ensemble des biens du mandant ou sur une partie seulement mais elle présente un intérêt pratique négligeable. La deuxième distinction est d'importance au regard de l'article 1988 et a trait à la nature des actes à accomplir par le mandataire, plus ou moins précisée¹⁵⁸. Il y a donc quatre possibilités : le mandat spécial et exprès (ex. : vendre tel immeuble), spécial et en termes généraux (ex. : gérer tel immeuble), général et exprès (ex. : vendre tous les biens du mandant) et général et en termes généraux (ex. : gérer tous les biens du mandant).

¹⁵³ Ibid. p. 4.

¹⁵⁴ art. 1986 : " Le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire " alors que l'auteur définit le mandat comme " un contrat gratuit ayant pour objet l'accomplissement d'actes juridiques " op. cit. p. 113.

¹⁵⁵ Comme par exemple MM. Malaurie et Aynés, op. cit., p. 295 à 297.

¹⁵⁶ Civ. 1ère 10 février 1981, B.C. I, n° 50.

¹⁵⁷ Art. 1987 : " Il est ou spécial et pour une affaire ou certaines affaires ou général et pour toutes les affaires du mandant "; art. 1988 : " Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès ".

¹⁵⁸ Pour de nombreux exemples de cette " excessive subtilité " (Ph. le Tourneau), voir le Jurisclasseur civil, fasc. C, " mandat ", p. 8 à 17.

Ces règles ne revêtent pas un caractère impératif tel qu'un contrat qui n'y répondrait pas perdrait de ce seul fait sa qualité de mandat. Il a même été vu que la jurisprudence admettait un mandat tacite d'aliéner¹⁵⁹.

La définition donnée à l'article 1984 du Code civil peut se traduire par conséquent de la façon suivante : le mandat est un contrat par lequel une personne, le mandataire, est chargé par une autre personne, le mandant, d'accomplir des actes principalement juridiques au nom et pour le compte du mandant, de sorte que le tiers qui a en conséquence connaissance de la qualité du mandataire entretiendra en principe directement et par effet de représentation des relations, contractuelles ou non uniquement avec le mandant. Une telle conception condamne par avance toute idée de " mandats sans représentation " à laquelle recourt une grande partie de la doctrine pour dénommer d'autres contrats spéciaux¹⁶⁰. On leur préférera la dénomination de quasi mandats que leur réservent quelques auteurs¹⁶¹.

¹⁵⁹ Cass. 12 mars 1969, B.C. III, n° 224.

¹⁶⁰ Ph. le Tourneau note, avant d'en faire sienne, que cette qualification est " commode mais inexacte et antinomique ", art. préc., Rep. civ., p. 8, n° 58.

¹⁶¹ MM. Malaurie et Aynés, op. cit., p. 288.

SECTION 2: L'EXISTENCE DE QUASI MANDATS

On aurait quelques scrupules à évoquer, dans un chapitre qui a pour objet principal de déterminer l'essence du mandat, des contrats que l'on considère précisément comme essentiellement différents de lui, si la totalité des ouvrages généraux ne procédaient pas de même. La nécessité pour cerner une notion de se référer aux notions voisines justifie de surcroît et dépasse l'explication de l'académisme. Le propos ne se voulant pas exhaustif au stade d'un chapitre préliminaire, ces contrats ne seront abordés que sous l'angle de leurs différences avec le mandat, ce qui explique le moindre cas (quantitatif) qu'il sera fait de cette section.

Certains d'entre eux se rapprochent du mandat en ce qu'il peuvent éventuellement se transformer en mandats (§ 1). D'autres en revanche n'ont de ressemblance avec lui que parce qu'ils font intervenir comme lui un intermédiaire qui agit pour le compte du mandant mais sans jamais le représenter (§ 2)¹⁶².

§ 1/ Les mandats conditionnels

On appelle mandat conditionnel le contrat qui n'emporte pas effet de représentation à moins que le tiers contractant vienne à connaître l'identité de la personne pour le compte de qui agit le cocontractant, auquel cas ce dernier se transforme rétroactivement en mandataire. Deux types de contrats correspondent à cette définition, le deuxième n'emportant pas cependant automatiquement effet de représentation.

A/ Le mandat conditionnel parfait : la déclaration de command

1/ Caractères propres

¹⁶² Sur l'ensemble de ces contrats et d'autres encore, voir la thèse de G. Flattet, Les contrats pour le compte d'autrui, Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français, Paris, 1950.

Dans la déclaration de command (ou "élection d'ami"), "le commandé indique au moment de la formation du contrat à son cocontractant qu'il agit pour le compte d'une personne (le command) dont il se réserve la faculté de révéler le nom dans un certain délai"¹⁶³. A l'instar du mandat, le tiers a connaissance de la qualité d'intermédiaire de son cocontractant mais ici il ne connaît pas dès l'origine le nom de la personne pour le compte de qui il agit. A la différence de la convention de prête-nom, en revanche, il sait la situation d'intermédiaire de son cocontractant. Ce procédé est largement utilisé dans les ventes aux enchères lorsque la révélation de l'identité de l'acquéreur potentiel serait susceptible d'influer sur la valeur de l'objet à vendre¹⁶⁴. Cette révélation aura éventuellement lieu une fois la vente conclue, dont il résultera alors des effets propres.

2/ Variabilité des effets

Dans l'hypothèse où le commandé ne révèle pas l'identité du command avant l'expiration du délai fixé, c'est lui-même qui se trouvera engagé vis-à-vis du tiers contractant, quitte à ce qu'il procède par la suite à un second acte translatif de propriété (dans le cas d'une vente) au profit du command. Dans cette hypothèse seule, il est légitime de parler de quasi mandat.

A l'inverse, s'il fait connaître le nom du command en temps utile, tout se passe rétroactivement comme un mandat ordinaire, et seul le command sera tenu contractuellement à l'égard du tiers contractant. La situation ne varie que très peu par rapport au mandat classique puisque alors l'intermédiaire a bien agi au nom et pour le compte du command, même si l'action "au nom" du représenté est intervenue postérieurement à la passation de l'acte, cette circonstance n'ayant aucune incidence sur le régime applicable. Le droit fiscal l'admet, qui ne voit dès lors qu'une seule transmission de propriété. L'article 686 du Code général des impôts s'accommode mal toutefois d'une situation prolongée d'incertitude et exige que la déclaration de command soit prononcée dans les 24 heures qui suivent la vente, faute de quoi il y aura double transmission et donc doubles droits de mutation à acquitter¹⁶⁵.

¹⁶³ D. Alexandre, Jurisclasseur civil, "mandat" fasc. A, p. 15, n° 85.

¹⁶⁴ A. Benabent, op. cit. p. 369, n° 695.

¹⁶⁵ On entrevoit ainsi la possibilité de divergences d'appréciation selon que l'on se place en droit civil ou en droit fiscal quand le délai fixé est supérieur à 24 heures, l'un voyant une transmission unique là ou l'autre en voit deux.

B/ Le mandat conditionnel imparfait : la convention de prête-nom

La qualification de mandat conditionnel imparfait peut surprendre car elle n'apparaît nulle part dans les classifications doctrinales. Elle paraît pourtant particulièrement appropriée à la convention de prête-nom.

1/ Caractères propres

Dans ce contrat, le prête-nom qui agit en son nom propre mais pour le compte d'autrui, dissimule non seulement l'identité de la personne pour le compte de qui il agit mais également le fait même qu'il agit pour autrui. " Tout se passe aux yeux du tiers comme s'il agissait en son nom et pour son compte "¹⁶⁶. Le rapport ainsi créé s'écarte radicalement du mandat de par l'opacité recherchée là où un mandataire apparaît comme transparent¹⁶⁷.

Ce procédé de simulation ne revêt pas en lui-même un caractère illégal, le Code civil envisageant lui-même une telle possibilité (art. 1321), sauf à être utilisé à des fins frauduleuses. " Si l'on peut en général constituer un prête-nom, c'est-à-dire un mandataire agissant en son propre nom, c'est à la condition que cette constitution n'ait pas pour objet de faire préjudice aux tiers " ¹⁶⁸. La qualification en l'espèce de mandataire est usurpée, mais révélatrice des flottements doctrinaux et jurisprudentiels de la fin du XIX^{ème} siècle que l'on retrouve parfois encore aujourd'hui¹⁶⁹. Le juge ne se laisse pas cependant abuser par ses propres qualifications et considère que " le mandataire prête-nom ne représente pas son mandant et que par suite, l'opération juridique dont il est l'instrument comporte, tant du point de vue civil qu'au regard du fisc, une double transmission de propriété "¹⁷⁰. La solution de fond est partiellement inexacte toutefois s'agissant du rapport de représentation.

2/ Variabilité des effets

¹⁶⁶ A. Bénabent, op. cit., p. 370, n° 698.

¹⁶⁷ Une telle formule sera utilisée par exemple pour l'achat d'un terrain par un voisin qui craint une hausse du prix si est révélée sa qualité ou bien encore dans le milieu des affaires.

¹⁶⁸ Req. 5 avril 1880, D.P. 1881. 1. 13 ; pour un exemple de confusion doctrinale, voir P. Lerebours-Pigeonnière, Du prête-nom mandataire au gérant d'affaire agissant en son nom propre, Th. Paris, 1898.

¹⁶⁹ Com. 17 juillet 1958, B.C. IV, n° 940 : " Attendu que, dans ses rapports le mandant, le prête-nom, à la différence de ses rapports avec les tiers, n'est qu'un mandataire ".

¹⁷⁰ Req. 10 février 1936, D.P. 37. 1. 92, rap. Pilon.

A la différence de la déclaration de command, la non représentation est de principe dans la pratique de la convention de prête-nom. Cela résulte du fait que le but recherché à travers cette opération étant la simulation, le tiers contractant n'a pas vocation à connaître la situation de l'intermédiaire. Mais plus encore en raison d'une originalité du régime de ce contrat d'après laquelle " le prête-nom est directement et personnellement engagé envers celui avec qui il a contracté à ce titre, quand bien même ce cocontractant aurait eu connaissance de sa qualité "¹⁷¹. En réalité, dans ce dernier cas, que le tiers en ait eu connaissance spontanément ou à l'issue d'une action en déclaration de simulation, il dispose du choix d'actionner soit le simulateur soit le prête-nom¹⁷².

L'explication de la responsabilité éventuelle de l'intermédiaire est parfois recherchée dans le fait qu'en consentant à servir de prête-nom, il s'est porté " garant de l'exécution " de l'opération¹⁷³. En fait, le recours à la théorie générale de la simulation telle que la régit l'article 1321 du Code civil paraît bienvenu : celui-ci ne permet-il pas aux tiers de se prévaloir de l'acte secret lorsqu'il y ont intérêt ? Qui d'autre est mieux placé que le tiers pour apprécier l'intérêt du tiers à invoquer la simulation si ce n'est le tiers lui-même ?

Quelque soit l'explication, la solution diffère du mandat classique et même du mandat conditionnel parfait : ici l'effet de représentation ne jouera qu'à la double condition que la simulation ait été révélée au tiers et qu'il choisisse d'en tirer les conséquences du point de vue de la représentation. Le caractère automatique de l'effet de représentation lié au mandat ne joue pas dans ce cas¹⁷⁴. Il ne joue jamais s'agissant des autres cas de quasi mandats.

§ 2/ Les quasi mandats sans représentation

Les contrats regroupés sous cette appellation ont ceci de commun qu'ils ressemblent au mandat parce qu'ils font intervenir un intermédiaire mais s'en éloignent dans la mesure où ils n'emportent jamais effet représentatif.

¹⁷¹ Com. 26 avril 1982, B.C. IV, n° 135.

¹⁷² La solution est constante depuis plus d'un siècle : Req. 25 janvier 1864, D.P. 64. 1. 282.

¹⁷³ H., J., L. Mazeaud et M. de Juglart, op. cit., p.881; n° 1430.

¹⁷⁴ Le fait que dans ses rapports avec le simulateur le prête-nom se voit appliquer les règles du mandat (Civ. 3ème 15 février 1978, D. 78 I.R. 402) n'en fait pas pour autant un mandataire à part entière compte tenu de ce qu'on retrouve la même solution à propos du contrat de commission - cf infra § 2.

A/ Le contrat d'intermédiaire agissant pour le compte d'autrui : le contrat de commission

Il s'agit du contrat le plus souvent invoqué par la doctrine privatiste, élevé qu'il au rang d'archétype du " mandat sans représentation ". Là encore, une telle qualification correspond à une inexactitude fondamentale qui trouve sa source dans une certaine maladresse rédactionnelle de l'article 94 du Code de commerce, mais que le régime juridique applicable vient systématiquement démentir.

1/ Caractères propres

La définition de ce contrat résulte ici de la loi et plus précisément de l'article 94 alinéa 1 du Code de commerce : " le commissionnaire est celui qui agit en son nom propre ou sous un nom social pour le compte du commettant ". L'alinéa 2 y apporte aussitôt une nuance assimilable à une véritable contradiction : " les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom du commettant sont déterminés par le Code civil, Livre III, Titre XIII ", autrement dit par l'ensemble des règles relatives au mandat.

Comment, après avoir défini le commissionnaire comme agissant en son nom propre, le Code de commerce peut-il immédiatement envisager l'hypothèse d'un commissionnaire agissant au nom du commettant, si ce n'est en faisant preuve d'une inexplicable et coupable légèreté ? En réalité, il est probable que le Code de commerce a entendu viser les cas d'intermédiaires faussement dénommés commissionnaires que le juge devra requalifier en mandataires et leur appliquer les règles qui en découlent.

La doctrine dans son ensemble ne s'y est pas trompée, qui a adopté " une conception du contrat de commission, en caractérisant le commissionnaire par le fait qu'il agit en son nom propre pour le compte du commettant "¹⁷⁵ ; et la jurisprudence lui emboitant le pas, déclare qu'" à la différence d'un mandataire, un commissionnaire agit en son nom propre ou sous un nom social qui n'est pas celui de son commettant "¹⁷⁶. Pourtant, toute confusion n'est pas bannie et M. Bénabent explique par exemple l'application des règles du mandat par le caractère très significatif du " renvoi exprès que l'article 94 du Code de commerce fait au

¹⁷⁵ D. Alexandre , art. préc., p. 14, n° 81.

¹⁷⁶ Com. 3 mai 1965, B.C. III, n° 280.

Code civil ", se fondant il est vrai sur une jurisprudence fournie¹⁷⁷ mais qui ne saurait en tout état de cause justifier l'application des règles relatives à la représentation comme le prouvent les effets du contrat de commission.

2/ Effets constants

Les rapports entre commettants et commissionnaires qui viennent d'être évoqués laissent l'analyste insatisfait quant à l'explication tirée de l'article 94 du Code de commerce. D'autant qu'une solution identique a été retenue à propos des relations simulateur / prête-nom sans que l'on puisse se référer à un quelconque texte de loi. Ces deux exemples révèlent une extension remarquable par la jurisprudence des principes relatifs aux rapports mandant / mandataire à des hypothèses qui ne présentent pas de différence au regard de la situation des parties au contrat initial (l'intermédiaire et ce que l'on pourrait appeler le déléguant) mais seulement du point de vue des rapports avec les tiers.

Seulement ces rapports s'inscrivent dans le cadre d'une absence totale de représentation. Le commissionnaire est toujours tenu à l'égard du tiers contractant des obligations découlant du contrat, y compris de la garantie des vices cachés¹⁷⁸, alors même qu'il ne devient à aucun moment propriétaire de la chose¹⁷⁹. Il en va ainsi également dans l'hypothèse où le commettant a été connu du tiers à moins que les circonstances caractérisent une véritable " novation par changement de débiteur qui seule permettrait de décharger le commissionnaire "¹⁸⁰.

A l'inverse, le commettant ne se voit reconnaître aucune action directe envers le tiers et réciproquement¹⁸¹. L'un comme l'autre ont toutefois la faculté de recourir à l'action oblique de l'article 1166 du Code civil ou à défaut à l'action *De in rem verso* sans que ces possibilités soient comparables à une action directe. Un auteur, B. Starck, s'appuie cependant sur ces actions et sur une conception large de la représentation pour assimiler le contrat de commission à un véritable mandat¹⁸². Cette thèse n'a pas notre soutien, pas plus que celle de la majorité de la doctrine, et l'on ne saurait que trop recommander de s'en tenir à la qualification

¹⁷⁷ Op. cit p. 369 n° 696 et en dernier lieu Com. 20 juin 1995, JCP 95, IV, n° 2009 : " au terme de l'article 94 c.com., les droits et devoirs du commissionnaire sont régis par les dispositions du c.civ. relatives au mandat ". Voit aussi l'article du juriscasseur com. fasc. 365 p. 2 qui fait du contrat de commission une " variété particulière du mandat ".

¹⁷⁸ Com. 7 mai 1962, B.C. III, n° 240.

¹⁷⁹ Com. 13 mai 1958, B.C. III, n° 187.

¹⁸⁰ Juris-Classeur com., fasc 365, p. 19, n° 148.

¹⁸¹ Pour le premier cas, Civ. 14 juin 1892, D.P. 1893. I. 500.

¹⁸² B. Starck, " Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers ", in Les études sur le contrat de commission, publiées sous la direction de J. Hamel, Dalloz, p. 149.

initiale de quasi mandats sans représentation, dont peuvent également se réclamer deux autres contrats.

B/ Les quasi mandats sans représentation doublement translatifs de propriété

Parmi leur recensement presque exhaustif des quasi mandats, MM. Malaurie et Aynès accordent une place non négligeable à la fiducie¹⁸³. Il convient d'y ajouter un autre contrat, qualifié improprement de mandat par le législateur.

1/ La fiducie

Il s'agit d'un " contrat par lequel une personne, le fiduciaire, acquiert d'une autre, le fiduciaire, la propriété d'un bien à charge de transférer ce bien après un certain délai, soit au fiduciaire, soit à un tiers "¹⁸⁴. Dans cette hypothèse, il y aura double transmission d'un bien avec ceci d'original qu'il y a dissociation entre la propriété d'un bien et le pouvoir sur ce bien, l'intermédiaire n'en disposant pas alors pleinement. Cette formule est usitée en particulier en vue d'un dépôt de garantie, la gestion d'un fond de placement ou de garantie. Plus intéressant en revanche au regard des possibilités qu'il offre dans le domaine de la construction est le contrat de promotion immobilière.

2/ Le contrat de promotion immobilière

La loi du 16 juillet 1971 a expressément qualifié ce contrat de mandat. La genèse de cette dénomination suffirait à démontrer son caractère impropre si le régime juridique mis en place ne la mettait pas à mal davantage¹⁸⁵.

¹⁸³ Op. cit., p. 290, n° 536.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Sur cette genèse cf Ph. Malinvaud et Ph. Jestaz, Droit de la construction immobilière, Dalloz, 6ème éd. 1995, p. 398, n° 498 et l'hésitation parlementaire entre la qualification de louage d'ouvrage et celle de mandat d'intérêt commun finalement retenue.

Le promoteur immobilier s'est vu ainsi imposer à l'égard du maître de l'ouvrage des obligations étrangères à celles d'un mandataire¹⁸⁶. S'il est tenu de rendre compte¹⁸⁷ de son action au " mandant ", il doit également garantir " l'exécution des obligations mises à la charge des personnes avec lesquelles il a traité au nom du maître de l'ouvrage " et notamment de celles " résultant des article 1792; 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du Code civil " (article 1831-1 c.civ.) c'est-à-dire relatives à la garantie décennale. Il y a là l'exigence d'une véritable obligation de résultat qui s'entend même parfois de manière absolue lorsque les cas de force majeure ne suffisent pas à l'exonérer de sa responsabilité¹⁸⁸. Ces seuls éléments entrent en contradiction avec la théorie générale de la responsabilité du mandataire à l'égard de son mandant y compris en cas d'engagement de du croire¹⁸⁹.

La précision du législateur relative à l'action " au nom et pour le compte " d'autrui ne rapproche pas davantage promoteur immobilier et mandataire en ce qui concerne les effets de représentation. Les tiers contractants ne peuvent réclamer directement au maître de l'ouvrage le règlement de leur travail, à moins que le promoteur ne fasse l'objet d'une procédure collective, ce qui ne correspond pas véritablement à un cas de représentation compte tenu du caractère exceptionnel de la procédure¹⁹⁰.

Bien sûr, n'ont été mises en évidence que les règles dérogatoires aux règles générales du mandat mais le propos se voulait porteur d'une démonstration : le contrat de promotion immobilière est de par son régime juridique davantage assimilable à un quasi mandat qu'à un mandat malgré la dénomination légale.

Du quasi mandat en effet il emprunte le caractère de contrat conclu pour le compte d'autrui qui doit être bien distingué de contrats qui peuvent avoir a priori un objet similaire, à commencer par la vente d'immeuble à construire (vente en l'état futur d'achèvement - V.E.F.A. et vente à terme) qui font intervenir des promoteurs au sens large¹⁹¹. Cette qualification jurisprudentielle, qui a perduré après la loi du 16 juillet 1971, recouvre des hypothèses où l'" intermédiaire " est considéré comme agissant *in proprio nomine* mais

¹⁸⁶ Entendu *stricto sensu* c'est-à-dire comme " construisant pour le compte du maître de l'ouvrage " et non *lato sensu*, qui construit " pour son compte c'est-à-dire qui a eu l'initiative et le soin principal de l'opération " (en dehors de la loi de 1970) - cf R. Badinter " Aspects juridiques de l'activité de constructeur immobilier ", JCP 1965 I, n° 1933. et Ph. Jestaz, Ph. Malinvaud, Ibid.

¹⁸⁷ Ibid. p. 406, n° 510.

¹⁸⁸ Ibid. p. 404, n° 506.

¹⁸⁹ Cf supra section 1, § 1,A.

¹⁹⁰ Civ. 3ème 8 mars 1977, D. 79, I.R. 122 ; à titre de comparaison, en droit public le débiteur d'un concessionnaire insolvable peut toujours se retourner contre le concédant sans que ce dernier soit assimilé à un mandataire.

¹⁹¹ " Le promoteur au sens large qui vend en l'état futur d'achèvement construit pour son compte, tandis que le promoteur *stricto sensu* construit, en tant que prestataire de service, pour le compte du maître de l'ouvrage ", op. cit., p. 401, n° 502.

également pour son propre compte. C'est une différence fondamentale d'avec le contrat de promotion immobilière qu'introduisent MM. Jestaz et Malinvaud que nous reprenons, si l'on peut dire, à notre compte, même si les critères de cette distinction n'apparaissent pas explicitement¹⁹².

Après avoir dégagé les caractères fondamentaux du mandat de droit privé et les avoir distingués de ceux des contrats voisins que sont les quasi mandats, non sans avoir fait état de quelques divergences doctrinales, il est désormais possible d'apprécier l'utilisation, encore plus porteuse de controverses, que fait le juge administratif de la notion de mandat. Il va être ainsi démontré que, contrairement à une opinion largement répandue, le mandat public ne diffère pas pour l'essentiel du mandat de droit privé, à tel point que l'on peut parler à leur égard d'unité conceptuelle.

¹⁹²On pourrait peut-être tirer d'une remarque de ces auteurs un critère éventuellement applicable basé sur la rémunération issue de l'exploitation (" il est pour le moins étonnant qu'un prestataire de service supporte les risques d'une opération dont il n'a pas corrélativement le profit " - *ibid*).

CHAPITRE PREMIER : L'UNITE DU CONCEPT DE MANDAT

Unité ne signifiant pas uniformité, le juge administratif, dans sa recherche de l'identification d'un mandat, procède de manière originale au regard des méthodes du juge judiciaire. Ce particularisme, bien réel celui là, fera l'objet de développements dans le chapitre suivant tant il explique, pour partie, que certains auteurs aient cru déceler des différences fondamentales entre mandat public et mandat privé. En fait de différences fondamentales, il s'agit simplement de quelques originalités dans la reconnaissance de l'existence d'un mandat, qui n'entrent pas en compte quand à la détermination de l'essence du mandat.

Ainsi, la thèse d'un particularisme du régime du mandat public doit être invalidée. Par unité du concept de mandat, on entend démontrer en effet qu'en droit privé comme en droit public, le contrat passé par un mandataire produit en principe, par application de la théorie de la représentation, ses effets dans le patrimoine du mandant qui est censé ainsi avoir contracté lui-même. C'est donc eu égard à son régime juridique que s'apprécient les caractères de ce concept et à ce qui constitue l'essentiel de celui-ci : la représentation. De ce point de vue, les solutions du juge administratif sont assimilables à celles du juge judiciaire, qu'il s'agisse des rapports du mandataire ou du mandant avec les tiers, cocontractants du mandataire ou non.

Une jurisprudence discordante vient cependant brouiller la vision idéale du mandat. Les mandats issus de la loi du 16 juin 1948 sur la reconstruction ont fait l'objet d'illustrations jurisprudentielles non conformes à la théorie de la représentation. Mais ces dérogations, présentées parfois comme découlant du seul fait du juge,¹⁹³ expriment en réalité des effets induits par la législation elle-même. Seront donc étudiés d'une part les mandats à fondement contractuels, conformes au modèle du mandat de droit privé (section 1) et d'autre part les mandats à fondement légal en tant qu'ils peuvent parfois déroger au mandat classique du fait des textes les instituant (section 2)¹⁹⁴. Cette méthode, jamais mise en oeuvre à notre connaissance de manière systématique¹⁹⁵, se veut porteuse d'une vertu pédagogique : on ne

¹⁹³ M. Ngamakita, *Le mandat donné par une personne publique à une personne privée*, Th. Rennes 1990, p. 18 et surtout p. 241 qui les met sur le compte de " la pratique jurisprudentielle ".

¹⁹⁴ Nous reprendrons à notre compte ces expressions généralement utilisées pour distinguer le mandat dont le régime trouve sa source à la fois dans une loi ou un règlement et dans le contrat de mandat (i.e. le mandat à fondement légal) du mandat qui n'est régi, en dehors des règles générales jurisprudentielles, que par le contrat de mandat lui-même (c'est-à-dire le mandat à fondement conventionnel) . Certes, l'expression " à fondement légal " ne satisfait pas pleinement car elle peut laisser croire, non pas que les autres mandats auraient un fondement illégal mais que la loi (ou le règlement) fixe en totalité son régime juridique (ce qui n'est pratiquement jamais le cas) ou encore qu'il est question des mandats légaux (comme par exemple la tutelle d'incapables dans laquelle l'utilisation du terme mandat paraît excessive compte tenu de l'absence de contrat). Mais l'usage étant établi, et les précautions terminologiques, elles aussi d'usage, prises, nous nous en tiendrons à la distinction courante.

¹⁹⁵ A l'exception toutefois de M. Ngamakita (Th. préc.) mais qui adopte une vision plus réductrice du mandat légal et surtout qui voit dans les dérogations de certains d'entre eux un effet de la volonté du juge et non du législateur.

peut traiter correctement du mandat public qu'en examinant si le particularisme que l'on croit déceler au regard de la théorie civiliste du mandat n'est pas la résultante d'une ou de plusieurs dispositions légales.

Auparavant, un rappel d'ordre terminologique s'impose. On aura remarqué qu'à l'emploi courant de l'expression mandat administratif a été préférée celle de mandat public. On entend en effet s'intéresser à l'ensemble de la jurisprudence administrative relative au mandat, du moins au mandat donné par une personne publique¹⁹⁶. Or si dans la majorité des cas ce mandat possède certainement une nature administrative, la solution n'est pas systématique. Il peut se concevoir que le juge administratif soit compétent alors que le mandat n'est pas administratif du fait de l'absence de clauses exorbitantes du droit commun ou d'un objet de service public¹⁹⁷. Il est en revanche public en ce qu'il a été donné par une personne publique et que le juge administratif est compétent pour en connaître à l'occasion d'un litige, contractuel ou non mais de nature administrative, intervenu dans ce cadre.

¹⁹⁶ Pour un exemple de mandat entre deux personnes privées dont a à connaître le juge administratif, voir C.E. 23 mars 1966 *Soc. des établissements Lemaire*, p. 229, ou encore C.E. Sect. 16 juillet 1936 *Groupement d'achat de la Marne*, p. 701, qui voit le Conseil d'Etat appliquer directement les règles du Code civil (art. 1997).

¹⁹⁷ Cf M. Guibal, L. Rapp qui évoquent cette éventualité à propos du mandat de maîtrise d'ouvrage public (Contrats des collectivités locales, F. Lefebvre, 2ème édition, 1995, n° 5523). La compétence administrative pourra résulter alors par exemple de la loi du 28 pluviôse an VIII parce que le mandataire a passé un marché de travaux publics avec un tiers. Sur l'ensemble de la question, voir I. Poirot-Mazères, Th. préc., p. 221 à 227. Voir pour un contrat de mandat expressément qualifié de contrat administratif parce que faisant participer le mandataire à l'exécution d'un service public, C.A.A. Paris 7 juillet 1992 *S.A. La Campinoise d'habitation H.L.M.* (p. 562) et pour un contrat de mandat de nature privée passé entre une personne publique et une personne privée, T.C. 27 mars 1952 *Office national de la navigation c/ Sieur Dahiez* (p. 623).

SECTION 1 : LES MANDATS A FONDEMENT CONTRACTUEL OU L'APPLICATION MODELE DE LA REPRESENTATION CONVENTIONNELLE

La représentation, essence du mandat civiliste, trouve grâce aux yeux du juge administratif dans toutes ses implications (§ 1). Il est pourtant des espèces contentieuses qui s'écartent du principe représentatif dans lesquelles la doctrine majoritaire voit la consécration du particularisme du mandat public. Ces " points d'achoppements " apparents constituent certes des exceptions à la représentation mais nullement au mandat privé car elles illustrent pleinement ce que l'on a convenu d'appeler l'effet relatif de la représentation dans le mandat (§ 2).

§ 1/ Le principe de l'effet représentatif du mandat public

Le juge tire toutes les conséquences de ce " noble caractère " (pour plagier les rédacteurs du Code civil¹⁹⁸) à l'égard des tiers au rapport de représentation, tant en ce qui concerne leurs relations contractuelles qu'extra contractuelles.

A/ Les effets de la représentation dans les rapports contractuels avec les tiers

L'effet représentatif du mandat public s'exprime à la fois lors de la passation des contrats du mandataire et lors de leur exécution.

1/ Passation des contrats du mandataire avec les tiers

La question a été fréquemment débattue de savoir si, lorsqu'il contracte avec un tiers au mandat, le mandataire est tenu au respect des obligations propres aux personnes publiques

¹⁹⁸ Et plus particulièrement le conseiller d'Etat Berlier qui reprenait l'expression à propos de la gratuité : " De sa nature, le contrat de mandat est gratuit ; c'est un office de l'amitié : ainsi le définit le droit romain et notre projet lui conserve ce noble caractère ", Fénet t. XIV, p. 584, cité par J. Valéry, Th. préc., p. 57.

mandantes ou au contraire ne se voit appliquer que ses propres contraintes, peu nombreuses s'agissant des personnes privées soumises au principe de liberté contractuelle. Certes, la loi du 12 juillet 1985 (dite loi " MOP") a tranché la question en son article 4 *in fine* qui dispose que " les règles de passation des contrats signés par le mandataire sont les règles applicables au maître de l'ouvrage "¹⁹⁹. L'article 48-1 de la loi du 29 janvier 1993 qui énonce que " les contrats de travaux, d'études et de maîtrise d'oeuvre conclus pour l'exécution ou les besoins du service public par les sociétés d'économie mixte (S.E.M.), en leur nom ou pour le compte de personnes publiques sont soumis aux principes de publicité et de mise en concurrence prévus par le Code des marchés publics dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat " ne résout pas davantage le problème²⁰⁰. Cette disposition ne concerne pas en effet les cas de mandat comme est venu l'indiquer le décret d'application du 26 mars 1993 en son article 1er alinéa 2 : " lorsqu'une S.E.M. agit en vertu d'un mandat délégué dans les conditions prévues par la loi du 12 juillet 1985 susvisée par une personne publique soumise au Code des marchés publics, la passation des contrats conclus en qualité de mandataire est soumise aux règles applicables à cette personne " et non aux seuls " principes " du Code des marchés publics²⁰¹. La précision apportée par la loi " MOP " et qui ne concerne que les mandats de délégation de maîtrise d'ouvrage publique inclus dans la loi pouvait laisser penser qu'il en allait autrement pour les autres mandats publics.

Cette thèse pouvait se targuer de soutiens doctrinaux plus ou moins récents mais non des moindres. G. Braibant par exemple²⁰² estimait dès 1961 à propos des marchés passés par les sociétés coopératives de reconstruction pour le compte des collectivités publiques que " le système de mandat permet d'échapper légalement, en ce qui les concerne, aux normes habituelles concernant le mode de passation des contrats administratifs "²⁰³. Pour aboutir à la même conclusion, F. Llorens procédait à un raisonnement généralisant la solution : " les personnes privées sont en effet exclues du champ d'application du Code des marchés publics parce qu'aucun texte, ni civil ni administratif n'oblige les mandataires à respecter le droit auquel se trouve soumis le mandat "²⁰⁴.

¹⁹⁹ J.C.C.L. 11, 1991, p. 13 et s.

²⁰⁰ J.C.C.L. 5, 1993, p. 1 et s.

²⁰¹ J.C.C.L. 8, 1993, p. 2 et s.

²⁰² La question du caractère doctrinal ou non des conclusions de commissaires du gouvernement n'est pas tranchée, semble-t-il, par la doctrine elle-même... En l'espèce, le qualificatif n'est pas excessif compte tenu de ce que la citation intervient en sus du raisonnement, à titre d'*obiter dictum*.

²⁰³ Conclusions sur C.E. Sect. 2 juin 1961 *Leduc*, A.J.D.A. II, p. 347.

²⁰⁴ Contrat d'entreprise et marché de travaux, L.G.D.J. 1981, p. 60 ; dans le même sens I. Levantis, Contribution à l'étude du mandat en droit administratif, Th. Paris II, 1978, p. 156.

Il est vrai que la jurisprudence n'avait jusqu'alors apporté aucun démenti catégorique à cette thèse à en croire le commissaire du gouvernement Genevoix²⁰⁵. Telle n'est semble-t-il plus le cas. Deux jugements du tribunal administratif de Clermont-Ferrand ont tout d'abord indiqué la voie sans que l'on sache il est vrai si la solution ne résulte pas de la loi " M.O.P. ". Le 13 mai 1986, le tribunal imposa l'obligation de transmission au représentant de l'Etat du marché passé au nom de la région. Le 19 juin de la même année, il vérifia la régularité de la passation du marché au regard des règles du Code des marchés publics et l'annula sur cette base²⁰⁶. Plus récemment, le Conseil d'Etat a appliqué l'article 256 du Code des marchés publics à un mandataire mais là aussi les circonstances ne permettent pas d'établir de façon certaine l'applicabilité du Code à tout mandataire : elles ne révèlent pas si cette applicabilité résultait de l'effet représentatif du mandat, de la nature du mandataire (en l'occurrence personne publique) ou d'une quelconque disposition textuelle particulière²⁰⁷.

L'affaire *Préfet de la région d'Ile-de-france, Préfet de Paris c/ Société de gérance Jeanne d'Arc* du 28 juillet 1995 paraît quant à elle sans équivoque²⁰⁸. Le Conseil d'Etat tire deux conséquences de la qualité de cette S.E.M. qui agissait " au nom et pour le compte " (c'est-à-dire comme mandataire - cf infra chapitre 2) de la ville de Paris : les marchés passés par cette S.E.M. dans ce cadre sont soumis au Code des marchés publics et le préfet est recevable à les déférer devant le juge administratif. Certes, la première solution ne se suffit pas à elle même pour admettre une application de principe du Code à tout mandataire. D'une part, il peut être souligné que le raisonnement du juge s'appuie sur la circonstance que ces " dispositions sont applicables aux marchés passés au nom des collectivités " comme le prévoit l'article 250 du Code. En conséquence, la solution découlerait de ce seul article et serait différente pour les marchés de l'Etat ou de ses établissements publics qui sont passés " par " eux et non en leur " nom "²⁰⁹. En outre, rien ne permet non plus d'infirmer qu'il s'agit d'une application directe de l'article 4 de la loi du 12 juillet 1985. D'autre part, le fondement de la recevabilité du déféré préfectoral est sujet à caution dans la mesure où V. Haïm y voit la résultante d'une " extension du droit du fond au droit de la procédure contentieuse "²¹⁰,

²⁰⁵ Conclusions sur T.C. 12 novembre 1984, affaire du tunnel de Saintes Marie-aux-mines, A.J.D.A. 1985, p. 158 : " La jurisprudence n'a pas pris position sur le point de savoir si le recours à la théorie de la représentation devait rendre applicable à la passation des marchés par un mandataire les règles du Code des marchés publics ".

²⁰⁶ A.J.D.A. 1986, p. 589, note J. Briseul ; M.P. 1986, n° 221, p. 10 et s. note M. François ; toutefois la loi du 12 juillet 1985 n'est jamais invoquée ni dans les visas ni dans le dispositif mais cette absence peut s'expliquer si l'applicabilité du Code n'a pas été mis en cause par les parties.

²⁰⁷ C.E. 14 décembre 1988 *Etablissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin en Yvelines*, R.D.P. 1989, p. 1795.

²⁰⁸ JCP 1996 II n° 22577, p. 62, note V. Haïm ; R.D.P. 1996, p. 580 (6 espèces).

²⁰⁹ Cf art. 39 du CMP : " Sous réserve des dispositions de l'article 123, les marchés de l'Etat et de ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial sont passés sous la forme de contrats écrits dont les cahiers des charges visés au chapitre 4 du titre 1 sont des éléments constitutifs ".

²¹⁰ Dans sa note précitée, p. 63.

autrement dit une conséquence de la compétence du juge administratif et de l'application des règles du fond qui en découle.

L'argumentation, plausible en d'autres circonstances, ne convainc pas ici même si l'administrativité du contrat ne fait aucun doute²¹¹. Parce que le lien entre la compétence et le fond est loin d'être systématique en droit public comme l'a démontré une thèse récente²¹², mais aussi parce que le raisonnement du juge en l'espèce est particulièrement éclairant, la thèse de l'effet de représentation s'impose. Pour conclure à la recevabilité du déféré préfectoral, le Conseil se contente de citer les articles 2 et 3 de la loi modifiée du 2 mars 1982 : " 1- Les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou à leur notification aux intéressés et à leur transmission au représentant ... ", le paragraphe 2 prévoyant expressément le cas des marchés et l'article 3 instituant le déféré préfectoral à leur égard. A la suite de ce rappel, le juge en déduit immédiatement que " ces dispositions sont applicables à un marché passé au nom et pour le compte d'une commune par une société d'économie mixte locale relevant des prescriptions de la loi du 7 juillet 1983 ". Cette dernière précision n'intervenant en rien dans la solution (aucune disposition de ladite loi ni aucune autre loi n'impliquant à l'époque des faits c'est-à-dire en 1990 la possibilité d'un déféré préfectoral pour un marché d'une S.E.M.), la seule explication plausible réside dans la considération qu'un tel acte pris au nom et pour le compte d'une personne soumise à la loi du 2 mars 1982 y est lui-même soumis comme s'il avait été pris par la personne publique elle-même.

Il est difficile de consacrer ainsi plus nettement l'effet de représentation attaché à tout mandat. L'application du Code des marchés publics qui s'ensuit peut logiquement s'inscrire dans cette optique, et non dans celle d'une quelconque explication liée à une rédaction différente d'articles similaires du Code qui introduirait une inégalité entre Etat et collectivités locales, au demeurant difficilement justifiable sur le plan des principes. Il y a là une solution de bon sens commandée par un légitime souci d'effectivité de la règle et confortée par la tendance contemporaine à une généralisation de la concurrence dans les divers contrats des personnes publiques ou des personnes privées sous influence publique²¹³. L'adoption du projet

²¹¹ Confirmée par le commissaire du gouvernement Frattaci dans ses conclusions sur l'arrêt - R.D.P. 1996, p. 573.

²¹² Chr. Duval, La liaison entre la compétence et le fond, Th. Aix, 1994.

²¹³ Contra : Ph. Terneyre, " Les S.E.M.L. et les contrats ", P.A. 25 octobre 1995, n° 128, p. 24 : " Les contrats des S.E.M.L. mandataires des collectivités locales ne sont pas des marchés publics tout en étant des contrats de droit public ". Pourtant, il ne serait pas très logique, face à cette généralisation (que ce soit dans les délégations de service public ou dans les marchés des S.E.M.), d'autoriser l'Etat à y déroger aussi facilement par simple recours à un mandataire que bien souvent il contrôle. Le Conseil Constitutionnel a d'ailleurs annulé une disposition initiale de la loi dite anti-corruption qui entendait exclure les S.E.M. nationales du champ d'application de son article 48 (imposant leur soumission aux " principes " du Code) comme contraire au principe d'égalité, D.C. 20 janvier 1993, J.O.R.F. 22 janvier, p. 1122.

de loi du 20 mars 1997 sur la réforme du Code des marchés publics aurait le mérite de confirmer solennellement les choses et de dissiper tout malentendu²¹⁴.

Au delà de la question du respect du Code des marchés publics, un arrêt récent du Conseil d'Etat est venu imposer au mandataire, au stade de la formation du contrat, le respect d'obligations qui touchent les personnes publiques pour lesquelles il agit, à propos de l'introduction de certaines clauses. La section du contentieux a ainsi vérifié le respect de l'interdiction faite par la loi du 23 décembre 1972 aux collectivités locales de renoncer à toute action en responsabilité à l'égard d'une personne qu'elles rémunèrent s'agissant d'un contrat passé par une personne privée agissant " pour le compte " d'une personne publique. Si le juge ne précise pas, dans les motifs de la décision, la qualité de mandataire de ladite personne privée, celle-ci résulte de la qualité de maître d'ouvrage délégué telle que l'a dégagée le commissaire du gouvernement C. Bergeal²¹⁵.

L'effet représentatif du mandat public est ainsi démontré avec netteté et se trouve confirmé par l'examen de l'exécution des contrats passés par le mandataire.

2/ Exécution des contrats du mandataire

L'effacement du mandataire propre à la représentation dans sa vision idéale ne fait pas l'ombre d'un doute fait dans ce domaine, que ce soit au détriment ou au profit du mandant. Dans l'arrêt *époux Berthot* du 6 janvier 1967, qui concernait un mandat donné à des sociétés de droit privé par une chambre de commerce (établissement public d'après la loi du 7 avril 1898), le Conseil d'Etat déclare que " lesdites sociétés agissaient en qualité de mandataire et que le contrat précité (passé par elles avec les époux Berthot) doit être regardé comme passé en réalité par cette dernière "²¹⁶. En conséquence, le contrat est administratif par l'effet de l'article 1^{er} du décret du 17 juin 1938 relatif aux contrats d'occupation domaniale passés par l'Etat, les communes, les départements, les établissements publics ou leurs concessionnaires²¹⁷. F. Llorens élargit la solution à l'ensemble des mandats des personnes

²¹⁴ Doc. A.N. 20 mars 1997, article 6.

²¹⁵ C.E. Sect. 28 janvier 1998 *Soc. Borg Warner*, A.J.D.A. 1998, p. 287, conclusions communiquées par le centre de documentation du Conseil d'Etat (on voit également par là comment le Conseil d'Etat entretient le doute sur la nature réelle du cadre dans lequel intervient l'affaire : s'agissait-il d'un mandat ou d'un contrat tel que celui de la jurisprudence S.E.R.M. ? Seules les conclusions du commissaire du gouvernement permettent d'y répondre).

²¹⁶ A.J.D.A. 1967 II, p. 417, obs. J.D.

²¹⁷ Solution reprise de l'arrêt *Lafon* du 8 janvier 1960 (p. 15) à propos d'une S.A. concessionnaire exclusif de la publicité de la S.N.C.F. à la gare St-Lazare.

publiques donnés à des personnes privées : " quand une personne privée contracte comme mandataire d'une personne publique, par application des règles régissant le mandat, c'est la personne mandante qui est partie au contrat et non la personne privée "218.

Il en résulte pour le mandant la faculté de prendre des décisions unilatérales sur la base du contrat passé par son mandataire. Dans l'affaire *Dame Culard*, parfois interprétée à tort comme une application de la jurisprudence *S.E.R.M.*, l'Etat est fondé à mettre en demeure la requérante d'acquitter une dette exigible sur la base du contrat signé entre elle et le crédit foncier de France, agissant " pour le compte de l'Etat " en vertu d'une convention préalablement passée avec ce dernier219. De même dans l'arrêt *Entreprise Grandi* du 21 janvier 1991220, le Conseil d'Etat admet que la ville de Marseille a pu légalement refuser de régler un marché en se fondant sur le non respect par l'entreprise d'une procédure de règlement des différends prévue au C.C.A.G. travaux : ce règlement est applicable alors même que le marché qui s'y réfère a été passé par une S.E.M. agissant en qualité de " maître d'ouvrage délégué pour le compte de la ville de Marseille ", c'est-à-dire comme mandataire de la ville221.

La plénitude de l'effacement du mandataire se mesure davantage encore à l'aptitude du mandant à assumer la faute de son mandataire à l'égard des tiers, qu'illustre la jurisprudence relative aux délégations de maîtrise d'ouvrage publique antérieures à la loi du 12 juillet 1985. Cette jurisprudence étant intervenue principalement dans le cadre de du décret du 27 octobre 1962 sur la construction scolaire, ses effets seront analysés avec les mandats à fondement légal. Mais il ne fait aucun doute que, de manière générale, " le maître d'ouvrage public répond envers les constructeurs des fautes commises par le maître d'ouvrage délégué dans l'exercice de ses fonctions " comme l'observe Ph. Terneyre222. Inversement, le mandataire ne saurait être tenu pour responsable des fautes commises par les entrepreneurs qu'il a lui-même choisis et n'engage pas, dès lors, sa responsabilité contractuelle223. S'agissant des mandats à fondement contractuel, l'imputation des fautes du mandataire sur la tête du mandant se retrouve dans les rapports extra contractuels qu'il entretient avec les tiers.

²¹⁸ " Une nouvelle application du mandat en droit administratif : la délégation de maîtrise d'ouvrage publique ", P.A. 2 juillet 1986, n° 78, p. 25.

²¹⁹ C.E. Sect. 18 juin 1976, A.J.D.A. 1976, p. 579 et s., note M. Durupty. Parfois, la décision unilatérale trouve son fondement non dans le contrat mais " en vertu des règles applicables aux contrats administratifs ", T.A. Paris 30 juin 1970 *Sieur Puntous*, p. 846 à propos d'un contrat conclu par Air-France pour le compte de l'Etat avec des stagiaires.

²²⁰ C.E. 21 janvier 1991 *Entreprise Grandi*, Req. 60.127.

²²¹ Cf C.E. 26 juillet 1978 *Monge et Le chèvre*, Req. 3078 ; C.E. 22 juin 1983 *Soc. Entreprise Coutant*, Req. 28489 ; C.E. 26 juin 1985 *Comm. De Rethel*, rec. T. p. 748. Voir également la solution implicite dans les conclusions Lasserre sur l'arrêt *Commune de Gray* du 25 juillet 1985, M.P. 1986, n° 216, p. 16 et s. notamment p. 17.

²²² Note sous C.E. 12 janvier 1994 *Société d'équipement du Poitou*, D-S 1995, S.C. p. 124.

²²³ C.E. 10 mai 1985 *O.P.H.L.M. du Cantal et autres*, Req. 23.433.

B/ Les effets de la représentation dans les rapports extra contractuels avec les tiers

A l'égard des tiers non contractants du mandataire, les relations que le mandant peut être amené à nouer révèlent un caractère d'extranéité évident. Il est possible d'y adjoindre les rapports nés d'une relation contractuelle antérieure mais expirée.

1/ Les relations post-contractuelles avec les tiers

Avec la maîtrise d'ouvrage déléguée telle qu'elle pouvait avoir cours librement avant que la loi du 12 juillet 1985 ne vienne mettre un frein à ce qui était considéré comme une déresponsabilisation, l'effet de représentation jouait entièrement dans la mise en oeuvre de la responsabilité décennale des constructeurs. Il est constant que la faute du maître d'ouvrage délégué est de nature à atténuer la responsabilité encourue par les constructeurs à l'égard du maître d'ouvrage. Dans l'arrêt *Soc. Du Cassou et Cie* du 10 janvier 1986, le Conseil d'Etat juge, à propos de la responsabilité encourue par cette société à l'égard d'une ville, que cette responsabilité " est atténuée tant par la faute commise par les services de l'Etat en choisissant le procédé Fiolo que par celle du locataire de l'institut médico-éducatif ", institut que l'Etat s'était engagé à construire en qualité de maître d'ouvrage délégué de la ville²²⁴. La solution a été confirmée dans le même contexte quelques années plus tard²²⁵.

Le contentieux de la responsabilité décennale des constructeurs lors de l'intervention d'un maître d'ouvrage délégué était voué à un bel avenir avec le lancement par l'Etat d'une opération dite " mille piscines " à la fin des années soixante, destinée à équiper un certain nombre de communes à moindre coût. Celles-ci s'engageaient à participer au financement et à fournir les terrains nécessaires et à confier la maîtrise d'ouvrage déléguée à l'Etat qui imposait ainsi un procédé de construction choisi au plan national après appel d'offre. Près de deux cents piscines dites " Caneton " se sont révélées rapidement défectueuses et les communes concernées, à l'exception d'une poignée d'entre elles qui avaient refusées de donner quitus à l'Etat de sa mission, n'ont pu obtenir réparation sur la base de la responsabilité contractuelle de leur mandataire. Qui plus est, elles se sont vues opposer la faute de l'Etat dans le choix du procédé pour atténuer la responsabilité des constructeurs à leur égard, conformément à l'effet

²²⁴ Req. 33.040.

²²⁵ C.E. 17 février 1992 *Consorts Pinon et entreprise Ducassou*, Req. 90.630.

représentatif du mandat²²⁶. Un arrêt en date du 10 juillet 1996 a confirmé, à propos d'autres travaux, une solution qui ne prête à aucune équivoque²²⁷.

Le contrat conclu par le mandataire avec un tiers peut influencer plus positivement sur l'action du mandant. Ainsi la ville de Juan-les-Pins était-elle fondée à demander l'expulsion du Sieur Prades à l'expiration du contrat conclu par lui avec le syndicat d'initiative, contrat qui revêtait un caractère administratif²²⁸. Même si le terme de mandat n'apparaît pas, les effets induits par la solution consacrent pleinement son existence.

2/ Les relations avec les tiers non contractants

En matière de responsabilité du mandant du fait de son mandataire, la décision du Conseil d'Etat *Ville de Saintes* du 15 octobre 1986 représente l'archétype du mandat classique²²⁹. Si le terme n'est pas employé, la présence de l'expression " au nom et pour le compte " d'une commune fait office de périphrase à la notion de mandat, d'autant que " cette qualité se déduit nécessairement des effets juridiques que la haute juridiction attache à la convention ", comme le suggère Ph. Terneyre²³⁰. Effectivement, un tiers victime de dommages sur sa propriété à la suite de travaux engagés par une S.E.M. d'aménagement actionna la ville devant le juge administratif. Celle-ci soutenait devoir être déchargée de cette responsabilité en raison de la qualité de concessionnaire de la S.E.M. qui ne rend la personne concédant condamnable qu'en cas d'insolvabilité de ce dernier²³¹. Mais le Conseil d'Etat conclut inversement que la S.E.M. " n'était pas concessionnaire mais seulement chargée de l'exécution des travaux " au terme d'un raisonnement original du point de vue de l'identification d'un mandat,²³² et qu'" alors même que le dommage est intervenu avant la réception définitive confiant à la ville la garde de l'ouvrage, celle-ci n'est pas fondée à invoquer, pour être

²²⁶ Sur la chronique tant politique que juridique de cette affaire, voir l'article paru dans *Le Monde* du 23 mai 1994 " Le scandale des piscines Caneton ", Supplément " Heures locales ", p. 1 et 2.

²²⁷ C.E. 10 juillet 1996 *Comm. de Boissy-Saint-Léger*, Req. 132921, rapporté par M. Guibal dans sa chronique des marchés publics au JCP-E 1997, n° 647, p. 168 : " Il est généralement admis que les fautes commises par un maître d'ouvrage délégué sont opposables au maître public de l'ouvrage et sont de nature à atténuer la responsabilité encourue envers ce dernier par les constructeurs ".

²²⁸ C.E. 18 décembre 1936 *Sieur Prade*, D. 1938. 3. 70, S. 38. 3. 57. Certes le syndicat n'est pas expressément qualifié de mandataire mais les effets impliqués par sa situation sont ceux d'un mandat. Pourtant, I. Poirot-Mazères refuse d'y voir un mandat (Th. préc., p. 94 et s.).

²²⁹ Rec. T. p. 1091 ; D.S. 1987, S.C. p. 284, obs. Ph. Terneyre.

²³⁰ obs. préc., p. 284.

²³¹ Par exemple C.E. 10 février 1961 *Ville de Béziers*, p. 113.

²³² Cf infra Chap. 2, Section 1.

déchargée de sa responsabilité envers un tiers victime de dommages les stipulations contractuelles sus analysées régissant les rapports avec la S.E.M. ²³³. En conséquence, la commune est condamnée à réparer le préjudice subi par la victime du fait des travaux engagés par la S.E.M. La référence aux circonstances d'après lesquelles la commune " participait au contrôle de leur exécution et que les réceptions provisoires étaient prononcées conjointement " ne doit pas leurrer : le juge ne s'est nullement basé sur une unique faute du mandant, mais sur une faute conjointe du mandant et du mandataire dont doit répondre entièrement la commune.

La solution dégagée pour une maîtrise d'ouvrage déléguée plus " classique " (c'est-à-dire qui dit son nom) donne crédit à cette explication. Dans l'arrêt du 6 mai 1988 *Ville de Denain*, le Conseil d'Etat commence par un considérant de principe²³⁴ : " la convention du 30 juin 1978 par laquelle la ville de Denain a confié à la S.A.E.N. les études et la réalisation du nouvel hôtel de ville et lui a conféré la qualification de maître d'ouvrage délégué, n'a pas eu pour effet de faire perdre à cette collectivité la qualité de maître d'ouvrage pour la période précédant la réception définitive des travaux et de la décharger, vis à vis des entreprises sous-traitantes, de la responsabilité qui peut être encourue par le maître d'ouvrage du fait de la méconnaissance de la loi du 31 décembre 1975 ²³⁵. Jusque là rien dans la solution ne paraît résulter de sa situation de mandant. Mais si la ville est condamnée à payer le montant non réglé aux sous-traitants par l'entreprise mise en liquidation qu'elle ne pouvait pas ne pas connaître, c'est parce qu'elle est " responsable tant de ses fautes que de celles de son mandataire ".

La solution a la netteté des arrêts relatifs au mandat, même si le raisonnement qui voit dans l'attitude du mandant une faute laisse perplexe. Il paraît guère contestable en effet que l'acceptation des sous-traitants devait rentrer dans les attributions du maître d'ouvrage délégué²³⁶. Au demeurant, l'arrêt semble confirmer *in fine* cette analyse puisqu'il condamne, non sans quelques contradictions, le mandataire à garantir entièrement de sa condamnation la commune mandante : " La ville de Denain est fondée à demander la réformation de l'article 2 du jugement en tant qu'il ne condamne la S.N.C.I. (sic) à la garantir que de la moitié des condamnations prononcées au profit des entreprises sous-traitantes ". L'erreur de rédaction (c'est la S.A.E.N. et non la S.N.C.I. qui est appelée à garantir, ce que le dispositif confirme) pourrait être révélateur d'un certain empressement dans le raisonnement du juge qui le conduit à une solution difficilement justifiable : comment admettre que les coauteurs d'une faute ne

²³³ M. Moderne rapproche cet arrêt de la jurisprudence *S.E.R.M.* Si des similitudes se font jour, des divergences essentielles subsistent - cf infra Titre 2.

²³⁴ C.J.E.G. 1988, p. 375 et s., note F. Moderne.

²³⁵ Ibid., p. 375 et 376.

²³⁶ " La démonstration semblait plutôt permettre d'envisager la responsabilité du mandataire envers le sous-traitant " souligne à cet égard F. Moderne, *ibid.*, p. 378.

soient pas reconnus coresponsables l'un à l'égard de l'autre ?²³⁷ Il eut été plus simple d'admettre que la faute résida uniquement dans le fait du mandataire dont devait répondre le mandant, quitte à ce que ce dernier se retourne ultérieurement contre lui. Il y a là une bizarrerie jurisprudentielle qui n'ôte rien toutefois à l'effet représentatif du mandat, comme l'a confirmé le Conseil d'Etat en rendant le mandant responsable de la faute de son mandataire.

Enfin, toujours dans le cadre de la responsabilité extra contractuelle mais consécutive à une décision unilatérale d'un mandataire, le Conseil d'Etat déclare que " si le tribunal administratif de Nice a déclaré que la requête du sieur Maturin était mal dirigée en tant qu'elle tendait à mettre en cause tant l'Etat que la S.E.M. (agissant comme mandataire de la ville), il a par ailleurs précisé que la demande n'aurait pu être valablement dirigée que contre la ville de Nice ; que le jugement ne contient pas, sur ce point, de contradiction "²³⁸. Autrement dit, seule la ville mandante doit répondre d'éventuels dommages imputables à une décision unilatérale émanant de son mandataire (en l'occurrence une décision de refus d'attribution d'un emplacement dans un marché d'intérêt national).

Il y aurait d'autres effets du mandat à évoquer qui confirment la représentativité du mandataire mais qui apparaissent trop marginaux ou surabondants pour être évoqués ici²³⁹.

La démonstration ne serait pas complète sans l'évocation d'un arrêt incompatible avec la théorie du mandat et dont l'assimilation aux cas de délégations de maîtrise d'ouvrage publique relève de l'aporie. Dans l'affaire *DON DEL et autres* du 5 février 1982²⁴⁰ était en cause un litige en apparence similaire à une délégation de maîtrise d'ouvrage publique et lié à des défauts dans les remblais d'une piscine que l'Etat s'était engagé à construire au profit d'un syndicat intercommunal à vocation multiple (S.I.V.O.M.). Le S.I.V.O.M., après remise de l'ouvrage, actionna les constructeurs et dans un considérant de principe, le Conseil d'Etat jugea que " le S.I.V.O.M. n'est pas fondé à exciper des manquements aux obligations stipulées dans la convention conclue entre l'Etat, maître de l'ouvrage et MM. DON DEL, Lesage et Noir, chargés de la direction générale des travaux, à laquelle il n'était pas partie, pour soutenir que la responsabilité des architectes est, à raison de ces manquements, engagée à son égard ". Il n'en fallait pas plus à F. Moderne pour en déduire que " les contrats de louage d'ouvrage et les marchés publics de travaux sont conclus avec le maître d'ouvrage délégué et non avec le maître d'ouvrage déléguant " et que " le Conseil d'Etat fait donc application de l'effet relatif

²³⁷ Ainsi que l'a admis le Conseil d'Etat lui-même à peine 7 mois plus tard : C.E. 14 décembre 1988 *Etablissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines*, R.D.P. 1989, p. 1795-1796.

²³⁸ C.E. 10 mars 1971 *Sieur Maurin*, p. 199.

²³⁹ Par exemple une circulaire du Ministère des finances assimile une dépense réelle d'investissement faite par une collectivité locale à celle d' " un mandataire légalement autorisé " pour établir les dépenses éligibles au fond de compensation de la T.V.A. , citée par L. Rapp " Les M.E.T.P. éligibles au fond de compensation ? ", M.T.P. 19 juillet 1996, p. 35 ; Voir aussi, moins net, C.E. 28 décembre 1988 *Association S.O.S. Paris*, Req. 74.957 qui octroie au mandataire le droit d'expropriation à partir d'un contrat de mandat mais aussi d'un décret.

²⁴⁰ P. 53.

des contrats "²⁴¹. La prudence s'oppose ici à une généralisation excessive. Il convient de relever en effet que les circonstances conduisent à réduire la portée de cet arrêt au seul cas d'espèce. Non seulement il n'est jamais fait référence à un quelconque mandat mais qui plus est il n'est pas davantage question de maîtrise d'ouvrage déléguée, comme le releva dès 1986 F. Llorens, sans toutefois aller jusqu'au bout du raisonnement²⁴².

En réalité, les dispositions du contrat initial passé entre l'Etat et la commune qui taient la délégation de maîtrise d'ouvrage publique expliquent cette particularité²⁴³. Il n'y a pas eu une telle délégation mais un transfert de maîtrise d'ouvrage publique après la remise de l'ouvrage, qui autorise seulement une action en garantie décennale sans que le nouveau maître de l'ouvrage ne puisse invoquer les stipulations du contrat passé par l'ancien, à l'image d'un nouveau propriétaire qui pourrait agir en responsabilité décennale s'il avait acquis l'ouvrage avant l'expiration du délai²⁴⁴. M. Moderne lui-même, dans son commentaire précité de trois arrêts du Conseil d'Etat relatifs à de véritables délégations de maîtrise d'ouvrage publique, admet qu' " il conviendrait éventuellement de tenir compte pour l'exercice des actions en responsabilité des formes spécifiques prévues par le contrat " et que " la collectivité ayant reçu l'ouvrage construit pour son compte peut assigner les constructeurs en réparation des dommages imputables à la fraude ou au dol (...) bien que la responsabilité trentenaire des constructeurs soit regardée plutôt comme une responsabilité d'ordre contractuelle " ²⁴⁵. L'assimilation du maître d'ouvrage délégué à un mandataire se révèle ainsi logique, là où elle ne trouve pas à s'appliquer compte tenu des circonstances de l'espèce dans l'arrêt *DON DEL*. Certains des exemples cités s'inscrivent toutefois dans des hypothèses de mandats à fondement légal qui, s'ils ne diffèrent que rarement des mandats à fondement conventionnels, mériteront un traitement particulier après l'étude de l'effet relatif de la représentation.

²⁴¹ F. Moderne " Incidences contentieuses de la délégation de maîtrise d'ouvrage publique ", Quot. Jur. 13 février 1990, p. 17.

²⁴² P.A. 2 juillet 1986, art. préc. p. 30, note 208 : l'auteur n'en présente pas moins en effet la solution comme une contradiction supplémentaire du mandat public.

²⁴³ " Par convention du 7 septembre 1971, l'Etat s'est engagé à construire sur le territoire de la commune (...) une piscine présentant un caractère expérimental ".

²⁴⁴ C'est une fois encore F. Moderne qui fait la remarque : " on sait que les actions en responsabilité décennale peuvent être transmises aux acquéreurs de l'immeuble même sans subrogation et sans qu'il y ait lieu de tenir compte des parties au contrat (...) Il va sans dire que le bénéficiaire de cette transmission peut se voir opposer les fautes du maître de l'ouvrage auquel il a succédé ", note sous C.E. Sect. 21 octobre 1977 *Monge*, A.J.D.A. 1978, p. 284.

²⁴⁵ Note préc. p. 17, à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat 12 mai 1989 *Département du Puy de Dôme*. Pourtant, un peu plus loin, il persiste dans son idée que " après la réception, le maître d'ouvrage ne peut rechercher que la responsabilité décennale des constructeurs, ce qui lui interdit de se référer aux manquements aux obligations contractuelles " sur la base de l'arrêt *La Mache* du 17 avril 1989 qui dit exactement le contraire : " Considérant qu'en vertu tant de ses obligations professionnelles que des stipulations de son contrat, M. La Mache (...) avait l'obligation d'appeler l'attention du maître de l'ouvrage sur ces défauts ...", en conséquence de quoi il est condamné à réparer le dommage à concurrence de 40 % compte tenu de la responsabilité propre de l'Etat mandataire (ibid).

§ 2/ La compatibilité de l'effet relatif de la représentation avec la théorie civiliste du mandat

C'est à ce stade que se situe le noeud gordien de la prétendue adaptation du mandat public au mandat de droit privé. Lorsque le juge administratif reconnaît la responsabilité du mandataire à l'égard du tiers et réciproquement, il ne fait pas autre chose que consacrer la relativité des effets de représentation, à l'image du droit privé. Le seul particularisme que l'on pourra lui reconnaître est de l'ordre d'une facilité contentieuse que le droit privé reconnaît beaucoup moins fréquemment au tiers mais qui n'obère en rien la validité du principe. Elle consiste en l'introduction d'une option laissée au tiers requérant entre la recherche de la responsabilité du mandant ou de celle du mandataire.

La relativité de la représentation se conjugue ainsi de deux manières : quand le mandataire est tenu de ses fautes à l'égard du tiers²⁴⁶ et inversement lorsque le mandataire est seul autorisé à engager la responsabilité contractuelle du tiers.

A/ L'engagement de la responsabilité du mandataire à l'égard du tiers

Sera exclue de l'étude, la responsabilité du mandataire à l'égard du mandant qui ne concerne pas, on le sait, le rapport de représentation²⁴⁷.

1/ Principes théoriques

Assurément, le mandataire engage sa responsabilité s'il commet des délits et quasi-délits ou en cas de dépassement de son pouvoir conformément au droit privé. De façon plus originale, la jurisprudence administrative a très tôt admis sa responsabilité lorsque la faute trouve son origine dans la mauvaise exécution de ses obligations contractuelles nées du contrat passé avec le tiers. En un mot, il engage alors sa responsabilité contractuelle à l'égard du tiers contractant. Ce seul fait ne constitue pas véritablement une révolution juridique

²⁴⁶ La condition relative à la faute est indispensable ; à défaut, les conclusions à son encontre sont automatiquement rejetées - C.E. 17 février 1978 Soc. " Cie française d'entreprise ", p. 88.

²⁴⁷ Cf Iehring : " mandat et représentation désignent deux côtés différents d'un même rapport : mandataire et mandant désigne le rapport relatif à deux personnes, le côté interne du rapport ; représentant et principal désigne au contraire leur position à l'égard des tiers, le côté externe du rapport ", cité par E. Pilon, Th. préc., p. 281, note 408.

compte tenu de l'évolution du mandat de droit privé lui-même²⁴⁸. Il n'exclut effectivement en aucune circonstance la possibilité pour le tiers d'actionner s'il le désire, à la place du mandataire le mandant directement ou même les deux à la fois. Le commissaire du gouvernement Rivet avait déjà pris acte dès 1927 de cette possibilité : " tout en reconnaissant que la faute dans l'exécution du mandat fait apparaître en quelque sorte la personnalité du mandataire jusqu'alors confondue avec celle du mandant et autorise contre le mandataire l'ouverture d'une action distincte, les tribunaux judiciaires - en ce sens req. 20 janvier 1880 et 31 juillet 1895 - ne retirent nullement à la victime le droit de poursuivre, si elle le désire, le mandant lui-même considéré comme responsable du choix qu'il a fait d'un représentant négligeant ".²⁴⁹ La remarque du commissaire Rivet, aussi explicite soit elle, trahit cependant une généralisation excessive. Les exemples cités sont circonscrits à des cas limités de responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle²⁵⁰. En revanche, le droit administratif ne connaît pas d'exception à la règle évoquée. Il n'y a pas en droit administratif d'exemples de mandants qui ne soient pas déclarés responsables de la faute de leur mandataire si la demande leur est adressée. Quelle que soit la nature de cette faute, les arrêts abondent qui reconnaissent soit une responsabilité du mandant, soit du mandataire, soit des deux suivant la demande exprimée par le tiers lésé.

C'est donc en termes d'action optionnelle qu'il faut raisonner en droit administratif. Quand le mandataire est déclaré responsable de ses fautes vis à vis du tiers, cela résulte très probablement non d'une impossibilité pour ce dernier d'actionner le mandant mais d'un choix opéré par lui. La question n'est pas de savoir, en droit administratif, si le tiers doit rechercher la responsabilité du mandant mais seulement s'il peut rechercher celle du mandataire. La représentation jouera donc vis-à-vis du tiers soit parce qu'il décide de rechercher la responsabilité du mandant, soit parce qu'il recherche celle du mandataire, à charge pour ce dernier de se retourner contre le mandant.

2/ Applications jurisprudentielles

Les exemples jurisprudentiels de mise en jeu de la responsabilité contractuelle des mandataires à l'égard des tiers contractants ne revêtent pas, de fait, l'importance que l'on veut

²⁴⁸ Cf supra Chap. préliminaire.

²⁴⁹ Conclusions sur C.E. 1927 *Triller*, R.D.P. 1927, p. 70.

²⁵⁰ En principe, le droit privé semble consacrer alors une responsabilité alternative dans la mesure où, si le mandataire est reconnu responsable, le mandant ne peut être impliqué sauf s'il est à l'origine de la faute délictuelle ou quasi délictuelle du mandataire. Pour la responsabilité contractuelle du mandataire, les exemples manquent pour se prononcer dans un sens ou dans un autre.

bien généralement leur accorder²⁵¹, au point qu'il convient par conséquent de nuancer l'idée d'un effet relatif de la représentation dans le mandat public.

Dans l'arrêt du 14 décembre 1988 déjà évoqué, le mandataire d'un syndicat d'aménagement est condamné à réparer une partie du préjudice avec le mandant lui-même. Certes, le Conseil d'Etat avait décelé une faute dans l'attitude de chacun de ces protagonistes²⁵². Mais le fondement de cette coresponsabilité ne réside aucunement dans cette circonstance puisque dans une situation identique (l'arrêt *Ville de Denain* précité), le Conseil d'Etat avait condamné la seule commune mandante à l'égard du tiers, malgré une faute conjointe, en raison de la demande du tiers qui d'après les visas de l'arrêt était adressée au seul mandant.

Ces espèces légitiment la thèse du libre choix laissé au tiers lésé dans la détermination de la personne appelée à répondre de la faute du mandataire.

La relativité des effets du mandat donne sa cohérence par ailleurs à une formulation qui a fait couler beaucoup d'encre. Il s'agit d'un considérant de l'arrêt *époux Berthot* du 6 janvier 1967²⁵³ dans lequel le Conseil d'Etat précise qu'" en refusant de renouveler le contrat de location dont s'agit, et en exigeant la libération dudit emplacement, les sociétés mandataires de la chambre de commerce de Troyes n'ont commis aucune faute de nature à engager leur responsabilité à l'égard des requérants ". De ces termes, il pouvait être légitimement déduit que le juge avait visé les seules fautes délictuelles ou quasi délictuelles qui ne sont pas en principe de nature à engager la responsabilité du mandant. Mais J.P. Négrin fit justement remarquer que dans une telle hypothèse, seule la juridiction administrative serait compétente et que par conséquent il ne pouvait être question que de responsabilité contractuelle²⁵⁴. Sur sa lancée I. Poirot-Mazères semble le concéder mais tend à minimiser l'importance de cette " dérogation " aux règles du mandat à l'image de H.-G. Hubrecht²⁵⁵. Cette volonté tenace de conserver au mandat public les traits du mandat de droit privé eut été plus convaincante en démontrant que la formulation de l'arrêt Berthot n'était en rien contraire au modèle idéal privatiste. L'examen par le juge de l'éventuelle responsabilité des mandataires à l'égard des tiers contractants ne peut se comprendre qu'à la lumière de l'origine de cet examen. Le juge se prononce sur la " demande d'indemnisation présentée par les époux

²⁵¹ En ce sens, H.G. Hubrecht, *Les contrats de Service Public*, Th. Bordeaux, 1980, p. 142 : " il paraît bien difficile dans ces conditions de prétendre que la responsabilité du mandataire est la règle en droit administratif ".

²⁵² R.D.P. 1989, p. 1796.

²⁵³ P. 3.

²⁵⁴ J.P. Négrin, *L'intervention des personnes privées dans l'action administrative*, Th. Aix, 1970, p. 289 ; contra Y. Brard, *La responsabilité administrative des personnes privées*, Th. Caen, 1975, p. 31 et 32.

²⁵⁵ I. Poirot-Mazères, Th. préc., p. : " accepter les conclusions de cet auteur aboutit à remettre en cause la théorie du mandat en droit administratif et ce, en se fondant exclusivement sur deux arrêts dont l'interprétation est aléatoire et la situation au sein de la jurisprudence du Conseil d'Etat pour le moins marginale " ; l'autre arrêt en cause est l'arrêt *Bernard* du 16 février 1966 sur lequel on reviendra (cf infra section 2) ; H.G. Hubrecht, Th. préc., p. 140.

Berthot " qui visait sans aucun doute uniquement les mandataires puisque le Conseil d'Etat n'examine à aucun moment la responsabilité du mandant. C'est donc sur la base de cette demande adressée directement au mandataire que le juge est fondé à examiner l'éventuelle responsabilité de celui-ci et ce, quelle qu'en soit sa nature.

Ainsi, la méconnaissance de cette explication par l'ensemble des auteurs les conduit, y compris ceux d'entre eux qui cherchent à en minimiser l'importance, à " découvrir " dans le mandat public un particularisme, que la jurisprudence ne consacre pas véritablement²⁵⁶. Une autre prétendue originalité de ce mandat réside traditionnellement dans l'engagement de la responsabilité du tiers par le mandataire lui-même.

B/ L'engagement de la responsabilité du tiers contractant par le mandataire

La délégation de maîtrise d'ouvrage publique, antérieurement à la loi du 12 juillet 1985 et hormis celle relative aux constructions scolaires assimilable à un mandat à fondement légal, fournit une fois encore la matière première de l'analyse de ces rapports²⁵⁷. Elle ne nous retiendra moins longtemps toutefois tant l'argumentation d'une incompatibilité avec le mandat paraît peu fondée.

1/ La thèse d'une incompatibilité avec le mandat classique

A dire vrai, la mise en oeuvre de la responsabilité des constructeurs par le mandataire est présentée fréquemment comme choquante au regard des règles du mandat sans qu'il soit expliqué ce qu'il y a de choquant. Ainsi L. Richer dans un article de fond sur " le contrat administratif de mandat ", par ailleurs très approfondi, se contente à ce sujet d'affirmer que certaines " solutions ne sont pas conformes à la théorie classique du mandat ". Après avoir évoqué " le cas d'un arrêt qui dénie à la commune mandante le droit d'agir contre l'architecte choisi par une association de reconstruction, au motif qu'elle n'a pas de rapports contractuels avec lui ", l'auteur précise : " il en va de même dans un cas voisin où il est décidé que seul

²⁵⁶ Un seul arrêt d'une cour administrative d'appel dénie qualité au tiers pour mettre en oeuvre la responsabilité du mandataire-délégué de maîtrise d'ouvrage mais encore cela résulte-t-il du contrat passé par le tiers avec le mandataire : C.A.A. Nantes 27 mai 1993 *Soc. S.T.A.A.L.*, Req. 90 NT00662.

²⁵⁷ Dont l'assimilation au mandat par la jurisprudence paraît bienvenue dans la mesure où le juge judiciaire, à propos d'une délégation de maîtrise d'oeuvre privée, conclut également à un mandat - Civ. 1^{ère} 19 février 1968, G.P. 1968 - 2 - 144.

L'Etat mandataire peut mettre en jeu la responsabilité contractuelle de l'entreprise jusqu'à la réception définitive ²⁵⁸. A l'inverse du premier arrêt cité qui constitue une véritable dérogation²⁵⁹, la deuxième hypothèse basée sur la décision *Ringuez* du 5 mars 1982 ne convainc pas²⁶⁰.

Certes l'arrêt n'envisage même pas la faculté pour le mandant d'intervenir. Seul le mandataire est habilité à rechercher la responsabilité du tiers contractant. Mais la non conformité avec la théorie du mandat n'est pas à ce point évidente qu'elle était dispensée d'explication.

Elle l'était d'autant moins que cette particularité, citée à propos d'un mandat à fondement légal, se retrouve dans toutes les délégations de maîtrise d'ouvrage publique, y compris à fondement contractuel. L'arrêt *Commune de Gray* de 1985 précité le confirme²⁶¹. Ph. Terneyre étend d'ailleurs la solution à toute délégation de maîtrise d'ouvrage publique : " jusqu'à la remise des ouvrages à la collectivité publique, seul le maître d'ouvrage délégué est recevable à engager la responsabilité contractuelle des constructeurs. Après la remise des ouvrages, seul le maître d'ouvrage principal est recevable à engager les garanties post-contractuelles des constructeurs " ²⁶².

2/ La justification liée à l'étendue de la mission

L'explication ne peut bien évidemment être recherchée dans une faute du mandataire qui ferait apparaître sa personnalité, puisqu'au contraire c'est la faute du tiers qui est en cause. Cette particularité (en principe le mandant est censé pouvoir agir contre le tiers contractant sur un fondement contractuel puisqu'il est censé être partie au contrat passé par son mandataire) ne constitue pas pour autant une exception au mandat. Ce pouvoir donné au mandataire apparaît en réalité comme inclus dans sa mission de maîtrise d'ouvrage déléguée. Il découle en effet soit du texte originel dans le cas d'un mandat à fondement légal, soit du contrat de mandat lui-même dans l'hypothèse d'un mandat à fondement contractuel qui nous intéresse

²⁵⁸ Economie mixte, Septembre — octobre 1994, n° 10, p. 48 et s.

²⁵⁹ Infra section 2.

²⁶⁰ C.E. 5 mars 1982 *Min. De l'Education Nationale c/ Sieur Ringuez*, p. 103.

²⁶¹ M.P. 1986, n° 216, p. 17 et s. A propos d'une des fameuses piscines " Caneton ", le Conseil d'Etat condamne l'Etat au profit de la commune du fait de sa faute et parce que quitus ne lui avait pas été donné : il " doit prendre en charge la totalité du coût des travaux de mise en conformité, à charge pour lui, le cas échéant, de mettre en jeu la responsabilité contractuelle des constructeurs ". A noter que la situation de la commune est différente à l'égard des tiers et des usagers car elle a dès la réception provisoire la qualité de maître de l'ouvrage alors qu'à l'égard des constructeurs c'est le maître d'ouvrage délégué qui conserve cette qualité. Cf Conclusions Lasserre, préc., p. 19.

²⁶² Dans ses observations sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 12 janvier 1994 *Soc. d'équipement du Poitou*, D-S 1995 S.C. p. 124.

particulièrement ici²⁶³. A titre d'exemple, et même si c'est au prix d'une interprétation des stipulations contractuelles particulièrement constructive, le Conseil d'Etat estima que " si l'E.P.A.R.M.A.R.N.E., qui assume au nom et pour le compte du syndicat communautaire d'aménagement la direction des travaux, a qualité pour mettre en cause la responsabilité des constructeurs et des architectes jusqu'à la remise de l'ouvrage, le syndicat (...) a seul qualité après cette remise, pour mettre en jeu la responsabilité décennale des constructeurs ". Le contrat de mandat n'était en effet pas aussi explicite. Il indiquait que " jusqu'à la remise des ouvrages, l'établissement public exercera toutes actions en responsabilité découlant de l'application des articles 1792 et 2270 du Code civil relatifs à la responsabilité décennale. A compter de cette remise, le syndicat communautaire exercera ces mêmes actions ". Il reste que malgré cette rectification d'une stipulation maladroite, le juge fonde cette particularité sur le contrat lui-même dans la mesure où il s'attache à la fin de la mission du mandataire fixée par le contrat non à la réception définitive comme habituellement mais à la remise des ouvrages.

Cette prérogative du mandataire n'est pas dérogoratoire aux règles du mandat, elle est une dérogoration à la répartition usuelle des actions respectives du mandant et du mandataire. Au reste, le droit privé vient au secours de cette thèse. D. Alexandre envisage très bien cette possibilité dans le mandat de droit privé : " le mandataire ne peut actionner les tiers en son nom propre, il ne peut le faire que pour le compte du mandant, si celui-ci lui a confié cette mission "²⁶⁴.

L'étude du mandat à fondement contractuel a fait ainsi la démonstration de sa compatibilité avec la théorie classique du mandat. De la compatibilité à la conformité, il n'y a qu'une différence de degré et non de nature et la particularité observée, que l'on peut qualifier d'action optionnelle, si elle empêche une parfaite assimilation, n'autorise pas à qualifier le mandat public de mandat adapté, doté d'un réel particularisme. Cette option, qui permet au tiers d'actionner indifféremment le mandataire ou le mandant, trouve très probablement son fondement dans une autre particularité. Dans la mesure où l'identification de l'existence d'un mandat n'est pas fonction, en droit administratif, de la connaissance qu'à le tiers de cette existence (cf infra, chapitre 2), et qu'ainsi rien ne garantit qu'il en a conscience, il lui est fait droit de poursuivre qui bon lui semble.

Cette thèse pourrait être appuyée par la soumission fréquente aux autres règles d'exécution du mandat. Leur caractère accessoire autorise de ne point s'y attarder conformément à ce qui a été dit à propos de l'essence du mandat.

²⁶³ En ce sens, F. Moderne, note sous l'arrêt Ville de Denain précité, C.J.E.G. 1988, p. 378 : " il convient alors, à notre sens, d'admettre que la délégation de maîtrise d'ouvrage publique confère bien au délégataire la qualité de maître d'ouvrage jusqu'à la réception définitive ".

²⁶⁴ Art. préc., fasc. 2, n° 102.

La représentation, essence du mandat : la pertinence de ce lien, affirmé s'agissant du mandat à fondement contractuel, doit être appréciée désormais dans toutes les hypothèses de mandats à fondement légal, afin de tirer des conclusions définitives sur le mandat public.

SECTION 2 : LES MANDATS A FONDEMENT LEGAL OU L'APPLICATION MODULABLE DE LA REPRESENTATION CONVENTIONNELLE

Le traitement particulier réservé à ces types de mandat pourra paraître *a posteriori* superficiel, tant dans l'immense majorité des cas, la similitude avec le mandat à fondement contractuel est totale. Mais la vertu pédagogique assignée à une telle méthode atteste de son utilité quand l'on se penche de près sur le mandat issu de la loi du 16 juin 1948.

Etudier ces mandats, notamment à travers les règles instaurées par les textes les instituant, suppose que ceux-ci apportent un minimum d'éléments concernant le régime du mandat concerné. Seront donc écartés les mandats issus de textes qui se bornent à autoriser la passation d'un contrat de mandat dans tel ou tel cadre, avec telle ou telle personne, dont le régime sera en réalité celui d'un mandat à fondement contractuel. A titre d'exemple peut être cité le décret du 21 décembre 1984 qui précise simplement les conditions de passation d'une délégation de maîtrise d'ouvrage publique entre communes et établissements publics d'aménagement²⁶⁵. S'y ajoutent les mandats que le législateur confie, en réalité unilatéralement et non sur la base d'un contrat, à une autre personne, comme par exemple la loi du 2 juillet 1990 sur la gestion des comptes des comptables et régisseurs publics par la Poste " en leur nom et pour leur compte "²⁶⁶. Enfin, les lois n° 89-486 du 10 juillet 1989 et 90-587 du 4 juillet 1990 ont prévu des délégations de maîtrise d'ouvrage publique universitaire, l'une au profit des établissements d'enseignement supérieur, l'autre au profit des collectivités locales, dans des conditions (mais non dans un régime) dérogoires à la loi M.O.P. du 12 juillet 1985²⁶⁷. L'ensemble de ces textes mettent en place des mandats qui se distinguent des mandats à fondement légal en ce que l'essentiel de leur régime trouve leur source hors des textes originels mais s'en rapprochent de par l'origine de leur naissance. Le qualificatif de mandats d'origine légale leur sied tout particulièrement.

S'agissant de la quasi-totalité des mandats à fondement légal, la démonstration faite dans la section précédente peut être reprise à l'identique (§ 1). Seule une législation particulière et aujourd'hui désuète a favorisé une jurisprudence dérogoire au droit commun du mandat. Il conviendra d'insister sur son caractère circonscrit qui résulte de la loi elle-même

²⁶⁵ J.O.R.F. 22 décembre 1984, p. 3951 ; C. urb. art. R. 321-4.

²⁶⁶ J.O.R.F. 8 juillet 1990, p. 8069 et 8070. Dans le même ordre d'idée, l'article 20 de la loi du 31 décembre 1982 prévoyait que les biens acquis par la S.N.C.F. en vue de s'agréger au domaine public ferroviaire l'étaient " au nom de l'Etat ", propriétaire des infrastructures jusqu'à la loi du 13 février 1997 (J.O.R.F. 15 février 1997, p. 2592 et la chronique de D. Broussole à l' A.J.D.A. 1997, p. 456).

²⁶⁷ Sur ces points, voir le Droit des marchés publics (éd. du Moniteur, bull. d'actualité 1995, p. 7 et 8) qui indique que depuis 1995 c'est le Préfet et non le Ministre qui a le choix du maître d'ouvrage délégué. Encore faut-il que celui-ci ait la capacité d'exercer cette mission (avis de la C.S.M. Bâtiment et génie civil n° 91-2586, cité par son président F. Fabre, M.P. 1992, n° 266, p. 23 et s.). L'article 19 de la loi du 4 juillet 1990 envisageait aussi des délégations de missions de maîtrise d'ouvrage publique au profit du comité d'organisation des J.O. d'Albertville - J.O.R.F. 11 juillet 1990, p. 8171.

et ce faisant, de souligner la ressemblance avec le droit privé qui connaît également, on le sait, des dérogations aux effets classiques du mandat qui ont une origine législative (§ 2).

§ 1/ Les mandats à fondement légal et à effets de représentation courants

Ici encore, la délégation de maîtrise d'ouvrage publique offre de nombreux exemples illustrant l'idée de l'application des effets représentatifs du mandat public, et ce, quelque soit la nature de la personne mandataire. Seront donc étudiés schématiquement les mandats à mandataire de nature variable puis ceux à mandataire de nature unique, non que cette précision ait quelque influence sur le régime du mandat mais à titre de canevas commode d'analyse.

A/ Les mandats à fondement légal et à mandataires de nature mixte

Sont concernés ici deux types de mandats, ceux passés dans le cadre de la loi du 12 juillet 1985 et ceux issus du Code de l'urbanisme en matière d'aménagement urbain.

1/ Le mandat de la loi " M.O.P. "

La loi du 12 juillet 1985 a encadré la possibilité de délégation de maîtrise d'ouvrage publique en réaction à la multiplication croissante de ce procédé, notamment à la suite de la mise en oeuvre des lois de décentralisation, accusé d'une déresponsabilisation excessive des collectivités publiques²⁶⁸. Peu de domaines échappent ainsi à son emprise et le principe de base réside dans une interdiction de déléguer²⁶⁹. Toutefois les articles 3, 4 et 5 autorisent une délégation mais dans des conditions très strictes. Seules certaines personnes peuvent en bénéficier qui sont soit de nature publique (art. 4, a et 4, e) soit de nature privée mais toujours

²⁶⁸ Ainsi que le dénonçait le rapport Miller paru à la documentation française en décembre 1982 sous le titre " Missions de maître d'oeuvre, architecture et ingénierie " ; voir aussi M. Ngamakita, Th. préc., p. 34.

²⁶⁹ article 2, al. 1^{er} : " Le maître de l'ouvrage est la personne, mentionnée à l'article 1^{er}, pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre. ", A.J.D.A. 1985, p. 673.

sous influence publique (art. 4 b, i, d, f) ; seules certaines compétences peuvent être déléguées²⁷⁰, et uniquement dans le cadre d'un mandat (consistant ainsi *de jure* en un mandat spécial au sens civiliste du terme). La loi dite " M.O.P. " a donné lieu à une abondante littérature justifiée par la diversité des situations qu'elle entend régir. Seules seront évoquées bien évidemment dans l'optique de cette recherche celles ayant pour objet le contrat de mandat et plus précisément son régime d'exécution²⁷¹.

Voici donc que le législateur décèle en la personne du délégataire de maîtrise d'ouvrage publique un mandataire à l'instar de la jurisprudence quelques années plus tôt. La seule proclamation législative ne suffit pas à consacrer les effets du mandat²⁷², d'autant moins que la dénomination est apparue au cours des débats parlementaires après quelques hésitations²⁷³. La jurisprudence, encore peu fournie au niveau du Conseil d'Etat, n'est pas d'un grand secours²⁷⁴. Un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux indique toutefois une orientation conforme au principe représentatif du mandat. Il a été jugé qu'une S.E.M. " maître d'ouvrage délégué est, en application de la loi du 12 juillet 1985, mandataire de la commune " et qu'en conséquence doit être garantie par la commune du paiement d'une provision qu'elle est condamnée à allouer à un sous-traitant agréé par elle²⁷⁵.

Pour le reste l'on ne peut que s'en tenir aux indications fournies par la loi et éventuellement ses décrets d'applications. La qualification de mandat ne paraît pas artificielle en premier lieu en raison de l'existence de missions matérielles confiées au mandant. La circulaire d'application du 4 mars 1986 a précisé que " cette représentation va au delà de la

²⁷⁰ L'article 3 énumère seulement six missions qui ne peuvent être déléguées qu'en partie : définition des conditions administratives et techniques, préparation et signature du contrat de maîtrise d'oeuvre après approbation du choix du maître d'oeuvre par le maître d'ouvrage et pareillement pour l'entrepreneur, versement de leur rémunération, approbation des avant-projets, réception de l'ouvrage. Les autres missions ne peuvent être déléguées comme par exemple les décisions de contracter et le choix du cocontractant ; en ce sens, Rép. Min. n° 36724, D.A. 1997, n° 85.

²⁷¹ Sur l'ensemble de la loi, voir les commentaires parus à l'époque, notamment : F. Llorens, A.L.D. 1985, p. 103 ; R. Rouquette, A.J.D.A 1985, p. 596 ; Dossier à la R.D.I. 1986 avec les contributions de J. Morand-Deviller, p. 281, F. Llorens, p. 293 et F. Moderne, p. 312 ; A. Thomas, M.P. 1985, n° 213, p. 14 ; J.C Florence, M.P. 1986, n° 218 ; Sur l'aspect " mandat ", F. Llorens " Une nouvelle application du mandat en droit administratif : la délégation de maîtrise d'ouvrage publique ", P.A. 27 juin 1986, p. 10, 30 juin 1986, p. 17 et 2 juillet 1986, p. 18.

²⁷² A l'image, on l'a vu, du contrat de promotion immobilière.

²⁷³ Voir F. Llorens, art. préc., P.A. 2 juillet 1986, p. 19, note 142 et l'hésitation avec le contrat d'entreprise ; R. Rouquette " A propos du projet de loi sur la maîtrise d'ouvrage publique ", M.P. 1985, n° 207, p. 35, notamment p. 39.

²⁷⁴ L'arrêt du C.E. du 17 février 1993 *Soc. d'équipement d'Auvergne*, dénie à cette S.E.M. mandataire un intérêt à faire appel d'un jugement annulant une de ses décisions que seule la région mandante pouvait contester (M.P. 1993, n° 274, p. 17). Un autre arrêt a sanctionné le défaut de stipulations obligatoires dans la convention de mandat - C.E. 20 mai 1994 *Commune de Saint-Egrève*, Req. 129.030, R.D.I. 1994, p. 445.

²⁷⁵ C.A.A. Bordeaux 9 décembre 1989 *Cousseran*, R.F.D.A. 1990, p. 362, obs. L-F Fernandez-Maublanc et J-P Maublanc : l'arrêt note de manière originale que les stipulations du contrat passé entre le maître d'ouvrage délégué et l'entrepreneur " ne sont opposables qu'à la seule S.E.M.E.A. ", mais cela s'explique par le contrat lui-même qui prévoyait à la charge de la S.E.M. la mission de liquider les décomptes du marché et d'en assurer le paiement.

simple assistance que constitue la conduite d'opération ²⁷⁶, et l'on sait que le droit privé s'accommode d'une coexistence entre actes matériels et juridiques au sein d'un mandat.

L'article 3 de la loi est dénué d'équivoque : " le maître d'ouvrage peut confier à un mandataire , dans les conditions définies par la convention mentionnée à l'article 5, l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions suivantes de la maîtrise d'ouvrage " (al. 1^{er}). " (...) le mandataire représente le maître d'ouvrage à l'égard des tiers dans l'exercice des attributions qui lui ont été confiées jusqu'à ce que le maître d'ouvrage ait constaté l'achèvement de sa mission dans des conditions définies par la convention mentionnées à l'article 5. Il peut agir en justice " (dernier alinéa). Enfin, l'article 4 in fine on l'a vu dispose que " les règles de passation des contrats signés par le mandataire sont les règles applicables au maître de l'ouvrage, sous réserves des adaptations éventuellement nécessaires auxquelles il est procédé par décret pour tenir compte de l'intervention du mandataire " ²⁷⁷. Si l'on peut relever que les règles d'exécution ne sont finalement pas visées ²⁷⁸, cela n'enlève rien au sentiment général d'une réelle volonté du législateur d'appliquer les règles classiques de la représentation dont le juge ne pourrait se départir sans une interprétation *contra legem* injustifiable.

Les travaux préparatoires de la loi indiquaient déjà l'intention du législateur. M. Lacournet, rapporteur, déclarait à propos de la délégation de maîtrise d'ouvrage publique : " il s'agit d'un mandat répondant donc aux caractéristiques générales du mandat, telles que les définit l'article 1984 du Code civil ", le rapport pour avis du Sénat ajoutant qu'" il est inutile de préciser que le mandataire agira au nom et pour le compte du maître d'ouvrage puisque c'est là sa définition même si l'on se réfère à l'article 1984 c.civ." ²⁷⁹.

Quant à la question de l'application des règles du mandat s'agissant de l'exécution, et en l'absence de données tant législatives que jurisprudentielles, on ne peut procéder que par supputation. Amené à se prononcer sur cette question, F. Llorens commence par qualifier la position du juge à propos des délégations de maîtrise d'ouvrage publique d'avant la loi du 12 juillet 1985 " des plus fluctuantes " ²⁸⁰. C'est la raison pour laquelle il se montre très prudent sur la possibilité d'action du tiers contractant contre le mandant, même s'il concède que pareille solution aurait " l'avantage de correspondre à la volonté du législateur " ²⁸¹. Ses réticences étant en grande partie infondées comme il a été démontré et la conformité avec le

²⁷⁶ Citée par R. Rouquette dans une conférence donnée à l'Association de Droit Public de l'Entreprise le 15 janvier 1987 et reproduite en annexe de la thèse précitée de M. Ngamakita, p. 345 et s.

²⁷⁷ Le décret en question n'est toujours pas intervenu et il est probable qu'il n'interviendra plus, de l'avis de F. Moderne, cf " Les contrats de maîtrise d'oeuvre des S.E.M. ", R.F.D.A. 1994, p. 1072, spéc. p. 1073, note 11.

²⁷⁸ La discussion sur un amendement en ce sens fut finalement éludée - cf F. Llorens, art. préc., P.A. 2 juillet 1986, p. 28.

²⁷⁹ Cités par F. Llorens, *ibid.*, p. 19.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 29.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 30.

mandat privé pratiquement admissible, cette conclusion doit être affirmée avec plus de force encore. Elle s'impose par l'effet de la volonté du législateur et de la vigueur de la position du juge.

En ce qui concerne à l'inverse la personne compétente pour actionner le tiers, il paraît probable que la solution dépendra de la convention de mandat qui fixera les règles en la matière, comme le prévoit l'article 5 de la loi du 12 juillet 1985²⁸².

2/ Les mandats d'aménagement urbain

L'article R 321-20 du Code de l'urbanisme dans sa rédaction issue du décret du 29 mars 1976 envisage la possibilité d'un mandat en ce domaine : " L'Etat, les collectivités locales et les établissements publics peuvent, par convention passée avec un ou plusieurs organismes prévus au présent chapitre, lui confier le soin de procéder en leur nom et pour leur compte à la réalisation d'études, à des acquisitions foncières, à l'exécution de travaux et à la construction d'ouvrage et de bâtiments de toute nature ". La qualification de mandataire n'apparaît pas mais se trouve remplacée par la périphrase de l'action " au nom et pour le compte ". Là aussi, les personnes mandataires sont soit des personnes publiques (en l'occurrence établissements publics) soit des personnes privées (S.E.M. constituées conformément aux articles R 321-2 à R 321-25 du Code de l'urbanisme). Le Tribunal des conflits l'a admis implicitement à propos du décret du 19 mai 1959 pris en application de l'ancien article 78-1 du Code de l'urbanisme à qui a succédé l'article R 321-20²⁸³.

Dans sa décision *S.A.E.G.E.M.A.* du 12 janvier 1970, le Tribunal note qu'" il résulte des termes même des conventions des 12 octobre et 20 décembre 1960, passées dans le cadre des dispositions de l'article 18 du décret du 19 mai 1959, que cette société n'a agi en l'espèce qu'au nom et pour le compte des communes de Massy et Antony "²⁸⁴. En conséquence le litige, alors même qu'il porte sur des travaux entrepris par la *S.A.E.G.E.M.A.*, " concerne exclusivement les rapports des concédants (les communes) et de leur concessionnaire (*G.D.F.*) pour l'interprétation d'une clause du contrat de concession ; que dès lors, il n'appartient qu'aux tribunaux de l'ordre administratif d'en connaître ". L'effacement de la

²⁸² La convention prévoit, à peine de nullité (...) : " e/ les conditions dans lesquelles le mandataire peut agir en justice pour le compte du maître de l'ouvrage " - A.J.D.A. 1985, p. 673 ; contra, I. Poirot-Mazères, Th. préc., p. 408 : " Par l'effet du mandat prévu dans la loi du 12 juillet 1985, le maître d'ouvrage se voit interdire toute action en responsabilité contractuelle contre les constructeurs ".

²⁸³ La rédaction de ces deux articles ne diffère guère : art. 18 du décret du 19 mai 1959 (J.O.R.F. 2 juin 1959, p. 5554) : " L'Etat, les collectivités locales peuvent, par convention avec les organismes prévus au présent décret, lui confier le soin de procéder en leur nom et pour leur compte à l'exécution de travaux et à la construction d'ouvrages ou de bâtiments de toute nature ".

²⁸⁴ T.C. 12 janvier 1970 *G.D.F. c/ S.A.E.G.E.M.A.*, JCP 1970, n° 16229.

personnalité de la S.A.E.G.E.M.A. consacre son rôle de mandataire. L'avocat général Mazet dans ses conclusions sur l'arrêt de la cour d'appel de Paris (non suivies par elle mais indirectement confirmées en quelque sorte par le Tribunal des conflits) se prononçait en ce sens, non sans avoir relevé quelques " anomalies troublantes " dans les conventions probablement explicatives (mais pas justificatives) de la position de la cour d'appel²⁸⁵. On se rangera à l'opinion du commissaire du gouvernement qui finalement emporte sa conviction : " les publicistes donneraient, dit-on, au terme " mandat " un sens plus large que lui accordent les civilistes, plus rigoristes en la matière. Je ne pense pas qu'ils méconnaissent la valeur juridique des mots "²⁸⁶. La conséquence qu'en tire le juge, qui est de donner compétence à l'ordre administratif dans un litige en écartant la personnalité de la personne privée, lui donne raison.

La jurisprudence en ce domaine, du moins au niveau de la juridiction suprême, ne permet pas d'étayer davantage la démonstration. Les autres exemples cités par le Code de l'urbanisme lui-même sous l'article R 321-20 relèvent tous de la jurisprudence *S.E.R.M.* ce qui, on le verra, constitue une gageure²⁸⁷. Deux arrêts de cours administratives d'appel font preuve d'un certain flottement. Le 16 juin 1994, la cour administrative d'appel de Nantes a ainsi refusé à une société privée contractante d'une S.E.M. agissant dans le cadre de l'article R 321-20 la possibilité de rechercher la responsabilité contractuelle de la commune²⁸⁸. Cependant, de son côté la cour administrative d'appel de Paris avait auparavant reconnu un caractère administratif au marché conclu avec une autre personne privée par une S.E.M. " agissant au nom et pour le compte de la commune "²⁸⁹.

Il convient de s'en tenir à la jurisprudence du Tribunal des conflits, aussi pauvre soit elle quantitativement, qui confirme la conformité au mandat civiliste du mandat d'urbanisme à fondement légal.

B/ Les mandats à fondement légal et à mandataires de nature unique

²⁸⁵ Après avoir indiqué dans leur article 1^{er} que " la ville donne mandat à la S.A.E.G.E.M.A. pour exécuter en son nom et pour son compte... ", les conventions en question précisait dans leur article 4 que " les adjudications ou marchés seront passés au nom de la S.A.E.G.E.M.A. " - cf conclusions Mazet sur C.A. Paris 30 avril 1969, JCP 1969 II, n° 16003.

²⁸⁶ Ibid.

²⁸⁷ Cf infra Titre 2.

²⁸⁸ *Société anonyme S.A.D.E.*, Req. 92 NT 00353 : " la commune de Rennes était étrangère au marché passé le 4 juin 1982 entre la S.E.M. et la S.A.D.E. ".

²⁸⁹ C.A.A Paris 15 juillet 1993 *Société nationale de travaux publics*, Req. 92 PA 01229.

1/ Le mandat donné à un mandataire public : la délégation de maîtrise d'ouvrage publique de construction scolaire

C'est le décret du 27 novembre 1962 relatif aux modalités de financement de l'équipement scolaire de second degré qui a assuré à ce mandat une postérité contentieuse particulièrement féconde²⁹⁰. L'article 6 du décret susvisé incitait à penser que l'effet représentatif du mandat ne trouverait pas nécessairement à s'appliquer : " Les collectivités locales peuvent par convention laisser à l'Etat la direction et la responsabilité des travaux de construction " (c'est nous qui soulignons). En fait de responsabilité générale que le décret pouvait laisser supposer, la jurisprudence a d'emblée interprété cet article comme impliquant une responsabilité particulière, conforme à celle d'un délégataire de maîtrise d'ouvrage publique, c'est-à-dire d'un mandataire²⁹¹.

Cette représentation se traduit logiquement par l'imputabilité des fautes du mandataire sur la tête du mandant. Ainsi, dans le cadre de la mise en jeu de la responsabilité des constructeurs par un district mandant, " l'intervention de ces services (du ministère de l'Education Nationale) pour le compte du district permet au sieur Monge d'invoquer contre ce dernier les fautes qui ont pu être commises par l'Etat "²⁹². Cette faute est révélée généralement dans les différentes espèces par le choix du procédé opéré par l'Etat qui a concouru fréquemment mais jamais exclusivement à la réalisation du dommage²⁹³.

Certes, il a été souligné que cette prise en compte de la faute du maître d'ouvrage délégué pour apprécier la part de responsabilité restant à la charge de la commune n'est peut-être pas le propre du mandat mais se retrouve en cas de transfert de maîtrise d'ouvrage ou de propriété²⁹⁴.

Même à admettre cette assertion, l'examen des autres conséquences propres à la délégation de maîtrise d'ouvrage publique révèle la plénitude des effets du mandat. Le mandat resurgit en effet de manière évidente s'agissant des rapports entre maître d'ouvrage principal (commune) et maître d'ouvrage délégué (Etat). Ce dernier engage sa " responsabilité

²⁹⁰ Décret n° 62-1409, J.O.R.F. 1^{er} décembre 1962, p. 11716 et 11717 modifié par les décrets n° 67-277 du 31 mars 1967 et 71-35 du 6 janvier 1971, partiellement abrogé par le décret n° 80-402 du 5 juin 1980 et abrogé de fait par la loi du 12 juillet 1985 (en ce sens voir le Droit des marchés publics, éd. du Moniteur Bull. d'actualité, juillet 1995, p. 5 qui fait état des pratiques de délégations contraires à la loi M.O.P.).

²⁹¹ Non pas dans l'arrêt *Ringueux* comme l'affirme F. Llorens (art. préc., p. 16) mais dans les arrêts du C.E. du 29 avril 1983 *Ville de Clermont-Ferrand* (Req. 11.080) et du 22 juin 1983 *Entreprise Coutant* (Req. 28.489).

²⁹² C.E. Sect. 21 octobre 1977 *Monge*, A.J.D.A. 1978, p. 282, note F. Moderne.

²⁹³ La part assumée par la commune du fait de la faute de son mandataire varie au gré des espèces contentieuses : de 60 % (C.E. 17 avril 1989 *La Mache*, Quot. Jur. 13 février 1990, p. 11) à 15 % (C.E. 11 mai 1987 *Soc. civile d'architectes Genuys et Lekou*, Req. 60.462 et C.E. *entreprise Coutant* précité) en passant par 30 % (C.E. 25 novembre 1987 *Monge et entreprise L.R.C.*, Req. 52.535). Dans deux espèces, l'Etat n'a pas contribué au dommage : C.E. 13 novembre 1985 *S.A.R.L. Dumez*, Req. 42.392 et C.E. 15 janvier 1992 *Perbet*, Req. 62-302.

²⁹⁴ Cf l'exemple déjà cité d'un nouvel acquéreur d'un immeuble qui agirait en responsabilité décennale contre les constructeurs, F. Moderne art. préc., A.J.D.A. 1977, p. 283 et La garantie décennale en droit public, Dalloz 1993, p. 283.

contractuelle à l'égard de la commune en faisant bénéficier les constructeurs de la réception définitive dans des conditions telles que leur responsabilité ne peut plus être mise en cause par le maître d'ouvrage " et à condition que la commune ne lui ait pas donné quitus de sa mission²⁹⁵. Cette dernière condition sera toutefois assez fréquemment réalisée puisque le Conseil d'Etat a jugé que si un " syndicat intercommunal avait la faculté, lors de l'établissement du procès-verbal, de faire des réserves qui lui aurait permis de mettre en cause la responsabilité de son mandataire ", à défaut " le syndicat doit être réputé avoir donné quitus à l'Etat "²⁹⁶.

La qualité de mandataire s'explique plus encore par le considérant suivant de l'arrêt *La Mache*, dans lequel il est affirmé qu'après la réception, " le maître d'ouvrage ne peut rechercher que la responsabilité décennale ou la responsabilité trentenaire des constructeurs ". Or, l'on sait que la doctrine assimile cette dernière à une responsabilité d'ordre contractuel²⁹⁷, ce qui signifie clairement que le maître d'ouvrage a la possibilité de faire jouer une action contractuelle issue d'un contrat signé par le maître d'ouvrage délégué, constituant un exemple parfait de représentation.

A l'inverse, la circonstance que le juge administratif refuse en toute hypothèse²⁹⁸ au maître d'ouvrage principal mandant la faculté de mettre en oeuvre la responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs ne saurait être interprétée, contrairement à ce que soutient F. Moderne, comme une dérogation aux règles du mandat²⁹⁹.

Le raisonnement à opérer est semblable à celui utilisé pour le mandat à fondement contractuel. Si le mandant n'est pas fondé à mettre en oeuvre cette responsabilité contractuelle, c'est que cette fonction est partie intégrante de la mission de son mandataire. L'origine de cette fonction cependant n'a pas à être recherchée, comme dans le mandat à fondement conventionnel, dans le contrat de mandat mais dans les dispositions du décret du 27 novembre 1962. Telle est en tout cas le lien qu'instaure le Conseil d'Etat lui-même. L'arrêt *S.E.M.I.P.* du 25 janvier 1985 fournit avec l'arrêt *La Mache* précité la meilleure illustration du

²⁹⁵ C.E. 1^{er} juin 1984 *Min. de l'Education Nationale c/ Ville de Royan*, Rec. T., p. 227.

²⁹⁶ C.E. 17 avril 1989 *La Mache*, Quot. Jur. 13 février 1990, p. 11. Pour d'autres exemples de quitus donnés à l'Etat : C.E. 29 avril 1983 *Min. de l'E.N. c/ Ville de Clermont-Ferrand*, D.A. 1983 n° 245 ; C.A.A. Lyon 28 juin 1993 *Commune de Domerat*, Req. 91LY00772.

²⁹⁷ Arrêt *La Mache*, Quot. jur., *ibid.* et F. Moderne, p. 17. Pour la condamnation de manière marginale de l'Etat en raison de " ses incitations et revirements ", voir C.E. 5 avril 1974 *Min. de l'E.N. c/ commune d'Onnaing*, JCP 1976, n° 18347.

²⁹⁸ Sauf si l'Etat se voit reconnaître la qualité de co-maître de l'ouvrage avec la commune mais tel n'a été le cas que dans une espèce et compte tenu des circonstances particulières - C.E. 21 mai 1976 *Durand et Frick*, p. 272 : " aux termes de la convention passée le 30 octobre 1961 entre l'Etat et la ville de la Roche-sur-Yon (...), l'Etat et la ville avaient l'un et l'autre qualité de maître de l'ouvrage (...); que dans ces conditions l'Etat avait, en tant que maître de l'ouvrage et sans avoir besoin d'un mandat de la ville, qualité pour mettre en jeu la responsabilité contractuelle des constructeurs ".

²⁹⁹ *Ibid.*

lien entre le décret et la mission du mandataire : " il résulte du décret du 27 novembre 1962 que les communes peuvent, par convention, confier à l'Etat la direction et la responsabilité des travaux de construction des bâtiments scolaires de l'enseignement du second degré ; que la mission de l'Etat s'achève avec la réception définitive des ouvrages et que la commune, propriétaire des ouvrages, a seule qualité, après cette réception pour invoquer la responsabilité décennale "³⁰⁰. Ici, il n'était pas directement question de l'engagement de la responsabilité contractuelle des constructeurs par le mandataire mais l'exemple se veut tout de même pertinent dans la mesure où l'action en responsabilité décennale fait nécessairement suite à l'action contractuelle.

Or, le Conseil d'Etat proclame à de nombreuses reprises que " l'Etat, qui assume au nom et pour le compte de la commune, la direction et la responsabilité des travaux a qualité pour mettre en oeuvre la responsabilité contractuelle des entrepreneurs et architectes jusqu'à la réception définitive"³⁰¹, et même est le seul à pouvoir exercer cette action avant ce terme.

Les contradictions annoncées ne résistent guère à l'analyse des espèces contentieuses. Seuls, en réalité, deux arrêts s'intègrent par défaut dans le cadre d'une jurisprudence plus harmonieuse qu'il n'y paraît. Là où la plupart des arrêts estiment que l'Etat assume " au nom et pour le compte de la commune, la direction et la responsabilité des travaux de construction "³⁰², d'autres ne se bornent à relever qu'une action " pour le compte ". La remarque pourrait n'être que de pure forme mais la différence de formulation entraîne ici des conséquences importantes. Par deux fois, le Conseil d'Etat a considéré que les marchés, bien que passés pour le compte de communes, l'étaient " au nom de l'Etat ", ce qui obligeait les communes à respecter les dispositions du cahier des prescriptions communes applicable aux " marchés de travaux de bâtiments passés au nom de l'Etat " en vertu du décret 62-1279 du 20 octobre 1962. En conséquence, le point de départ de l'action en garantie décennale fixé par l'article 7-4 de ce décret à la date de la réception provisoire permet au juge de rejeter une action en garantie décennale d'une commune pour cause de délai forclus³⁰³. Peut-être faut-il y voir des solutions d'opportunité mais l'application de textes propres à un mandataire ne paraît pas conforme à un véritable effacement de celui-ci. Il est regrettable que deux arrêts viennent ternir une jurisprudence dont la cohérence, contrairement à une opinion largement répandue et au delà des qualifications ambiguës, pouvait être portée au crédit du Conseil d'Etat.

³⁰⁰ C.E. 25 janvier 1985, Req. 44.560.

³⁰¹ C.E. 5 mars 1982 *Min. de l'E.N. c/ Ringuez*, p. 103.

³⁰² Par exemple dans l'arrêt de section *Monge* précité.

³⁰³ C.E. 21 janvier 1983 *Ville de Riom*, Req. 30.064 ; C.E. 18 décembre 1987 *G. Masse*, Req. 60.892.

Il convient cependant de n'y accorder qu'une importance relative, compte tenu de la rareté de ces hypothèses, pour ne retenir qu'un sentiment général de conformité au modèle de mandat, à l'image du mandat de reconstruction de l'après 1^{ère} guerre mondiale.

2/ Le mandat à fondement légal et à mandataire privé : le mandat de reconstruction d'après 1^{ère} guerre mondiale

L'arrêt *Triller* du 7 janvier 1927³⁰⁴, dont la célébrité résulte de ce qu'il est généralement présenté comme la première application de la théorie du mandat par le juge administratif³⁰⁵, illustre l'application idéale du titre XIII du Code civil à un mandat public dans le domaine de la reconstruction. La solution dégagée par le Conseil d'Etat, sans qu'il soit besoin de rentrer trop dans les faits de la cause, consacre la responsabilité de l'Etat en raison de la négligence préjudiciable au sieur Triller d'un comptoir d'achat chargé d'effectuer pour le compte de l'Etat l'achat, la cession, la distribution et la délivrance des approvisionnements, opérations prévues par la loi du 6 août 1917 sur la reconstitution industrielle³⁰⁶.

La qualité de mandataire de l'Etat fut reconnue sans hésitation, après que le commissaire du gouvernement Rivet a constaté que cette personne disposait d'une réelle autonomie par rapport à l'Etat³⁰⁷. La loi du 6 août 1917 en effet prévoyait que pour l'exécution de ces missions de service public, des conventions pouvaient être passées avec des tiers mandataires (art. 4 et s.) qui seraient " responsables de leur mandat vis à vis de l'Etat conformément aux articles 1984 à 2010 du Code civil " (art. 9)³⁰⁸.

Le considérant de principe mérite d'être cité intégralement : " Considérant qu'en l'espèce, le sieur Triller se prétend lésé du fait de la réalisation d'opérations effectuées par le comptoir central d'achats dans l'accomplissement de sa mission qui lui a été dévolue ; qu'il a pu, dès lors, demander directement à l'Etat, pour le compte duquel le service était exécuté, la réparation du préjudice causé ; qu'il appartiendrait à l'Etat, au cas où il estimerait que la responsabilité pécuniaire de la société pouvait être engagée vis à vis de lui à raison des mêmes faits, d'exercer contre elle toute action que de droit, en exécution du contrat ci-dessus défini "³⁰⁹. Le juge ne pouvait mieux consacrer les principes du Code civil en matière de

³⁰⁴ S. 27. 3. 51, note P.L.J.

³⁰⁵ A juste titre d'ailleurs, l'arrêt *Soc. des Hauts fourneaux de Gironde* (C.E. 11 juillet 1924, p. 673) correspondant à un cas de représentation unilatérale, tout comme l'arrêt *Crosti* du 17 avril 1874 (p. 340).

³⁰⁶ D.P. 1918. 4. 309.

³⁰⁷ R.D.P. 1927, p. 69.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 73.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 73 et 74.

représentation. Il est vrai qu'il y était incité par l'article 9 de la loi, quoique celui-ci n'entendait régir que le rapport interne du mandat (les relations mandant/mandataire) et non le rapport externe. Il s'agit donc davantage d'une attitude que l'on retrouvera constamment par la suite, qui consiste pour le juge administratif à tirer toutes les conséquences du point de vue de la représentation de l'existence d'un mandat, à moins que le fondement légal permette d'y déroger, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Dans l'arrêt du 2 février 1940 *Société coopérative de reconstruction des églises dévastées du diocèse d'Amiens*³¹⁰, le Conseil d'Etat procède à une application des principes dégagés dans l'arrêt Triller, malgré une solution de fond quelque peu différente en raison des données de l'espèce. Le Conseil condamne les communes mandantes et la société coopérative mandataire à indemniser les entrepreneurs en raison des retards apportés dans la délivrance des ordres. L'originalité de l'arrêt réside dans l'admission d'une responsabilité conjointe du mandant et du mandataire. L'explication peut être de deux ordres. Il peut s'agir d'une conséquence de la circonstance relevée par le juge que " les marchés ont été passés au nom de ces communes et de la société coopérative de reconstruction ". Plus certainement, cette responsabilité conjointe semble résulter de la demande d'indemnité elle-même, adressée à la fois aux communes et à la société.

Au delà de l'intérêt limité d'une jurisprudence basée sur une législation depuis longtemps obsolète, l'évocation ces deux arrêts relatifs à la reconstruction d'après 1^{ère} guerre mondiale, qui consacrent l'effet de représentation du mandat prévus par la loi, paraissait utile au regard de la jurisprudence concernant la reconstruction d'après 2^{ème} guerre mondiale. Les divergences avec les solutions issues de la loi du 16 juin 1948 augurent d'ores et déjà de la validité d'une analyse jurisprudentielle fondée sur une approche sectorielle du mandat, très justement suggérée par L. Richer³¹¹.

§ 2/ Le mandat à fondement légal et à effets de représentation partiels

³¹⁰ P. 44.

³¹¹ " Il est possible d'avancer l'hypothèse selon laquelle les solutions en sens contraire se rattacheront aux textes applicables, qui prévoient certes la conclusion d'une convention confiant la maîtrise d'ouvrage, mais, une fois celle-ci conclue, paraissent donner aux associations syndicales et coopératives de reconstruction et à l'Etat dans le cadre des constructions scolaires, la qualité de maître d'ouvrage jusqu'à la réception ", in " Le contrat administratif de mandat ", *Economie mixte*, n° 10, sept. - oct. 1994, p. 49. L'exemple des constructions scolaires en revanche ne nous paraît pas aller dans le " sens contraire " des principes du mandat.

La loi n° 48-975 du 16 juin 1948 relative aux sociétés coopératives de reconstruction et aux associations syndicales de reconstruction ne présente, plus aujourd'hui du point de vue pratique qu'un intérêt historique³¹². Sur le plan théorique en revanche, elle recèle, par ses nombreuses applications jurisprudentielles, une multitude d'enseignements à propos d'un mandat public de nature particulière. En fait de mandat public, la loi du 16 juin 1948 concernait avant tout les mandats donnés aux groupements de reconstruction par les propriétaires sinistrés et particulièrement les personnes privées, quantitativement plus importantes. Mais les collectivités locales et notamment les communes ont eu généralement recours à cette faculté d'origine législative pour reconstruire leurs propres immeubles, sans que leur nature publique ne modifie quoique ce soit les données de fond. De la même manière, la nature des groupements mandataires, publique pour les associations syndicales de reconstruction (A.S.R.), privée pour les sociétés coopératives de reconstruction (S.C.R.) qui a des incidences sur leur fonctionnement propre³¹³, n'influe pratiquement pas sur leur rapport avec les mandants ou les tiers. Au demeurant, la compétence quasi systématique du juge administratif en cette matière autorise à maintenir de façon générale l'appellation de mandat public³¹⁴.

L'unanimité se réalise, une fois n'est pas coutume, autour de l'idée du particularisme de ce mandat. Le propos qui va suivre ne s'inscrit pas fondamentalement en faux contre cette thèse. Il consistera à souligner cependant les effets de représentation qui s'y attachent généralement, avant d'entrevoir en quoi parfois il s'en éloigne, sans qu'il y ait nécessairement contradiction.

A/ Les hypothèses d'effets représentatifs

³¹² J.O.R.F. 17 juin 1948, p. 5859 et s.

³¹³ Voir le décret n° 49-1147 du 2 août 1949 relatif à la constitution et au fonctionnement des A.S.R. et portant règlement d'administration publique en ce qui concerne les marchés passés au nom de ces associations - J.O.R.F. 13 août 1949, p. 8031.

³¹⁴ Compétence du juge administratif en raison de l'effet attractif de la notion de travaux publics : c'est en effet à propos de la loi du 16 juin 1948 qu'a été consacrée la deuxième " catégorie " de travaux publics, ceux réalisés par une personne publique (A.S.R.) pour le compte d'une personne privée (T.C. 28 mars 1955 *Effimieff*). Inversement, les travaux effectués par les S.C.R. " dans l'intérêt général pour le compte, sous le contrôle et au moyen d'avances de l'Etat " revêtent un caractère public (C.E. Sect. 18 décembre 1953 S.C.R. " *Liberté* " , p. 569. L'effet attractif joue également à l'égard de l'action en responsabilité décennale intentée par une personne privée à l'encontre des constructeurs privés (T.C. 25 mai 1965 *Macé*, p. 813). Seule l'action en responsabilité contractuelle d'une personne privée sinistrée contre une S.C.R. en raison de manquements dans l'exécution de son mandat relève du juge judiciaire (C.E. Sect. 24 mai 1974 *Soc. Paul Millet et Cie*, A.J.D.A. 1974 II, p. 605 ; T.C. 2 juin 1975 *Dlle Audran*, rec. T., p. 920).

A l'égard des mandants et de la mise en jeu de leur responsabilité, le juge tire en général toutes les conséquences d'un mandat classique. La compétence exclusive du mandataire pour engager la responsabilité contractuelle des constructeurs ne présente pas de traits incompatibles avec le mandat.

1/ La responsabilité du mandant à l'égard des tiers

C'est G. Braibant, alors commissaire du gouvernement, qui le premier a mis en exergue les traits caractéristiques du mandat de reconstruction tel qu'issu de la loi du 16 juin 1948. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Leduc*, il procède méthodiquement, à défaut de jurisprudence encore significative, à l'étude exégétique de la matière afin de déterminer la qualité au titre de laquelle les A.S.R. interviennent.³¹⁵ Il note ainsi que l'article 1^{er} évoque " les groupements ayant pour objet de réaliser pour le compte de leur membre " divers travaux. L'article 421 dispose : " les groupements représentent valablement leur membre pour toutes les opérations relatives à la reconstitution ", autre nom de la reconstruction. L'article 9 qualifie les S.C.R. de " mandataires " des adhérents qui passent " tous contrats et marchés en leur nom "³¹⁶. M. Braibant se réfère en outre au décret du 21 mars 1959 qui parle à plusieurs reprises de sinistrés mandants, de groupements de reconstruction mandataires, de mandat³¹⁷.

L'arrêt *Leduc* n'apporte aucune information toutefois sur les effets du mandat, si ce n'est au regard de la compétence du juge. Le contentieux des S.C.R. " lorsqu'elles agissent pour le compte de collectivités publiques en vue de l'exécution de travaux publics " ressortit à la compétence des tribunaux administratifs, nonobstant l'article 2 de la loi du 16 juin 1948 qui disposent qu'elles relèvent des tribunaux judiciaires et qui n'a que " pour objet de donner aux dites sociétés le caractère d'une personne morale de droit privé et n'a pas pour effet de déroger à la loi du 28 pluviôse an VIII "³¹⁸.

Quelques années plus tard, le Conseil d'Etat applique les principes de représentation à l'égard d'une commune mandante. L'arrêt *Bernard* du 16 février 1966 proclame que " le marché confié au sieur Bernard a été passé par mandat et pour le compte de la commune de Lanester ; que dès lors, la responsabilité de cette dernière pouvait, le cas échéant, être engagée à l'occasion de son exécution solidairement avec la société coopérative "³¹⁹. En l'espèce, le

³¹⁵ C.E. Sect. 2 juin 1961, A.J.D.A. 1961 II, p. 345 et s.

³¹⁶ J.O.R.F. 17 juin 1948, p. 5859 (art. 1 et 9) et 5862 (art. 42).

³¹⁷ Décret n° 59-452 du 21 mars 1959, J.O.R.F. 24 mars, p. 3350 et s.

³¹⁸ A.J.D.A. 1961 II, p. 348.

³¹⁹ P. 113.

juge rejettera la requête en retenant le bien fondé de la résiliation prononcée par le mandataire mais après avoir pris soin d'admettre le " principe " d'une telle responsabilité. La solidarité du mandataire avec son mandant n'altère pas, on le sait, le principe de représentation compte tenu de ce que la demande du sieur Bernard tendait à cette condamnation solidaire³²⁰. F. Llorens y voit même une solution en tout point conforme au droit privé³²¹.

Tout aussi nettement, le Conseil d'Etat va consacrer l'imputabilité des actes sur le mandant à propos du contrat passé par son mandataire dans la décision *Derobert* du 25 avril 1969³²². " Il résulte de la loi du 16 juin 1948 et notamment des articles 1^{er}, 34 et 39 de ladite loi, que les membres des associations syndicales sont obligés personnellement par les clauses des marchés passés pour leur compte par les A.S.R. ", l'article 34, alinéa 2 étant à cet égard significatif : les membres de ces groupements " sont, en outre, tenus personnellement en ce qui concerne les travaux exécutés pour leur compte ". En conséquence, le point de départ du délai de garantie décennale fixé par le contrat passé par le mandataire au jour de la réception provisoire s'impose aux sinistrés mandants. La solution serait identique avec une personne privée (S.C.R.) mandataire agissant pour le compte d'une personne publique mandante compte tenu de la généralité des articles 1, 34 et 39 de la loi.

Cette représentation comporte en outre l'exercice des actions en justice par le mandataire sans qu'il y ait lieu de requérir un mandat spécial, du moins en ce qui concerne les A.S.R.³²³.

A titre accessoire, on peut noter que l'article 25 du décret du 21 mars 1959 impose aux groupements de reconstruction de " rendre leurs comptes à leurs mandants, conformément aux dispositions du Code civil relatives au mandat "³²⁴. Cette obligation intervenue en outre bien après la loi et ne concernant que le rapport interne du mandat ne saurait conférer un " label " de mandat conforme au type idéal . Tout juste renforce-t-elle quantitativement les éléments de conformité par rapport au régime d'un mandat classique.

2/ L'engagement de la responsabilité contractuelle des tiers contractants par le mandataire

³²⁰ Cf les visas de la requête, p. 114.

³²¹ Art. préc., P.A. 2 juillet 1986, p. 29.

³²² D-S 1969, p. 498, note F. Moderne.

³²³ C.E. 13 juillet 1963 A.S.R. de l'Estaque Mirabeau, rec. T. p. 950 qui le déduit du décret du 2 août 1949 sur les A.S.R.

³²⁴ Article 25 et non article 5 comme écrit par erreur dans les conclusions Braibant.

A l'image des autres mandats, cette caractéristique du mandat de reconstruction est présentée fréquemment comme une remise en cause des effets de représentation. Il n'en est rien. Certes le mandant, en l'occurrence la personne sinistrée, ne se voit jamais reconnaître la possibilité de déclencher une action contractuelle contre les tiers contractants, alors qu'il est censé être partie au contrat comme l'a indiqué le Conseil d'Etat. Ici aussi, le mandataire exerce cette action en exclusivité. Le mandant ne dispose d'aucune action directe contre le tiers contractant tant que la réception définitive n'est pas prononcée, pas plus du reste que d'une action oblique, y compris en cas de négligence du mandataire³²⁵.

La règle, appliquée ailleurs en raison d'une clause contractuelle ou du décret du 27 novembre 1962, a pour source dans cette hypothèse l'article 39 de la loi du 16 juin 1948 : " les associations syndicales de reconstruction et les sociétés coopératives de reconstruction sont maître de l'oeuvre jusqu'à la réception définitive " (entendez en langage moderne " maître d'ouvrage " comme l'a précisé la jurisprudence). Or, la date de la réception définitive est considérée, à défaut de stipulation contraire ou de circonstances particulières³²⁶ comme le point de départ de la responsabilité décennale et de la fin des rapports contractuels³²⁷. L'arrêt Ville de Montdidier reprend une solution constante à partir d'une formulation claire : " la société coopérative a seule qualité en tant que maître de l'ouvrage, jusqu'à la réception définitive des travaux, pour mettre en cause la responsabilité des entrepreneurs, des architectes et de façon générale des personnes auxquelles elle a confié l'exécution des travaux en raison des manquements à leurs obligations contractuelles sans qu'y fasse obstacle, ni les dispositions de l'article 1994 dernier alinéa du Code civil, ni celles de l'article 15 de la loi du 16 juin 1948, qui ne rendent applicables aux sociétés coopératives les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations que sous réserve des autres dispositions de ladite loi et, notamment, de celles de l'article 39 sus rappelé "³²⁸. L'article 1994 n'était pas invocable en effet en raison de l'absence en l'espèce d'un mandataire substitué³²⁹. L'application de l'article 15 explicite notre propos : les principes du droit des contrats auraient dû conduire, par

³²⁵ C.E. 30 novembre 1966 *Cons. Fèvre-Denis*, D.A. 1966, n° 404. Si le Conseil d'Etat autorise très exceptionnellement le mandataire à engager la responsabilité décennale des constructeurs (cf F. Moderne " Les rapports entre responsabilité contractuelle, responsabilité décennale et responsabilité extra contractuelle (à propos des travaux publics de reconstruction) " D-S 1971 p. 267 et s.), l'inverse n'est jamais vrai.

³²⁶ Et même dans ces hypothèses, par exemple si la date à prendre en compte est celle de la réception provisoire (C.E. 5 novembre 1965 *Soc. Ducassou*) ou en cas de circonstances particulières comme la prise de possession des travaux achevés avant la réception définitive (C.E. 16 juin 1965 *Cabet et veuve Méjean*, p. 362), il n'y a que modification de la date de fin de la garantie contractuelle mais pas de la personne compétente pour actionner - en ce sens, F. Moderne art. préc., D-S 1971, p. 274.

³²⁷ Sauf l'existence de réserves, auquel cas la responsabilité contractuelle des tiers contractants est prorogée tant qu'elles n'ont pas été levées et la mission du mandataire se prolonge parallèlement d'autant - C.E. 31 octobre 1962 *ép. Bossé et veuve Zeimet*, p. 582.

³²⁸ C.E. 14 octobre 1966, p. 539, solution constante depuis C.E. 15 mars 1963 *A.S.R. de la Canche*, p. 170, R.D.P. 1964 p. 165 note M. Waline. Pour une liste exhaustive de la jurisprudence, voir F. Moderne, art. préc., D-S 1971, p. 267 et s.

³²⁹ Art. 1994, dernier alinéa : " Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée ".

référence aux règles classiques du mandat, à admettre un recours de nature contractuelle du mandant contre les tiers contractants mais l'article 39 est venu déroger au Code civil. I. Poirot-Mazères voit elle aussi dans cette particularité une conséquence de la loi du 16 juin 1948³³⁰.

B/ Les atténuations aux règles du mandat

On s'attardera ici pour une fois, malgré ce qui a été dit de leur caractère accessoire, sur les rapports mandant/mandataire en raison de l'attention que leur porte généralement la doctrine, pour démontrer au contraire le peu d'intérêt qu'il conviendrait d'y attacher. D'autres aspects en revanche portent indéniablement de rudes coup à l'idée d'une conformité du mandat de la loi du 16 juin 1948 au modèle idéal du mandat au regard du principe représentatif.

1/ Les rapports mandant/mandataire

C'est à propos de ces rapports que l'arrêt *Durand* du 7 janvier 1970 a marqué de son empreinte la thèse " autonomiste " du mandat public, de par sa formulation générale³³¹. " Considérant que l'article 2001 du Code civil, relatif au point de départ des intérêts des avances faites par le mandataire au mandant, régit les rapports des parties aux contrats de mandat conclus, entre personnes privées, dans les conditions fixées aux articles 1984 et suivants du Code civil ". Il est vrai qu'à s'en tenir à cette seule partie du raisonnement, l'affaire était entendue et l'on pouvait être tenter d'y voir une pétition de principe sur l'inapplicabilité générale du Code civil au mandat public. L'absence de formulation identique en d'autres occasions et même dans d'autres espèces semblables, tout comme la suite du raisonnement tendent à relativiser la première impression. " Le mandat dont s'acquitte une association syndicale, conformément aux dispositions de la loi susvisée du 16 juin 1948, n'est pas, dans les rapports contractuels qui en découlent, un contrat de mandat conclu dans les conditions du Code civil et n'est donc pas soumis à l'article 2001 précité ".

³³⁰ Th. préc., p. 445 ; nous ne partageons pas entièrement, cela dit, son avis lorsqu'elle affirme : " dans la mesure où la loi définit clairement l'étendue et la durée du mandat, ces solutions se justifient ; en revanche, elle deviennent franchement contestables dès lors que l'on quitte la sphère encadrée par la loi : rien ne saurait justifier alors que l'on s'écarte des règles du droit commun de la représentation ". Il a été vu qu'un décret ou un contrat peuvent prévoir pareille dérogation.

³³¹ D-S 1970, p. 615, note J-F Lachaume.

Si particularisme il y a, il est à rechercher en conséquence dans la loi du 16 juin 1948 elle-même et non dans une quelconque réticence ontologique du juge à appliquer les règles du Code civil. J.-F. Lachaume ne dit pas autre chose lorsqu'il approuve la solution, contrairement à G. Liet-Veaux³³², en relevant que " ce mandat est très largement légal et sa partie conventionnelle administrative (...) puisqu'elle a pour objet de faire exécuter des travaux publics par des établissements publics "³³³. Au reste, le chapitre préliminaire a permis de démontrer le caractère accessoire des relations mandant/mandataire au regard de ce qui constitue l'essence du mandat, la représentation.

Une autre dérogation concerne la nature de la responsabilité du mandataire vis à vis de son mandant. Comme dans tous mandats, le groupement mandataire doit répondre de ses fautes dans l'exécution de son mandat mais l'ensemble de la doctrine s'accorde pour y voir ici une responsabilité de nature extra contractuelle. F. Moderne l'exprime clairement dans l'étude la plus complète sur la question des responsabilités découlant de la loi du 16 juin 1948³³⁴. Il cite à cette fin un certain nombre de décisions qui ne se prononcent pas explicitement en ce sens mais dont la formulation implique cette nature. L'explication en est relativement simple et nous est donnée par le commissaire du gouvernement Lasserre dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Gray* : la responsabilité des A.S.R. ne pouvait être engagée envers les membres que sur un fondement extra contractuel parce qu'" elles détenaient leur mandat de la loi elle-même "³³⁵. Les mandants sinistrés ne font en effet qu'adhérer en bloc à une A.S.R. ou à une S.C.R. sans négocier aucune clause contractuelle³³⁶. On se trouve dans une hypothèse sans précédant de mandat à fondement exclusivement légal, dont le seul ancrage à la théorie contractuelle réside dans l'acceptation volontaire du mandant d'entrer dans l'A.S.R., et encore uniquement quand cette condition se trouve réalisée³³⁷. Il est difficile dans ces conditions de réfuter le raisonnement du juge dans l'arrêt *Durand* sauf à faire preuve d'aveuglement coupable³³⁸.

Si F. Moderne fait peu de cas de cet aspect de la loi du 16 juin 1948, il en va différemment du titre auquel interviennent les A.S.R. " En exerçant ainsi les actions en

³³² Juris-Classeur adm. Fasc. 565, n° 112, dans lequel il est affirmé que sauf disposition législative expresse, il n'y a pas lieu de déroger au Code civil, cité par J-F Lachaume, note précitée.

³³³ C'est aussi l'opinion de M. Ngamakita, Th. préc., p. 302.

³³⁴ Art. préc., D-S 1971, p. 274.

³³⁵ C.E. 25 juillet 1985, M.P. 1986, n° 216, p. 17.

³³⁶ En ce sens, M. Ngamakita, Th. préc., p. 75.

³³⁷ L'article 16 alinéa 2 de la loi a en effet prévu un cas d'adhésion forcée.

³³⁸ Du point de vue des intérêts poursuivis, là aussi, le particularisme est prononcé : le groupement mandataire n'exprime pas autre chose que les intérêts des mandants qui en sont membres, il n'a pas d'intérêt propre distinct des intérêts particuliers mais au contraire est le garant de la somme des intérêts particuliers qu'il représente.

responsabilité qu'elle tient du contrat, l'A.S.R. agit bien en son nom et nullement au nom de ses membres ³³⁹. Simple clause de style sans aucune implication contentieuse ? Aucunement si l'on se réfère à la solution du juge s'agissant des frais afférents aux instances que les A.S.R. engagent pour le compte de leurs mandants. Le Conseil d'Etat a jugé en effet que ces dernières ne peuvent être mises à la charge du sinistré mandant, considérant que " les associations syndicales de reconstruction créées par la loi du 16 juin 1948 sont des établissements publics qui ont une personnalité distincte de celle de leurs membres ; que lorsqu'elles mettent en jeu la responsabilité des constructeurs, elles agissent en leur nom propre " ³⁴⁰.

L'importance de cette position jurisprudentielle, dérogoire au droit commun du mandat, ne doit pas être surestimée mais au contraire ramenée au rang d'une décision d'opportunité. Ce particularisme propre aux A.S.R. n'est justifié que parce qu'elles sont parfois constituées sans le consentement du mandant. F. Moderne en conclut d'ailleurs que les A.S.R. " disposent d'un mandat légal qui n'est pas en tout point comparable à un mandat de droit privé " ³⁴¹, caractère encore accentué par les atteintes au principe représentatif.

2/ Les atténuations aux effets de représentation

En premier lieu, lorsque le mandant met en jeu la responsabilité extra contractuelle de l'A.S.R., le juge admet que celle-ci puisse se retourner " le cas échéant, contre l'architecte et l'entrepreneur, si elle estime pouvoir mettre en jeu leur responsabilité contractuelle " ³⁴². En temps normal, c'est-à-dire dans le cadre d'un mandat classique, le mandataire ne saurait répondre des fautes commises par les constructeurs.

La solution, inversée par rapport au mandat classique, du mandat de reconstruction n'est que la résultante de l'article 39 de la loi : le mandataire étant considéré comme l'unique maître de l'ouvrage jusqu'à la réception définitive, " aucun rapport contractuel ne s'établit entre les membres d'une association syndicale et ceux qui participent à l'opération de construction " ³⁴³. C'est la raison pour laquelle, on l'a vu, le " mandataire " est seul habilité à rechercher la responsabilité contractuelle des constructeurs. Mais c'est surtout pour cela qu'il

³³⁹ Art. préc., p. 269.

³⁴⁰ C.E. 16 avril 1969 *A.S.R. de la Canche c/ sieur Carpentier*, p. 203.

³⁴¹ Art. préc., p. 269, note 19.

³⁴² C.E. 18 décembre 1963 *Martel*, p. 638.

³⁴³ F. Moderne, art. préc., p. 269 et C.E. 18 décembre 1963, *Sieur Martel*, préc.

n'est jamais complètement transparent et qu'il peut être amené à répondre des fautes des constructeurs.

Cette considération éclaire le deuxième aspect de l'atteinte au principe représentatif présenté souvent comme une contradiction de la jurisprudence. Dans l'affaire *Tur* du 22 juin 1966, le Conseil d'Etat était appelé à se prononcer sur la réclamation d'un architecte, M. Tur, contre une commune mandante en paiement d'honoraire dus par la société coopérative mandataire. Il rejette la demande aux motifs que " le sieur Tur, envers lequel seule ladite société (...) a contracté des engagements, ne tient dudit contrat aucune action contre la commune pour réclamer à celle-ci le paiement d'honoraire "³⁴⁴. La contradiction, du moins dans les principes, avec l'arrêt *Derobert* de 1969 précité, qui s'appuyait notamment sur l'article 39 de la loi pour conclure que les membres des A.S.R. sont obligés personnellement par les clauses des marchés passés pour leur compte par les A.S.R., paraît flagrante³⁴⁵. Dans l'arrêt *Tur* au contraire, le juge tire du même article la conclusion que " l'exécution des plans et travaux de reconstruction par une S.C.R. pour le compte d'un sinistré ne fait naître de rapport contractuel qu'entre les architectes et entrepreneurs d'une part, et la société d'autre part, ces rapports, prenant fin, en principe avec la réception définitive "³⁴⁶.

Il est intéressant de noter qu'à la différence de F. Llorens³⁴⁷, F. Moderne ne souligne jamais, ni dans sa note sur l'arrêt *Derobert*, ni dans son article de fond sur le mandat de reconstruction, l'existence d'une quelconque contradiction. On peut avancer une explication propre au mandat de la loi du 16 juin 1948. L'article 39 prévoit non une délégation de maîtrise d'ouvrage mais un réel " transfert de la qualité de maître d'ouvrage " d'après les propres termes de F. Moderne³⁴⁸, de sorte que le groupement n'est pas un intermédiaire transparent par qui se crée des rapports contractuels entre le mandant et les tiers contractants. En revanche, la substitution qui s'opère à la réception définitive au profit du mandant l'autorise, nous semble-t-il, à invoquer les clauses du contrat passé en son nom ou seulement pour son compte (arrêt *Derobert*), à l'exception de celles qui tendraient à engager une responsabilité de nature contractuelle (arrêt *Tur*).

Quoiqu'il en soit, il y a bien là représentation partielle : le mandant et le tiers contractant ont la possibilité d'invoquer les clauses contractuelles du contrat passé par le mandataire à condition que ce ne soit pas au soutien d'une action en responsabilité

³⁴⁴ P. 412.

³⁴⁵ D-S 1969, p. 498.

³⁴⁶ Est indifférent le fait que dans l'un, il s'agit d'une A.S.R. et dans l'autre, d'une S.C.R. car l'article 39 s'adresse aux deux.

³⁴⁷ Art. préc.

³⁴⁸ Art. préc., p. 268.

contractuelle contre le tiers ou le mandant. L'originalité de la solution résulte de la loi du 16 juin 1948 qui tout en consacrant la qualité de mandataires aux groupements de reconstruction fait de ces organismes des mandataires particuliers, intermédiaires non transparents parce que maître d'ouvrage à part entière jusqu'à la réception définitive. F. Moderne parle même de " succession de maîtrise d'ouvrage organisée par la loi "³⁴⁹.

Pour l'essentiel, c'est-à-dire au regard des effets représentatifs, le mandat public est conforme au mandat de droit privé. L'effet de représentation y joue pratiquement toujours, que ce soit pleinement ou en terme de potentialité dans certaines hypothèses où le droit privé rechigne à l'enclencher. Même le cas du mandat de reconstruction de l'après-2ème guerre mondiale qui, à travers une jurisprudence foisonnante, révèle un certain particularisme, n'apporte pas de démenti à ce constat. Consécutives aux dispositions de la loi du 16 juin 1948 elles-mêmes, ces dérogations à l'archétype du mandat illustrent un phénomène également présent en droit privé qui consiste pour le législateur à dénaturer quelque peu le mandat issu des articles 1984 à 2010 du Code civil en raison des spécificités propres à un secteur d'activité.

Telle est en tout cas l'explication plausible de l'attitude du juge administratif à l'égard du mandat dont la doctrine a souvent du mal à dégager la cohérence.

On espère ainsi avoir répondu à l'attente exprimée par certains auteurs, à l'image de I. Poirot-Mazères qui déclarait à propos du juge : " tantôt il applique très exactement les règles de la représentation, tantôt il s'en éloigne sans que les raisons de ces variations apparaissent clairement "³⁵⁰.

Pour achever de se convaincre de la conformité de l'approche du juge administratif à l'égard de ce phénomène de représentation, il n'est besoin que de s'arrêter un instant sur le cas de représentation unilatérale. Outre ses implications du point de vue de la compétence de la juridiction³⁵¹, le représenté voit sa responsabilité engagée du fait de son représentant. Il en va ainsi quelque soit la nature du représentant. Le maire, agissant en vertu de l'article L 311-3 du code du travail (aujourd'hui article L 311-16) au nom de l'A.N.P.E. qui refuse d'enregistrer

³⁴⁹ La garantie décennale en droit public, Dalloz, 1993, p. 281.

³⁵⁰ Th. préc., p. 333.

³⁵¹ Ex. : compétence judiciaire pour une décision d'une personne publique mandataire d'une personne privée (T.C. 28 avril 1980 *Commune de Rimbach*, rec. T. p. 638, T.C. 20 janvier 1986 *Arquier*, D-S 1986, p. 350 et C.E. 11 juillet 1986 *Rust*, A.J.D.A. 1986, p. 656, obs. L. Richer). Il n'en va différemment que si la décision du mandataire public a été prise également en son nom propre (T.C. 19 mars 1979 *Faugeron*, R.D.P. 1979, p. 1737, note M. Waline). Inversement, compétence de la juridiction administrative pour connaître d'une décision du gouverneur de la Banque de France agissant " en lieu et place " du ministre par délégation (C.E. 17 novembre 1986 *S.C.I. d'Hénin Liétard Simenin*, rec. T. p. 440) ou à propos d'un litige relatif à un contrat de prêt passé avec des particuliers avec la Caisse centrale de crédit hôtelier, commercial et industriel agissant " au nom et pour le compte de l'Etat dans le cadre du service public de l'accueil et du reclassement des français d'outremer" (C.E. Sect. 28 juin 1996 *Krieff*, D.A. 1996 n° 516).

une déclaration de demande d'emploi engage la responsabilité de cet établissement public³⁵². L'effet de représentation revêt un caractère absolu dans une hypothèse : à propos de l'instruction des demandes d'exonération de l'application des montants compensatoires en matière agricole confiée par arrêté interministériel aux organismes d'intervention agricole agissant " au nom et pour le compte de l'Etat ", le Conseil d'Etat précise : " les fautes qu'ils peuvent commettre à cette occasion ne peuvent engager, à l'égard des auteurs des demandes, que la responsabilité de l'Etat ; que, par suite, la société Louis Dreyfus et Cie n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a rejeté comme mal dirigées ses conclusions tendant à la condamnation de l'O.N.I.C. à raison des fautes que l'office aurait pu commettre lors de l'examen de la demande d'exonération "³⁵³. On le voit, dans le cadre d'une représentation unilatérale, le juge n'admet même pas l'hypothèse d'une représentation qui autoriserait à choisir la personne à actionner.

Les exemples pourraient être multipliés qui prouvent que le juge administratif, à l'instar du mandat, fait produire aux cas de représentation unilatérale la plénitude des effets de représentation³⁵⁴. Il n'est donc pas soutenable aujourd'hui que la jurisprudence administrative met en avant une conception édulcorée de la représentation en général et du mandat en particulier.

A ce stade et pour revenir au mandat public, il est permis de reprendre à notre compte une observation de F. Llorens³⁵⁵ : " Quand une personne privée contracte comme mandataire d'une personne publique, par application des règles régissant le mandat, c'est la personne mandante qui est partie au contrat et non le mandataire privé ". Ainsi l'on aura fait la preuve de ce qu'un contrat passé par un mandataire pour le compte d'une personne publique doit être considéré comme passé par cette dernière (à l'exception du mandat de la loi du 16 juin 1948). S'il est passé matériellement par un mandataire privé avec une autre personne privée et qu'il répond au critère matériel du contrat administratif, il ne s'agira pas d'une exception au critère organique du contrat administratif mais bien d'une modalité d'application de ce principe comme l'a fait remarquer L. Richer³⁵⁶ à la suite de J-A Mazères³⁵⁷.

³⁵² C.A.A. Lyon 30 novembre 1995 *A.N.P.E.*, R.F.D. mars 1996, n° 4, p. 224, obs. J. Courtial.

³⁵³ C.E. 25 février 1987 *Soc. Louis Dreyfus*, p. 71.

³⁵⁴ Un cas particulier de représentation est constitué par la décision de la commission d'appel d'offre (C.A.O.) en matière de marchés publics qui peut engager la responsabilité de la collectivité - cf J.M. Peyrical " Commission d'appel d'offre : un pouvoir décisionnel prépondérant ", M.T.P. 2 déc. 1994 mais ici le représentant (la C.A.O.) ne saurait voir sa responsabilité engagée, faute de personnalité juridique distincte. Pour une admission implicite de représentation unilatérale, voir C.E. Sect. 10 nov. 1967 *Augusto*, p. 422 et G. Braibant, conclusions sur C.E. 13 nov. 1970 *Ville de Royan*, R.D.P. 1971 p. 745 qui la ramène à un cas de représentation. Il convient d'y adjoindre l'arrêt *Brossette* de 1931 présenté comme un cas de mandat alors qu'il s'agit certainement d'une représentation unilatérale.

³⁵⁵ Citée par M. Ngamakita, Th. préc., p. 231.

³⁵⁶ Droit des contrats administratifs, L.G.D.J. 1995, p. 109 ; dans le même sens, voir M. Guibal, L. Rapp et Ph. Terneyre *Droit public des affaires*, Lamy 1997, p. 516, n° 1256.

³⁵⁷ " Que reste-t-il de la jurisprudence " Société Entreprise Peyrot ? " ", *Mélanges Couzinet* 1975, p. 505.

La démonstration faite, à partir d'une masse de données jurisprudentielles que l'on a voulu la plus complète possible, vient le temps des interrogations : comment expliquer des appréciations si divergentes de jurisprudences connues et étudiées ? Certaines explications ont déjà été ébauchées. D'autres non, à commencer par celle d'un réel particularisme du mandat public que l'on a volontairement passé sous silence : celui que met en oeuvre le juge administratif dans l'identification de l'existence d'un mandat. Cet aspect original n'avait pas à être évoqué avec le concept du mandat public dans la mesure où il ne remet pas en cause l'essentiel de ce concept, c'est-à-dire sa faculté à faire du contrat matériellement passé par un mandataire un contrat en réalité passé par le mandant. Il trouve sa place en revanche dans un chapitre explicatif des errances doctrinales, à côté d'autres prétendus particularismes dont la pertinence est sujette à caution.

CHAPITRE 2 : LA DUALITE DES CONCEPTIONS DU MANDAT PUBLIC

Les divergences fondamentales au sein de la doctrine publiciste sur le mandat ont été soulignées. Les uns adoptent une conception unitaire de ce contrat, considérant qu'il n'y a pas lieu de distinguer mandat public et mandat de droit privé. Nous pensons avoir démontré à partir de la jurisprudence le bien-fondé de cette thèse, à partir d'une analyse basée sur la distinction des mandats à fondement contractuel et des mandats à fondement légal.

Les autres, tout en reconnaissant que le juge administratif fait parfois une application pure et simple des principes du Code civil, insistent sur certaines espèces qui s'en éloignent. La notion de mandat devrait ainsi s'entendre de manière binaire : un modèle idéal et constant, représenté par le mandat de droit privé et un modèle variable et relatif, parfois conforme au mandat privé, parfois difforme, illustré par le mandat public. Rarement une notion jurisprudentielle n'aura fait ainsi l'objet d'interprétations autant contradictoires. La thèse d'un particularisme du mandat public doit être approchée au plus près désormais, afin d'expliquer l'origine de cette dualité des conceptions du mandat public.

Le particularisme du mandat réside uniquement dans la méthode utilisée par le juge administratif pour identifier l'existence d'un mandat. Peut-être y a-t-il là une première explication de l'origine de la thèse dualiste du mandat (section 1). De ce point de vue, le dualisme du mandat serait justifié, à considérer (ce que nous réfutons) que l'identification de l'existence d'un mandat représente un élément constitutif de l'essence du mandat. Mais la thèse s'appuie en réalité davantage sur des prétendus particularismes qui toucheraient à l'essence même du mandat de droit privé. Il conviendra dès lors de les identifier, pour en souligner le caractère infondé (section 2).

SECTION 1/ LE PARTICULARISME DE L'IDENTIFICATION DU MANDAT PUBLIC PAR LE JUGE

L'identification de la nature réelle des relations qui s'instaurent entre deux parties à un même contrat représente une part importante de l'activité du juge. Le juge judiciaire, par exemple, est confronté à de sérieuses difficultés pour faire rentrer des situations résultant de la pratique dans les schémas définis théoriquement. La distinction du mandat et du contrat d'entreprise se révèle de la sorte moins évidente qu'il n'y paraît a priori³⁵⁸. Cela dit, en cette matière, le juge judiciaire recourt fréquemment aux termes même du contrat pour déceler l'existence d'un mandat. Compte tenu de ce que le Code civil y consacre un titre entier et en fait ainsi un contrat nommé et connu, les parties à un contrat directement qualifié de mandat (ou indirectement si l'une agit " au nom et pour le compte " d'une autre) sont censées avoir voulu les effets qui s'y attachent et il n'y a pas lieu pour le juge de procéder à une requalification³⁵⁹. Plus même, l'absence de ces mentions, en dehors de l'hypothèse d'un mandat tacite, suffit à ôter au contrat le caractère d'un mandat³⁶⁰.

La jurisprudence administrative paraît quant à elle moins rigoureuse sur ce plan et bien souvent se contente de constater qu'une personne agit " pour le compte " d'une autre. Or, cette formule fait partie de ces " expressions de la jurisprudence du Conseil d'Etat (qui) sont de nature à brouiller les pistes "³⁶¹ et cette amphibologie, sur laquelle on reviendra, ne permet pas de conclure à l'existence d'un mandat du seul fait de sa présence dans la rédaction d'un arrêt du Conseil d'Etat. De l'attitude de celui-ci il est difficile de dégager une constance non seulement terminologique (le juge administratif parlant alternativement d'action " au nom et pour le compte " ou seulement d'action " pour le compte " pour évoquer un mandat) mais surtout méthodologique (§ 1). L'existence de rapports contractuels pourtant connus, mais dont on ne sait avec certitude s'ils sont assimilables à un mandat, démontre les insuffisances des méthodes d'identification du mandat utilisées par le juge administratif (§ 2).

§ 1/ Variabilité des méthodes d'identification

³⁵⁸ Cf D. Alexandre, Jurisclasseur Civil, Art. 1984 à 1990, fasc. 1, p. 6 à 8 et C.A. Paris 1^{er} février 1993, JCP-E 1993 II, n° 489, note A. Couret et F. Peltier, pour un contrat qualifié de mandat en qui les annotateurs auraient volontiers vu un contrat d'entreprise.

³⁵⁹ Requalification à laquelle procède certainement plus facilement le juge administratif.

³⁶⁰ Civ. 1^{ère} 1^{er} octobre 1985, B.C I, n° 242.

³⁶¹ F. Moderne, note de jurisprudence, A.J.D.A. 1973, p. 47.

Un certain nombre d'auteurs s'est penché, on l'a dit, sur l'étude du mandat public. Mais il s'agit presque toujours d'aborder ce contrat sous l'angle de ses effets et de leurs éventuelles spécificités au regard du droit privé. Deux auteurs, M. Durupty³⁶² et A. Coudeville³⁶³ ont évoqué plus avant les méthodes d'identification de l'existence d'un mandat, à travers l'idée d'une évolution de l'attitude du juge. Plus que d'évolution, c'est de pluralité des approches qu'il convient de parler.

A/ Une évolution des méthodes d'identification ?

L'argumentation souvent avancée d'une évolution des méthodes du juge administratif n'est pas exempte de critiques, en particulier quant à la méthode même adoptée par les auteurs.

1/ Argumentation de la thèse d'une évolution des méthodes d'identification

M. Durupty le premier, s'interrogeant dans son commentaire de l'arrêt de section du 18 juin 1976 *Dame Culard*³⁶⁴ sur " la manière dont le Conseil d'Etat tente de mettre en oeuvre la notion de mandat ", croit pouvoir dégager quatre phases successives. La première serait caractérisée par un " laxisme " dans la démarche du juge qui reconnaît assez facilement l'existence d'une situation de mandat. Ainsi, dans l'arrêt *Brossette* du 30 janvier 1931, le Conseil d'Etat se base sur des circonstances de fait, desquelles il résultait que l'administration avait conservé la mainmise sur l'opération, pour reconnaître à un contrat passé par deux personnes privées un caractère administratif : " un contrat conclu par le comptoir d'exportation du comité des forges sur l'intervention directe du ministère de l'armement et à des conditions spécifiées par l'administration doit être regardé comme passé pour le compte du ministre et revêt un caractère administratif ". Et l'auteur de citer ensuite les arrêts *Prade* du 18 décembre 1936³⁶⁵ et *Artaud* du 27 mai 1957 dans lequel le Conseil d'Etat qualifie

³⁶² Note sous C.E. Sect. 18 juin 1976 *Dame Culard*, A.J.D.A. 1976, p. 580 et s.

³⁶³ " La notion de mandat en droit administratif ", A.J.D.A. septembre 1979, p. 7 et s.

³⁶⁴ Note préc., p. 580.

³⁶⁵ S. 1938. 3. 38.

d'administratif un contrat conclu " au nom de l'Etat " par une personne privée avec une autre personne privée³⁶⁶.

La deuxième phase serait celle d'une " transposition de la notion de mandat empruntée au droit privé ". L'arrêt *Secrétaire d'Etat à la production industrielle* du 24 février 1954 constituerait le point de départ de cette rigueur nouvelle : " il appartenait au Conseil de préfecture de rechercher si l'Exposition s'était conformée au droit commun du mandat établi par l'article 1998 du Code civil, notamment en approuvant expressément ou tacitement les travaux déjà exécutés ". S'y ajoute, toujours selon M. Durupty, l'arrêt *Leduc* précité du 2 juin 1961 relatif aux associations syndicales de reconstruction, même si l'auteur note à la suite du commissaire du gouvernement Braibant que l'application du mécanisme du mandat " était en quelque sorte dictée par les textes régissant ces sociétés ".

Dans une troisième phase illustrée par la jurisprudence *S.E.R.M.* du 30 mai 1975³⁶⁷, le Conseil d'Etat amorcerait un " retour à l'idée de mandat, mais remaniée et complétée par la recherche d'une série d'indices permettant d'établir en quelque sorte la " transparence " de l'un des deux contractants privés ".

La quatrième phase prolongerait la précédente, " le Tribunal des conflits systématis(ant) cette recherche ". Ainsi, d'après M. Durupty, pour qu'un organisme privé ou un particulier signe avec une autre personne privée un contrat administratif, " il n'est pas nécessaire qu'il ait reçu un mandat au sens civil du terme. Mais il faut qu'il tienne de la loi, d'un règlement ou d'une convention compétence pour accepter des droits et assumer des obligations qui entreront dans le patrimoine de la personne publique pour le compte de laquelle il agit ".

C'est à peu de choses près la même conception qu'a mise en avant A. Couveville dans son article précité. Elle constate également une alternance de laxisme, de rigueur puis d'assouplissement dans les critères de reconnaissance d'un mandat public, à cette différence près que le départ de la troisième phase est fixé à la décision du Tribunal des conflits *Société entreprise Peyrot* du 8 juillet 1963³⁶⁸ et non à l'arrêt *S.E.R.M.* Elle semble toutefois s'appuyer à cette fin sur les conclusions du commissaire du gouvernement G. Guillaume sur l'arrêt *Dame Culard* qui pencherait en ce sens³⁶⁹. Pourtant, ni l'une ni l'autre de ces jurisprudences ne saurait être constitutive d'une hypothèse de mandat, même tacite. Les contradictions de ces raisonnements ne se résument pas d'ailleurs à ce seul aspect.

³⁶⁶ P. 351.

³⁶⁷ P. 326.

³⁶⁸ P. 787.

³⁶⁹ Art. préc., A.J.D.A. 1979, p. 13 note 78.

2/ Critique de la thèse de l'évolution des méthodes d'identification

Sur un plan purement méthodique, l'argumentation de M. Durupty pêche par une certaine confusion. Basant la nouvelle approche plus rigoureuse du juge sur l'arrêt *Secrétaire d'Etat à la production industrielle*, cet auteur semble confondre critère d'identification d'un mandat et effets induits par ce contrat. Dans cette décision en effet, le Conseil d'Etat ne fait rien d'autre qu'affirmer la nécessité de rechercher si l'applicabilité de l'article 1998 du Code civil est de mise, en vue d'examiner l'éventuelle responsabilité de la personne publique mandante : ou bien la clause qui prévoyait une approbation préalable des contrats passés par le mandataire est toujours en vigueur, auquel cas le défaut d'approbation n'engage que la responsabilité du mandataire qui a outrepassé son pouvoir, ou bien il résulte des circonstances que la personne publique avait entendu abandonner cette obligation, et dès lors elle doit répondre des actes de son mandataire par application de l'article 1998 du Code civil. La référence à cet article n'intervient donc en rien dans le travail d'identification de l'existence du mandat. Le début de l'arrêt achève du reste de convaincre : " considérant qu'il ressort des pièces versées au dossier et qu'il n'est d'ailleurs pas contesté que la Société auxiliaire des grands travaux urbains et la Société Hegemann-Harris (...) étaient habilités à passer pour le compte et en qualité de mandataire des marchés pour la construction du pavillon des Etats-Unis "³⁷⁰. Cette espèce caractérise non une quelconque rigueur dans l'admission d'un mandat, mais un phénomène fréquent dans les arrêts du Conseil d'Etat que l'on retrouvera, qui consiste à procéder par assertion sans fournir le détail des critères permettant d'établir l'existence d'un mandat.

Outre la méthode qui confond régime du mandat et critères d'identification, les exemples cités n'étaient pas toujours de manière pertinente la thèse avancée.

Ainsi en va-t-il du prétendu laxisme initial qu'illustreraient les arrêts *Brossette* et *Artaud*. Le premier correspond à un cas de représentation unilatérale, certes original parce que découlant des circonstances de fait, mais par définition étranger à l'hypothèse d'un mandat³⁷¹. Quant aux contrats de l'arrêt *Artaud* conclus par une personne privée " au nom de l'Etat " avec une autre personne privée, il n'y a là que l'application classique de la *contemplatio domini* : la connaissance qu'a le tiers de la situation de mandataire de son cocontractant suffit à caractériser un rapport de mandat. Dit autrement, lorsque le juge reconnaît qu'une personne

³⁷⁰ P. 325 (c'est nous qui soulignons).

³⁷¹ P. 124 : la représentation ne découle pas d'un contrat puisque l'intervention de la personne privée était prévue par arrêtés ministériel et interministériel mais des instructions données par le ministre directement au comptoir d'exportation.

agit au nom d'une autre, cela signifie qu'elle a informé le tiers de l'existence d'un mandat et ce seul fait lui confère la qualité de mandataire. Certes l'arrêt *Prade* du 18 décembre 1936 est symptomatique effectivement d'une attitude " laxiste " du juge mais on la retrouve presque à l'identique dans des espèces plus récentes, sans qu'il soit possible dès lors de distinguer différentes " phases ", qui présentent au demeurant l'inconvénient de se chevaucher dans le temps³⁷².

Les troisième et quatrième phases représentant une soit-disante adaptation du mandat ne sont guère plus probantes. Nous aurons largement l'occasion de démontrer dans le titre suivant que ni la jurisprudence Peyrot, ni la jurisprudence S.E.R.M. ne constituent des hypothèses de mandat, tacites ou non.

Tous les exemples réels de mandat cités, ainsi que nombre d'autres, révèlent non une évolution mais une pluralité des méthodes utilisées par le juge administratif dans sa recherche d'identification d'un mandat : parfois il s'en tient à celle mise en oeuvre par le juge judiciaire, parfois il recourt à d'autres indices et c'est en cela que l'on peut parler de souplesse dans l'attitude du juge administratif en ce domaine.

B/ Une pluralité des méthodes d'identification

Pour dégager ces méthodes d'identification, encore faut-il déterminer de façon certaine les arrêts relatifs au mandat, identifier en quelque sorte à travers le vocabulaire employé par le juge les applications du mandat.

L'exercice n'est pas si facile car le juge administratif ne se soucie pas toujours d'éclairer le lecteur en se référant explicitement au mandat. Certes lorsque le juge constate qu'une personne agit " au nom et pour le compte " d'une autre, il ne fait pas de doute que l'on est en présence d'un mandat tant les deux éléments sont, de l'avis général, synonymes³⁷³. Parfois le juge se contente de constater qu'une personne agit " au nom " d'une personne publique mais cette expression, " même employée seule, n'est nullement ambiguë : elle implique l'idée de représentation juridique "³⁷⁴.

³⁷² Cas de l'arrêt *Artaud* du 27 mai 1957 classé dans la phase première et de l'arrêt *Secrétaire d'Etat à la production industrielle* du 24 février 1954 classé dans la deuxième phase. La remarque s'applique au classement d'A.Coudeville malgré le fait que l'arrêt du 24 février 1954 soit rangé successivement dans les deux phases (art. préc., p. 13 note 72 et 75).

³⁷³ Voir par exemple H.G. Hubrecht, Th. préc., p. 144 : " cette expression est toujours synonyme de représentation conventionnelle " ou encore F. Moderne, note sous C.E. Sect.30 mai 1975 *S.E.R.M.*, D. 76 p. 5 et s.

³⁷⁴ Y. Brard, " Le mandat comme fondement des contrats administratifs entre personnes privées ", JCP 1981, n° 3032.

Le doute s'instaure lorsque le juge estime qu'une personne agit " pour le compte " d'une autre : l'expression couramment utilisée revêt un caractère polysémique voire parfois amphibologique (Cf infra - titre 2). Il est pourtant des cas où elle désigne des mandats exprès ou tacites.

Enfin, il est même des hypothèses dans lesquelles aucune expression synonyme d'un mandat ou susceptible de l'être n'apparaît dans la rédaction des arrêts et seul, dès lors, le régime juridique mis en oeuvre permet de déduire l'existence d'un mandat.

Comme en droit privé, il se dégage de la jurisprudence deux types de mandat, l'un exprès, l'autre tacite. Pourtant leur reconnaissance n'emprunte que rarement les voies élaborées par le juge judiciaire. Ni l'un ni l'autre n'implique que le tiers au rapport de mandat n'ait une connaissance effective ou supposée de la qualité de mandataire de son cocontractant. Le mandat tacite a ceci de plus qu'il ne s'est jamais vu consacré explicitement par le juge administratif.

1/ La reconnaissance souple d'un mandat exprès

Dans le mandat exprès de droit privé, dès lors que le mandataire a omis de préciser qu'il agissait " au nom et pour le compte " d'autrui, il ne peut exiger l'application du principe représentatif. L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 1^{er} octobre 1985 offre une des meilleures illustrations de cette idée : " attendu que la cour d'appel, analysant les conditions du contrat d'ouverture de crédit, de la convention de concession et du cahier des charges, a relevé que le premier contrat ne mentionnait pas qu'il était passé par la S.A.M.B.O.E. au nom et pour le compte du district urbain d'Etampes, lequel y avait la seule qualité de caution solidaire (...) ; que la cour d'appel a pu en déduire qu'en passant le contrat de prêt litigieux, la S.A.M.B.O.E., personne morale de droit privé, n'avait pas agi en qualité de mandataire du district urbain, et que ce contrat, passé avec une autre personne privée, n'était, dès lors, pas de nature administrative, nonobstant que la personne publique concédant avait un pouvoir de contrôle sur les activités du concessionnaire "³⁷⁵. Dans la même ligne, la même chambre a conclu à l'absence de mandat sur le seul fait que " la société s'est présentée en qualité de concessionnaire et de maître d'ouvrage "³⁷⁶. La connaissance, ou l'absence de

³⁷⁵ Req. n° 84-130, B.C. I, n° 242.

³⁷⁶ Civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, B.C. I, n° 203. La circonstance que les ouvrages devaient être remis en fin de concession n'est relevée par le juge que pour exclure l'hypothèse d'action " pour le compte " d'une personne publique comme dans la jurisprudence S.E.R.M. et non pour conclure à l'existence d'un mandat. Puisque ni l'un ni l'autre ne sont présents, le contrat est de nature privée : " en écartant ensuite l'existence d'un mandat pour le compte d'une collectivité publique et en énonçant que les ouvrages exécutés pour le compte de la société ne devaient revenir à l'Etat qu'à l'expiration de la concession, la

connaissance de la situation du mandataire conditionne ainsi l'applicabilité du mandat vis à vis des tiers en droit privé. L'attitude du Tribunal des conflits, sans doute sous l'effet de l'influence des magistrats de l'ordre judiciaire qui le composent pour moitié, semble se conformer à cette technique³⁷⁷.

C'est cette exigence de la *contemplatio domini* qui fait défaut dans le mandat public ou plus exactement qui se trouve amoindrie. Certes, le juge administratif se fonde parfois classiquement sur le fait que des contrats " ont été conclus au nom des communes " concernées, pour dégager un rapport de représentation conventionnelle. Mais la proposition inverse n'est jamais vraie : le constat de ce qu'une personne (privée la plupart du temps) n'a pas conclu un contrat au nom d'une personne mandante n'hypothèque pas de ce seul fait l'existence d'un mandat.

Dans le même sens, la circonstance que la personne a contracté " en son nom personnel " ne suffit pas à elle seule à exclure une situation de mandat. Dans un arrêt du 4 mai 1984 *Maternité régionale A. Pinard*, le Conseil d'Etat s'attache au fait qu'" en concluant ce contrat en son nom personnel, M. Kruger, qui n'avait aucune qualité pour agir au nom et pour le compte de la maternité régionale A. Pinard, n'a pu engager cette dernière à l'égard de l'ingénieur conseil et que ledit contrat, en dépit de son approbation par l'autorité administrative investie du pouvoir de tutelle, avait le caractère d'un contrat passé entre personnes privées "³⁷⁸. Peu de temps après, le Conseil d'Etat a jugé que si " l'Institut français du pétrole a signé la convention du 28 octobre en son nom, en vue notamment d'exécuter des missions spécifiques et de promouvoir des intérêts distincts de ceux de l'Etat et du C.N.E.X.O. (...), (il) a conclu la convention pour son propre compte ", en conséquence de quoi il ne peut être regardé comme mandataire de l'Etat³⁷⁹. Dans ces deux espèces, pour écarter la qualité de mandataire, le juge ne s'en tient pas à la seule circonstance que le contrat a été conclu au nom de la personne intermédiaire comme le ferait le juge judiciaire, mais constate dans l'une qu'elle ne possédait en quelque sorte pas qualité pour intervenir au nom de la personne publique et dans l'autre qu'elle ne servait pas directement les intérêts du prétendu mandant mais poursuivait des intérêts propres.

Pourtant, d'aucun pourrait avancer en sens contraire l'arrêt du 23 mars 1966 *Société des établissements Lemaire*³⁸⁰ dans lequel le Conseil d'Etat, pour rejeter une demande de ladite

cour d'appel a légalement justifié sa décision en en déduisant que le contrat était de droit privé pour avoir été conclu entre deux personnes privées ".

³⁷⁷ T.C. 23 octobre 1995 *Préfet de Paris c/ T.G.I. de Paris*, D.A. 1996, n°9 : " Attendu que le contrat de cession de droits immobiliers a été conclu entre personnes morales de droit privé ; que la SEMEA 15 n'y figurait pas en qualité de mandataire de la ville de Paris mais en tant que propriétaire du terrain et titulaire des droits de construire ". Le contrat est donc de droit privé du seul fait que la personne privée ne faisait pas état d'un quelconque mandat.

³⁷⁸ A.J.D.A. 1984, p. 468.

³⁷⁹ C.E. 7 décembre 1984 *Centre d'études marines avancées et M. Cousteau*, A.J.D.A. 1985, p. 274, note Ph. Godfrin.

³⁸⁰ P. 229.

société contre un département qui avait contracté avec le Comptoir des collectivités, constate que ce dernier a signé le contrat de fourniture " en son nom propre sans faire état de sa qualité de mandataire ou de commissionnaire agissant pour le compte d'un tiers " (en l'occurrence la société Lemaire). En réalité, cet exemple offre une intéressante illustration d'une exception confirmant la règle. Si le Conseil d'Etat reprend à son compte l'exigence de la *contemplatio domini* traditionnelle, c'est très probablement par ce qu'il s'agit en l'espèce d'un mandat passé entre deux personnes privées. La personne publique, tiers par rapport au mandat, ne peut répondre des actes de son cocontractant vis à vis d'une autre personne privée parce qu'elle ignorait la situation de représentation.

Mais à l'égard du mandat public, une telle position n'a jamais été admise. La solution ne correspond pas à un privilège supplémentaire accordé aux personnes publiques par un droit administratif réputé déjà trop protecteur à leur égard. Il est des occasions où la souplesse du juge dans la reconnaissance d'un mandat joue en leur défaveur. Elle clarifie au contraire le particularisme des critères d'identification du mandat public fondé probablement sur l'idée sous-jacente d'une moins grande exigence de publicité du mandat public.

La condition de la *contemplatio domini* est strictement entendue pour tout mandat entre personnes privées compte tenu de ce que le tiers n'a pas d'autres moyens de connaître la situation de mandataire de son cocontractant que si celui-ci en fait état. Il en va différemment du mandataire intervenant pour une personne publique mandante. Ce qui compte pour le juge, c'est qu'il existe effectivement un rapport de représentation entre deux parties. En revanche, peu importe que le tiers ignore ce rapport : le mandat jouera quand même. Simplement, comme on le verra, le tiers sera habilité à poursuivre indistinctement le mandataire ou le mandant.

La démarche concrète du juge diffère légèrement suivant que l'on est en présence d'un mandat à fondement légal ou conventionnel.

a/ dans le premier cas, le juge se contente parfois de relever qu'un texte a nécessairement conférer qualité de mandataire à la personne en cause. L'arrêt *Leduc* rendu sur les conclusions Braibant à propos de la loi du 16 juin 1948 a déjà permis d'illustrer cette méthode que l'on pourrait qualifier d'identification directe³⁸¹. Elle se conçoit très bien dans la mesure où la personne en cause intervient toujours ou presque en qualité de mandataire puisqu'elle est créée dans ce but. Le Conseil d'Etat se borne à indiquer que le marché a été passé " par mandat et pour le compte " d'une personne publique mais pas " en son nom "

³⁸¹ Dont le caractère direct paraît plus évident que pour la reconnaissance de la nature administrative de certains contrats - cf P. Amselek " Une nouvelle méthode d'identification des contrats administratifs : l'identification directe ", R.A., 1973, p. 637 et s.

puisque formellement tel n'est pas le cas, du moins pour les S.C.R.³⁸². L'arrêt *Triller*, déjà, représentait un cas de reconnaissance d'un mandat exprès du fait de la loi, le juge constatant simplement que le contrat rentrait dans le cadre de la loi du 6 août 1917 qui prévoyait l'intervention de tiers mandataires³⁸³.

Parfois, le juge ne se contente pas de cette référence à un texte instituant un mandat et exige d'autres conditions. Il vérifie par exemple s'il résulte des termes même des conventions (...) passées dans le cadre des dispositions de l'article 18 du décret du 19 mai 1959, que cette société n'a agi en l'espèce qu'au nom et pour le compte des communes de Massy et Antony³⁸⁴, les contrats en cause étant les conventions initiales passées entre la personne publique et la personne privée.

Lorsqu'il procède par identification directe, le Conseil d'Etat, à l'évidence néglige de rechercher si le tiers a eu une connaissance effective de la situation de représentation. Et même dans le cas, comme dans la deuxième hypothèse, où il recourt aux dispositions du contrat, la condition de la *contemplatio domini* n'est pas davantage remplie puisqu'il ne se réfère qu'au contrat de mandat et non au contrat ultérieur passé avec le tiers, pour considérer qu'il a agi au nom et pour le compte d'une personne publique³⁸⁵.

b/ Isabelle Poirot-Mazères, dans sa thèse, a dénombré quatre sortes de mandats à fondement conventionnel : ceux donnés par une personne privée à une personne publique, ceux passés entre personnes privées, ceux passés entre personnes publiques et enfin ceux donnés par une personne publique à une personne privée. Bien entendu, compte tenu de la définition donnée du mandat public, seules les deux dernières catégories seront retenues.

Dans ce cadre, le Conseil d'Etat procède toujours à l'identique : il combine alors un critère classique et des critères originaux. Ainsi, dans l'arrêt *Ville de Saintes* du 15 octobre 1986, le Conseil estime à propos d'un contrat conclu entre une ville et une S.E.M. " qu'il ressort de la convention conclue le 2 mai 1975 entre la ville de Saintes et cette société que la ville confiait à la société le soin de réaliser en son nom et pour son compte les ouvrages ; qu'elle participait au contrôle de leur exécution et que les réceptions provisoires étaient d'ailleurs prononcées conjointement ; que dès lors, et alors même que le dommage est survenu avant la réception définitive conférant à la ville la garde des ouvrages, celle-ci n'est pas fondée à invoquer, pour être déchargée de sa responsabilité envers un tiers victime de

³⁸² Même formulation dans l'arrêt *Bernard* du 16 février 1966, p. 114.

³⁸³ Contra, I. Poirot-Mazères qui y voit un mandat tacite, Th. préc., p. 97.

³⁸⁴ T.C. 12 janvier 1970 *G.D.F. c/ S.A.E.G.E.M.A.*, préc., malgré l'ambiguïté de certaines clauses - cf conclusions précitées de l'avocat général Mazet sur l'arrêt de la cour d'appel.

³⁸⁵ Voir, toutefois, l'arrêt du 2 février 1940 précité, dans lequel le texte de loi n'intervient pas.

dommages, les stipulations contractuelles sus analysées régissant ses rapports avec la société d'économie mixte qui n'était pas concessionnaire mais seulement chargée de la réalisation des travaux ³⁸⁶. Cet arrêt est intéressant à de multiples égards. Outre les aspects propres à la responsabilité de la personne publique mandante, il démontre que le Conseil d'Etat ne se contente pas de relever que la personne agissait " au nom et pour le compte " d'une autre mais analyse concrètement les relations entre la ville et la S.E.M. qui sont révélatrices d'une certaine maîtrise de la personne publique mandante sur l'opération. La relativité de l'autonomie du mandataire permet ici au juge, de confirmer l'existence d'un mandat. Certains voient là une caractéristique générale du mandat. Pourtant, la portée de ce caractère se trouve réduite dans la mesure où il n'est pas exclusif et qu'il n'existe pas, à notre connaissance, d'autres exemples en ce sens émanant du Conseil d'Etat.

L'originalité de l'arrêt *Ville de Saintes* réside également dans ce qu'il ne dit pas. Nulle part en effet n'apparaît une quelconque référence à un mandat, à un mandataire ou à un mandant. Ph. Terneyre avait bien noté que " bien que ni la convention, ni le Conseil d'Etat ne qualifient la société de mandataire de la collectivité, cette qualité se déduit nécessairement des effets que la Haute juridiction attache à la convention ". On ajoutera que ce mandat revêtait un caractère exprès, dès lors que le contrat initial prévoyait que la société agissait " au nom et pour le compte " d'une personne publique, formule équivalant, on le sait, à un mandat exprès³⁸⁷.

Par la suite, le juge a eu recours à un raisonnement assez proche dans une décision qui aboutit cependant à une solution de fond inverse, c'est-à-dire au refus d'admettre l'existence d'un mandat. Dans l'arrêt *Fondeville* du 27 octobre 1989, le Conseil d'Etat a jugé " en premier lieu, que la société prenait à sa charge la totalité du financement des travaux en cause, lesquels étaient destinés à aménager les terrains que la société comptait revendre à des particuliers ; que, d'ailleurs le marché a été expressément conclu " pour le compte de la société civile immobilière (S.C.I.) Les domaines de Peyrefitte " ; que dans ces conditions, et nonobstant la circonstance que les avant-projets de voirie et réseaux divers étaient soumis à l'agrément de la commune, que les programmes annuels étaient arrêtés en commun par la société et la commune, et que les voirie et réseaux divers devaient revenir à la commune après leur achèvement, la société ne peut être regardée comme ayant agi en qualité de mandataire de

³⁸⁶ Req. 18.909, rec. T., p. 1091. Voir aussi C.A.A. Nantes 8 juillet 1993 *Ville de Bourges*, (Req. 91NT00798) qui déduit d'abord des circonstances que la personne privée agissait pour le compte d'une personne publique avant de constater " d'ailleurs que les stipulations de son article premier le spécifiait expressément ".

³⁸⁷ F. Moderne quant à lui, reste muet sur la question même du mandat - " A propos des travaux effectués par une S.E.M., concessionnaire d'opération d'aménagement urbain ", Cahiers du C.F.P.C. 1987, n° 22, p. 109 et s.

la commune à l'égard de M. Fondeville ; qu'ainsi, ce contrat ne saurait engager la responsabilité de la commune qui n'y était pas partie ³⁸⁸.

Le juge a relevé ici que le contrat en cause était passé expressément " pour le compte " d'une personne privée. Certes, il ne l'a pas été en son nom mais cet oubli ne paraît ici en rien dirimant. Toutefois, le critère qui semble primordial se résume au financement des travaux assuré en totalité par le prétendu mandataire. Il y a là une motivation originale parce qu'inexistante dans d'autres espèces, mais somme toute assez conforme à l'idée du mandat : même en agissant gratuitement, le mandataire est en droit d'obtenir le remboursement des frais exposés. Si les parties ont entendu déroger à cette règle, on peut présumer qu'elles n'ont pas voulu passer un mandat. La référence à la stipulation concernant l'action " pour le compte " vient alors confirmer cette présomption. A eux seuls, ces indices suffisent à écarter l'éventualité d'un mandat, alors que, pour le reste, l'absence d'autonomie de la S.C.I. était flagrante, ce qui tend à démontrer qu'il ne peut s'agir d'un critère probant de l'existence d'un mandat³⁸⁹.

De manière plus originale encore, le Conseil d'Etat avait jugé en 1957, dans l'arrêt *Artaud*³⁹⁰ rendu à propos de contrats conclus par le Groupement national de produits laitiers, qu'" il résulte tant de leur objet même que de l'ensemble des dispositions et spécialement de celles de l'article 1er, que ces contrats ont été conclus au nom de l'Etat par le Groupement en vertu de la convention passée le 28 juin 1949 ". On chercherait en vain dans des contrats ayant pour objet de stocker des excédents de beurre une action nécessairement menée " au nom de l'Etat ", à moins de considérer le stockage de beurre comme une activité à ce point naturellement étatique qu'elle ne puisse pas être concédée mais seulement confiée à un mandataire. Quoiqu'il en soit, le juge, une fois encore, allie critère original et critère plus classique (la convention prévoyait visiblement que le Groupement agissait au nom de l'Etat) pour conclure, implicitement, à l'existence d'un mandat exprès.

Il s'agit d'ailleurs là de la principale originalité des arrêts illustrant des cas de mandats à fondement conventionnel. Jamais le juge ne qualifie expressément l'intermédiaire de mandataire tout en lui reconnaissant nécessairement cette qualité par la solution de fond adoptée. Il y a en quelque sorte reconnaissance implicite d'un mandat exprès. Le juge procède même toujours de la sorte s'agissant des mandats tacites³⁹¹.

³⁸⁸ Rec. T. p. 281, D.A. 1989, n° 675.

³⁸⁹ La situation de la S.C.I. était assimilable à un concessionnaire de Z.A.C. qui, bien que disposant généralement d'une faible marge de manoeuvre, n'est jamais considéré comme mandataire - cf infra § 2.

³⁹⁰ C.E. 27 mai 1957, p. 350.

³⁹¹ Quant aux autres espèces relatives au mandat exprès, le juge omet d'indiquer les critères lui ayant permis de reconnaître un mandat, tout simplement parce que cela semble inutile à la résolution du litige ou que les parties ne le contestent pas.

2/ L'admission implicite de mandats tacites

Formellement, le juge administratif n'a jamais eu recours à la théorie du mandat tacite puisque à la différence du juge judiciaire, l'expression, pas plus que les expressions synonymes ne se trouve dans aucun arrêt³⁹².

Le caractère tacite du mandat ne fait pourtant aucun doute dans bon nombre d'hypothèses, à s'en tenir à la définition donnée par Chr. Lazerges et complétée par celle de Rodière : " mandat sous-entendu dont la finalité et la justification consisterait dans le fait de pouvoir faire jouer les effets du mandat conventionnel à l'égard des tiers " ³⁹³ qui naît " soit des circonstances d'espèces particulièrement indicatives, soit plus souvent du fait que les parties ont noué des relations d'où naît communément un mandat " ³⁹⁴. Pour Troplong, il " n'est pas déclaré par la parole ou l'écriture, mais ressort de certains faits, actes, positions, circonstances " ³⁹⁵.

Le juge administratif n'évoque même pas, la plupart du temps, une situation de mandat, alors que la solution qu'il consacre ne peut s'expliquer autrement. Mais l'implicite ne se réduit pas au silence gardé. En d'autres occasions, il se contente de parler de mandat, là où le caractère tacite est pourtant certain. En cela, il n'est pas excessif de parler d'admission implicite d'un mandat tacite, dans la mesure où le caractère implicite vise alors la nature tacite du mandat³⁹⁶. Cela dit, ce qui importe, c'est de bien distinguer l'attitude du juge du caractère même de ce mandat, ce qui n'est, semble-t-il, pas toujours fait³⁹⁷.

Voir par exemple les arrêts précités *Secrétaire d'Etat à la production industrielle, Lafon, Maurin, Société " Cie française d'entreprise "*.

³⁹² Voir, pour la cassation d'un arrêt d'une cour d'appel qui avait négligé de rechercher si une personne " n'avait pas, au moins tacitement, donné mandat " à une autre, Civ. 1ère 27 mars 1979, B.C. I, n° 102. Le juge judiciaire use parfois de périphrases pour parler de mandat tacite : " les juges du fond ont déduit de ces circonstances l'existence d'un mandat " (Civ. 1ère 3 octobre 1981, B.C. I, n° 283) ou encore l'entreprise principale " doit être regardée comme mandataire " de son sous-traitant (C.A. Paris 26 avril 1985, C.J.E.G. 1985 p. 353, chr. F. Moderne, p. 329 et s). Seul le tribunal administratif de Paris, dans l'affaire *Ythier* que l'on va évoquer, reprend cette dernière formule.

³⁹³ Chr. Lazerges, art. préc., p. 222. Cette définition englobe d'ailleurs dans l'idée de l'auteur des mandats nés en dehors de tout contexte contractuel mais le juge administratif ne semble pas avoir consacré encore une telle hypothèse.

³⁹⁴ Rodière, cité par I. Poirot-Mazères, Th. préc., p. 96.

³⁹⁵ Cité par Chr. Lazerges, art. préc.

³⁹⁶ Le juge administratif semble avoir moins facilement recours que le juge judiciaire, du moins expressément si l'on peut dire, au tacite ou à l'implicite. Voir toutefois, pour la reconnaissance d'un " accord implicite " entre l'Etat et une société, C.E. 27 septembre 1985 *Département de Vendée*, D.A. 1985, n° 540.

³⁹⁷ I. Poirot-Mazères (Th. préc.), par exemple, emploie l'expression d'une reconnaissance implicite (qui devrait s'appliquer à l'attitude du juge) à propos d'un mandat tacite.

a/ dans l'hypothèse d'une admission implicite d'un mandat tacite par défaut de qualification se range de manière topique l'arrêt de Section *Dame Culard*, en date du 18 juin 1976³⁹⁸. Le Conseil d'Etat, sans jamais évoquer explicitement l'idée d'un mandat, consacre tous les effets qui s'y attachent, non seulement s'agissant de la nature (administrative) des contrats de prêts consentis par le Crédit foncier de France (C.F.F.) à des particuliers mais surtout au regard de leur exécution, mise en oeuvre par l'Etat comme s'il était partie aux contrats. Le juge, pour aboutir à ce résultat, procède méthodiquement à l'énoncé d'un faisceau d'indices permettant de considérer ces contrats comme passés " pour le compte " de l'Etat :

- n l'article 1^{er} de la convention du 5 mai 1958 conclue avec l'Etat prévoyait que les contrats de prêts étaient consentis " pour le compte de l'Etat et sur les ressources du fond de développement économique et social " ;
- n les prêts étaient accordés sur l'avis favorable d'une commission présidée par l'ambassadeur de France à Tunis ;
- n l'administration était seule compétente pour exiger, le cas échéant, le remboursement des prêts ;
- n le C.F.F n'assumait d'autre responsabilité que celle qui pouvait résulter de l'inobservation des engagements qu'il avait souscrit envers l'Etat ;
- n le C.F.F. se bornait à mettre à disposition des intéressés des sommes provenant d'un compte ouvert dans les écritures du trésor et géré par le ministère des finances ;
- n la convention du 15 janvier 1959, que l'on avait substituée à celle du 5 mai 1958, réservait à l'administration le pouvoir de contrôler l'emploi des fonds par les emprunteurs.

L'ensemble de ces indices marquent la maîtrise des opérations par l'Etat, à l'exception de la disposition relative à la responsabilité unique encourue par le C.F.F. à l'égard de l'Etat qui, a contrario, lui confère une irresponsabilité générale à l'égard des tiers³⁹⁹. La convention en elle-même n'indiquait pas clairement que le C.F.F. agissait comme mandataire de l'Etat ou en son nom et pour son compte mais cette qualité est déduite et même extirpée par le juge des circonstances et d'un ensemble de dispositions textuelles.

I. Poirot-Mazères confirme ce point de vue : " lorsque la représentation résulte d'une habilitation expresse, unilatérale ou conventionnelle, le juge se contente d'en relever l'existence et d'en tirer toutes les conséquences logiques. Il ne recherche véritablement

³⁹⁸ A.J.D.A. 1976, p. 579, note M. Durupty.

³⁹⁹ La seule maîtrise de l'opération ne saurait suffire car un arrêt postérieur est venu dans ce cadre consacrer une action " pour le compte " sans mandat : T.C. 12 novembre 1984 *Vernoux*, p. 666 (cf infra Titre 2).

l'imbrication organique que pour reconnaître une situation implicite ou tacite ". Et l'auteur de citer l'arrêt *Dame Culard* pour illustrer cette seconde idée⁴⁰⁰. En revanche, la généralisation de l'attitude du juge nous paraît abusive. Il a été vu que, même dans le cas d'un mandat exprès, le juge administratif recherchait parfois d'autres indices, dont certains sont révélateurs de cette " imbrication organique ". Il est en outre d'autres cas de mandats tacites où n'apparaît pas cette imbrication.

b/ Plus fréquemment, lorsqu'il procède à une déduction de l'existence d'un mandat, le juge parle alors de mandat ou d'action " au nom et pour le compte " d'une personne publique. Seul le caractère tacite du mandat est alors implicitement admis.

Parfois la motivation du juge, pour existante qu'elle soit, est des plus ténues. Dans l'arrêt *époux Berthot* du 6 janvier 1967 précité, le Conseil d'Etat se borne à constater que " la chambre de commerce de Troyes a " délégué " à la Compagnie des transports régionaux de l'Est et du Centre et à la Société des transports départementaux de l'aube (...) le pouvoir de passer les contrats pour la location des locaux, les baux de toute nature, la publicité et l'exploitation de tous commerces à l'intérieur ou sur les emprises de la gare " avant de qualifier ces sociétés de " mandataires de la chambre concessionnaire ". La mise entre guillemet du verbe déléguer signifie probablement qu'il avait été employé par les parties de manière impropre, puisque la mission comportait l'accomplissement d'actes juridiques par les sociétés. Elles n'avaient donc pas qualité de mandataire explicitement mais tacitement du fait des missions à elles confiées⁴⁰¹.

Un jugement du tribunal administratif de Paris se montre plus prolix : pour des marchés passés par l'association diocésaine avec des entrepreneurs ayant pour objet exclusif la reconstruction de l'église Saint-Eloi qui appartient à la ville de Paris, l'association diocésaine doit être regardée comme ayant passé ces marchés au nom et pour le compte de la ville de Paris, le montant des frais ayant été versé par la ville à l'association et la ville s'étant vu remettre de plein droit l'ouvrage à son achèvement. Il y a bien mandat tacite, car à la différence par exemple de l'arrêt *Ville de Saintes*, la personne privée ne devait pas passer les contrats " au nom et pour le compte " d'une personne publique, mais il résultait des circonstances qu'elle devait être regardée comme les ayant passés au nom et pour le compte

⁴⁰⁰ Th. préc., p. 452 (et 99) ; M. Durupty, dans son commentaire précité de l'arrêt *Dame Culard*, ne parle pas de mandat tacite mais range l'arrêt au titre de l'évolution de la reconnaissance du mandat qu'illustrerait également la jurisprudence S.E.R.M., ce qui est un non-sens.

⁴⁰¹ On peut noter une certaine souplesse du mandat tacite de droit public dans la mesure où le droit privé ne reconnaît jamais un mandat tacite à partir d'une seule clause contractuelle - cf les exemples donnés par Chr. Lazerges dans son article précité.

de la commune⁴⁰². Le mandat résulte des circonstances et non d'une intention claire et univoque inscrite dans un contrat préalable dont on ne sait d'ailleurs s'il est intervenu.

Il arrive toutefois que le juge administratif néglige d'indiquer les indices de la présence d'un mandat. I. Poirot-Mazères a raison de souligner que " contrairement à ce qui se passe en droit civil, il est souvent fort difficile de déterminer avec précision ce qui relève de la notion de mandat, et a fortiori de mandat tacite "⁴⁰³. En effet, la technique du faisceau d'indices utilisée logiquement pour le mandat tacite est parfois d'usage également on l'a vu pour le mandat exprès. Ceci explique que certains arrêts soient classés parfois dans la catégorie des mandats tacites là où d'autres y voient un mandat exprès et inversement. S'agissant de l'arrêt *Prade* précité, certains auteurs refusent même d'y voir la consécration d'un mandat⁴⁰⁴. Pour nombre d'auteurs en tout cas, tacite ou non, le mandat est certain⁴⁰⁵, ce que confirme l'étude des conséquences qu'en a tirées le juge⁴⁰⁶.

Pour d'autres arrêts, seule la lecture des conclusions des commissaires du gouvernement permet d'éclairer la qualification de mandat ou d'action " au nom et pour le compte ". A titre d'exemple, l'arrêt du 13 novembre 1987 *Syndicat intercommunal pour la création et le fonctionnement de l'école des Clos* ne fournit guère d'enseignement en lui-même puisque le Conseil d'Etat estime que " la convention sus analysées du 28 novembre 1969 a eu pour effet de conférer aux deux sociétés civiles immobilières la qualité de mandataires du syndicat intercommunal ", après avoir simplement relevé que " l'article 5 de cette convention mettait à la charge des deux sociétés la réalisation et le financement d'un groupe scolaire "⁴⁰⁷. Les conclusions du commissaire du gouvernement Robineau établissent en revanche le caractère tacite du mandat confié aux deux S.C.I. : " certes, elles ont financé les bâtiments mais " ce sont les responsables communaux qui ont, en fait, assumé les responsabilités du

⁴⁰² T.A. Paris 15 janvier 1980 *Ville de Paris c/ Ythier*, rec. T. p. 639. (c'est nous qui soulignons).

⁴⁰³ Ibid.

⁴⁰⁴ I. Poirot-Mazères, Th. préc., p. 94 ; F. Moderne, art. préc., p. 6065-8. Parfois, il est impossible de trancher : voir par exemple, C.E. 22 juin 1983 *Soc. Coutant*, Req. 28489 à propos d'une convention conférant à l'Etat " la qualité de maître d'ouvrage délégué agissant comme mandataire de la ville " : cette qualité était-elle prévue par la convention ou bien, ce qui semble plus probable, résulte-t-elle d'une déduction du juge à partir du contrat ?

⁴⁰⁵ Parmi lesquels G. Braibant (conclusions précitées, A.J.D.A. 1961, p. 345), J.P. Négrin (op. cit., L.G.D.J. 1971, p. 193) ainsi que les auteurs du *Traité des contrats administratifs* (préc., p. 169, note 37).

⁴⁰⁶ C'est-à-dire la nature administrative du contrat à une époque qui ne connaissait pas de véritables exceptions au critère organique et surtout la solution de fond relative à la décision prise par la personne publique sur la base du contrat passé par la personne privée.

⁴⁰⁷ R.F.D.A. 1988, p. 383. On peut y ajouter l'arrêt précité du 28 juillet 1995 *Société de gérance Jeanne d'Arc*. Toutefois, les conclusions du commissaire du gouvernement Fratacci éclairent le choix du mandat : si la S.E.M. a été " mandatée par la ville ", le commissaire du gouvernement s'attarde lui aussi ensuite aux indices révélateurs d'une absence d'autonomie du mandataire : l'administration municipale se réserve le droit de participer aux séances d'adjudication ou d'examen des offres, exercera son contrôle sur les travaux, la réception se fera en présence d'inspecteurs administratifs. En outre, la ville est propriétaire des appartements, paye les travaux et en est bénéficiaire.

maître d'ouvrage (...). Eux seuls étaient présents aux opérations de réception. Nous ajouterons que l'absence de tout procès-verbal de remise des bâtiments au syndicat intercommunal plaide en faveur de l'idée que, depuis l'origine, les S.C.I. agissaient au nom du syndicat et non pour leur propre compte jusqu'à remise ultérieure ". Et Y. Robineau d'en conclure à une forte ressemblance de ces relations avec celles d'une délégation de maîtrise d'ouvrage publique⁴⁰⁸.

Le raisonnement opéré par M. Robineau paraît cependant contestable : la seule absence d'autonomie du mandataire n'a jamais suffi au Conseil d'Etat pour conclure à l'existence d'un mandat, et le contrat en cause semblait correspondre à une " convention de Z.A.C. " des plus classiques (c'est-à-dire une Z.A.C. " privée "), garante d'une autonomie du cocontractant vis à vis de la personne publique qu'une " concession de Z.A.C. "⁴⁰⁹.

Comme le juge judiciaire, le juge administratif reconnaît une situation de représentation conventionnelle à partir de circonstances particulières et, par une sorte de fiction juridique, fait naître des droits et des obligations au profit d'un tiers au rapport de mandat que les parties à ce rapport n'ont pas expressément voulues. Mais il y a une différence notable à ce stade entre les démarches des deux juridictions. Le juge administratif admet le rapport de représentation non parce que le tiers a pu ou aurait dû en avoir connaissance, mais seulement parce que les parties au contrat de mandat sont censées en avoir conscience. La condition de la *comtemplatio domini* n'est jamais recherchée, du moins au sens où l'entend le droit privé. Seules comptent les circonstances qui permettent d'établir une situation de mandat, voulue tacitement par la personne publique mandante et son mandataire. La remarque vaut d'ailleurs également pour le mandat exprès : même si, de fait, le tiers aura plus facilement connaissance du rapport de mandat, le juge n'exige aucunement que cette condition soit remplie. Il suffit que du contrat passé entre le mandant et le mandataire, il résulte que les parties ont entendu passer un contrat de mandat.

Sans doute faut-il voir une relation de cause à effet entre ce particularisme et la facilité contentieuse relevée dans l'étude du régime du mandat public qui consiste à laisser au tiers le choix d'actionner le mandant, le mandataire ou même les deux à la fois. Il y aurait une solution difficilement justifiable en équité et insatisfaisante juridiquement, à déclarer irrecevable parce que mal dirigée une action intentée par un tiers contre un mandataire, alors même qu'il ne savait pas et ne pouvait raisonnablement pas connaître la qualité de mandataire de son cocontractant.

⁴⁰⁸ R.F.D.A. 1988, p. 382.

⁴⁰⁹ Cf F. Moderne " Les concessions d'urbanisme ", Enc. Dalloz coll. loc. p. 3325-1 et s. ; et du même auteur " Les conventions d'urbanisme ", *ibid.* p. 3765-1 et s.

L'attitude du juge administratif, dans son travail d'identification de l'existence d'un mandat, est ainsi caractérisée par une grande souplesse : multiplicité des critères révélateurs d'un mandat, indifférence à l'égard du droit privé concernant la condition de la connaissance du mandat par le tiers. Un tableau permet de mieux comprendre le caractère pluriel de la méthode du juge, avant d'envisager les particularismes du mandat public souvent avancés par la doctrine, mais qui s'avèrent infondés en droit.

Pluralité des méthodes d'identification du mandat Public

attitude du juge : reconnaissance reconnaissance absence d'indices
 explicite implicite

caractère du mandat -identification directe- pluralité de critères : Probablement les
 ex. : mandat loi du 16 -constat d'une action arrêts suivants :
 juin 1948 ou loi du 6 " au nom et pour le *Secrétaire d'Etat à la*
 août 1917 (C.E. 1927 compte " et autonomie *production*
 Triller) relative du mandataire- *industrielle, Lafon,*
 expès ex. : C.E. 15 oct. 1986 *Société Cie française*
 -pluralité de critères- *Ville de Saintes* *d'entreprise, S.A. Cie*
 ex. : mandat *toulousaine de*
 d'urbanisme (T.C. 12 d'urbanisme (T.C. 12 *transports (T.C.),*
 janvier 1970 *G.D.F. c/* janvier 1970 *G.D.F. c/* *Société de gérance*
 S.A.E.G.E.M.A.) *S.A.E.G.E.M.A.)* *Jeanne d'Arc*
 même du contrat (C.E. 27 mai 1957 *Artaud*)

(aucun exemple) -absence de -absence de critères
 qualification et de la part du juge :
 pluralité de critères : C.E. 18 décembre
 critère de l'autonomie 1936 *Prade* ainsi que
 relative du mandataire les arrêts relatifs aux
 et de la responsabilité délégations de
 unique à l'égard du M.O.P.
 mandant (C.E. sect. 18
 juin 1976 *Dame*
 Culard) - absences de critères
 de la part du juge
 mais indices relevés
 par le commissaire du
 -qualification gouvernement : C.E.
 incomplète et critère basé sur les missions 13 novembre 1987
 du mandataire mal *Syndicat intercom.*
 dénommées (C.E. 6 *pour la création et le*
 janvier 1967 *époux fonctionnement de*
 Berthot) ou s'attachant *l'école des Clos*

tacite

au financement, à la (critères tirés de
propriété et à la remise l'absence d'autonomie
des ouvrages (T.A. du mandataire)

Paris 15 janvier 1980

Ville de Paris c/

Ythier)

§ 2/ Les insuffisances des méthodes d'identification

La variabilité des méthodes d'identification du mandat public ne permet pas, loin s'en faut, de distinguer toujours ce contrat d'autres contrats au sein de la jurisprudence. Car, à la méthode du faisceau d'indices utilisée également à propos de la jurisprudence S.E.R.M., s'ajoute une autre source de confusion, relative aux termes employés. Le juge relève parfois uniquement que la personne mandataire a agi " pour le compte " d'une personne publique, expression employée aussi s'agissant de la position de l'intermédiaire dans la jurisprudence S.E.R.M. D'une certaine manière, la formulation se justifie lorsque le tiers n'avait pas effectivement connaissance de la situation de mandataire de son cocontractant : le mandataire, dès lors, ne peut être considéré comme agissant " au nom " du mandant puisqu'il ne l'a certainement pas fait. Mais il reste que les incertitudes qu'entraîne cette amphibologie de l'expression sont nombreuses, en particulier à propos de certains contrats pourtant classiques et donc censés être connus.

Bien sûr, le droit administratif n'a pas l'apanage de l'imprécision et le droit privé offre de nombreux exemples dans lesquels le juge hésite à qualifier de mandat un rapport donné. Mais il s'agit là d'une difficulté relative à l'application de schémas théoriques à des situations pratiques, au classement, dans les cadres ordonnés du droit, des créations foisonnantes de la société, travail de subsumption qui est le propre de tout juriste. En matière de mandat public, les incertitudes touchent à la définition même de certains contrats au regard de la définition du mandat, dont on ne sait parfois, à l'image de la concession, comment il s'en distingue et pour d'autres, s'ils lui sont assimilables.

A/ Les incertitudes de la distinction du mandat et de la concession

Distinguer le mandat du contrat administratif probablement le plus connu et certainement le plus cité qu'est le contrat de concession peut sembler oeuvre aisée et pour tout dire inutile. Malgré ce, la confusion s'opère parfois. Les moyens de les distinguer ont été pourtant dégagés par une partie de la doctrine.

1/ Les origines de la confusion

Certes, c'est le Conseil d'Etat lui-même qui a commencé à semer le trouble au sein de la doctrine par l'adoption dès 1967 d'un *obiter dictum*⁴¹⁰. Dans l'arrêt *Société des eaux de Marseille*, la Haute juridiction décida que " les conclusions sus rappelées, qui mettent en jeu uniquement les rapports respectifs du concessionnaire et de ses entrepreneurs, concernent des litiges distincts qui, hormis le cas où le concessionnaire peut être regardé en tant que mandataire du concédant, ne sont pas au nombre de ceux dont il appartient à la juridiction administrative de connaître "⁴¹¹. Cela signifiait-il que le juge se réservait la faculté de requalifier en mandataire un concessionnaire mal dénommé ou bien qu'un concessionnaire pouvait également se voir reconnaître la qualité de mandataire ? C'est la seconde branche de l'alternative, source de confusion, qui l'a emporté et de manière durable, puisqu'en 1997, le Conseil d'Etat considéra la S.A. de gestion de eaux de Paris comme " agissant à la fois en qualité de S.E.M. concessionnaire du service des eaux de la ville de Paris et en qualité de mandataire de la ville de Paris pour l'approvisionnement propre de celle-ci "⁴¹².

Inversement, la confusion naît parfois de l'absence de qualification. Tout en maintenant la dénomination de concessionnaire, le juge brouille les pistes en conservant au concédant la qualité de maître d'ouvrage contrairement au droit commun de la concession⁴¹³, ou encore évoque l'idée peu précise de " substitution "⁴¹⁴.

La confusion atteint son paroxysme lorsque, voulant fonder la jurisprudence S.E.R.M. qui concerne, selon les termes des conventions en cause, les rapports " concédant " et " concessionnaire ", une partie de la doctrine a assimilé purement et simplement mandat et concession. Ces contrats auraient tous deux évolué vers un point de convergence indépassable. La pratique aurait fait de la concession un contrat éloigné du modèle idéal du XIXème siècle, en particulier en ce qui concerne l'absence de gestion aux risques et périls du concessionnaire. Mais outre le fait que cette conception correspond à une vision idéalisée de la concession qui a pratiquement toujours garanti le concessionnaire de certains profits⁴¹⁵, le

⁴¹⁰ C'est-à-dire une incidente inutile à la résolution du litige en cause mais qui revêt une importance capitale sur le plan des principes, compte tenu de la parcimonie avec laquelle le Conseil d'Etat en fait usage.

⁴¹¹ C.E. 9 juin 1967, A.J.D.A. 1968 II, p. 184, obs. P. Laporte (c'est nous qui soulignons).

⁴¹² C.E. 22 janvier 1997 *S.A. Biwater*, D.A. 1997, n° 107.

⁴¹³ C.E. 28 novembre 1952 *S.A.D.E. c/ Société des eaux de Marseille et sieur Néri*, p. 546 ; J. Dufau, citant la circulaire du 4 mars 1986 qui ne fait que reprendre une solution établie depuis longtemps en jurisprudence, confirme que le concessionnaire doit être regardé comme le maître de l'ouvrage (in *Droit des travaux publics*, t. 1, éd. du moniteur, 1988 p. 144).

⁴¹⁴ C.E. 9 décembre 1966 *Sieur Chanard*, p. 645.

⁴¹⁵ Cf Chr. Bettinger, *L'évolution de la concession, notion de droit administratif français*, Th. Paris, 1975, p. 132 à 145 ; H.G. Hubrecht, *Les contrats de service public*, Th. Bordeaux, 1980, p. 54 : " on sait désormais que cette interprétation n'a jamais correspondu totalement à la réalité du droit, ni traduit un quelconque impératif théorique ". La définition donnée en 1916 par le commissaire du gouvernement Chardenet indiquait clairement déjà que la gestion aux risques et périls ne pouvait être présentée comme un élément constitutif : " contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des

raisonnement opéré reposait sur une méprise de l'absence de gestion aux risques et périls du concessionnaire. Une telle hypothèse ne correspond en rien à une absence de responsabilité juridique du service géré, mais uniquement à l'exclusion d'une responsabilité que l'on peut qualifier de financière, c'est-à-dire que la collectivité publique garantit le concessionnaire contre le risque commercial. Le concessionnaire se doit d'assumer la responsabilité des actes qu'il passe d'ailleurs " en son nom et pour son compte ", ou des dommages qu'il peut causer.

Quant à la prétendue évolution du mandat, elle trouverait en réalité son origine dans la jurisprudence S.E.R.M. elle-même, soi-disant révélatrice d'un mandat tacite aux effets originaux parce qu'assimilables à ceux d'une concession. Le titre suivant sera l'occasion de souligner les incohérences de cette thèse, mais l'on peut d'ores et déjà noter la tautologie qu'il y a à fonder la jurisprudence S.E.R.M. sur l'assimilation du mandat et de la concession à partir d'une évolution du mandat que caractériserait précisément la jurisprudence S.E.R.M.

I. Poirot-Mazères n'est pas moins sévère sur ce point : " n'ayant pas fait l'effort de rigueur juridique qui aurait permis d'identifier strictement et de distinguer mandat et concession, une partie de la doctrine les a progressivement confondus "⁴¹⁶.

2/ Les données de la distinction

Il faut rendre à la doctrine ce qui lui appartient, elle qui dans sa grande majorité a expliqué que les qualités de mandataire et de concessionnaire étaient non pas assimilables mais cumulables.

C'est en ce sens qu'il faut entendre l'attitude du juge à l'égard de certaines situations : il y a cumul des fonctions de concessionnaire et de mandataire au bénéfice d'une seule et même personne mais il convient de délimiter les opérations respectives de chaque fonction. Bien souvent d'ailleurs, " le mandat vient se greffer sur le contrat général de concession "⁴¹⁷. H.G Hubrecht estime plus précisément que " la dévolution concerne automatiquement la totalité ou une partie d'un service public alors que la représentation ne peut s'appliquer qu'à un ou plusieurs actes juridiques nettement déterminés "⁴¹⁸. Pour notre part, il semble concevable que le mandat revête lui aussi un caractère général, du moment que les activités visées ne peuvent être confondues avec celles de la concession. A titre d'exemple, l'arrêt précité S.A.Biwater du

redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public " (C.E. 30 mars 1916 *Cie du gaz de Bordeaux* , p. 125).

⁴¹⁶ Th. préc., p. 178.

⁴¹⁷ J.A. Mazères, art. préc., p. 504.

⁴¹⁸ Th. préc., p. 170.

22 janvier 1997 précise lui-même que la S.E.M. intervient comme mandataire " pour l'approvisionnement propre de la ville de Paris " mais pas pour les autres usagers du service public, ce qui se comprend, car il y aurait sans doute quelques difficultés pour la ville à être à la fois concédant et usager du service. En réalité, ce sont fréquemment des textes qui envisagent le cumul des deux fonctions tout en spécifiant leur champ respectif.

La circulaire du 17 août 1964 relative au fonctionnement et au contrôle des S.E.M.⁴¹⁹, l'article 19-2 de la loi du 12 juillet 1985 précitée et sa circulaire d'application n° 86-24 du 4 mars 1986 ou encore l'article R 321-20 précité du Code de l'urbanisme consacrent implicitement ou explicitement la possibilité de concessionnaire par ailleurs mandataire pour certaines opérations, pourvu qu'elles soient matérialisées dans une convention⁴²⁰.

La confusion n'est dans cette optique alors plus possible, à condition d'avoir à l'esprit le fait que l'expression " pour le compte " dans le cadre d'une concession vise la nature des travaux et non la nature des contrats. Car, ces deux notions n'emportent pas du tout les mêmes conséquences, non pas tant parce que le concessionnaire disposerait d'" une plus grande latitude dans les moyens de conduire son entreprise "⁴²¹, mais surtout, comme le souligne I. Poirot-Mazères, parce que seul le mandat est source de représentation alors que le concédant ne verra pas en principe sa responsabilité engagée du fait de son concessionnaire⁴²². La formulation est d'ailleurs désormais moins équivoque. A propos d'une concession de travaux et de service public, le Conseil d'Etat a estimé qu' " en application des principes généraux applicables à un tel contrat, la société " Champagne parc autos " est substituée à la ville de Reims en ce qui concerne la réparation des dommages résultant de la construction et du fonctionnement de l'ouvrage public concédé et que c'est en sa qualité de concessionnaire et non pas en agissant pour le compte de la ville de Reims que la société a conclu les contrats"⁴²³.

Il est possible alors de se risquer à une comparaison avec les deux techniques d'habilitation unilatérale connues en droit administratif que sont la délégation de pouvoir et la délégation de signature. La délégation de pouvoir (ou de " fonction " pour les exécutifs locaux⁴²⁴) dessaisit le délégant de ses compétences transférées, là où la délégation de signature

⁴¹⁹ J.O.R.F. 6 septembre, p. 8125, rectifiée le 15 septembre, p. 8356.

⁴²⁰ En ce sens, M. Ngamakita, Th. préc., p. 218, qui y voit une exigence d'ordre public.

⁴²¹ J.A. Mazères, art. préc., p. 502. On a vu que le mandataire n'était pas nécessairement soumis au mandant et l'on verra que certains concessionnaires de Z.A.C. disposent de peu d'autonomie (cf infra, B/).

⁴²² Th. préc., p. 176. Voir par exemple C.E. 8 février 1985 *C.C.I. de Brest*, Req. 43.160 : " A moins de stipulations contrares et en cas d'insolvabilité du concessionnaire, la remise d'ouvrages au concessionnaire a pour effet d'affranchir le concédant à l'égard des tiers à raison des dommages imputables aux modalités d'exécution ou à l'existence de ces ouvrages ".

⁴²³ C.E. 20 mars 1991 *Société N.M.G.R.*, Req. 73.342.

⁴²⁴ Rép. Min. n° 10284, J.O. Sénat Q. 4 mai 1995, p. 1046, D.A. 1995, n° 251.

autorise le contrôle et l'intervention du délégant. Plus probant encore, le délégataire de pouvoir agit en son propre nom, alors que le délégataire de signature agit au nom du délégant (ce qui est parfois le cas dans le mandat public) mais surtout engage la responsabilité du délégant (ce qui est le cas en principe du mandataire). Certes il existe d'autres différences entre les deux délégations unilatérales que la distinction mandat-concession ne connaît pas, mais le parallèle à cette seule aune est saisissant⁴²⁵.

Dans cette optique, le terme de délégation n'est pas synonyme de transfert de compétences mais englobe plus généralement toute habilitation à intervenir à la place d'une autre personne. La remarque possède une valeur qui s'étend au delà de cette comparaison et permet de répondre à une interrogation suscitée par la confrontation du mandat aux contrats de délégations de service public. Les incertitudes, liées à la méthode perfectible d'identification de l'existence d'un mandat, jouent alors non pas sur des distinctions classiques mais sur les assimilations à opérer entre le mandat et d'autres contrats.

B/ Les incertitudes de l'assimilation de certains contrats à des mandats

La question de l'inclusion des mandats de service public dans la catégorie nouvelle des délégations de service public se présente en réalité davantage comme principalement un problème propre à l'incertitude de la définition de cette notion issue de la loi du 29 janvier 1993. Toutefois, elle peut être évoquée succinctement en ce que l'incertitude propre à l'identification des mandats renforce la confusion générale.

La doctrine s'interroge, ici aussi, sur la pertinence du critère tirée de l'autonomie du délégataire de service public. Les uns y voient une référence inutile pour caractériser la délégation de service public⁴²⁶ là où d'autres la consacrent en tant que condition impérative⁴²⁷. Pourtant, même dans cette hypothèse basse de la définition, l'exclusion du mandat ne va pas de soi : l'absence d'autonomie du cocontractant, tantôt indice (parmi d'autres) du mandat, ne saurait en constituer un élément déterminant. Et l'on peut envisager parfaitement des mandats de gestion de service public généraux dans lesquels le déléguant n'intervient que si sa

⁴²⁵ Sur les autres différences, voir Rép. Min. n° 10284, J.O. Sénat Q. 4 mai 1995, p. 1046, D.A. 1995, n° 251.

⁴²⁶ G. Marcou, " La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993 ", R.F.D.A. 1994, p. 691 et 876 ; J-B Auby, Chr. Maugué, " Les contrats de délégation de service public ", JCP 1994 I, n°3743 ; C. Chenuaud-Frazier, " La notion de délégation de service public ", R.D.P. 1995, p. 175 précisément p. 185 ; J.-C. Douence (" les contrats de délégation de service public ", R.F.D.A. 1993, p. 936) semble réserver sa réponse.

⁴²⁷ D. Laurent, O. Rousset, " Convention de délégation de service public local et loi Sapin : la transparence dans le brouillard ", P.A 11 mars 1994, p. 4 ; R. Rouquette, " Mieux cerner la délégation de service public ", M.T.P. 10 juin 1994 ; J-F Auby, " La délégation de service public : premier bilan et perspectives ", R.D.P. 1996, p. 1095, spéc. p. 1098.

responsabilité se trouve engagée par un tiers. Pour le reste, il est vrai que l'incertitude provient en grande partie de l'incurie du législateur à définir des contrats qui représentent une véritable notion sui generis, en dépit de l'apport de recherches doctrinales qui, une fois n'est pas coutume, avaient anticipé l'évolution légale⁴²⁸. L'arrêt *Préfet des Bouches-du-Rhône contre Commune de Lambesc* du 15 avril 1996, en définissant le marché public par opposition aux délégations de service public, est loin d'avoir éclairci ce point malgré l'emprunt évident fait par le juge au traité des contrats administratifs d'A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé⁴²⁹.

A s'en tenir aux utilisations passées de la notion de délégation et sans rentrer dans des extrapolations largement parcourues et sans objet ici, on constate qu'il n'y a pas d'incompatibilité à y intégrer les mandats de service public. Outre le cas des délégations unilatérales étudiées plus haut, la loi du M.O.P. du 12 juillet 1985 va pleinement dans ce sens et de surcroît à propos de délégations contractuelles. Elle fait même des délégations de maîtrise d'ouvrage publique prévues par la loi nécessairement des mandats. Enfin, à procéder par interprétation téléologique, on peut considérer qu'une telle exclusion irait à l'encontre de l'objectif que s'était fixé le législateur⁴³⁰.

Dans d'autres occasions, c'est l'attitude du juge et plus précisément son silence qui ne laisse pas d'interroger. Tel est le cas des contrats de régie intéressée et de gérance.

1/ Mandat et régie intéressée

⁴²⁸ Quelques textes avaient préparé l'avènement de la notion mais en des termes différents : loi du 6 février 1992 et surtout circulaire ministérielle du 7 août 1987 (J.O.R.F. 1er décembre 1987) sur la gestion déléguée. La doctrine universitaire avait précédé le législateur en ce sens qu'elle avait mis en avant l'unité qui liait certains contrats : J.-C. Douence " La dévolution contractuelle du service public local " Enc. Dalloz coll. Loc. p. 6152 (1983) et H.G. Hubrecht, Th. précitée Bordeaux, 1980. M. Giannini remarquait à juste titre que, normalement, la science juridique arrive toujours après les transformations du droit qu'elle entend décrire - cité par J-M Lemoynes de Forges, " Le juriste arrive toujours plus tard " in Mélanges Drago, Economica 1996, p. 481.

⁴²⁹ A.J.D.A. 1996, p. 806. Le Conseil d'Etat y définit les marchés publics comme les " contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant n'est pas substantiellement assurée par les résultats financiers de l'exploitation ", reprenant ainsi presque mot pour mot en l'inversant la définition que le traité des contrats administratifs proposait de donner à la concession de service public : " La concession de service public est une convention par laquelle une personne publique charge une autre personne de l'exploitation d'un service public moyennant une rémunération déterminée par les résultats de l'exploitation " (t. 1, L.G.D.J. 1983, p. 297). Le paradoxe, c'est que cette définition valait pour la seule concession et non pour les autres contrats de service public. Peut-être faut-il voir là l'explication de l'incapacité de la définition de 1996 à intégrer les régies intéressées et les contrats de gérance dans la catégorie des délégations de service public, comme on a pu le déplorer (voir notre article, " La définition contemporaine du marché public ", R.D.P. 1997, p. 1753 et s., spéc. p. 1775).

⁴³⁰ La loi du 19 janvier 1993 a généralisé les principes de publicité et de mise en concurrence à de nombreux contrats et l'on sait que sur cette base, le Conseil constitutionnel a élargi son champ aux contrats de certaines S.E.M. d'intérêt national et des sociétés filiales qui ne justifiaient pas d'une " différence de traitement eu égard à l'objet de la loi " D-C 20 janvier 1993, J.O.R.F. 22 janvier, p. 1122.

La circulaire du 7 août 1987 a rangé le contrat de régie intéressée parmi les quatre types classiques de gestion déléguée d'un service public⁴³¹. Cet aspect constitue, avec le mode de rémunération, la seule constante des différentes définitions doctrinales de ce contrat: dans la régie intéressée, le cocontractant gère " pour le compte " d'une personne publique un service public en contrepartie d'une rémunération de la collectivité constituée d'une prime fixe et d'une " prime variable calculée en fonction des résultats d'exploitation "⁴³². On le voit, l'intérêt d'une telle définition réside dans la distinction qu'elle opère avec la concession et l'affermage d'une part, contrats dans lesquels l'essentiel de la rémunération est issue de redevances sur l'usager, et le contrat de gérance d'autre part, dans lequel le cocontractant reçoit une rémunération forfaitaire⁴³³.

Pourtant, le critère tiré de la rémunération apparaît aujourd'hui comme superfétatoire parce que mis à mal par une pratique contractuelle libérée et innovante et d'un intérêt purement doctrinal. Peu importe, par exemple, que les parties entendaient passer un contrat de régie intéressée alors qu'il ne comporte pas d'intéressement aux résultats. Seul compte le régime mis en place, à commencer par les relations avec les usagers. Ainsi, dans l'hypothèse où le cocontractant n'entretient aucun rapport avec eux, il ne saurait s'agir d'un contrat de gérance mais d'un marché d'entreprise de travaux publics⁴³⁴. L'essentiel consiste à savoir ce que signifie le fait que le régisseur intéressé agit " pour le compte " de la collectivité comme l'a précisé le Conseil d'Etat dès 1912 dans l'arrêt *Marc et Béranger*⁴³⁵. Ici encore, deux thèses s'affrontent mais aucune ne satisfait pleinement.

a/ La première est fixée dans les conclusions du commissaire du gouvernement O. Fouquet sur l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 21 octobre 1985 *Société des automobiles Michel Delattre*⁴³⁶. La décision n'apprend pas grand chose en elle-même sur la régie intéressée si ce n'est qu'elle " représente une combinaison (des) différents modes d'exploitation " que sont la concession, l'affermage et la régie. En revanche, le commissaire du gouvernement saisit l'occasion qui lui est donné pour définir la régie intéressée⁴³⁷. Il reprend à son compte les deux critères qualifiés, deux ans auparavant par J-C Douence, d'organique et de financier,

⁴³¹ J.O.R.F. 20 décembre 1986, p. 14863 ; ce contrat se retrouve toutefois en dehors de la gestion déléguée : voir C.E. 10 novembre 1967 *Najedine et Pisani* (rec. T. p. 849, A.J.D.A. 1968, p. 307) à propos d'une gestion domaniale.

⁴³² J.C.D.A. fasc. 150, " S.P.I.C. ", p. 15.

⁴³³ Qui peut toutefois " être complétée par une prime variable calculée en fonction par exemple de l'amélioration de la production ou de l'accroissement du trafic, etc., à l'exclusion de tout intéressement direct aux bénéfices et aux pertes " J.C.D.A. *ibid.*

⁴³⁴ C.E. 11 juillet 1986 *Préfet de la Creuse*, rec. T. p. 611 ; annuaire du G.R.A.L. 1987, n° 66.

⁴³⁵ C.E. 19 janvier 1912 *Marc et Béranger*, p. 75.

⁴³⁶ A.J.D.A. 1985, p. 105

⁴³⁷ Un arrêt du 24 janvier 1919 *Sieur Clauzel* (p. 68) avait assimilé la régie intéressée à une " concession " mais uniquement par une acception large, dans l'optique de la distinguer du marché qui lui est soumis à la procédure de l'adjudication.

mais pour tirer des conclusions différentes quant au premier des deux⁴³⁸. Là où M. Waline évacuait la question en considérant que l'expression " pour le compte " signifiait que l'exploitation était opérée " aux risques financiers de la collectivité "⁴³⁹, O. Fouquet y voit le signe que la régie intéressée peut être assimilée en certaines circonstances à un mandat mais jamais de manière systématique. Tout dépendrait de l'autonomie du régisseur telle quelle résulte des termes de la convention. " Plus cette autonomie est grande, plus la régie intéressée se rapproche de la concession ou de l'affermage et moins le contrat s'apparente globalement à un contrat de mandat ". Plusieurs auteurs s'alignent sur ce point de vue comme I. Poirot-Mazères ou C. Chenuaud-Frazier⁴⁴⁰.

Plus récemment, E. Fatôme et L. Richer se sont joints à cette conception en commentant un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris (form. plén.) du 18 avril 1997⁴⁴¹. Il est difficile de conclure de façon définitive à partir d'un arrêt qui ne s'est pas prononcé directement sur cette question mais seulement sur la possibilité au regard de la loi M.O.P de déléguer des missions du maître d'ouvrage à une personne privée (la C.G.E. en l'occurrence) au sein d'une régie intéressée. Les commentateurs estiment qu'en l'espèce, la cour a considéré que la C.G.E. agissait " au nom et pour le compte " et comme mandataire d'une personne publique mais la cour se borne en réalité à indiquer qu'elle a agi " pour le compte " de cette personne publique. Au surplus, les conclusions du commissaire du gouvernement sur le jugement de première instance apprennent que coexistaient une convention de régie intéressée et des conventions particulières opérant délégations de maîtrise d'ouvrage⁴⁴². MM Fatôme et Richer citent un autre exemple jurisprudentiel qui prouverait que dans certaines circonstances, le juge conclut différemment. L'arrêt *C.G.E.* du 28 mars 1984 relève que " quelque soit la nature juridique des liens unissant le syndicat et la société, cette dernière ne saurait prétendre qu'elle n'exerce pas elle-même mais seulement à titre de mandataire, l'activité de distribution d'eaux " ⁴⁴³.

La deuxième thèse consiste en une assimilation systématique du contrat de régie intéressée à un mandat. Elle est exposée en particulier par J-C Douence qui, après s'être penché sur un premier critère, le mode de rémunération, avance l'idée que la régie intéressée

⁴³⁸ S'agissant du critère financier, le chemin avait été remarquablement éclairci par M. Waline dans son étude sur " la notion de régie intéressée " paru à la R.D.P. de 1948 (p. 337 et s.). Il faut garder à l'esprit que ce mode de rémunération reste variable en fonction des clauses contractuelles, ce que ne manque pas de souligner le juge lui-même : voir par exemple C.E. 10 mars 1950 *Département de la Seine c/ Société des transports en commun de la région parisienne*, D. 1950, p. 454, note J. de Soto.

⁴³⁹ Art. préc., R.D.P. 1948, p. 344.

⁴⁴⁰ Pour la première, Th. préc., p. 100 ; pour la seconde, article précité, p. 184, tout en indiquant peu après que la jurisprudence actuelle et la doctrine courante font du régisseur intéressé un mandataire.

⁴⁴¹ " Régies intéressées et maîtrise d'ouvrage publique ", A.J.D.A. 1997, p. 492 et s. et la décision p. 543.

⁴⁴² Conclusions Ph. Couzinet sur T.A. Paris 7 mai 1996, P.A. 10 octobre 1997, p. 14.

⁴⁴³ P. 136.

tend à apparaître comme une forme de mandat⁴⁴⁴. Il se base sur le fait que la collectivité publique conserve la maîtrise des tarifs, assure l'intégralité des dépenses et recueille la totalité des recettes, ainsi que sur l'article R 324-6 du Code des communes qui soumet les régisseurs intéressés à certaines des obligations des régisseurs d'avances.

M. b/ Toute l'ambiguïté des méthodes d'identification du mandat réside dans l'exemple de la régie intéressée. Car, à vrai dire, ni la première thèse, ni même la seconde, du moins au regard des arguments avancés, n'entraîne une adhésion franche et massive. En l'état actuel des choses, tout ce que l'on puisse affirmer est qu'on ne peut rien affirmer. La thèse du lien entre l'existence d'un mandat et l'absence d'autonomie du régisseur présente l'inconvénient de n'avoir jamais été consacrée par la jurisprudence administrative en d'autres occasions comme critère irréfutable. Une telle approche paraît au demeurant particulièrement préjudiciable pour la sécurité juridique des rapports contractuels, en posant la question du seuil à partir duquel l'on basculerait dans une situation de mandat, d'autant moins facilement décelable que les indices d'un défaut d'autonomie ne sont pas clarifiés. L'autre argument tiré de l'arrêt C.G.E. du 28 mars 1984 ne convainc pas davantage. Le juge ne s'est pas prononcé sur la qualité de mandataire mais en réalité sur celle d'exploitant du service qui seule justifie sa soumission à la taxe professionnelle. La formulation de la décision vise ainsi à répondre à l'argumentation de la requérante : celle-ci prétendait que, parce que mandataire, elle ne pouvait être considérée comme exerçant elle-même l'activité de distribution d'eau. Le Conseil d'Etat n'écarte pas en fait la possibilité d'un mandataire / exploitant, puisqu'il prend soin de préciser que cette dernière qualité s'apprécie " quelque soit la nature juridique des liens unissant le syndicat et la société ". La thèse inverse n'est guère plus probante dans la mesure où, on l'aura remarqué, l'auteur commence lui aussi par rechercher les indices d'une absence d'autonomie. Et la référence à l'article R 324-6 du Code des communes peut être interprétée dans le sens inverse, comme l'ont souligné MM. Fatôme et Richer⁴⁴⁵. Elle signifierait que cette soumission ne va pas de soi et donc que le pouvoir réglementaire a dû renvoyer à un texte pour faire appliquer certaines règles auxquelles ce contrat ne serait pas naturellement soumis. Enfin, l'article de J.-C. Douence confirme *in fine* ce sentiment de malaise. Lorsqu'il constate que les actes du régisseur intéressé produisent leurs effets dans le patrimoine de la collectivité, il se méprend sur la nature de cette responsabilité, financière mais non juridique. Et de conclure : " cette situation paraît au moins aussi conforme à la notion de mandat que celle dégagée par la jurisprudence S.E.R.M. et commune d'Agde ". Quand l'on sait ce que cette jurisprudence comporte de contrariété avec le mandat, l'argument ne paraît plus très porteur⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ In " La dévolution contractuelle du service public ", Enc. Dalloz, p. 6152-21 à 6152-24.

⁴⁴⁵ Art. préc., p. 494.

⁴⁴⁶ Cf infra Titre 2, chap. 2.

En réalité, aucune des jurisprudences ne permet de trancher la question dans la mesure où le juge ne s'est que très rarement prononcé sur le régime de responsabilité qui en découle.

J.-C. Douence toutefois, dans l'actualisation de son article paru à l'encyclopédie Dalloz⁴⁴⁷, s'appuie sur l'arrêt du 1^{er} février 1989 *SOCEA-BALANCY* qui déclare qu'à la suite de la dénonciation du contrat de régie intéressée et " compte tenu des clauses sus analysées de la convention, il appartenait à la commune de se substituer au régisseur sortant et notamment de prendre en charge l'intégralité de l'actif et du passif de l'exploitation "⁴⁴⁸. J-C Douence y décèle la mise en oeuvre de " la notion de représentation de la commune par son régisseur, conformément à la théorie du mandat ". Cette conclusion paraît incontestable de prime abord mais le raisonnement du juge laisse subsister plusieurs doutes. La solution ne trouve de fondement que dans les données de l'espèce et particulièrement dans les clauses du contrat en cause, ce qui empêche toute généralisation à l'ensemble des régies intéressées. L'autre interrogation résulte de l'appréciation par le juge des clauses à l'origine de la solution : " il résulte de l'économie de ce contrat que les résultats positifs ou négatifs de l'exploitation revenaient à la commune ou étaient supportés par elle, sous réserve d'un intéressement du régisseur aux bénéfices éventuels ". La responsabilité de la commune découle donc plus du fait qu'elle assumait financièrement dès l'origine le service que d'un mandat exprès ou même tacite dont les critères sont absents⁴⁴⁹. Au demeurant, il n'est question que de responsabilité financière, et il n'est pas certain que la solution fut différente s'agissant d'une concession⁴⁵⁰. Seul un contentieux relatif par exemple à un dommage de travaux publics ou à l'application à la personne publique d'une clause passée par le régisseur intéressé avec un tiers contractant permettrait de trancher définitivement la question. L'incertitude demeure en ce domaine, comme elle demeure dans le domaine voisin du contrat de gérance.

2/ contrat de gérance et mandat

Ce contrat, malgré son ancienneté, n'a pas fait l'objet d'études approfondies. Ce paradoxe est accentué si l'on considère comme certains que la régie intéressée, qui a pourtant

⁴⁴⁷ Préc., p. 6152-3, n° 113.

⁴⁴⁸ Req. 55.253.

⁴⁴⁹ On aura noté au passage que le juge ne s'attache pas davantage à rechercher une absence d'autonomie du régisseur.

⁴⁵⁰ Voir par exemple C.A. Versailles 26 mai 1986, Req. 8141/84 : la commune se trouvait " réintégrée du fait de la résiliation du contrat de concession dans les droits et obligations qu'elle avait concédés à la S.E.M.E.A.S.O. ", cité par J.-P. Gilli, R.F.D.A. 1989, p. 665.

les faveurs scripturales d'une partie de la doctrine, n'est qu'une variante du contrat de gérance⁴⁵¹.

Le contrat de gérance s'en distingue toutefois par le mode de rémunération, qui est essentiellement forfaitaire. A ce titre, le gérant pourrait être assimilé à un prestataire de service⁴⁵². Il diffère toutefois du marché en ce qu'il confie au gérant l'exploitation du service public, ce qui suppose des relations juridiques avec les usagers⁴⁵³. Cette qualité lui a été d'ailleurs reconnue par la doctrine administrative dans la circulaire (précité) du 7 août 1987 et plus récemment dans une réponse ministérielle du 22 janvier 1996⁴⁵⁴. Dans ses relations avec les usagers et les tiers, le gérant est considéré comme agissant " pour le compte " de la collectivité publique, sans qu'ici aussi on ne sache si l'expression est synonyme de mandat ou de gestion aux risques et périls financiers de la collectivité. Seuls MM. Douence et Terneyre avancent que " le gérant engage la responsabilité civile de la collectivité et non la sienne " mais sans l'illustrer d'exemples jurisprudentiels⁴⁵⁵.

L'incertitude perdure en ces domaines, nourrie qu'elle est par les tergiversations doctrinales mais que la jurisprudence elle-même entretient. On ne peut, il est vrai, demander au juge plus qu'il ne peut offrir, ou plus exactement plus qu'il ne le doit. Le Conseil d'Etat en particulier ne s'embarrasse pas généralement des controverses et n'a d'autre but que celui de trancher le litige qui se présente à lui. C'est probablement la raison pour laquelle il ne s'est jamais prononcé sur la qualité du régisseur intéressé ou de celle du gérant.

Pourtant, maintenir une telle attitude représente dans certaines hypothèses une vue pour le moins à court terme du contentieux. Le Conseil d'Etat lui-même semble peu à peu s'en convaincre et procède plus fréquemment qu'autrefois à l'énoncé de véritables " obiter dictum ", permettant d'éclairer les éventuels futurs requérants. Sans aller jusqu'à une qualification explicite, on est en droit d'attendre de la jurisprudence qu'elle détermine de façon certaine les critères d'une situation de représentation conventionnelle. La pluralité des méthodes utilisées, alliée à l'utilisation d'expressions polysémiques n'y concourent pas, à s'exprimer par euphémisme. Seule une harmonisation des critères d'identification du mandat remédierait à ces inconvénients inaptes à assurer une sécurité juridique digne de ce nom.

⁴⁵¹ Par exemple, J-C Douence, " Les contrats de délégation de service public ", R.F.D.A. 1993, p. 936, spécialement p. 950.

⁴⁵² J-C Douence, art. préc., p. 6152-24.

⁴⁵³ A défaut desquelles le contrat sera requalifié en M.E.T.P. (arrêt *Préfet de la Creuse* précité) ou en marché public (C.E. 14 octobre 1988 *SOCEA-BALANCY*, M.P. 1989, n° 240, p. 8, note F. Moderne)

⁴⁵⁴ N° 21777, J.O.A.N. Q 22 janvier 1996, p. 380 ; D.A. 1996, n° 134.

⁴⁵⁵ Respectivement à l'Encyclopédie Dalloz des collectivités locales, p. 6152-26 n° 123 et à l'A.J.D.A. 1996, p. 595 (l'administration déléguée " demeure responsable à l'égard des usagers ").

Si particularisme il y a dans le mandat public, seules les méthodes d'identification employées par le juge en sont les éléments constitutifs. Celles-ci ne remettent toutefois pas en cause le postulat initial d'une assimilation du mandat public au mandat privé, s'agissant des effets à l'égard des tiers. Paradoxalement, les auteurs prônant la thèse d'un dualisme du mandat négligent de mettre en avant l'originalité de son identification. Ils s'attachent au contraire davantage aux effets du mandat, considérés comme dérogatoires au droit commun. Il convient d'étudier plus avant les arguments invoqués et surtout leurs limites, afin d'essayer de comprendre les divergences d'appréciations des différentes jurisprudences.

SECTION 2/ L'IDENTIFICATION DES PRETENDUS PARTICULARISMES DU MANDAT PUBLIC

L'examen de la jurisprudence a permis de démontrer dans le chapitre premier ce que le mandat public avait d'assimilable au mandat privé. La doctrine, dans certaines de ses composantes, a tiré des conclusions opposées à ce constat, et seule l'analyse des arguments mis en avant et de leur insuffisance devrait permettre de discréditer définitivement la thèse du particularisme du mandat public. Le conditionnel toutefois est de rigueur car il ne saurait être question de décrier l'ensemble des arguments favorables au dualisme du mandat : la jurisprudence par elle-même reste, en dépit d'une certaine exagération de leur importance, trop porteuse d'incertitudes pour autoriser quiconque à jeter son dévolu sur l'une ou l'autre thèse de façon péremptoire. Tout juste pourra-t-on indiquer ceux des arguments, avancés ou latents, qui nous semblent devoir être écartés ou nuancés.

La thèse du particularisme du mandat repose ainsi pour une part sur une appréciation erronée des caractères fondamentaux du mandat privé et du mandat public (§2). De manière plus implicite, elle semble fondée aussi sur l'idée que la transposition du mandat en droit administratif impliquerait nécessairement son adaptation (§1).

§ 1/ L'application au mandat d'un prétendu particularisme de principe du droit administratif

Le droit administratif contient en son sein des notions telles que celle du service public ou des mécanismes comme l'expropriation d'utilité publique qui lui est propre. Mais il est constitué également en grande part de multiples emprunts au droit privé que le juge administratif n'hésite pas à façonner en fonction des besoins de l'activité administrative, et qui justifient sa dénomination de droit " dérogoire au droit commun ".

Le contrat de mandat illustre ce phénomène : dégagé dans ses grands principes par les juristes d'ancien régime⁴⁵⁶, consacré et quelque peu modifié par le Code civil de 1804, il n'a été reçu en droit administratif qu'avec l'arrêt *Triller* (précité) de 1927.

⁴⁵⁶ Parmi lesquels quelques uns des " grands juristes " considérés comme tels par Ph. Malaurie, cf " Les " grands " juristes " in Mélanges Drago, Economica 1996, p. 79 et s.

De la définition du droit administratif donnée plus haut, on pourrait croire que la dérogation au droit commun constitue un principe ne souffrant aucune exception. Cette conception sous-tend assurément le raisonnement de certains auteurs prônant la thèse du dualisme du mandat. Sans prétendre traiter de manière exhaustive un sujet qui a fait l'objet de thèses aussi volumineuses que complètes⁴⁵⁷, les développements qui suivent suffiront à démontrer que l'adoption de concept de droit privé par le droit administratif ne s'accompagne pas nécessairement d'adaptations.

A/ La thèse de la nécessaire adaptation du mandat en droit administratif

Quelques précautions méthodologiques ici sont nécessaires. Cette thèse n'a jamais été présentée comme ouvertement explicative du dualisme du mandat. Elle apparaît en revanche en filigrane dans certains commentaires pour qui le juge administratif et plus particulièrement le Conseil d'Etat aurait nécessairement altéré la notion privée du mandat puisque il y a là la justification même du droit administratif, droit par essence dérogatoire au droit commun. Deux auteurs se réfèrent expressément à cette dernière idée. Outre le fait qu'elle constitue certainement une vue de l'esprit, elle ne débouche pas, pour l'un d'entre eux, sur la conclusion d'un particularisme marqué du mandat public, ce qui altère d'autant plus sa force probante.

1/ Autonomie du droit administratif et particularisme absolu du mandat public

Cette idée se retrouve au moins dans deux contributions de F. Moderne, l'une relative à un cas d'application de la jurisprudence *S.E.R.M.*, l'autre au mandat. Dans son commentaire de l'arrêt *Ville d'Avignon contre Da Costa Nunes* du 27 janvier 1984, F. Moderne évoque les critiques qui ont été formulées à l'égard de la thèse du mandat tacite dans la jurisprudence *S.E.R.M.* pour en relativiser la pertinence. " Il est vrai que ces critiques partent d'une conception " privatiste " du mandat, ce qui n'est pas nécessairement le meilleur moyen de comprendre le droit public "⁴⁵⁸. Il faut reconnaître que maintenir l'explication de la

⁴⁵⁷ Notamment J. Waline, *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif*, Th. Paris, 1962 ; voir aussi Chr. Duval, *La liaison entre la compétence et le fond*, Th. Aix 1994.

⁴⁵⁸ C.E. 24 janvier 1984, *Quot. Jur.* 4 août 1984, n° 92, p. 2 spécialement p. 5.

jurisprudence *S.E.R.M.* sur la base d'un mandat tacite impliquait nécessairement une telle conception, s'agissant d'un arrêt qui portait un sérieux coup à la théorie du mandat dans la jurisprudence *S.E.R.M.* (cf infra titre 2). L'inconvénient est que ce " mandat " est à ce point édulcoré qu'il ne correspond plus vraiment à un mandat.

Ce qui n'est que suggéré en 1984 se retrouve toutefois affirmé deux ans plus tard par F. Moderne dans son commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat *Ville de Saintes*, en date du 15 octobre 1986, relatif à un mandat exprès⁴⁵⁹. La conclusion mérite d'être citée en entier tant elle illustre la manière dont le particularisme du droit administratif vient appuyer celui du mandat public : " On n'épiloguera pas sur la qualification de la situation des S.E.M. lorsqu'elles exécutent des travaux ou réalisent des ouvrages au nom et pour le compte des collectivités publiques⁴⁶⁰ (notamment des collectivités locales). L'idée de mandat tacite ne nous paraît pas devoir être exclue : même si le mandat n'est pas exactement celui du droit privé, cela ne saurait influencer sur l'analyse faite dans le cadre spécifique du droit administratif ; au surplus, aucune autre explication convaincante n'a été avancée par les auteurs ; et enfin, la loi du 12 juillet 1985 évoque ouvertement la notion de mandat (exprès) à propos de la délégation de maîtrise d'ouvrage publique (...). Le droit administratif, il est vrai, manie à sa manière les concepts venus du droit privé ".

Le titre suivant permettra de revenir sur les arguments tirés de la loi M.O.P. et fournira justement une autre explication. Mais l'argument principal, on l'aura noté, réside tout entier dans l'idée d'une nécessaire adaptation des " concepts venus du droit privé ". Le raisonnement, bien que ne procédant pas par affirmation de principe, caractérise la façon dont la thèse de l'autonomie du droit administratif vient au secours des anomalies relevées au regard de la thèse du mandat classique. Tout en soulignant l'existence de ces dérogations, l'auteur ne rentre pas dans le détail de ces dérogations, ce qui, on en conviendra, n'était pas l'objet de l'article⁴⁶¹. Mais il se fonde alors pratiquement uniquement sur l'idée affirmée mais non démontrée, que le droit administratif façonne (sous-entendu toujours) les notions de droit privé.

Le prétendu particularisme ontologique du droit administratif justifierait par lui-même un particularisme du mandat public dont l'ampleur n'est pas précisée. Il intervient telle une absolue légitimité par avance tout écart par rapport à la théorie du mandat. L'argument se présente comme le dernier rempart que l'on ne pourrait démolir sans toucher aux fondations même du droit administratif. Ce recours à ce que l'on peut appeler un postulat, puisqu'il est ici

⁴⁵⁹ Cahiers du C.F.P.C. 1987, n° 22, p. 109 à 111.

⁴⁶⁰ En fait sont visées les hypothèses d'action " pour le compte " de la jurisprudence *S.E.R.M.* et non celles d'action " au nom et pour le compte " d'une personne publique, qui ne correspondent jamais à cette jurisprudence.

⁴⁶¹ Il reste l'évocation presque exclusive de la jurisprudence *S.E.R.M.* à propos d'un arrêt relatif à un mandat paraît surprenante.

présupposé et non démontré, s'explique aisément quand l'on connaît la faiblesse de l'argumentation en faveur de la théorie du mandat dans la jurisprudence S.E.R.M.

Une telle conception, à la supposer établie, n'entraîne pas forcément une conception à ce point originale du mandat public.

2/ Autonomie du droit administratif et particularisme relatif du mandat public

J.A. Mazères, dans sa remarquable synthèse de la jurisprudence *Peyrot* et de ses suites proches, a mis en avant une conception de la transposition des notions du droit privé en droit administratif identique à celle de F. Moderne⁴⁶². Analysant les rapports concession / mandat, J.A. Mazères affirme leur indépassable distinction : " sans doute objectera-t-on que le juge administratif, lorsqu'il applique la théorie du mandat, n'est pas tenu de suivre toutes les conséquences que les juridictions judiciaires déterminent en fonction des principes contenus dans le Code civil ; on sait que le Conseil d'Etat manifeste toujours une marge d'indépendance vis à vis du droit privé lorsqu'il est amené à lui emprunter ses techniques "⁴⁶³. Or, cet auteur s'est fait le chantre d'une vision minimaliste des particularités du mandat public, considéré comme essentiellement conforme au droit privé : " il n'en reste pas moins que, même si toutes les règles du Code civil ne s'appliquent pas exactement, l'économie générale du mandat en droit administratif reste celle que consacre le droit privé ".

La thèse de l'autonomie du droit administratif ne conduit pas ici à consacrer un mandat tellement original qu'il en perdrait toute cohérence. En dépit de certaines différences, J.-A. Mazères estime que globalement, les deux mandats sont comparables⁴⁶⁴.

Même à admettre, ce que nous récusons, que le droit administratif adapte systématiquement les concepts empruntés au droit privé, la thèse d'un particularisme du mandat ne va pas de soi. Au demeurant, il existe des exemples d'adoption de notions de droit privé sans adaptation par le droit public.

⁴⁶² " Que reste-t-il de la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* ? ", Mélanges Couzinet 1974, p. 475 et s., spéc. p. 502.

⁴⁶³ H-G Hubrecht reprendra cette idée quelques années plus tard mais en se montrant moins catégorique : " dans la mesure où l'on sait que le juge administratif manifeste le plus souvent une certaine indépendance à l'égard du droit privé lorsqu'il lui emprunte ses techniques, il est logique de penser qu'il existe une certaine autonomie du régime juridique du contrat de mandat en droit administratif ", Th. préc., p. 38 note 1 (c'est nous qui soulignons). Mais cet auteur refuse finalement lui aussi de reconnaître un véritable particularisme au mandat public.

⁴⁶⁴ Nous ne sommes pas loin, on l'aura compris, de partager ce point de vue, à condition de relativiser davantage encore les différences. Que toutes les règles du code civil ne soient pas applicables en la matière, cela est parfaitement concevable même en droit privé, compte tenu du caractère supplétif de la plupart d'entre elles (cf supra, chapitre préliminaire).

B/ Les précédents d'adoption de notions de droit privé sans adaptation

Ne sont pas en cause ici bien, évidemment, les applications du droit privé faites à l'administration par le juge judiciaire⁴⁶⁵. Ne sont pas davantage concernées les hypothèses dans lesquelles le juge administratif est tenu par un texte d'appliquer une règle de droit privé⁴⁶⁶.

En revanche, la question demeure de savoir dans quelle mesure le juge administratif, lorsqu'il n'y est pas contraint, applique les règles de droit privé pour pallier les lacunes du droit administratif. En réalité, le sujet a déjà été abordé par nombre d'études doctrinales et il n'y a pas lieu ici de l'approfondir. Pour notre part, nous nous en tiendrons à démontrer simplement que parfois, le juge administratif se contente d'appliquer purement le droit privé, et qu'en conséquence aucun principe dirimant ne s'oppose à l'application des règles de droit privé au mandat⁴⁶⁷.

Il en va ainsi, aussi bien quand le juge se réfère explicitement à un article du Code civil que lorsqu'il évoque parfois les " principes dont s'inspirent " le Code civil.

1/ L'application directe des règles de droit privé

Il arrive assez fréquemment que le Conseil d'Etat se borne non seulement à invoquer les dispositions d'un code de droit privé mais aussi à en tirer les mêmes implications que le juge judiciaire. A tenir un inventaire non exhaustif des dispositions du droit privé et plus particulièrement du Code civil appliquées comme telles par le juge administratif, on peut retenir :

⁴⁶⁵ Sur ce sujet, voir J. Lamarque, Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs, L.G.D.J. 1960 ; S. Petit, Le contentieux judiciaire de l'administration, Berger-Levrault, 1993 ; A. Legall, La Cour de cassation, juge administratif, Th. Paris 1993.

⁴⁶⁶ Hypothèse envisagée par L. Richer qui cite les exemples de l'article 2227 c.civ. et 247 et 361 du code des marchés publics.-" L'application du droit privé aux collectivités locales " ,R.F.D. 1996, n° 4, p. 123 et s. Voir aussi l'article 542 c. civ. sur les biens communaux (C.E. 31 mars 1989 *Mazaurin*, p. 137) et l'article 1596 c. civ. (C.E. 25 mars 1987 *Delevue*, p. 106).

⁴⁶⁷ Encore une fois, ne sont pas concernées les applications du Code civil par le Conseil d'Etat concernant un mandat de droit privé passé entre deux personnes privées, qui sont toujours conformes au Code civil. Voir parmi les exemples cités par J. Waline dans sa thèse (qui ne s'est intéressé qu'à ce type de mandat, op. cit. p. 191), l'arrêt *Groupements d'achats de la Marne* du 16 juillet 1937 (p. 700) et l'arrêt *Servier*, original celui là puisqu'il dénie à une personne privée la qualité de mandataire d'une autre personne privée parce qu'il ne lui rendait pas compte, alors que selon l'arrêt " la caractéristique essentielle du contrat de mandat consiste dans l'obligation de rendre compte " (C.E. 6 décembre 1937, p. 1000).

- n l'article 1154 c.civ. sur les intérêts des intérêts qui, d'après le commissaire du gouvernement Morisot, serait le seul exemple d'application directe du code civil⁴⁶⁸ ; il semble pourtant qu'aujourd'hui les applications de cet article ne sont pas identiques, le Conseil d'Etat estimant à la différence de la Cour de cassation, que le texte ne s'applique pas lorsque le débiteur a interrompu le cours des intérêt en versant le capital⁴⁶⁹ ;
- n on peut y ajouter l'article 1153 al. 3 relatif au point de départ des intérêts⁴⁷⁰ ;
- n les articles 1244 et 1253 et s. relatifs à l'imputation des dettes en cas de pluralité de dettes⁴⁷¹ ;
- n l'article 1601 c.civ. sur le contrat de vente en l'état futur d'achèvement⁴⁷²;
- n l'article 2061 c.civ. sur l'interdiction de la clause compromissoire en dehors des cas prévus par la loi⁴⁷³ ;
- n l'article 2262 c.civ. sur la prescription trentenaire des créances publiques autres que fiscales et domaniales⁴⁷⁴.

On a du mal à expliquer qu'un tel suivisme soit passé sous silence par une partie de la doctrine. Peut-être faut-il y voir une conséquence du débat récurrent de la place (et du maintien) d'une juridiction spécialisée par appliquer le droit administratif. Insister sur cette influence du juge judiciaire serait le signe coupable d'un ralliement à ceux qui, sous couvert de brûler le Tribunal des conflits, voudrait réduire en cendres la juridiction administrative⁴⁷⁵. Pourtant, il ne faut pas déceler là une quelconque soumission de principe du juge administratif

⁴⁶⁸ Cité par J-f Lachaume dans son commentaire de C.E. 7 janvier 1970 *Durand*, D-S 1970, p. 619.

⁴⁶⁹ C.E. Sect. 16 janvier 1987 *Ribot*, p. 9 ; en ce sens, L. Richer, art. préc., R.F.D. 1996, n° 4, p. 26

⁴⁷⁰ C.E. 19 mai 1950 *Compagnie d'exploitation auto*, p. 304.

⁴⁷¹ C.E. 29 juin 1964 *X*, p. 57.

⁴⁷² C.E. Sect. 8 février 1991 *Région Midi-Pyrénées*, p. 41.

⁴⁷³ C.E. Sect. 3 mars 1989 *A.R.E.A.*, p. 69.

⁴⁷⁴ C.E. Ass. 13 mai 1960 *Secr. d'Etat à l'agriculture*, p. 328. Voir aussi J-F Lachaume (article préc., D-S 1970 p. 619) mais dont certains des exemples cités sont devenus aujourd'hui des applications adaptées du Code civil à l'image de la responsabilité décennale. Pour une étude complète de la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à l'application de la théorie des vices du consentement et des quelques dérogations par rapport au juge judiciaire, voir Y. Weber " La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs ", in *Mélanges Drago* 1996, p. 315 et s.

⁴⁷⁵ D. Chabanol pose en ces termes la question : " Faut-il brûler le Tribunal des conflits ? " (A.J.D.A. 1988, p. 737 et s.) sans toutefois y répondre positivement. D'autres auteurs, en revanche, ne verraient pas d'un mauvais _il une réduction progressive de la compétence du juge administratif - cf R. Drago " Le contrat administratif aujourd'hui ", *Droits* 1990, n° 12, p. 117 et s., spéc. p. 128 : " Tôt ou tard, les marchés publics et les concessions de travaux relèveront du juge ordinaire ", ce qui correspond plus en réalité à un souhait qu'à une prédiction.

au droit privé. C'est au contraire servir la thèse d'une autonomie du droit administratif que de circonscrire précisément les quelques cas où il reprend à son compte les règles du droit privé.

Il convient de noter qu'en outre la démarche inverse est loin d'être marginale, et que la transposition de concept juridique se réalise également dans le sens droit public / droit privé⁴⁷⁶ puisque, selon l'apophtegme de Portalis, " les nations ont un droit public avant que d'avoir des lois civiles "⁴⁷⁷.

2/ L'application des " principes dont s'inspire " le Code civil

Dans un article paru à l'éphémère et regrettée Revue française de décentralisation, L. Richer distingue l'application des règles du droit privé des " principes dont s'inspire " le Code civil⁴⁷⁸. La formule est bien connue des étudiants de deuxième année de droit puisqu'on la retrouve dans la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à certains principes généraux du droit⁴⁷⁹. Plus spécifiquement, le juge administratif l'emploie désormais à propos de la responsabilité décennale, alors qu'auparavant il se référait directement aux articles du Code civil⁴⁸⁰. Elle dévoile très certainement deux messages de la part du juge : s'il recourt au droit privé, il n'entend pas se laisser enserrer par l'ensemble des prescriptions que la disposition implique, ni par les conséquences que le juge judiciaire en a tirées. Il ne le fait pas car, deuxième message, plus implicite cette fois, l'article du Code civil qui s'inspire du principe n'est qu'une façon parmi d'autres de mettre en oeuvre ce principe, qui transcende ainsi les différentes branches du droit⁴⁸¹.

Ces précautions terminologiques du juge ne signifient nullement toutefois qu'il appliquera différemment et de manière systématique le principe en cause. La dérogation par rapport au droit privé reste une faculté qu'il peut à loisir choisir de ne pas utiliser. Cette attitude constitue une constante dans la démarche du juge administratif, puisqu'on la trouve

⁴⁷⁶ Sans aller jusqu'à parler d'une " publicisation " générale du droit privé par le droit public (cf l'opinion de J. Savatier exposée (et contestée) par Ch. Eisenmann dans sa magistrale étude " Droit public, droit privé " R.D.P. 1952, p. 903), les exemples sont nombreux : cf P. Ferrari, Recherches sur l'application du droit public interne par le juge judiciaire, Th. Paris 1972 et les conclusions J-D Combrexelle sur C.E. 28 juin 1996 *Krieff*, JCP 1996, n° 22704.

⁴⁷⁷ D'après Portalis dans sa présentation du Code civil devant le corps législatif, cité par J-D Combrexelle, conclusions préc.

⁴⁷⁸ Art. préc., R.F.D. 1996, n° 4, p. 26.

⁴⁷⁹ Par exemple C.E. Ass. 8 juin 1973 *Dame Peynet*, p. 406 ; C.E. Sect. 23 avril 1982 *Ville de Toulouse c/ Aragnou*, p. 151.

⁴⁸⁰ C.E. Ass. 2 février 1973 *Trannoy*, p. 94 qui abandonne la formule traditionnelle (" principes posés par les articles 1792 et 2270 c.civ. " (c'est nous qui soulignons) - C.E. 16 avril 1969 *S.A. travaux hydrauliques et Entreprises générales*, R.D.P. 1970, p. 164, note M. Waline.

⁴⁸¹ D'une certaine manière, le juge rejoint là la théorie de Saleilles selon laquelle il existerait des règles juridiques universelles qui s'imposent au législateur lui-même - cf B. Gény, " De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif ", Livre jubilaire du Conseil d'Etat, Sirey 1952, p. 277 et s.

dans les conclusions de commissaires du gouvernement à trois époques différentes. S'adressant au Conseil d'Etat, le commissaire du gouvernement Rivet déclarait : " vous êtes maître de votre jurisprudence. A vous de la créer (...) en ne retenant les règles du Code civil que dans la mesure où l'application en est compatible avec les nécessités de la vie collective "⁴⁸².

M. Rougevin-Baville semblait même aller plus loin dans ses conclusions sur l'arrêt d'Assemblée *Trannoy* de 1973 : " En face d'un problème qui est le même dans son principe, vous ne devez vous écarter de la solution judiciaire qu'en toute connaissance de cause, soit qu'elle vous paraisse critiquable en elle-même, soit que les nécessités propres aux travaux publics (...) l'imposent "⁴⁸³.

J.-D. Combrexelle, quant à lui, adopte une formule plus proche de son prédécesseur de 1921 qu'il cite d'ailleurs longuement : " l'incorporation d'une disposition du Code civil par le juge sera justifiée si elle est à la fois utile en ce qu'elle permet de pallier un vide juridique, compatible avec les exigences du service public et cohérente avec les autres règles du droit administratif "⁴⁸⁴. La transposition pure et simple, pour non systématique qu'elle soit, n'en est pas moins tout à fait envisagée, y compris à propos des " principes dont s'inspire " le Code civil.

Il est permis de se demander si l'attitude du juge lui-même ne tend pas à étendre les hypothèses de mise en oeuvre de " principes dont s'inspire " le Code civil, non moins pour attirer l'attention sur les quelques dérogations par rapport au droit civil, que pour marquer une position de principe du Conseil d'Etat, faite de référence sans déférence à l'égard du droit privé. Il semble ainsi que le juge ait tendance à utiliser la formule alors même que dans certains cas la solution sera en tout point identique au droit privé.

L'arrêt *Krief* du 28 juin 1996⁴⁸⁵, rendu sur les conclusions Combrexelle précitées, met en exergue cette attitude de manière convaincante. A s'en tenir à une lecture au premier degré de la décision, c'est plutôt l'impression inverse, celle d'un assouplissement de l'article 1326 du Code civil, qui transparait. Celui-ci, dans sa rédaction alors en vigueur, disposait que " le billet ou la promesse sous-seing privé par lequel une partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit ; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un bon ou un approuvé, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose ". La cour

⁴⁸² Conclusions sur C.E. 25 novembre 1921 *Savonnerie H. Olive*, R.D.P. 1922, p. 107.

⁴⁸³ Conclusions sur CE. Ass. 2 février 1973 *Trannoy*, p. 95.

⁴⁸⁴ Conclusions précitées, JCP 1996, n° 22704.

⁴⁸⁵ Ibid.

administrative d'appel et le Conseil d'Etat ont estimé pourtant que M. Krief avait clairement manifesté son accord pour l'engagement qu'il avait souscrit et que ceci suffit à le dispenser de l'exigence de l'écrit prévu à l'article 1326 du Code civil. Les conclusions Combrexelle nous apprennent qu'en réalité le Conseil d'Etat ne s'est pas démarqué du juge judiciaire qui lui aussi, certes après revirement de jurisprudence, ne fait de l'obligation de l'article 1326 qu'une " règle de preuve qui a pour finalité la protection de la caution ", autrement dit qui peut être écartée par la caution elle-même⁴⁸⁶.

Qu'il se réfère directement ou indirectement aux articles du Code civil ou à d'autres codes d'ailleurs⁴⁸⁷, la jurisprudence du Conseil d'Etat fourmille d'exemples d'une transposition intacte de notions du droit privé en droit public. Il n'y a dès lors aucun obstacle de principe pour qu'il en aille autrement avec les articles 1984 à 2010 du Code civil.

L'argument, sous-jacent à certains commentaires, d'une nécessaire adaptation des concepts de droit privé, tombe par l'effet de précédents jurisprudentiels nombreux. Il convient de décortiquer désormais ceux des arguments, plus explicites ceux-là, qui dénotent une méconnaissance des données fondamentales de la théorie du mandat.

§ 2/ L'appréciation erronée des caractères fondamentaux du mandat

Avant d'aborder ce paragraphe, il se doit d'être précisé une fois encore qu'il ne saurait être porteur d'une vision manichéenne des choses. Certaines des ambiguïtés de la jurisprudence ont déjà prouvé la difficulté qu'il y a à établir de façon certaine la position du juge, même si l'on a essayé d'en relativiser la portée. C'est d'ailleurs là que réside la principale explication des divergences doctrinales aussi tranchées s'agissant du mandat. Seuls sont présentés ici les arguments de la thèse du dualisme du mandat fortement sujets à caution qui révèlent soit une insuffisante connaissance du mandat privé, soit des confusions sur les données jurisprudentielles relatives au mandat public⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Selon la formule des arrêts les plus récents de la Cour de cassation cités par M. Combrexelle dans ses conclusions précitées.

⁴⁸⁷ Cf J. Waline, Th. préc.

⁴⁸⁸ Peu importe à cet égard que ces arguments émanent d'auteurs plutôt favorables à la thèse de l'unité du mandat, dans la mesure où ils accèdent faussement la thèse inverse.

A/ Méconnaissance du mandat de droit privé

L'utilité d'une comparaison se mesure à la connaissance que l'on a de l'objet à comparer, tout autant que de l'objet étalon. A défaut, toute entreprise comparative est vouée à l'échec, comme le serait une expérience chimique qui ne comporterait pas tous les ingrédients exigés par la formule théorique. C'est précisément ce qui arrive parfois au mandat public : présenté par certains comme dérogoire au modèle constitué par le mandat privé, il n'est en réalité que dérogoire à l'idée erronée que l'on se fait de l'essence du mandat privé. Le prétendu particularisme révèle une méconnaissance de l'effet relatif du mandat privé.

1/ Méconnaissance de l'essence du mandat privé

La méprise certainement la plus fréquente concernant le mandat public provient de ce qu'il est comparé et distingué du mandat privé dans ses éléments accessoires. Certains auteurs constatent en effet, et à juste titre, que l'ensemble des articles 1984 à 2010 du Code civil n'est pas respecté en droit administratif. Mais ils omettent alors de souligner que les articles écartés en droit administratif constituent des règles supplétives que les parties, voire les usages, écartent également en droit privé⁴⁸⁹. J.-P. Négrin s'appuie ainsi de la sorte sur le rapport de la Cour des comptes pour 1965 indiquant qu'en droit administratif la règle de la révocation *ad nutum* n'est pas toujours respectée pour en déduire que le régime juridique du mandat public n'est pas identique au droit privé⁴⁹⁰. H.-G. Hubrecht a fait très justement remarqué qu'il n'y avait là aucune spécificité du mandat public puisque le mandat privé admet l'irrévocabilité du mandat, y compris tacitement en raison de l'objet ou du but poursuivi par certains contrats⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ Cf supra, chap. préliminaire.

⁴⁹⁰ J.-P. Négrin, L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative, L.G.D.J. 1971, p. 75, note 108. Il faut porter toutefois à son crédit qu'il ne tient pas cette particularité pour importante : " les conséquences fondamentales qui sont déduites d'un mandat par le juge administratif sont les mêmes que celles tirées par le juge judiciaire ".

⁴⁹¹ Thèse précitée, p. 138. F. Sabiani l'avait précédé, y ajoutant l'exemple de l'article 1993 sur la reddition de compte, art. préc., A.J.D.A. 1977, p. 13.

On conçoit alors très aisément que le juge administratif n'y attache aucune importance, qu'il ne l'applique ni dans le silence du contrat ni a fortiori si les parties avaient expressément entendu y déroger comme dans l'exemple cité par la Cour des comptes⁴⁹².

Ce qui vaut pour un aspect des rapports mandant-mandataire vaut pour la totalité de ces rapports qui ne caractérisent jamais l'essence du mandat. Ainsi dans l'arrêt *Durand* du 7 janvier 1970 précité, le Conseil d'Etat se refuse logiquement à appliquer l'article 2001 du Code civil à un mandat de reconstruction qui " n'est pas, même dans les rapports contractuels qui en découlent, un contrat de mandat conclu dans les conditions du Code civil ". Certes le juge administratif semble faire découler cette dérogation au Code civil de la loi elle-même comme si celle-ci impliquait qu'il en soit ainsi. Mais l'on peut envisager aussi la même solution à propos d'autres mandats publics dont le régime juridique n'est pas à ce point dérogatoire au droit commun du mandat. L'attitude du juge administratif sera toutefois alors quelque peu différente du juge judiciaire qui exige en principe que la dérogation soit prévue au contrat là où le juge administratif écarte purement et simplement la règle. Il paraît toutefois fondé dans cette démarche, en ce que le caractère supplétif d'une règle empêche d'en faire un élément constitutif de l'essence du mandat.

L. Richer enfin s'interroge sur la qualification de mandat concernant certains contrats qui confient non seulement la mission d'accomplir des actes juridiques mais également des actes matériels⁴⁹³. Pourtant, ces deux missions n'apparaissent nullement incompatibles et la dénomination de mandat est conservée en droit privé, pourvu que la part de l'accomplissement d'actes juridiques ne soit pas réduite à la portion congrue.

2/ Méconnaissance de l'effet relatif du mandat

On sait que l'imputation des agissements du mandataire, y compris fautifs et quelque soit la nature de cette faute, sur la tête du mandant constitue assurément la règle de base du mandat public. En droit privé, il n'en va ainsi que si ces agissements ont respecté le cadre du mandat fixé par le contrat et, s'ils sont constitutifs de délits ou quasi-délits, en cas de faute du mandant ou de reconnaissance de sa qualité de commettant. Ces différences avec le mandat public ont été soulignées avec M. Richer dans son article paru à la revue de l'économie mixte⁴⁹⁴.

⁴⁹² D'après H-G Hubrecht, Th. préc.,

⁴⁹³ " Le contrat administratif de mandat ", *Economie mixte* septembre - octobre 1994, n° 10, p. 48.

⁴⁹⁴ *Ibid.*

C'est fréquemment en sens inverse que l'effet relatif du mandat est méconnu de la doctrine. Le particularisme du mandat résiderait ainsi dans le fait que le juge administratif ne ferait pas joué le principe de représentation, alors qu'en réalité, dans les mêmes circonstances, le juge judiciaire l'écarte de la même façon. L'interprétation de l'arrêt *époux Berthot* précité du 6 janvier 1967 qu'opèrent certains auteurs constitue un exemple topique de cette gageure⁴⁹⁵. Du constat, opéré par le juge, que les sociétés mandataires " n'ont commis aucune faute de nature à engager leur responsabilité à l'égard des requérants ", certains déduisent un peu vite que le particularisme du mandat public s'exprime on ne peut mieux ici, puisque le mandataire n'est dès lors pas transparent⁴⁹⁶. C'est oublier qu'il ne l'est traditionnellement pas lorsqu'il commet une faute quasi délictuelle ou délictuelle, et qu'au surplus la tendance contemporaine de la jurisprudence judiciaire s'inscrit dans un accroissement continu de la responsabilité contractuelle du mandataire à l'égard des tiers contractants⁴⁹⁷.

L'exclusivité, au profit du mandataire, de l'action contractuelle contre le tiers cocontractant est parfois présentée également comme une dérogation aux règles du Code civil⁴⁹⁸. Or, si la représentation ne joue alors pas, il ne s'agit pas d'une dérogation mais d'une conséquence liée à l'étendue de la mission du mandataire qui inclut parfois une telle action. Comme le précise très justement F. Llorens, une telle faculté n'est pas étrangère au droit privé du mandat⁴⁹⁹.

La thèse du dualisme du mandat se nourrit également de confusions propres à la notion de mandat public.

B/ Confusions sur le mandat public

⁴⁹⁵ Par exemple I. Poirot-Mazères, Th. préc., p. 337, qui relativise la portée de cet arrêt mais relève toutefois de prétendues dérogations au droit commun du mandat.

⁴⁹⁶ F. Llorens, art. préc., P.A. 2 juillet 1986, n° 79, p. 30, à propos de l'arrêt *Berthot* déclare : " il admet implicitement l'action directe du cocontractant contre le mandataire, alors qu'en principe seul le mandant aurait dû pouvoir être poursuivi ".

⁴⁹⁷ Cf Ph. Le Tourneau, " L'évolution du mandat ", préc.

⁴⁹⁸ Voir I. Poirot-Mazères op. cit. p. 335 : " on ne pouvait consacrer plus nettement solution contraire aux effets de représentation ".

⁴⁹⁹ Art. préc., P.A. 2 juillet 1996 : " Normalement, c'est au mandant qu'il appartient d'agir en responsabilité contre les cocontractants du mandataire. mais il en va autrement s'il a été donné mission au mandataire d'exercer ces actions en son nom et pour son compte " et qui s'appuie sur l'exemple donné par D. Alexandre, art. préc., n° 102.

Les arguments relatifs à la thèse du dualisme du mandat ne naissent jamais *ex nihilo*. Ils s'égrènent tout au long des commentaires des arrêts qui, autant par ce qu'ils disent que par ce qu'ils ne disent pas, abreuvent la jurisprudence d'une ambiguïté persistante. De là jaillissent d'inévitables confusions, résultant des pluralités de la méthode d'identification comme des incertitudes terminologiques. Mais pour une part non négligeable, les confusions naissent d'une ignorance des traits fondamentaux du mandat public.

1/ Confusions liées à l'ignorance des traits fondamentaux du mandat public

A. Coudeville adopte par exemple une vision élargie du mandat public comme étant toute action d'un cocontractant de l'administration qui n'agit jamais à ses risques et périls(hormis le louage d'ouvrage ou de service). Dès lors que dans un contrat dénommé concession, la collectivité publique " endosse tous les risques financiers des opérations ", le cocontractant doit être regardé comme mandataire⁵⁰⁰. Cette réflexion dénote autant une méconnaissance du mandat que de la concession. Pour cette dernière, l'on sait que la gestion aux risques et périls financiers ne représente plus un élément constitutif de la définition de la concession, si tant est qu'elle en n'ait jamais fait partie⁵⁰¹. Quant au mandat, aucune espèce jurisprudentielle n'est venu confirmer une telle approche, étant toujours basé sur une responsabilité juridique et non financière du mandataire.

Parallèlement, le dualisme du mandat tire parfois des arguments des rapports très étroits qui peuvent s'établir entre un mandataire et un mandant et qui révéleraient une absence d'autonomie⁵⁰². Ce prétendu caractère qui se retrouve dans certaines espèces relatives à la jurisprudence S.E.R.M. offre une vision édulcorée de la réalité de ce contrat. On l'a vu, le mandat ne peut être défini de la sorte. La relativité de l'autonomie du mandataire n'est relevée par le juge qu'exceptionnellement, et encore à titre complémentaire (arrêt *Ville de Saintes* précité). Il est de nombreux cas où, du reste, le mandataire dispose d'une réelle autonomie d'action (jurisprudence relative par exemple aux constructions scolaires). Et même le juge refuse parfois de voir dans le cocontractant de l'administration un mandataire en dépit d'une absence réelle d'autonomie (arrêt *Fondeville* précité). Trop souvent en réalité cet effet potentiel du mandat est pris pour le critère du rapport de représentation.

⁵⁰⁰ Art. préc., A.J.D.A. 1979, p. 7 et s.

⁵⁰¹ Cf Chr. Bettinger, Th. préc.

⁵⁰² Cf, par exemple, P. Delvolvé (" La responsabilité du fait d'autrui en droit administratif " in Mélanges G. Marty, p. 407, spécialement p. 422) : " Exceptionnellement, compte tenu des rapports existant entre l'organisme privé et la collectivité publique, la faute du premier peut engager directement la responsabilité de la seconde " qui cite à cette fin l'arrêt Triller ; J-A Mazères, art. préc., p. 518.

L'erreur devient plus compréhensible (sans être justifiable pour autant) lorsque, à l'image de J.-P. Négrin⁵⁰³, il est relevé que le mandataire doit répondre de sa faute devant le tiers et que cette situation correspondrait au droit commun du mandat public. La remarque, issue à juste titre de l'arrêt *Bernard* précité doit cependant être relativisée. La mise en cause du mandataire apparaît ni systématique ni même fréquente. Elle n'est que fonction de la demande adressée par le tiers qui peut se retourner soit contre le mandant soit contre le mandataire. C'est l'ignorance de ce que l'on a appelé l'action optionnelle qui conduit cet auteur à conclure à l'existence d'une spécificité qui est en réalité fictive. En fait de spécificité, il s'agit d'une facilité contentieuse qui n'est d'ailleurs pas inconnue du droit privé malgré une moins grande application⁵⁰⁴.

2/ Confusions nées de l'ambiguïté terminologique et méthodologique de la jurisprudence

L'ambiguïté terminologique peut d'abord résulter du silence du juge. Dans l'arrêt *Dondel* précité, il est difficile de déterminer avec certitude le titre auquel intervenait l'Etat. La ressemblance avec la maîtrise d'ouvrage déléguée était frappante et là où F. Llorens fait preuve d'une louable prudence⁵⁰⁵, F. Moderne conclut à l'existence d'un maître d'ouvrage délégué - mandataire, alors même que le juge refuse à la commune, maître d'ouvrage principal, le droit d'invoquer les dispositions du contrat passé par son prétendu mandataire⁵⁰⁶. Présentée ainsi, cette jurisprudence ne manque pas d'étayer la thèse d'un mandat édulcoré. Pourtant, l'assimilation de la situation de l'Etat à celle d'un maître d'ouvrage délégué dont le Conseil d'Etat a reconnu dès 1978 la qualité de mandataire est loin d'être acquise : le juge ne le dénomme jamais de la sorte, et les circonstances penchent dans le sens d'un transfert de maîtrise d'ouvrage de l'Etat à la commune et non d'une délégation.

En dehors de l'utilisation de l'expression " pour le compte d'une personne publique " à propos de la nature (publique) des travaux, que l'ensemble de la doctrine distingue aujourd'hui facilement de la nature des contrats objets des travaux, la distinction se pose avec plus de

⁵⁰³ Op. cit., p. 289 ; également Y. Brard, Th. préc., p. 31 et 32

⁵⁰⁴ Qui s'explique par le fait que généralement, en droit privé, l'action contre l'un exclut l'action contre l'autre : si le mandataire a agi dans les limites de son mandat et sans faute de sa part, seul le mandant peut être poursuivi ; si le mandataire a commis une faute délictuelle ou quasi délictuelle dont le mandant n'est aucunement à l'origine ou quand ce dernier ne peut être considéré comme commettant, seul le mandataire sera tenu pour responsabilité - cf Ph. Le Tourneau, art. préc., Rep. civ., v° Mandat, n° 278 à 328.

⁵⁰⁵ P.A. 2 juillet 1986, p. 30, note 208 *in fine*.

⁵⁰⁶ P.A. 23 mai 1990, p. 17.

difficultés quand l'expression vise à la fois les cas de véritables mandats ou ceux de simples contrats de quasi mandats ou de pseudo mandats comme par exemple dans les jurisprudences *S.E.R.M.* et Société entreprise Peyrot.

Cette identité d'expression suffit à F. Sabiani pour affirmer que dans les deux cas le juge a consacré " l'existence d'une relation de représentation " entre la personne publique et son concessionnaire puisque la société agit " en pareil cas pour le compte de l'Etat "⁵⁰⁷. Il est vrai que peu de temps après l'avènement de la jurisprudence *S.E.R.M.*, le Conseil d'Etat fit jouer les effets de la représentation conventionnelle dans une hypothèse où la personne privée agissait " pour le compte " de l'Etat en vertu d'un faisceau d'indices⁵⁰⁸. S'en tenir à cette seule expression trahit toutefois un certain manque de rigueur quand l'on sait (et l'on déjà savait) ce que cette expression peut avoir de polysémique, voire parfois d'amphibologique.

L'assimilation de la jurisprudence *S.E.R.M.* au mandat se retrouve plus fréquemment sous la plume d'auteurs qui adoptent une vision évolutive des méthodes juridictionnelles d'identification du mandat. A. Coudeville et M. Durupty avant elle, voient ainsi respectivement trois ou quatre phase successives dans l'attitude du juge, qui ferait aujourd'hui preuve d'une souplesse telle que l'on pourrait accueillir les jurisprudences *S.E.R.M.* et même *Peyrot* dans le cadre du mandat. Il n'est pas contestable que dans ces deux derniers exemples, le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits procèdent à la recherche d'un faisceau d'indices, de la présence duquel ils déduisent une action " pour le compte " d'une personne publique, à l'image de ce qui se passe quelquefois avec le mandat⁵⁰⁹. Mais cette similitude de méthode et d'expression ne saurait à elle seule suffire, en particulier lorsque les indices retenus ne sont pas les mêmes et que les effets que le juge déduit de ces situations diffèrent fréquemment.

⁵⁰⁷ Art. préc., p. 12 et 13. Paradoxalement, F. Sabiani conclut sur ce point que " la notion semble pouvoir rendre compte de toute représentation à fondement contractuel. Il n'est pas nécessaire pour cela de la définir d'une manière particulièrement large ; l'acceptation du Code civil suffirait ", *ibid.*, p. 14.

⁵⁰⁸ Arrêt *Dame Culard* classé par bon nombre d'auteurs dans la droite ligne de la jurisprudence *S.E.R.M.*

⁵⁰⁹ Ce qui conduit, à l'inverse de l'arrêt *Dame Culard*, à classer à tort dans la catégorie des mandats tacites véritables ce qui n'est qu'une application de la jurisprudence *S.E.R.M.* - cf G. Eckert, *Droit administratif et commercialité*, Th. Strasbourg 1994, p. 245, note 1133, à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 22 juillet 1977 *Société Nord océan Poirsos Compagnie*.

CONCLUSION DU TITRE 1

Qu'ils soient minimisés (J.-P. Négrin, I. Poirot-Mazères), mis en exergues au service de la thèse de l'autonomie du mandat (M. Ngamakita, F. Moderne), ou seulement révélateurs des contradictions de la jurisprudence (F. Llorens), les arguments avancés par ces auteurs tendent malgré tout à renforcer la thèse du dualisme du mandat en droit français. Le caractère contestable de leur assise fonde davantage encore l'idée d'une unité profonde du mandat.

De l'unité ne naît pas toujours l'uniformité : à la différence du mandat privé, le tiers au rapport de mandat peut assigner au choix le mandant ou le mandataire en cas de faute de ce dernier et quelque soit la nature de cette faute. Cette facilité contentieuse, que l'on ne saurait élever au rang de particularisme fondamental sans méconnaître le droit privé lui-même qui, dans une moindre mesure, connaît le mécanisme, n'est que la résultante d'un particularisme, réel celui là, mais qui ne concerne pas le régime du mandat : dans son travail d'identification du mandat, le juge administratif ne s'attache pas à rechercher si le tiers a eu, ou aurait dû avoir connaissance de la qualité de mandataire de son cocontractant. La condition de la *contemplatio domini* n'est que rarement remplie en droit administratif, ou bien elle revêt une autre forme : le juge recherche si les parties au mandat (et non les tiers) ont eu ou auraient dû avoir conscience de leur situation respective. Dès lors que cette exigence se trouve réalisée, le rapport de représentation lié au mandat porte effet à l'égard des tiers, qu'ils puissent ou non avoir réellement connaissance de l'existence du mandat. Souvent cette connaissance leur sera acquise, soit que le mandataire a expressément agi au nom du mandant, soit parce qu'en droit administratif, le mandat intervient couramment dans un cadre législatif ou réglementaire qu'ils sont censés connaître. Mais en dehors de ces hypothèses, le tiers peut être confronté à un rapport de mandat dont il ignorait l'existence et même qu'il ne pouvait connaître.

Appliquer dès lors les règles civilistes de l'effacement du mandataire (avec comme conséquence le rejet de toute action du tiers contre lui en dehors d'une faute délictuelle ou quasi délictuelle) serait certainement contraire tant à la logique juridique qu'à l'équité. Dans ces conditions, les tiers sont fondés à actionner directement le mandataire quelque soit le grief reproché, comme ils le sont vis à vis du mandant s'ils ont eu connaissance de son existence. Il n'y a, dès lors, aucune raison à écarter une action contre les deux simultanément, sauf à introduire une inutile complication, par ailleurs source d'iniquité.

Différente dans ses méthodes d'identification du mandat, l'attitude du juge administratif confirme pour l'essentiel les effets que le juge judiciaire fait découler de ce

contrat. Rappelons la réflexion déjà ancienne mais toujours pertinente de l'avocat général Mazet : " les publicistes donneraient, dit-on, au terme " mandat " un sens plus large que lui accordent les civilistes, plus rigoristes en la matière. Je ne pense pas qu'ils méconnaissent la valeur juridique des mots "⁵¹⁰. Lui attribuer d'autres conséquences que celles de l'imputabilité sur la tête du mandant reviendrait à dénaturer ce contrat, au point que l'invoquer ne signifierait plus rien.

Si certaines espèces jurisprudentielles ont présenté une réelle originalité sur le plan du régime, il a été démontré ce qu'elles devaient aux textes législatifs qui régissent un type particulier de mandat public. Ainsi, à l'image du droit privé qui connaît, par l'effet de la loi, des mandats dérogatoires au droit commun du mandat issu des articles 1984 à 2010 du Code civil, la loi a consacré un mandat public original.

Pour l'essentiel, les effets du mandat sont invariables en droit public comme en droit privé : les actes matériellement passés par le mandataire sont considérés comme juridiquement passés par le mandant qui pourra s'en prévaloir vis-à-vis du tiers et inversement. Lorsqu'il s'agit d'un contrat passé par une personne privée mandataire d'une personne publique avec une autre personne privée, et que ce contrat remplit par ailleurs la condition matérielle du contrat administratif, il sera considéré comme passé en réalité par la personne publique mandante et revêtira une nature administrative.

Il n'y a alors pas de véritable exception au critère organique du contrat administratif, mais seulement une manifestation particulière de mis en oeuvre du critère organique. La condition organique (qui est une condition équivalente au critère matériel et non une condition " préalable "⁵¹¹) se trouve remplie, même si c'est de manière originale. Juridiquement, la personne publique est bien partie au contrat passé avec la personne privée.

Les exceptions véritables au critère organique supposent ainsi l'absence de tout lien avec un mandat. Dans cette catégorie se rangent traditionnellement les jurisprudences Peyrot et S.E.R.M., auxquelles sont venues s'ajouter deux autres jurisprudences. La théorie du mandat va s'avérer n'être qu'une explication à laquelle la doctrine recourt fréquemment mais qui ne saurait pourtant constituer un fondement adéquat.

⁵¹⁰ Conclusions sur C.A. Paris 30 avril 1969 *G.D.F. c/ S.A.E.G.E.M.A.*, JCP 1969 II, n° 16003.

⁵¹¹ Le caractère préalable de la condition organique supposerait que le juge recherche toujours en premier lieu si elle est remplie avant d'envisager l'examen du critère matériel. Or, il n'en est rien. Il lui est arrivé de constater que le critère organique n'était pas rempli avant de constater qu'il en allait de même du critère matériel. Voir, illustrant ce propos, T.C. 15 janvier 1979 *Payan*, p. 793.

Titre 2 : La représentation conventionnelle, fondement inadéquat des véritables exceptions au critère organique du contrat administratif

Dégagé des scories de la doctrine, apuré des prétendus particularismes de son régime juridique, le mandat public n'est plus que le reflet presque fidèle de son pendant de droit privé. Il réapparaît pourtant dans d'autres occasions, soit dans les propos doctrinaux, soit même exceptionnellement dans les arrêts du Conseil d'Etat, à titre de fondement des véritables exceptions au critère organique du contrat administratif.

L'objet du présent titre consiste à démontrer que, bien qu'invoqué fréquemment, le mandat ne saurait jamais servir valablement d'explication à ces exceptions. La remarque vaut particulièrement pour la jurisprudence la plus ancienne et certainement la plus connue, issue de la décision du Tribunal des conflits en date du 8 juillet 1963 *Société entreprise Peyrot*. Elle vaut également pour les deux exceptions moins étudiées et plus récentes que sont les jurisprudences *Laurent* du avril 1985 et *Nersa* du 10 mai 1993, émanant aussi du Tribunal des conflits. La dénomination de pseudo mandats sied bien à ces hypothèses, soulignant le lien qui est parfois établi et qui pourtant s'avère infondé.

La jurisprudence *S.E.R.M.* du Conseil d'Etat du 30 mai 1975 et *Commune d'Agde* du Tribunal des conflits du 7 juillet 1975 méritera une attention particulière en ce qu'elle est apparue un moment aux yeux du Conseil d'Etat comme une illustration de la théorie du mandat. Il conviendra donc de s'attacher à une étude minutieuse des critères et des effets avant de contester une qualification opérée cette fois par le juge lui-même. Tout au plus pourra-t-on parler alors de quasi mandat.

Ces quatre exceptions ont ceci de commun que la personne (toujours privée en l'occurrence) qui passe un contrat qualifié d'administratif avec une autre personne privée est déclarée agir " pour le compte " d'une personne publique. L'ambiguïté de l'expression a été maintes fois soulignée jusqu'à J. Dufay qui la qualifie de " notion fourre-tout "⁵¹². En dehors de ses emplois législatifs, pas toujours moins équivoques que ceux de la jurisprudence⁵¹³, l'expression est utilisée à diverses occasions. Un recensement sémantique paraît nécessaire d'un point de vue pédagogique, afin d'éviter des assimilations erronées avec les hypothèses de

⁵¹² J. Dufau, *Droit des travaux publics*, t. 1, éd. du Moniteur, 1988, p. 38, note 5.

⁵¹³ Cf supra chap. 1er et les exemples législatifs dont on ne sait s'ils sont évocateurs d'un mandat. Voir également l'article 65 de la loi n° 95-115 du 2 février 1995 (J.O.R.F. 5 février, p. 1973) qui annonce une réforme législative sur la définition des compétences susceptibles d'être exercées par une collectivité locale " pour le compte " d'une autre collectivité locale et le compte rendu d'Y. Madiot à la R.F.D.A. 1990, p. 964 et s.

contrats administratifs entre personnes privées. Il met en lumière le caractère parfois polysémique de l'expression, parfois amphibologique.

* Caractère polysémique de l'expression

+ La notion d'action " pour le compte " d'une personne publique est fréquemment employée en dehors de toute caractérisation d'un contrat.

En principe, dans ce contexte, l'équivoque avec les contrats administratifs entre personnes privées n'est guère possible, à l'image de la définition de l'agent public et de la substitution. Les notions de travaux publics et de maître d'ouvrage public démontrent cependant que toute difficulté n'est pas pour autant bannie.

Avec la simplification opérée par les juridictions suprêmes et l'abandon de la distinction participation directe / participation indirecte au service public administratif pour qualifier l'agent public, apparaît l'action " pour le compte " d'une personne publique. Le Conseil d'Etat, par exemple, a estimé que des cuisiniers et jardiniers " sont des agents contractuels travaillant pour le compte du service public administratif, géré par la commune de Cérestes, que constitue le village du Grand Lubéron "⁵¹⁴. Certes l'on se trouve dans un cadre contractuel mais l'action pour le compte de la personne publique désigne ici le rattachement au service public administratif (un peu à la manière du louage de service en droit privé) et non le contrat dont la qualification ne pose aucune difficulté.

Les textes prévoient par ailleurs un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles une autorité est habilitée à intervenir, par substitution, au lieu et place d'une autre autorité administrative généralement défaillante. Quelque soit la faute éventuelle commise par l'autorité qui s'est substitué à la première, seule celle dernière assumera l'entière responsabilité des actions de celle-ci. Il s'agit là de l'archétype de la représentation à fondement unilatéral⁵¹⁵. Le Conseil d'Etat recourt parfois dans ce cadre à l'expression d'action " pour le compte " pour désigner la situation des autorités concernées. Dans l'arrêt *Mme Nikolai et Mlle Nikolai* du 22 juin 1984⁵¹⁶, il écarta ainsi la responsabilité du département du fait de l'action du Préfet (du temps où ce dernier avait la double casquette du représentant de l'Etat dans le département et de chef de l'exécutif du conseil général) qui a agi en l'espèce " pour le compte non du département mais de la commune ". En conséquence de quoi, le Conseil d'Etat envisage la possibilité d'une responsabilité de la commune en raison de l'action du Préfet, avant de

⁵¹⁴ C.E. 26 juin 1996 *Commune de Céreste* (D.A. 1996 n° 536 - 1er arrêt) qui confirme la décision du T.C. du 25 mars 1996 *Préfet de la Région Rhône-Alpes* (D.A. 1996 comm. 319), à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1996 *Gonin* (D.A. 1996 n° 536 - 2ème arrêt).

⁵¹⁵ Cf la thèse d' I. Poirot-Mazères précitée.

⁵¹⁶ Req. 40.605.

l'écarter en l'espèce⁵¹⁷. L'absence de tout rapport contractuel facilite la distinction avec les hypothèses qui nous préoccupent.

Historiquement, l'expression d'action " pour le compte " d'une personne publique a été utilisée d'abord, semble-t-il, pour qualifier des travaux, pourtant réalisés matériellement par une personne privée, de travaux publics. Plus récemment, le Conseil d'Etat a repris la formule pour caractériser les missions du maître d'ouvrage public.

La notion de travail public est trop connue pour qu'on ne la rappelle ici que succinctement. Sa définition se décompose depuis 1955 en deux sous-définitions :

. est travail public le " travail immobilier exécuté dans un but d'intérêt général par une personne publique ou pour son compte " d'après J-M Auby et P. Bon⁵¹⁸. Cette définition résulte de l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 juin 1921 *Commune de Monségur*⁵¹⁹.

. est également travail public le travail immobilier exécuté par une personne publique pour le compte d'une personne privée dans le cadre d'une mission de service public mais avec des fonds privés⁵²⁰. Cette innovation résulte de la décision *Efficient* du Tribunal des conflits en date du 28 mars 1955⁵²¹ déjà rencontrée parce que relative aux travaux des associations syndicales de reconstruction réalisés pour le compte de propriétaires sinistrés.

Seule nous intéresse ici la signification de la condition des travaux réalisés " pour le compte " d'une personne publique. La jurisprudence a été amenée à étendre de manière continue la catégorie, accroissant par la même le champ de compétence du juge administratif en cette matière⁵²². L'expression désigne même chez certains auteurs les travaux réalisés par une personne publique en régie directe⁵²³. Outre la régie directe, elle vise certainement le cas des travaux exécutés par un entrepreneur en vertu d'un marché passé avec une personne

⁵¹⁷ Le moyen, quoique opérant, n'était pas fondé en l'espèce s'agissant de la requête de Mlle Nicolai.

⁵¹⁸ Droit administratif des biens, Précis Dalloz, 2ème éd. , p. 183, n° 65.

⁵¹⁹ P. 573.

⁵²⁰ Précisions apportée par J. Long dans sa thèse sur " La nature juridique des contrats passés pour le compte d'une activité industrielle et commerciale ", Aix, 1974, p. 82.

⁵²¹ P. 617.

⁵²² La notion de travaux publics est traditionnellement présentée comme " attractive " : un litige qui touche peu ou prou à la réalisation de tels travaux se voit presque aussitôt soumis à la compétence du juge administratif. Cette attractivité se trouve renforcée par l'effet de la jurisprudence qui entend largement la catégorie. Il n'est pas excessif de parler alors d'effet doublement attractif de la notion de travaux publics. Un exemple de ce phénomène est fourni par l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 mars 1977 *Société d'aménagement du quartier des julliottes* (rec. T. p. 1338) : dès l'instant que des travaux confiés à une société privée ont eu pour objet de rendre constructibles des terrains destinés à recevoir des équipements publics dont une collectivité publique sera maître d'ouvrage, ils doivent se voir reconnaître la qualité de travaux publics quelque soit la nature du contrat qui lie cette entreprise particulière à la société d'aménagement.

⁵²³ J. Dufau, op. cit., p. 38.

publique⁵²⁴, les travaux réalisés par un concessionnaire qui ne font pourtant retour au concédant (personne publique) qu'en fin de concession⁵²⁵, les travaux réalisés par des particuliers dans le cadre de prestations vicinales⁵²⁶ ou par les troupes allemandes d'occupation⁵²⁷.

Par une extension remarquable, le Conseil d'Etat a considéré comme réalisés pour le compte d'une personne publique les travaux réalisés au profit d'une personne privée mais sous la direction et le contrôle d'une personne publique⁵²⁸. A titre d'exemples peuvent être cités les travaux d'urgence ordonnés par le maire sur des immeubles privés en vue de prévenir des dangers graves et imminents⁵²⁹ ou les travaux de restauration des monuments historiques dont les propriétaires confient la direction et la responsabilité à l'Etat⁵³⁰. A cet égard, si cette dernière condition n'est pas remplie, les travaux revêtent un caractère privé, " alors même que l'Etat en assumerait la charge " (sous-entendu financière)⁵³¹. Si le financement par fonds publics participe parfois à la définition des travaux réalisés pour le compte d'une personne publique, cette circonstance constitue une condition utile mais ni suffisante (en ce cas le juge exige d'autres conditions⁵³²) ni même nécessaire (puisque la jurisprudence a consacré l'existence de travaux publics entièrement financés par fonds privés et inversement dénie parfois à des travaux financés par fonds publics une telle nature⁵³³).

Généralement, les termes des arrêts en cause permettent de comprendre que l'expression ne concerne que la nature des travaux. Il est des cas cependant où la ressemblance des critères retenus pour qualifier les travaux avec ceux utilisés pour qualifier les contrats oblige à une analyse vigilante. Dans sa décision *Mme Giraud* du 26 mars 1990⁵³⁴, le Tribunal des conflits constate qu'une commune " recouvrait la propriété des surfaces affectées à l'équipement public, qu'elle prenait à sa charge une partie des frais de relogement des habitants dont les logements seraient démolis ainsi qu'une partie des frais de fonctionnement de la société et qu'en fin d'opération, les résultats financiers - déficitaires ou excédentaires -

⁵²⁴ Ou parfois même sans marché mais en vertu de dépêches ministérielles le chargeant des travaux : C.E. 18 octobre 1935 *Cie des chemins de fer du Nord*, p. 153.

⁵²⁵ C.E. 28 juin 1928 *Epoux de Sigalas*, p. 785.

⁵²⁶ C.E. 7 août 1909 *Préfet de la Creuse*, p. 837.

⁵²⁷ C.E. 2 février 1945 *Veuve Barbier*, p. 30.

⁵²⁸ Sans que l'on bascule pour autant dans la deuxième catégorie de travaux publics, ceux réalisés par une personne publique pour le compte d'une personne privée.

⁵²⁹ C.E. 24 janvier 1936 *Mure*, p. 105.

⁵³⁰ C.E. 27 février 1981 *De Vaivre*, rec. T. p. 655.

⁵³¹ C.E. 13 février 1942 *Ville de Sarlat*, R.D.P. 1943, p. 359, note R.B. p. 349, et conclusions Léonard, p. 351.

⁵³² C.E. 30 novembre 1928 *Société générale thermale et balnéaire*, p. 1210.

⁵³³ Pour le premier cas, voir C.E. 7 août 1909 *Préfet de la Creuse*, précité ; pour le deuxième, voir C.E. 25 avril 1958 *Min. des finances c/ cinéma Bertrand*, p. 1035.

⁵³⁴ D.A. 1990, n° 332.

seraient pris en charge intégralement par la commune ". Le Tribunal des conflits en conclut que la personne privée a agi " non pour son propre compte mais pour le compte de la commune ", à l'image des contrats passés dans le cadre de la jurisprudence *S.E.R.M.* Mais ici, c'est finalement pour en conclure *in fine* que " les opérations avaient le caractère de travaux publics ". Lorsqu'une personne " agit pour le compte " d'une personne publique, on ne sait toujours si cette action se rapporte aux travaux ou aux contrats, ce que seules les circonstances ou les termes de l'arrêt peuvent déterminer.

Le juge administratif se réfère également à l'expression pour qualifier depuis peu le maître d'ouvrage public. Dans un arrêt du 25 février 1994 *S.O.F.A.P. Marignane immobilier*⁵³⁵, intéressant à de multiples égards⁵³⁶, le Conseil d'Etat se penche entre autres moyens sur le respect de la loi M.O.P. du 12 juillet 1985 à propos d'un bail emphytéotique consenti à une personne privée sur un terrain d'une personne publique pour la construction d'un bâtiment destiné pour partie à abriter une extension de l'hôtel de ville et pour partie des locaux privés⁵³⁷. Pour écarter l'argument de son non respect, le Conseil d'Etat se borne à déclarer que " s'il résulte des dispositions de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique qu'il est interdit à un maître d'ouvrage public de se démettre de son rôle lorsque il fait édifier un ouvrage pour son compte, et que si l'ouvrage en cause répond pour partie aux besoins de la ville de Lille, cette dernière ne peut, ainsi qu'il vient d'être dit, être regardée comme maître d'ouvrage ". En résumé, la loi " M.O.P. " est respectée parce qu'en l'occurrence, il n'y a pas de maître d'ouvrage public, l'ouvrage étant réalisé " pour le compte " d'une personne privée dans la mesure où la personne publique " n'assumera pas la direction technique des actions de construction " et " ne deviendra propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail ".

Que le Conseil d'Etat procède de la sorte à une définition du maître d'ouvrage public, à défaut, une fois encore, de précision législative, il n'y a là rien que de très normal. Ce qui surprend, c'est l'utilisation à ce stade de l'expression " pour le compte ". Le législateur, en

⁵³⁵ D-S 1994, p. 536, note M. Lombard ; R.D.F.A. 1994, p. 510, concl. J. Arrhigi de Casanova ; C.J.E.G. p. 569, étude E. Fatôme et Ph. Terneyre ; sur " Le bail emphytéotique administratif en général ", voir Ph. Terneyre, B. Noyer, R.F.D. mars 1996, n° 4, p. 171 à 198.

⁵³⁶ Outre les conditions qu'il apporte à la mise en oeuvre de bail emphytéotique prévue par la loi du 5 janvier 1988, le Conseil d'Etat adopte une définition originale des travaux publics : en l'espèce, la nature publique des travaux n'est pas caractérisée au motif que " la ville de Lille n'assurera pas la direction technique des actions de construction, ne deviendra propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail, et ne jouera ainsi ni pendant la réalisation desdits ouvrages, ni avant le terme fixé, le rôle de maître de l'ouvrage ; que par suite, l'opération en vue de laquelle a été passé le bail contesté ne représente pas, même si une partie des ouvrages répond aux besoins de la ville de Lille, le caractère d'une opération de travaux publics ". Ainsi, le Conseil d'Etat semble établir désormais un lien entre la maîtrise d'ouvrage publique et la nature publique des travaux. Or, l'on sait depuis longtemps que les travaux d'un concessionnaire sont considérés en général comme publics nonobstant le fait que le maître d'ouvrage est et demeure le concessionnaire. Il y aurait donc là un infléchissement de la jurisprudence dans le sens d'une moins grande attractivité de la notion de travaux publics.

⁵³⁷ Etait en cause ce que la doctrine convient d'appeler une " convention complexe ". Sur cette notion, voir notamment Ph. Terneyre (A.J.D.A. 1994, n° spécial, p. 43 et s.), L. Rapp (A.J.D.A. 1996, p. 616 et s.) et J-B Auby (" les contrats publics de construction " in Mélanges Drago 1996, p. 179 et s.).

dépité de son incurie à définir les notions juridiques de base, a jugé bon d'indiquer en 1985 que le maître d'ouvrage est " la personne pour laquelle l'ouvrage est construit ". Au delà de la simplicité des mots qui ne compensait pas cependant le dénuement sémantique, le législateur semblait vouloir écarter toute référence à l'idée d'action " pour le compte " d'une personne publique, rompant ainsi avec la définition précédente⁵³⁸. Malgré cette précaution, le juge réintroduit cette idée en lui donnant une signification nouvelle, caractérisant le maître d'ouvrage public. Au passage, il confirme sa position avancée dans des arrêts antérieurs : la propriété publique constitue assurément une condition nécessaire de la définition du maître d'ouvrage public. Une personne publique qui fait construire, même pour ses propres besoins, un immeuble par crédit-bail c'est-à-dire dont elle ne deviendra propriétaire qu'éventuellement et en fin de bail n'a pas la qualité de maître d'ouvrage et la société privée construit " pour son propre compte et non pour le compte de l'Etat "⁵³⁹.

Dans l'arrêt de Section du 8 février 1991 *Région Midi-Pyrénées*⁵⁴⁰, le Conseil d'Etat, après avoir admis le principe de l'usage de la vente en l'état de futur achèvement (V.E.F.A.) par les collectivités publiques, l'exclut dans certaines circonstances : ces collectivités ne sauraient " avoir légalement recours à ce contrat de vente de droit privé dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage et qui échappe tant aux règles de passation, notamment aux règles de concurrence prévues par le Code des marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics, lorsque, comme en l'espèce, l'objet de l'opération est la construction même, pour le compte de la collectivité d'immeubles entièrement destinés à devenir sa propriété et conçus en fonction de ses besoins propres ". L'utilisation de la notion paraît ici en réalité superfétatoire : dépourvue d'efficacité du point de vue de la définition du marché public⁵⁴¹, elle ne vise très certainement que la nature des travaux, ce qui dès lors trahit une inutile redondance, compte tenu de la précision relative à l'objet (d'intérêt général s'agissant de la construction d'un Hôtel de région) et à la propriété finale (publique). Ainsi, l'expression ne concerne très probablement pas la nature du contrat et l'attention portée aux termes (" l'objet de l'opération ") permet d'éviter la confusion. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Pochard avait indiqué d'ailleurs qu'en droit

⁵³⁸ Qui résultait indirectement du décret du 28 février 1973 " relatif aux conditions de rémunération des missions d'ingénierie et d'architecture remplies pour le compte de collectivités publiques par des prestataires de droit privé (J.O.R.F. 1er mars, p. 2255).

⁵³⁹ C.E. 12 octobre 1988 *Min. des affaires sociales c/ S.E.R.G.I.C.*, p. 338, C.J.E.G. 1990, p. 125 avec l'article d'E. Fatôme " Réflexions sur les notions de travail effectué pour le compte d'une personne publique et de maître d'ouvrage ", p. 119.

⁵⁴⁰ JCP 1991 II, n° 1738, obs. E. Fatôme ; R.F.D.A. 1992, p. 48, conclusions Pochard.

⁵⁴¹ La définition du marché public, par ailleurs incomplète, évite l'écueil d'y recourir (cf notre article paru à la R.D.P., 1997, p. 1753 et s.

privé, la V.E.F.A. est bien distinguée du mandat, y compris du contrat de promotion immobilière⁵⁴².

+ La confusion est facilitée encore par la référence à l'expression dans la caractérisation d'un contrat.

Le juge administratif utilise l'expression parfois pour désigner la situation du locateur d'ouvrage⁵⁴³ à l'égard du maître d'ouvrage. Le Conseil d'Etat a jugé, à propos de travaux réalisés par une société dénommée par les parties " concessionnaire ", qu'ils " n'ont pas été exécutés par la société à ses frais, risques et périls mais pour le compte et aux frais de la commune ". A ce stade, l'arrêt pourrait être interprété comme un nouvel exemple de reconnaissance implicite d'un mandat. Ce n'est qu'*in fine* que cette hypothèse se révèle impropre : " dans ces conditions, c'est à bon droit que la société requérante a été, en raison des travaux dont s'agit, assujettie à la contribution des patentes en qualité d'entrepreneur de travaux publics "⁵⁴⁴.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a repris l'expression pour qualifier la situation d'un maître d'oeuvre. Des dommages provoqués par une canalisation d'un réseau d'assainissement avaient ainsi eu " pour origine des fautes imputables aux entreprises SOBEA et ROSINA ainsi qu'à la D.D.E. du Gers, maître d'oeuvre de l'opération, qui agissait pour le compte de la commune de Condom "⁵⁴⁵.

Enfin, un arrêt concernant un sous-traitant d'un entrepreneur de travaux publics évoque un " marché exécuté en sous-traitance pour le compte de l'O.P.H.L.M. de l'Ardèche ", mais cette expression se trouve dans les visas de la requête, ce qui laisse supposer qu'elle est issue des prétentions des parties et non de la qualification opérée par le juge⁵⁴⁶. Polysémique, l'action " pour le compte " d'une personne publique renvoie, dans toutes ces hypothèses, à des situations clairement identifiées. Parfois, il s'avère impossible d'attribuer une signification certaine à cette expression.

⁵⁴²Préc., p. 52 et 53. La spécificité de l'ouvrage (répondant aux besoins de l'administration), la capacité du cocontractant à mener l'opération, le moment du recours à la V.E.F.A., les indices tirés du dossier (préparation de l'opération et contenu du contrat) auraient pu ainsi révéler que la " qualité du maître d'ouvrage s'estompe au profit de l'administration ". Peut-être que la référence à l'action " pour le compte " ne constitue-t-elle qu'une (maigre) concession faite par le Conseil d'Etat au commissaire du gouvernement qui proposait lui aussi d'exclure le recours à ce contrat mais seulement lorsqu'un faisceau d'indices particulier révèle que le cocontractant construit " pour le compte " d'une personne publique. Sur cet arrêt, voir aussi F. Llorens, C.J.E.G. 1991, p. 251 et J.-M. Auby, R.D.P. 1991, p. 1137.

⁵⁴³ Entendu au sens du Code civil c'est-à-dire incluant notamment les contrats d'entreprise, de maîtrise d'oeuvre et de sous-traitance (Livre III, titre VIII, chapitre III).

⁵⁴⁴ C.E. 18 juillet 1941 *Société orléanaise des eaux*, D. 1942, p. 39 (c'est nous qui soulignons).

⁵⁴⁵ C.E. 23 novembre 1984 *Ville de Condom c/ G.D.F.*, Req. 41.227.

⁵⁴⁶ C.E. 14 juin 1993 *O.P.H.L.M. de l'Ardèche*, Req. 57.233.

* Caractère amphibologique de l'expression d'action " pour le compte " d'une personne publique

Il est des hypothèses où une personne, publique ou privée, agit " pour le compte " d'une personne publique sans qu'il soit possible de déterminer précisément ce que le juge (ou le législateur parfois⁵⁴⁷) a voulu signifier. Non seulement, il n'indique pas expressément la qualité des personnes en cause, mais plus encore, rien dans les circonstances de l'espèce ou la solution de fond ne permet de découvrir le sens à donner à l'expression. Soit la référence paraît surabondante, ne pouvant apporter en tout état de cause un quelconque renseignement, soit l'expression, partie intégrante du raisonnement du juge, implique nécessairement des conséquences dont on ne peut toutefois apprécier pleinement la portée.

+ Rarement, l'expression s'avère surabondante. Il arrive que le juge se contente de reproduire les propres termes du contrat en cause. Il n'est donc pas à l'origine de l'utilisation de l'expression mais ne cherche pas toutefois à la charger de sens. Par exemple, la convention nationale des médecins validée par la loi n° 75-603 du 10 juillet 1975 prévoyait en son article 26 que " les C.P.A.M. du régime général, agissant pour le compte de tous les organismes relevant des caisses nationales signataires, adressent à chaque médecin... ". Le litige opposant un médecin au ministère des finances à propos d'une créance fiscale n'apporte aucune indication sur la portée de l'expression⁵⁴⁸.

Dans un autre arrêt, le Conseil d'Etat se réfère à une convention conclue entre l'Etat et un département, dont un document annexe prévoyait que ce dernier s'engageait " à continuer d'assurer pour le compte de l'Etat notamment le service de la paie des personnels de police de l'Etat ". Là encore, l'utilité de l'expression n'est pas flagrante. Au reste, l'intérêt de l'arrêt est ailleurs⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ Par exemple, l'article 1er de la loi du 28 septembre 1963 vise " les collectivités locales ou les sociétés locales agissant pour le compte de celles-ci " sans autre précision (cf C.E.30 janvier 1980 *Commune de Mortagne/Gironde*, Req. 617).

⁵⁴⁸ C.E. 13 octobre 1986 *M. Barrat-Dupont*, Req.

⁵⁴⁹ C.E. Sect. 31 mars 1989 *Département de la Moselle*, Req. 57.000, p. 105. Cet arrêt de Section pose une exception générale à un principe des mieux établis. Après avoir rappelé que " si le juge n'a pas en principe le pouvoir de prononcer, à la demande de l'une des parties, l'annulation des mesures prises par l'autre partie comme contraires aux clauses du contrat et s'il lui appartient seulement de rechercher si ces mesures sont intervenues dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité, il en va autrement lorsqu'il s'agit d'un contrat passé entre deux personnes publiques en application de l'article 26 de la loi du 2 mars 1982 et ayant pour objet l'organisation du service public ". Autrement dit, la qualité publique des parties à un contrat passé dans un certain cadre modifie les pouvoirs du juge du contrat, dans le sens de leur renforcement (qui ne connaît normalement qu'une exception réduite aux cas de contrats de longue durée ayant nécessité des investissements importants - par exemple C.E. Sect. 26 novembre 1971 *S.I.M.A.* (p. 723) à propos d'un marché d'entreprise de travaux publics).

Parfois, l'invocation d'une action " pour le compte " ne procure que d'inutiles complications. Dans une décision du 9 octobre 1989 *Crédit industriel et commercial*⁵⁵⁰, le Conseil d'Etat évoque un marché passé par la " Régie immobilière de la ville de Paris, agissant pour le compte de ladite ville ", avec une société privée. Cette précision apportée en aparté n'est en rien utile pour le reste du raisonnement qui se base sur l'application des clauses du marché et du C.C.A.G. applicable. Seul élément à peu près certain, l'expression ne semble pas viser l'hypothèse d'un mandat puisque par la suite le Haut Conseil juge que la régie a " gravement méconnue les dispositions contractuelles la liant à la société " alors qu'en principe seul le mandant est lié par le contrat passé par le mandataire. pour le reste, il est impossible d'affirmer que l'on se trouve dans le cadre de la jurisprudence *Peyrot* (auquel cas il y aurait extension de son domaine de prédilection), *S.E.R.M.* ou même s'il n'est en réalité question que de la nature des travaux⁵⁵¹.

+ Dans deux hypothèses, le juge a eu recours à l'expression afin de résoudre le litige, sans qu'il soit possible d'appréhender de manière certaine la situation de la personne agissant pour le compte d'une personne publique.

Le Conseil d'Etat a jugé que " la Société pétrolière française en Algérie, en prenant possession des permis de recherches en hydrocarbures que lui a remis la Compagnie française des pétroles (Algérie) a exécuté pour le compte du gouvernement, une décision du gouvernement (...); que les difficultés qui sont nées à propos de l'indemnisation de la contrepartie financière de ces apports sont indissociables de cette décision "⁵⁵². Là aussi, il est difficile d'établir avec certitude la signification de l'action pour le compte dans la mesure où le juge ne se prononce que sur la compétence juridictionnelle (administrative en l'occurrence). Sans doute y a-t-il quelques ressemblances avec l'arrêt *Dame Culard* de peu postérieur et qui avait admis l'existence d'un mandat mais aucun élément ne permet ici d'établir un parallèle⁵⁵³.

Dans une affaire relative à l'avarie survenue à un colis postal lors de son transport international par la S.N.C.F., le Conseil d'Etat a eu recours à l'expression pour désigner les rapports nés à cette occasion entre la S.N.C.F. et la Poste⁵⁵⁴. Le juge suprême estime ainsi que le transporteur agit " pour le compte et sous le contrôle de l'administration postale ". La précision se veut porteuse de sens puisque le juge examine l'éventuelle responsabilité de la

⁵⁵⁰ Req. 84.503, rec. T. p. 781-783.

⁵⁵¹ A titre anecdotique, un arrêt fait référence également à l'expression au sujet d'une " association syndicale autorisée des arrosants de la Crau agissant pour le compte de l'agence de bassin Rhône-Méditerranée-Corse ". Si l'on ne peut en déduire quelconque conséquence, le grief ne peut être adressé au juge mais au requérant par suite d'une erreur grossière. La société civile en question avait tout simplement omis de présenter sa requête devant le Conseil d'Etat par ministère d'avocat - C.E. 13 octobre 1993 *Soc. civile du Petit Porcros*, Req. 145.122.

⁵⁵² T.C 17 novembre 1975 *Cie française des pétroles*, p. 799.

⁵⁵³ C.E. 18 juin 1976 précité. Dans la décision du Tribunal des conflits, il n'est pas fait état d'un contrat avec l'Etat mais l'éventualité d'une représentation unilatérale laisse subsister le doute.

⁵⁵⁴ C.E. 23 juillet 1993 *Entreprises d'assurances " Pacific Employeers Insurance Compagny "*, Req. 49.491, p. 223.

Poste du fait de l'action de la S.N.C.F. de manière originale, puisque, à l'invite des parties, il cite sa jurisprudence passée⁵⁵⁵ pour évoquer une " décision rendue le 7 novembre 1979 par le Conseil d'Etat statuant au contentieux, laquelle, si elle a admis la possibilité d'une action directe de la société requérante contre la S.N.C.F., n'a pas pris parti sur la responsabilité de la S.N.C.F. ". En conséquence, le Conseil d'Etat rejette les demandes d'indemnités dirigées à la fois contre l'Etat et la S.N.C.F. en l'absence d'une faute lourde comme l'exige un accord postal international, mais il semble admettre l'action conjointe contre l'Etat et la S.N.C.F. pour la réparation d'un dommage causé par la S.N.C.F. On ne peut savoir, cependant, si cette responsabilité résulte de la situation de mandataire ou de représentante de la S.N.C.F. vis à vis de la Poste, ou bien de la qualité de prestataire de service placé " sous le contrôle de l'administration postale ", ce qui pourrait également justifier la recherche de fautes respectives.

Certes, le juge n'avait pas à préciser davantage pour résoudre le litige, la responsabilité n'étant, en tout état de cause, pas engagée. Il reste que ce défaut de précision, relevée dans de nombreuses hypothèses, confine à l'imprécision, dommageable non seulement à l'égard des parties pour la suite de leur contentieux s'il y a lieu, mais également, à titre préventif, pour les éventuels recours à venir. Sans aller jusqu'à exiger une profusion scripturale similaire à celle du juge communautaire, le souci de la sécurité juridique comme de l'efficacité juridictionnelle commande aujourd'hui davantage d'explications, en particulier lorsque le juge emploie une expression aussi polysémique et amphibologique que celle d'action " pour le compte " d'une personne publique.

A vouloir synthétiser les différentes significations de cette expression, on pourrait tout d'abord reprendre la définition donnée en 1950 par G. Flattet à propos des " contrats conclus pour le compte d'autrui "⁵⁵⁶ : " convention par laquelle une personne absente à la conclusion d'un contrat aura un droit sur une ou plusieurs prestations fournies, soit directement, soit par l'intermédiaire de l'autre partie ". On pourrait y ajouter que peuvent naître également des obligations à la charge de cette personne absente. Cependant, pour aussi extensive qu'elle soit, la définition ne vise que les hypothèses contractuelles, alors que l'utilisation de l'expression par le juge administratif dépasse ce cadre. L'action " pour le compte " d'une personne publique signifie plus largement l'action dans l'intérêt de celle-ci. La formule est assez vaste pour englober l'ensemble des significations de l'expression mais aussi assez vague pour lui ôter tout contenu précis. La synthèse s'avère ainsi comparable à l'oeuvre de Sisyphe. Tout au plus cette recherche sémantique devrait permettre de distinguer ces hypothèses des cas où l'expression s'attache à caractériser les exceptions au critère organique du contrat administratif, quelles soient qualifiables de pseudo mandats ou de quasi mandat.

⁵⁵⁵ Ce qu'habituellement et à la différence du juge de Luxembourg il se refuse à faire, sans doute par excès de modestie.

⁵⁵⁶ Th. préc. Paris, 1950, p. 10.

CHAPITRE PREMIER : EXCEPTIONS AU CRITERE ORGANIQUE DU CONTRAT ADMINISTRATIF ET PSEUDO-MANDATS

Dans les développements qui vont suivre, la démonstration de l'inexistence d'un mandat à l'origine d'un contrat administratif entre personnes privées devrait se révéler peu problématique : si la plus ancienne jurisprudence (*Société entreprise Peyrot*) a été fondée un temps sur cette idée, la doctrine, dans son immense majorité, écarte à juste titre aujourd'hui cette explication.

Deux autres jurisprudences n'offrent guère plus de prise à une analyse basée sur le mandat. Son invocation paraît marginale pour la première (arrêt *Laurent*), inexistante pour la deuxième (arrêt *Nersa*). Il est vrai que ces jurisprudences demeurent rarement citées, probablement en raison de l'inexistence d'applications de fond.

On aurait tort pourtant de jauger l'importance d'une jurisprudence au nombre de requêtes déposées devant le juge, a fortiori le juge suprême. Au contraire, il est des cas où le faible nombre de recours est le gage de l'autorité de solutions établies et incontestables. En l'occurrence, l'affirmation d'une impossibilité ontologique du mandat à fonder ces jurisprudences paraît prématurée au seul vu des espèces actuelles, pour la simple raison que le temps n'a pas encore accompli son travail de polissage.

Elles méritent toutefois mieux que l'attention qui leur a été portée jusqu'à présent. La première par l'importance pratique qu'elle revêt compte tenu du nombre de personnes morales concernées, s'agissant des associations dites " para-administratives ". La deuxième semble plus circonscrite puisqu'elle concerne une société anonyme au statut particulier, sa portée immédiate étant a priori sévèrement réduite. Mais le mode de raisonnement opéré par le juge constitue une véritable boîte de Pandore des exceptions au critère organique du contrat administratif. Le présent chapitre et plus encore le titre suivant seront l'occasion de leur donner toute la place qui devrait être la leur.

Pour se convaincre de l'inexistence d'un lien entre la théorie du mandat et les contrats administratifs entre personnes privées, il n'est besoin que de confronter les données des espèces aux caractères fondamentaux du mandat public. L'absence d'un contrat de mandat au préalable pourrait à elle seule suffire (Section 1). L'éventualité d'une reconnaissance implicite d'un mandat tacite n'étant pas à exclure, l'inexistence d'un mandat préalable ne constitue parfois qu'une présomption simple. Seule l'étude du régime juridique du contrat administratif passé entre les personnes privées pourra confirmer la présomption initiale (Section 2).

SECTION 1 / L'INEXISTENCE PRESUMEE D'UN MANDAT PREALABLE

Le droit privé connaît, on l'a vu, des cas de mandat tacite en dehors de tout contexte contractuel⁵⁵⁷. Les exemples de mandats tacites en droit public n'ont jamais consacré une telle possibilité. Dès lors, la présomption de l'absence de mandat préalable paraît irréfragable quand la personne publique et la personne privée agissant pour le compte de cette personne publique n'entretiennent, semble-t-il, aucune relation contractuelle, à l'image des jurisprudences *Laurent* et *Nersa* (§ 2). La jurisprudence *Peyrot*, quant à elle, voit l'intervention d'une personne privée basée sur un contrat préalablement passé avec une personne publique, qui ne revêt pas toutefois le caractère d'un mandat (§ 1).

§ 1/ L'inexistence d'un mandat dans le contrat initial

A la différence des deux autres exceptions étudiées dans ce chapitre, la jurisprudence *Peyrot* a représenté pendant un certain temps un terrain de prédilection pour la théorie du mandat. L'explication en est relativement simple : avant qu'elle n'intervienne, les hypothèses dans lesquelles était reconnue l'existence d'un contrat administratif entre personnes privées se résument toutes à des applications de la théorie du mandat⁵⁵⁸. La tentation était grande de ne pas se risquer à une autre analyse avec l'avènement de la jurisprudence *Peyrot*. Pourtant, à aucun moment, dans la rédaction de la décision du Tribunal des conflits, n'apparaît le terme, ni même l'idée d'un mandat. Les conclusions du commissaire du gouvernement Lasry, comme le rôle d'une partie de la doctrine, expliquent cette méprise initiale. Aujourd'hui, l'ensemble de la doctrine refuse de se rallier à cette thèse, fondée en cela par les critères utilisés par le juge qui paraissent bien éloignés de ceux d'une reconnaissance de l'existence d'un mandat.

A/ La thèse originelle d'un mandat préalable

⁵⁵⁷ Cf Chr. Lazerges, art. préc., R.T.D.C. 1975.

⁵⁵⁸ Cf supra Titre 1, chapitre 1er.

Tirant sa source des conclusions Lasry, cette idée a trouvé un relais dans une frange non négligeable de la doctrine.

1/ Le rôle des conclusions Lasry

Le caractère concis, pour ne pas dire économe, des rédactions des arrêts du Conseil d'Etat comme du Tribunal des conflits, pousse les commentateurs à s'intéresser au plus haut point aux conclusions de commissaires de gouvernement, quand celles-ci sont publiées ou communiquées. L'ambivalence de la démarche doctrinale réside toute entière dans l'ambivalence du mécanisme lui-même : censées éclairées le juge pour rendre sa décision, elles ne font jamais partie intégrante de la décision juridictionnelle, ne serait-ce que pour partie. Ces quelques remarques préalables, trop éculées pour être davantage développées, justifient la prudence qu'il faut garder à l'égard de ces conclusions, même en cas de conclusions conformes. Car la conformité ou la non conformité s'analyse ici sous l'angle de la solution de fond et non pas sous celui du raisonnement suivi. Seul ce dernier, pourtant, permet d'apprécier la portée de l'arrêt. Or, il est des cas où les différences dans le raisonnement entre les conclusions et l'arrêt ne paraissent pas très évidentes. La décision du 8 juillet 1963 *Société entreprise Peyrot* est de ceux-là⁵⁵⁹.

Les conclusions Lasry évoquent l'idée de mandat à deux reprises. Après s'être penché sur le fonctionnement des S.E.M. concessionnaires d'autoroute, le commissaire du gouvernement déclare : " comme vous le voyez, nous sommes très loin de la conception traditionnelle du concessionnaire (...). En vérité, nous nous rapprochons singulièrement de la situation du mandataire, qui prête son nom et ses services pour jouer le rôle du maître de l'ouvrage mais qui ne court aucun risque et ne peut réaliser aucun profit : notre concessionnaire est soumis à cet égard à des obligations aussi strictes que l'obligation de reddition de compte incombant au mandataire proprement dit ".

Les arguments avancés à ce stade ont trait d'ailleurs davantage à l'économie mixte en général qu'aux concessionnaires d'autoroutes en particulier. M. Lasry avait relevé en effet au paravent que " les moteurs traditionnels de l'initiative privée leur font entièrement défaut : d'une part, la maîtrise de l'affaire échappe aux apporteurs de capitaux privés, puisque les intérêts publics sont majoritaires dans les assemblées générales et commandent la formation des conseils d'administration ; d'autre part toute perspective de profits commerciaux est proscrite, soit du fait de la limitation à un intérêt statutaire des dividendes susceptibles d'être distribués (...), soit comme en l'espèce, par des règles régissant directement les résultats

⁵⁵⁹ D. 1963, p. 535, concl. Lasry, note P-L. Josse.

d'exploitation et obligeant, au cas où ceux-ci en viendraient à être bénéficiaires, à abaisser les tarifs ou à reverser l'excédent de recettes à la puissance publique ".

Le commissaire du gouvernement revint plus loin sur ce dernier aspect à partir des textes législatif et réglementaires relatifs aux concessions d'autoroutes. Il relève que le législateur n'autorisait (en 1955) les concessions qu'à des collectivités publiques, établissements publics et à des S.E.M., assimilant en quelque sorte les uns aux autres. Enfin, " a destination des péages (étant) exclusive de tout bénéfice pour l'organisme qui les perçoit ", il est " possible d'affirmer que la volonté du législateur a été de placer la S.E.M. dans une situation de fait et de droit assimilable à celle d'un mandataire, agissant pour le compte d'une personne morale de droit public et dans les mêmes conditions que celle-ci ".

La situation de fait présente effectivement un certain nombre de similitudes. Il y a beaucoup à redire, en revanche, sur la situation de droit. Une partie de la doctrine a pourtant suivi les conclusions du commissaire du gouvernement pour expliquer la décision du Tribunal des conflits.

2/ L'impact des conclusions Lasry sur la doctrine

Rares en réalité sont ceux qui considèrent que le Tribunal des conflits s'est basé sur la théorie du mandat pour reconnaître un caractère administratif au marché de travaux publics passé par le concessionnaire avec l'entreprise Peyrot. En revanche, une frange non négligeable s'en est inspirée pour tenter de fonder cette solution sur l'idée de représentation.

Seuls MM. Fabre et Morin se rangent véritablement dans la première tendance⁵⁶⁰. Certes le Président Josse considère lui aussi que les S.E.M. en cause " sont des mandataires " mais sans jamais démontrer en quoi, plus intéressé qu'il est par le dispositif qui confère compétence au juge administratif et par là même prérogative de puissance publique à des démembrements de l'administration⁵⁶¹. MM. Pacteau et Benoît adoptent une attitude similaire⁵⁶². MM. Fabre et Morin, plus explicites en revanche, considèrent que, si le Tribunal des conflits ne s'est pas aligné sur les conclusions Lasry, il n'en a pas moins consacré la thèse du mandat. Le Tribunal " a eu la sagesse, pour déclarer la société de l'autoroute Estérel Côte d'Azur mandataire de l'Etat, d'adopter un critère qui réduit notablement, par rapport aux conclusions Lasry, le champ d'application de la notion de mandat (...). La convention par laquelle l'Etat - ou tout autre collectivité publique - charge une S.E.M. d'exécuter une mission

⁵⁶⁰ " Quelques aspects actuels du contrôle des S.E.M. ", R.D.P. 1966, p. 767 et s.

⁵⁶¹ Note préc., p. 539.

⁵⁶² B. Pacteau, R.A. 1983, p. 368, spécialement p. 369 ; F.P. Benoît, Le droit administratif français, 1968, p. 259.

qui par sa nature relève de leur compétence, doit être considérée comme une convention de mandat ⁵⁶³. Pour ces membres de la Cour des comptes, le lien entre la nature étatique des travaux et le mandat est inévitable : puisque les travaux appartiennent " par nature " aux pouvoirs publics, ceux-ci ne sauraient s'en décharger entièrement comme dans une concession, " mais seulement en confier la réalisation à un mandataire qui agira pour eux et en leur nom ".

Ces auteurs proposent toutefois d'étendre la solution aux autres cas de mandat qui ne sont pas couverts d'après eux par le critère de la nature des travaux. Il conviendrait d'y adjoindre également celui de l'origine des moyens financiers mis en oeuvre. Les personnes privées accomplissant des missions entièrement financées par fonds publics devraient se voir reconnaître la qualité de mandataire et leurs contrats une nature administrative.

A. Coudeville met en avant une autre conception originale du mandataire, considéré comme tel dès lors qu'il n'agit plus à ses risques et périls financiers, ce qui est précisément le cas des S.E.M. concessionnaires d'autoroutes. Le Tribunal des conflits aurait consacré la théorie du mandat de manière implicite mais évidente⁵⁶⁴.

Pour intéressantes qu'elles soient du point de vue de l'opportunité, ces visions originales confèrent au mandat une définition qui, on le verra, ne correspond en rien à quelconque critère du mandat public.

Face à cette incompatibilité, la position de certains auteurs s'affine, déniait l'existence d'un mandat mais qualifiant l'intermédiaire de représentant. On sait qu'effectivement, il peut très bien y avoir représentation sans mandat, ce dernier n'étant qu'une forme parmi d'autres de mise en oeuvre de la représentation.

L'idée est née du commentaire de l'arrêt *Peyrot* par J.-M. Auby. Contestant l'invocation de la théorie du mandat à son propos, à moins d'en " défigurer l'institution ", le Doyen de Bordeaux s'attache à démontrer que le commissaire du gouvernement lui-même a écarté le mandat pour ne déceler entre les protagonistes qu'une " relation de droit public assez vague dans laquelle la personne publique investit une personne privée de la mission d'accomplir des actes juridiques dans l'intérêt de cette personne publique, et sans qu'il y ait entre les deux de lien de représentation " (sous entendu contractuel)⁵⁶⁵. Il s'agirait d'une solution déjà " admise parfois par la jurisprudence et selon laquelle une personne privée en dehors des cadres du mandat peut agir pour le compte d'une personne publique et conclure à

⁵⁶³ Art. préc., p. 783.

⁵⁶⁴ " La notion de mandat en droit administratif ", A.J.D.A. 1979, p. 7, spécialement 12 et 14.

⁵⁶⁵ JCP 1963 II; n° 13375.

ce titre des contrats administratifs ". L'énoncé de ces solutions bien admises eut été bienvenu. Sans doute l'auteur faisait-il allusion aux hypothèses où un texte habilite unilatéralement une personne privée à représenter une personne publique, comme par exemple dans l'arrêt *Brossette* de 1931. Le commissaire du gouvernement Lasry y aurait fait référence en parlant de la volonté du législateur de placer ces personnes dans une situation de fait et de droit assimilable à un mandataire et, malgré un certain embarras perceptible dans la rédaction, le Tribunal des conflits aurait suivi son commissaire du gouvernement.

L'opinion de J.-M. Auby a essaimé au sein de la doctrine, y compris parmi les spécialistes de la matière puisqu'on la retrouve plus tard dans les écrits de F. Sabiani et F. Moderne⁵⁶⁶. Nous ne nous étendrons pas outre mesure sur cette théorie. Le simple constat de l'absence d'effets représentatifs la condamne presque automatiquement. D'ailleurs, l'argument employé par le professeur Auby pour écarter la thèse du mandat vaut également pour la représentation : les marchés en cause n'ont établi de rapports juridiques qu'entre la société et son entrepreneur : il n'y a donc pas effacement de l'intermédiaire, contrairement au cas du mandataire mais également au représentant de manière générale. Sans doute J.-M. Auby avait-il en tête, comme MM. Sabiani et Moderne, une idée élargie de la représentation, englobant les représentations indirectes⁵⁶⁷. Couvrant de ce fait une multitude de situations variées, cette référence s'avère inutile parce que dépourvue de signification précise⁵⁶⁸. En outre, l'idée d'une représentation unilatérale paraît difficilement compatible avec l'existence de rapports contractuels entre l'Etat et la S.E.M.

Quant au mandat proprement dit, de nombreux arguments militaient dès l'origine en sa défaveur.

B/ L'abandon de la thèse du mandat

Par abandon, on entend viser ici l'attitude de la doctrine dans son ensemble qui aujourd'hui ne prétend plus fonder la jurisprudence Peyrot sur la théorie du mandat. Elle est fondée (si l'on peut dire) dans cette démarche, par la faiblesse de l'argumentation doctrinale et par le raisonnement du Tribunal des conflits lui-même. Le recours à l'arrêt *Société de*

⁵⁶⁶ Respectivement à l'A.J.D.A. 1977, p. 12 et à la R.F.D.A. 1994, p. 1077, note 32.

⁵⁶⁷ Ce que confirme son commentaire de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 décembre 1964 au JCP 1965 II, n° 14357 : " le lien de représentation (*lato sensu*), générateur de la qualification administrative du contrat... " (c'est nous qui soulignons).

⁵⁶⁸ Cf supra, Introduction générale.

l'autoroute Estérel-Côte d'Azur du Conseil d'Etat du 20 décembre 1961, qui leur avait dénié la qualité de mandataire, paraît même inutile⁵⁶⁹.

1/ Insuffisances de l'argumentation doctrinale

A bien observer de près, avec MM. Fabre et Morin, les propos du commissaire du gouvernement, celui-ci déduirait le mandat de deux constats : " les S.E.M. de construction et d'exploitation d'autoroutes sont placées sous la domination des collectivités publiques et elles ne sont pas autorisées à réaliser un profit de nature commerciale "⁵⁷⁰.

De la soumission à la personne publique, on sait que le juge n'en a jamais déduit à elle seule l'existence d'un mandat. Si le mandataire se trouve fréquemment, mais non systématiquement, dans une situation de dépendance organique à l'égard d'une personne publique, cela ne suffit pas à rendre la proposition inverse pertinente. Une fois encore les traits accessoires du mandat (ceux qui relèvent de sa nature) sont confondus avec ses traits fondamentaux (ceux qui relèvent de son essence). Sur le plan pratique et compte tenu de la généralité des éléments de dépendances, il est très probable que l'ensemble des S.E.M. contemporaines constitueraient des mandataires en puissance.

Il est vrai que M. Lasry semble y ajouter une condition cumulative, relative à l'absence de perspective de profits commerciaux. Il est exact de dire que l'on s'éloigne alors de l'hypothèse d'une concession, du moins dans sa vision traditionnelle. Se rapproche-t-on pour autant du mandat ? La démarche du commissaire du gouvernement s'inscrit en réalité dans une vision binaire de l'intervention contractuelle des personnes privées dans l'action administrative qui, pour courante qu'elle soit, paraît foncièrement en décalage avec la réalité contractuelle plus que centenaire. Dans cette optique, lorsqu'il n'y a pas concession et que le tiers passe des actes juridiques pour le compte d'un tiers sous son contrôle émerge alors nécessairement une situation de mandat⁵⁷¹.

Or, la réalisation de profits n'a jamais été intégrée, que ce soit négativement ou positivement, dans la définition du mandat public. En revanche, il est certain que la construction autoroutière n'est pas le seul domaine dans lequel le " concessionnaire " n'agit

⁵⁶⁹ On ne sait en effet si la décision *Peyrot* l'a prolongé ou bien s'il s'agit d'un revirement de jurisprudence.

⁵⁷⁰ Fabre et Morin, art. préc., p. 779.

⁵⁷¹ La même tentation se retrouve pourtant chez le juge pour la distinction du marché public et de la délégation de service public (cf notre article sur la définition contemporaine du marché public, précité). Serait-ce un travers de l'esprit juridique, habitué qu'il est à une vision cohérente du droit qui divise toute question en autant de branches dichotomiques que nécessaires ?

pas à ses risques et périls financiers. Cet aspect semble même n'avoir jamais correspondu qu'à une vision idéale de la concession, bien éloignée de la réalité⁵⁷².

La définition du mandat donnée par A. Coudeville démontre une conception semblable et tout aussi critiquable, tout comme celle de MM. Fabre et Morin. Le décalage avec la réalité du mandat est à ce point saisissant que l'on est en droit de se demander si ces auteurs ne se placent pas en tant que théoriciens du droit plus qu'en qualité de commentateurs ou pour le dire plus prosaïquement, s'ils ne prennent pas leur désir pour la réalité.

Il semble plus probablement que ni la notion de mandat, ni le raisonnement du juge n'aient été réellement compris.

2/ Le raisonnement opéré par le Tribunal des conflits

La très grande majorité des auteurs a décelé le hiatus entre les conclusions Lasry et la décision elle-même pour écarter la thèse du mandat. Aucune référence n'y est faite, et le critère utilisé pour conclure à l'existence d'un contrat administratif ne se rapproche en rien de ceux d'un mandat.

Le seul et unique critère qui explique la jurisprudence est le critère dit matériel, c'est-à-dire celui relatif à la nature des travaux. Non que la nature publique des travaux suffise en elle-même, mais parce que la construction de routes nationales " appartient par nature à l'Etat " et qu'elle est " traditionnellement exécutée en régie directe. (...). Par suite, les marchés passés par le maître de l'ouvrage pour cette exécution sont soumis aux règles de droit public. Considérant qu'il doit en être de même pour la construction d'autoroutes dans les conditions prévues par la loi du 18 avril 1955 sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la construction est assurée de manière normale directement par l'Etat ou à titre exceptionnel par un concessionnaire agissant pour l'Etat, que ce concessionnaire soit une personne morale de droit public ou une S.E.M., nonobstant la qualité de personne morale de droit privé de cette société ".

L'effet de surprise, allié à l'utilisation d'une expression parfois synonyme de mandat et aux conclusions Lasry expliquent en partie l'erreur initiale de certains auteurs et même de certains juges du fond. Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 décembre 1964 s'attachant à

⁵⁷² Cf la thèse précitée de Chr. Bettinger, pour qui la gestion aux risques et périls du concessionnaire a, dès le XIX^{ème} siècle, était battue en brèche par la pratique des garanties d'intérêt.

la prédominance des intérêts publics pouvait laisser penser que, pour cette cour en tout cas, le critère matériel ne saurait suffire, comme elle le confirma 18 ans plus tard⁵⁷³.

Le Conseil d'Etat entérinera la solution du Tribunal des conflits en 1968, mais implicitement, de sorte que les critères de compétences n'apparaissent pas⁵⁷⁴. Les nombreuses décisions jurisprudentielles refusant d'élargir les exceptions au critère organique du contrat administratif à suite d'une manoeuvre d'" encerclement "⁵⁷⁵ tout comme l'avènement de la jurisprudence *S.E.R.M.* basée sur d'autres critères pouvaient laisser croire que cette jurisprudence originale avait été abandonnée.

Il n'en fut rien et dès que l'occasion se représenta, le Tribunal des conflits réitéra la solution de la jurisprudence *Peyrot* dans le domaine routier, cette fois à propos d'un tunnel à péage⁵⁷⁶. L'arrêt *Préfet, commissaire de la République d'Ile de France*, plus connu sous le nom de l'affaire du tunnel de Sainte-Marie aux mines, en date du 12 novembre 1984 consacre ce que l'on a pu appeler une " résurrection " de la jurisprudence *Peyrot*, non sans une certaine exagération⁵⁷⁷. Les conclusions Genevoix passent en effet en revue les différentes exceptions au critère organique du contrat administratif connues à l'époque avant de proposer de se situer dans le cadre de la jurisprudence *Peyrot*. Le Tribunal des conflits le suivit entièrement, ne modifiant même qu'à la marge la formule traditionnelle pour l'adapter à l'évolution légale : il semblait en effet inutile de se référer à la loi du 18 avril 1955 (puisque la jurisprudence avait étendu la solution à d'autres travaux routiers). La précision relative aux travaux exécutés " à titre exceptionnel " par un concessionnaire paraissait déjà anachronique⁵⁷⁸., mais fut maintenue

L'arrêt de Section du Conseil d'Etat du 3 mars 1989 *A.R.E.A.* confirme la pertinence du critère matériel : seule compte la nature des travaux et en aucune manière le statut de la personne privée puisqu'en l'occurrence le Conseil d'Etat conclut à l'existence d'un contrat

⁵⁷³ Préc., JCP 1965 II, n° 14357, note J-M. Auby et 15 janvier 1982, JCP 1982 II, n° 19880 : " s'il est vrai que la société (...) doit être considérée comme une personne morale de droit privé, elle n'en reste pas moins contrôlée par la puissance publique qui détient 94,5 % de son capital social et dont les représentants occupent onze sièges sur douze au conseil d'administration ".

⁵⁷⁴ C.E 24 avril 1968 *Société concessionnaire pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc*, p. 255.

⁵⁷⁵ F. Moderne qualifia ainsi la période s'étalant de 1968 à 1973 pendant laquelle le juge refusa systématiquement d'étendre les exceptions au critère organique du contrat administratif (A.J.D.A. 1973, p. 49).

⁵⁷⁶ Le Conseil d'Etat avait bien, dès l'avènement de la jurisprudence *S.E.R.M.* confirmé la validité de la jurisprudence *Peyrot* (C.E. 11 juin 1975 *Carvenier*, rec. T. p. 921) mais le Tribunal des conflits n'avait pas eu à se prononcer avant 1984.

⁵⁷⁷ Ph. Abella, JCP 1985 II, n° 20508 ; voir aussi A.J.D.A. 1985, p. 156 avec les conclusions Genevoix.

⁵⁷⁸ Les décrets du 4 juillet 1960 (J.O.R.F. 9 juillet, p. 6321) et du 12 mai 1970 (J.O.R.F. 13 mai, p. 4509) ont facilité le recours à la concession y compris à des personnes " purement " privées, et de fait les autoroutes furent par la suite concédées dans leur immense majorité. Pour une remarquable synthèse sur " le régime juridique des concessions d'autoroutes ", cf l'article de B. Touret, A.J.D.A. 1972 I, p. 372 et s.

administratif entre deux personnes privées " authentiques "⁵⁷⁹. Ceci condamne par la même occasion les différentes thèses basées sur un critère " relationnel " ou sur une combinaison de critères⁵⁸⁰. Le Conseil d'Etat dit pour droit que la personne privée agit " pour le compte de l'Etat et comme maître d'ouvrage (...) quelque soit le statut du concessionnaire ". Le commissaire du gouvernement Guillaume avait prévenu en ce sens que " cette solution dérogatoire se fonde exclusivement sur la nature des travaux, non sur le mandat "⁵⁸¹. Laissons à F. Llorens le mot de la fin à propos de l'arrêt *Sainte-Marie-aux-mines* qui vaut pour la jurisprudence *Peyrot* dans son ensemble : " A aucun moment, ni dans les conclusions du commissaire du gouvernement, ni dans les considérants de l'arrêt, il n'est fait allusion à l'existence d'un mandat entre la société concessionnaire du tunnel (...). Le mandat ne constitue pas le fondement de la solution. Bien qu'il ne fasse guère de doute, ce trait de la jurisprudence *Peyrot* méritait d'être relevé. Il fournit en effet l'occasion de mettre en garde contre cette propension abusive, manifestée si souvent ces dernières années, à justifier la compétence administrative par la notion de mandat "⁵⁸². Certes F. Llorens visait implicitement, à juste titre d'ailleurs, la jurisprudence *S.E.R.M.* Le constat se révélera pertinent pour les autres exceptions au critère organique du contrat administratif.

§ 2/ L'inexistence de mandat par absence de contrat initial

Le mandat constitue par définition une hypothèse de représentation conventionnelle. Le simple constat de l'inexistence, dans les espèces *Laurent* et *Nersa*, d'un contrat entre le prétendu mandataire et le prétendu mandant suffirait à écarter toute référence à cette théorie en principe. Encore faut-il apporter la preuve qu'aucun contrat ne liait la personne publique et la personne privée qui agissait pour son compte.

⁵⁷⁹ P. 69 avec les conclusions Guillaume ; R.F.D.A. 1989, p. 619, note Pacteau ; A.J.D.A. 1989, p. 391; note Dufau ; JCP 1989 II, n° 21323, note Level. Certes, la concession à ces personnes " purement " privées présentait certaines particularités mais d'une importance relative finalement au regard de celles des S.E.M. - cf article de B. Touret, précité.

⁵⁸⁰ Voir notamment J-F Prévost qui estime que le Tribunal des conflits a mis en oeuvre un critère organique, un critère fonctionnel, un critère matériel et un critère relationnel- " A la recherche du critère du contrat administratif - la qualité des contractants ", R.D.P. 1971 p. 817 et s.

⁵⁸¹ Conclusions préc., p. 73.

⁵⁸² " La jurisprudence *Société entreprise Peyrot* : nouveaux développements ", R.F.D.A. 1985, p. 353.

A/ Absence de contrat de mandat entre la personne publique et l'association parapublique

La décision *Laurent* du Tribunal des conflits, en date du 22 avril 1985, représente l'unique exemple de reconnaissance de l'administrativité d'un contrat passé par une association agissant " pour le compte " d'une personne publique avec une autre personne privée⁵⁸³. Mais il ne fait guère de doute que l'on se trouve dans le cadre d'une association dite " fictive " ou " administrative ". Le Tribunal des conflits attribue la connaissance d'un contentieux qui s'était élevé à l'occasion de l'exécution d'un contrat passé par ce " comité des fêtes ayant organisé un lâcher de taureaux à l'occasion d'une fête traditionnelle et un manadier. Ledit comité, " eu égard à sa composition et à son mode de financement, devait être regardé comme ayant agi pour le compte de la commune, et le contrat avait pour objet exclusif l'exécution même d'un service public ". La seule mention aux tables du Lebon n'apporte que peu d'enseignements sur les faits de l'espèce mais suffit à dégager les critères utilisés par le juge et surtout à écarter l'existence d'un mandat préalable. En effet, bien qu'invoquée parfois, la thèse du mandat se heurte à l'absence de tout lien contractuel entre la personne privée et la commune.

1/ L'invocation marginale du mandat

M. Azibert et Mme de Boisdeffre, commentant les décisions du Tribunal des conflits du 4 mai 1987 *Du Puy de Clinchamps, S.A. Merx et Dlle Egloff*, ainsi que l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 mai 1987 *Divier*, trouvaient en la décision *Laurent* une illustration de la théorie du mandat⁵⁸⁴. Citant la jurisprudence *S.E.R.M. - Commune d'Agde*, les maîtres des requêtes au Conseil d'Etat estimèrent que " si un organisme peut être réputé avoir contracté " au nom et pour le compte " d'une personne publique, en tant que mandataire de celle-ci, le contrat pourra être administratif, comme si une personne publique y était effectivement partie ". Sous cette forme, la remarque a valeur de vérité incontestable. L'inconvénient, c'est que les exemples cités ne rentrent pas dans ce cadre, ne serait ce qu'en raison de la différence entre l'expression utilisée par le juge et celle citée par ces auteurs : le juge a estimé que la personne privée avait

⁵⁸³ Rec. T. p. 541 et 681. Encore convient-il de déterminer que la nature exacte de la personne privée n'a pas été expressément confirmée, le juge se bornant à parler de " comité des fêtes ". Il s'agissait d'une personne morale dénommée " comité des fêtes ". J-M Auby estime que cette nature demeure incertaine (R.D.P. 1988, p. 267) mais M. Guénaire parle d'association municipale gérant le comité des fêtes (Bull. Joly 1991 p. 1095). En réalité, les critères utilisés par le juge pour déceler une action " pour le compte " d'une personne publique renvoient tous à ceux dont il se sert pour faire jouer la " transparence " d'une association, dans les domaines de l'acte administratif unilatéral, de la responsabilité ou de la définition du service public - cf infra 2ème partie, titre 1 ,chap. 1, ce qui tend à prouver qu'il s'agissait bien d'une association.

⁵⁸⁴ A.J.D.A. 1987, p. 446 et s.

agi " pour le compte " d'une personne publique, ce qui n'équivaut que très rarement à l'expression " en son nom et pour son compte ".

E. Fatôme a repris à son compte quelques années plus tard cette interprétation, à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 juillet 1990 *Ville de Melun*⁵⁸⁵. L'évocation de cet arrêt dans le cadre de l'étude de la jurisprudence Laurent pourra surprendre à plus d'un titre. Il n'était question en effet pour le juge que de déterminer si l'association en cause gérait ou non un service public, et non de savoir si elle avait passé un contrat administratif. En outre, le Conseil d'Etat ne fait à aucun moment état d'une quelconque action " pour le compte " d'une personne publique. Pourtant, le parallèle avec la jurisprudence *Laurent* comme avec l'ensemble des arrêts relatifs aux associations parapubliques est saisissant : pour conclure à la gestion d'un service public par cette association, le Conseil d'Etat s'attache aux missions d'intérêt général qu'elle gère mais également à sa transparence : " l'association Melun-Culture-Loisirs a été créée par la ville de Melun en vue de " coordonner les efforts de toute personne physique ou morale pour l'animation culturelle de Melun " et est chargée de la gestion du centre de loisirs et des garderies, ateliers et clubs communaux, ainsi que de diverses autres missions ; que pour l'exercice de ces missions, elle perçoit des aides de la ville qui constituent plus de la moitié de ses recettes et représentent la quasi-totalité des dépenses de la ville dans le domaine culturel et socio-éducatif ; que l'association bénéficie aussi d'aides indirectes sous la forme de mises à dispositions gratuites de locaux et de personnels communaux ; que ladite association dont le maire était président de droit jusqu'en 1983 et dont le conseil d'administration comporte une majorité de conseillers municipaux siégeant pour la plupart en cette qualité, doit, dans ces conditions, être regardée, alors même que l'exercice de ses missions ne comporterait pas la mise en oeuvre de prérogatives de puissance publique comme gérant, sous le contrôle de la commune, un service public communal. "⁵⁸⁶.

Pour E. Fatôme, cette situation démontre que l'organisme privé est " très fortement intégré dans les cadres administratifs traditionnels ". Reprenant les conclusions Pochard⁵⁸⁷, cette intégration révélerait l'intention de l'administration " de donner mandat à cet organisme de gérer pour son compte des services qui relèvent normalement d'elle ". Il est difficile de suivre cet auteur et à travers lui M. Pochard sur ce point. L'intention de l'administration est très certainement l'inverse de celle proclamée. En confiant la gestion d'un service public à une association, fut-elle parapublique, la personne privée cherche au contraire à " privatiser " cette gestion. La reconnaissance d'un mandat confié à la personne privée aurait au contraire pour effet de multiplier les hypothèses d'application du droit public. Il est au contraire probable que le Conseil d'Etat n'a pas suivi le raisonnement de son commissaire du gouvernement et ce

⁵⁸⁵ Observations sous l'arrêt, JCP 1991 II, n° 21663.

⁵⁸⁶ La comparaison avec l'arrêt *Divier* précité démontre la similitude de méthode (cf infra 2ème partie, Titre 1, chap. 1er).

⁵⁸⁷ A.J.D.A. 1990, p. 820 et s.

précisément parce qu'il a omis d'indiquer que l'association agissait pour le compte d'une personne publique. Cet oubli, qui explique que nombre d'auteurs n'ont pas fait le rapprochement avec la jurisprudence sur les associations parapubliques⁵⁸⁸, avait sans doute une volonté pédagogique : se démarquer du commissaire du gouvernement Pochard qui proposait de conclure que l'association agissait pour le compte de la commune en vertu d'un mandat. En tout état de cause, dans cette affaire, comme dans la jurisprudence Laurent, la thèse du mandat est fondée sur des données erronées.

2/ L'inexistence d'un mandat

En droit public comme en droit privé, le mandat peut être exprès ou tacite. Mais à la différence du droit privé, dans ce dernier cas le juge administratif a toujours constaté l'existence d'un contrat entre mandant et mandataire tacites. Il n'a jamais admis qu'une obligation légale (c'est-à-dire résultant de la loi) puisse s'accompagner, comme parfois en droit privé, d'un mandat tacite⁵⁸⁹. En droit administratif, le caractère tacite d'un mandat résulte de ce qu'un contrat confie à une personne la mission de passer des actes juridiques pour le compte d'une personne publique mais non pas en son nom. Comme en droit privé, il résulte des circonstances, mais ces circonstances ont toujours pour origine un rapport contractuel⁵⁹⁰. Or, dans l'arrêt *Laurent*, il n'est pas fait allusion à un quelconque contrat qui existerait entre la commune et l'association. Et aucune des espèces relatives aux associations transparentes n'évoque une relation contractuelle, à l'image de l'arrêt *Divier* précité⁵⁹¹ : malgré le soin pris par le juge pour détailler la situation de l'association, il n'y a nulle trace de contrat. La présence de ce dernier s'avère d'ailleurs inutile : créée par une personne publique, celle-ci confie généralement à l'association ses missions par la voie statutaire. L'intervention d'un contrat ne représenterait qu'une inutile complication⁵⁹².

Les nombreuses décisions jurisprudentielles admettant la responsabilité d'une collectivité publique répondant de la faute d'une association parapublique ne révèlent pas

⁵⁸⁸ Et qui aboutit à présenter cette jurisprudence comme une exception à l'exigence de prérogatives de puissance publique pour établir l'existence d'un service public géré par une personne privée. En réalité, il s'agit plus d'une modalité d'application du principe que d'une exception, le Conseil d'Etat s'attachant à démontrer la présence du critère organique à travers l'aspect fictif du caractère privé de l'association. Ensuite, il n'y a plus qu'à constater le caractère d'intérêt général des missions à elle confiées.

⁵⁸⁹ A ne pas confondre avec la représentation unilatérale d'origine légale. Chr. Lazerges, dans son article précité (R.T.D.C. 1975) a établi plusieurs sortes de mandats tacites.

⁵⁹⁰ Cf supra Titre 1, chap. 1er.

⁵⁹¹ C.E. 11 mai 1987, préc.

⁵⁹² Complication que n'a pu éviter la loi du 29 janvier 1993 à propos des délégations de service public en raison de la position très ferme du Conseil constitutionnel qui exige une publicité et une mise en concurrence préalable, y compris si une S.E.M. a été créée à cet effet - cf D-C 20 janvier 1993, J.O.R.F. 22 janvier, p. 1122.

davantage l'existence d'un contrat préalable, à commencer par celle qui a inauguré cette jurisprudence⁵⁹³.

En réalité, un seul arrêt consacre une application du mandat à propos d'une association transparente. Dans sa décision du 12 juillet 1955⁵⁹⁴, le Conseil d'Etat déclare qu'" il est constant qu'à l'origine des fournitures dont s'agit se trouvent quatre bons de commande extraits d'un carnet de souche à l'entête de la mairie de Puteaux et portant les signatures suivantes précédées du cachet humide (sic) de la mairie ; que dans ces conditions (...), la société Piarroy était fondée à penser que les dirigeants de l'association, laquelle au surplus était installée dans les locaux de la ville de Puteaux et aménagés par elle à cette fin, agissaient bien au nom et pour le compte de ladite ville ". On aura noter le souci du détail, digne de Sherlock Holmes, dans l'énumération des faits susceptibles de faire croire à l'existence d'un mandat.

Mais à y regarder de plus près, une telle énumération ne révèle rien d'autre qu'une situation qui a tous les caractères d'un mandat apparent. Il s'agit même, à notre connaissance, du seul exemple de consécration de cette notion civiliste par le juge administratif. Peu importe que la commune ait bien donné mandat à l'association ; du moment que le tiers pouvait légitimement se croire en présence d'un mandataire, c'est à bon droit que le juge du premier ressort a condamné la ville à s'acquitter d'une indemnité équivalent au montant des factures impayées par l'association⁵⁹⁵. Et le caractère fictivement privé de l'organisme ne fonde pas la solution, du moins directement. Si la présence publique au sein de l'association a favorisé la survenance des faits soulignés par l'arrêt, ce n'est nullement le statut de l'association (organisation, mode de financement). Cet exemple, dans lequel il est fait référence à une action " au nom et pour le compte " d'une personne publique, c'est-à-dire à un mandat, laisse a contrario supposer que les autres espèces sont exclusives de toute idée de mandat. C'est également vrai pour la dernière hypothèse de contrat administratif entre personnes privées.

⁵⁹³ C.E. 17 avril 1964 *Commune d'Arcueil*, p. 210 ; A.J.D.A. 1964, p. 290 note Fourré et Puybasset ; D. 1965, p. 45 conclusions Combarrous. Sur l'ensemble de la jurisprudence relative aux associations transparentes, cf infra 2ème partie, Titre 1, chap. 1er.

⁵⁹⁴ Rec. T. p. 413.

⁵⁹⁵ La responsabilité de la commune subsiste, alors même que la faute est certainement de nature délictuelle ou quasi délictuelle, simplement parce que " ces agissements ont été connus de la ville de Puteaux et tolérés par elle " (solution conforme au mandat de droit privé).

B/ Absence de mandat entre personne publique et société à régime juridique exorbitant du droit commun

La jurisprudence *Nersa* en date du 10 mai 1993 est la dernière née des exceptions au critère organique du contrat administratif⁵⁹⁶. Sans doute faut-il voir là une explication partielle du peu d'attention qui lui a été portée jusqu'à présent⁵⁹⁷. L'excuse n'est pas totalement valable cependant, car cette jurisprudence aurait mérité tout autant de commentaires que les jurisprudences précédentes, en particulier *Peyrot* et *S.E.R.M.* La deuxième partie tentera de démontrer, entre autres idées, en quoi elle paraît plus importante à certains égards que les premières, en dépit d'une portée a priori limitée au cas d'espèce⁵⁹⁸. Pour l'heure, l'analyse proposée ne permet pas de lui accorder une place à sa mesure en raison de l'absence de rapport qu'elle entretient avec la théorie du mandat. Il convient au préalable d'indiquer les circonstances de l'affaire qui ont amené le Tribunal des conflits à reconnaître l'existence d'une action " pour le compte " d'une personne publique.

1/ Les indices retenus par le juge

Les faits étaient particulièrement complexes compte tenu de la cascade de transferts des missions. Dans le but de construire une centrale nucléaire à réacteur surgénérateur à Creys-Malville (dénommée Superphénix), un décret autorisa la création de la société Nersa, constituée d'E.D.F. et de ses deux homologues allemand et italien, chargée de la construction et de l'exploitation de la centrale. A la société Novatome furent confiées les missions d'étude, de construction et de mise en service de la centrale ; celle-ci chargea la société Creusot-Loire d'une partie de la construction, laquelle fit appel à des sous-traitants, dont la société Wanner isofi isolation. A la suite de la liquidation judiciaire de Creusot-Loire, ce sous-traitant assigne directement la société Nersa en paiement des créances représentant les travaux réalisés par elle. La cour d'appel confirma le 11 mai 1988 le jugement du tribunal de commerce déclinant la compétence de la juridiction judiciaire au motif (insuffisant d'ailleurs) que le contrat initial passé par la société Nersa était un marché public. Le tribunal administratif de Paris saisi par la suite déclina également sa compétence et par un jugement du 24 mars 1992 renvoya l'affaire au Tribunal des conflits par application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849. Le problème de compétence était relatif à la nature du contrat passé entre la société Nersa et la

⁵⁹⁶ T.C 10 mai 1993 *Société Wanner isofi isolation et société Nersa*, p. 399.

⁵⁹⁷ Hormis notre note à la R.D.P., 1996, p. 1171 et s., voir la note de D. Delpirou aux C.J.E.G. 1994, p. 92 et s.

⁵⁹⁸ CF infra, 2ème partie, Titre 1, chapitre 1.

société Novatome, afin de déterminer à quel juge adresser la demande en paiement direct. Le problème ne consistait pas à déterminer la nature des travaux (publics sans aucun doute) mais la nature du contrat, présumé privé en raison de la nature également privée des parties.

Le commissaire du gouvernement Martin, examinant la situation de la société Nersa, estima à juste titre que l'on ne se trouvait dans aucune des exceptions classiques au contrat administratif et conclut donc au renvoi de l'affaire devant la juridiction judiciaire⁵⁹⁹.

Le Tribunal des conflits ne suivit pas son commissaire du gouvernement et déclara être en présence d'un marché de travaux publics à partir d'un faisceau d'indices : " Considérant que la constitution de la société Nersa a été autorisée par décret du 13 mai 1974, en application de la loi n° 72-1152 du 23 décembre 1972 prévoyant la création d'entreprises exerçant sur le sol national une activité d'intérêt européen en matière d'électricité et en conformité avec la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz ; qu'il résulte de l'article 2 de la loi du 23 décembre 1972 que toutes les centrales nucléaires issues des prototypes mentionnés à l'article premier ne pourront être exploitées que dans les conditions prévues par la loi du 8 avril 1946 ; que le personnel français de la société Nersa est soumis au même statut qu'E.D.F. ; que selon les dispositions même de la loi précitée, la moitié au moins du capital des sociétés mentionnées à l'article premier doit être détenue par E.D.F. et qu'il est constant que cette dernière possède 51 % des actions de la société Nersa ; qu'il ressort de l'ensemble des éléments que le marché passé par cette société a pour objet la construction d'un ouvrage public concourant à la réalisation des mêmes objectifs que ceux d'E.D.F. et que la société Nersa doit être regardée comme agissant pour le compte de cet établissement public ; que, dès lors, le marché litigieux est un marché de travaux publics ".

L'ensemble de ces éléments ne concourent certainement pas à définir l'action " pour le compte " d'une personne publique ou, pour le dire autrement, ne sont pas tous relatifs au critère organique du contrat administratif. La précision apportée *in fine* correspond ainsi très certainement au critère matériel puisqu'il est question d'objet du contrat, plus précisément de la construction d'un ouvrage public. L'originalité réside ici dans la communauté d'objectifs existant entre Nersa et E.D.F. Placée à la suite de l'objet du contrat (et en dernier, c'est-à-dire une fois que la " condition " organique est remplie), cette innovation répond probablement elle aussi à l'exigence matérielle de la définition du contrat administratif⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ C.J.E.G. 1994, p. 87.

⁶⁰⁰ Contra, les auteurs du droit des marchés publics (éd. du Moniteur, mise à jour 1996, 2. 210. 2., p. 4) pour qui " on ne saurait considérer que la " communauté d'objectifs " constitue dorénavant un indice de l'existence d'un mandat ". Ce n'était pourtant probablement pas cela qui était en cause.

Les autres indices entendent dès lors caractériser une action " pour le compte ", sans toutefois caractériser un mandat.

2/ L'absence d'un contrat de mandat

Cette affirmation revêt a priori l'habit de l'évidence. L'attitude du juge qui parfois consacre implicitement des mandats tacites contraint à une vigilance particulière, d'autant plus qu'un auteur a évoqué l'hypothèse d'un mandat⁶⁰¹.

Cette hypothèse paraît toutefois exclue car elle suppose en général le silence gardé de la part du juge. Or en l'espèce, il n'en est rien, le juge ayant évité tout laconisme.

Peut-être s'agit-il d'une reconnaissance expresse d'un mandat tacite ? Il est vrai que l'allusion à l'origine de la société (législative et décrétole), à son fonctionnement (fortement encadré par la loi du 8 avril 1946 pour ses activités et son personnel), à la propriété du capital (majoritairement public) rapproche ces indices de ceux parfois recherchés par le juge pour démontrer une absence d'autonomie du mandataire⁶⁰². Des différences demeurent toutefois. On sait en effet que le Conseil d'Etat ne se contente pas de ce seul aspect mais exige par exemple que l'intermédiaire ait agi " au nom et pour le compte " d'une personne publique (arrêt *Ville de Saintes* précité). D'ailleurs, l'absence d'autonomie résulte alors plus de circonstances de fait et ne vaut que pour une opération déterminée, non pour une société dans son fonctionnement même.

En outre, ces quelques éléments révèlent moins une absence d'autonomie (sans quoi c'est l'ensemble des entreprises publiques qui serait concerné) qu'une forte ressemblance avec un établissement public, et c'est cette ressemblance qui paraît avoir fondé la solution⁶⁰³. Enfin, les conclusions ne font à aucun moment référence à l'existence de rapports contractuels entre la société Nersa et E.D.F. pour le compte de qui elle agit⁶⁰⁴. Le juge lui-même a conclu à l'existence d'une action " pour le compte d'une personne publique " avec un tel souci de précision qu'il ne pouvait passer sous silence l'existence d'un contrat.

Les rares commentateurs ayant porté un jugement sur l'arrêt ne s'y sont pas trompés. Les auteurs du Droit des marchés publics écartent expressément l'éventualité d'un mandat⁶⁰⁵.

⁶⁰¹ J.-F. Lachaume, Les grands arrêts de la jurisprudence, Droit administratif, op. cit., p. 343.

⁶⁰² Cf par exemple l'arrêt du Conseil d'Etat *Ville de Saintes* du 15 octobre 1986, précité.

⁶⁰³ Cf infra 2ème partie, Titre 1, chap. 1er.

⁶⁰⁴ C'est, en dehors du mandat, la première fois que le Conseil d'Etat admet l'existence d'un contrat administratif passé entre deux personnes privées pour le compte d'une personne publique autre qu'une collectivité locale ou que l'Etat, en l'occurrence l'établissement public E.D.F.

⁶⁰⁵ Op. cit.

D. Delpirou avait lui aussi, avant eux, dénié à cette jurisprudence tout lien avec le mandat (comme avec les exceptions au critère organique du contrat administratif) avant d'évoquer cependant l'idée vague d'une " relation de représentation "⁶⁰⁶. Aucun aspect des effets de cette action " pour le compte " d'une personne publique n'étaye pourtant ce fondement.

⁶⁰⁶ Note préc., p. 94, qui parle des " indices de la loi du 23 décembre 1972 qui caractérisent, selon le tribunal, la relation de représentation entre Nersa et E.D.F. (...) Le législateur aurait voulu en quelque sorte faire de Nersa une émanation d'E.D.F.". Critiquant la solution, cet auteur estime que " Nersa agit en son nom et pour son propre compte tant dans les opérations qu'elle engage que dans les décisions qu'elle prend et les contrats qu'elle conclut ".

SECTION 2/ L'ABSENCE DES EFFETS REPRESENTATIFS DU MANDAT

Ici encore, les trois jurisprudences étudiées ne se présentent pas sous les mêmes auspices. La jurisprudence *Peyrot*, par son ancienneté et en raison des solutions de fond dégagées par le Conseil d'Etat apporte un lot conséquent de données quantitatives sur les effets que le juge attribue à l'action " pour le compte " (§1). Constituées d'une seule espèce, qui plus est émanant du Tribunal des conflits, les jurisprudences *Laurent* et *Nersa* n'offrent d'enseignements sur ce plan qu'au prix de quelques extrapolations et suppositions (§ 2). Les développements qui suivent permettront ainsi d'achever de convaincre du caractère inadéquat la thèse du mandat comme fondement de ces trois exceptions, tout en permettant parallèlement d'écarter celle de la représentation unilatérale.

§ 1/ Absence constatée d'effets représentatifs dans la jurisprudence *Peyrot*

Le Tribunal des conflits dans ses deux décisions de 1963 et 1984 n'a pas utilisé la possibilité qui lui est donnée de trancher le litige au fond. Le juge judiciaire n'est pas dans ce cadre et par définition d'un grand secours puisqu'il décline alors sa compétence. Restent les arrêts du Conseil d'Etat relatifs aux rapports du concessionnaire avec certaines personnes⁶⁰⁷. Ils n'autorisent toutefois qu'à constater une absence des effets représentatifs du mandat mais non a démontré un rejet effectif. Il y a là une nuance que l'étude des arrêts en question permet d'illustrer, à travers les régimes de passation d'exécution de leurs contrats.

A/ Passation des contrats du concessionnaire d'autoroute

⁶⁰⁷ Deux arrêts ont trait aux sociétés concessionnaires d'autoroutes mais dans leurs relations avec l'administration fiscale, sans aucun enseignement sur le lien avec la théorie du mandat : C.E. 20 novembre 1964 *Min. des finances c/ Soc. de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur*, p. 569 et C.E. 13 mai 1977 *Soc. " Cie financière et industrielle des autoroutes "*, p. 219. (qui qualifie au passage les missions des sociétés concessionnaires d'autoroutes de missions de service public). Seuls les contrats passés par le concessionnaire nous intéressent car l'action " pour le compte " d'une personne publique ne connaît pas d'effet en cascade : les contrats passés par le cocontractant du concessionnaire ne sont jamais passés pour le compte de l'Etat concédant (cf infra l'étendue de la jurisprudence *Peyrot*, 2ème partie, Titre 1, chap. 1er).

Si l'on pense avoir démontré que le mandataire est tenu de respecter les règles de passation des contrats auxquelles sont soumis les mandants, la solution inverse semble s'imposer s'agissant de la jurisprudence Peyrot, même si toute hésitation n'est pas levée.

1/ Le défaut antérieur d'indications jurisprudentielles

Jusqu'en 1989, les arrêts ou jugements des juridictions administratives ne permettaient pas d'avancer une quelconque hypothèse.

L'arrêt du 24 avril 1968⁶⁰⁸ était relatif à l'interprétation des stipulations d'un protocole, celui du 31 octobre 1973 à l'interprétation d'une clause d'un C.C.A.G.⁶⁰⁹ et un jugement du tribunal administratif de Marseille avait trait à un appel en garantie de l'entrepreneur par le concessionnaire à propos d'un dommage de travaux publics⁶¹⁰.

Le seul constat qui pouvait être fait consistait à remarquer que jamais le juge administratif n'avait soulevé d'office la nullité du contrat passé par le concessionnaire pour non respect des dispositions relatives à la passation des marchés publics, dispositions qui sont d'ordre public. Mais de cette absence, il ne pouvait être déduit quoique ce soit : elle pouvait résulter de ce que le concessionnaire n'était pas soumis au Code des marchés publics, ou au contraire, de ce que le concessionnaire avait respecté les règles de mise en concurrence parce qu'il était tenu de s'y conformer.

La doctrine, pas plus que les commissaires du gouvernement ne s'y intéressèrent. Même dans son étude sur la jurisprudence Peyrot, J-A. Mazères ne se pencha pas sur la question⁶¹¹. Quant à B. Genevoix, il s'interrogea sur l'applicabilité du Code des marchés publics mais uniquement à propos des contrats passés par un mandataire⁶¹².

Seuls les auteurs du Droit des marchés publics se sont prononcés dans le sens d'une inapplication du Code des marchés publics aux contrats passés par les concessionnaires d'autoroutes⁶¹³.

⁶⁰⁸ *Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc*, p. 255.

⁶⁰⁹ *Société des grands travaux de Marseille*, Rec. T. p. 1135.

⁶¹⁰ T.A. Marseille 29 mai 1979 *Tramier*, Rec. T. p. 913.

⁶¹¹ " Que reste-t-il de la jurisprudence Société " entreprise Peyrot " ? ", Mélanges Couzinet, op. cit.

⁶¹² Conclusions précitées, A.J.D.A. 1985, p. 158. On remarquera qu'au surplus, la question n'avait aucun intérêt pour la résolution du litige, ce qui tend à confirmer que les commissaires du gouvernement font souvent, dans leurs conclusions, oeuvre doctrinale.

⁶¹³ Op. cit.

S'il en va autrement parfois, c'est uniquement en raison de l'existence d'un texte réglementaire qui leur en impose ponctuellement le respect⁶¹⁴. L'arrêt *A.R.E.A.* semble confirmer l'inapplication de principe du C.M.P.

C'est précisément l'intervention d'un texte, de nature législative cette fois, qui fournit a contrario un argument en faveur de l'inapplication de principe du Code des marchés publics aux sociétés concessionnaires d'autoroute. Depuis la loi du 29 janvier 1993, les S.E.M., concessionnaires d'autoroutes ou non, sont soumises aux " principes " du Code lorsqu'elles passent des contrats de travaux, études ou maîtrise d'oeuvre pour l'exécution ou les besoins du service public " en leur nom ou pour le compte de personnes publiques "⁶¹⁵. Ainsi, les contrats passés pour le compte d'une personne publique comme dans le cadre d'une concession d'autoroute⁶¹⁶ ne sauraient être soumis de plein droit au C.M.P. puisque le législateur, voulant en cela certainement combler un vide, a décidé de les soumettre aux principes du Code. L'argument peut paraître léger. Pourtant, la loi n'a pas visé l'action " au nom et pour le compte " mais uniquement l'action " pour le compte " d'une personne publique.

2/ L'incertitude de l'arrêt *A.R.E.A.*

Cet arrêt de Section du 3 mars 1989 fait généralement l'objet de commentaires relatifs à la compétence du juge administratif (originale dans un contentieux contractuel entre deux personnes privées) et également à l'application des articles du Code civil relatifs à l'arbitrage⁶¹⁷.

La lecture des conclusions Guillaume éclaire la question de l'application ou plutôt de la non application du Code des marchés publics aux sociétés concessionnaires d'autoroutes.

Le commissaire du gouvernement déclare ainsi, à propos des intérêts des indemnités dues par le concessionnaire (*A.R.E.A.*) à l'entrepreneur (*I.S.A.*) : " le marché ne prévoit pas d'intérêt contractuel et le Code des marchés publics ne peut s'appliquer à titre subsidiaire puisqu'il ne concerne que les marchés passés par les personnes publiques ". Or, peu avant, le commissaire du gouvernement avait proposé l'application des dispositions de la loi du 17 avril 1906, concernant l'Etat et les collectivités locales, à leurs mandataires. Autrement dit, le mandataire privé, aux yeux du commissaire du gouvernement, doit être assimilé à une personne publique, contrairement aux sociétés d'autoroutes, bien que ces dernières agissent

⁶¹⁴ Voir l'article 6 du décret du 7 février 1992 approuvant une concession aux A.S.F. - J.O.R.F. 9 février, p. 2128.

⁶¹⁵ Article 48, J.O.R.F. 30 janvier, p. 1593.

⁶¹⁶ Dont on sait qu'elle confère une mission de service public - cf C.E. 13 mai 1977 précité.

⁶¹⁷ Voir références précitées.

pour le compte d'une personne publique. Il n'affirme rien d'autre en précisant que " si la société était simple mandataire, elle pourrait aller à l'arbitrage au nom de l'Etat, mais ce n'est pas le sens de la jurisprudence Peyrot "⁶¹⁸.

L'inconvénient, c'est que le Conseil d'Etat n'a pas suivi exactement son commissaire du gouvernement sur ce point.

Il tranche la question en se référant au C.C.A.G. applicable au marché en cause dont l'article 11-7 prévoit que l'entrepreneur a droit à des intérêts moratoires dans des conditions qui font courir le délai à partir du 24 janvier 1982. De plus même, il estime que le taux applicable est celui fixé " au premier alinéa de l'article 181 du code des marchés ", rejetant ainsi pleinement la proposition du commissaire du gouvernement⁶¹⁹.

Il ne faut pas cependant en conclure que le Conseil d'Etat aurait de la sorte consacré explicitement la thèse du mandat en raison de l'application qu'il aurait faite du Code des marchés publics à une personne privée agissant pour le compte d'une personne publique. A ce stade, rien ne permet d'infirmer que l'application du Code n'est pas le résultat d'un renvoi réglementaire ou même seulement contractuel. De la même manière qu'il a " découvert " l'applicabilité du C.C.A.G., il a pu estimer devoir faire application du Code en raison de telle ou telle disposition, sans qu'il soit besoin de préciser laquelle, à défaut vraisemblablement de contestation par les parties sur ce point.

On ne peut se prononcer de manière définitive à partir de la seule application du Code des marchés publics. Il semble simplement que le respect du Code ne soit pas imposé de manière systématique lorsque la personne privée agit pour le compte d'une personne publique, comme l'est un mandataire. Cette distinction, soulignée par M. Guillaume, a été reprise à son tour par J. Dufau, à propos cette fois des règles d'exécution des contrats des sociétés concessionnaires d'autoroutes⁶²⁰.

B/ L'exécution des contrats du concessionnaire d'autoroute

⁶¹⁸ P. 76.

⁶¹⁹ P. 71. M. Guillaume avait fixé le point de départ des intérêts au jour de sa demande (soit le 5 janvier 1982) et au taux légal (cf p. 80).

⁶²⁰ A.J.D.A. 1989, p. 392 et 393.

La prudence, ici encore, est de rigueur, pour pouvoir conclure à l'inexistence d'effets représentatifs. Les espèces jurisprudentielles n'offrent au mieux qu'un seul cas où, s'agissant du rejet du mandat, le doute est permis ; le plus souvent, les arrêts sont dépourvus de tout indice relatif au rejet ou à la consécration de la thèse du mandat.

1/ L'arrêt *A.R.E.A.* ou le doute sur le rejet de la thèse du mandat

L'arrêt *A.R.E.A.* aurait pu être là aussi l'occasion de rejeter définitivement et expressément la thèse du mandat dans la jurisprudence *Peyrot*. Le commissaire du gouvernement s'était interrogé sur l'applicabilité au cas d'espèce de l'article 2060 du Code civil qui dispose : " On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement sur toutes les matières qui intéressent l'ordre public ". M. Guillaume rappela que les auteurs du *Traité des contrats administratifs*, à la différence de G. Vedel⁶²¹, pensent que l'interdiction est personnelle aux personnes publiques, et non matérielle et ne concerne donc pas les contrats administratifs entre personnes privées. Et c'est à cette occasion qu'il estime que " la personne publique n'étant pas partie au contrat passé, elle ne saurait être considérée comme " intéressée " au sens de l'article 2060 du Code civil ".

J. Dufau distingue bien le mandataire d'une personne publique, qui est selon lui tenu de respecter l'interdiction de l'article 2060, du concessionnaire d'autoroute, qui n'a pas la qualité de mandataire puisque " dans l'arrêt du 8 juillet 1963, la suggestion du commissaire du gouvernement tendant à assimiler la société d'autoroute à un mandataire n'a pas été retenue "⁶²². Et après quelques hésitations concernant la condition relative à l'ordre public, le commissaire du gouvernement admet le principe de l'arbitrage, rejetant ainsi la thèse du mandat.

Il est amené par conséquent à se pencher ensuite sur la validité de la renonciation à tout recours impliquée par la présence d'une clause compromissoire⁶²³. L'article 2061 est quant à lui moins susceptible d'interprétations divergentes : " La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi ". Après avoir constaté l'absence de dispositions législatives

⁶²¹ L'ensemble formant aux yeux du commissaire du gouvernement " les bons auteurs ", ce qui paraît, en dépit d'une certaine indifférence connue des membres du Conseil d'Etat à l'égard de la doctrine, un peu réducteur.

⁶²² Op. cit., p. 392. Il englobe le mandat exprès comme le mandat tacite, non pas celui invoqué à propos de la jurisprudence *S.E.R.M.*, mais très justement celui de l'arrêt du 13 novembre 1987 *Syndicat pour la création et le fonctionnement de l'école des clos*, précité.

⁶²³ Qui ne doit pas être confondue avec la transaction ou le compromis - sur ces distinctions, voir les conclusions Guillaume p. 77.

en ce sens et après avoir refusé à un protocole survenu par la suite entre les parties la qualité de compromis, M. Guillaume conclut à l'annulation de la sentence.

Le Conseil d'Etat n'a pas repris expressément le raisonnement du commissaire du gouvernement dans son ensemble. Pour annuler la sentence, il s'est contenté d'annuler la clause compromissoire prévue à l'article 17 du C.C.A.P. sur la base de l'article 2061 du Code civil.

Il est impossible de déterminer la signification à donner à cette solution. De deux choses l'une en effet : ou bien le Conseil d'Etat a implicitement suivi son commissaire du gouvernement sur la première partie du raisonnement, c'est-à-dire qu'il a autorisé le recours à l'arbitrage pour une personne privée alors même qu'elle agit pour le compte d'une personne publique, rejetant ainsi la thèse du mandat qui supposait une solution inverse ; ou bien, devant deux moyens d'annulation possible (l'article 2060 et l'article 2061 c.civ.), il a choisi celui qui posait le moins de difficulté d'application, reportant à un éventuel litige futur la question de l'application de principe de l'arbitrage à un contrat administratif passé entre deux personnes privées⁶²⁴. Cette dernière solution étant loin d'être exclue, compte tenu du pragmatisme légendaire du Conseil d'Etat en matière contentieuse, on ne peut tirer d'enseignement de l'arrêt lui-même.

2/ Les hypothèses d'absence d'indication

Les quelques solutions de fond résiduelles dont nous disposons à propos de la jurisprudence Peyrot ne permettent pas de trancher de façon certaine la question. Tout au plus peut-on constater que le concédant n'apparaît jamais dans les litiges, contrairement à ce qui devrait arriver normalement avec un mandant.

L'arrêt du 24 avril 1968 précité⁶²⁵ relatif au tunnel sous le Mont-Blanc concerne l'interprétation d'une clause d'un protocole passé entre la société concessionnaire et l'entrepreneur tendant à régler un litige (par la voie amiable) relatif au paiement de certains travaux de construction. Or l'on sait qu'un mandataire-délégué de maîtrise d'ouvrage publique serait tout autant habilité à contester devant le juge l'application des clauses du contrat passé avec les entrepreneurs à condition que cette action s'inscrive dans le cadre de sa mission définie par les textes constitutifs ou par son contrat de mandat.

⁶²⁴ Litige d'autant peu probable que, comme le souligne M. Guillaume, ce contentieux reste de portée limitée.

⁶²⁵ P. 255.

Dans l'arrêt du 31 octobre 1973 *Société des grands travaux de Marseille précité*⁶²⁶, le Conseil d'Etat se borne là aussi à appliquer une clause du C.C.A.G. passé entre le concessionnaire et l'entrepreneur qui faisait supporter sur les épaules de ce dernier la réparation de tous dommages causés aux propriétés voisines sauf faute lourde du concédant. En l'espèce, le juge estime que cette faute n'est pas établie.

Un arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon en date du 19 novembre 1992 *Société des autoroutes du Sud de la France* était lui aussi relatif à l'application d'une clause d'un contrat passé par le concessionnaire avec une association syndicale autorisée à propos d'une " taxe " prélevée par cette dernière. La C.A.A., après avoir admis la compétence du juge administratif d'après une formule un peu rapide⁶²⁷, qualifie ladite " taxe " d'indemnité contractuelle et refuse de voir dans le transfert de terrain dans le domaine public de l'Etat un changement de circonstances, de nature à rendre caduque et inapplicable la convention.

On rappellera pour mémoire le jugement du T.A. de Marseille du 29 mai 1979 qui avait admis la compétence du juge administratif pour connaître d'une action en garantie dirigée par le concessionnaire contre l'entrepreneur à l'occasion d'un dommage de travaux publics⁶²⁸.

Dans toutes ces hypothèses, le juge n'a pas rejeté la thèse du mandat. Mais il y a là simplement une conséquence des espèces contentieuses : les circonstances n'ont jamais fourni l'occasion au juge de se prononcer. Il aurait fallu pour cela que le cocontractant invoque par exemple une stipulation de son contrat passé avec le concessionnaire à l'encontre du concédant ou que le tiers victime se retourne contre le concédant, ou encore que le concessionnaire appelle en garantie son concédant en cas de dommages de travaux publics. A défaut, le doute subsiste du point de vue des effets de l'action pour le compte d'une personne publique dans le cadre de la jurisprudence Peyrot, faute d'espèces jurisprudentielles suffisamment nombreuses et d'actions dirigées contre le concédant.

Bien que mieux lotie que les jurisprudences Laurent et Nersa sur ce plan, l'étude des solutions de fond de la jurisprudence Peyrot, tant du point de vue de la passation des contrats du concessionnaire que de leur exécution, ne permet pas d'affirmer que le juge a rejeté

⁶²⁶ Rec. T., p. 1135.

⁶²⁷ Req. 91LY00390 : " Considérant que les contrats passés par une société concessionnaire pour la construction d'une autoroute sont, nonobstant la qualité de personne morale de droit privé de ladite société concessionnaire, des contrats administratifs ".

⁶²⁸ *Tramier*, Rec.T. p. 913.

purement et simplement la thèse du mandat. Elle ne permet pas non plus toutefois d'affirmer l'inverse. Ni rejet, ni consécration, la jurisprudence Peyrot est marquée par une absence d'effets du mandat. Mais cette absence fait nécessairement présumer l'inexistence du mandat, dans la mesure où elle vient confirmer l'incompatibilité du critère utilisé et du mode de raisonnement avec la thèse du mandat.

Cette présomption se retrouve dans les jurisprudences *Laurent* et *Nersa*, en dépit d'espèces beaucoup moins nombreuses.

§ 2/ Absence supposée d'effets représentatifs dans les jurisprudences *Laurent* et *Nersa*

Du point de vue des effets contentieux, les jurisprudences *Laurent* et *Nersa* ont ceci de commun qu'en l'absence de données jurisprudentielles de fond, il n'est pas possible de procéder par constatation mais seulement par extrapolation. L'inexistence probable de contrat de mandat initial ne saurait suffire ici : non seulement elle n'est pas certaine, mais surtout elle laisserait pendante la question d'une éventuelle intervention de la personne privée agissant pour le compte d'une personne publique sur la base d'une représentation unilatérale. Cette hypothèse se doit donc d'être écartée afin d'étayer la démonstration qui sous-tend l'ensemble de cette première partie : il n'existe aucun lien entre les exceptions au critère organique et la notion de représentation.

La jurisprudence *Laurent* se distingue toutefois de la jurisprudence *Nersa* en ce que la doctrine spécialisée y voit une solution en tout point conforme à l'ensemble de la jurisprudence relative aux associations fictives, en sorte que c'est bien la personne publique qui devrait répondre du contrat passé pour son compte. Il y a là une affirmation qui ne semble pourtant pas correspondre au raisonnement opéré par le juge dans la décision *Laurent*. Plus simple en revanche, de ce point de vue, la jurisprudence *Nersa* sera plus succinctement évoquée. Quoiqu'il en soit, les deux jurisprudences se rejoignent dans un même rejet probable de tout effet représentatif.

A/ Absence probable des effets représentatifs dans la jurisprudence *Laurent*

L'équivoque naît ici de la présentation faite de la décision *Laurent* par la doctrine : la personne publique serait impliquée directement dans le litige contractuel né entre deux personnes privées, de sorte que l'on serait dans une situation de représentation. En réalité, cette interprétation unanime de la doctrine ne correspond en rien à la décision *Laurent* lue dans son ensemble.

1/ L'interprétation dominante : des effets identiques à ceux de la représentation

Selon la doctrine, le juge dégage des conséquences identiques à celles d'un mandat quant à l'imputabilité des actes et actions de l'association sur la tête de la personne publique, qu'il s'agisse de la décision *Laurent* ou des autres arrêts relatifs aux associations administratives.

Dans l'arrêt *Divier* précité du 11 mai 1987, " les demandes tendant à l'annulation de prétendues décisions verbales du président de l'association (...) doivent être regardées comme dirigées en réalité contre les décisions du maire de Paris ordonnant la mise en oeuvre de ces actions ". Malgré une formulation un peu particulière, le parallèle avec l'arrêt du Conseil d'Etat acceptant de connaître d'un recours en indemnité dirigé contre une personne publique mandante contre les effets dommageables d'une décision de son mandataire est assez saisissant⁶²⁹.

La ressemblance devient plus nette encore avec l'imputabilité des actions, y compris fautives, des associations sur la tête de la personne publique. Le domaine de la responsabilité favorise la confusion avec le mandat puisque le droit public, on le sait, admet assez facilement, à la différence du droit privé, que le mandant assume vis à vis des tiers la faute de son mandataire⁶³⁰.

Dés lors que l'association se voit reconnaître un caractère transparent, la faute de celle-ci suffit à entraîner la responsabilité de la personne publique qui la maîtrise, sans qu'il soit besoin de rechercher une faute de la personne publique. Tel est le cas des dommages subis au cours de compétitions organisées par l'Association du sport scolaire et universitaire, de l'accident subi par un enfant lors d'une colonie de vacances organisée par une association para municipale de la ville d'Arcueil⁶³¹.

⁶²⁹ Arrêt *Maurin* du Conseil d'Etat en date du 1971, précité.

⁶³⁰ Cf supra, Titre 1, chap. 2.

⁶³¹ C.E. Section 2 février 1979 *Min. de l'Agriculture c/ Gauthier*, p. 38 et C.E. 17 avril 1964 *Commune d'Arcueil*, p. 230.

Pour autant, même en adoptant l'interprétation selon laquelle la décision *Laurent* prolonge purement et simplement les arrêts sus décrits, la thèse du mandat ou de la représentation comme fondement est sujette à caution

La théorie du mandat suppose en principe un mandataire ayant non seulement une personnalité juridique distincte de celle du mandant mais aussi une volonté propre, qui parfois fait rejaillir cette personnalité là où l'on s'attendait à ne connaître que celle du mandant. Dès lors que l'intermédiaire commet une faute, il peut se voir réclamer d'en répondre devant les tiers. Si ceux-ci choisissent au contraire d'attaquer la mandant, il est en droit de se retourner contre son mandataire défaillant.

On ne trouve aucune éventualité de cet ordre dans la jurisprudence sur les associations fictives, en raison de l'impossibilité juridique où les personnes (collectivités publiques ou tiers victimes) se trouvent d'engager une telle action. L'association est toujours considérée comme transparente et on ne voit pas comment la personne publique pourrait se retourner contre elle, dans la mesure où le juge a pris le soin de noter l'absence totale d'autonomie. On ne voit pas non plus comment, dans ces conditions, le juge pourrait admettre la validité d'une action dirigée par un tiers contre l'association elle-même en cas de faute de cette dernière. Dans de tels cas, il paraît logique que les tiers n'ont pas le choix d'actionner indifféremment la personne publique ou l'association, contrairement à ce qui se passe avec le mandat public. L'effet relatif du mandat paraît ainsi exclu des hypothèses d'une association agissant pour le compte d'une personne publique.

Il est vrai que le droit privé admet que des mandats soient donnés à des personnes ne disposant pas de personnalité juridique, comme les mineurs ou les majeurs incapables. Dans ce cas, l'effet relatif du mandat ne jouera pas non plus et le mandat existe pourtant. Mais le Conseil d'Etat n'a jamais repris à son compte cette solution. Et la situation des associations transparentes est bien différente de celle d'une personne sans personnalité juridique puisque dans l'immense majorité des cas elles disposent d'une personnalité juridique⁶³². Il n'y aurait pas d'obstacle insurmontable, à la différence d'un incapable, pour leur reconnaître une responsabilité propre dans certaines circonstances.

2/ L'interprétation acceptable : l'absence d'implication de la personne publique

La thèse d'une imputabilité des effets du contrat passé par l'association transparente sur la tête de la personne publique repose sur une banale erreur d'analyse.

⁶³² A défaut, elles n'ont d'associations que le nom et sont en réalité des services de la collectivité publique elle-même.

J.M. Auby a fait remarquer que la ville était la véritable partie au contrat⁶³³. P. Delvolvé se rallie à cette opinion, affirmant que " les contrats que (l'association transparente) conclut engagent la collectivité⁶³⁴.

Or, la décision *Laurent*, communiquée *in extenso* par le bureau d'information du Conseil d'Etat affirme clairement l'inverse : " le recours formé par (M. Laurent) contre le comité des fêtes ressortit à la compétence de la juridiction administrative ". Le dispositif est encore plus clair : " il est déclaré que la juridiction de l'ordre administratif est compétente pour connaître du litige opposant M. Laurent au comité des fêtes de Saint-Rémy-de-Provence ". Il s'agissait pour ce manadier d'obtenir la garantie de la condamnation en réparation de l'accident subi par un tiers lors d'un lâcher de taureaux qu'il organisait. Les suites contentieuses ne peuvent malheureusement pas confirmer cette assertion⁶³⁵ mais la seule rédaction de la décision *Laurent* convainc du bien fondé de cette interprétation.

Dés lors, cette décision ne doit rien à l'idée de mandat ni même à celle de représentation. Il est fort probable que le juge ne fera découler aucun effet de représentation, le Tribunal des conflits s'étant borné à qualifier le contrat d'administratif. Le raisonnement mis en oeuvre renvoyant uniquement au caractère fictif de la personnalité privée condamne au demeurant la thèse de la représentation comme fondement de l'administrativité du contrat.

B/ Absence probable d'effets représentatifs dans la jurisprudence *Nersa*

Les réflexions avancées ici ne seront là aussi que suppositions dans la mesure où cette jurisprudence n'a pas eu de prolongements ni d'antécédents dans un domaine autre que contractuel et où, à notre connaissance, le juge n'a pas eu à se prononcer sur le fond. Et le ferait-il, dans le cadre de suites contentieuses de la décision *Nersa* après le renvoi aux juridictions administratives, qu'il n'apporterait aucune indication quant au rapport de cette jurisprudence avec le mandat : le litige est relatif à l'application de la loi du 31 décembre 1975 sur le paiement direct au sous-traitant par le maître de l'ouvrage (Titre 2) qui ne nécessite pas

⁶³³ Art. préc., R.D.P. 1988, p. 268.

⁶³⁴ " La transparence administrative ", in La transparence, colloque de Deauville des 19-20 juin 1993, R.J.Com., 1994, p. 25.

⁶³⁵ C.E. 8 avril 1987 *Laurent*, Req. 63482 : appel du jugement du tribunal administratif déclaré irrecevable.

de rechercher un lien de représentation entre les deux, ni d'établir que la personne privée - maître de l'ouvrage agissait comme mandataire d'une personne publique⁶³⁶.

Les critères utilisés, notamment la référence aux origines légales, peuvent éventuellement évoquer l'idée d'une représentation unilatérale, l'hypothèse d'un mandat ayant été écartée parce que l'existence d'un contrat initial paraît peu probable⁶³⁷. En réalité, ils n'entretiennent aucun rapport avec cette idée, en dépit de certaines ressemblances.

1/ L'hypothèse d'une représentation unilatérale

Il est certain qu'à la différence de la jurisprudence *Laurent*, des textes législatifs et réglementaires encadrent le fonctionnement de la société qui agit pour le compte d'E.D.F. La condition préalable pour que soit reconnue l'existence d'une représentation à fondement légal est donc remplie.

Pour le reste, la jurisprudence relative à la représentation unilatérale, pas plus que celle relative au mandat à fondement légal d'ailleurs⁶³⁸, n'exige pas que le représentant agisse " au nom et pour le compte " du représenté. Ce n'est pas tant l'arrêt *Brossette*⁶³⁹ que l'arrêt *Société des hauts fourneaux de la Gironde* qui est, à cet égard, très significatif⁶⁴⁰. Alors même que la personne privée était censée agir en son nom et pour son propre compte, le Conseil d'Etat estime que le décret lui avait confié une mission de représentation, tacitement en quelque sorte.

Dans l'ensemble de ces espèces, le texte à l'origine de la représentation qui confie généralement une mission ou un type de missions ponctuelles, n'empêche pas la personne représentante d'agir à d'autres titres. Il y a là une première différence avec le cas de la société Nersa.

2/ Des indices étrangers à la représentation unilatérale

⁶³⁶ D'une certaine manière, c'est la loi qui établit elle-même une sorte de mission de mandataire au profit de l'entrepreneur pour le compte du sous-traitant. Elle consacre également, un intéressant exemple d'uniformisation des règles des entreprises publiques avec celles qui touchent les personnes publiques (cf infra, 2ème partie, Titre 2, chap. 2).

⁶³⁷ Cf supra, section 1, § 2, B.

⁶³⁸ Il n'est besoin que de se souvenir par exemple du cas des constructions scolaires - voir supra, Titre 1, chap. 1er, section 2.

⁶³⁹ L'arrêt *Brossette* (C.E. 30 janvier 1931, p. 123) admettait qu'une personne privée avait agi " pour le compte " d'une personne publique en raison de l'intervention de l'Etat (de fait) dans une décision d'une société privée.

⁶⁴⁰ C.E. 11 juillet 1924, p. 673.

Les textes en cause ne se préoccupent, guère semble-t-il, des rapports entre E.D.F. et la société Nersa. Plus exactement, c'est le Tribunal des conflits qui ne s'en soucie que très peu puisque, on l'a vu, il s'attache surtout à démontrer la ressemblance " organique " de la société avec un établissement public. La différence avec la représentation unilatérale est très nette. Et même dans le cadre des associations syndicales de reconstruction et des sociétés coopératives de reconstruction (qui présente certaines ressemblances avec la représentation unilatérale), la loi a prévu d'autres possibilités d'intervention. Si elle régit le fonctionnement de ces établissements publics comme des sociétés coopératives, elle a également précisé les missions relevant du mandat.

Or, l'action " pour le compte " d'une personne publique semble ici consubstantielle à toute action de la société Nersa puisqu'elle est liée non à une mission déterminée (la communauté d'objectifs visant le critère matériel du contrat administratif) qui aurait pour objet le soin de confier la passation d'actes juridiques pour le compte d'une personne publique, mais au statut de la société. Le seul particularisme du fonctionnement d'une personne, quelle qu'elle soit, ne suffit pas à conférer à son action le label de la représentation.

A cet égard, la réflexion établie à propos de la jurisprudence Laurent par J-M. Auby peut être réemployée ici : le juge " n'avait pas considéré les rapports entre deux personnes, mais les caractères de l'une d'elles "⁶⁴¹.

De tous ces éléments, on peut déduire que le juge ne dégagerait aucun lien de représentation, qu'il soit contractuel ou unilatéral, entre la société Nersa et la personne publique pour le compte de laquelle elle agit, en l'occurrence E.D.F. Le juge, compte tenu de la similarité de la méthode, tirera-t-il les mêmes conséquences que pour les associations transparentes ? Le fait qu'il s'attache au caractère de la personne en cause, même si c'est pour montrer la ressemblance plus que la dépendance signifie qu'il procède plus à une attribution de compétence juridictionnelle qu'à une opération de transparence d'une société anonyme ou d'une personne privée assimilable à une association.

Le Tribunal des conflits n'incite ainsi très probablement pas le juge du fond à imputer les effets des actes de la société Nersa sur la tête de la personne publique mais uniquement à appliquer les règles de droit public à cette personne privée, autrement dit à tirer les conséquences de la compétence du juge administratif, à l'image de la jurisprudence *Peyrot* et de la jurisprudence *S.E.R.M.*

⁶⁴¹ J-M. Auby, article précité. D. Delpirou, dans sa note précitée aux C.J.E.G. 1994, avait lui aussi fait la remarque à propos de la jurisprudence Nersa, mais dans une toute autre perspective : il s'agissait non d'écarter l'idée de mandat mais plus généralement de contester la reconnaissance par le Tribunal des conflits d'une action " pour le compte " d'une personne publique.

Les trois exceptions au critère organique du contrat administratif qui viennent d'être abordées n'offrent que peu de prises à la théorie du mandat, et de manière plus générale à celle de la représentation. Certes, l'étude des effets contentieux de l'action " pour le compte " d'une personne publique n'a pas permis de démontrer irrémédiablement l'innocuité de cette thèse. Mais les indices, relevés par le juge pour reconnaître l'existence d'un contrat administratif entre deux personnes privées, paraissent par trop étrangers à ceux du mandat pour l'on puisse invoquer la notion sans la vider irrémédiablement de tout contenu précis. Le juge n'a jamais d'ailleurs fait référence, ni explicitement ni implicitement à cette idée, infirmant un peu plus la pertinence de son invocation.

Contrairement à ces trois exceptions, le Conseil d'Etat, dans la mise en oeuvre de la jurisprudence S.E.R.M., nourrit un rapport ambigu avec le mandat que les psychanalystes n'hésiteraient pas à qualifier d'" attraction-répulsion ". L'attitude évolutive, pour ne pas dire contradictoire, du Conseil d'Etat justifie une étude particulière de cette ambiguïté, favorisée qu'elle est, il est vrai, par des circonstances très similaires à celles du mandat public.

CHAPITRE DEUXIEME : EXCEPTION AU CRITERE ORGANIQUE ET QUASI MANDAT

La jurisprudence *S.E.R.M.* offre une intéressante contribution à l'étude des rapports entre mandat et contrats administratifs entre personnes privées. Intéressante car, ici plus qu'ailleurs, la doctrine se divise en deux camps aussi convaincus qu'équilibrés, empêchant de dégager une tendance majoritaire⁶⁴². Intéressante également en ce que cette division ne paraît pas s'être cantonnée à la sphère universitaire, parfois soupçonnée d'une coupable aisance à discuter les solutions les mieux établies, mais a trouvé avec certains arrêts du Conseil d'Etat une caution jurisprudentielle. Le juge administratif apparaît ainsi tiraillé entre le rejet de la théorie du mandat et l'assimilation pure et simple.

Totalement muet sur ce point à l'origine, il a, dans un premier temps, distingué nettement les deux situations. L'arrêt *Société d'aménagement de la région de Rouen* du 5 juillet 1976 refuse de reconnaître le caractère administratif d'un contrat passé par cette S.E.M. au motif " qu'il ne résulte pas de l'instruction que le marché (...) ait été passé par elle ni en qualité de mandataire de l'Etat ou d'une autre collectivité publique, ni pour le compte d'une de ces collectivités "⁶⁴³.

L'optique devient tout autre avec l'arrêt de Section du 27 novembre 1987 *Société provençale d'équipement*, confirmé trois ans plus tard⁶⁴⁴. La S.E.M., qui a passé avec une autre personne privée un contrat qualifié d'administratif sur la base des mêmes indices que dans l'arrêt *S.E.R.M.*, est considérée *in fine* avoir " agi comme mandataire du syndicat mixte d'aménagement d'Aubagne et de la ville d'Aubagne ".

Or, par un arrêt du 20 janvier 1992 *Ville de Talant*, le Conseil d'Etat déclare, à propos d'une S.E.M., agissant comme concessionnaire d'une Z.A.C. en application de l'ancien article L 78-1 du Code de l'urbanisme, qu'elle " avait la qualité de maître d'ouvrage à l'égard des entreprises chargées des travaux jusqu'au moment de la remise de ces ouvrages aux collectivités publiques ; que c'est elle qui a lancé l'appel d'offre et signé les marchés ; qu'ainsi, elle n'est pas fondée à soutenir que le tribunal administratif de Dijon (...) aurait dû la regarder comme un simple mandataire en premier lieu du syndicat intercommunal de Dijon-Talant puis

⁶⁴² F. Llorens distingue trois groupes : ceux qui se réfèrent au mandat tacite, ceux qui parlent d'un mandat édulcoré, et ceux qui rejettent la théorie du mandat (P.A. 5 avril 1985, n° 41, p. 13). Nous préférons ranger les deux premières tendances dans une seule et même catégorie.

⁶⁴³ Rec.T., p. 872. L'expression ne pouvait viser que l'hypothèse *S.E.R.M.* s'agissant de travaux d'aménagement urbain.

⁶⁴⁴ R.F.D.A. 1988, p. 395 ; C.E. 14 décembre 1990 *Société provençale d'équipement*, Req. 46. 796 (à propos des mêmes dommages mais avec des requérants différents).

du district de l'agglomération dijonnaise qui a succédé à ce syndicat, alors même qu'elle agissait pour le compte d'une personne publique ⁶⁴⁵. On le voit, le juge procède à nouveau à la distinction de l'action " pour le compte " et du mandat. Et il ne fait aucun doute que les circonstances sont identiques à celles de la jurisprudence *S.E.R.M.*, en dépit de l'absence de référence aux indices habituels : la quasi-totalité des arrêts qui s'inscrivent dans ce cadre sont relatifs à des concessions de Z.U.P. ou de Z.A.C., intervenues conformément à l'article 78-1 du Code de l'urbanisme (aujourd'hui art. R 321-1). Pour L. Richer, la rupture est consommée avec la jurisprudence *Société provençale d'équipement*⁶⁴⁶.

Mais l'attitude du Conseil d'Etat a évolué à nouveau puisqu'un arrêt du 21 mai 1995⁶⁴⁷ voit dans une S.E.M. agissant pour le compte d'une personne publique un " maître d'ouvrage délégué ", qualité assimilée constamment par le Conseil d'Etat depuis 1978 à celle de mandataire.

L'hésitation du juge se montre ici à la hauteur des divisions de la doctrine. La thèse du mandat s'appuie, il est vrai, sur des ressemblances frappantes entre la situation d'un mandataire et celle d'une personne agissant pour le compte d'une personne publique (Section 1). Des différences existent pourtant, qui rendent la théorie du mandat, quoique commode, impropre à fonder la jurisprudence S.E.R.M. (Section 2).

⁶⁴⁵ Req. 46. 624.

⁶⁴⁶ " Le contrat administratif de mandat " art. préc., p. 48 et s. La Cour de cassation semble avoir toujours distingué les deux : voir par exemple, Civ. 1ère 2 juin 1993, Req. 90-21.966 : " A supposer que la Société provençale d'équipement ait agi comme mandataire ou pour le compte d'une personne publique,... ".

⁶⁴⁷ S.C.R.E.G., Req. 121.167.

SECTION 1: UNE APPARENTE APTITUDE DU MANDAT A FONDER LA JURISPRUDENCE S.E.R.M.

La doctrine a très tôt souligné les ressemblances de la situation des personnes privées de la jurisprudence *S.E.R.M.* avec celle d'un mandat (§ 1). Par la suite, c'est le juge qui en a tiré, dans trois espèces, des conséquences conformes à la théorie du mandat (§ 2).

§ 1/ Une situation précontentieuse ressemblant à un mandat

Un certain nombre de commentateurs de la jurisprudence *S.E.R.M.* - *Commune d'Agde*, s'appuyant sur les conclusions du commissaire du gouvernement et sur les indices dégagés par le juge, ont conclu à l'existence d'un rapport de mandat en raison de l'absence d'autonomie de la S.E.M., qui serait conforme à celle de tout mandataire. En outre, la situation de cette personne intermédiaire⁶⁴⁸ peut être comparée à celle d'un maître d'ouvrage délégué, que le Conseil d'Etat qualifie dorénavant de mandataire.

A/ Similitude des indices révélant une absence d'autonomie

Dans certains arrêts, dont la décision *S.E.R.M.* elle-même, le juge s'attache, entre autres éléments, aux circonstances révélant la mainmise de la collectivité publique sur l'opération objet du contrat passé par la S.E.M. Dans une décision même, ces indices suffisent à eux seuls pour caractériser le critère organique du contrat administratif.

1/ Le recours fréquent aux indices révélateurs d'une absence d'autonomie

⁶⁴⁸ On utilisera indifféremment l'expression de personne privée intermédiaire ou de S.E.M. puisque cette jurisprudence n'a concerné jusqu'à présent que ces personnes.

Dans l'arrêt *S.E.R.M.* du 30 mai 1975⁶⁴⁹, la Section du contentieux utilise la méthode du faisceau d'indices pour conclure que la S.E.M. d'aménagement a conclu le contrat avec l'entreprise Roussel " pour le compte " d'une personne publique. Le Conseil retient que :

- le marché litigieux " avait pour objet exclusif la construction de voies publiques selon un cahier des prescriptions spéciales dressé, vérifié et présenté par le service des ponts et chaussées et sous la direction de l'ingénieur en chef de ces services " ;

- la S.E.R.M. recevait notamment à cet effet " les subventions attribuées aux collectivités locales pour la construction de voies publiques " ;

- la S.E.R.M. " devait remettre aux collectivités publiques les voies et ouvrages construits dès leur achèvement ou au plus tard à la réception définitive de chaque ouvrage " ;

- les collectivités publiques étaient " substituées de plein droit pour toute action en responsabilité découlant de l'application des articles 1792 et 2270 du Code civil " (garantie décennale) d'après les termes du contrat passé entre la S.E.M. et les collectivités publiques.

L'absence d'autonomie de la S.E.M. résulte incontestablement des premiers indices relevés (hormis l'objet " exclusif " qui vise le critère matériel du contrat) : en dépit de la qualité de concessionnaire, attribuée par le contrat, les collectivités publiques gardaient sur l'opération des prérogatives qui allaient bien au delà du pouvoir de contrôle traditionnellement dévolu au concédant. Le Conseil d'Etat l'affirme clairement, lorsqu'il constate que la construction était réalisée " sous la direction de l'ingénieur en chef des ponts et chaussées ". Les autres indices, s'ils n'étaient pas le constat d'une absence d'autonomie de la S.E.M., ne sont pas dénués de tout lien avec la théorie du mandat⁶⁵⁰.

En tout état de cause, l'ensemble de ces indices paraît novateur au regard de la jurisprudence *Peyrot*. Il n'est à aucun moment question de travaux appartenant " par nature " à l'Etat, malgré l'objet des contrats, qui était relatif à la construction de voies publiques. Le commissaire du gouvernement J-F. Thèry, après avoir envisagé une application pure et simple de la jurisprudence *Peyrot*, l'écarta en raison d'un arrêt récent du Conseil d'Etat qui avait refusé une telle extension de cette jurisprudence en matière d'aménagement urbain, certainement à raison car il ne s'agissait pas en l'occurrence de la voirie nationale⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ D-S 1976, jurisprudence, p. 4, note F. Moderne.

⁶⁵⁰ Cf infra B.

⁶⁵¹ Cité par MM. Franc et Boyon, A.J.D.A. 1975, p. 345 ; l'arrêt en question est celui du Conseil d'Etat en date du 5 mai 1972 *Société d'équipement du département de l'Indre*, p. 341.

L'extension de la jurisprudence *S.E.R.M.* à propos de travaux étrangers à la construction de voies publiques confirma qu'il n'y avait pas de lien direct avec la jurisprudence *Peyrot*⁶⁵².

L'arrêt *Société d'équipement d'Auvergne* du 11 juin 1975 reprend presque à l'identique les indices de l'arrêt *S.E.R.M.* L'absence d'autonomie résulte de ce que le cahier des prescriptions spéciales était " dressé, vérifié, et présenté par les services techniques de la commune ", sous la " direction " de l'ingénieur en chef de ces services⁶⁵³.

L'arrêt *Société française de travaux publics Fougerolles* du 29 mars 1985 permet au Conseil d'Etat de relever, entre autres indices, que " le cahier des prescriptions spéciales était dressé par le directeur départemental de l'équipement " ⁶⁵⁴.

Dans l'arrêt *Société d'équipement du département de la Gironde* du 1er mars 1989, l'action " pour le compte " de la commune résulte notamment de ce que le cahier des charges annexé au contrat de concession " prévoyait le contrôle technique de la ville sur l'exécution des travaux ", ce qui dévoile moins une absence d'autonomie qu'une autonomie relative⁶⁵⁵.

Le juge judiciaire ne fut pas en reste dans cette entreprise de renouveau des exceptions au critère organique du contrat administratif. La cour d'appel de Bordeaux s'inspira ainsi de la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits pour décliner sa compétence au terme d'un raisonnement qui n'est pas dénué d'originalité⁶⁵⁶. Comme le juge administratif suprême, la cour s'appuie sur la remise des ouvrages dès l'achèvement, la subrogation de la collectivité publique pour la garantie décennale, l'attribution de subventions destinées habituellement aux collectivités publiques pour de tels travaux ainsi que le droit reconnu à la ville d'" exercer un contrôle permanent sur l'activité de la S.A.U.N.A.B. ", caractérisant une certaine maîtrise de la ville sur l'opération⁶⁵⁷. Mais le juge ne s'en tient pas à cela et pour justifier sa démarche, il invoque ses propres sources : " Considérant toutefois que le Tribunal des conflits en sa décision du 7 juillet 1975 et le Conseil d'Etat par arrêt du 30 mai 1975 (*S.E.R.M.*) et divers autres du 25 juin 1975, faisant, semble-t-il, appel à la notion de mandat tacite, ont estimé qu'un marché passé par une S.E.M. non pour son propre compte mais pour le compte d'une collectivité publique, a le caractère d'un marché de travaux publics

⁶⁵² C.E. 11 juin 1975 *Société d'équipement d'Auvergne* (Rec.T. p. 1730) qui ne concernait pas uniquement des travaux de voirie ; voir également T.C. 7 juillet 1975 *Commune d'Agde*, p. 797.

⁶⁵³ Rec. T. p. 1730. Le juge s'attache en outre ici à une stipulation d'un contrat annexe qui précisait que la S.E.M. agissait " pour le compte " de l'Administration des postes et télécommunications.

⁶⁵⁴ D.A. 85, n° 230.

⁶⁵⁵ P.A. 13 mai 1990, n° 62, p. 13, note F. Moderne.

⁶⁵⁶ 1ère chambre 11 mars 1976 *Perrier c/ S.A.U.N.A.B.*, JCP 1976 II, n° 18513, note J. Leneveu.

⁶⁵⁷ Pour le juge judiciaire, ce dernier aspect ne suffit pas à lui seul - cf Civ. 1ère 1er octobre 1985, B.C. I, n° 242, p. 217.

ressortissant à la compétence de la juridiction administrative ; que cette nouvelle position a reçu l'approbation de la doctrine (...) ". Il est déjà peu banal qu'un juge français cite l'origine jurisprudentielle d'une règle de droit, fut-elle de répartition des compétences. Il l'est encore moins que ce même juge voit dans l'approbation de la doctrine la caution nécessaire pour l'application de cette règle. La doctrine paraît ainsi élevée au rang de source directe de droit, ce qui assurément ne déplairait pas, on s'en doute, à une majorité d'auteurs. Au delà de l'anecdote, cet arrêt illustre le recours par le juge judiciaire aux indices dévoilant une autonomie relative de la personne privée agissant pour le compte d'une personne publique.

Dans une espèce particulière, le Tribunal des conflits est même allé jusqu'à se fonder uniquement sur ces indices pour pallier l'absence de personne publique au contrat.

2/ Le recours exclusif aux indices révélateur d'une absence d'autonomie

Dans sa décision *Vernoux* du 12 novembre 1984, le Tribunal des conflits relève un faisceau particulier d'indices. L'" acte d'engagement " passé entre la commune et une société concessionnaire des ouvrages de distribution d'eau de la commune prévoyait que cette société prenait en charge " la fourniture et la pose de canalisation de desserte du réseau d'irrigation de ladite commune demeurée maître des ouvrages ". Les entrepreneurs étaient " choisis après appel à concurrence par une commission comprenant le maire de la commune et l'ingénieur en chef du génie rural des eaux et forêts, ces travaux devant être exécutés sous le contrôle de celui-ci et leur réception prononcée par le Maire ".

En conséquence, la société a agi, non pour son propre compte en sa qualité de concessionnaire des ouvrages de distribution d'eau, mais pour le compte de la commune ⁶⁵⁸.

Chaque élément relevé par le juge démontre la mainmise de la commune sur l'opération. Du simple contrôle du concessionnaire, le " concédant " passe ici à une véritable direction des travaux dont l'aboutissement semble être la réception des travaux réalisée par le maire lui-même. Il est difficile de déterminer en revanche si le maintien de la maîtrise de l'ouvrage à la commune est une conséquence de l'action pour le compte de la personne publique ou une cause supplémentaire. En tout état de cause, il s'agit d'une différence avec la jurisprudence *S.E.R.M.*, tout comme celle qui voit le maire prononcer la réception des travaux.

⁶⁵⁸ Rec.T., p. 666. On aura remarqué qu'une fois de plus, le juge distingue le concessionnaire de la personne publique qui agit pour le compte d'une personne publique, ou plus exactement distingue les deux fonctions (qui peuvent être exercées par une même personne). La Cour de cassation n'est pas en reste, qui évoque à l'inverse le cas d'une société ayant agi " en sa qualité de concessionnaire et non pour le compte de la ville de Nancy " - Civ. 1^{ère} 22 juin 1981, B.C. I, n° 284.

D'un certain côté pourtant, cette décision *Vernoux* prolonge la jurisprudence *S.E.R.M.* par la référence à l'absence d'autonomie. Du moins est-ce là le sentiment des rares commentaires à son sujet⁶⁵⁹. Le commissaire du gouvernement M.-A. Latournerie estime en conséquence que la commune concédante n'était en fait pas un tiers par rapport aux marchés passés par le concessionnaires⁶⁶⁰. Cet aspect rapproche alors l'arrêt *Vernoux* du mandat. La maîtrise d'ouvrage, conservée de fait par la personne publique, pouvait éventuellement permettre de qualifier la personne privée de maître d'ouvrage déléguée - mandataire⁶⁶¹. Mais il manque les autres indices généralement exigés par le juge, comme une action " au nom et pour le compte " d'une personne publique. Peut-être s'agit-il d'une hypothèse particulière, constitutive d'une exception au critère organique du contrat administratif d'un cinquième type.

Les autres décisions prises dans le cadre de la jurisprudence *S.E.R.M.* se rapprochent plus encore de la délégation de maîtrise d'ouvrage publique.

B/ Une situation de fait dissemblable d'une concession classique et assimilable a priori à une délégation de maîtrise d'ouvrage publique

A s'en tenir aux indices révélateurs d'une absence d'autonomie de l'intermédiaire, la thèse du mandat se déliterait à partir du simple constat de ce que bon nombre d'arrêts de la jurisprudence *S.E.R.M.* ne s'y réfèrent pas, à commencer par la décision du Tribunal des conflits *Commune d'Agde*. La thèse du mandat va naître ainsi d'autres considérations, exposées en grande partie par les commissaire du gouvernement Thèry et Tunc dans leurs conclusions sous les arrêts *S.E.R.M.* et *Commune d'Agde*, relayés par une partie de la doctrine. Cette théorie s'appuie sur une certaine dissemblance du contrat originel passé entre la personne publique et la personne privée avec la concession mais surtout sur une ressemblance avec le mandat, et plus particulièrement avec le mandat de délégation de maîtrise d'ouvrage publique.

⁶⁵⁹ En ce sens, J. Dufau, *Droit des travaux publics*, t. 1, éd. du moniteur, 1988, p. 137, n° 209.

⁶⁶⁰ Dans ses conclusions sur C.E. Sect. 22 mars 1985 *Min. de l'Urbanisme et du Logement c/ Soc. des autoroutes du sud de la France*, A.J.D.A. 1985, p. 372.

⁶⁶¹ En outre, il existe une certaine ressemblance avec l'arrêt *Brossette* précité qui s'attache également aux circonstances de fait pour conclure à l'administrativité du contrat. Même s'il s'agit vraisemblablement d'un cas de représentation unilatérale, cela n'ôte rien à la pertinence de la comparaison.

1/ Le rejet de la théorie de la concession classique

La dissemblance du contrat de concession et du contrat originel de la jurisprudence *S.E.R.M.* constitue une première ressemblance avec la théorie du mandat. Il a été vu en effet que l'on ne pouvait assimiler purement et simplement les deux contrats⁶⁶². Encore faut-il le démontrer arguments à l'appui, puisque ici l'unanimité ne s'est toujours pas réalisée au sein de la doctrine.

Il ne fait pas de doute qu'en dépit des termes de la convention, on ne se trouve pas en face d'une concession classique⁶⁶³. A cet égard, la critique adressée à la théorie du mandat aux motifs que les indices relevés par le juge ne sont pas étrangers au droit des concessions est injustifiée⁶⁶⁴. S'il est exact que l'existence de subventions n'est pas incompatible avec la concession classique, si la référence à un cahier des charges dressé et vérifié par un service des ponts et chaussées ne suffit pas à conférer une nature administrative au contrat⁶⁶⁵, si la subrogation de la personne publique pour l'action en garantie décennale peut résulter de la propriété (publique) de l'ouvrage, la remise des ouvrages à la personne publique dès leur achèvement rompt trop nettement avec la notion classique de concession pour que celle-ci puisse encore être invoquée sans être profondément dénaturée.

S'agissant de cet élément, les auteurs cités relèvent pourtant que dans le droit des concessions, la plupart des ouvrages sont considérés comme propriété de la personne publique *ab initio*, dès leur construction, ce que d'ailleurs nul ne conteste.

Mais ici, il n'est pas question de " propriété " de l'ouvrage mais de sa " remise ". Le terme, sans doute un peu indéterminé du point de vue juridique, pouvait laisser croire à un synonyme de la propriété. Cette explication ne tient plus aujourd'hui puisque le Conseil d'Etat a précisé ce qu'il fallait entendre par " remise de l'ouvrage " : il s'agit de la remise de " l'usage " de l'ouvrage et non nécessairement de sa propriété⁶⁶⁶.

Comment dès lors, qualifier de concessionnaire d'ouvrage public, une personne publique qui, semble-t-il n'exploite pas cet ouvrage puisqu'elle n'a en pas l'usage ? La question se reposera avec acuité à propos précisément des concessions d'aménagement avec la mise en place de règles spécifiques pour l'attribution des délégations de service public. Ces contrats

⁶⁶² Cf infra Titre 1, chapitre 2.

⁶⁶³ On sait le peu de cas que le juge réserve aux qualifications des parties. La jurisprudence *S.E.R.M.* en est une nouvelle illustration puisque le Conseil d'Etat estime que la personne privée " n'a pas agi en qualité de concessionnaire pour son propre compte mais pour le compte d'une personne publique ".

⁶⁶⁴ M. Waline, R.D.P. 1977, p. 500 : " contrairement à ce que dit l'arrêt, en contractant avec un entrepreneur, la société ne s'est pas comportée autrement que comme n'importe quel autre concessionnaire " ; dans le même sens, Chr. Bettinger, note sous T.C. 7 juillet 1975, D-S 1977, p. 10.

⁶⁶⁵ C.E. 20 décembre 1961 *Société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur*, p. 724.

⁶⁶⁶ C.E. 18 décembre 1985 *S.E.M. d'exploitation et de construction du marché d'intérêt national de Marseille*, D.A. 1986 n° 88.

peuvent-ils rentrer dans la définition de la notion de délégation de service public introduite par la loi du 29 janvier 1993 ? La question a été âprement débattue ⁶⁶⁷ avant que le législateur ne l'élide en excluant expressément ces conventions du champ d'application de la loi ⁶⁶⁸. Mais s'agissant de la concession classique, la redevance sur l'utilisateur semble, parmi d'autres, un critère incontournable, de sorte que le juge semble fondé à distinguer l'action " pour le compte " d'une personne publique de la concession ⁶⁶⁹. En réalité, il sera vu que le contrat initial, s'il se distingue effectivement de la concession classique, revêt tous les caractères de la concession d'aménagement. A ce stade, on se bornera à relever que l'on pouvait légitimement rejeter la thèse de la concession classique comme étant le contrat à l'origine de l'action pour le compte d'une personne publique, d'autant plus que la situation qui en résultait ressemblait fort à celle d'un maître d'ouvrage délégué.

2/ La ressemblance avec le mandat de délégation de maîtrise d'ouvrage publique

Le commissaire du gouvernement Théry a, dans ses conclusions sur l'arrêt *S.E.R.M.* et de manière non équivoque, basé la compétence administrative sur la théorie du mandat : " les traités de concession peuvent parfaitement mettre à la charge des concessionnaires des obligations telles, en ce qui concerne la réalisation des ouvrages, la surveillance technique des travaux, les conditions de leur réception et de leur remise à l'autorité concédante, ainsi d'ailleurs que leur modalité de financement, que le concessionnaire ne supporte finalement aucun risque ni aucune responsabilité (...). Le concessionnaire est, en quelque sorte, transparent et ne s'interpose que par commodité entre la collectivité publique et l'entreprise titulaire du marché, ce qui est très précisément la position du mandataire " ⁶⁷⁰. MM. Franc et Boyon voient dans ces conclusions un lien évident avec l'arrêt lui-même ⁶⁷¹. Pour justifier le fait que le Conseil d'Etat n'évoque à aucun moment la notion de mandat, ils constatent que la convention initiale n'a jamais non plus visé expressément ce type de contrat. Mais " tout se passe comme si une partie de la concession d'aménagement obéissait à d'autres règles juridiques inspirées de la théorie du mandat ". On serait dans ce cadre en présence d'un

⁶⁶⁷ Sur le débat, voir notamment le dossier spécial sur les délégations de service public paru à l'A.J.D.A. de septembre 1996.

⁶⁶⁸ Loi du 9 février 1994, art. 5, J.O.R.F. 10 février, p. 2271 (nouvel art. L 300-4 C. urb.). . Pour Chr. Maugué, cette intervention ne change rien au fait qu'elles sont bel et bien des délégations de service public (A.J.D.A. 1996, p. 602). Contra, Ph. Terneyre, *ibid.* p. 594.

⁶⁶⁹ Ph. Terneyre fait remarquer que la loi du 29 janvier 1993 semble également en faire un critère de la délégation de service public dans la mesure où la convention doit prévoir les tarifs destinés aux usagers (*ibid.*).

⁶⁷⁰ Cité par MM. Franc et Boyon, A.J.D.A. 1975, p. 346 et 347.

⁶⁷¹ *Ibid.* : " la Section du contentieux a dans une large mesure suivi cette analyse ".

" mandat implicite ". F. Moderne s'aligne aussi sur cette position en se référant à l'idée plus classique de " mandat tacite ", sans expliquer précisément en quoi elle consiste⁶⁷².

Les conclusions Tunc sur la décision *Commune d'Agde*, malgré une certaine nuance, penchent également en ce sens. " En définitive, on se trouve en présence d'une situation juridique qui ne se prête à aucune analyse classique, mais qui est si proche de celle qui résulterait d'un mandat... que l'on devrait beaucoup hésiter avant d'en déduire des conséquences différentes ". F. Moderne, malgré le silence persistant du juge, n'hésita pas et conclût à la consécration de la théorie du mandat par le Tribunal des conflits.

Pourtant, les arguments les plus convaincants n'étaient pas à rechercher dans les conclusions, dont il est souvent difficile de savoir si elles ont été pleinement suivies, mais plutôt dans les circonstances relevées par le juge, somme toute très semblables à celles d'une délégation de maîtrise d'ouvrage publique.

Cet aspect de la jurisprudence S.E.R.M. n'a, semble-t-il, jamais été souligné. En confiant la construction d'ouvrages publics qui lui reviennent dès leur achèvement, la personne publique ne fait rien d'autre que déléguer la maîtrise d'ouvrage à une personne privée pour un temps donné. La seule différence avec la délégation de maîtrise d'ouvrage publique réside dans le mode de rémunération de l'intermédiaire. Constitué habituellement par un prix, il revêt ici une forme particulière puisque le " concessionnaire " finance essentiellement les ouvrages par le profit qu'il escompte tirer de la vente ou de la location des terrains autres que ceux qui sont l'assise des ouvrages publics⁶⁷³.

Pour le reste, les deux situations sont identiques : après remise des ouvrages fixée en général à la date de réception provisoire ou au plus tard à la réception définitive des travaux, la collectivité est substituée de plein droit à la société pour toute action en responsabilité décennale des constructeurs. S'il en va différemment, ce n'est que lorsque le cahier des charges prévoit que la remise des ouvrages est subordonnée à l'acceptation de la collectivité, à défaut de laquelle seule la société est fondée à la mettre en oeuvre, même après la réception définitive⁶⁷⁴.

Le Conseil d'Etat a même pris le soin, à cette occasion, de qualifier la S.E.M. agissant pour le compte d'une personne publique dans le cadre d'une concession d'aménagement, de

⁶⁷² JCP 1975 II, n° 18171.

⁶⁷³ Cf le C.C.A.G. des concessions de Z.U.P. ou encore celui de la Z.A.C. de Cantoperdrix qui a donné lieu à l'arrêt du 29 janvier 1993 *S.E.M.A.V.I.M.* (p. 20, A.J.D.A. 1993, p. 301) et que le service juridique de la ville de Martigues a eu l'amabilité de nous communiquer.

⁶⁷⁴ C.A.A. Bordeaux 16 octobre 1990 *S.C.R.E.G.*,Req. 89BX00157, confirmé par C.E. 31 mai 1995 *S.C.R.E.G.*,Req. 121.767.

" maître d'ouvrage délégué "⁶⁷⁵. Le commissaire du gouvernement Fornacciari avant lui, avait déjà qualifié les circonstances de la jurisprudence d'" identiques " à celles de l'arrêt *Ringuez* relatif à une délégation de maîtrise d'ouvrage publique⁶⁷⁶.

Or l'on sait que depuis 1978, le Conseil d'Etat a assimilé à plusieurs reprises le maître d'ouvrage délégué à un " mandataire ", et en a même tiré des conséquences juridiques conformes à la théorie du mandat⁶⁷⁷. La thèse du mandat comme fondement de la jurisprudence S.E.R.M., est confortée, sans même que l'on ait analysé encore les effets contentieux de l'action " pour le compte " d'une personne publique.

D'une certaine manière, le législateur lui-même a consacré la ressemblance entre la délégation de maîtrise d'ouvrage publique et le mandat. La loi du 12 juillet 1985 a, en effet, soumis la plupart des délégations de maîtrise d'ouvrage à certaines conditions dont la principale est de conclure un mandat⁶⁷⁸. Après avoir hésité avec le contrat d'entreprise, il est paru au législateur plus conforme à la réalité des missions (qui consiste essentiellement en l'accomplissement d'actes juridiques) ainsi qu'à l'objet de la loi (éviter une déresponsabilisation des maîtres d'ouvrage publics) de recourir à la notion de mandat. De ce fait, il n'est pas impossible que la loi M.O.P. soit venue mettre un coup d'arrêt à la quasi totalité des contrats de " concession " du type de ceux de la jurisprudence S.E.R.M. ⁶⁷⁹

En effet, la définition du maître d'ouvrage semble avoir évolué de telle sorte que les personnes publiques ne peuvent normalement passer de " contrats S.E.R.M. ", du moins pour certains travaux. Le Conseil d'Etat a modifié, comme il a été vu, cette définition donnée (succinctement il est vrai) à l'article de la loi du 12 juillet 1985 : de la " personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit ", le juge est passé à la personne morale " pour le compte " de laquelle l'ouvrage est construit. Et il a estimé, dans l'arrêt *S.O.F.A.P. Marignan immobilier* de 1994 précité⁶⁸⁰, qu'un ouvrage qui n'est pas réalisé sous la direction technique d'une personne publique et qui ne devient sa propriété qu'au terme d'un bail ne peut être regardé comme construit " pour le compte " d'une collectivité publique. A contrario, on peut en déduire que les ouvrages construits dans le cadre des " contrats S.E.R.M. " le sont pour le compte d'une personne publique, au sens de la loi du 12 juillet 1985. Ce qui pouvait être supposé

⁶⁷⁵ Ibid.

⁶⁷⁶ Conclusions sur C.E. Sect. 27 novembre 1987 *S.P.E.*, R.F.D.A. 1988, p. 389.

⁶⁷⁷ Cf supra Titre 1, chap. 1.

⁶⁷⁸ Cf supra Titre 1, chap. 1er, Section 2.

⁶⁷⁹ Le champ d'application *rationae materiae* de la loi M.O.P. ne comprend pas " les ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation. " et les " ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une zone d'aménagement concerté ou d'un lotissement au sens du Titre 1er du livre III du Code de l'urbanisme ".

⁶⁸⁰ D-S 1994, p. 536, note M. Lombard ; R.D.F.A. 1994, p. 510, concl. J. Arrhigi de Casanova ; C.J.E.G. p. 569, étude E. Fatôme et Ph. Terneyre.

auparavant est aujourd'hui implicitement consacré par le Conseil d'Etat, dans la mesure où il qualifie de maître d'ouvrage délégué une S.E.M. intermédiaire⁶⁸¹.

La thèse du mandat n'en est pas resté au stade des proclamations de principe puisque le juge en déduit parfois des conséquences contentieuses similaires à celles du mandat.

§ 2/ Des conséquences contentieuses similaires à celles du mandat

Il était peu probable que la qualification de mandat relevât d'un simple souci pédagogique. Dans trois espèces, le Conseil d'Etat a attribué au rapport contractuel né entre la personne privée et la personne publique pour le compte de laquelle elle agit, des effets identiques à ceux du mandat : d'une part, en refusant au cocontractant de la personne privée le droit d'invoquer à son encontre une clause du contrat passé par elle ; d'autre part, en autorisant à l'inverse la personne publique à invoquer les clauses du contrat passé par son mandataire à l'encontre du cocontractant.

A/ L'absence d'invocabilité du contrat à l'égard du " mandataire "

L'arrêt *Société provençale d'équipement* (S.P.E.) du 27 novembre 1987 offre un exemple probant de l'existence d'effets représentatifs du mandat dans le cadre de la jurisprudence *S.E.R.M.* Le juge dénie à un cocontractant de la S.E.M., qualifiée pour la cause de mandataire, le droit d'invoquer une clause d'exonération de responsabilité pour l'appeler en garantie de la réparation de dommages de travaux publics. La solution a été reprise à l'identique trois ans plus tard à propos des mêmes faits⁶⁸². A lire les conclusions Fornacciari, on éprouve cependant une certaine gêne, due au fait que, en ce qui concerne l'appel en garantie, il ne s'est pas référé à la notion de mandat⁶⁸³.

⁶⁸¹ C.E. 21 mai 1995 *S.C.R.E.G.*, Req. 1121.767. Pourtant, si tel devrait être le sens de la jurisprudence, elle ne nous semble pas conforme à la situation réelle de l'intermédiaire dans la jurisprudence *S.E.R.M.* Ainsi qu'il sera expliqué, celle-ci renvoie à celle d'un concessionnaire d'aménagement classique, dès lors, il paraît peu probable que le législateur ait voulu supprimer ce type de contrat en voulant limiter le recours aux délégations de maîtrise d'ouvrage public.

⁶⁸² C.E. 14 décembre 1990 *S.P.E.*, Req. 46.796.

⁶⁸³ R.F.D.A. 1988, concl. préc. Il est vrai qu'il s'y était référé ailleurs, mais alors il y avait d'autant plus de raisons de le faire à l'occasion de l'examen de cet appel en garantie.

1/ L'interrogation suscitée par les conclusions Fornacciari

Rapidement résumée, l'affaire jugée le 27 novembre 1987 par la Section du contentieux concerne la réparation de dommages subis par diverses entreprises du fait d'inondations survenues dans la zone industrielle où elles s'étaient installées. Après avoir établi les responsabilités respectives, c'est-à-dire constaté le défaut d'entretien normal de la part du concepteur et du maître de l'ouvrage (la commune), le Conseil d'Etat prononce " la condamnation solidaire et conjointe de la S.P.E., à qui avait été concédé l'aménagement de la zone, des services de l'Etat et du B.E.T.E.R.E.M., chargés de la conception de la zone, ainsi que de la commune d'Aubagne qui avait acquis la qualité de maître de l'ouvrage à la remise des installations ". Vient ensuite l'examen des appels en garantie réciproques de la S.P.E. contre l'Etat et le B.E.T.E.R.E.M. d'une part, de l'Etat contre la S.P.E. d'autre part. Le Conseil d'Etat admet la compétence administrative pour connaître du litige entre la S.P.E. et le B.E.T.E.R.E.M., deux personnes morales de droit privé ayant passé contrat mais dont la première avait agi pour le compte d'une personne publique⁶⁸⁴.

En l'espèce se trouvaient réunis les indices traditionnels de la jurisprudence *S.E.R.M. - Commune d'Agde* : remise des ouvrages dès l'achèvement, substitution de la collectivité publique pour l'action en garantie décennale, avances et bonifications d'intérêt accordés aux collectivités locales pour la réalisation de tels ouvrages.

Pour écarter l'appel en garantie de la S.P.E. (aménageur) contre l'Etat (maître d'oeuvre), le commissaire du gouvernement, comme le Conseil d'Etat après lui, n'a eu qu'à constater que l'action en responsabilité contractuelle avait pris fin en même temps que le contrat, l'action en responsabilité extra contractuelle étant infondée en l'absence de faute délictuelle ou quasi délictuelle⁶⁸⁵.

L'Etat, de son côté invoquait une clause ou plus exactement le renoncement (oral semble-t-il) de l'aménageur, lorsqu'il avait sollicité le concours de l'Etat, à exercer contre lui

⁶⁸⁴ Contrairement à ce qu'il avait jugé dans une affaire similaire - C.E. 6 mai 1983 *Commune de Vitrolles*, Req. 7.488. Le commissaire du gouvernement expliquera cette différence par le fait que dans cette affaire, la S.E.M. n'avait pas répondu à la sollicitation du juge de fournir le contrat initial passé avec la commune, de sorte que le contrat passé par la suite entre deux personnes privées devait être présumé privé.

⁶⁸⁵ On remarquera, au passage, qu'en reprenant sur ce point la proposition du commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat a ainsi fait de l'examen de cette responsabilité une question d'ordre public, puisque, d'après M. Fornacciari, aucun requérant n'avait soulevé le moyen.

toute action en garantie décennale. De telles clauses sont interdites au détriment des collectivités locales depuis une disposition de la loi de finances du 23 décembre 1972⁶⁸⁶.

La question aurait pu se poser de savoir s'il en était de même pour le mandataire d'une collectivité locale. Le commissaire du gouvernement évite d'y répondre en écartant la " clause " (c'est ainsi qu'il la nomme malgré son caractère vraisemblablement oral) sur un autre fondement : un arrêt de Section du Conseil d'Etat du 29 juin 1973 a vu en effet le Conseil d'Etat réserver l'effet de cette clause aux seules actions en garantie décennale de l'Etat. Or pour le commissaire du gouvernement, sans qu'il s'en explique véritablement, le litige entre l'Etat et la S.P.E. ne pouvait plus être résolu sur cette base, probablement parce que seule la commune disposait désormais de cette action en garantie décennale, par l'effet de sa qualité de maître de l'ouvrage. M. Fornacciarì refusait ainsi l'invocabilité d'une clause au profit de l'Etat mais semblait lier cette impossibilité à la qualité de maître de l'ouvrage, perdue par la S.P.E, et non à sa position de mandataire. Il concluait effectivement que l'action était mal dirigée, signifiant que l'Etat aurait dû se retourner contre la commune, " créancière de cette garantie " et non contre l'aménageur. La solution du Conseil d'Etat a, quant à elle, l'avantage de la netteté.

2/ La réponse univoque du Conseil d'Etat

Très riche d'enseignements, elle mérite d'être citée en grande partie : " considérant que, comme il a été dit ci-dessus, la Société provençale d'équipement a agi comme mandataire du Syndicat mixte d'aménagement d'Aubagne et de la Commune d'Aubagne ; que cette dernière est devenue, à la suite de la remise de l'ouvrage opérée le 9 juin 1972 et de la réception définitive prononcée sans réserve en janvier 1973, seul maître de l'ouvrage et seule titulaire de l'action en garantie décennale vis à vis des constructeurs ; que, dans ces conditions, le ministre de l'Urbanisme et du logement ne saurait en tout état de cause se prévaloir utilement, à l'encontre de la Société provençale d'équipement, des stipulations sus analysées de l'accord relatif au concours apporté par l'Etat ; ".

A première vue, la solution finale dépend étroitement de la qualification de mandataire attribuée à la S.E.M., qui n'avait jusqu'alors jamais été admise dans le cadre de la jurisprudence *S.E.R.M.*⁶⁸⁷ On ne voit pas pourquoi le Conseil d'Etat, traditionnellement économe en mots, aurait apporté une telle précision, si ce n'est pour en tirer immédiatement des conséquences sur le plan contentieux. La situation de mandataire de la S.P.E. a pour effet

⁶⁸⁶ Intégrée dans l'article L 316-2 C. Com. (L 2131-10 CGCT).

⁶⁸⁷ Ni dans les arrêts antérieurs, ni les considérants précédents de l'arrêt S.P.E. : l'aparté initial (" comme il a été dit ci-dessus ") vise ainsi les indices de l'action pour le compte de la personne publique.

de la rendre " transparente " au regard des obligations nées au profit de l'Etat, et, implicitement, de faire naître ces obligations dans le patrimoine de la personne publique qui lui a succédé. A cet égard, il ne faudrait pas tirer des conclusions de la précision selon laquelle l'Etat ne saurait " en tout état de cause " se prévaloir des stipulations sus évoquées. Le juge semble indiquer qu'il n'y a pas lieu de se prononcer sur la question de la nature de l'obligation (contractuelle ou non)⁶⁸⁸, ni, selon nous, sur le respect par un mandataire de l'interdiction de la loi du 23 décembre 1972.

Un élément sème le trouble cependant dans la limpidité du raisonnement. Après avoir fondé la solution sur la théorie du mandat, le Conseil d'Etat se réfère également à la maîtrise de l'ouvrage, désormais détenue par la commune " mandante "⁶⁸⁹. La " substitution " prévue par le contrat de concession justifierait-elle à elle seule l'impossibilité d'invoquer les clauses du contrat ultérieur entre les parties à ce contrat ? Le juge semble lier intimement les deux aspects, de sorte que le mandat subsiste bel et bien comme fondement de la solution, ce que des arrêts ultérieurs ont pleinement confirmé.

B/ L'invocabilité par la personne publique des contrats passés par son " mandataire "

En dépit de l'incitation du Conseil d'Etat en 1987, ou à tout le moins de son commissaire du gouvernement, à invoquer le contrat contre le tiers contractant au bénéfice de la personne publique, la possibilité restait incertaine, en particulier parce que le Conseil d'Etat en avait jugé autrement en 1984⁶⁹⁰. Certains indices annonciateurs pouvaient laisser présager une telle évolution pourtant. L'arrêt du Conseil d'Etat du 24 avril 1985 *Société d'étanchéité et d'asphaltage du sud-ouest* constatait qu'en vertu " de l'objet des travaux et de l'ensemble des stipulations de la convention passée le 14 décembre 1963 entre la ville de Bourges et la S.O.B.E.R.E.M., celle-ci agissait pour le compte de la ville de Bourges à laquelle la propriété de l'ouvrage devait être transférée trois mois au plus après l'établissement du décompte définitif des travaux et, après ce transfert, la ville était subrogée de plein droit dans tous les droits, moyens et actions résultant tant des marchés passés par des lois et

⁶⁸⁸ En ce sens, MM. Azibert et Boisdeffre, chronique à l'A.J.D.A. 1987, p. 720.

⁶⁸⁹ Le terme n'a pas été employé par le juge mais, à partir du moment où il y a mandataire, il y a nécessairement mandant, comme aurait pu le dire Lapalisse.

⁶⁹⁰ C.E. 27 janvier 1984 *Ville d'Avignon c/ Da Costa Nunes*, p. 28, P.A. 5 avril 1985, n° 41, p. 9, note F. Llorens.

règlements "⁶⁹¹. Toutefois, cette invocabilité semblait résulter d'une clause expresse en ce sens contenue dans le contrat initial, de sorte que l'on pouvait estimer être en présence d'un mandat tacite.

D'autres arrêts étaient réellement annonciateurs d'une évolution qui se trouva consacrée en 1991⁶⁹².

1/ Les arrêts précurseurs

Par une décision *S.A. établissements Arrizoli, Bernard et Perre* du 29 décembre 1989, le Conseil d'Etat pose une pierre supplémentaire à l'édifice ébauché en 1987, qui fait du mandat le socle de la jurisprudence *S.E.R.M.*⁶⁹³.

Une fois de plus, était en cause un litige relatif à la mise en oeuvre de la garantie décennale des constructeurs. Les sociétés concernées contestaient leur condamnation par le tribunal administratif sur cette base, au motif que le délai de mise en oeuvre de cette garantie était expiré au moment de l'introduction de l'action. En principe, le point de départ du délai est fixé, sauf stipulations contraires, à la date de réception définitive des travaux, à moins que la prise de possession des ouvrages par le maître de l'ouvrage n'ait été antérieure⁶⁹⁴. C'était précisément ce qui s'était passé, de sorte que normalement le délai de recours était effectivement expiré. La ville invoquait de son côté l'article 4-7° du marché passé avec les constructeurs par la Société d'équipement du département de la Vienne, laquelle agissait " pour le compte de la ville de Poitiers "⁶⁹⁵.

Pouvait-elle se référer à une clause d'un contrat dont elle n'était pas partie ? Le Conseil d'Etat répond par l'affirmative : " il résulte des stipulations de l'article 4-7ème du marché passé (...) que le point de départ du délai de mise en jeu de la responsabilité décennale est fixé à la date de la réception définitive ; qu'eu égard à l'existence de cette clause contractuelle, la circonstance que la prise de possession de l'ouvrage par la ville de Poitiers était antérieure à la

⁶⁹¹ R.D.P. 1986, p. 1697.

⁶⁹² On a volontairement écarté l'arrêt *M. Laffort* du 9 novembre 1988 (Req. 55. 515) : dans cette affaire, il ne ressortait pas que " la société d'équipement de Touraine ait agi non pour son propre compte mais pour le compte de la commune de Joué-les-tours (...) ; qu'il suit de là que M. Laffort ne pouvait bénéficier, pour l'imposition de la plus-value dégagée par la vente de ces terrains, de l'abattement supplémentaire de 10 % prévu pour les cessions aux collectivités locales par les dispositions sus rappelées du 3 de l'article 150 ter du C.G.I. ". Ici aussi, le Conseil d'Etat a probablement évité de répondre en éludant la question, la présence d'une action " pour le compte " d'une personne publique faisant défaut, et le raisonnement a contrario étant alors exclu.

⁶⁹³ Req. 60. 769.

⁶⁹⁴ Cf F. Moderne, *La responsabilité décennale en droit public*, Dalloz, 1993, p. 462.

⁶⁹⁵ Malgré l'absence d'énoncé des indices traditionnels, il ne fait pas de doute que l'on se trouvait bien dans le cadre de la jurisprudence *S.E.R.M.*, compte tenu de ce qu'il s'agissait d'un marché passé par une S.E.M. agissant " pour le compte " d'une personne publique en vue de la construction d'ouvrages particuliers se trouvant à l'intérieur d'une Z.U.P.

réception définitive est sans influence sur le point de départ du délai de mise en jeu de la garantie décennale ". Par conséquent, le délai de recours n'était pas expiré au moment de l'introduction du recours.

Encore fallait-il être sûr que cette invocabilité ne résultait pas du transfert de l'action en garantie décennale à la personne publique, le point de départ du délai fixé par le contrat résultant d'une sorte de stipulation pour autrui, mécanisme qui n'est pas inconnu du droit public français⁶⁹⁶. Il n'est pas illogique de considérer que le point de départ du délai de garantie décennale, fixé d'un commun accord entre l'entrepreneur et l'aménageur, valait stipulation pour la personne publique qui en vertu du contrat initial devait nécessairement se substituer pour toute action en garantie décennale à la S.E.M. à cet aménageur.

En outre, si le Conseil d'Etat insistait sur l'" existence de cette clause contractuelle ", peut-être ne fallait-il pas nécessairement y voir une invocabilité de principe des clauses du marché mais plus certainement l'origine de la dérogation apportée au point de départ de droit commun du délai de l'action en garantie décennale. Le Conseil d'Etat allait clarifier rapidement cette question en faisant de l'invocation des clauses contractuelles une conséquence nécessaire de la transparence du mandataire.

2/ L'arrêt de principe

C'est l'arrêt du 18 janvier 1991 *Société Tunzini Nessi Entreprise d'Équipement (T.N.E.E.)* qui mérite une attention particulière, en dépit de l'absence de commentaire à son égard⁶⁹⁷.

Le litige opposait la ville de Blois à deux sociétés (T.N.E.E. et la COFRETH) à propos d'un marché passé par la société d'équipement du Loir et Cher (S.E.L.C.) avec ces deux sociétés pour l'installation et l'exploitation de la chaufferie d'une Z.U.P. S'agissant de la compétence administrative, le juge s'avère peu prolix en l'espèce, se contentant de déclarer que la S.E.L.C. agissait " non pour son propre compte mais pour le compte de la ville de Blois ", ce qui conférait le caractère de marché de travaux publics au contrat en question.

C'est en revanche, une fois n'est pas coutume, l'examen de la recevabilité de la demande de la ville de Blois qui fournit au juge l'occasion d'éclairer davantage le contexte de

⁶⁹⁶ Cf C.E. 20 janvier 1992 *Ville de Talant*, Req. 46.624.

⁶⁹⁷ Req. 73. 879.

l'affaire⁶⁹⁸. " Considérant que la convention de concession conclue par la ville de Blois et la S.E.L.C. pour une durée de dix ans a été prorogée jusqu'au 31 décembre 1976 ; qu'au plus tard à cette date l'ensemble des ouvrages réalisés ont été remis à la ville de Blois qui s'est entièrement substituée à la société, notamment dans les droits et obligations résultant des marchés qu'elle avait passés pour l'aménagement de la zone, et en particulier, du marché passé le 17 mars 1970 ". Il en résulte " que la ville de Blois est recevable à invoquer les stipulations de ce marché, tant à l'encontre de la société Tunzini Nessi Entreprises d'Équipement qu'à l'encontre de la société COFRETH ".

Il ne saurait être question de stipulation pour autrui puisque c'est l'ensemble des clauses du contrat qui est visé par le juge. il y a malgré tout quelques ressemblances avec l'arrêt du 24 avril 1985 *S.E.A.S.O.* précité, qui avait admis une telle invocabilité en raison, semble-t-il, des clauses du contrat d'aménagement. Mais ici, cette faculté d'invocation des marchés est directement la conséquence, non d'une clause, mais simplement de la remise de l'ouvrage à la personne publique et de la substitution qui s'en suit.

L'examen de la responsabilité en apporte la confirmation. Après avoir établi que la réception définitive des travaux en cause n'était pas intervenue, ni expressément, ni tacitement, le Conseil d'Etat en conclut que la Société T.N.E.E. " n'est pas fondée à soutenir que sa responsabilité contractuelle n'est pas engagée à l'égard de la ville "⁶⁹⁹. La situation de mandataire de la S.E.M. paraît implicitement mais nécessairement consacrée par l'effet contentieux que le juge tire de cette action " pour le compte " d'une personne publique. Le cocontractant engage ainsi sa responsabilité contractuelle, une fois la mission du mandataire achevée, à l'égard de la personne publique avec laquelle pourtant il n'a pas conclu matériellement de contrat.

Il est à relever que ce même arrêt présente un unique et intéressant exemple de double subrogation⁷⁰⁰.

⁶⁹⁸ La démarche du juge s'explique sans doute par le souci d'éviter de se répéter aux différents stades de son raisonnement.

⁶⁹⁹ La mise en oeuvre de cette responsabilité par la ville, et non par l'aménageur comme habituellement, peut avoir deux fondements : soit une clause du contrat de concession prévoyait expressément cette éventualité, soit, plus certainement, la personne publique était substituée de plein droit dès l'achèvement des travaux qui avait lieu avant la réception définitive, de sorte que si celle-ci n'intervenait pas, la garantie contractuelle jouait toujours, mais était mise en oeuvre par la personne publique.

⁷⁰⁰ Par un contrat d'affermage ultérieur, la commune a confié à la société COFRETH l'exploitation des installations de chauffage de la Z.U.P. avec subrogation " dans tous les droits ou actions nés ou à naître à l'encontre de tout tiers qui occasionnerait des dommages à l'installation ". Ainsi, la COFRETH peut agir " comme subrogée de la ville de Blois dans les droits que celle-ci détient sur la société T.N.E.E. au titre du marché du 17 mars 1970 ". Une telle subrogation par contrat d'affermage avait déjà été admise à propos d'une affaire qui concernait les mêmes sociétés (C.E. 16 novembre 1988 *Soc. COFRETH*, Req.° 42. 866). La question reste posée de savoir ce qu'il adviendrait si était en cause le marché initialement passé avec la société Cofreth elle-même...

Dans les deux espèces étudiées de manière approfondie, la solution adoptée par le juge ne s'explique uniquement que par référence à la théorie du mandat. La rareté de ces arrêts et, surtout, la contradiction qu'ils apportent par rapport à des décisions antérieures comme postérieures écornent le rôle qui semblait devoir être attribué au mandat dans le fondement de la jurisprudence S.E.R.M. L'étude des circonstances de l'intervention de ces personnes privées dans l'action administrative et la distinction qu'il convient, en fin d'analyse, de faire avec les critères du mandat, rendent la théorie du mandat impropre à fonder cette jurisprudence.

SECTION 2 : UNE INAPTITUDE CERTAINE DU MANDAT A FONDER LA JURISPRUDENCE S.E.R.M.

Comment, après avoir pris le soin d'expliquer ce que certaines solutions devaient à la théorie du mandat, peut-on désormais s'attacher à démontrer l'inverse ? La contradiction apparente de la démarche se veut explicative de la contradiction, bien réelle celle là, de l'attitude du Conseil d'Etat. Les revirements successifs, pour ne pas dire les volte-faces, du juge administratif suprême ne se limitent pas à la non qualification (1975), à la qualification (1987), à la disqualification (1992) et à la requalification implicite (1995) de la personne privée intermédiaire en " mandataire ". Pratiquement à chaque étape, et avec une certaine cohérence dans chaque espèce, au milieu d'une incohérence générale, le Conseil d'Etat tire les conséquences de ces différentes qualification sur le plan contentieux.

Ainsi, dans quelques arrêts, le juge refuse de consacrer les effets du mandat. Il s'y trouve amené par les différences fondamentales existantes entre les situations en cause et celles qui consacrent l'existence d'un mandat. De telles tergiversations jurisprudentielles paraissent suffisamment rares pour autoriser à en rechercher les explications plausibles, ce à quoi l'on procédera en guise de conclusion du présent chapitre.

Dans l'ordre des conséquences contentieuses, il en est qui scellent définitivement le déclin de la théorie du mandat (§ 2). Le Conseil d'Etat se borne à tirer logiquement dans ce cadre les conséquences de la situation précontentieuse des parties (§ 1).

§ 1/ Une situation précontentieuse distincte de celle d'un mandat

La personne (privée, de fait) agissant " pour le compte " d'une personne publique pouvait-elle être objectivement assimilée à un mandataire ? Certes des ressemblances ont pu être relevées, et l'on sait que le juge administratif se montre plus souple que son homologue judiciaire dans la reconnaissance de l'existence d'un mandat. Mais entre la ressemblance et la similitude il y a un pas, que les indices retenus par le juge ne permettent pas de franchir. Un autre argument, textuel celui là, accrédite définitivement la thèse avancée ici.

A/ Les indices essentiels de l'action " pour le compte " d'une personne publique, indices étrangers au mandat

De l'ensemble des espèces qui peuvent être rangées dans la catégorie des contrats administratifs entre personnes privées issus de la jurisprudence *S.E.R.M.*, il se dégage un fond commun. A travers les indices multiples, il est possible d'établir une synthèse⁷⁰¹, seule à même à permettre une utile comparaison avec les conditions de reconnaissance d'un mandat.

1/ Synthèse des indices de la jurisprudence *S.E.R.M.*

Outre les quelques arrêts qui s'attardent, entre autres, à relever une absence d'autonomie du mandataire, déjà évoqués, les décisions du Tribunal des conflits et du Conseil d'Etat ont retenu :

- la remise des ouvrages dès leur achèvement, la possibilité de recevoir des subventions normalement attribuées aux collectivités publiques et la substitution de la personne publique pour toute action en garantie décennale (T.C. 7 juillet 1975 *Commune d'Agde*, précité)

- la remise des ouvrages à une ville dès leur achèvement ou dès leur acquisition par une S.E.M. gestionnaire d'un marché d'intérêt national (C.E. 22 juillet 1977 *Société " Nord Océan Poirsos Compagnie "*⁷⁰²)

- la remise des ouvrages trois mois après l'établissement d'un décompte définitif, la substitution de la personne publique dans tous les droits, moyens, actions résultant tant des marchés passés que des lois et règlements (C.E. 24 avril 1985 *S.E.A.S.O.*, précité)

- la remise dès l'achèvement, la substitution de la personne publique pour toute action en garantie décennale et le bénéfice d'avances et de bonifications d'intérêt généralement consenties aux collectivités publiques (C.E. Sect. 27 novembre 1987 *S.P.E.*, précité)

⁷⁰¹ A condition d'écarter la décision *Vernoux*, marginale (T.C 12 novembre 1984, p. 666).

⁷⁰² P. 740.

Le juge judiciaire a fait une application somme toute assez fidèle de cette jurisprudence⁷⁰³, incité il est vrai par l'intervention du Tribunal des conflits dès 1975.

Certes, quelques arrêts n'apportent pas autant d'indications sur les indices retenus, soit que les juges négligent d'en parler, faute d'en éprouvé le besoin⁷⁰⁴, soit qu'ils dénotent une certaine imprécision. Le Tribunal des conflits dans sa décision du 4 novembre 1985 *S.E.M. d'aménagement de la ville de Chartres*, se borne ainsi à constater que cette personne privée a agi " pour le compte " de la ville de Chartres, et que la demande concernant un contrat de louage d'ouvrage, " bien que formé entre deux personnes privées, se rattache à l'exécution de travaux publics et ressortit dès lors à la compétence de la juridiction administrative "⁷⁰⁵.

Dans l'arrêt *Ville d'Avignon contre Da Costa Nunés* du 27 janvier 1984 précité, le Conseil d'Etat indique simplement " qu'il résulte de l'instruction, et notamment des conditions dans lesquelles le projet devait être adopté, sa réalisation financée et l'ouvrage remis après achèvement à la ville d'Avignon, que ce marché devait être regardé comme passé pour le compte de la ville ". Si l'on retrouve l'indice relatif à la remise des ouvrages, les autres éléments ne sont guère éclairants⁷⁰⁶.

2/ Comparaison des indices

L'indice de la remise des ouvrages à la collectivité publique dès leur achèvement représente le fil directeur de toute la jurisprudence S.E.R.M. puisque parmi les arrêts qui se penchent sur ce faisceau d'indices, il n'y a pas un exemple qui ne s'y réfère pas⁷⁰⁷.

⁷⁰³ Outre l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 11 mars 1976 *Perrier* précité, voir notamment Civ. 1ère 1er octobre 1985 B.C. I, 1985, p. 216 (à ne pas confondre avec l'arrêt du même jour publié page suivante qui refuse de reconnaître l'existence d'une action " pour le compte " d'une personne publique).

⁷⁰⁴ Par exemple C.E. 29 janvier 1993 *S.E.M.A.V.I.M.*; A.J.D.A. 1993 p. 301, note G.J. Guglielmi. Le Conseil d'Etat ne précise même pas que la S.E.M. agissait pour le compte d'une personne publique. Il est vrai que la Cour de cassation s'en était chargée avant lui, déclinant ainsi sa compétence (Civ. 1ère 5 mai 1987, Req. 85-17.505).

⁷⁰⁵ D.A. 1986, n° 17.

⁷⁰⁶ Probablement d'ailleurs de manière délibérée, compte tenu du fait que le juge aurait très bien pu voir en l'occurrence un mandat exprès car le contrat initial avait chargé la S.E.M. d'agir " au nom et pour le compte " de la personne publique (cf infra B/ 2/).

⁷⁰⁷ Une fois encore, décision *Vernoux* mise à part.

A lui seul, il permet d'exclure la qualification de " concessionnaire " au sens classique, pourtant attribué par les parties au contrat et même par des textes réglementaires⁷⁰⁸. A lui seul également, il semble exclure la thèse du mandat.

Lorsque le juge s'attarde sur les éléments qui, à ses yeux, justifient de voir dans telle ou telle personne un mandataire, il ne recourt jamais à un tel indice. S'il a été démontré le peu de constance de la méthode du juge, jamais, cependant, la remise des ouvrages dès l'achèvement n'a été synonyme de mandat. Même la substitution de la personne publique pour toute action en garantie décennale, qui se retrouve dans les délégations de maîtrise d'ouvrage publique, ne saurait suffire : dans ces dernières, l'effet du mandat ne se limite certainement pas à ce seul aspect.

En réalité, le juge exige toujours d'autres éléments, comme par exemple le fait que l'intermédiaire se devait d'agir " au nom et pour le compte " de la personne publique. Certes, il n'est pas inadmissible de voir dans la clause prévoyant la substitution de la personne publique dans toutes les actions nées des lois et règlements et des contrats passés par la personne privée un équivalent d'habilitation contractuelle à passer des actes juridiques pour le compte d'une personne publique, c'est-à-dire un mandat tacite. Mais le juge ne l'a jamais admis effectivement et au demeurant, l'existence de ces dispositions paraît marginale⁷⁰⁹.

Précisément, dans quelle mesure le contrat de concession de la jurisprudence *S.E.R.M.* ne peut-il valoir mandat tacite ? Ainsi qu'il a été vu, il est difficile de synthétiser la démarche du juge en cette matière⁷¹⁰. L'arrêt *Dame Culard* précité s'attache à démontrer l'imbrication organique de la société intermédiaire, et s'appuie sur le fait que le contrat initial la déchargeait de toute responsabilité vis à vis des tiers et qu'il prévoyait que la personne privée agissait " pour le compte " d'une personne publique. L'arrêt *Berthot* précité se borne à constater que le contrat initial avait " délégué " le pouvoir de passer des contrats pour le compte de la personne publique. Le juge recherche dans cette multitude d'indices, non une habilitation, mais une intention non équivoque de donner un mandat, qui revêt alors un caractère nécessairement tacite. On chercherait en vain une telle intention dans la circonstance que les ouvrages seront remis dès leur achèvement à la collectivité publique. En outre, l'arrêt *Dame Culard* (comme le jugement précité du tribunal administratif de Paris du 15 janvier 1980) s'appuie également sur le fait que le financement de l'opération ressortit à la charge de la personne publique. Dans la jurisprudence *S.E.R.M.*, le cocontractant de l'administration, s'il ne perçoit pas de redevance à

⁷⁰⁸ Le tribunal administratif d'Amiens l'a confirmé, cette fois à propos d'une convention d'aménagement : " considérant que la convention liant la société S.E.D.I.C. à la commune d'Amblainville, d'une durée de 5 ans et qui devait assurer à la S.E.D.I.C. un retour sur investissement rapide ne constituait ni une concession, ni un marché de travaux publics comportant des investissements importants " ; dès lors, le juge ne s'arroge pas le droit d'annuler une résiliation du contrat (T.A. Amiens 9 avril 1996 *S.E.D.I.C.*, D.A. 1997, n° 39).

⁷⁰⁹ A notre connaissance, seul l'arrêt du 24 avril 1985 *S.E.A.S.O.* précité, y fait référence.

⁷¹⁰ Cf supra Titre 1, chap. 2.

proprement parler, se rémunère essentiellement par la vente ou la location de terrains aménagés. Le mandat tacite ne saurait être avancé ici, pas plus que le mandat exprès.

A moins que, comme dans *l'arrêt S.E.M. d'aménagement et de rénovation de la ville de Bobigny (S.E.M.A.R.B.O.)*, tout en relevant les indices caractéristiques de la jurisprudence *S.E.R.M.*, le juge constate que la personne privée devait agir " au nom et pour le compte " d'une personne publique⁷¹¹. Il ne fait alors pas de doute que l'on se trouve dans un cas de mandat, et même de mandat exprès et il convient d'exclure de la catégorie de contrats *S.E.R.M.* tous les arrêts de ce type.

Même si, à notre connaissance, l'arrêt *S.E.M.A.R.B.O.* représente le seul exemple jurisprudentiel de cumul des critères de la jurisprudence *S.E.R.M.* et du mandat, l'hypothèse n'est certainement pas rare. Elle est favorisée en réalité par certains textes réglementaires, dont l'existence compromet fortement la thèse du mandat comme fondement de la jurisprudence *S.E.R.M.*

B/ La distinction réglementaire entre l'action " au nom et pour le compte " et l'action " pour le compte " d'une personne publique

La référence à un texte de nature réglementaire dans l'étude de la jurisprudence *S.E.R.M.* peut surprendre. Nulle part, ni dans visas ni dans les considérants des arrêts, n'apparaît la référence aux décrets du 19 mai 1959 auxquels on fait allusion. Le lien avec cette jurisprudence n'est ainsi pas évident à établir.

La lecture de ces décrets, jointe à celle des cahiers des charges types successivement annexés (relatifs aux concessions de Z.U.P., de Z.A.C. et de zones industrielles) éclaire pourtant un pan entier de cette jurisprudence, à commencer par la très grande similitude des circonstances d'une espèce à l'autre⁷¹².

⁷¹¹ C.E. 9 décembre 1986 *S.E.M.A.R.B.O.*, R.D.P. 1987, p. 1089.

⁷¹² Il y est toujours question d'aménagement urbain, de " concessionnaire " qui en est chargé et qui a la qualité de S.E.M., pour une durée réduite c'est-à-dire jusqu'à remise de l'ouvrage à la personne publique dès son achèvement. Dans ces circonstances, il y avait fort à parier que l'intervention de ces personnes faisait l'objet en réalité d'un encadrement légal, d'autant plus contraignant que, avant les lois de décentralisation, les cahiers des charges types s'imposaient à toute collectivité publique. Il est à noter toutefois qu'une espèce n'entre pas dans ce cadre mais concerne les marchés d'intérêt national, cf C.E. 22 juillet 1977 *Soc. " Nord Océan Poirsos Compagnie "*, p. 348 et 740.

1/ Le lien entre les décrets du 19 mai 1959 modifiés et la jurisprudence *S.E.R.M.*

Le premier décret du 19 mai 1959 se borne à modifier l'article 78-1 du Code de l'urbanisme (aujourd'hui art. L 321-1 et pour les S.E.M. R 321-1 du même code) comme suit : " l'aménagement d'agglomérations nouvelles et de zones d'habitation ou de zones industrielles peut être réalisé par des établissements publics ou concédé à des S.E.M. dont plus de 50 % du capital est détenu par des personnes morales de droit public et dont les statuts comportent des clauses types fixées par décret en Conseil d'Etat "⁷¹³. Le deuxième décret du 19 mai 1959 (également non numéroté) fixe, " en application de l'article 78-1 du Code de l'urbanisme et de l'habitation les modalités de constitution et de fonctionnement des S.E.M. et des établissements publics chargés de réaliser des opérations d'aménagement urbain "⁷¹⁴.

Des cahiers des charges types des concessions de Z.U.P. et de Z.A.C., pris également en application de l'article 78-1 précité, il ressort que l'on retrouve les indices essentiels relevés par le juge lors des différentes espèces de la jurisprudence *S.E.R.M.* Le décret n° 60-554 du 1er juin 1960 et le décret n° 69-401 du 10 avril 1969 lui succédant ont ainsi approuvé les cahiers des charges types des concessions de Z.U.P., zones industrielles ou d'habitation. Ce dernier décret prévoit, pour l'ensemble de ces concessions, que " la société remettra aux collectivités publiques ou aux concessionnaires intéressés les voies et ouvrages établis par la présente concession " (art. 16 al. 2)⁷¹⁵. L'alinéa 4 de ce même article dispose que " les collectivités ou les concessionnaires intéressés seront substitués de plein droit pour toute action en responsabilité découlant de l'application des articles 1792 et 2270 du Code civil relatifs à la garantie décennale ". L'article 17-4 dispose que la société " est habilitée par le concédant à solliciter en ses lieu et place les subventions afférentes aux ouvrages, constructions et installations qu'elle réalisera pour le compte du concédant ".

Le décret n° 77-204 du 18 février 1977 " relatif au cahier des charges types pour la concession de Z.A.C. à l'exclusion des opérations de rénovation urbaine " reprend à l'identique sur ce point le décret du 10 avril 1969⁷¹⁶.

On retrouve ainsi les indices qui égrènent les hypothèses de contrats administratif passés entre deux personnes privées lors d'opération d'aménagement urbain : substitution de la collectivité publique pour toute action en garantie décennale, subventions habituellement attribuées aux collectivités locales et surtout remise des voies et ouvrages dès leur achèvement à la collectivité publique, c'est-à-dire l'élément auquel le juge se raccroche en permanence

⁷¹³ J.O.R.F. 2 juin 1959, p. 5554.

⁷¹⁴ Ibid.

⁷¹⁵ J.O.R.F. 29 avril 1969, p. 4296 et s.

⁷¹⁶ J.O.R.F. 6 mars 1977, p. 1275 et s.

dans le cadre de la jurisprudence *S.E.R.M.* Les opérations réalisées dans ce cadre représentent le support de l'administrativité des contrats qui les mettent en oeuvre⁷¹⁷.

Le rapprochement avec la jurisprudence *S.E.R.M.* devient inéluctable. Les conventions à l'origine des litiges ne sont que des applications de l'article 78-1 du Code de l'urbanisme dans sa rédaction issue du décret du 19 mai 1959⁷¹⁸.

2/ La distinction du mandat et de la concession d'aménagement

Le deuxième décret du 19 mai 1959 a clairement distingué deux situations à travers les trois titres qu'il comporte.

Le premier titre, relatif aux établissements publics spécialement créés pour gérer des opérations d'aménagement urbain ne nous intéresse pas ici. Le deuxième titre s'intitule " Des S.E.M. concessionnaires " et pose certaines conditions aux concessions d'aménagement à des S.E.M., dont celles relatives au respect des cahiers des charges types évoqués ci avant. Le titre III concerne les " dispositions communes " aux deux types d'aménageurs visés aux titres I et II et prévoit ainsi pour eux une autre possibilité d'intervention en dehors de celles résultant du décret instituant l'établissement public et du contrat de concession pour la S.E.M. L'article 18 du décret dispose que " l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics peuvent, par convention passée avec un des organismes prévu au présent décret, lui confier le soin de procéder en leur nom et pour leur compte à l'exécution de travaux et à la construction d'ouvrages et de bâtiment de toute nature ".

Autrement dit dès l'origine, c'est-à-dire dès 1959, étaient prévus pour les S.E.M. deux types d'intervention, l'une au titre d'une concession d'aménagement, certes dans un sens différent de la définition classique mais qui correspond à un certain type d'aménagement des relations contractuelles, l'autre au titre d'un mandat qui n'en porte pas expressément le nom mais qui se réfère à une expression qui en est synonyme, l'action " au nom et pour le compte " d'une personne publique.

⁷¹⁷ Bien évidemment, lorsque le contrat soit concerne des ouvrages qui ne sont pas remis dès l'achèvement à la collectivité publique, soit possède un objet autre que la construction desdits ouvrages, comme par exemple une cession de droits immobiliers, la compétence contentieuse revient tout naturellement à l'ordre judiciaire - T.C. 23 octobre 1995 *Préfet de Paris c/ T.G.I. de Paris*, D.A. 1996, n° 9.

⁷¹⁸ La plupart des espèces en effet sont relatives à des contrats de concession conclus dans les années soixante ou soixante-dix. En tout état de cause, les textes ultérieurs n'ont pas modifié les données du problème (voir l'article L 321-1 C. urb., issu de la loi du 10 juillet 1985 et l'article R 321-1 C. urb., issu du décret du 26 juillet 1977).

Cette distinction sera reprise pratiquement telle qu'elle dans les articles R 321-1 et suivants du Code de l'urbanisme et R 321-20. Le premier vise les opérations d'aménagement mentionnées à l'alinéa 1er de l'article L 321-1 du même Code qui peuvent être " confiées " à des S.E.M. Suit une section qui comporte trois paragraphes, le premier relatif aux établissements publics, le deuxième aux S.E.M., et le troisième aux dispositions communes. Ici encore, les dispositions relatives aux S.E.M. visent la " concession " alors qu'il est question dans le troisième paragraphe d'action " au nom et pour le compte " d'une personne publique (article R 321-20 c.urb.)⁷¹⁹.

L'équivoque n'est alors plus possible : soit la collectivité publique a chargé la S.E.M. d'intervenir pour son compte, selon des modalités particulières fixées par le cahier des charges type mais à titre de " concessionnaire " ; soit elle l'a chargé d'agir " en son nom et pour son compte ", auquel cas le juge est en droit de reconnaître l'existence d'un véritable mandat, ce que le Tribunal des conflits a très justement fait dans la décision *S.A.E.G.E.M.A.* du 12 janvier 1970⁷²⁰. Peu importe d'ailleurs qu'à cette occasion (et c'est une des raisons de la confusion), le mandataire se voit attribuer cette mission dans les mêmes conditions que le concessionnaire, c'est-à-dire en bénéficiant de subventions octroyées généralement aux collectivités publiques, en remettant les ouvrages dès l'achèvement et en étant substitué par la personne publique à partir de ce moment pour toute action en responsabilité décennale. Seul compte en somme le titre auquel elles interviennent, qui renvoie à des rapports contractuels propres.

Ainsi, il paraît inconcevable que deux catégories de missions, bien distinguées par les textes réglementaires, puissent au final déboucher sur un régime juridique uniforme, le mandat.

La distinction avait été entrevue par un auteur dès 1972, qui n'était autre que F. Moderne. Lui qui, peu après, se fit le chantre de la théorie du mandat tacite dans la jurisprudence *S.E.R.M.* déclarait à propos du décret du 19 mai 1959 : " on doit admettre que, pour une même série d'opération (réalisation d'une Z.U.P. par exemple), une S.E.M. se présente soit en qualité de concessionnaire, soit en qualité de mandataire "⁷²¹. C'est que le lien entre la jurisprudence *S.E.R.M.* et le décret du 19 mai 1979 (et ceux qui lui ont succédé) n'avait pas été établi.

Ces réelles différences avec le mandat expliquent que le Conseil d'Etat refuse, en général, de consacrer les effets du mandat dans le cadre de la jurisprudence *S.E.R.M.*

⁷¹⁹ Dans sa rédaction issue du décret du 29 mars 1976, seul a changé le champ d'application matériel de cette faculté qui s'étend désormais à la réalisation d'études et à des acquisitions foncières.

⁷²⁰ T.C 12 janvier 1970 *E.D.F. c/ S.A.E.G.E.M.A.*, précité, JCP 1970, n° 16229.

⁷²¹ G.P. 1972, p. 909, note sous C.E. Sect. 5 mai 1972 *Sieur Allain*.

§ 2 Des conséquences contentieuses non conformes à la théorie du mandat

Hormis les quelques arrêts intervenus entre 1987 et 1991 qui ont vu le Conseil d'Etat consacrer les effets qui s'attachent au mandat, les décisions du juge administratif offrent des solutions qui paraissent soit difficilement compatibles avec la théorie du mandat, soit totalement inconciliables.

A/ Effets contentieux difficilement compatibles avec la théorie du mandat

La question de la compatibilité des effets se pose à propos de certaines des solutions jurisprudentielles, interprétées a contrario ou non.

1/ Incompatibilité présumée par interprétation a contrario

Il paraît utile de revenir sur un arrêt déjà évoqué, intéressant du point de vue des effets contentieux non par ce qu'il consacre mais par ce qu'il ne consacre pas. Dans sa décision *Fondeville* du 27 octobre 1989, le Conseil d'Etat a dénié à la personne privée en cause (une société civile immobilière) la qualité de mandataire⁷²². En conséquence, le contrat passé par cette S.C.I. " ne saurait engager la commune qui n'y était pas partie ". Le bref commentaire introductif de la revue du Droit public a raison de souligner qu'*a contrario*, le Conseil d'Etat semble admettre que la commune pourrait être considérée comme partie à un contrat passé par son mandataire⁷²³. Dans la même optique, une autre partie du raisonnement du juge fournit un renseignement supplémentaire. La société n'a pas la qualité de mandataire, " nonobstant la circonstance que les avant-projets de voirie et réseaux divers étaient soumis à l'agrément de la commune, que les programmes annuels étaient arrêtés par la société et la

⁷²² R.D.P. 1990, p. 281, cf supra Titre 1er, chap. 2.

⁷²³ Ibid. Il y est d'autant plus fondé que l'arrêt opère un lien entre l'absence de mandat et cette impossibilité par l'utilisation de l'adverbe " ainsi ". Un commentateur du moniteur des travaux publics confirme cette interprétation - M.T.P. 16 mars 1990, p. 76.

commune, et que les voirie et réseaux divers devaient revenir à la commune après achèvement " .

Ainsi, en dépit de la présence des indices traditionnels de la jurisprudence *S.E.R.M.*, le juge ne déduit pas l'existence d'un mandat et refuse de reconnaître à la personne publique le droit d'invoquer une stipulation du contrat passé par la personne privée agissant pour son compte⁷²⁴. Le Conseil d'Etat semble ainsi rejeter l'effet du mandat, au moment où d'autres arrêts le consacraient, ce qui tend à démontrer, une fois de plus, l'existence de dissensions au sein du Conseil d'Etat, à moins qu'il ne s'agisse tout simplement de confusions.

S'agissant du respect ou du non respect du Code des marchés publics, rien ne transparaît de l'ensemble de la jurisprudence, aucun arrêt n'ayant sanctionné la violation des règles de concurrence. On pourrait en déduire hâtivement que ce respect ne s'imposait pas, ce qui tendrait à accréditer un peu plus la nécessaire distinction à opérer avec le mandat. C'est sans aucun doute cette conclusion qui s'impose, à partir, non du constat de l'absence d'espèces jurisprudentielles, mais de la présence de règles de mise en concurrence des marchés passés par ces sociétés concessionnaires, imposées par les cahiers des charges types. Dès lors que ces obligations, semblables mais non similaires, résultent d'un texte autre que celui du Code des marchés publics, cela signifie que ce dernier ne s'imposait pas de droit.

Pour le reste, on ne saurait se contenter de ce que la personne privée agissait " en son nom propre " pour rejeter l'effet du mandat⁷²⁵, ni de la compétence de l'ordre administratif⁷²⁶.

2/ Incompatibilité présumée dans les rapports du mandataire avec le mandant et les tiers

Un premier élément est issu des rapports entre la personne publique et la personne privée agissant pour son compte. Examinant la responsabilité éventuelle du mandataire à

⁷²⁴ Certes, il ne s'agissait pas d'une *S.E.M.* ni, par conséquent, d'une " concession " de *Z.A.C.* mais plus certainement d'une " convention " de *Z.A.C.* En réalité, cela importe peu, la jurisprudence *S.E.R.M.* étant extensible à ce type de contrat et l'arrêt Société provençale d'équipement ayant consacré un cas d'action " pour le compte " d'une personne publique avec une personne probablement " purement " privée.

⁷²⁵ J. Leneveu déduit de cette seule circonstance le fait que la jurisprudence *S.E.R.M.* consacre une commission et non un mandat - note sous Cour d'appel Bordeaux JCP 1976 II, n° 18513. On sait qu'en droit public, cet élément ne peut suffire à lui seul.

⁷²⁶ Pour un récapitulatif de la répartition des compétences dans ce cadre, voir les conclusions Laroque sous la décision du Tribunal des conflits du 10 juillet 1990 *S.E.M.A.R.E.L.P.* à la R.D.P. 1991, p. 847.

l'égard du mandant, le juge administratif, comme le juge judiciaire, recherche habituellement si le mandataire n'a pas commis des " fautes dans l'exécution de son mandat "⁷²⁷.

Or dans une espèce de la jurisprudence *S.E.R.M.*, il a été jugé qu'un office public d'H.L.M. n'était pas fondé " à invoquer à l'encontre de la Société d'équipement de l'Indre⁷²⁸ des agissements de nature à justifier une condamnation de cette dernière à garantir l'office "⁷²⁹. La formule relative à la " faute dans l'exécution du mandat " ne figure pas, et la référence aux " agissements " semble déborder la cadre d'une responsabilité liée à des obligations de nature contractuelle.

La pertinence de la théorie du mandat se mesure surtout à son effet représentatif, c'est-à-dire aux effets du contrat vis à vis des tiers par rapport au mandat.

L'arrêt du 30 mai 1975 lui-même voit le juge se placer, pour examiner les conclusions dirigées par l'entrepreneur contre la S.E.R.M., sur le terrain de la responsabilité contractuelle⁷³⁰, contrairement à l'effet traditionnel du mandat. Il est vrai cependant qu'aujourd'hui, même le mandat droit privé admet de telles hypothèses⁷³¹.

Plus significative, et pour rester dans le domaine de la responsabilité de l'intermédiaire mais cette fois vis à vis des tiers non contractants, est l'existence même d'une responsabilité de cette personne en dehors de toute faute. Dans l'arrêt *Société d'équipement du département de la Gironde* précité, le Conseil d'Etat admet la responsabilité de cette S.E.M. à propos d'un dommage aux tiers, certes uniquement à hauteur de 14 %, mais semble-t-il en dehors de toute faute de sa part⁷³². Il n'y avait là que la reprise d'un arrêt du 4 juillet 1986 qui avait admis le principe de la responsabilité de la S.E.M. pour moitié, avant de faire droit à sa demande de garantie vis à vis des entrepreneurs⁷³³. Pourtant, là non plus, aucune faute ne pouvait lui être reprochée. La personne publique pour le compte de qui agissait la S.E.M. n'a pas vu sa responsabilité engagée.

⁷²⁷ C.E. 13 novembre 1987 *Syndicat intercommunal pour la création et le fonctionnement de l'école des Clos*, précité.

⁷²⁸ Une S.E.M. qui agissait " pour le compte " de l'office.

⁷²⁹ C.E. 29 juin 1990 *Entreprise Générale du Berry*, Req. 62.051.

⁷³⁰ En ce sens, Y. Brard, article précité, JCP 1981 I, n° 3032 ; voir aussi I. Poirot-Mazères, Th. préc., p. 467. Si le Conseil d'Etat ne tranche pas la question parce qu'il désigne un expert à cette fin, il admet la recevabilité d'une demande d'indemnité en raison du retard pris dans l'exécution des travaux, et ce, après expiration du contrat liant la S.E.R.M. à l'entrepreneur.

⁷³¹ Cf supra, Titre 1, chap. préliminaire. N'est pas non plus significatif le fait que l'intermédiaire agisse en justice ou résilie lui-même unilatéralement. Sur ce dernier point, voir C.E. 8 janvier 1993 *Pougnat*, Req. 93.221 (résiliation unilatérale justifiée).

⁷³² C.E. 1er mars 1989, P.A. 23 mai 1990, n° 62, p. 12, note F. Moderne.

⁷³³ *R.A.T.P. et S.E.M.A.H.*, Req. 12.841. Ce dernier aspect résulte des stipulations du C.C.A.P. et parce que aucune faute lourde n'a été invoquée à l'encontre de la S.E.M., pas même par l'entreprise Coutant, pourtant habituée des prétoires (laquelle faute lourde aurait pu remettre en cause la clause d'exonération de responsabilité dont elle bénéficiait).

On sait que le juge administratif autorise le tiers à se retourner contre le mandataire, sans qu'il y ait lieu de distinguer (comme en droit privé en principe) selon que la faute est de nature contractuelle ou non, et même en l'absence de faute. Et le mandant ne verra sa propre responsabilité engagée que si, et seulement si, le mandataire l'appelle en garantie, ce qui, dans les espèces que l'on vient de citer, n'a pas été fait. Il n'est pas possible alors d'affirmer l'existence de réelles différences sur ce plan.

En revanche, de fait, la responsabilité de la personne publique n'est jamais engagée à raison des agissements de son intermédiaire. Lorsqu'il en est autrement, c'est que l'on peut reprocher alors une faute à la personne publique pour le compte de laquelle agissait la personne privée et il n'y a alors aucun effet de représentation⁷³⁴. D'autres arrêts entrent franchement en contradiction avec les effets du mandat.

B/ Effets contentieux contraires à la théorie du mandat

Deux arrêts ont conclu respectivement à la non invocabilité du contrat de l'intermédiaire par la personne publique et à la responsabilité unique de l'intermédiaire dans certaines circonstances.

1/ La non invocabilité du contrat de l'intermédiaire par la personne publique

Le premier arrêt à avoir ôté nettement tout crédit à la thèse du mandat date du 27 janvier 1984. Par sa décision *Ville d'Avignon contre Da Costa Nunés* précitée, le Conseil d'Etat refuse à la personne publique le droit d'invoquer les stipulations du contrat passé par la S.E.M. agissant pour son compte. Un bref rappel des faits s'impose, afin de comprendre la solution.

L'effondrement d'un mur de soutènement, lors de la construction d'un parc de stationnement, avait provoqué la mort de six personnes et blessé grièvement cinq autres, dont M. Da Costa Nunés. Celui-ci intenta une action en condamnation solidaire et conjointe de la ville et de la S.E.C.E., chargée de la réalisation des travaux. Le tribunal administratif, comme le Conseil d'Etat, ne retint que la responsabilité de la ville, sur la base de la propriété publique

⁷³⁴ Par exemple un défaut d'entretien normal (C.E. Sect. 27 nov. 1987 *S.P.E.* précité ; voir aussi C.E. 24 janvier 1990 *Commune de Saint-Jean des-Monts*, Req. 59.052)

des ouvrages. Pour l'appel en garantie à l'encontre de la S.E.C.E., la ville invoquait une clause d'exonération de responsabilité contenue dans le contrat passé avec la S.E.C.E. par la société d'équipement du département du Vaucluse (S.E.D.V.), S.E.M. à laquelle la ville avait succédé.

Au préalable, il convient de lever une hypothèque concernant le titre auquel intervenait cette S.E.M. Il a été déjà souligné le flou avec lequel le Conseil d'Etat a estimé qu'elle agissait pour le compte de la commune. Or, F. Llorens qui a eu accès aux conclusions du commissaire du gouvernement Boyon, nous apprend que la S.E.M. intermédiaire avait été en réalité chargée de réaliser un parc de stationnement souterrain " au nom et pour le compte " de la ville d'Avignon⁷³⁵. Logiquement, le juge aurait dû en déduire la qualité de mandataire de la S.E.M. Il n'en a rien été. Sans doute faut-il voir là une solution d'opportunité dont les fondements nous échappent⁷³⁶, mais qui explique très probablement la formulation de l'arrêt pour le moins elliptique. Pour surprenante qu'elle soit, la position du juge reste certaine. Il a bel et bien entendu se placer dans le cadre de la jurisprudence S.E.R.M.⁷³⁷.

S'agissant du contrat passé par la S.E.M., le Conseil d'Etat est catégorique : " considérant que la ville d'Avignon, qui n'a pas été partie au contrat conclu entre la S.E.D.V. et la S.E.C.E., ne peut, même si le marché a été passé pour son compte, se prévaloir des clauses du marché mettant à la charge de l'entrepreneur la responsabilité de tous les dommages causés aux tiers par la conduite ou les modalités d'exécution des travaux ".

Le Conseil d'Etat admet ainsi ce qu'il n'a jamais admis pour le mandat, même public, en dehors de l'hypothèse marginale du mandat de la loi du 16 juin 1948⁷³⁸. Les deux commentateurs ne s'y sont pas trompés. F. Moderne, à l'origine de la thèse du mandat tacite dans la jurisprudence Peyrot, est contraint de parler de mandat édulcoré là où F. Llorens se réjouit de l'abandon (provisoire mais cela, il ne pouvait s'en douter) du mandat comme théorie explicative de la jurisprudence Peyrot⁷³⁹.

⁷³⁵ cf l'article de l'auteur aux P.A. 5 avril 1985, n° 41, p. 9.

⁷³⁶ Certes, il y avait eu mort d'homme mais la responsabilité de la commune avait été pleinement et entièrement reconnue à l'égard des victimes. Seul était en cause l'appel en garantie.

⁷³⁷ Voir dans ce sens, F. Llorens, article précité et F. Moderne, Quot. jur. 4 août 1984, n° 92, p. 2. F. Llorens tente une explication : " ce qui compte, ce ne sont pas les termes de la convention, c'est la volonté affichée ou supposée telle ", ce qui ne nous satisfait guère compte tenu de ce que le Conseil d'Etat se contente généralement de ce que l'intermédiaire devait agir au nom et pour le compte d'une personne publique pour admettre l'existence d'un mandat exprès.

⁷³⁸ Cf supra Titre 1, chap. 1er, section 2.

⁷³⁹ Cf les articles précités.

2/ La responsabilité unique de l'intermédiaire sous certaines conditions

La décision *Ville de Talant* du 20 janvier 1992⁷⁴⁰ renoue avec cette jurisprudence, après l'intermède des arrêts *S.P.E.* et *Société T.N.E.E.* (précités). Le Conseil d'Etat y proclame que la S.E.M.A.A.D., qui agissait conformément à l'article 78-1 du Code de l'urbanisme et qui a prononcé la résiliation unilatérale d'un marché " n'est pas fondée à soutenir que le tribunal administratif aurait dû la regarder comme simple mandataire ".

Le lien avec la jurisprudence *S.E.R.M.* résulte de ce que " la S.E.M.A.A.D. agissait en qualité de concessionnaire, avait la qualité de maître de l'ouvrage à l'égard des entreprises chargées de la réalisation des travaux jusqu'au moment de la remise de ces ouvrages aux collectivités publiques ; que c'est elle qui a lancé les appels d'offres et signé les marchés ". On peut être dubitatif sur la pertinence de ce dernier point, que le juge évoque pour écarter l'existence d'un mandat, dans la mesure où cette mission n'est pas incompatible avec un mandat de délégation de maîtrise d'ouvrage publique.

Quoiqu'il en soit, le Conseil d'Etat déduit de l'absence de qualité de mandataire certaines conséquences. Il confirme le jugement du tribunal administratif qui avait condamné la S.E.M., puis accepté que la ville la garantisse en totalité de cette condamnation par application d'une clause de la convention initialement passée entre la ville et la S.E.M. Pour le Conseil, la S.E.M. " ne peut se dégager de la responsabilité qu'elle a ainsi encourue en invoquant la décision de suspendre, puis d'interrompre définitivement les travaux, provoquée par la ville de Talant ". Le juge fait découler nécessairement cette solution de l'absence de mandat, d'après la rédaction même de l'arrêt.

Certes, il est probable qu'il aurait pu parvenir à la même solution dans le cadre du mandat, puisqu'il admet l'action du tiers contre le mandataire en toutes circonstances. Les effets de cette jurisprudence seraient-ils ici identiques à ceux du mandat ? Rien n'est moins sûr en ce qui concerne l'appel en garantie qui ne serait certainement pas admis, s'il n'y avait eu de clause d'exonération de responsabilité au bénéfice de la S.E.M.⁷⁴¹. Ou bien peut-être faut-il comprendre qu'en l'espèce, s'il y avait eu mandat, le juge aurait alors considéré la décision de résiliation comme prise en réalité par la personne publique, ainsi que le suggère un raisonnement *a contrario*.

En tout état de cause, dans l'un comme dans l'autre, la solution se démarque par trop des effets courants du mandat public et démontre une nouvelle contradiction de fond avec des arrêts antérieurs. En liant absence de mandat et responsabilité de la S.E.M. intermédiaire, le

⁷⁴⁰ Req. 46.624.

⁷⁴¹ Il ne resterait plus alors à la S.E.M. qu'à tenter un recours en responsabilité extra contractuelle (du fait d'une décision administrative).

Conseil d'Etat rejette ainsi (définitivement ?) la théorie du mandat comme fondement de la jurisprudence *S.E.R.M.* Il décrit plutôt les contours d'un contrat qui se rapproche de ce que l'on a pu appeler un quasi mandat, à l'image du contrat de commission auquel J. Leneveu avait fait allusion dès 1976⁷⁴². L'intermédiaire voit l'effet de ses actes s'inscrire d'abord dans son propre patrimoine, avant de transférer les droits et obligations qui en découlent à la personne publique, laquelle n'entretiendra pas de relations contractuelles avec les cocontractants de son quasi mandataire.

L'examen de l'ensemble de cette jurisprudence apporte un flot inhabituel de tergiversations, et la qualification, dans certaines espèces, de mandataire, malgré l'inexistence des circonstances qui révèlent habituellement cette qualité aux yeux du juge, se doit d'être expliquée, au titre d'une conclusion en forme de réflexions.

Il n'est guère satisfaisant en effet de s'en tenir au simple constat des contradictions de fond. Si l'on admet, ce qui est notre cas, que le juge n'aurait jamais dû qualifier la personne privée en cause de mandataire, il convient d'essayer d'entrevoir les raisons qui ont pu poussé le juge à franchir le pas. De deux choses l'une : ou bien la qualification de mandataire résulte d'une mauvaise appréciation de sa situation par le juge ; ou bien, quoique erronée, elle correspond à une attitude volontaire de la part du juge qui recherche par là certains avantages. La première hypothèse est envisageable, la deuxième est plus probable.

Il arrive fréquemment que les parties à un contrat procèdent à une qualification erronée au regard des relations qu'elles ont entendues réellement nouer, et le juge s'autorise à "requalifier" le contrat. On conçoit que l'erreur soit relativement fréquente chez des personnes qui ne font pas profession du droit. Que cette erreur se produise chez le juge lui-même surprend davantage. Il y a là sans doute alors un effet de la complexité des circonstances. En l'occurrence, le décret du 19 mai 1959 présente une certaine ambiguïté. L'influence d'une partie de la doctrine n'y est peut-être pas totalement étrangère non plus.

Celle-ci s'exerce la plupart du temps positivement, contribuant par ses critiques constructives à un progrès du droit, ou à tout le moins à sa meilleure connaissance. Mais il n'en va pas toujours ainsi. Le droit administratif et plus particulièrement le droit des contrats administratifs offre un intéressant exemple d'erreur du juge provoquée par une interprétation doctrinale erronée. L'arrêt du Conseil d'Etat du 21 mars 1910 *Compagnie général des Tramways*⁷⁴³ est unanimement présenté comme l'arrêt de principe en matière de pouvoir de

⁷⁴² Même si c'était par le simple constat, insuffisant, de l'absence d'action " au nom " de la personne publique - JCP 1976 II, n° 18513. Sur le quasi mandat en droit privé, voir le Titre 1, chap. préliminaire.

⁷⁴³ S. 1911.3.1, concl. Blum, note Hauriou.

modification unilatérale du contrat administratif reconnu à l'administration. Effectivement, le Conseil d'Etat y reconnaît pour la première fois à une personne publique le droit de modifier unilatéralement un contrat, contrairement au principe fondateur de l'article 1134 du Code civil⁷⁴⁴. Cet arrêt aboutit bien plus tard à la proclamation solennelle du principe. Dans l'arrêt de Section du 1983 *Union des transports publics urbains et régionaux (U.T.P.U.R.)*, le Conseil d'Etat déclare que le pouvoir de modification unilatérale fait partie " des règles générales applicables aux contrats administratifs "⁷⁴⁵. En dépit de la compensation financière qu'elle implique, la dérogation avec le droit privé est très nette, et l'origine de cette règle serait à rechercher dans l'arrêt *Compagnie générale des tramways*.

Pourtant, bien avant l'arrêt de 1983, deux auteurs s'étaient insurgés contre l'interprétation selon laquelle le Conseil d'Etat aurait consacré un principe général applicable même sans texte. M. Lhuilier et F.-P. Benoît⁷⁴⁶ ont retracé l'historique de cet arrêt, et plus encore de cette interprétation qui ne serait apparue que dans les années trente avant d'être reprise dans la célèbre thèse de G. Péquignot⁷⁴⁷. Ils ont pu démontrer qu'en réalité, le pouvoir de modification admis dans l'arrêt de 1910 avait pour origine un texte réglementaire, et non un prétendu principe général du droit (avant la lettre).

L'originalité de l'affaire réside non dans l'erreur doctrinale mais dans le suivisme dont a fait preuve le Conseil d'Etat en 1983, en reconnaissant implicitement la validité de l'interprétation de l'arrêt *Compagnie générale française des tramways*. L'idée d'un pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs serait ainsi née de l'interprétation erronée d'un arrêt du Conseil d'Etat par la doctrine, que le juge aurait fait sien par la suite.

Dans ces conditions, il n'est pas impensable qu'un même phénomène se soit produit à propos de la jurisprudence *S.E.R.M.* Une partie importante des auteurs qui se sont penchés sur la question, dont certains ont une autorité incontestable en la matière, a admis dès 1975 l'existence d'un mandat tacite ou implicite, à l'image de F. Moderne ou de MM. Franc. et Boyon, avec une influence certaine sur la doctrine⁷⁴⁸. Il n'est pas déraisonnable de penser que ce sentiment, commun à de nombreux auteurs, a fini par atteindre les membres du Palais-Royal eux-mêmes. Il est vrai qu'en outre, les circonstances issues du décret du 19 mai 1959 présentaient une certaine ambivalence.

⁷⁴⁴ Dont la portée a toutefois été exagérément mythifiée.

⁷⁴⁵ P. 33.

⁷⁴⁶ " De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratif ", JCP 1963 I, n° 1775.

⁷⁴⁷ Th. Montpellier, 1945.

⁷⁴⁸ A en juger par la référence à cette idée dans les manuels - cf introduction générale.

Ce décret, on le sait, avait envisagé deux types d'intervention des S.E.M. en matière d'aménagement urbain : l'une " au nom et pour le compte " d'une personne publique, l'autre en tant que " concessionnaire " d'une personne publique. Or les conditions de leur mise en oeuvre pouvaient s'avérer identiques en tout point, hormis le titre auquel elles intervenaient. L'arrêt *S.E.M.A.R.B.O.* précité de 1986 en a fourni une excellente illustration.

En outre, le Conseil d'Etat ne se laisse pas influencer par la circonstance que la personne agissait seulement " pour le compte " d'une personne publique et non " en son nom et pour son compte ", puisqu'il reconnaît l'existence d'un mandat aussi parfois dans le premier cas. Si l'on veut résumer l'attitude du Conseil d'Etat à l'égard de la deuxième expression, une formule brève se révèle la plus claire : sa présence suffit à reconnaître l'existence d'un mandat⁷⁴⁹ mais son absence ne l'exclut pas. Il y avait quelque difficulté à distinguer ces deux situations, d'autant que de manière étonnante, le juge ne se réfère jamais au décret du 19 mai 1959, qui seul lui aurait permis d'entrevoir la distinction. En somme, celui-ci mettait en place à la fois un mandat et un quasi mandat que le Conseil d'Etat a fondu dans une seule et même notion.

Pourtant, l'erreur ainsi commise présente un certain avantage qui, peut-être, explique véritablement la qualification de mandat.

Il faut auparavant relativiser la portée de cette erreur en soulignant qu'elle correspond à une tendance, parmi d'autres, au sein du Conseil d'Etat. Le fonctionnement d'une institution juridictionnelle comme le Conseil d'Etat obéit à cette donnée assertorique⁷⁵⁰. Il y a là d'ailleurs la seule explication des tergiversations aussi fréquentes que l'on a pu relever dans la jurisprudence *S.E.R.M.* Le commentaire des MM. Franc et Boyon de l'arrêt du 30 mai 1975 offre à cet égard une illustration de ces divergences⁷⁵¹. Car la solution n'a pas, en réalité, véritablement trouver grâce aux yeux de ces maîtres des requêtes au Conseil d'Etat, en dépit des propos modérés d'usage. D'une part, les conditions dans lesquelles le juge procède à la recherche de ce " mandat " particulier " ne conduisent pas à un critère ayant toute la netteté et la commodité qu'on est en droit d'attendre en matière de répartition des compétences ". D'autre part et surtout, " la concession apparaît pour partie comme fictive et le " mandat " comme une interprétation juridiquement commode de certaines des relations existant entre la collectivité et la société d'aménagement ". Il fallait sans doute lire entre les lignes pour deviner que cette solution " juridiquement commode " était peut-être, pour MM. Franc et

⁷⁴⁹ Sauf exception d'opportunité comme dans l'arrêt du 27 janvier 1984 *Ville d'Avignon* précité.

⁷⁵⁰ Le droit constitutionnel américain a reconnu cet état de fait, ou, pour le dire autrement, est passé de l'assertorique à l'apodictique, en autorisant la publication des opinions des juges suprêmes minoritaires pour chaque arrêt. Cela donne lieu en conséquence à de savantes études sur l'évolution des opinions à l'intérieur de la Cour. Voir, par exemple, G. Scoffoni, " La Cour suprême des Etats-Unis et l'avènement d'un centrisme judiciaire ", *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1993, p. 385 et s.

⁷⁵¹ Note préc., A.J.D.A. 1975, p. 345 et s.

Boyon, juridiquement fausse. Le simple constat de ce que l'arrêt qui a le plus nettement rejeté les effets du mandat a été rendu sur les conclusions conformes du commissaire du gouvernement Boyon suffit à le confirmer⁷⁵².

L'explication de cette " méprise " pourrait ainsi avoir pour fondement les avantages que le juge escompte en tirer. Il y a en effet quelque ennui à justifier autrement la compétence administrative à l'égard de contrats passés entre personnes privées au regard de l'ordonnance du 31 juillet 1945. On verra qu'une conception rénovée de la notion d'autorité administrative peut justifier une compétence élargie. Mais à défaut, pour le juge, de franchir explicitement le pas, la théorie du mandat et plus généralement de la représentation constitue le seul et unique rattachement possible avec le texte fondateur de la compétence de la juridiction administrative. Toute intervention au delà de cette frontière paraît difficile à justifier et rend suspect le juge de velléité de " gouvernement ", c'est-à-dire de jurisprudence politique, dans un pays traditionnellement méfiant à son égard⁷⁵³. La théorie du mandat représente alors une fiction qui pose son halo sur le véritable fondement de cette jurisprudence. Son invocation, bien qu'usurpée, détourne des motivations profondes du juge dont la connaissance pourrait le voir accusé de contrevenir à la volonté générale, représentée par la faculté laissée par le législateur aux collectivités publiques de faire intervenir des personnes privées dans l'action administrative selon des formes de droit privé. La crainte d'une réaction législative reste assurément très présente dans la démarche du juge administratif⁷⁵⁴.

En définitive, H.-G. Hubrecht résume parfaitement l'attitude dans le cadre de la jurisprudence *S.E.R.M.* : " le mandat tacite dont il s'agit est dépourvu de contenu précis et apparaît comme une qualification que le juge utilise pour fonder une solution fondée sur une toute autre analyse "⁷⁵⁵. C'est de cette autre analyse dont il va être question dans la deuxième partie.

⁷⁵² C.E. 27 janvier 1984 *Ville d'Avignon*, précité.

⁷⁵³ La volonté attribuée au juge de ne pas s'immiscer dans le domaine du politique s'illustre à travers la théorie des actes de gouvernement, insusceptibles de recours pour excès de pouvoir. En dépit de cette intention, il n'échappe pas à la tentation des décisions de nature politique - en ce sens D. Loschak, *Le rôle politique du juge administratif français*, Th. Paris, 1970.

⁷⁵⁴ Comme celle qui suit l'arrêt *Canal, Robin et Godot* avec le vote de l'article 50 de la loi du 15 janvier 1963 destiné à priver l'arrêt de toute portée pratique - sur cette question, voir les G.A.J.A, op. cit., p. 599. Cette inquiétude est même expressément évoquée par le commissaire du gouvernement Braibant pour justifier son refus d'étendre la jurisprudence *Peyrot* au domaine ferroviaire -cf ses conclusions sous l'arrêt du T.C. du 17 janvier 1972 *S.N.C.F. c/ Solon et Barrault*, R.D.P. 1972, p. 465.

⁷⁵⁵ Thèse précitée, p. 180.

CONCLUSION DU TITRE 2

De la théorie du mandat présentée parfois comme une sorte d'holisme des exceptions au critère organique du contrat administratif, il ne reste rien d'autre que le constat de son inadaptation.

Bien établie à propos de la jurisprudence *Peyrot*, la démonstration demeure fortement contestée au sein de la doctrine en ce qui concerne la jurisprudence *S.E.R.M.* La ressemblance entre le mandat et le contrat qui en est à l'origine de cette jurisprudence, un quasi mandat, et comme l'attitude du Conseil d'Etat, tantôt compréhensive, tantôt rétive à l'égard de la thèse du mandat, contribuent à entretenir le doute à ce sujet. L'examen attentif des conditions d'intervention de ces intermédiaires privés dans l'action administrative, et notamment la révélation de l'existence d'une concession d'aménagement, aboutit pourtant nécessairement à invalider cette thèse, les contradictions de fond de la jurisprudence traduisant uniquement des divergences d'appréciations au sein même du Conseil d'Etat.

Les deux dernières exceptions (chronologiquement), issues des arrêts *Laurent* et *Nersa* ne font pas grand cas, elles non plus, de la théorie du mandat. L'équivoque de la jurisprudence *S.E.R.M.*, n'est pas de mise ici. Rien ne permet de rapprocher ces espèces de l'hypothèse d'un mandat, ni les buts assignés à une société anonyme au régime juridique exorbitant du droit commun ou à une association parapublique, ni les conditions de leur intervention.

Conscients de sa carence à fonder ces exceptions, d'aucuns rejettent la théorie du mandat au profit d'une certaine idée de la représentation. La personne privée agirait ainsi non comme mandataire mais comme représentante *lato sensu* de la personne publique. L'invocation d'une idée de représentation élargie aux hypothèses dans lesquelles la personne publique ne connaît pas directement les effets des actes de l'intermédiaire n'apporte rien de plus à l'analyse, à défaut de conséquences juridiques précises et uniformes⁷⁵⁶.

⁷⁵⁶ Cf Introduction générale et la critique de la notion de représentation indirecte ou imparfaite.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Lorsqu'une personne publique recourt à la technique du mandat avec une personne privée, les effets de l'action de cette dernière lui seront directement imputables. Lorsque le juge est amené à se prononcer, il appliquera ce principe, même si cela se fait parfois en deux temps (si le tiers a actionné le mandataire, ce dernier se doit d'assumer ses actes avant d'éventuellement se retourner contre le mandant). Le mandat, entendu comme un concept au sens hégélien du terme⁷⁵⁷, répond alors à une définition propre que le droit administratif n'affecte pas dans ses éléments essentiels.

Utilisé comme technique, il ne correspond pas à une véritable exception au critère organique mais à une modalité d'application. Utilisé comme fondement des véritables exceptions au critère organique, il ne paraît pas apte à répondre aux attentes exprimées par la doctrine à son égard. Lorsque certains auteurs, et exceptionnellement le Conseil d'Etat, se réfèrent au mandat pour fonder les exceptions véritables au critère organique du contrat administratif, le mandat est compris, non tel qu'il est réellement mais en tant qu'idée vague, bien éloignée de la réalité. Il remplit alors une fonction particulière, légitimant en apparence des solutions jurisprudentielles basées sur une toute autre analyse, qu'il reste à déterminer.

A cet égard, la conclusion à laquelle l'étude de la jurisprudence *S.E.R.M.* a permis d'aboutir vaut pour l'ensemble des exceptions au critère organique du contrat administratif. Il est probable que le juge et la doctrine se satisfassent du recours à la théorie du mandat ou, à défaut, à celle de la représentation. Celles-ci ont l'avantage pour le juge de laisser croire qu'il joue un rôle mineur, réduit qu'il serait à appliquer la volonté des parties à un contrat de mandat ou celle du législateur à propos d'une représentation unilatérale. Toute autre explication conduirait nécessairement à mettre le juge au centre de la solution, au risque de le placer non sur un piédestal mais sur la sellette, accusé de consacrer des solutions non strictement juridiques. La majorité de la doctrine, quant à elle, a cherché à dégager une cohérence au sein d'une jurisprudence qui, pour des raisons pratiques autant que théoriques, en manque cruellement. La tentation était grande d'assimiler la jurisprudence *S.E.R.M.* à une hypothèse de mandat, une fois souligné le caractère original et circonscrit de la jurisprudence *Peyrot*. Il est vrai que le doute était permis s'agissant de la jurisprudence *S.E.R.M.* La théorie du mandat apportait cet élément de cohérence au regard de la tradition de la prépondérance du critère organique, à condition de passer sous silence les deux autres exceptions postérieures, et dispensait ainsi de rechercher une autre explication.

⁷⁵⁷ Cf F-P Bénoit, " Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique ", in *Mélanges Drago*, 1996, p. 23 et s.

C'est précisément ces deux exceptions supplémentaires, alliées à la démonstration de la l'inutilité de la théorie du mandat dans les deux précédentes, qui justifient la recherche de cette autre explication. L'idée de " transparence " de la personne privée agissant " pour le compte " d'une personne publique traduit certainement le mieux le véritable fondement des exceptions au critère organique du contrat administratif. Particulièrement utilisée dans la sphère juridico-politique contemporaine, elle paraît seule apte à expliquer ces exceptions jurisprudentielles, même si elle s'y trouve seulement en filigrane.