

Les quatre exceptions au critère organique du contrat administratif, si elles se distinguent les unes des autres par leurs critères d'identification, ont néanmoins un point commun, celui d'être fondées sur le refus du juge de s'en tenir à l'apparence de la personnalité privée et de voir à travers certaines personnes privées de véritables instruments de l'administration, sans pour autant en faire des mandataires ou des représentants. Du moins est-ce là l'objectif des premiers développements qui vont suivre que de le démontrer.

C'est ainsi qu'il faudra comprendre le terme de " fondement ". Il ne doit pas être entendu au sens habituel de justification explicite des contrats administratifs entre personnes privées, que révèlent les critères utilisés par le juge tout au long de sa jurisprudence. Même si ces derniers seront évoqués, ce ne sera que pour mieux dégager les soubassements du raisonnement, basé sur le constat inavoué de la présence publique au sein de certaines personnes privées et qui ont poussé le Tribunal des conflits puis le Conseil d'Etat à nuancer la prégnance du critère organique dans la définition jurisprudentielle du contrat administratif. Ainsi parlera-t-on, non des conditions de l'existence de la transparence, puisque le juge renonce à l'invoquer explicitement, mais de l'essence de la transparence au sein de la jurisprudence actuelle : une théorie qui représente les fondements sous-jacents des exceptions au critère organique reposant sur des critères qui lui sont, à une exception près, étrangers (Titre premier).

L'idée avancée ensuite consiste à considérer qu'une fois admise comme fondement sous-jacent de ces exceptions, la théorie de la transparence de la personnalité morale ne peut s'accommoder d'une demi-mesure. De par son essence même, la transparence, prise dans la globalité du concept que l'on étudiera et non plus à travers les contingences jurisprudentielles existantes, suppose d'aller bien au delà du cadre actuel. Car, en outre, ce légitime souci de s'attacher à la nature profonde de la personnalité privée s'inscrit dans le cadre d'une dynamique contemporaine, qui s'appuie sur le concept de transparence de la personne morale de droit privé et plus généralement de transparence en droit. La démarche du juge, adoptée de manière subreptice dans les quatre exceptions étudiées, pourrait ainsi être, à condition d'être poussée jusqu'au bout de sa logique par l'adoption d'une transparence organique généralisée, le facteur d'un renouveau des exceptions au critère organique (Titre deuxième) qui comporterait de nombreux atouts jurisprudentiels.

**Titre 1 : le concept de transparence, fondement sous-jacent des exceptions
au critère organique du contrat administratif**

Rechercher l'essence de la transparence dans des jurisprudences qui n'en présentent à première vue aucun des attributs constitue une démarche risquée par ce que difficile. La difficulté réside dans la circonstance que les éléments d'appréciations émanant du juge manquent, et que la doctrine ne s'est pas lancée réellement sur ces chemins. Si l'on peut parler de la transparence comme un fondement de ces exceptions (au sens que l'on vient de donner à l'expression), ce n'est qu'après une démonstration longuement argumentée, qui ne pourra éviter quelques extrapolations ou suppositions.

Seront alors évoqués les éléments de transparence des personnes privées (entendue ici comme la maîtrise pleine et entière d'une personne privée par une personne publique) qui, à partir de situations différentes, ont certainement influencé le juge dans le sens de la consécration de chaque exception. Une fois le contenu de cette transparence précisé (chapitre premier), il restera à déterminer le but de la démarche du juge, ou pour le dire autrement avec F. Llorens, ce qui relève de l'ordre des " motivations profondes " ¹. On ne saurait en effet se borner à expliquer un contenu, sans chercher à analyser les raisons qui ont poussé le juge à illustrer ce contenu. Ainsi la transparence se révèle être le fondement de ces exceptions mais encore faut expliquer ce qui fonde cet attachement à la transparence, quels en sont les motifs (chapitre 2). Les deux sens du terme de fondement seront alors illustrés : la transparence constitue un principe général servant de base à la jurisprudence étudiée, et l'on tentera de dégager les motifs de cette transparence. Sera alors établi le principe de transparence dans sa quintessence, à défaut d'être reconnu par le juge dans son existence. Dans ce domaine, l'essence précède l'existence.

¹ F. Llorens, " La jurisprudence *Société entreprise Peyrot*, nouveau développement ", R.F.D.A. 1985, p. 355.

CHAPITRE PREMIER : LE CONTENU DE LA TRANSPARENCE APPLIQUEE PAR LE JUGE

De son refus de s'en tenir à l'apparence de la nature privée d'une personne, le juge ne devrait pas tirer nécessairement les mêmes conséquences. Dans le cadre de la jurisprudence *Laurent* comme il a été vu, il paraîtrait logique qu'il fasse jouer les effets du contrat sur la tête de la personne publique, à l'image de ce qui se passe avec ce genre d'organismes transparents dans les domaines des actes administratifs unilatéraux et de la responsabilité. Il y aurait là l'effet de la prise en considération de la transparence comme critère de qualification et de fond et non plus seulement comme fondement sous-jacent de la compétence administrative. J-M. Auby parle même alors de " technique employée par le juge qui va rendre " transparente " une institution qui se présente à lui dans un rapport juridique, et dont la présence entraîne l'application de certaines règles "2.

Pour incontestée que soit cette interprétation en général, elle n'en est pas moins sujette à caution s'agissant du domaine des contrats passés par les associations transparentes, tant le Tribunal des conflits, paradoxalement, ne semble pas avoir franchi le pas. Le litige opposera toujours deux personnes privées, la seule conséquence de cette transparence portant sur la juridiction compétente. Cette jurisprudence rejoint ainsi les trois autres exceptions qui n'ont de lien avec la transparence qu'à l'effet d'écartier non pas la personnalité morale mais seulement le caractère privé de cette personne morale, et encore uniquement au titre de la qualification des contrats qu'elle passe.

La seule originalité de la jurisprudence *Laurent* apparaîtra dès lors dans le fait que les critères utilisés renvoient clairement à ceux de transparence totale de la personne morale. Mais des indices non équivoques et les circonstances qui entourent l'avènement des trois autres jurisprudences prouvent que, pour elles aussi, le concept de transparence constitue le fondement de l'ensemble de ces exceptions. L'utilisation de critères différents pour chacune d'entre elles concourt au même objectif : aller au delà de l'apparence de la personnalité privée pour s'intéresser aux marques de la présence publique en leur sein.

Pour y parvenir, le juge s'attache effectivement au statut de la personne privée qui recèle une emprise publique dans le fonctionnement de la personne privée, de sorte que la transparence constitue un fondement sous-jacent mais direct (section 1). Dans deux autres hypothèses, seules l'étude des conditions particulières d'intervention des personnes privées

² " La théorie des institutions transparentes en droit administratif ", R.D.P. 1988, p. 265.

explique le recours à la théorie de la transparence, en dépit de l'utilisation par le juge de critères qui lui sont totalement étrangers (section 2).

SECTION 1/ LA TRANSPARENCE DIRECTE LIEE AU STATUT DE LA PERSONNE PRIVEE

Lorsque l'on s'attache à la réalité de l'autonomie d'une personne privée afin de déceler les marques de la puissance publique, il paraît logique de se pencher sur le statut de celle-ci. Le Conseil d'Etat dans cette optique va, avec la jurisprudence *Laurent*, jusqu'à considérer la personnalité privée (mais non la personnalité morale elle-même) comme juridiquement inconsistante, du moins dans les rapports qu'elle entretient avec des personnes extérieures à son propre fonctionnement (§ 1).

Dans la jurisprudence *Nersa*, il attribue à la juridiction administrative la connaissance des contrats d'une société anonyme en raison de la ressemblance qu'elle présente avec un établissement public (§ 2).

§ 1/ La transparence liée à l'inconsistance de la personne privée

La jurisprudence *Laurent* a consacré le seul et unique exemple de contrat administratif entre une personne assimilable à une association qui agissait pour le compte d'une personne publique et une autre personne privée³. Il y a bel et bien ici exception au critère organique, contrairement à ce qu'a pu affirmer un auteur pourtant bien au fait de la théorie de la transparence⁴ : seules ces personnes privées sont censées être parties au contrat, puisque le Tribunal des conflits renvoie les deux parties au litige devant le juge administratif.

³ T.C. 22 avril 1985 *Laurent*, rec.T. p. 541 et 681. Il s'agissait d'un " comité des fêtes " dont tout permet de penser qu'il avait le statut d'une association en dépit du silence du juge à cet égard.

⁴ J.M. Auby (article précité) a fait remarquer que le contrat est alors considéré comme passé par la personne publique, de sorte qu'il s'agirait plus d'une modalité d'application du critère organique que d'une exception. Cela suppose que le juge a considéré que le contrat avait été passé par la personne publique et, par conséquent, que la juridiction administrative sera compétente pour examiner le litige qui naîtrait entre le particulier et la personne publique. 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

Les critères employés ne sont pourtant pas inconnus car ils rappellent ceux concernant des arrêts relatifs également à des associations transparentes, intervenus dans les contentieux de l'acte administratif unilatéral, de la responsabilité ou encore de l'existence d'un service public. Dans les deux cas, la transparence passe par l'inconsistance de la personne privée, c'est-à-dire par la démonstration de l'absence d'autonomie de la personne privée, mais dans la jurisprudence *Laurent*, seule la personnalité privée est écartée, et encore à l'occasion de la qualification d'un contrat, alors que dans les autres cas, c'est la personnalité morale elle-même qui est rendue totalement transparente, au point que le juge lui substitue la personne publique qui se trouve derrière elle. La juridiction administrative sera compétente pour examiner le litige opposant ce particulier à la personne publique pour le compte de laquelle l'autre personne privée agissait et non un litige opposant un particulier et une institution transparente comme avec la décision *Laurent*.

Cela dit, c'est l'ensemble de cette jurisprudence dans laquelle la décision *Laurent* s'inscrit qu'il faut évoquer pour expliquer les critères dégagés dans cette décision, ainsi que leur portée. L'examen de ces critères laisse une impression de constance, qui contraste avec les interrogations sur leur pérennité, suscitées par certaines décisions récentes.

A/ La constance des critères de la transparence des associations

La question de l'attitude du juge administratif ou du juge des conflits à l'égard des associations " fictives " ou " administratives " est loin d'être nouvelle. Depuis 1937, il y a répondu en dégagant les éléments caractéristiques d'une maîtrise publique. La diversité des méthodes employées ne se traduit pas toutefois par une discontinuité réelle.

1/ Aux origines des critères de transparence : la requalification et l'inexistence de la personne privée

contentieuses ne peuvent malheureusement pas confirmer cette assertion (C.E. 8 avril 1987, *Laurent*, Req. 63482 : appel du jugement du tribunal administratif déclaré irrecevable) mais la solution paraît suffisamment fondée à partir de la seule décision *Laurent*. Il est à remarquer que P. Delvolvé se rallie à l'opinion de J.-M. Auby, " La transparence administrative ", in *La transparence*, colloque de Deauville des 19-20 juin 1993, R.J.Com., 1994, p. 25 (" les contrats que (l'association) conclut engagent la collectivité).

L'arrêt de Section du 24 décembre 1937 *De la Bigne de Villeneuve* est représentatif des prémisses de la théorie de la transparence de la personnalité morale de droit privé en droit administratif, de par le faisceau d'indices mis en oeuvre⁵.

Examinant la compétence du juge administratif à propos d'un litige opposant le ministre des affaires étrangères à des professeurs employés par une association, le Conseil d'Etat s'intéresse de près à cette association : " considérant que l'école française de droit du Caire, quoique constituée sous la forme d'une association, doit être regardée, tant en raison du but qu'elle poursuit que de son organisation et du recrutement de son personnel enseignant, comme un établissement public participant au service public de l'enseignement supérieur français ". La suite de l'arrêt éclaire quelque peu la formulation initiale : les professeurs en question sont nommés et révoqués par le ministre et sont rémunérés par l'association, principalement grâce à des subventions allouées par l'Etat français. Trois critères ont ainsi été mis en exergue : le but de l'association (l'enseignement supérieur), l'organisation de celle-ci (nomination des professeurs par l'Etat) et le financement (essentiellement public).

Il y a là cependant une nuance à introduire par rapport à l'idée de transparence. Le juge n'a pas regardé l'association comme transparente, il est allé au delà en procédant à sa requalification en établissement public, l'alignant ainsi sur le statut des autres établissements d'enseignement relevant de l'Etat. Le lien avec cette théorie demeure indirect toutefois. Les critères retenus feront peu ou prou l'objet d'une réutilisation dans le cadre des associations transparentes.

Un autre arrêt de Section, en date du 19 janvier 1962, *Confédération nationale artisanale*, se rapproche de cette méthode de requalification. Il s'agissait d'une contestation relative à la nomination d'un membre au conseil supérieur de médecine du travail et de la main d'oeuvre sur proposition de l'Assemblée des présidents de chambres des métiers, au titre de représentant des organisations d'employeurs. Pour annuler cette décision administrative, le Conseil d'Etat procède en deux temps. Il établit et même proclame que " sauf disposition législative ou réglementaire en décidant autrement, la représentation des intérêts professionnels au sein des organismes administratifs doit être assurée par des groupements, associations ou syndicats, d'ordre privé ". Peu après il estime qu'il résulte de ces dispositions que , " bien que constituée sous la forme d'association de la loi du 1er juillet 1901, l'Association des présidents des chambres des métiers qui groupe ainsi les chambres des métiers ne présente pas le caractère d'un groupement professionnel d'ordre privé au sens du décret du 27 janvier 1951 ; qu'elle ne pouvait, par suite, être regardée comme organisation représentative des employeurs " ⁶.

⁵ P. 1089.

⁶ P. 46, conclusions Plouvin ; D-S 1962, p. 206 ; R.D.P. 1962, p. 971, observations M. Waline. La solution de fond apparaît toutefois très contestable : elle l'eut été beaucoup moins si le juge s'était basé sur la non représentativité de l'association et

Le lien avec la transparence est souligné par un commentateur : " en écartant (...) cet élément formel, pour ne retenir que la nature des organismes qui se profilaient à l'arrière plan de ce décor juridique, le Conseil d'Etat s'est donc attaché à dépasser de son analyse les simples apparences "7. Pourtant, le juge se place dans la continuité de l'arrêt de 1937. L'association n'est certes pas requalifiée explicitement en personne publique mais disqualifiée de sa nature privée, ce qui revient au même. On aura remarqué que les indices sur lesquels le juge s'appuie sont réduits à un seul, la qualité des membres de cette association.

De telles requalifications n'ont plus eu cours par la suite. Peut-être faut-il voir là l'effet de la proclamation, par le Conseil constitutionnel, de la liberté d'association comme principe fondamental reconnu par les lois de la République, rendant difficile toute remise en cause de la volonté des associés, fussent-ils publics8. D'autres moyens permirent heureusement de rectifier indirectement des qualifications abusives.

Parmi eux figure le recours à la déclaration d'inexistence. Il ne s'agit pas, là non plus, de transparence, dans la mesure où cette dernière suppose une action du juge qui " découvre " la personne publique derrière la personne privée, alors qu'ici il se borne à constater l'inexistence de l'association9.

Cette déclaration peut consister en une inexistence *de jure*. L'association ne possède pas de personnalité juridique distincte de celle de la collectivité. Elle n'a qu'une existence nominale et constitue en réalité un simple service de celle-ci10.

Plus subtilement, le juge constate parfois une inexistence *de facto*. L'arrêt *Commune d'Arcueil* du 17 avril 1964 précité relève notamment que l'association chargée d'un patronage municipal qui accueillait des enfants de la commune " n'a jamais fonctionné et que ses statuts déposés à la Préfecture se bornaient à reproduire la décision du maire du 27 mai 1938 ", laquelle avait créé ce patronage en régie directe. Ceci fonde la compétence du juge administratif pour connaître d'une demande en indemnité pour défaut de surveillance ayant provoqué l'accident d'un enfant fréquentant cette association11.

non sur une incompatibilité de principe entre la nature publique d'une personne et sa représentativité. M. Waline y voit une solution " politique ", car favorisant les syndicats.

⁷ D. Soc., avril 1962, p. 207. Voir aussi le commentaire de M. Waline à la R.D.P. 1962, p. 971 à 973.

⁸ D.C. 16 juillet 1971, L. Favoreu, L. Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 9ème éd., p 249.

⁹ L'arrêt *Ville de Puteaux* du 12 juillet 1955 a été volontairement écarté car il nous paraît illustrer le cas d'un mandat apparent (cf supra 1ère partie - contra J-M. Auby, art. préc.).

¹⁰ T.C. 4 juillet 1983 *Gambini* (p. 540) qui par ailleurs met un terme à la jurisprudence *Naliato* du Tribunal des conflits du 22 janvier 1955 (p. 614).

¹¹ Celle-ci sera finalement rejetée, faute pour le requérant d'avoir présenté un recours pour excès de pouvoir dans le délai de deux mois suivant la décision de refus d'indemnisation de l'administration.

Le Conseil d'Etat ne s'en tient pas toutefois à ce seul aspect et relève d'autres indices : créé par la ville, dans un but d'intérêt social, ouvert gratuitement à tous les enfants de la commune d'âge scolaire, ce centre est placé " sous la direction du maire et ne fonctionne pas dans des conditions analogues à celle des organismes similaires relevant de personnes ou d'institutions de droit privé ". Tous ces éléments donnent à penser que la décision du maire de créer cette association " n'est pas de nature à modifier le caractère de ce service public ". Le juge cherchait avant tout à établir la nature administrative du service. Ce faisant, il a également établi le caractère fictif de cette association, ce que révèlent les conclusions Combar nous, sur la base de critères présents dans la théorie de la transparence proprement dite¹². Il y a là une démarche similaire à celle du juge des comptes dans la recherche de la gestion de fait¹³ ou encore du juge administratif dans celle du dirigeant de fait¹⁴. L'autonomie de la personne privée étant ainsi fictive, la société était inexistante en fait, du moins dans les circonstances données d'une opération particulière.

2/ La continuité des critères de transparence

Sans aller jusqu'à contester l'existence de l'association, il arrive plus fréquemment au juge désormais de faire " comme si " l'association ne s'était pas interposée entre la personne publique et le tiers, ou plus exactement de considérer uniquement la personne publique qui se trouve derrière la personne privée. L'association existe mais sa personnalité est inconsistante. Le juge voit en elle une vitre qui existe bel et bien mais qui permet de découvrir l'administration derrière elle. Dans la théorie de l'inexistence, le juge constate qu'il n'y a pas de vitre (inexistence *de jure*) ou qu'il n'y a que l'armature de la vitre (inexistence *de facto*). Sur le plan contentieux, la différence se retrouve dans le fait que l'association ne sera considérée comme transparente que pour certaines relations qu'elle noue avec les tiers, là où l'inexistence suppose son effacement complet¹⁵.

¹² D. 64, p. 45 : le commissaire du gouvernement s'attache dans un premier temps à démontrer que cette association est demeurée purement fictive : statuts arrêtés unilatéralement par une autorité administrative, ressources propres nulles et recettes et dépenses inscrites au budget communal. Ce n'est qu'ensuite qu'il s'intéresse à la nature du service. Le Conseil d'Etat semble avoir lié les deux et de fait, il est certain que les critères de distinction du S.P.A. et du S.P.I.C. ressemblent fortement à ceux de la transparence.

¹³ Recherche qui relève du contrôle du Conseil d'Etat juge de cassation - cf par exemple C.E. Sect. 6 janvier 1995 *Oltra*, D.A. 1995 n° 284.

¹⁴ Puisque le Tribunal des conflits l'a reconnu compétent dans ce cadre, T.C. 23 janvier 1991 *Préfet de Loire*, p. 291.

¹⁵ Cf en ce sens, J-P. Négrin " Les associations administratives ", A.J.D.A. 1980, p. 134 à propos de l'arrêt *Commune d'Arcueil* : " il est difficile de parler de transparence en ce cas, car la transparence suppose un minimum d'existence ; or le Conseil d'Etat semble avoir considéré que l'association n'existe pas ".

Cette " technique ", pour reprendre l'expression de J-M. Auby qui traduit bien le rôle central du juge¹⁶, est apparue pour la première fois dans l'arrêt d'Assemblée du 21 novembre 1947 *De Castex*¹⁷. Dans cette affaire, rendue sur les conclusions Odent, il revenait au juge suprême de déterminer si une association gérait un service public, faute de quoi le Préfet de la Seine n'aurait pas été fondé à réquisitionner un logement pour l'y installer. Or, " cet organisme, quoique constitué sous la forme d'une association déclarée régie par la loi du 1er juillet 1901, doit être regardée, en raison tant de l'objet de son activité que de ses règles d'organisation et de fonctionnement, et notamment de la participation des agents de l'Etat à son administration et au contrôle de ses opérations, comme un établissement chargé de la gestion d'un service assimilable à un service public ". De la formulation de l'arrêt *De la Bigne de Villeneuve* qui avait précédé, il ne manque que la référence au mode de financement.

En quoi un arrêt relatif à la définition du service public géré par une personne privée intéresse-t-il la théorie de la transparence ? La réponse réside dans les conséquences juridiques que le juge tire du caractère parapublic de cette association. Sans procéder à sa requalification en personne publique, les éléments relevés autorisent le juge à " découvrir " une mission de service public gérée par une personne privée à une époque où de telles hypothèses n'étaient pas monnaie courante. D'ailleurs, le juge n'a point besoin alors de rechercher les indices traditionnels de cette notion (et notamment l'existence de prérogatives de puissance publique). La définition du service public est affectée en ce que la nature de service public de l'activité d'une personne privée est admise plus facilement dès l'instant où le statut de celle-ci révèle une maîtrise de la personne publique. La condition organique du service public est alors remplie et il suffit ensuite que de constater la présence d'une mission d'intérêt général.

L'arrêt *Ville de Melun* du 20 juillet 1990 précité ne représente qu'un simple prolongement de l'arrêt *De Castex*. Dans ce dernier, le juge avait fait preuve toutefois d'une certaine retenue en évoquant un service " assimilable à un service public ". Dans l'arrêt *Ville de Melun*, le juge fait fi de ces précautions sémantiques et conclut, au moyen de la théorie de la transparence, à la présence d'un authentique service public géré par une personne privée ¹⁸. Ici encore, l'utilisation de la technique de transparence dispense de rechercher, comme

¹⁶ " La théorie des institutions transparentes en droit administratif ", note de jurisprudence sous C.E. 11 mai 1987 *Divier*, R.D.P. 1988, p. 265.

¹⁷ P. 433.

¹⁸ Rappelons qu'après avoir relevé la présence de missions d'intérêt général dans le domaine culturel, le Conseil d'Etat déclare à propos de l'association 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 disposition gratuite 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 ces 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 et figure ainsi au nombre des organismes mentionnés à l'article 2 précité de la loi du 17 juillet 1978 ".

traditionnellement, la présence de prérogatives de puissance publique¹⁹. La transparence de l'association résulte de son mode de financement (essentiellement public) et de son organisation (composition majoritaire de conseillers municipaux et présidence du maire). Le rapprochement avec la décision *Laurent* paraît incontournable et contrairement à ce qu'affirme le commissaire du gouvernement Pochard dans ses conclusions, il n'y a pas lieu ici de distinguer la définition du service public des autres contentieux concernant des associations transparentes²⁰.

La décision *Laurent* du 22 avril 1985 en apporte la preuve, en ce qui concerne les critères utilisés²¹. Sans prolixité, le Tribunal des conflits considère que le " comité des fêtes, eu égard à sa composition et à son mode de financement, doit être regardé comme ayant agi pour le compte de la commune " et le litige l'opposant à un manadier avec qui il avait passé contrat ayant pour objet l'exécution d'un service public (un lâcher de taureaux traditionnel) ressortit à la compétence administrative. M. Azibert et Mme de Boisdeffre ont indiqué qu'effectivement en l'espèce, outre la présence du maire, dix-neuf membres sur trente-cinq avaient la qualité de conseillers municipaux et que son financement provenait uniquement d'une subvention annuelle allouée par la commune. La similitude avec l'arrêt *De Castex* relève de l'évidence puisque dans les deux cas le juge se fonde sur l'organisation et le mode de financement pour conclure à la transparence de l'association.

Si le Conseil d'Etat n'a pas encore consacré cette jurisprudence en matière contractuelle, les cours administratives d'appel ont répondu favorablement à l'invitation du Tribunal des conflits. Celle de Nantes s'est appuyée sur les caractères particuliers d'un comité départemental du tourisme : créé par le conseil général de la Marne pour élaborer la politique de tourisme et de loisirs du département et pour la mettre en oeuvre, son conseil d'administration compte statutairement une majorité de conseillers généraux, l'exécution dudit comité est assurée, entre autres fonctions complémentaires, par un directeur mis à la disposition par le conseil général. Il s'en suit que les marchés passés dans le cadre de ses attributions statutaires par l'association avec des entrepreneurs et un maître d'oeuvre " constituent des marchés de travaux publics " ²². Si le critère financier est absent, la maîtrise publique apparaît nettement dans l'organisation et le fonctionnement de l'association.

¹⁹ Inutile de revenir sur la question de savoir s'il s'agit d'une condition nécessaire ou seulement utile pour établir l'existence d'un service public géré par une personne privée. Contentons-nous d'indiquer que cet arrêt ne peut en tout état de cause être cité pour illustrer la deuxième thèse.

²⁰ A.J.D.A. 1990, p. 820 et s. E. Fatôme a repris ce point de vue : la frontière entre les véritables associations et les démembrements de l'administration " ne passe pas au même endroit en matière de responsabilité, d'actes unilatéraux et de contrats d'une part, et en matière d'identification du service public d'autre part " - JCP 1991 II, n° 21663.

²¹ Mais pas, on l'a vu, pour ce qui est des personnes responsables ; rec.T. p. 541 et 681.

²² C.A.A. Nancy 15 avril 1993 *Département de la Marne*, Req. 91NC00026, rec.T. p. 869. Voir aussi l'arrêt de la C.A.A. Nantes 17 février 1993 *A.D.E.F.-G.C.* (92NT00053, rec.T. p. 868) mais qui conclut un peu rapidement à l'existence d'un mandat.

Quant au Conseil d'Etat, il fait preuve d'une grande constance dans l'énoncé des critères de transparence. Outre le rôle initiateur de sa jurisprudence en matière de service public, il a repris la technique dans des conditions presque identiques.

L'arrêt du 11 mai 1987 *Divier*, on l'a vu, s'appuie, en dépit d'une certaine ambiguïté²³, sur la transparence qui résulte de l'origine, de l'organisation et du financement " essentiellement " assuré par fonds publics d'une association, pour admettre la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir contre une décision du président de cette association.

Dans l'arrêt de Section *Elections municipales de Chantilly* du 26 janvier 1990, ces élections sont annulées pour motif de non respect de l'incompatibilité prévue à l'article L 231 du Code électoral entre la qualité de conseiller municipal et de chef de service de conseil général ou régional²⁴. L'élu concerné n'exerçait en réalité que des fonctions de directeur de l'" association pour le développement économique de l'Oise ", mais le Conseil d'Etat considère que " cet organisme doit être regardée, en dépit de sa forme juridique comme ayant la nature d'un service du conseil général ". Il résulte de l'instruction que " cette association, fondée par le conseil général de l'Oise a pour mission de coordonner sous le contrôle du conseil général et pour le compte du département l'ensemble des interventions économiques de cette collectivité ; que le président du conseil général est, de droit, le président de ladite association, dont le conseil d'administration et le bureau sont composés en très grande majorité de membres du conseil général et dont le financement est assuré, pour la quasi-totalité, par des subventions départementales ".

De même, le Conseil a admis que la responsabilité d'une commune puisse être engagée à raison de la faute commise par une association sportive qui lui est étroitement rattachée. L'arrêt de Section *Ministre de l'éducation nationale contre Sieur Boitier*, du 11 avril 1975, qualifie un accident survenu à un professeur au cours d'un séjour en montagne avec l'association sportive de l'établissement scolaire d'accident de service²⁵. Dans ses conclusions, D. Labetoulle constataient en effet une " autonomie par rapport à l'Etat extrêmement réduite " de l'association du fait de sa création (obligatoirement par le directeur de l'établissement d'enseignement qui en assure la présidence), de son fonctionnement (participation de fonctionnaires de l'Etat) et de son mode de financement (crédits d'Etat)²⁶.

²³ L'expression selon laquelle le recours doit être " regardé en réalité comme dirigé contre la décision du maire " peut laisser croire à l'application de la théorie de l'inexistence, mais les critères utilisés sont caractéristiques de celle de la transparence. Dans le premier sens, voir MM. Azibert et Boisdeffre, chronique précitée p. 485 et les conclusions Schrameck à la R.F.D.A. 1988, p. 784 (" eu égard à l'absence d'existence effective de l'association... ") ; dans le deuxième, cf J-M. Auby, article précité, R.D.P. 1988, p. 271.

²⁴ P. 20.

²⁵ P. 230.

²⁶ Citées par MM. Franc et Boyon, A.J.D.A. 1975, p. 228.

Dans le même ordre d'idée, M. Dondoux fustigea le caractère " ectoplasmique " de l'Association du sport scolaire et universitaire, tout autant " transparente " que les associations qu'elle fédère. " Paravent de l'administration ", elle est marquée par une dépendance à l'égard de l'Etat en raison de son personnel et de son mode de financement. L'arrêt *Sieur Gauthier* du 2 février 1979 admet en conséquence implicitement sa compétence pour connaître d'une action en responsabilité de l'Etat du fait d'un accident survenu à un enfant au cours de ces activités sportives²⁷.

De l'ensemble de ces espèces, il ressort une réelle cohérence. Le juge parfois évoque l'origine de la personne privée, ou encore sa mission. Plus fréquemment, il s'intéresse à l'organisation, au fonctionnement et au financement de celle-ci, ce qui n'est pas sans rappeler les critères du service public industriel et commercial²⁸. Précisément, faut-il exiger comme dans ce dernier cas (et jusque en 1990²⁹) la présence de ces trois critères ou un seul suffit-il ? En l'occurrence, le juge fait preuve d'une certaine souplesse mais, de fait, il relève toujours une organisation marquée par la présence de représentants de la personne publique, auquel il adjoint au minimum la référence au mode de financement ou aux modalités de fonctionnement.

De ce bel ensemble, la jurisprudence est quelque peu revenue à une situation plus confuse, contestant la pertinence originelle des critères de la transparence et donc fragilisant leur pérennité.

B/ La pérennité des critères de transparence en question

La question de la pérennité des critères de la transparence peut être posée à partir du constat de leur incapacité à répondre à l'ampleur de la catégorie des paravents de l'administration. Paradoxalement, cette carence se fait pesante alors qu'une tendance

²⁷ A.J.D.A. novembre 1978, p. 48 et s. (rejet de l'action en l'espèce, la faute de l'encadrement n'étant pas prouvée pour un traumatisme cervical survenu lors d'une poussée de mêlée de rugby et la théorie du risque ne pouvant jouer).

²⁸ Voir notamment l'évocation de la place respective des critères du S.P.I.C. qui suit l'arrêt *Bac d'Eloka*, in G.A.J.A., op. cit., p. 213 et s.

²⁹ L'arrêt *Thomas contre commune de Francazal* du 19 février 1990 introduit une dérogation à l'exigence du cumul des trois pour la reconnaissance du caractère industriel et commercial d'un service public (p. 618).

jurisprudentielle à l'inapplication de la transparence elle-même menace la théorie dans son ensemble.

1/ Une transparence en mal d'extension

C'est avant tout l'aptitude même des critères actuels à saisir le phénomène des démembrements administratifs dans toute son ampleur qui peut être mise en doute. Et ceci pour deux raisons : d'une part, l'exigence de certains critères cumulés et d'autre part, l'application même de ces critères ont pour effet d'entraîner le juge dans un rejet de la théorie de la transparence pour des associations incontestablement transparentes.

De l'étude des espèces récentes se dégage le sentiment d'une incapacité des critères de transparence à embrasser ce genre dans son ensemble. Par cette expression, empruntée à J.-P. Négrin, mais dans un sens plus large que ce dernier, on entend viser les associations dirigées par des représentants (*lato sensu*) d'une personne publique dans un but d'intérêt général, quelle que soit l'origine de cette direction ³⁰.

Le cumul d'au moins deux critères, même s'il ne paraît pas très restrictif a priori, a pour effet d'écarter du champ de la transparence des associations pourtant directement dirigées par une personne publique. La direction, ou pour reprendre une expression du droit communautaire, " l'influence dominante " peut s'exercer tout d'abord à partir du seul élément organique. Un président d'association, par ailleurs maire, avec un conseil d'administration composé en majorité de conseillers municipaux, peut ne traduire qu'une volonté et un intérêt unique, celui de la commune, même avec des ressources propres et un personnel employé dans des conditions de droit privé. Tel sera le cas d'une association chargée par concession de la gestion d'un service public. Inversement, le financement essentiellement public peut traduire, en dehors de tout autre considération, une direction de fait d'une personne publique (cf la thèse de J.-M. Garrigou-Lagrange). A titre d'exemple, le Conseil d'Etat a refusé implicitement de faire application de la théorie de la transparence à propos de l'Agence nationale pour la création d'entreprise et à dénier à ses décisions un caractère administratif, faute pour l'association de bénéficier de prérogatives de puissance publique. Pourtant, le juge relève qu'elle compte parmi ses membres de droit plusieurs administrations publiques dont les représentants siègent à son conseil d'administration, que la désignation de son président est

³⁰ Pour J.-P. Négrin, il s'agit d' " associations déclarées, fondées et dirigées par les autorités ou agents d'une ou plusieurs personnes publiques, financées exclusivement ou principalement grâce à des subventions versées par ces personnes publiques pour assurer une activité rentrant normalement dans les attributions de celle-ci ", A.J.D.A. 1980, p. 129. Il note en revanche à juste titre l'inconvénient de l'appellation d'" association fictive " qui en droit privé est synonyme de dissimulation.

soumise à agrément ministériel et qu'elle a pour mission de participer à la politique de promotion des entreprises définie par le Gouvernement³¹.

La remarque de l'inadaptation du cumul des critères aux données de fait qui peuvent illustrer une action publique en dehors des cadres de la transparence " jurisprudentielle " peut être étendue à l'application même de ces critères.

L'arrêt du 4 mai 1987 *S.A. Merx* illustre assez bien la deuxième tendance du juge³². La rédaction en elle-même ne nous apprend rien, puisque le Tribunal des conflits indique succinctement qu'" eu égard à son organisation et aux modalités de son financement, cette association ne peut être regardée comme ayant agi pour le compte de la commune en concluant le contrat précité ". Ph. Terneyre, dans son commentaire critique de l'arrêt, constate pourtant que l'association n'est qu'une " émanation de la personne publique ", le maire étant président de droit, et le conseil d'administration faisant apparaître une " représentation sinon majoritaire, du moins prépondérante de la ville par l'intermédiaire de divers conseillers municipaux, fonctionnaires municipaux ou responsables d'organismes gravitant autour de la mairie "³³. Enfin, la quasi-totalité de ses fonds provenait de subventions de la ville qui, sans être exclusifs comme dans la décision *Laurent*, constituaient l'essentiel des ressources, à l'image de l'association transparente de l'arrêt *Divier*. Certes, s'agissant de l'organisation, la majorité n'était visiblement pas assurée en droit mais il semble résulter qu'en fait, c'est bien la commune qui contrôlait entièrement l'association, ce que confirme d'ailleurs la présidence qui revenait de droit au maire. Il était difficile de ne pas voir derrière l'association, une action directement menée par la commune, en particulier lorsqu'il s'agit d'une décision de résiliation unilatérale de contrat prise par le maire-président.

L'application des critères paraît ainsi devoir fluctuer au gré non des circonstances d'espèce mais de l'opportunité de recourir à la théorie de la transparence. Le juge serait davantage fondé, en revanche, à rejeter cette théorie lorsque l'association se présente davantage comme une " alliée " que comme un " faux nez " de l'administration. Tel est le cas quand les indices reviennent à isoler un intérêt distinct de celui de la collectivité. Du moins est-ce là un critère synthétique qui paraîtrait adapté au principe même de la transparence³⁴.

³¹ C.E. 29 juillet 1983 *Albert Bertin*, D.A. 1983, n° 369.

³² A.J.D.A. 1987 préc.

³³ R.A. 1987, p. 350-351.

³⁴ Par exemple pour le comité social d'établissement de la Caisse des dépôts et consignations, le Conseil d'Etat a jugé logiquement qu'il " ne saurait, contrairement à ce que soutient la requérante, être regardé comme une association fictive non indépendante et non distincte de la Caisse ". En effet, seul le directeur général de la Caisse dispose d'une voix sur quinze à l'assemblée générale et d'une voix sur dix au conseil d'administration et les personnels d'autres organismes bénéficient des prestations dudit comité et participent à l'élection des représentants du personnel à son conseil d'administration. Peu importe alors " que le directeur de la Caisse soit statutairement président du conseil d'administration

La théorie de la transparence suppose de rechercher systématiquement la puissance publique derrière chaque association. Elle ne s'accommode pas de la demi-mesure, sans quoi c'est la crédibilité même de la théorie qui s'en trouve affectée. C'est ce qui arrive chaque fois que l'exigence d'un cumul de critères aboutit à dénier la transparence à des associations gérées directement par une personne publique. C'est ce qu'il ne manque pas d'arriver également quand, malgré la présence de plusieurs marques de la puissance publique, le juge refuse de découvrir la transparence de l'association. Particulièrement ennuyeux lorsque le juge use de critères pourtant classiques, ce renoncement l'est davantage lorsqu'il résulte d'un refus de principe de recourir à la théorie de la transparence.

2/ Une transparence en voie d'extinction ?

La lecture hâtive de l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 19 juin 1996 *Syndicat général des personnels des affaires culturelles* pourrait laisser croire à un abandon définitif de la théorie de la transparence. Le Conseil y déclare en effet que l'" Association pour les fouilles archéologiques nationales (A.F.A.N.) régie par la loi du 1er juillet 1901, est une personne morale de droit privé ; qu'il suit de là qu'alors même qu'elle concourt à l'exécution d'un service public de l'Etat, et quelles que soient ses modalités de fonctionnement et de financement, les rapports entre elle et les agents qu'elle recrute pour son compte ne peuvent être que des rapports de droit privé "³⁵. Le Conseil d'Etat lie ainsi le sort (contentieux) des agents non à l'existence d'une association transparente, qu'il ne cherche pas à découvrir, mais à la qualité de personne morale de droit privée, propre à toute association. La personnalité juridique se suffit à elle-même, tout autre considération étant indifférente.

La formule, pour rédhibitoire qu'elle soit pour la théorie de la transparence, semble en réalité circonscrire un domaine particulier, celui du contentieux des associations avec leur personnel. Du moins est-ce le parallèle qu'il peut être fait avec plusieurs arrêts du Conseil d'Etat du 4 mai 1987³⁶.

Le Tribunal des conflits avait déclaré, dans l'espèce *Du Puy de Clinchamp*, que " malgré diverses particularités contenues dans les statuts de l'association " France-Information-Loisirs " et alors même qu'elle pourrait être investie d'une mission de service public, cette association, régie par la loi du 1er juillet 1901, est un organisme de droit privé ; que par suite le contrat de travail qu'elle a conclu avec M. Du Puy de Clinchamp est un

et que le délégué général et le délégué général adjoint du comité social d'établissement soient statutairement des agents fonctionnaires de la Caisse " - C.E. 2 juin 1989, Req. 103.556.

³⁵ Req. 141.728.

³⁶ Préc.

contrat de droit privé ". Certes le juge n'emploie pas exactement la même formule que dans l'arrêt de 1996 mais il est clair que le Tribunal des conflits procède au même raisonnement. Nonobstant les particularités de l'association, elle reste une personne morale de droit privé et " par suite ", c'est-à-dire compte tenu de cette seule considération, le contrat de travail qu'elle a passé est de droit privé.

Or deux autres décisions du même jour s'attardent au contraire, toujours à propos d'associations, sur les " modalités de son organisation " (*Mlle Egloff*) et sur son " organisation et ses modalités de financement " (*S.A. Merx*)³⁷. En l'occurrence, si aucune de ces associations ne saurait être considérée comme ayant agi " pour le compte " d'une personne publique ni " en son nom et pour son compte "³⁸, ce n'est qu'après examen des caractères de l'association, autrement dit parce que le moyen manque en fait.

La réponse à la question ne se trouvant pas dans les commentaires de ces jurisprudences, les auteurs ayant omis de se poser la question, une telle différence d'approche ne laisse pas d'interroger. Pourtant, la raison réside très probablement dans la nature du contentieux qui est relatif aux contrats de travail passés par les associations. Le juge crée ainsi un bloc (réduit) de compétences au profit de la juridiction judiciaire dans le but de protéger les salariés, non du fait de la compétence judiciaire mais parce qu'ainsi il leur évite les allongements de procédure inhérents aux solutions de compétence byzantines.

La décision *S.A. Merx* du même jour concerne elle aussi un contrat mais relatif à une prestation de service commandée auprès d'une entreprise (l'organisation d'une manifestation annuelle). L'arrêt *Mlle Egloff* est d'interprétation plus délicate, puisque était en cause la responsabilité éventuelle de la commune du fait d'une résiliation d'un contrat de gérance salariée par un liquidateur judiciaire d'un syndicat d'initiative. Le Tribunal des conflits, en acceptant d'examiner l'éventuelle transparence de l'association, semble fondé toutefois à considérer différemment un contrat de travail et une gérance salariée d'un bar-restaurant d'un centre de plein air, qui emprunte certainement à l'occupation de l'immeuble sur lequel le contrat est assis, son caractère précaire.

Par ailleurs, la Cour de cassation a confirmé dans un arrêt du 26 juin 1991 ce bloc de compétences à propos d'un contrat de travail passé par une association avec le sieur Mesle³⁹.

Le Tribunal des conflits a toutefois étendu la solution en dehors d'un contrat de travail stricto sensu. L'arrêt *Glogowski* du 22 novembre 1993 attribue la compétence d'un litige né

³⁷ Ibid., p. 486.

³⁸ La présence de cette expression surprend. Peut-être faut-il y voir la réponse à une prétention d'une partie qui entendait se placer ainsi sur le terrain de la théorie du mandat.

³⁹ D-S 1991, I.R. p. 220 ; R.T.D.Com. 1992 p. 405 ; Bull. Joly 1991 p. 1024, note M. Jeantin et p 1095, avec l'article de M. Guénaire (" Ecran de la personnalité morale ou théorie de la transparence ? "). M. Jeantin note que " sa portée ne saurait être étendue qu'à la seule question tranchée : la compétence prud'homale ".

d'une résiliation unilatérale d'une convention entre une association de prévention du cancer et un médecin aux motifs que, ne disposant pas de prérogatives de puissance publique et " à défaut d'un mandat exprès ou tacite émanant de la C.N.A.M. des travailleurs salariés, cette association ne peut, en tout état de cause, être regardée comme ayant agi pour cet établissement public "⁴⁰. Cette incidente souligné par nos soins démontre que le Tribunal des conflits juge inutile de rechercher si l'association pouvait être considérée comme transparente ou non. Il est vrai que l'on reste dans le domaine des relations professionnelles entre une association et un particulier.

Plus inquiétante en revanche, est la décision du 26 mars 1990 *A.F.P.A.*⁴¹ Le Tribunal des conflits estime qu'" il ne résulte d'aucune des circonstances relevées par la cour d'appel, ni d'aucune disposition législative ou réglementaire qui lui aurait confié des prérogatives de puissance publique pour l'accomplissement de sa mission, que l'Association pour la formation professionnelle des adultes, en souscrivant le marché, ait agi pour le compte de l'Etat ". Les circonstances relevées par la cour d'appel n'étant en rien évocatrices d'une quelconque transparence de l'association, il est clair que le Tribunal des conflits n'a pas cherché à l'établir⁴². Or, cette association n'a qu'un rôle d'exécutant de la politique de formation professionnelle définie par le gouvernement. Malgré une participation minoritaire des représentants de l'Etat au sein de ses instances dirigeantes, l'influence publique est assurée par la présence d'un commissaire du gouvernement avec droit de veto. En matière financière, elle est soumise à des règles analogues à celles d'un service public administratif, ce qui se justifie au regard de l'origine de ses ressources, en quasi-totalité issue de subventions étatiques⁴³. L'A.F.P.A. ne saurait être considérée autrement que comme une association transparente, sauf à faire de cette théorie une technique malléable à merci. Pourtant il ne peut être affirmé de façon certaine que le Tribunal des conflits a définitivement abandonné la théorie de la transparence. Peut-être s'est-il contenté de répondre aux moyens invoqués qui ne cherchaient pas alors à établir la transparence de ladite association⁴⁴. En tout cas le Conseil d'Etat n'a pas hésité à y recourir la même année à deux reprises (arrêt *Ville de Melun* et *Elections municipales de Chantilly*), démontrant que cette théorie n'était pas encore moribonde.

⁴⁰ Rec.T. p. 870.

⁴¹ R.D.P. 1991, p. 279 ; D-S 1991 S.C., p. 103.

⁴² Il s'agissait de la référence au Code des marchés publics et au cahier de prescriptions communes applicables aux marchés de bâtiment passés au nom de l'Etat et aux C.C.A.G. du ministère du travail, ainsi qu'à la présence d'une clause exorbitante du droit commun.

⁴³ Cf J. Audibert " La F.P.A. et le droit public ", R.D.P. 1978, p. 141 et s. spéc. p. 149 à 153.

⁴⁴ Comme il arrive assez fréquemment au Tribunal des conflits. Voir par exemple T.C. 8 novembre 1982 *Ville de Toulouse* (A.J.D.A. 1983, p. 200, obs. J.C.) où il néglige d'envisager l'éventualité d'une action " pour le compte " d'une personne publique avant de conclure au caractère privé du contrat. Pour autant, il n'a pas renoncé par la suite à invoquer cette théorie pour établir l'administrativité de contrats entre personnes privées.

Elle est, malgré ce, contestée dans un domaine supplémentaire, celui de la responsabilité des personnes publiques du fait d'associations qui en dépendent, par le fait du Conseil d'Etat lui-même. L'arrêt de Section du 21 mars 1980 marque un recul de la technique de la transparence au profit de celle de l'inexistence⁴⁵. Le Conseil d'Etat juge que " l'oeuvre des vacances enfantines de Suresnes, constituée en association conformément à la loi du 1er juillet 1901, a une personnalité morale distincte de celle de la commune de Suresnes ainsi qu'une existence effective ; que par suite, et quelles que soient ses liens avec la commune, les fautes qu'elle aurait pu commettre (...) ne peuvent engager la responsabilité de la commune ". En dépit des conclusions du commissaire du gouvernement Labetoulle, véritable chef d'oeuvre en la matière, qui réussissent le tour de force de faire passer une telle solution comme la continuité de la jurisprudence antérieure⁴⁶, la rupture est consommée. Le Conseil d'Etat se limite au constat de l'existence *de jure* de l'association (personnalité juridique distincte) et de l'existence *de facto* (résultant d'un conseil d'administration qui se réunit périodiquement et de comptes qui lui sont propres d'après D. Labetoulle). Il suit ainsi son commissaire du gouvernement qui avançait des raisons d'opportunité : la protection des intérêts patrimoniaux de l'Etat, la volonté de ne pas laisser au justiciable le choix du juge compétent dans la mesure où il pourrait attaquer l'association devant le juge judiciaire et la personne publique devant le juge administratif. L'un comme l'autre s'opposent à un autre intérêt, celui du justiciable précisément. Rien ne garantit la réparation du préjudice subi face à des associations " à la solvabilité douteuse ", pour reprendre l'argument du commissaire du gouvernement Dondoux⁴⁷. Si en l'espèce l'association avait souscrit une assurance à cet effet, comme le précise J-M. Auby, il n'en sera certainement pas toujours de même⁴⁸.

J-M. Auby insiste justement sur la regrettable hésitation entre la théorie de la transparence et celle de l'inexistence, alors que S. Rials et J.-J. Bienvenu invitent le Conseil d'Etat à " méditer les exemples du droit fiscal ", lequel fait preuve d'un très grand réalisme⁴⁹. Il était évident en effet que, malgré les dénégations de D. Labetoulle, l'association n'était qu'un démembrement de l'administration comme il a pu être démontré⁵⁰. Par la suite et paradoxalement, l'arrêt *époux Birem* du 26 février 1982 a admis la compétence administrative en raison d'une transparence d'une association⁵¹. Toujours dans le domaine de la responsabilité

⁴⁵ P. 162, avec les conclusions D. Labetoulle.

⁴⁶ Ibid. pour ce faire, il établit une distinction entre l'association en cause et les A.S.S.U. de la jurisprudence Gauthier qui elles, comportent des membres de droit. Il n'y rien là qui empêche toutefois d'y voir une association transparente.

⁴⁷ Conclusions précitées.

⁴⁸ Art. préc., p. 273.

⁴⁹ R.A. 1980, p. 497, note J.J. Bienvenu et S. Rials.

⁵⁰ Maire - président, 1er adjoint - vice-président, membres du C.A. qui sont soit conseillers municipaux, soit agents communaux à une exception près, subvention représentant 40 % des dépenses de fonctionnement.

⁵¹ Req. 17790, rec. T. p. 554.: " considérant que (...) ce comité est placé sous la direction du maire et la surveillance de l'administration municipale ; qu'il ne fonctionne pas dans les conditions analogues à celles des organismes similaires relevant d'institutions de droit privé mais constitue un service municipal ".

de l'administration, l'arrêt de Section du 13 janvier 1993 *Mme Galtié* brouille un plus les pistes en considérant que " compte tenu notamment de la composition de ses organes dirigeants et des modalités de son fonctionnement, cette association était entièrement sous le contrôle des autorités françaises "⁵².

La tendance du juge semble être ainsi de rejeter toute tentative d'appréhension de la personne publique derrière la personne privée, ou à tout le moins de se contenter de la théorie de l'inexistence. Celle-ci, basée sur le caractère de la personnalité juridique elle-même représente un champ nettement plus réduit que celui de la transparence, lui même incapable d'englober l'ensemble des associations administratives. Il y a ainsi un mouvement contradictoire entre le recours fréquent en pratique à des démembrements de l'administration, accentué par les lois de décentralisation, et l'attitude du juge qui préfère de plus en plus s'en tenir à l'apparence. Il est vrai que le juge administratif n'échappe pas à la mode qu'il est amené à contrôler⁵³.

Ainsi, les juges suprêmes consacrent-ils la plénitude de la personnalité morale de ces associations, revenant comme l'a fait remarquer M. Guénaire⁵⁴, à la conception originelle de cette théorie, idéalisée par M. Hauriou : " la théorie de la personnalité juridique, avec ses annexes du patrimoine et de la responsabilité est le régulateur par excellence des relations juridiques "⁵⁵. Il n'est pas certain qu'il en eut dit autant dans le monde d'aujourd'hui où l'association administrative a fortement contribué à " changer notre Etat "⁵⁶. Pour J. Chevallier, " loin de renforcer la consistance de la société civile face à l'Etat, les associations ont servi en France de support à l'emprise de l'Etat et à l'élargissement de la sphère publique "⁵⁷ car trop souvent elles ne sont que les " pseudopodes de services ordinaires "⁵⁸.

Les développements précédents nous ont conduit bien au delà du domaine des contrats administratifs entre personnes privées, mais il est apparu impossible d'évoquer les contours de

⁵² R.F.D.A. 1994, p. 91 et s. avec une note P. Bon.

⁵³ Avec l'Association pour le rayonnement de la juridiction administrative.

⁵⁴ Art. préc., p. 1097. Pour M. Guénaire aussi, " en dépit de la simplicité et de la clarté du critère organique, cet état de droit n'est pas satisfaisant ", *ibid*.

⁵⁵ Principes de droit public, Paris, Sirey, 1916, 2ème édition, p. 3.

⁵⁶ Pour reprendre son expression (d'effroi) à propos de la qualification d'une association syndicale de propriétaire en personne publique (T.C 9 décembre 1899 *Canal de Gignac*, G.A.J.A., op. cit., p. 42)

⁵⁷ " L'association entre public et privé ", R.D.P. 1981, p. 898.

⁵⁸ F. Bloch-Lainé, " Le mouvement associatif et le droit public ", A.J.D.A. 1980, p. 117.

la jurisprudence *Laurent* sans parler de la jurisprudence qui en est porteuse, malgré des différences probables quant aux effets contentieux.

Les réticences du juge dans la mise en oeuvre de cette théorie à propos de certaines associations administratives ont permis ainsi de montrer ses limites, et par là même celles de la jurisprudence *Laurent*, jusqu'à faire douter de sa pérennité.

Pour l'heure, la décision *Laurent* consacre une véritable exception au critère organique et une illustration de la transparence comme fondement de cette exception. Pourtant, cette transparence de la personnalité privée n'était point évidente à caractériser, tant les critères employés renvoient à la transparence de la personnalité morale elle-même.

Concernant les contrats administratifs des autres personnes privées, le lien avec la théorie de la transparence paraît plus difficile encore à établir. Il est néanmoins plus aisé à le déceler lorsque les critères retenus par le juge s'attachent principalement au statut de la personne privée. C'est notamment le cas lorsque le juge s'attache à relever la forte ressemblance d'une personne privée avec une personne publique.

§ 2/ La transparence liée à la ressemblance de la personne privée avec une personne publique

La jurisprudence *Nersa* a ceci de commun avec la jurisprudence *Laurent* que le Tribunal des conflits s'attache aux caractères propres de la personne privée qui passe le contrat pour conclure à l'administrativité de celui-ci. Mais là s'arrête la comparaison. Il n'est nullement question dans la jurisprudence *Nersa* de considérer la personne privée comme transparente parce qu'elle ne disposerait pas d'une autonomie suffisante et ne serait qu'un faux nez de l'administration. Ici le juge examine le statut de la société sous l'angle de sa ressemblance avec une personne publique, laquelle traduit non une absence de volonté propre mais une volonté et un régime comparable à celle d'une personne publique. C'est du moins ce que révèle l'étude des indices retenus par le juge. Tout l'intérêt de cette décision réside cependant dans la détermination de la portée qu'il convient de lui accorder.

A/ Les indices de la transparence par la ressemblance

La technique utilisée, celle du faisceau d'indices, cache à peine le fondement de la compétence administrative : le particularisme de la société, c'est-à-dire les marques de l'empreinte publique, expliquent directement la solution de compétence. Encore faut-il être sûr que l'on ne se trouve pas dans la stricte continuité des exceptions traditionnelles au critère organique. Un bref examen de celles-ci suffira.

Outre l'hypothèse du mandat, déjà écartée⁵⁹, la décision *Nersa* est exclusive de toute référence à la jurisprudence *Peyrot*. Un indice aurait pu laisser croire à un rapprochement et donc à l'extension de cette jurisprudence à un domaine nouveau. Il est avéré que la construction de centrales nucléaires a toujours été opérée sous la direction et la responsabilité de l'Etat ou de ses établissements publics. Cela dit, le peu d'ancienneté de ce type de travaux n'autorise pas à parler dans ce cas d'"exécution traditionnelle en régie directe", le juge français exigeant certainement plus d'antériorité pour déceler une tradition qu'il n'en faut à la Cour internationale de justice de La Haye pour découvrir une coutume internationale. Quant au critère de l'appartenance par nature à l'Etat, jugé essentiel par l'ensemble des auteurs en dépit des efforts de G. Braibant pour en minimiser l'importance, il ne paraît pas davantage satisfait avec la construction de centrales nucléaires, malgré de solides arguments pouvant légitimer une telle application. Du seul point de vue de la sécurité civile, la construction et l'exploitation d'une telle usine supposent un contrôle renforcé des pouvoirs publics et les moyens d'adapter toutes obligations contractuelles aux exigences techniques. Les déboires techniques de la centrale en question (*Superphénix*), avant de devenir un enjeu politique, pouvaient peut-être justifier une compétence administrative⁶⁰. La sécurité militaire paraissait également en cause dans la mesure où le nucléaire civil peut être réutilisé à des fins militaires. Autant d'éléments qui pouvaient ou auraient pu amener le juge à considérer que cette construction appartenait par nature à l'Etat et d'une certaine manière qui auraient dû justifier une telle appartenance, sauf à faire perdre à cette théorie tout crédit.

Rien de tel pourtant ne ressort de l'examen des indices retenus. La référence aux objectifs communs à ceux d'E.D.F. vise on l'a dit le critère matériel du contrat. La soumission à la loi du 8 avril 1946 ne saurait constituer un renvoi même implicite à la notion de travaux appartenant par nature à l'Etat, parce que n'imposant qu'un monopole de distribution et de transport. Les conclusions contraires du commissaire du gouvernement ne peuvent davantage expliquer une consécration qui serait implicite. La méthode du faisceau d'indices exclut d'elle-même tout lien avec une jurisprudence fondée sur un critère unique.

On retrouve là, en revanche, un point commun avec la jurisprudence *S.E.R.M.* Si différence avec la décision *Nersa* il y a, ce n'est alors qu'au regard des indices retenus et de

⁵⁹ Cf supra 1ère partie, Titre 2, Chapitre 1.

⁶⁰ Pour un résumé historique de cette centrale et de ses enjeux, cf *Le Monde*, 3-4 août 1997, p. 18, et l'annulation par le Conseil d'Etat du décret autorisant la reprise de l'exploitation.

leur signification. De l'ensemble des espèces contentieuses de la jurisprudence initiée le 30 mai 1975, il est un indice que l'on retrouve systématiquement : la remise des ouvrages à une personne publique dès leur achèvement⁶¹. Manifestement, cet indice est absent du raisonnement du Tribunal des conflits dans l'arrêt *Nersa*, tout comme le sont les autres indices habituellement retenus dans la jurisprudence *S.E.R.M.* (octroi de subventions d'ordinaire réservées aux personnes publiques, subrogation pour toute action en garantie décennale). A l'évidence, l'optique du juge varie en fonction des indices mis en avant : dans l'une, il s'agit de dévoiler, comme il sera vu tout à l'heure, la maîtrise publique d'une opération à travers les conditions de sa réalisation ; dans l'autre, seul importe le particularisme statutaire de la société, quelle que soit l'opération à réaliser. Cette considération se traduit en quelque sorte, si l'on veut emprunter une notion de contentieux administratif, par un effet *erga omnes* : dès lors que le particularisme de la société est démontré, c'est l'ensemble des contrats de cette société (quand le critère matériel est présent) qui se verra reconnaître une nature administrative.

Sans doute ce dernier point rapproche-t-il la jurisprudence *Nersa* de la jurisprudence *Laurent*. A cet égard, le seul fait que dans l'une il est question d'association ou d'organisme assimilé et dans l'autre de société anonyme est insuffisant pour différencier les deux. La décision *Nersa* cependant n'illustre nullement la prise en compte d'une absence d'autonomie de cette société vis à vis de la personne morale qui la contrôle. Il s'agit ici davantage de révéler l'aspect fictif du caractère privé d'une personnalité morale, à travers un régime exorbitant du droit commun. Est indifférente l'existence d'une propriété du capital majoritairement publique: accompagnée d'autres indices allant dans ce sens, elle peut concourir à caractériser cette absence d'autonomie, mais ici, jointe aux autres indices retenus, elle ne saurait traduire autre chose qu'une ressemblance avec un établissement public.

1/ Des indices révélateurs d'un régime exorbitant du droit commun

Au delà de la façade de droit privé de la société *Nersa*, le Tribunal des conflits s'est appliqué à souligner l'ensemble des éléments qui font de cette société une personne morale atypique. La majorité du capital appartenant à une personne publique assure à cette dernière la propriété de la personne privée⁶². Cet élément ne saurait révéler à lui seul une absence d'autonomie, comme il a été dit. Les autres indices sont encore moins susceptibles de caractériser une telle absence.

⁶¹ Si l'on exclut l'arrêt *Vernoux*, ce qui se conçoit par considération de sa ressemblance avec la jurisprudence *Laurent*, c'est-à-dire comme une illustration du critère de la transparence appliqué à une société.

⁶² On sait qu'il s'agit désormais de la seule condition pour qu'une entreprise soit considérée comme appartenant au secteur public - C.E. Ass. 22 décembre 1982 *C.C.E. de la S.F.E.N.A.*, p. 436 (Comp. C.E. Ass. 24 novembre 1978 *Swartz*, p. 467).

L'un est relatif à l'origine de la société dont la création fut envisagée par la loi n° 72-1152 du 23 décembre 1972, spécialement votée à cet effet, et autorisée par le décret du 13 mai 1974 ; un autre concerne les conditions d'exploitation de la centrale nucléaire qui doivent être conformes aux prescriptions de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz ; le dernier évoque le statut du personnel français de la société Nersa, identique à celui d'E.D.F. Autant d'éléments qui illustrent, à notre sens, l'existence d'un régime juridique exorbitant du droit commun, c'est-à-dire se démarquant du droit privé⁶³.

Tout dénote en effet une empreinte publique originale dans cette société, de son statut propre au statut de son personnel, en passant par le régime de ses activités, sans que l'on puisse parler pour autant de mainmise publique synonyme d'absence d'autonomie de gestion. Peu de sociétés de droit privé peuvent en effet se targuer d'avoir mobiliser le législateur et le pouvoir réglementaire pour sa création, dénotant l'intérêt spécial (et général ?) que les pouvoirs publics entendait lui conférer. Le caractère exorbitant de ses modalités d'organisation (capitaux publics français majoritaires), de son fonctionnement (personnel à statut, même si elle n'est certainement pas la seule entreprise publique dans ce cas⁶⁴), et du régime de ses activités (soumis au régime d'achat obligatoire par E.D.F.) renforce le sentiment d'originalité qui se dégage de l'étude de cette société de droit privé, telle que détaillée brièvement par le Tribunal des conflits.

L'examen approfondi de la loi du 23 décembre 1972 n'apporte de fait que peu d'enseignements supplémentaires, hormis deux marques d'originalité en puissance⁶⁵. L'article 3, alinéa 1er dispose que " les statuts des sociétés visées à l'article premier (du style de la société Nersa) peuvent déroger aux dispositions de la législation sur les sociétés anonymes, relatives au nombre minimum d'actionnaires et aux conditions de représentation des personnes morales actionnaires ". L'alinéa 5 du même article dispose que " les statuts peuvent prévoir que les décisions importantes qu'ils énumèrent requièrent l'unanimité des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance ou, le cas échéant, de l'assemblée générale ". Certes, ces dérogations étant facultatives, le juge n'a pu en faire usage, au soutien de son raisonnement, faute sans doute d'être réalisées en l'espèce. Il n'en demeure pas moins qu'elles confirment la volonté du législateur de placer ce type de société dans une situation légale d'exception au regard des sociétés anonymes classiques.

⁶³ Sans doute l'expression de " statut juridique " aurait pu paraître préférable au premier abord, compte tenu du fait que les particularités en cause concernent principalement l'organisation et le fonctionnement d'une personne morale. Mais elle n'aurait pu alors englober un aspect de ce particularisme, celui relatif à la soumission à la loi du 8 avril 1946. Par son aspect plus général, l'expression de régime juridique paraît mieux adaptée.

⁶⁴ Cf Chr. Garbar, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, L.G.D.J. 1996.

⁶⁵ J.O.R.F., 27 décembre 1972, p. 13482.

La seule référence à la loi du 8 avril 1946 pourrait presque se suffire à elle-même pour justifier l'idée d'un régime exorbitant du droit commun, par comparaison avec la jurisprudence *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*. Dans cet arrêt de Section du 29 janvier 1973⁶⁶, le Conseil d'Etat s'est fondé en effet, pour conclure à l'administrativité d'un contrat passé entre E.D.F. et un producteur autonome d'électricité, sur deux éléments caractéristiques d'un régime exorbitant du droit commun : le régime d'achat obligatoire qui s'impose à E.D.F. et l'intervention obligatoire du ministre en charge de l'électricité préalablement à tout recours juridictionnel d'une des parties au contrat contre l'autre partie. En réalité, plus que le contexte, proche de celui de l'arrêt *Nersa*, c'est la méthode employée par le juge, que l'on a pu qualifier d'" identification directe "⁶⁷, qui se rapproche de la décision du 10 mai 1993. Celle-ci consiste à fonder l'administrativité d'un contrat non sur la recherche des indices classiques (en l'occurrence, s'agissant du critère matériel, de la participation au service public ou de la présence de clauses exorbitantes du droit commun) mais sur l'existence d'un " régime juridique exorbitant du droit commun " que constituent les deux particularités sus évoquées imposées par le décret du 20 mai 1955 et la cahier des charges annexé à une convention du 27 novembre 1958 passée entre l'Etat et E.D.F.⁶⁸

C'est à quelque chose près la méthode que l'on retrouve dans la décision *Nersa*. Hormis le fait que, dans la jurisprudence *Rivière du Sant*, il est question d'un contrat administratif entre une personne publique et une personne privée et que la démarche du juge sert la recherche du critère matériel du contrat administratif, alors que dans la seconde, il s'agit de caractériser le critère organique du contrat administratif et que le juge n'a pas utilisé l'expression, l'analogie est patente. Dans l'une comme dans l'autre, Conseil d'Etat et Tribunal des conflits écartent les critères habituels de reconnaissance d'un contrat administratif pour s'attacher à un régime dérogatoire au droit commun, issu non du contrat lui-même mais d'éléments extérieurs à lui qui lui imprime son caractère administratif. Cette administrativité, extrinsèque en quelque sorte, sert de palliatif à l'absence d'administrativité intrinsèque. Le critère du régime exorbitant se substitue à l'exigence des critères matériels classiques dans la jurisprudence *Rivière du Sant* et à l'exigence du critère organique lui-même dans la jurisprudence *Nersa*.

Il est toutefois un aspect qui les différencie, en dehors des autres différences déjà soulignées : l'arrêt de 1973 s'attache uniquement au particularisme du régime de passation (obligatoirement avec E.D.F.) et d'exécution (procédure ministérielle préalable en cas de

⁶⁶ P. 48 ; C.J.E.G. 1973 p. 239, avec les conclusions Rougevin-Bavile et une note Carron ; A.J.D.A. 1973 p. 358, chron. Léger et Boyon, JCP 1974 II, n° 17629, note Pellet.

⁶⁷ P. Amselek, " Une méthode peu usuelle d'identification des contrats administratif : l'identification directe ", R.A. 1973, p. 637 et s.

⁶⁸ Une telle méthode n'était pas inconnue du juge administratif toutefois, mais elle avait presque toujours été mise en oeuvre à partir de particularités législatives et non pas seulement réglementaires cf P. Amselek, art. préc.

litige) du contrat et non au particularisme d'une des deux personnes morales partie au contrat. Cet aspect explique que l'on puisse parler, dans la jurisprudence *Nersa*, de transparence par ressemblance.

2/ Un régime exorbitant du droit commun assimilable à celui d'un établissement public

A reprendre un à un, même sommairement, les éléments fondamentaux de l'établissement public national⁶⁹, et si l'on excepte bien entendu la personnalité publique, la société *Nersa* ne se distingue pas vraiment d'un établissement public industriel et commercial, classique à l'image d'E.D.F., son actionnaire majoritaire. Son origine n'a rien à lui envier : si E.D.F. a été expressément créée par la loi du 8 avril 1946, à une époque où tout établissement public nouveau supposait l'intervention du législateur⁷⁰, la création de la société *Nersa* n'a été rendue possible que par l'intervention de la loi du 23 décembre 1972.

L'établissement public, défini généralement comme un service public personnalisé, implique donc en principe la gestion d'un tel service qui doit être constitutif de sa mission principale. " En principe " seulement, quelques exemples venant prouver l'existence d'hypothèse inverse⁷¹, de sorte que, d'une certaine manière, on pourrait dire que la gestion d'un service public relève par nature mais non par essence des missions d'un établissement public. Toutefois, en raison de l'extrême rareté de ces dérogations, il est possible de parler de présomption de consubstantialité entre l'existence d'un établissement public et celle d'un service public. Certes la nature des missions de la société *Nersa* ne se laisse pas facilement découvrir, le Tribunal des conflits ayant évité de se prononcer expressément sur la question.

Un rapide raisonnement suffit à se convaincre de la similitude de situation de la société *Nersa* avec l'immense majorité des établissements publics au regard de la présence d'un service public. Le critère matériel paraît ici se " matérialiser " par l'idée que le marché passé par la société *Nersa* " a pour objet la construction d'un ouvrage public concourant à la réalisation des mêmes objectifs que ceux d'Electricité de France ". Les " objectifs " identiques à ceux d'E.D.F. ne sauraient constituer la preuve de l'existence de la gestion d'un service public, en particulier si l'on considère que celui-ci est décelé davantage à partir de modalités

⁶⁹ Voir notamment, L. Saïdj, O. Dugrip, *Les établissements publics nationaux*, L.G.D.J. 1992.

⁷⁰ L'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 a sur ce plan limité l'intervention du législateur aux seules créations de " catégorie d'établissement public " ; cf D.C. 25 juillet 1979 (rec. C.C., 45) qui assouplit les critères de cette notion, étendant par la même la compétence réglementaire pour créer des établissements publics n'ayant une spécialité qu' " analogue " à celle d'autres établissements publics placés sous une même tutelle territoriale.

⁷¹ Cas des Houillères de bassin (C.E. 4 juin 1926 *Compagnie des Houillères lyonnaises*, p. 563) ou de l'E.R.A.P. (cf O. Dugrip, L. Saïdj, *op. cit.*, p. 16).

particulières d'accomplissement⁷². En revanche, on retrouve l'idée de service public à partir de la référence à la construction d'un ouvrage public qui implique l'existence d'un service public. On sait que la définition de la notion de travaux publics⁷³ résulte des jurisprudences *Commune de Monségur*⁷⁴ et *Effimief*⁷⁵. La première vise l'hypothèse des travaux exécutés " pour le compte " d'une personne publique, ce qui, au sens de cette jurisprudence, inclut les travaux réalisés par une personne privée dans un but d'intérêt général et qui ne reviennent à une personne publique qu'en fin de concession⁷⁶, alors que la seconde concerne des travaux exécutés pour le compte d'une personne privée mais par une personne publique et pour l'exécution d'une mission de service public. Appliquées au cas Nersa, ces jurisprudences ne présentent pas le même attrait. Il semble peu probable en effet que l'on se trouve ici dans la première hypothèse, rien, ni dans la loi, ni dans les décrets ultérieurs, ne permettant d'affirmer que l'ouvrage revienne à plus ou moins long terme à une personne publique. Ne reste en conséquence que la deuxième hypothèse qui suppose, en vue de l'exécution d'un service public, la réalisation de travaux par une personne publique. Cette dernière condition ne doit évidemment pas s'entendre comme impliquant la réalisation matérielle des travaux. La personne publique doit en revanche conserver la maîtrise de l'opération⁷⁷. On peut donc supposer que le Tribunal des conflits a, en qualifiant l'ouvrage objet du contrat d'ouvrage public, par la même réalisé une extension notable de la jurisprudence *Effimief*. Ainsi la société Nersa gèrerait-elle, si l'on suit cette hypothèse, un service public, à l'image de l'immense majorité des établissements publics.

Parallèlement à l'autonomie de gestion qui accompagne la personnalité juridique, l'établissement public est soumis au principe de spécialité. Seules les activités concourant à la réalisation des missions à lui confiées par les textes l'instituant sont légalement admissibles. Ce principe a connu, après la multiplication des pratiques de diversification de différents établissements publics nationaux⁷⁸, un bain de jouvence, à propos d'E.D.F. précisément, sous l'action conjuguée du tribunal administratif de Paris et du Conseil d'Etat dans sa fonction

⁷² La reconnaissance de la qualité de services publics semble de plus en plus, du moins au plan législatif et constitutionnel, être subordonnée non à l'existence d'activités spécifiques, mais à la manière dont certaines activités sont assurées par certaines personnes - cf D.C. n° 96-380 du 23 juillet 1996 (A.J.D.A. 1996, p. 696) et avant elle, l'avis du Conseil d'Etat du 18 novembre 1993 (A.J.D.A. 1994, p. 466)

⁷³ Les cas d'ouvrages publics qui ne résultent pas de travaux publics se résument en effet à la vente d'un immeuble d'une personne privée à une personne publique qui l'affecte à l'usage du public ou à un service public et l'aménage à cet effet - T.C. 10 février 1949 *Roubaud*, p. 591 ; au demeurant, le Tribunal des conflits dans l'arrêt *Nersa* dénomme le marché en cause de marché de travaux publics.

⁷⁴ C.E. 10 juin 1921, p. 573.

⁷⁵ T.C. 28 mars 1955, p. 616.

⁷⁶ C.E. 22 juin 1928 *Ep. de Sigalas*, p. 785.

⁷⁷ Cf R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 2, Montchrestien, 7ème éd., 1994, p 483-484.

⁷⁸ Cf J-P. Duprillot, " L'adaptation du principe de spécialité à l'évolution du secteur public ", C.J.E.G. 1985 p. 429 ; M. Long, " La diversification des entreprises publiques françaises ", R.F.A.P. 1980, n° 15, p. 17.

consultative⁷⁹. Tous deux, malgré quelques différences d'application, ont condamné certaines diversifications d'activités par trop éloignées de l'objet de production et de distribution d'électricité assigné à E.D.F., comme par exemple " l'ingénierie générale appliquée à tous ouvrages ". En réalité, la spécialité des personnes morales, incontournable dans son principe (la constitution d'une personne morale intervient toujours dans un but déterminé) s'avère parfois peu contraignante dans sa mise en oeuvre. D'une certaine manière, le principe de spécialité connaît lui aussi une consécration en droit privé avec la théorie de la personnalité morale⁸⁰. Chaque société ou association fonde son action sur l'objet déterminé par ses statuts⁸¹. Mais la pratique de la définition large de leurs attributs, alliée à une attitude compréhensive du juge judiciaire qui ne sanctionne pas le non respect de la spécialité, sauf en matière pénale avec la notion d'abus de biens sociaux, confère à ce principe en droit privé une importance plus théorique que pratique⁸².

La société Nersa s'affiche ainsi plus dans la ressemblance avec l'établissement public qu'avec les autres sociétés anonymes. Elle dispose d'une spécialité étroitement délimitée par la loi du 23 décembre 1972 elle-même dont l'article 1er dispose que " la constitution de sociétés anonymes de nationalité française ayant pour objet, dans les domaines de la production nucléaire d'électricité, soit de faire construire, soit de faire construire et d'exploiter en France des prototypes à l'échelle industrielle concourant aux activités confiées à E.D.F. ". On le voit, la spécialité n'est pas seulement matériellement mais également géographiquement très réduite.

En dernier lieu, le statut du personnel, identique à celui d'E.D.F., même si on a vu qu'une telle solution n'est pas inconnue de certaines sociétés anonymes⁸³, rapproche encore un peu plus la société Nersa d'un établissement public.

Il n'est, en conséquence, pas impossible d'affirmer que l'intention du législateur a été double ici : doter la société Nersa d'une personnalité de droit privé, tout en lui octroyant une organisation et certaines modalités de gestion identiques à celles d'un établissement public. Le

⁷⁹ T.A. Paris 25 mai 1994 *Chambre syndicale des sociétés d'études techniques et d'ingénierie*, R.F.D.A. 1994 p. 1146 avec un article de S. Rodriguez ; C.E. Avis du 7 juillet 1994 (Travaux publics), Ibid. Voir aussi H. Courivaud, " La diversification des activités d'E.D.F. et de G.D.F. ", JCP - E 1997, n° 636.

⁸⁰ Une fois admis, comme c'est le cas depuis le milieu du XXème siècle, que la personne morale dispose d'une volonté propre, distincte de celle des personnes physiques qui la constituent. Sur les débats du début du siècle touchant à cette question, cf J-B. Auby, *La notion de personne publique en droit public français*, Th. Paris, 1979, ainsi que la célèbre apostrophe de G. Jèze à l'adresse des partisans de la théorie de la personnalité morale : " je n'ai jamais dîné avec une personne morale ".

⁸¹ Dont la conséquence directe n'est autre que la recevabilité, y compris devant le Conseil d'Etat, de l'action d'une association basée sur son intérêt à agir en liaison avec cet objet social.

⁸² Pareille application n'est d'ailleurs pas impensable s'agissant des établissements publics. L'article 18 de la loi du 30 décembre 1982 (J.O.R.F. 31 décembre, p. 4004) dispose ainsi que la S.N.C.F. peut exercer " toutes activités qui se rattachent directement ou indirectement " à sa mission (article 18, 2ème alinéa), ce qui sous-tend une moindre prégnance du principe de spécialité.

⁸³ Cf la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, J.O.R.F. 27 juillet, p. 11398.

Tribunal des conflits s'estime dès lors fondé à considérer, tout en maintenant sa nature privée (mais comment pourrait-il en être autrement dans l'hypothèse d'une qualification législative), que la société Nersa agit pour le compte d'E.D.F. en conséquence de quoi le contrat en cause revêt un caractère administratif, parce cette société ne constitue que la réplique en droit privé, pour certaines activités, de son actionnaire majoritaire, l'établissement public E.D.F. La volonté expresse du législateur sort indemne puisqu'il ne s'était pas prononcé sur la nature juridique des contrats que la société Nersa serait amenée à passer. Au delà de la personnalité privée, le juge cherche par la transparence la nature profonde de cette société, non pour la requalifier en établissement public mais pour caractériser la nature des contrats qu'elle passe.

Ainsi analysée, à partir du critère de la ressemblance utilisé comme support du principe de transparence, cette jurisprudence conserve une part de mystère : quelles implications ce critère suppose-t-il sur les autres personnes privées présentant une originalité au regard du droit commun des sociétés anonymes ?

B/ La portée du critère de la ressemblance

A s'en tenir à la lettre de l'arrêt, cette petite brèche dans l'ensemble homogène de la personnalité privée des sociétés anonymes est appelée à se réduire d'elle-même.

De cette vision immédiate, à court terme, il ne saurait ressortir en effet autre chose que le constat d'une décision d'espèce. Mais à supposer que ce concept ait un sens en droit administratif⁸⁴, toutes autres sont les conclusions lorsque l'on se place suffisamment en retrait du champ exploré, pour ne considérer non plus les manifestations évidentes, mais bien plus le principe actif qui les sous-tend, afin d'envisager les conséquences à venir. Peut-être procédera-t-on à des extrapolations parfois hasardeuses ou à tout le moins dénuées de certitudes. C'est néanmoins nous semble-t-il le rôle du commentateur de décisions d'un juge qui, à parler par litote, se refuse toujours à adopter le style rotale⁸⁵.

⁸⁴ On fait allusion ici aux motivations des arrêts du Conseil d'Etat qui " se signalent (...) par une concision très dense, qui élimine non seulement tout superflu, mais encore toute affirmation quelque peu suspecte d'engager prématurément la jurisprudence sans nécessité absolue ", R. Latournerie, " Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat ", in livre jubilaire du Conseil d'Etat, 1952, p. 220-221. La remarque vaut également pour le Tribunal des conflits, qui adopte peu ou prou ces méthodes, cf Y. Gaudemet, Les méthodes du juge administratif, L.G.D.J. 1972, p. 10 qui inclut dans son étude les décisions du Tribunal des conflits.

⁸⁵ Ce style, tiré des " Rotas ", du nom de certaines cours italiennes, en dépit de sa lourdeur, a le mérite de voir le juge expliquer sa propre jurisprudence, y compris au moyen de références aux sources doctrinales dont l'arrêt s'inspire - cf Y. Gaudemet, th. préc., p. 84.

1/ Une portée directe circonscrite

Les indices caractérisant le faisceau retenu à propos de la société Nersa paraissent à ce point attachés à elle qu'il est a priori difficile d'envisager d'autres applications. Si l'on conçoit (et il en existe) des sociétés anonymes à capitaux publics majoritaires et à statut du personnel dérogatoire au droit commun, la référence à l'exploitation des centrales nucléaires conformément à la loi du 8 avril 1946 semble exclure toute autre application hors du cas d'espèce.

Il est impossible toutefois, même à ce stade de l'analyse, de limiter à ce point la portée de cet arrêt, dès lors que l'on prend en considération la méthode choisie. Le faisceau d'indices suppose, ou plus exactement prédispose à une variation dans la prise en compte des indices probants⁸⁶. L'accumulation d'indices caractérise une situation de droit sans que cette accumulation soit reproduite toujours à l'identique. Ainsi, rien n'indique que le juge reprendra par exemple la référence à la loi du 8 avril 1946 pour découvrir une action " pour le compte " d'une personne publique, ou encore l'origine légale de la société ou un statut du personnel dérogatoire au droit commun. Mais cette méthode suppose néanmoins une certaine constance dans l'énoncé des indices et surtout une cohérence : le recours à des indices multiples a pour objet de réduire le champ d'application des hypothèses d'application d'une jurisprudence. Supprimer la référence à certains d'entre eux risque de conférer à cette jurisprudence une ampleur bien supérieure à celle envisagée originellement par les juges. Que l'on songe au nombre de sociétés d'origine légale à capitaux publics majoritaires et au statut du personnel dérogatoire au droit commun.

La recherche de ressemblance avec l'établissement public qui a fondé selon nous la décision *Nersa* suppose la recherche d'un ensemble d'indices sinon similaires du moins semblables à eux. L'origine légale, la participation publique majoritaire au capital et le statut du personnel paraissent indispensables, tout comme la soumission à un monopole légal ou à tout le moins à un régime légal dérogatoire au droit commun. Tel doit être entendu selon nous la référence à la loi du 8 avril 1946 : non une condition nécessaire en tant que telle, comme a pu le penser un commissaire du gouvernement⁸⁷, mais la confirmation d'une ressemblance de la société avec un établissement public et partant de l'existence d'un régime exorbitant du droit commun. L'unique application de cette jurisprudence, intervenue au niveau des juridictions de fond, confirme le caractère a priori relativement circonscrit de sa portée.

⁸⁶ Cf par exemple, la distinction jurisprudentielle de l'établissement public et de l'établissement d'utilité publique, L. Saïdj, O. Dugrip, op. cit., p. 23 et 24, ou encore le cas de la jurisprudence S.E.R.M., étudiée infra.

⁸⁷ Observations J. Courtial sous l'arrêt de la C.A.A. de Lyon du 25 janvier 1996 *Soc. Bouygues S.A.* (A.J.D.A. 1996, p. 193) : cet arrêt " a été rendu dans le contexte bien particulier du régime de l'énergie électrique résultant de la nationalisation. Il ne nous paraît pas qu'il ait vocation à faire jurisprudence au-delà ".

La Cour administrative d'appel de Lyon, dans un arrêt *Société Bouygues S.A.* du 25 janvier 1996, a dénié à la juridiction administrative compétence pour connaître d'un litige contractuel opposant deux personnes privées, la Société Bouygues et la société E.R.S.F. : le juge considère que, d'une part, l'ouvrage en cause " n'a pas été remis dès son achèvement à l'une ou l'autre des deux personnes morales de droit public détenant des parts " du capital de l'E.R.S.F., " que d'autre part, il ressort (de ses) statuts que ces deux personnes sont minoritaires dans le capital de la société, la majorité appartenant à des personnes morales étrangères ; qu'enfin, si aux termes de l'article 12 de ces statuts " le personnel employé par la société reçoit un salaire correspondant à celui du commissariat français à l'énergie atomique, ce personnel n'est pas pour autant soumis au même statut que les agents de cet établissement public " ; qu'ainsi, le marché passé par cette société n'a pas pour objet la construction d'un ouvrage public concourant à la réalisation des mêmes objectifs que ceux des établissements publics ayant la qualité d'associés ou de l'Etat français ⁸⁸. Implicitement, la Cour rejette la théorie du mandat, de la personne privée transparente, de la théorie des travaux appartenant par nature à l'Etat. Explicitement, elle écarte la jurisprudence *S.E.R.M.*, puis la jurisprudence *Nersa*.

Dans ce dernier cadre, le fait que deux des conditions posées par la jurisprudence *Nersa* ne sont pas remplies suffit aux yeux du juge à l'exclure de son champ d'application. Reste que les deux autres indices ne sont pas invoqués. Le premier, l'origine légale, très logiquement puisque celui-ci faisait pencher la balance du côté du particularisme, la loi n° 89-871 du 1er décembre 1989 autorisant la ratification de la convention du 18 décembre 1988 signée entre onze Etats et relative à la construction et à l'exploitation d'un centre européen de rayonnement Synchrotron⁸⁹. Quant à l'absence de référence à la loi du 8 avril 1946, le risque serait de faire dire à un arrêt de rejet plus qu'il n'en dit. A l'évidence, cette loi n'avait pas à s'appliquer puisqu'il n'est pas question de production d'électricité ou de gaz ici. Le silence du juge signifierait-il que cet indice, même élargi au cas de monopole légal comme y fait allusion le commissaire du gouvernement J. Courtial⁹⁰, ne constitue aucunement un indice constant de l'action " pour le compte " dans la jurisprudence *Nersa* ? Ce serait s'aventurer quelque peu, dans la mesure où le juge a peut-être évité de se poser la question, considérant que l'absence des deux autres conditions entraînait à elle seule rejet de la jurisprudence *Nersa*.

⁸⁸ A.J.D.A. 1996 p. 239. On remarquera au passage que la Cour voit dans la réalisation des objectifs identiques à une personne publique une conséquence des autres indices et non, comme nous l'avons interprété à propos de l'arrêt *Nersa*, comme une référence au critère matériel du contrat administratif. Quoiqu'il en soit, dans l'une ou dans l'autre interprétation, il n'est nullement question de faire de cet élément un indice de l'action " pour le compte " d'une personne publique.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Dans ses conclusions (non publiées mais que J. Courtial a eu l'amabilité de nous communiquer), le commissaire du gouvernement note à propos de l'E.R.S.F. que " son personnel n'a pas le statut d'une personne publique dont elle pourrait être regardée comme le mandataire et qui posséderait la majorité de son capital. Le synchrotron n'est pas un ouvrage s'inscrivant dans le cadre d'un monopole légal " (c'est nous qui soulignons).

Telle est, selon nous, l'interprétation première à donner de cet arrêt et qui illustre l'idée d'une portée directe limitée. Si la méthode du faisceau d'indices n'exclut ni la prise en compte d'autres indices, ni la mise à l'écart de ceux retenus dans la décision *Nersa*, encore faut-il que certains d'entre eux soient présents pour qu'il puisse y avoir action " pour le compte " d'une personne publique. La jurisprudence exige au minimum une participation publique majoritaire et un statut du personnel identique à celui d'une personne publique, et très certainement, pour compléter les éléments de ressemblance, une activité soumise à des règles dérogatoires au droit commun, voire confrontée à une situation de monopole. Mais à s'attacher à ces marques d'originalité du régime de la personne privée, le juge s'attaque nécessairement à la façade de la nature privée de cette personne et avec elle, de toutes les entreprises publiques de droit privé.

2/ Une portée indirecte étendue

Les raisons de considérer la décision *Nersa* comme une décision d'espèce s'avèrent pertinentes *a priori*. En premier lieu, elle constitue une exception au principe du caractère privé des contrats passés entre deux personnes privées, et à ce titre, comme toute exception, doit être interprétée strictement. En second lieu, le détail avec lequel le juge décrit le particularisme de la société *Nersa* exclut *a priori* toute portée générale à la décision. Le caractère d'arrêt d'espèce paraît dans ces conditions difficilement contestable. Le propos n'est d'ailleurs pas ici de le contredire mais de prendre le contre-pied de la signification que l'on attribue généralement à l'expression.

Loin de constituer une solution inapplicable en dehors de circonstances identiques à celles ayant donné lieu à l'arrêt dit d'espèce, l'arrêt d'espèce se présente comme une " soupape de sûreté qui rend tolérable la rigueur de la règle jurisprudentielle "⁹¹. Il n'est pas autre chose que l'illustration de la souplesse dont fait montre le juge dans la mise en oeuvre de la règle qu'il a lui-même définie. Et si les circonstances de telle espèce paraissent propices à cet assouplissement, rien n'empêche de voir dans telle autre espèce des circonstances également justifiables de cet assouplissement.

Pour comprendre la décision *Nersa*, il faut par conséquent la resituer dans le cadre général des exceptions au critère organique du contrat administratif. Un certain nombre de circonstances expliquent qu'il soit attribué au juge administratif la connaissance de litiges contractuels opposant deux personnes privées : la nature particulière des travaux en cause, les modalités d'accomplissement d'autres travaux, le mode d'organisation et de fonctionnement de certaines personnes privées à l'autonomie de gestion plus fictive que réelle, autant

⁹¹ Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, Th. Paris II, 1972, p. 254.

d'hypothèses qui ne sauraient justifier l'application du principe traditionnel, tant il paraîtrait choquant que le juge judiciaire ait à connaître de ce contentieux. Chacune des jurisprudences qui correspondent à ces exceptions portait en germe des extensions futures. Si les développements de la jurisprudence Peyrot ont quelque peu déçu de ce point de vue, on a assisté tout de même à une application, au delà de la construction des autoroutes, au domaine des tunnels routiers et d'une manière générale à l'ensemble des ouvrages principaux ou accessoires de la voirie nationale⁹². La jurisprudence *S.E.R.M.*, par la variance des indices retenus a assuré à cette exception une diffusion très conséquente⁹³. Quant à la jurisprudence Laurent, il ne faut pas s'arrêter au nombre des arrêts qui s'inscrivent directement dans son cadre. Cette exception suppose une applicabilité de principe à l'ensemble des associations " transparentes ", comme la similarité de ses indices avec la jurisprudence concernant la responsabilité ou les actes unilatéraux de ces personnes privées le laisse supposer.

Certes, dans ces trois jurisprudences (*Peyrot*, *S.E.R.M.* et *Laurent*), la formulation des critères caractérisant une action " pour le compte " pouvait paraître suffisamment générale pour couvrir plusieurs hypothèses. La portée d'un arrêt pourrait effectivement être inversement proportionnelle au degré de précision des indices mis en avant par le juge. C'est ici pourtant que la théorie de la distinction décision de principe / décision d'espèce montre ses limites. La généralité des termes n'assure pas nécessairement et automatiquement une portée étendue. Que l'on songe précisément à la jurisprudence *Peyrot* qui n'a jamais connu d'autres applications qu'au domaine routier. Et même la jurisprudence *Laurent*, prise dans sa globalité, semble répondre parfois aux canons de l'arrêt d'espèce⁹⁴. Inversement, la précision des indices n'exclut pas pour le juge la possibilité de recourir à d'autres indices que ceux initialement retenus, en particulier avec la méthode du faisceau d'indices. C'est ainsi qu'il faut entendre certainement la référence à la loi du 8 avril 1946 dans la jurisprudence *Nersa* : même les plus réticents à l'idée d'une portée étendue comprennent cette référence comme un indice de l'existence d'un " monopole légal " ⁹⁵. Il n'existe pas, à notre sens, et s'agissant d'exceptions à un principe, de décision d'espèce à proprement parler, ou bien il n'existe que des décisions d'espèce⁹⁶ : le juge, cherchant à atténuer la rigueur d'un principe par l'admission d'exceptions, atténue en retour parallèlement l'effet de cette exception, pour éviter de vider le principe de sa substance. Rien n'empêche cependant d'envisager d'autres applications d'une exception dans sa continuité logique. Il s'agit en somme de tenir compte de l'esprit d'une jurisprudence et non pas de sa lettre.

⁹² Cf infra.

⁹³ Cf infra.

⁹⁴ Cf l'arrêt Divier préc.

⁹⁵ Cf J. Courtial précité, dans ses conclusions il est vrai et non dans sa note où il se contente d'évoquer le domaine de " l'énergie électrique ".

⁹⁶ Que l'on ne voit pas par là une confusion entre l'autorité relative de la chose jugée et la portée d'une décision.

Cette considération, déjà riche de conséquence en elle-même du point de vue de la portée d'un arrêt, se trouve renforcée par le domaine particulier de la jurisprudence *Nersa*. Par le dévolu jeté sur le régime de la personne concernée, le Tribunal des conflits ouvre certainement une brèche dans ce qui n'est pas loin de constituer un dogme : l'indifférence voire la soumission du juge à la nature privée d'une personne, notamment dans la matière des contrats administratifs, en dépit de ce que ce caractère peut avoir de fictif. Cette nature privée n'est certes pas remise en cause en elle-même, car, malgré des appels passés en faveur de cette solution⁹⁷, le juge se refuse à requalifier des sociétés de droit privé en personnes publiques. Plus particulièrement dans l'affaire *Nersa*, ce serait aller directement à l'encontre de la volonté clairement exprimée du législateur. En revanche, non seulement la personnalité privée d'une société ne suffit plus à imprimer automatiquement comme par ricochet un caractère privé aux contrats qu'elle passe, mais encore les éléments de " publicisation " de cette personnalité pourtant formellement de droit privé confèrent aux dits contrats un caractère administratif quasi automatique dès lors que le critère matériel du contrat administratif sera assez facilement rempli s'agissant de travaux généralement publics.

A s'intéresser aux ressemblances de certaines personnes privées avec des personnes publiques, établissements publics industriels et commerciaux par exemple, cette jurisprudence sourd une remise en cause plus générale de la pertinence de cette personnalité privée au regard des contrats qu'elle passe. Dès lors que l'on prend en considération des éléments de ressemblance avec la personnalité publique, l'on admet l'innocuité et même l'aspect fictif de la nature privée de sociétés sous influence publique.

Or, rien ne justifie que l'on s'en tienne aux indices retenus : la société *Nersa* agit pour le compte d'E.D.F. non pas tant parce que le personnel a un statut identique à celui de cet établissement public national, ni parce qu'elle a une origine légale. Elle agit pour le compte d'E.D.F. parce qu'elle ne met pas en oeuvre d'autres objectifs que ceux de cette personne publique, ce que suffit à prouver la possession majoritairement publique du capital, qui on le rappelle, reste le critère d'appartenance d'une entreprise au secteur public. L'ensemble des entreprises publiques pourrait ainsi à terme être concerné par cette jurisprudence.

Le Tribunal des conflits n'envisageait et n'envisage certainement toujours pas une telle destinée à cette décision. Ce que l'on a voulu démontrer consiste en deux points : directement, cet arrêt ne saurait aller au delà de quelques applications à des personnes privées au régime fortement dérogatoire au droit commun. Indirectement, si l'on prend en considération le

⁹⁷ Voir par exemple, J-P. Négrin, qui distingue les personnes privées authentiques des personnes privées fictives, op. cit, p. 197.

progrès de la démarche du juge, c'est une véritable boîte de Pandore qui s'ouvre à partir du moment où il s'intéresse à la nature réelle de la personne, qui vient non pas se substituer mais se greffer à sa nature formelle. C'est un premier pas vers l'admission générale de la transparence des personnes privées sous influence publique dans le domaine des contrats et en tout cas une application quasi explicite de cette théorie, à partir de critères non équivoque d'une telle démarche.

Tout autre en revanche est la démarche du juge dans les deux autres exceptions au critère organique résiduelles : loin de s'intéresser directement à la transparence de la personne privée, à travers l'examen de son statut, il met en avant des critères qui lui sont totalement étrangers. La transparence de l'opération existe pourtant bel et bien mais ne se retrouve qu'au titre des fondements indirects de l'exception considérée.

SECTION 2/ LA TRANSPARENCE INDIRECTE LIEE A L'ACTIVITE DE LA PERSONNE PRIVEE

Dans la jurisprudence *Laurent*, la transparence apparaît assez nettement comme fondement, même si le juge ne va pas jusqu'au bout du raisonnement, assez inexplicablement d'ailleurs, en écartant la personnalité morale elle-même. Les critères mis en oeuvre dans la jurisprudence *Nersa* quant à eux sont nettement évocateurs de l'idée selon laquelle, tout en restant personne privée, la société en cause se rapproche par trop d'une personne publique pour qu'il soit possible de considérer que ses contrats ont une nature automatiquement privée. La transparence paraît, sans que ce soit explicite, avoir servi de fondement direct.

Les jurisprudences *Peyrot* et *S.E.R.M.* ne se réfèrent nullement au particularisme des personnes privées ayant agi pour le compte d'une personne publique. L'idée de transparence y est nettement plus difficile à dégager dans la mesure où le juge n'a eu recours à aucun indice qui s'en rapprocherait. Tout en se fondant sur elle, il semble avoir préféré recourir à d'autres critères, dans le but de limiter la portée de chaque jurisprudence. D'ailleurs, ceux-ci ne sont pas exempt de critiques, alors que les circonstances de chaque espèce, tant internes à elles qu'externes, penchaient incontestablement pour la reconnaissance de la compétence administrative sur la base de la transparence de la personne privée en cause.

§1/ La transparence liée à la nature de l'activité

La jurisprudence *Peyrot*, prise dans son ensemble, est explicitement fondée sur l'idée que la construction des routes nationales " appartient par nature à l'Etat " et, parce que " traditionnellement exécutée en régie directe ", les contrats dont elle est l'objet, même passés entre deux personnes privées, ressortissent à la compétence de la juridiction administrative⁹⁸.

La pertinence du critère matériel ainsi mis en oeuvre suscite bien des interrogations, au point qu'il peut être considéré comme un simple prétexte face au contexte de transparence, révélée par une maîtrise publique complète de la personne privée concessionnaire.

A/ Le critère matériel comme prétexte

⁹⁸ T.C. 7 juillet 1963, précité.

L'idée qui suit consiste à démontrer que le critère matériel mis en oeuvre dans la jurisprudence *Peyrot* n'a servi que de pâle palliatif auquel le juge a eu recours pour éviter de se prononcer sur la transparence des personnes privées en cause. Ce critère est en effet porteur de défauts majeurs, tant en ce qui concerne ses bases théoriques que pour ses implications pratiques.

1/ Un fondement théorique contestable

Avant tout autre considération, il se doit d'être précisé que le critère matériel, présenté comme unitaire, est en réalité double. Si les contrats passés entre personnes privées relatifs à la construction des routes nationales sont administratifs, c'est non seulement parce qu'elle appartient " par nature à l'Etat ", mais également parce qu'elle est " traditionnellement exécutée en régie directe ". G. Braibant s'appuya même exclusivement sur ce deuxième élément pour différencier la construction des voies ferrées de celle des routes nationales. " Il n'est pas évident que les voies construites en pierre, macadam ou béton, pour la circulation des automobiles soit d'une nature tellement différente de celles construites en fer pour la circulation des trains ". En revanche, pour le commissaire du gouvernement de l'époque, la distinction s'opère dès l'instant que l'on s'intéresse à la tradition, les routes datant de l'époque romaine où elles étaient déjà construites par la puissance publique, " alors même que nos chemins de fer ont été installés par des entreprises privées dans le cadre du capitalisme libéral du XIX ème siècle " ⁹⁹.

Pourtant, c'est l'idée d'une appartenance " par nature " à l'Etat de tels travaux qui est généralement présentée comme illustrant le raisonnement du Tribunal des conflits. Il est vrai que la mise à l'écart de la référence à la tradition par la doctrine se comprend davantage aujourd'hui qu'hier, à mesure que l'on s'éloigne, depuis 1955, de ladite tradition qui voulait que l'ensemble des routes soit exécuté en régie directe¹⁰⁰.

L'origine immédiate de la théorie des attributions naturelles de l'Etat est sans doute à situer dans le rapport de la Cour des comptes pour 1960 et 1961. Le juge des comptes publics constata, peu avant la décision *Peyrot*, que " l'évolution récente de l'administration s'est

⁹⁹ Dans ses conclusions sur l'arrêt *S.N.C.F. c/ Solon et Barrault* du Tribunal des conflits (17 janvier 1972, R.D.P. 1972, p. 470).

¹⁰⁰ Même si le principe posé par la loi du 18 avril 1955 suivant lequel la construction des routes est normalement assurée par l'Etat demeure, la pratique a presque toujours consacré la concession, le Conseil d'Etat ayant refusé de contrôler l'opportunité de son recours (C.E. 30 juin 1961 *Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur*, A.J.D.A. 1961, p. 646).

manifestée notamment par la multiplication d'organismes intermédiaires aux statuts les plus divers qui, se substituant aux autorités et aux collectivités traditionnelles, accomplissent des tâches relevant du service public aussi bien par leur nature que par l'origine des moyens financiers mis en oeuvre ¹⁰¹.

En réalité, l'idée n'est pas nouvelle pour le Tribunal des conflits puisqu'elle a servi de base à la distinction opérée en 1921 entre S.P.A. et S.P.I.C. dans l'affaire dite du bac d'Eloka. Dans ses célèbres conclusions sous la décision du Tribunal des conflits du 22 janvier 1922 *Société commerciale de l'ouest africain*, le commissaire du gouvernement Matter estime que " certains services sont de la nature, de l'essence même de l'Etat ou de l'administration publique (...). D'autres services, au contraire, sont de nature privée, et s'ils sont entrepris par l'Etat, ce n'est qu'occasionnellement, accidentellement " ¹⁰².

La thèse des attributions naturelles de l'Etat, contrairement à ce qu'une analyse rapide pourrait laisser croire, découle d'une vision idéologique libérale : les fonctions que l'Etat est censé remplir " naturellement " sont aussi celles qu'il doit en principe remplir exclusivement. Elles sont à la fois un minimum et un maximum, un plancher et un plafond. L'idée se retrouve d'ailleurs dans les propos de M. Hauriou pour qui seuls sont des services publics ceux exploités par l'Etat pour atteindre son " but naturel " ¹⁰³.

Cette idée a toujours cours, non seulement au sein du Tribunal des conflits qui l'a réédité à propos de l'affaire du *tunnel de Sainte-Marie-aux-mines* (12 novembre 1984), mais également dans les différentes sections du Conseil d'Etat, y compris administratives. L'avis du 7 avril 1987 sur les cantines scolaires admet des gestions déléguées pour tout service public sauf, entre autres, pour ceux qui relèvent " par nature " de la puissance publique¹⁰⁴. Au contentieux, la jurisprudence *Peyrot* ne représente pas un cas isolé d'application de cette idée¹⁰⁵.

Cette théorie paraît très critiquable et, de fait, est très critiquée. Pour J-M. Auby, " la recherche des attributions naturelles des personnes publiques serait une tâche bien

¹⁰¹ A.J.D.A. 1963, p. 469. (c'est nous qui soulignons). La Cour entend certainement ici viser le service public d'un point de vue organique, ce à quoi je juge administratif a renoncé depuis longtemps.

¹⁰² Cité par MM. Long, Weil et Braibant, G.A.J.A., op. cit., p. 214. Il est à noter cependant avec A.-S. Mescheriakoff que la notion de S.P.I.C. n'imposait pas nécessairement à l'administration, selon le commissaire du gouvernement Matter, d'utiliser le droit privé : cette idée résulterait de l'interprétation déformante de sa pensée opérée par la suite par le commissaire du gouvernement J. Delvolvé ; cf " L'arrêt Bac d'Eloka, légende et réalité ", R.D.P. 1988, p. 1070 et 1071.

¹⁰³ Précis de droit administratif, 2ème éd., p. 210.

¹⁰⁴ Avis repris dans la circulaire sur la gestion déléguée des services publics locaux du 7 août 1987 - J.O.R.F. 20 décembre 1987, p. 14863.

¹⁰⁵ Cf C.E. Ass. 30 octobre 1996 *Wajs et Monnier*, A.J.D.A. 1996, p. 1041, cf infra 2/.

décevante ¹⁰⁶. J. Dufau dénonce sans nuance une " conception passéiste de l'Etat " ¹⁰⁷ et J.-A. Mazères, on l'a vu, se ralliait également à cette tendance critique.

Il est vrai que la question est affaire de conception, de sorte que le critère dégagé répondrait à un choix, certes discutable, mais réellement à la base de la décision. C'est pourquoi le débat ne sera pas évoqué davantage ¹⁰⁸. Ce qui paraît intéressant, c'est de montrer les applications pratiques, qui elles, dénotent de réels inconvénients dans l'utilisation de ce critère.

2/ Une application aux inconvénients incontestables

En premier lieu, en admettant son bien fondé, ce critère suppose que l'Etat dispose d'un certain nombre d'attributions naturelles. Or, on aurait quelque mal à considérer que les missions naturelles de l'Etat se résument à la construction de routes nationales. C'est pourtant ce que l'on peut déduire de l'absence d'extension de la jurisprudence *Peyrot* en dehors des travaux routiers.

Certes, toutes les occasions n'ont peut-être pas été données au juge de consacrer d'autres tâches relevant par nature de l'Etat et ce, en raison des aléas du contentieux. Mais il est topique de constater qu'il l'a expressément rejeté pour l'interventionnisme économique (ce qui se conçoit dans une logique libérale), la régulation des marchés agricoles, la construction des voies ferrées, l'aménagement du territoire ¹⁰⁹. Et il a même refusé de l'étendre à l'aménagement urbain et à la construction de centrales nucléaires puisqu'il a eu recours alors à d'autres critères illustrées par les jurisprudences *S.E.R.M.* et *Nersa*, dans des domaines (en particulier dans le dernier) où une telle logique pouvait très bien trouver à s'appliquer. Il paraît clair que ce refus d'extension, ajouté à l'utilisation d'autres critères, traduit un certain malaise de la part du juge à l'égard d'une théorie qu'il a pourtant lui-même élaborée.

¹⁰⁶ Cité par J.-A. Mazères, art. préc., p. 523.

¹⁰⁷ Droit des travaux publics, éd. du moniteur, 1988, t. 1, p. 131, n°196.

¹⁰⁸ Il faudrait certainement plus qu'une thèse pour traiter correctement la question. Tout juste indiquerons-nous qu'à notre sens, il n'y a pas d'attribution qui revienne par nature à l'Etat, même s'il y en a qui lui appartiennent par essence. L'essence de l'Etat (ce qui fait que l'Etat est), à la différence de sa nature (qui suppose des activités qui lui sont propres), peut se résumer par la définition qu'à donné Max Weber de l'Etat : " monopole de la contrainte physique légitime ", ce qui recouvre uniquement les fonctions de maintien de l'ordre public. On retrouve alors incidemment la distinction opérée par J. Moreau entre activités de police et activités de service public, Droit administratif, op. cit., p. 309 et s.

¹⁰⁹ Sur tous ces points, voir les arrêts cités infra, § 2/.

D'autres inconvénients apparaissent en ce qui concerne le champ d'application (positif cette fois) de la jurisprudence *Peyrot*. Logiquement, le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits ont tout de même étendu cette jurisprudence à l'ensemble des travaux routiers, en dépit de la référence initiale à la loi du 18 avril 1955. Logiquement en effet car par définition, la construction d'autoroutes ne pouvait être considérée en elle-même comme exécutée traditionnellement en régie directe et relevant par nature de l'Etat. Sans rentrer dans le détail du champ d'application de cette jurisprudence, certaines extensions démontrent les limites du raisonnement originel¹¹⁰.

La Cour de cassation a tiré les conséquences du critère en déniait la compétence du juge judiciaire pour connaître d'un litige relatif à une concession temporaire d'exploitation d'un pont-restaurant sur autoroute, par ailleurs piétonnier, ce pont constituant " le complément nécessaire de l'autoroute "¹¹¹. Le concédant n'était pas la société concessionnaire de l'autoroute mais une S.E.M. chargée de la gestion d'un marché d'intérêt national jouxtant l'autoroute. Or, le Conseil d'Etat s'est toujours refusé à étendre la jurisprudence au delà des contrats passés par le concessionnaire.

L'arrêt du 5 février 1986 *Soc. Languedoc Roussillon paysage* attribue une nature privée au contrat passé par un maître d'oeuvre du concessionnaire, la Scetauroute, au motif qu'elle ne tient de la convention passée avec le concessionnaire (la S.A.N.E.F.) ni " la qualité de mandataire de la S.A.N.E.F. ni le pouvoir de contracter des engagements pour le compte du maître de l'ouvrage "¹¹². La deuxième hypothèse vise tout simplement un éventuel mandat tacite. Le Conseil d'Etat refuse ainsi d'aller jusqu'au bout du raisonnement, qui supposait que la qualité des parties importait peu et qu'il convenait de s'en tenir uniquement à l'objet du contrat passé, la participation à la construction de l'autoroute. Il ne considère ainsi la pertinence du critère que dans la mesure où est concerné le seul concessionnaire, ce qui entre en contradiction avec le principe posé et prouve une fois de plus ses incohérences¹¹³.

De manière plus anecdotique, l'Assemblée du Conseil d'Etat, dans un arrêt du 30 octobre 1996 *Wajs et Monnier*, annule un décret approuvant un cahier des charges d'une

¹¹⁰ Sur la question, voir notamment l'article de F. Llorens précité à la R.F.D.A. 1985 p. 353 et s. Depuis lors sont intervenus des extensions concernant la fourniture de matériaux extraits sur des terrains privés pour la construction de l'autoroute (T.C. 2 mars 1987 *COREP du Tarn et Garonne*, p. 445), les travaux d'aménagement hydraulique pour l'écoulement des eaux fluviales de l'autoroute sur un terrain d'une association syndicale autorisée (C.A.A. Lyon 19 novembre 1992 *S.A.S.F.*, Req. 91LY00390, Rec.T. p. 1102), le contrat d'agrément passé avec un dépanneur sur autoroute (T.A. Lyon 1er octobre 1996 *Loridant*, A.J.D.A. 1997, p. 208) et bien sûr l'arrêt de Section du 3 mars 1989 *A.R.E.A.* à propos d'une société concessionnaire purement privée (préc.). En revanche, la compétence revient au juge judiciaire pour une occupation du domaine privé d'une personne publique par une société concessionnaire (C.E. 17 décembre 1986 *Association Nord Nature Saint-Omer*, Req. 42.314).

¹¹¹ Civ. 1ère 10 mai 1983, B.C. I, n° 145.

¹¹² Req. 22.698.

¹¹³ D'autant que la nature administrative du contrat ne sera pas systématique, le Tribunal des conflits ayant attribué un caractère privé à un contrat passé par un concessionnaire d'autoroute en raison de l'absence de clauses exorbitantes du droit commun et de participation à l'exécution des travaux (T.C. 15 janvier 1979 *Payan*, p. 793).

concession d'autoroutes prévoyant un versement annuel des sociétés concessionnaires à l'Etat de sommes destinées à supporter les charges de fonctionnement de la gendarmerie en service sur le réseau autoroutier : " L'exercice par la gendarmerie nationale des missions de surveillance et de sécurité qui par nature incombe à l'Etat donne par la même des dépenses qui sont étrangères à l'exploitation du réseau concédé "¹¹⁴. Si la solution peut légitimement être fondée sur des textes législatifs, il n'en reste pas moins que la théorie des activités naturelles s'effiloche. Comment concevoir en effet qu'il existe des missions qui appartiennent par nature à l'Etat qui ne peuvent être déléguée à des personnes privées (les attributions de police) et qui demeurent généralement gratuites alors que d'autres activités dites naturelles (la construction des autoroutes) sont presque systématiquement concédées ? Y aurait-il désormais deux catégories d'attributions naturelles de l'Etat, les unes étant " plus " naturelles (plus blanc que blanc en somme) que les autres au point qu'on ne puisse les déléguer ?

J-A. Mazères résumait, dès 1974, le sentiment qui se dégage de la jurisprudence Peyrot: " la notion d'activité naturelle de l'Etat est, comme le dit fort justement M. Maisl, une notion " éminemment subjective et contingente ". Et ce sont en réalité des motifs d'opportunité, à situer au niveau d'une politique jurisprudentielle, qui ont incité le Tribunal des conflits, dans le contexte favorable de la loi du 18 avril 1955, à décider du caractère administratif des contrats passés par les sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes "¹¹⁵. L'étude des conditions de mise en place de ces contrats prouve effectivement que le juge n'a pas dû être insensible à l'omniprésence de l'Etat à tout les stades du fonctionnement des personnes privées en cause.

B/ La maîtrise publique comme contexte

En dépit des sollicitations doctrinales encore nombreuses en 1963, le Tribunal des conflits a confirmé dans la décision *Peyrot* la nature privée des sociétés d'économie mixte¹¹⁶. En effet, " il n'appartient pas au juge de redresser les erreurs commises par le législateur " : la

¹¹⁴ A.J.D.A. 1996, p. 1041 ; C.J.E.G. 1997, p. 52, conclusions Combrexelle.

¹¹⁵ Art. préc., p. 523.

¹¹⁶ Par exemple, A. Demichel, *Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés - Essai d'une théorie générale*, 1960, p. 335. Cette doctrine était même majoritaire, d'après J-M. Auby (JCP 1963 II, n° 13375).

remarque de J. Dufau à propos des sociétés concessionnaires d'autoroutes a certainement désormais valeur probante en dehors des qualifications législatives¹¹⁷.

En revanche, il n'y a rien qui puisse être considéré comme allant contre la volonté du législateur lorsque le juge décide que certains contrats de ces sociétés sont administratifs, puisque le juge a alors naturellement compétence en raison de l'" ambiance de droit public " qui entoure ces contrats, pour reprendre une expression utilisée ailleurs¹¹⁸. Du moins est-ce là un sentiment que le juge partage assurément avec la doctrine.

Le Tribunal des conflits, unanimement approuvé par la doctrine, a donc franchi le pas en 1963, en raison de circonstances d'espèce favorables¹¹⁹.

1/ Une interprétation conforme aux circonstances d'espèce

Tout porte à croire que le Tribunal des conflits a été influencé par la maîtrise que l'Etat possédait de la société concessionnaire.

D'un point de vue organique, c'est même de mainmise sur le déroulement des opérations et corrélativement sur la société elle-même, plus que de maîtrise qu'il s'agit. Dès 1957 et les premières concessions, à l'image de celle octroyée à la société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur¹²⁰, les services de l'Etat élaborent directement les avant-projets sommaires, et la direction des services techniques créés au sein des sociétés est assurée par les ingénieurs en chef des ponts et chaussées des départements traversés par l'autoroute.

La période 1961-1963 voit même le concessionnaire passer au stade ultime de la dépendance à l'égard de l'Etat. Les S.E.M. n'ont même plus recours à la création de services techniques, les ingénieurs départementaux de la D.D.E. préparant et même passant les marchés, ce qui allait bien au delà d'une maîtrise d'oeuvre classique. La Cour des comptes résume la situation : " En définitive, et pour ce qui concerne la construction, les sociétés d'économie mixte n'ont guère à jouer qu'un rôle subordonné : celui de régler ou plutôt de faire régler par la S.C.E.T. les mémoires et factures des dépenses engagées et liquidées par les fonctionnaires des Ponts et Chaussées qui, comme telles, devaient normalement être payées et contrôlées par des comptables publics "¹²¹.

¹¹⁷ J. Dufau, note sous T.C. 17 janvier 1972 S.N.C.F. c/ *Solon et Barrault*, A.J.D.A. 1972, p. 352.

¹¹⁸ Par P. Weil, à l'occasion de l'arrêt *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant.*, précité.

¹¹⁹ Seule la décision du 7 juillet 1963 sera évoquée ici pour expliquer ce qui a fondé le choix de départ du juge, décision fondatrice des solutions postérieures qui s'inscrivent dans son sillon.

¹²⁰ Approuvée par le décret du 2 mai 1957, J.O.R.F. 29 mai 1957, p. 5383.

¹²¹ Rapport pour 1963, J.O.R.F. 1965, p. 27.

Mais la mainmise publique ne s'arrête pas à la phase de construction. L'exploitation de l'autoroute elle-même illustre dans une certaine mesure cet aspect des relations Etat - concessionnaires. Les cahiers des charges limitent généralement la liberté contractuelle des S.E.M. en les contraignant à recourir aux services des Ponts et Chaussées pour l'entretien des autoroutes. Quant aux tarifs des péages, ils sont fixés dans la limite d'un plafond et après approbation du ministre des travaux publics.

Du point de vue financier, le capital des sociétés concessionnaires appartient obligatoirement en majorité à l'Etat, et, de fait, la participation de l'Etat y est largement supérieure. La construction de l'autoroute fait la part belle aux préfinancements publics : emprunts auprès du Fonds spécial d'investissement routier et avances remboursables de l'Etat représentent, dès l'origine, l'essentiel des fonds destinés aux frais de premier établissement¹²².

La Cour des comptes, déjà sévère dans son rapport pour 1961, fut très critique dans celui pour 1963 précité. " Le recours à des S.E.M. concessionnaires ne semble pas justifié s'il s'agit d'organismes de façade ne contribuant pas dans une mesure appréciable à l'apport des capitaux nécessaires ". Même le ministre de l'équipement en 1969, A. Chalandon, reconnût que " derrière le monopole apparent de ces sociétés, il se cache un monopole de fait, qui est celui de l'Etat. Ces sociétés sont des trompe-l'oeil, des faux nez de l'Etat "¹²³. Mais le Tribunal des conflits n'avait pas attendu cette déclaration pour faire sienne cette réflexion, officialisant en quelque sorte un sentiment général. L'ensemble de ces éléments a certainement contribué à l'avènement de cette exception au critère organique que constitue la jurisprudence *Peyrot*. Il y a là une certitude partagée par la doctrine dans son immense majorité.

2/ Une interprétation confirmée par la doctrine

Il ne sera pas évoqué les conclusions Lasry, déjà abondamment analysées, autrement que pour remarquer que le commissaire du gouvernement avait lui aussi souligné cette présence publique. S'il en concluait, à tort, à la présence d'un mandat, il a en revanche influencé la doctrine en lui faisant prendre conscience du contexte dans lequel l'affaire *Peyrot* s'inscrivait.

¹²² Sur tous ces points, voir B. Thouret, art. préc.

¹²³ J.O. Déb. A.N., 3 octobre 1969, p. 2487. Il est vrai que cet éclair de lucidité n'avait d'autre but que celui de justifier son propre projet visant à instaurer un " financement privé " des autoroutes et qui aboutit au décret du 12 mai 1970 (J.O.R.F. 13 mai, p. 4509).

Le meilleur exemple de réaction (très positive) à une décision présentée comme une réponse du juge face à la " privatisation " de l'action publique est fourni par le président Josse. Il y voit une réponse aux reproches assénés au juge, trop soucieux de s'en tenir aux apparences, enfermé qu'il serait dans une tour d'ivoire du formalisme juridique¹²⁴. La décision Peyrot est ainsi présentée comme un choix du juge de tenir compte de la réalité, c'est-à-dire du caractère faussement privé des opérations menées par les sociétés d'économie mixte concessionnaires. Il prend même acte de ce qu'ainsi, le Tribunal des conflits répond au rapport de la Cour des comptes pour 1961 remis au président le 27 mai 1963 qui dénonçait les " démembrements " de l'administration.

MM. Gentot et Fourré, tout en comprenant que le Tribunal des conflits renonce à requalifier la S.E.M., se félicitent de la solution car dans " la plupart des cas, les sociétés d'économie mixte n'ont de société anonyme que le nom "¹²⁵. Pour J.-B. Auby, " certaines personnes privées dans bien des cas donneront, de façon aiguë, une impression de transparence, qui est cause, par exemple, de la perplexité des commentateurs de la jurisprudence Peyrot "¹²⁶.

J. Fabre et R. Morin voient là une " réaction de défense de l'intérêt général " par la soumission aux disciplines publiques de certains des " démembrement de l'administration " parmi " les plus caractéristiques "¹²⁷.

Il ne faisait aucun doute qu'il s'agissait pour le juge de répondre aux inconvénients engendrés par une compétence judiciaire pour un contentieux marqué de l'empreinte publique.

Le plus remarquable est que cette interprétation a survécu, au sein de la doctrine, à la confirmation ultérieure du critère matériel comme seul et unique critère de la jurisprudence. La référence, alliée aux conclusions Lasry, à la loi du 18 avril 1955 qui organise la maîtrise publique sur les S.E.M., pouvait laisser subsister un doute quant au critères réellement mis en oeuvre. L'extension de la jurisprudence Peyrot à d'autres travaux routiers impliquait la validité du seul critère matériel, mais les auteurs ont continué de présenter cette jurisprudence comme une réponse aux " démembrements ", alors que, avec le critère matériel, le juge était censé être indifférent à la nature réelle de la S.E.M.

J.-A. Mazères a apporté une grande contribution à l'étude de la jurisprudence *Peyrot* et à l'idée que, mise en oeuvre par un critère critiquable, elle était fondée sur de toutes autres

¹²⁴ Cf Introduction générale.

¹²⁵ A.J.D.A. 1963, p. 464.

¹²⁶ La notion de personne publique en droit administratif, Th. Paris, 1979, p. 111.

¹²⁷ " Quelques aspects du contrôle des S.E.M. ", R.D.P. 1964, p. 778 et 783.

considérations. Pour lui, " on est en présence de fausses concessions et de faux concessionnaires ", la S.E.M. étant " juridiquement transparente "¹²⁸. Il y a ajouté même une dimension " politique ", dans la mesure où " c'est donc un choix politique qui a été fait par le Tribunal des conflits, et ce choix est allé exactement dans le sens souhaité par la Cour des comptes lors de ses critiques formulées à l'encontre des démembrements de l'administration "¹²⁹.

B. Pacteau estimera également, bien plus tard, que " le constat qu'il peut être fait de fausses personnes privées qui masquent de réelles présences et influences administratives (...) inspirait d'ailleurs la décision *Peyrot* de 1963 "¹³⁰. Plus récemment, Chr. Duval a vu dans les jurisprudences *Peyrot* et *S.E.R.M.* " les mêmes causes mais un raisonnement juridique différent ", les deux étant liés au " caractère fictif de ces sociétés, à leur transparence "¹³¹.

Une telle interprétation a pu un temps influencer le juge du fond. La cour d'appel de Paris, par une décision du 2 décembre 1964 a ainsi fait de la transparence un fondement explicite en s'attachant à un critère relationnel : " Considérant qu'agit pour le compte d'une personne administrative le concessionnaire qui exécute des travaux publics au financement desquels l'Etat a contribué, sur lesquels il se réserve un contrôle, et qui demeurent ou doivent devenir un jour sa propriété "¹³². Les juges suprêmes ne s'engagèrent pas toutefois sur cette voie, préférant user d'un critère plus simple mais aussi plus contestable.

Par le recours au critère matériel, ils réattribuaient ainsi la connaissance d'un contentieux particulier au juge qui en avait toujours connu, évitant de s'engager plus avant dans l'examen de la transparence des personnes privées qui aurait pu justifier explicitement (et qui a très probablement justifié implicitement) la qualification de contrats administratifs. Cette démarche rejoint peu ou prou celle du juge dans la jurisprudence *S.E.R.M.*

§ 2/ La transparence liée aux modalités d'accomplissement de l'activité

La jurisprudence *S.E.R.M.* se caractérise, avec les jurisprudences *Laurent* et *Nersa*, par le recours à la méthode du faisceau d'indices. De la présence d'indices concordants (mais variables suivant les espèces), naît aux yeux du juge une situation juridique déterminée, en

¹²⁸ Art. préc. p. 520 et 521. Le constat sera repris par I. Poirot-Mazères dans sa thèse : " la S.E.M. est juridiquement " transparente " dès lors qu'il s'agit de qualifier les actes ", op. cit., p. 474.

¹²⁹ Art préc., p. 525.

¹³⁰ R.A. 1983, p. 370, dans sa note sous l'arrêt T.C. du 21 mars 1983 *U.A.P.*

¹³¹ Th. préc. p. 824.

¹³² D-S 1965, p. 712, note Ch. Blaovët.

l'occurrence un contrat passé par une personne privée pour le compte d'une personne publique. Le raisonnement repose alors non sur un présupposé juridique, comme dans la jurisprudence *Peyrot*, mais sur une déduction logique.

Il s'agit en principe et du fait même de la technique employée, de décisions qui ne se caractérisent pas par leur généralité, qui ne correspondent pas a priori à un domaine d'ensemble. Pourtant, si les indices de la jurisprudence *S.E.R.M.* semblent concerner des modalités particulières d'accomplissement d'une mission par une personne privée, ils dessinent en réalité les contours d'un contrat connu, la concession d'aménagement, consentie dans des conditions particulières à des sociétés d'économie mixte.

Ainsi, malgré un critère " relationnel " mis en avant, il y avait certainement place pour une plus grande prise en compte de la maîtrise de la personne privée par la personne publique. Une fois encore, comme dans la jurisprudence *Peyrot*, le juge a préféré s'en tenir à une atteinte limitée au critère organique du contrat administratif au moyen de critères contestables, alors que le fondement sous-jacent de la solution résidait assurément dans la transparence de la personne privée intermédiaire.

En témoigne également, s'agissant de la jurisprudence *S.E.R.M.* cette fois, la volonté, antérieure aux données de l'espèce, de répondre aux démembrements excessifs de l'administration. Il y avait en quelque sorte, une intention préexistante des juges des juridictions suprêmes, ou de certains d'entre eux, préalable, externe à toutes circonstances d'espèce, de répondre aux " privatisations " de l'action publique entraînées par le recours à la société de droit privé. Ce dernier aspect sera étudié dans son ensemble plus avant ¹³³. Ce qui nous intéresse à ce stade de l'analyse, c'est la déclaration de volonté antérieure à la jurisprudence *S.E.R.M.* qui prouve l'extranéité de la démarche du juge. Les circonstances de cette jurisprudence ne vinrent apporter qu'un cadre propice à la mise en oeuvre d'une politique jurisprudentielle prédéfinie qui entendait ne pas se laisser éblouir par l'habillage rutilant (et somme toute assez récent dans son ampleur) de la personnalité privée appliquée à l'action publique.

A/ Les prémisses annonciatrices d'une évolution

Un certain nombre d'indices pouvait laisser penser à une évolution de la jurisprudence dans le sens d'une moins grande effectivité du critère organique en dépit de l'attitude du juge

¹³³ Sur l'ampleur de ce phénomène, voir *infra* chap. 2, section 2.

lui-même qui avait été amené à rejeter à plusieurs reprises des sollicitations en faveur d'une extension des exceptions au critère organique.

Il est ainsi à peu près certain que Tribunal des conflits et Conseil d'Etat considéraient qu'ils se devaient de réagir face à la multiplication des démembrements de l'administration que leur propre classicisme favorisait. La décision *S.E.R.M.* n'apparaît pas ainsi comme une décision d'espèce, mais comme illustrant la volonté du juge d'intervenir face à un phénomène général.

Les décisions jurisprudentielles qui précédèrent pourtant semblaient traduire une politique inverse. Seule la doctrine se montrait favorable à une extension des exceptions au critère organique du contrat administratif. Parmi elle cependant, des membres influents du Conseil d'Etat se rangeait à l'opinion doctrinale quasi unanime.

1/ Des solutions jurisprudentielles contraires à une extension

De 1963 à 1975, les juges suprêmes ont tous été confrontés à la question de la nature des contrats passés par des personnes privées dont l'action se situait nettement dans la sphère administrative. Tous ont montré leur opposition à une extension ou à un dépassement de la jurisprudence *Peyrot*, au point que l'on put parler à son sujet de " manoeuvre d'encerclement " ¹³⁴.

Cet encerclement débuta dans un domaine assez éloigné de l'espèce *Peyrot* : celui des contrats des organismes de sécurité sociale. Le Tribunal des conflits dans sa décision du 13 décembre 1963 *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord* attribua la connaissance d'un litige contractuel entre une caisse régionale de sécurité sociale (personne privée) et un syndicat à la juridiction judiciaire. Pourtant, ainsi que l'avait remarqué le commissaire du gouvernement Braibant dans ses conclusions, il existait " de sérieuses raisons d'infléchir la jurisprudence " : cette convention devait reproduire une convention type édictée par le gouvernement, renvoyait à des décrets pour des tarifs plafonds, n'entrait en vigueur qu'en vertu d'une décision d'approbation de la commission des tarifs, et une convention identique passée par la caisse nationale (personne publique), serait certainement considérée comme administrative ¹³⁵. Le Tribunal des conflits, suivant en définitive son commissaire du gouvernement qui proposait d'en rester au principe traditionnel pour des raisons d'opportunité

¹³⁴ F. Moderne " La nature des marchés passés par les S.E.M. chargées de l'aménagement et de la gestion des marchés d'intérêt national ", Revue Droit Rural 1974, p. 1.

¹³⁵ D. 64, p. 55 (conclusions) et p. 57 (décision).

(éviter un facteur nouveau de complexité de répartition des compétences) renonça à consacrer une exception supplémentaire au critère organique.

Le deuxième domaine, lui aussi étranger aux travaux publics, concernait les contrats des organismes privés d'intervention économique. La décision *Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés " interlait "* du 3 mars 1969 voit le Tribunal des conflits confirmer la compétence judiciaire, alors même que les contrats en cause représentaient assurément une modalité d'exécution du service public¹³⁶. Le refus est d'autant plus marqué ici que le commissaire du gouvernement Khan appelait de ces vœux une solution inverse¹³⁷. La société privée était soumise au double contrôle d'un commissaire du gouvernement et d'un contrôleur d'Etat doté d'un droit de veto sur ses décisions. Elle devait remettre le bénéfice éventuel à l'Etat et exerçait ainsi son action dans des conditions identiques à celles du Fond d'orientation et de régulation des marchés agricoles, établissement public dont les contrats relatifs à des missions identiques revêtent un caractère administratif¹³⁸.

Ces solutions, quoique critiquées, furent pourtant reprises dans un domaine attendu parce que similaire à celui de la décision du 7 juillet 1963 : les travaux publics autres que routiers de sociétés d'économie mixte. C'est le Tribunal des conflits qui entama l'encerclement total de la jurisprudence *Peyrot* en déniait le caractère administratif aux travaux de la S.N.C.F., alors société d'économie mixte¹³⁹. L'arrêt du 12 janvier 1972 *S.N.C.F. c/ Solon et Barrault* est sans ambiguïté, en dépit d'une hésitation persistante du commissaire du gouvernement Braibant¹⁴⁰. Le Tribunal des conflits parachève sa position avec les contrats de la société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de Paris la Villette¹⁴¹.

Mais c'est le Conseil d'Etat qui, dès 1972, porta les plus rudes coups à une éventuelle extension de la jurisprudence *Peyrot* en reconnaissant la compétence du juge judiciaire pour toute une série de contrats passés avec des personnes privées par les sociétés d'aménagement régional telle la Compagnie d'aménagement de la région du Bas Rhône et du Languedoc¹⁴², ou

¹³⁶ On sait que le critère matériel du contrat administratif peut résulter de cette seule circonstance - cf C.E. 20 avril 1956 *Consorts Grimouard*, p. 168.

¹³⁷ A.J.D.A. 1969, p. 307, avec une note A. de Laubadère.

¹³⁸ T.C. 24 juin 1968 *Société " distilleries bretonnes " et société d'approvisionnements alimentaires*, p. 801.

¹³⁹ Depuis sa transformation en E.P.I.C. par la loi du 30 décembre 1982, le juge a reconnu le caractère administratif de certains de ses contrats. Il y a là un simple effet du changement de statut, sans que l'objet du contrat ni ses modalités d'exécution n'aient été modifiés en quoi que ce soit, ce qui prouve le caractère peu satisfaisant du raisonnement.

¹⁴⁰ Conclusions à la R.D.P. 1972, p. 465.

¹⁴¹ T.C. 25 juin 1973, p. 847.

¹⁴² C.E. 21 juillet 1972 *Entreprise Ossude*, p. 562, A.J.D.A. 1973, p. 48.

la Société du canal de Provence¹⁴³, ou encore la Compagnie nationale du Rhône¹⁴⁴. Le juge judiciaire avait précédé le Conseil d'Etat dans le domaine de la rénovation urbaine¹⁴⁵. Si le Conseil d'Etat ne s'était toujours pas prononcé avant 1975 pour le contentieux de l'équipement urbain, le rejet de la théorie de l'acte administratif unilatéral dans ce domaine, alors que le contrat présente toujours plus de prise au critère organique, semblait impliquer également une compétence judiciaire¹⁴⁶. A mesure des développements contentieux, le champ de la compétence administrative se trouvait diminué comme peau de chagrin et il devenait ainsi urgent de rétablir un certain équilibre, que, par ailleurs, la doctrine appelait de ses vœux.

2/ Des positions doctrinales favorables

La doctrine fut très critique à l'égard de ces décisions, la déception étant à la mesure des espoirs soulevés par la jurisprudence Peyrot. On assista même à une levée de boucliers tant les commentateurs dans leur unanimité ne manquèrent pas de condamner cette démarche des juridictions suprêmes.

A propos de la décision " *Interlait* " et après A. De Laubadère¹⁴⁷, P. Delvolvé dénonça " les distorsions pour des mêmes types de travaux et de marchés " qui résultent de l'ensemble de ces jurisprudences. F. Moderne considérait comme " fâcheux de faire échapper les S.E.M. au contrôle juridictionnel du juge administratif ", la compétence judiciaire représentant " une fausse simplicité "¹⁴⁸. J-A. Mazères relevait le " paradoxe des marchés mettant en oeuvre des prérogatives de puissance publique pour l'exercice d'une mission de service public et la réalisation de travaux publics, cependant considérés comme des contrats relevant du droit commun et, en cas de litige, des juridictions de l'ordre judiciaire " et M. Waline appelait de ses vœux l'extension de la compétence administrative à tous les contrats ayant pour objet des travaux publics¹⁴⁹.

¹⁴³ C.E. 10 novembre 1972 *Société des grands travaux alpins*, A.J.D.A. 1973 p. 47 ; C.E. 21 mars 1973 *Société entre prise de grands travaux hydrauliques*, p. 231 ; C.E. 14 novembre 1973 *Société du canal de Provence*, p. 1030 ; C.E. 24 avril 1974 *Société des entreprises Campenon-Bernard*, D.A. 1974, n° 165.

¹⁴⁴ C.E. 23 juillet 1974 *Compagnie nationale du Rhône*, p. 447.

¹⁴⁵ Civ. 1ère 2 février 1972 *Société immobilière d'économie mixte de Saint-Gratien*, A.J.D.A. 1973 p. 47 ; Civ. 3ème, 17 novembre 1974, B.C. III, n° 150, p. 113.

¹⁴⁶ C.E. 5 mai 1972 *Société d'équipement de l'Indre*, A.J.D.A. p. 51 et 52.

¹⁴⁷ A.J.D.A. 1969, p. 312.

¹⁴⁸ A.J.D.A. 1973, p. 52.

¹⁴⁹ Note sous T.C. 15 janvier 1973 *Société Quirelly-Goumy*, R.D.P. 1973, p. 1056.

Il n'est pas impossible que la doctrine ait eu ici une influence positive sur le juge. La plupart des auteurs affichait pourtant un pessimisme marqué quant à l'éventualité d'une évolution, au vu des rejets jurisprudentiels successifs.

Il fallait pourtant être attentif à certains d'entre eux, particulièrement bien informés. MM. Long, Weil et Braibant, dans leur sixième édition des Grands arrêts de la jurisprudence administrative, estimaient qu'il était possible que " le développement de l'interventionnisme économique et social des collectivités publiques, ainsi que la diversification de ses formes, entraîne ultérieurement une certaine évolution de la jurisprudence "¹⁵⁰.

Emanant de deux membres du Conseil d'Etat, peu enclins à jouer les apprentis devins, la remarque valait presque valeur d'annonce officielle. Ajoutée à la position du commissaire du gouvernement Khan dans l'arrêt *interlait* précité, elle traduisait assurément cette volonté externe, cette position de principe de certains juges face à la privatisation de l'action publique. Il restait à trouver le domaine propice, suffisamment vaste pour que la décision ait une certaine portée, et une méthode, assez réductrice pour ne pas risquer d'inquiéter le législateur. L'aménagement urbain serait ce domaine.

Ce choix se justifiait si l'on se réfère aux conclusions Lasry sur l'arrêt *Peyrot*. Ce commissaire du gouvernement avait relevé le parallèle entre le texte de loi du 18 avril 1955 et les textes relatifs à l'aménagement urbain : " D'une part, il énumère limitativement les personnes à qui une concession peut être accordée, et cette énumération prévoit uniquement des collectivités publiques, des établissements publics et enfin des sociétés d'économie mixte à participation publique majoritaire, ce qui peut être interprété comme manifestant la volonté de mettre celles-ci sur le même pied que ceux-là, tout en écartant les entreprises privées proprement dites. Cette prise de position du législateur se retrouve d'ailleurs, dans les textes ultérieurs, en particulier ceux relatifs aux zones à urbaniser en priorité et aux zones d'aménagement différés ".

Cette réflexion vient renforcer l'idée que jurisprudences *S.E.R.M.* et *Peyrot* participent d'un même mouvement, en dépit de critères divergents. Une fois encore, le juge saisit un type particulier de contentieux pour répondre à un phénomène plus général, en rectifiant non la qualification de la S.E.M. mais celle de certains des contrats qu'elle passe. La jurisprudence *S.E.R.M.* - *Commune d'Agde* s'inscrit toutefois dans un contexte plus favorable, attendue par la doctrine dans son ensemble, à la suite de refus successifs du juge. De cette volonté de la doctrine et surtout du juge, une seule conclusion ressortait : il fallait montrer que la jurisprudence pouvait s'adapter et reconnaître la transparence des personnes privées qui agissent pour le compte des personnes publiques, quitte à recourir à des critères réducteurs.

¹⁵⁰ Cités par F. Moderne, note sous C.E. 30 mai 1975 *S.E.R.M.*, D. 1976, p. 4.

B/ Un faisceau d'indices révélateur d'une situation de transparence

Comment, à partir d'indices qui concernent les modalités de réalisation d'opération d'aménagement urbain, peut-on conclure à une jurisprudence fondée sur la transparence de la personne privée qui agit pour le compte d'une personne publique ? La réponse à cette question est d'importance puisqu'elle conditionne la pertinence de la thèse avancée. Le lien qui peut être fait entre le faisceau d'indices et la transparence réside dans un constat : ces indices ne sont rien d'autre que des éléments révélateurs d'un contrat connu, la concession d'aménagement. Or, celle-ci ne met en scène que deux types de personnes, les établissements publics et les sociétés d'économie mixte, qui laissent entrevoir à travers leur fonctionnement une présence publique.

1/ Un faisceau d'indices caractéristique d'une concession d'aménagement

H. Jacquot et O. Martin relèvent, à propos de l'arrêt *S.E.R.M.* et de ses suites, que " cette jurisprudence ne se fonde pas sur la nature de la concession mais, comme on le sait, sur la réunion de trois clauses " qui sont la remise de l'ouvrage à une personne publique dès son achèvement, la substitution de cette même personne publique pour toute action en garantie décennale et la possibilité d'allouer à une personne privée des aides généralement attribuées à une personne publique¹⁵¹. Cette considération correspond effectivement à la motivation explicite de l'immense majorité des décisions jurisprudentielles appliquant l'arrêt *S.E.R.M.* Pourtant, elle ne saurait traduire la réalité. La réalité, c'est que les indices retenus n'illustrent aucunement une quelconque situation juridique originale, voire marginale dans l'action publique en matière d'aménagement. Ils ne correspondent à rien d'autre qu'au contrat de concession d'aménagement tel qu'on le connaît depuis une quarantaine d'années¹⁵². La fin de la

¹⁵¹ Art. préc., Droit et ville 1993, n° 36, p. 156.

¹⁵² Et qui ne ressemble que de très loin à ceux des années vingt et trente : voir C.E. Sect. 22 novembre 1935 *Chouard et autres* (p. 1080), C.E. 30 octobre 1936 *Sibille et autres.*, (p. 936, " concessions de travaux publics " d'une durée de 55 ans).

première partie a déjà offert l'occasion d'entrevoir cette réalité¹⁵³. Il convient d'insister sur cette face cachée de la jurisprudence *S.E.R.M.* car elle est lourde de conséquences.

Aussi étrange que cela puisse paraître, cet aspect n'a, à notre connaissance, jamais été nettement souligné. Tout au plus, E. Fatôme indique-t-il que les indices jurisprudentiels se retrouvent dans les concessions d'aménagement qui, en principe, respectent les cahiers des charges¹⁵⁴. Encore s'agit-il d'une remarque qui vise la période postérieure aux lois de décentralisation et non celle concernant les contrats de la jurisprudence *S.E.R.M.* L. Richer y fait allusion subrepticement à propos du " cahier des charges type pour l'aménagement des Z.A.C. annexé au décret du 18 février 1977 (qui) comporte les indices au vu desquels est reconnue l'existence d'un mandat "¹⁵⁵. Outre le fait qu'il ne s'agit pas d'un véritable mandat mais en réalité de la jurisprudence *S.E.R.M.*, la précision s'avère trop réductrice : c'est l'ensemble des cahiers des charges des concessions d'aménagement publiés depuis 1960 qui ont fait référence aux éléments caractérisant aux yeux du juge une action " pour le compte " d'une personne publique.

Dès le cahier des charges annexé au décret n° 60-554 du 1er juin 1960, la structure de cette concession particulière¹⁵⁶ est donnée¹⁵⁷ : l'article 19 alinéa 2 impose la remise des ouvrages " au plus tard à la réception définitive ". L'alinéa 4 du même article prévoit alors la substitution de la collectivité ou du concessionnaires intéressé pour toute action en responsabilité décennale des constructeurs, l'article 20 alinéa 3 la possibilité pour la société concessionnaire de solliciter des avances et des bonifications d'intérêt auprès du fonds national d'aménagement du territoire, et l'alinéa suivant l'habilitation par le concédant du concessionnaire à solliciter " en ses lieu et place les subventions afférentes aux ouvrages, constructions et installations qu'elle réalisera pour le compte du concédant ". Enfin, les articles 9, 10 alinéa et 11 organisent le contrôle des opérations par le concédant pendant les phases d'avant-projets et d'exécution des travaux, contrôle pouvant aller jusqu'à l'approbation préalable¹⁵⁸.

Tout est dit ici : le juge, quinze ans plus tard, c'est-à-dire après passation des contrats sur cette base et l'avènement des premiers contentieux, n'a donc pas innové mais s'est contenté

¹⁵³ Cf supra 1ère partie, Titre 2, chap. 2, à propos de la distinction de la situation de mandataire et de celle de concessionnaire, y compris d'aménagement.

¹⁵⁴ " Les participations : financement et maîtrise d'ouvrage des équipements publics ", Droit et ville 1993, n° 36, p. 163 et s., spécialement p. 183 note 19.

¹⁵⁵ Droit des marchés publics, éd. du moniteur, II.210.2, mise à jour n° 6.

¹⁵⁶ Si particulière que la discussion doctrinale sur sa soumission à la loi du 29 janvier 1993 alla bon train jusqu'à ce que le législateur y mette un terme en l'excluant expressément de son champ d'application (cf loi du 9 février 1994 précitée).

¹⁵⁷ A titre de comparaison, voir l'article de J. Gardiès sur " La nature des travaux des sociétés d'économie mixte créées pour l'aménagement de zones industrielles ou de zones d'habitation ", (A.J.D.A. 1957, p. 81 et s.), relatif au décret du 10 novembre 1954.

¹⁵⁸ J.O.R.F., 12 juin 1960, p. 5324 et s.

de reprendre à l'identique les dispositions les plus originales de ce contrat de concession, jusque dans la formulation de l'action " pour le compte ".

Les cahiers des charges qui succédèrent, approuvés respectivement par le décret n° 69-401 du 16 avril 1969 et par celui n° 77-204 du 18 février 1977, reconduisirent à l'identique ces dispositions¹⁵⁹. Celles-ci concernent ainsi l'ensemble des concessions d'aménagement " passées en application de l'article 78-I du Code de l'urbanisme " (décret de 1960), des " concessions de zones industrielles, de zones à urbaniser en priorité ou de zones d'habitation " (décret de 1969) ou des " concessions de zones d'aménagement concerté " (décret de 1977).

Or, jusqu'aux lois de décentralisation, ces cahiers des charges approuvés par voie réglementaire s'imposaient aux collectivités locales qui souhaitaient procéder à de telles opérations d'aménagement urbain. Les dispositions précitées constituaient ainsi, dès l'origine, des éléments incontournables de ces contrats de concession, et à bien des égards, leur originalité même. En relevant leur existence pour conclure à l'administrativité des contrats passés par le concessionnaire ayant pour objet la construction d'ouvrages publics, le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits ne visaient en réalité rien d'autre que les contrats passés par un concessionnaire d'aménagement urbain en vue de telles constructions.

Pourquoi donc ne pas avoir franchi le pas d'une reconnaissance explicite de la généralité des contrats concernés ? Peut-être précisément parce que cette généralité gênait les juges s'agissant d'une exception à un principe bien établi. Là se dévoile un premier aspect de la stratégie d'occultation du fondement véritable (la transparence) de cette jurisprudence. Recourir à la méthode du faisceau d'indices permet en effet de limiter a priori considérablement la portée d'une décision. Pourtant, c'est bien l'ensemble des concessionnaires d'aménagement qui sont concernés lorsqu'ils passent des contrats pour la réalisation de travaux publics.

Certains auteurs ont cru pouvoir expliquer autrement la jurisprudence *S.E.R.M.* Sa portée ne serait pas tant réduite du fait de la méthode choisie qu'en raison de la nature des relations concédant/concessionnaire s'agissant de certaines opérations. Il y aurait deux types de relations juridiques dans ces concessions : celles, classiques, qui lient un concédant à son concessionnaire sur la base du principe de responsabilité de ce dernier et celles plus originales, qui relèvent d'un mandat *ad hoc*, passé pour certaines opérations qui ont donné lieu aux litiges en cause dans la jurisprudence *S.E.R.M.* H. Jacquot et O. Martin estiment que ces opérations ne sauraient constituer la mission principale du concessionnaire, mais une mission accessoire pour laquelle des relations spéciales ont été nouées au sein du contrat de

¹⁵⁹ J.O.R.F., 29 avril 1969, p. 4296 et s. (art. 8, 9, 16 et 17) ; J.O.R.F., 6 mars 1977, p. 1275 et s. (art. 10, 11, 16 et 17).

concession et qui sont assimilables à un mandat tacite¹⁶⁰. P. Valadou résume ainsi l'hypothèse : " il s'agirait d'une concession assortie d'un mandat partiel " pour certaines opérations¹⁶¹.

Il est vrai que cette hypothèse correspond à une réalité parfois rencontrée en pratique et qui a donné lieu, elle aussi, à contentieux. L'arrêt *S.E.M.A.V.I.M.* du 29 janvier 1993 en est l'illustration. A s'en tenir à sa rédaction, peu d'informations transparaissent sur cette question puisque le Conseil d'Etat admet implicitement sa compétence dans un litige contractuel opposant une S.E.M. concessionnaire de Z.U.P à une autre personne privée à propos de la réalisation d'un groupe scolaire à l'intérieur de cette Z.U.P.¹⁶² Cette construction avait fait l'objet d'un avenant au contrat de concession qui prévoyait quelques dispositions particulières, notamment quant à son financement, assuré par la collectivité. En fait, il s'agissait d'une véritable délégation de maîtrise d'ouvrage publique, comme l'avenant l'avait lui-même précisé et qui n'avait formellement rien à voir avec la concession initiale dans la mesure où des relations nouvelles étaient dès lors mis en place (le terme d'avenant pouvant à cet égard être considéré comme impropre)¹⁶³. Il n'y avait donc pas compétence du juge administratif par application de la jurisprudence *S.E.R.M.* (contrairement à ce que la Cour de cassation avait cru pouvoir établir¹⁶⁴) mais du fait de l'existence d'une délégation de maîtrise d'ouvrage conférant un mandat véritable. Outre le financement, une autre clause convainc définitivement de l'existence d'un mandat. L'article 5 alinéa 5 de l'avenant prévoit que le concédant est substitué " dans tous les droits, moyens et actions résultant, tant des contrats et marchés passés par la société pour la réalisation des ouvrages que des lois et règlements en la matière ". Une telle formule est généralement absente des concessions d'aménagement¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Art. préc., Droit et ville 1993, p. 157.

¹⁶¹ " Le procédé contractuel en matière d'aménagement ", M.P., 1991, n° 258, p. 37. Nous insistons une fois encore sur le risque du faux syllogisme s'agissant du financement de l'aménagement qui consisterait à dire " tous les mandataires n'assument aucun risque financier, les concessionnaires d'aménagement n'assument aucun risque financier donc les concessionnaires d'aménagement sont des mandataires ".

¹⁶² P. 20 ; A.J.D.A. 1993, p. 301 ; R.F.D.A. 1993, p. 746 avec les conclusions Legal. Le lien avec la jurisprudence *S.E.R.M.* n'était a priori pas facile à établir puisque le Conseil d'Etat reste muet sur sa propre compétence tout comme le commissaire du gouvernement. L'autre intérêt de l'arrêt, plus explicite celui là, est le contrôle normal opéré par le juge de cassation sur l'interprétation par les juges du fond des clauses d'un C.C.A.G. approuvé par décret, à la différence du contrôle de l'interprétation des dispositions contractuelles limité à la dénaturation des clauses claires et précises ; sur ces interrogations, voir J. Guglielmi dans sa note à l'A.J.D.A. précité et les conclusions Y. Aguila sur C.E. 10 mai 1995 *Centre hospitalier de Faucigny*, JCP 1995, n° 22454.

¹⁶³ C'est ce que révèle ledit avenant que la commune de Martigues a eu l'amabilité de nous communiquer.

¹⁶⁴ Si le Conseil d'Etat ne s'étend point sur sa compétence, c'est sans doute parce que la Cour de cassation l'avait déjà admis auparavant, en rejetant sa propre compétence (Civ. 1ère 5 mai 1987, Req. 85-17.505). Or dans cet arrêt et de manière assez inexplicable, la Cour s'est basée sur les caractères du contrat de concession d'aménagement (remise des ouvrages dès leur achèvement, etc.) et non sur l'avenant à l'origine du litige. Elle peut dès lors effectivement rattacher cette espèce à celle de la jurisprudence *S.E.R.M.* mais certainement de manière erronée puisque sur la base d'un contrat qui n'était pas directement applicable à l'espèce. Sans doute a-t-elle était trompée par l'intitulé même d' " avenant " qui pouvait laisser penser à l'existence d'une unité contractuelle qui faisait en réalité défaut.

¹⁶⁵ D'une certaine manière, la formule est partiellement reprise mais en sens inverse : à titre d'exemple, l'article 11 du cahier des charges type approuvé par le décret du 29 avril 1969 précité dispose que " la société est investie pour l'exécution des travaux faisant l'objet du présent cahier des charges de tous les droits que les lois et règlements confèrent aux collectivités

En tout état de cause, les espèces correspondant à la jurisprudence *S.E.R.M.* s'écartent des données de fait de l'arrêt *S.E.M.A.V.I.M.* Il n'est jamais possible d'isoler deux situations juridiques distinctes à l'intérieur des relations concédant/concessionnaire d'aménagement urbain. Le concessionnaire est responsable de l'exécution de sa concession dans son ensemble, qu'il s'agisse des travaux qui reviendront à la collectivité publique (ouvrages d'infrastructures principalement) ou de ceux qui lui appartiennent en propre (immeubles à vendre). Comme dans la concession classique¹⁶⁶, la destination des ouvrages ne saurait modifier la nature des relations juridiques entre le concédant et le concessionnaire.

Il en va de même de la concession d'aménagement. " La concession porte, on l'a rappelé, sur une opération d'ensemble qui inclut la revente des terrains " affirme J.-P. Gilli¹⁶⁷. La destination finale des ouvrages n'affecte pas non plus la qualité du concessionnaire¹⁶⁸. Tout juste influe-t-elle, en l'occurrence par le fait de la jurisprudence, sur l'ordre juridictionnel compétent pour connaître des contrats passés entre deux personnes privées. Dans le cadre de la concession d'aménagement, les contrats ayant pour objet la construction d'ouvrages devant revenir à la personne publique dès l'achèvement ont une nature administrative.

La compétence administrative s'agissant de certains ouvrages et la compétence judiciaire pour tous les autres ne s'explique donc que par ce biais : non en raison des relations spéciales que noueraient alors le concessionnaire avec le concédant mais plus certainement du fait de la destination (publique) des travaux en cause.

La personne privée qui agit pour le compte d'une personne publique dans les hypothèses de la jurisprudence *S.E.R.M.* n'agit pas autrement que comme un concessionnaire d'aménagement des plus classiques. Or, la maîtrise publique des opérations d'aménagement s'avère particulièrement prononcée et semble pouvoir justifier, une fois encore et même si le juge ne l'avoue pas, la compétence administrative.

2/ La concession d'aménagement, contrat révélateur d'une situation de transparence

publiques en matière de travaux publics ". Loin de caractériser un mandat (il n'est pas question de contrats, uniquement de lois et règlements), la disposition vise à octroyer des prérogatives de puissance publique à certaines personnes privées.

¹⁶⁶ On sait que dans la concession de travaux publics et de service public, certains ouvrages appartiennent à l'autorité concédante *ab initio* (biens de retour), d'autres seulement si elle décide de les " racheter " en fin de concession (biens de reprise) et d'autres enfin appartiennent en propre au concessionnaire, sans que ces différences n'affectent la situation juridique de ce dernier ; cf R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 2, op. cit., n°393.

¹⁶⁷ J.-P. Gilli, " Les opérations d'urbanisme inachevées à l'expiration de la concession ", *R.F.D.A.*1989, p. 670 et s..

¹⁶⁸ En ce sens également, H. Jacquot et O. Martin, " Convention et concession de Z.A.C. : les incertitudes actuelles ", *Droit et ville*, préc.

Tout, dans la concession d'aménagement, indique que le législateur et le pouvoir réglementaire ont mis sur un même plan les S.E.M. et les établissements publics d'aménagement, à commencer par les personnes concernées, puisque seuls ces établissements publics et ces S.E.M. à participation publique majoritaire peuvent bénéficier d'une telle concession, notamment de Z.A.C. (appelées alors Z.A.C. " publiques "). Les autres personnes privées peuvent se voir confier par une " convention " de Z.A.C. (dites Z.A.C. " privées "¹⁶⁹) des missions identiques mais sans garantie d'intérêt et avec un moins grand contrôle de la personne publique concédante¹⁷⁰.

Les clauses instituées par les cahiers des charges types instaurent un contrôle voire un pouvoir de codécision de la personne publique à tous les niveaux : avant-projets d'exécution des travaux établis en accord avec les services compétents et soumis pour accord au concédant avant tout début d'exécution (art. 9 du cahier type annexé au décret du 1er juin 1960 précité), représentation des services de contrôle au bureau d'appel d'offre des marchés passés par le concessionnaire (article 10 du même cahier), suivi des chantiers par les services de contrôle et le concédant qui y auront accès à tout moment et qui participeront aux réceptions provisoire et définitive des ouvrages concernés par le traité de concession (article 11, alinéa 1 et 3). Ces mêmes personnes dressent un procès-verbal de recollement constatant l'achèvement de la première tranche de travaux avant toute cession des premiers lots de terrains équipés (article 13). Enfin, l'article 17 du cahier des charges annexé au décret du 1er juin 1960 attribue au concédant le soin de désigner les bénéficiaires des cessions ou location, décision qui revêt un caractère administratif¹⁷¹. Toutes ces dispositions ont été reprises de manière quasi identique dans les cahiers des charges types ultérieurs. Ceux-ci ne revêtent plus que la valeur de modèle pour les collectivités locales depuis les lois de décentralisation, mais il reste que l'ensemble des espèces S.E.R.M. concernent des opérations antérieures à cette réforme.

Avant 1983, les S.E.M. d'aménagement étaient soumises en outre à des règles générales de fonctionnement fixées par les articles 375 et s. du Code de l'administration communale, aux décrets du 27 février 1937, 20 mai 1955 et 7 juin 1956 et ainsi qu'au contrôle économique et financier de l'Etat fixé par le décret du 26 mai 1955. Jusqu'à la loi du 7 juillet 1983, la présence d'un commissaire du gouvernement assurait à l'Etat le contrôle de l'opportunité et des modalités de réalisation des opérations des S.E.M.

S'agissant plus particulièrement des concessions d'aménagement, leur durée, réduite puisqu'elle ne pouvait excéder huit ou dix ans, ajoutée à tous les éléments qui viennent d'être

¹⁶⁹ Une fois n'est pas coutume, des qualifications non juridiques recouvrent une certaine réalité juridique dans la mesure où elles traduisent la réalité de la maîtrise de l'opération.

¹⁷⁰ Voir F. Moderne, " Les concessions d'urbanisme ", Enc. Dalloz coll. loc. n° 3325-6 et 3325-7.

¹⁷¹ C.E. Sect. 21 décembre 1973 S.C.I. "Ile Saint-Pierre ", p. 740.

évoqués, renforce l'impression d'une maîtrise globale conservée dans les mains de l'autorité publique.

Quant aux prérogatives de puissance publique, seules les S.E.M. se voient attribuer le droit d'expropriation pour cause d'utilité publique ainsi que le droit de préemption, là où dans la convention de Z.A.C., la personne privée doit acquérir les terrains par voie amiable en principe et exceptionnellement solliciter la personne publique pour qu'elle mette en oeuvre la procédure d'expropriation. Cette plus grande sollicitude à l'égard de la S.E.M. trahit une confiance de principe des pouvoirs publics à l'égard d'une personne privée dirigée en réalité par une personne publique.

La doctrine spécialisée ne s'y est d'ailleurs pas trompée et les formules sont dénuées d'équivoque. On voit ainsi F. Moderne mettre sur un même plan régie et concession, estimant que " dans le cas de la Z.A.C. publique (régie ou concession), la collectivité conserve la responsabilité globale de l'opération de réalisation de la Z.A.C. Les risques financiers restent également à sa charge "¹⁷². Ce dernier aspect ne sauraient avoir force probante compte tenu de ce qui a déjà été dit du peu d'importance du critère financier dans la caractérisation de la situation juridique d'un concessionnaire (quel qu'il soit) ou d'un mandataire. Il n'en va autrement que si le concessionnaire n'assume aucune responsabilité financière à défaut de patrimoine propre, comme cela a déjà été le cas par le passé¹⁷³.

J.-P. Gilli estime à son tour que " l'autorité concédante contrôle en fait le déroulement de l'opération, ne laissant au concessionnaire qu'une marge d'autonomie extrêmement limitée "¹⁷⁴.

Plus significative encore est l'opinion de P. Bodiou, parce que provenant du président de l'A.D.S.E.M., association représentant la plupart des présidents de S.E.M. du groupe S.C.E.T., et à ce titre directement confronté à ces contrats,. Pour lui, l'aménageur " intervient en transparence complète, le coût de son intervention propre ne figurant que sous la forme d'une rémunération forfaitaire et les comptes de la société et de l'opération étant soumis aux vérifications de la Cour des comptes. Par ailleurs, les collectivités étant majoritaires au capital et au conseil d'administration maîtrisent tous les aspects du fonctionnement de l'aménageur "¹⁷⁵.

¹⁷² Art. préc., p. 3327-7.

¹⁷³ Cf J-P. Gili, art. préc., R.F.D.A. 1989, p. 667.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ M.T.P., 5 mars 1993, rubrique courrier.

Certains auteurs, à l'image d'H. Jacquot, d'O. Martin ou d'E. Fatôme, en concluent que la concession d'aménagement constitue un contrat *sui generis* et non une véritable concession¹⁷⁶. La maîtrise de la S.E.M. concessionnaire, tout comme la dérogation de compétence juridictionnelle pour certains de ses contrats légitiment une telle qualification. L'idée semble avoir fait son chemin, y compris au sein du Conseil d'Etat et apparaît même dans les propos d'un commissaire du gouvernement¹⁷⁷.

La théorie de la transparence de la personne privée est bien sous-jacente à cette jurisprudence même si le juge recourt à la méthode du faisceau d'indices, laissant croire à une solution fondée sur le particularisme des modalités d'accomplissement des activités d'une personne privée. Le faisceau est ici utilisé comme un subterfuge pour éviter au juge de relever la transparence de la S.E.M., peut-être par peur de se faire entraîner sur la pente glissante du particularisme des sociétés privées à capitaux publics majoritaires.

Un dernier argument, mais non le moindre, vient démontrer *in fine* le caractère inopérant de ces indices. Comme il a été vu, il en est un que l'on retrouve dans l'ensemble des arrêts d'application de la jurisprudence *S.E.R.M.* La remise des ouvrages dès leur achèvement à la personne publique représente le fil conducteur de la jurisprudence *S.E.R.M.* concernant des " concessions " de Z.A.C. On retrouve également cet élément dans les " conventions " de Z.A.C., comme l'arrêt Fondeville de 1989 en fait état¹⁷⁸. Or, le juge n'a jamais fait application de la jurisprudence *S.E.R.M.* dans une telle hypothèse. Pourquoi une telle absence ? Peut-être que l'occasion ne s'est pas présentée au juge tout simplement. Cependant, en raison du nombre de contrats concernés en pratique, l'hypothèse est peu probable. Plus certainement, cette absence résulte d'un choix et tend à prouver que le seul indice de la remise des ouvrages ne peut à lui seul expliquer cette jurisprudence. Le juge a été sensible à l'ensemble des éléments prouvant la maîtrise publique dans les seuls contrats de Z.A.C. qui voient la présence de S.E.M., c'est-à-dire qui sont présents dans les " concessions " et non dans les " conventions ". Mais il a refusé de l'admettre ouvertement et a eu recours à la méthode du faisceau d'indices, peu convaincante ici.

¹⁷⁶ Art. préc. à la revue Droit et ville pour les deux premiers, à l'A.J.D.A. 1993 n° spécial, p. 70 dans un article relatif à l'urbanisme contractuel pour le dernier. Voir également L. Rapp, M. Guibal, Ph. Terneyre, Droit public des affaires, Lamy, 1997, n°1257 qui estiment que cette jurisprudence se fonde sur l'idée que la personne privée "n'a pas une autonomie suffisante " pour que l'on puisse considérer que la convention est une convention de droit privé par défaut du critère organique.

¹⁷⁷ M. Pochard présente la position du Conseil d'Etat dans la jurisprudence *S.E.R.M.* de la façon suivante : " vous n'admettez en réalité la qualification de marchés de travaux publics pour des marchés qui ne sont pas réalisés sous la maîtrise d'ouvrage de la personne publique et à condition bien sûr que l'ouvrage soit destiné à être remis à l'Administration, que si les travaux sont accomplis pratiquement sous la direction et le contrôle de la personne publique, le maître d'ouvrage privé étant en quelque sorte transparent, une simple surveillance ne suffisant pas ", conclusions sur C.E. Sect. 8 février 1991 *Région Midi-Pyrénées*, R.F.D.A. 1992, p. 51 (c'est nous qui soulignons).

¹⁷⁸ Cf supra. Cet arrêt concernait, on le sait, des travaux réalisés dans le cadre d'une convention de Z.A.C. confiée à une société civile immobilière et qui devait les remettre dès leur achèvement à une personne publique. Malheureusement, le Conseil d'Etat n'a pas eu à se prononcer sur l'existence ou l'inexistence d'une action " pour le compte " d'une personne publique au sens de la jurisprudence *S.E.R.M.* mais seulement sur la présence ou l'absence d'un mandat confié à la S.C.I.

C'est au niveau des exceptions au critère organique du contrat administratif relatives à l'activité (particulière) de certaines personnes privées que l'attitude du juge se révèle pleinement. Un brin byzantin, le juge a inauguré puis étendu une jurisprudence digne d'une véritable casuistique juridique. En dépit de circonstances non équivoques d'une véritable transparence d'une personne privée, le Conseil d'Etat, tout comme le Tribunal des conflits, s'en tient à des critères soit difficilement justifiables (critère matériel de la nature des travaux dans la jurisprudence *Peyrot*), soit abscons et cachant une situation juridique connue (le critère des modalités particulières d'accomplissement des activités dans la jurisprudence *S.E.R.M.*).

A bien étudier les deux jurisprudences qui suivirent et qui s'intéressent au statut même de la personne privée, la démarche du juge n'échappe guère davantage à la tentation des méandres logiques. Certes, la jurisprudence *Laurent* a consacré une attitude plus accueillante pour la théorie de la transparence. Elle n'en reste pas moins grevée d'une ambiguïté fondamentale : utilisée dans d'autres contentieux afin de dénoncer le caractère fictif non pas de la personnalité privée mais de la personnalité morale elle-même de certains organismes, le Tribunal des conflits n'a pas tiré ici, s'agissant d'un contrat, les conséquences qui s'imposaient du point de vue de la personne impliquée. La jurisprudence *Nersa* n'offre pas non plus de sujet de contentement. Même si le juge se penche sur la nature réelle de la personne privée, ce n'est pas tant la transparence de la société qui est recherchée (c'est-à-dire l'existence d'une maîtrise publique) que sa ressemblance avec une personne publique.

Telle est l'essence de la transparence dans les exceptions actuelles au critère organique du contrat administratif. Réduite au mieux au rang de fondement direct quoique implicite dans des hypothèses encore marginales et plus fréquemment à celui de fondement inavoué, la théorie de la transparence ne connaît qu'un champ d'application des plus restreints. Encore reste-t-il à expliquer ce qui pousse le juge, même dans un cadre étroit, à consacrer la compétence de l'ordre juridictionnel administratif.

CHAPITRE 2 : LES MOTIFS DE L'APPLICATION DE LA TRANSPARENCE PAR LE JUGE

Après avoir décelé, à travers les critères retenus et parfois les circonstances propres à chaque exception, le fondement véritable de la reconnaissance de l'administrativité de contrats passés entre personnes privées, le rôle du concept de transparence apparaît plus nettement.

L'étude de ces jurisprudences peut-elle en rester là ? Certainement pas si l'on estime que n'a pas été encore évoqué le but recherché par le juge lorsqu'il met en oeuvre cette théorie ou, pour reprendre l'expression de F. Llorens, ce qui représente ses " motivations profondes ". Après l'examen du " quand " vient désormais le temps du " pour quoi faire ". Si l'on faisait ici un parallèle pour illustrer notre démarche, ce serait avec l'attitude que le juge adopte dans la théorie du contrat : il nous faut rechercher les causes de ces jurisprudences et non seulement leur objet.

L'étude de celles-ci se révèle d'autant plus périlleuse que les éléments d'appréciation objectifs font défaut, de sorte que l'on ne peut qu'avancer des hypothèses, à partir notamment des conséquences qu'entraînent la compétence administrative. Il y a sans nul doute une part d'extrapolation avec la méthode qui consiste à partir des conséquences contentieuses pour induire les motivations réelles.

La doctrine peut dès lors être d'un grand secours, surtout lorsqu'elle se pare d'une autorité incontestable. Dès 1963, P.-L. Josse, président de Section au Conseil d'Etat à l'époque, expliquait l'avènement de la première exception au critère organique en ces termes : " Toute la jurisprudence qui s'est fondée sur la notion même de travaux publics pour reconnaître à l'administration des pouvoirs exceptionnels de direction des chantiers, de donner des ordres, même contrairement au contrat, mais en payant des dépenses supplémentaires, serait devenue lettre morte si l'on avait appliqué les règles de droit privé "¹⁷⁹. L'opinion d'un membre aussi éminent du Conseil d'Etat, même s'il s'exprime à titre personnel, conforte le sentiment d'une volonté immédiate du juge, celle de s'assurer la présence de moyens protecteurs pour les ouvrages publics. F. Llorens reprend à son compte cette idée en y ajoutant un autre élément. Evoquant en 1985 les deux seules exceptions connues alors, il déclare : " Dans les deux cas, il s'agit de tenir compte de l'évolution des modes d'action de l'administration et d'éviter que cette mutation ne prive les juridictions administratives d'un contentieux aussi traditionnel et aussi fortement marqué de l'empreinte du droit public que celui des travaux publics "¹⁸⁰. Plus subrepticement, une deuxième motivation apparaît alors.

¹⁷⁹ D. 63, p. 539.

¹⁸⁰ Art. préc., R.F.D.A. 1985, p. 355 et 356.

Outre la volonté de préserver l'action administrative (Section 1), ces jurisprudences auraient également pour finalité, moins immédiate, la préservation de la juridiction administrative (Section 2). On remarquera au passage que l'unité des quatre exceptions est de mise désormais car les finalités, quelle qu'elles soient, sont à l'évidence les mêmes pour chacune d'entre elles¹⁸¹.

¹⁸¹ Dans le chapitre précédent, si la transparence représentait le fil conducteur, elle s'exprimait par le biais de critères jurisprudentiels variables et renvoyait à des situations précontentieuses diverses.

SECTION 1/ LE MOTIF IMMEDIAT : LA VOLONTE DE PRESERVER L'ACTION ADMINISTRATIVE

Derrière la gestion privée d'une activité publique, que ce soit celle d'un concessionnaire d'autoroute ou d'aménagement urbain, d'une association administrative ou d'une société à régime exorbitant du droit commun, il y a une personne publique qui agit plus ou moins indirectement mais toujours dans un but d'intérêt général. La nature privée de la personne gestionnaire n'affecte pas la nature publique de l'activité gérée. Le juge administratif, dans la définition de l'acte administratif et du service public, a intégré dans sa jurisprudence cet aspect assertorique depuis bien longtemps. Plus rare en matière contractuelle, l'application des règles de droit public est d'autant plus justifiée que ne sont concernées que les actions les plus nettement publiques. Il s'agit de mettre en adéquation le régime des contrats avec la nature réelle des opérations qu'ils concrétisent. L'application des règles de droit public à ces contrats paraît effectivement utile à la préservation de l'action administrative. Encore faut-il établir que l'attribution de la connaissance du contentieux de ces contrats au juge administratif amène corrélativement l'application dans une large mesure des règles de droit public.

D'un autre point de vue, la compétence administrative aurait pu se concevoir uniquement à partir de l'idée que les contentieux en cause, en dépit de la nature des personnes en présence, concernaient des domaines connus du juge administratif, seul à même sur un plan purement pratique d'en connaître. Cet argument n'impliquait dès lors nullement que le juge appliquât des règles de droit public à des personnes privées. La compétence administrative se justifierait exclusivement par la meilleure connaissance que ce juge était supposé avoir de ce genre de contentieux. Pourtant, le Conseil d'Etat a bien vite traité la personne privée contractante comme s'il s'était agi d'une personne publique, laissant supposer une volonté de préserver l'activité administrative gérée par la personne privée. La compétence administrative implique assurément d'autres règles exorbitantes du droit commun protectrices de l'action administrative à l'égard d'autrui (§ 1). L'idée que la compétence administrative viserait à contrevenir aux abus de l'administration elle-même qu'entraîne parfois le recours aux personnes de droit privé, est beaucoup moins certaine. Il y a là une supposition qui n'est pas confirmée par les effets de la compétence administrative (§ 2).

§ 1/ La volonté de préserver l'administration contre autrui

Ce motif que traduirait la compétence administrative avait été mis en avant on le sait par le président P-L. Josse en 1963. De fait, le juge administratif a appliqué un certain nombre de règles de droit public qui garantissent une bonne exécution des travaux publics. Au delà des applications concrètes qu'a connue la jurisprudence, l'effectivité de la garantie procurée par la compétence administrative passe par l'examen de l'étendue probable de l'application des règles de droit public en cas de compétence administrative, autrement dit par l'examen de l'effet du principe de la liaison entre la compétence et le fond.

A/ L'application effective de certaines règles exorbitantes du droit commun

Les jurisprudences *Peyrot* et *S.E.R.M.* illustrent le phénomène à un double point de vue¹⁸². Elles consacrent en premier lieu l'application de règles favorables à la personne privée agissant pour le compte de la personne publique. Pour la plupart en effet, les règles exorbitantes visent à assurer à l'administration (et ici à la personne privée qui agit pour son compte) des pouvoirs propres afin de protéger l'intérêt général qu'elle poursuit. Toute la théorie de la spécificité du contrat administratif repose indubitablement, et quelque soit l'importance qu'on lui accorde, en grande partie sur cet aspect, présenté comme source d'inégalité. Elle repose, dans une mesure moindre mais certaine, sur des règles compensatrices de cette inégalité, au profit du cocontractant, à l'image de la théorie des sujétions imprévues.

1/ L'application de règles exorbitantes favorables à la personne privée agissant pour le compte d'une personne publique

En matière contractuelle, ces pouvoirs sont classiquement reconnus à travers le pouvoir de direction, de modification unilatérale et de résiliation unilatérale¹⁸³. L'originalité du droit administratif jurisprudentiel consiste dans le fait que ces pouvoirs, qui sont parfois

¹⁸² Il va de soi que ni la jurisprudence *Laurent* ni la jurisprudence *Nersa* ne seront d'un grand secours ici, leur consistance se résumant à une seule décision émanant du juge de la répartition des compétences n'ayant pas fait usage de la possibilité qui lui est reconnue de trancher l'affaire au fond. L'ensemble de la jurisprudence relative à la transparence des associations hors domaine contractuel ne peut pas être non plus utilement invoqué puisque la décision *Laurent* s'en distingue en ce qu'elle ne connaît pas de la personne publique (cf supra chapitre 1er).

¹⁸³ Cf J. Dufau, *Droit des travaux publics*, t. 1, éd. du moniteur, 1988, p. 149 à 160 ; L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, op. cit. qui exclut toutefois le pouvoir de direction (cf infra).

présents dans des contrats de droit privé, ont été admis même sans texte. La question qui se pose toujours, en l'absence d'arrêt en ce sens, est de savoir si le juge administratif consacrerait un tel pouvoir à la personne privée transparente agissant pour le compte d'une personne publique. La portée pratique est peut être des plus limitées dans la mesure où de telles prérogatives sont généralement incluses dans les contrats en cause, ce qui pourrait expliquer d'ailleurs l'absence d'espèce jurisprudentielle. L'arrêt *Pougnat* du 8 janvier 1993 voit ainsi le Conseil d'Etat valider l'application qui a été faite par la personne privée, agissant pour le compte d'une personne publique, d'une clause de résiliation unilatérale prévue dans un C.C.A.P.¹⁸⁴.

Ceci dit, le caractère exorbitant des pouvoirs de l'administration ne se limite pas à ces trois hypothèses. On peut y adjoindre l'ensemble des règles plus favorables au maître d'ouvrage public que ne le sont celles relatives au maître d'ouvrage privé. Dans les jurisprudences qui nous intéressent, c'est principalement à propos de l'action en responsabilité décennale que s'est exprimé l'avantage procuré à la personne privée " transparente " du fait de la compétence administrative, à l'occasion des suites de la jurisprudence S.E.R.M. Il peut paraître paradoxal d'évoquer à ce stade le cas d'une action en garantie décennale engagée par la personne privée agissant pour le compte d'une personne publique, alors que l'un des critères de cette action " pour le compte " réside précisément dans la subrogation de la personne publique pour cette action. Le paradoxe n'est qu'apparent pourtant puisque une telle subrogation n'est prévue généralement que lorsque la collectivité publique a accepté la remise des ouvrages après leur achèvement. Dans les exemples qui suivent, la personne privée est habilitée à intervenir parce que la réception définitive est intervenue, mais pas l'acceptation de la remise des ouvrages par la collectivité.

Ainsi, le Conseil d'Etat va faire jouer la garantie décennale au bénéfice d'une personne privée " sur la base des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du Code civil " ¹⁸⁵. La formule qui indique une certaine adaptation des règles du Code civil implique parallèlement l'application de règles plus favorables au profit du maître d'ouvrage. On sait en effet ce que ces adaptations apportent au maître d'ouvrage en terme de protections et de privilèges¹⁸⁶. Il y a là, en tout état de cause, le signe d'une volonté non équivoque d'appliquer les règles façonnées par la jurisprudence administrative au profit de la personne titulaire de l'action administrative.

¹⁸⁴ Req. 66.200.

¹⁸⁵ C.E. 19 décembre 1986 *SEMARBO*, Req. 29.368. La formule a été reprise à trois occasions Dans un arrêt *S.C.R.E.G.* du 16 octobre 1990 (Req. 89 BX 00157), la cour administrative d'appel de Lyon admet la possibilité d'une dérogation à l'article 2270 en matière de point de départ du délai : " dans le silence du contrat, le point de départ de l'action en garantie décennale est fixé à la date de la réception définitive, sauf si la prise de possession des ouvrages achevés a eu lieu avant ladite réception, auquel cas ce point de départ est fixé à la date de prise de possession ".

¹⁸⁶ Cf F. Moderne, La responsabilité décennale en droit public, Dalloz 1993, notamment p. 7.

De manière plus indirecte, le caractère exorbitant des règles se retrouve dans l'interprétation des clauses contractuelles opérée par le juge toujours au bénéfice de la personne privée agissant pour le compte d'une personne publique.

Dans sa décision *Société française concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc du 24 avril 1968*, le Conseil d'Etat annule de la façon suivante un jugement du tribunal administratif de Grenoble. En vue de résoudre un différent financier né entre eux à propos de sujétions imprévues, un concessionnaire et un groupement d'entreprises avaient passé un protocole prévoyant la consultation d'un comité spécial de conciliation avec versement d'acomptes par la société concessionnaire. Suite à l'échec de la procédure amiable, le concessionnaire réclama cet acompte mais le tribunal administratif le considéra comme acquis¹⁸⁷. Le Conseil d'Etat estima à l'inverse que "l'avantage ainsi consenti a pour unique cause, non de compenser de manière immédiate encore que partielle les difficultés invoquées par l'entrepreneur, mais seulement de faciliter la mission de conciliation", rendant possible la répétition des acomptes versés par le concessionnaire. On ne saurait mieux interpréter au profit du concessionnaire le protocole dans la mesure où il semble que les acomptes avaient bien pour objet de compenser partiellement le préjudice en attente d'un accord pour la part restant à indemniser¹⁸⁸.

Par la suite, le Conseil d'Etat, dans sa décision du 31 octobre 1973 *Société des grands travaux de Marseille*, valida l'absence de toute responsabilité de la société concessionnaire d'autoroute dans les dommages occasionnés aux propriétés voisines d'un chantier mis en place par l'entrepreneur, en application d'une stipulation d'un C.C.A.G¹⁸⁹. Tout en réservant l'hypothèse d'une faute lourde, il admet la validité d'une telle clause exclusive de responsabilité. Si, depuis 1948, le juge judiciaire exige en principe lui aussi l'établissement d'une faute lourde pour écarter la clause d'irresponsabilité, la portée des clauses d'irresponsabilité au profit des professionnels est de plus en plus réduite par la jurisprudence civile. Le juge judiciaire assimile fréquemment des fautes simples à des fautes lourdes et il lui arrive même de déclarer abusives de telles clauses. La Cour de cassation a ainsi écarté l'application d'une clause d'irresponsabilité d'un laboratoire de photos en cas de perte de diapositives, qui "du fait de sa position économique, se trouvait en mesure de l'imposer à sa clientèle"¹⁹⁰. En droit privé, "on va progressivement vers l'élimination des clauses

¹⁸⁷ D'après les observations sous l'arrêt publiées à l'A.J.D.A. 1968, p. 479.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Rec. T. p. 1135.

¹⁹⁰ Civ. 1ère 14 mai 1991, D. 91, p. 449, note J. Ghestin.

d'irresponsabilité ", de par l'action conjuguée du juge judiciaire et du législateur¹⁹¹, ce qui est loin d'être le cas en droit public.

De même, l'arrêt du 25 mai 1988 *Société de dragage et de travaux publics* admet la validité d'une clause qui précisait que les candidats à un marché devait en avoir " préalablement reconnu les terrains ", en conséquence de quoi les désordres affectant les ouvrages construits sur ces terrains imputables à des fluctuations de la nappe phréatique demeurent sous la responsabilité des entrepreneurs. L'arrêt précise que les dispositions en cause " ne présentent aucun caractère abusif ". Ici encore, il n'est pas évident que le juge judiciaire, s'il avait été compétent, adoptât une position identique¹⁹².

Le dernier exemple de cette interprétation protectrice des intérêts du maître de l'ouvrage " public " est fourni par l'arrêt *SEMAVIM* du 29 janvier 1993¹⁹³. Appliquant l'article 13-44 du C.C.A.G. approuvé par le décret du 21 janvier 1976 qui impose à l'entrepreneur qui conteste le décompte général des travaux d'exposer par lettre les motifs de cette contestation et le montant des sommes dont il revendique le paiement, la cour administrative d'appel de Lyon avait estimé cette condition remplie dès lors qu'en l'espèce l'entrepreneur avait fourni des explications, mais renvoya le détail des explications et du chiffrage à des courriers précédents non annexés¹⁹⁴. Le Conseil d'Etat en revanche, faisant montre d'une exigence formelle peu habituelle chez lui, considère qu'en statuant de la sorte, la cour a commis une erreur de droit. Cette rigueur excessive, soulignée par G.-J. Guglielmi¹⁹⁵, dessert l'entrepreneur désormais tenu de régler le montant définitif des travaux et par voie de conséquence sert la personne privée garante de la bonne marche de l'action administrative¹⁹⁶.

Tous ces exemples prouvent que le Conseil d'Etat n'a pas hésité à interpréter favorablement pour la personne privée qui agissait pour le compte d'une personne publique certaines clauses contractuelles comme il l'aurait fait pour une personne publique. En outre, la

¹⁹¹ B. Starck, H. Roland, C. Boyer, " Obligations ", T. 2, Contrats, Litec 5ème éd., 1995, n°1637. Ils citent notamment l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 selon lequel peuvent être interdites ou réglementées " les clauses relatives à l'étendue des responsabilités et garanties ".

¹⁹² Cf Vincent Cottureau, " La clause réputée non écrite ", JCP 1993 I, n°3691.

¹⁹³ Préc., A.J.D.A. 1993, p. 302. On a pu démontrer que les circonstances avaient trait à une hypothèse de délégation de maîtrise d'ouvrage publique distincte d'une concession et non directement à cette concession. Cela dit, on sait que le juge s'est placé de lui-même dans le cadre de la jurisprudence *S.E.R.M.* en se basant sur le contrat initial et non sur son " avenant " - cf supra.

¹⁹⁴ CAA Lyon 19 septembre 1990 Req. 89 LY 01806. On remarquera que le C.C.A.G. est rendu applicable en raison d'un renvoi contractuel comme le prévoit expressément l'article 1er al. 2 du décret du 21 janvier 1996 (J.O.R.F. 30 janvier, p. 758) ainsi que le CCAG lui-même (art. 1er, J.O.R.F. 30 janvier, p. 362, N.C.)

¹⁹⁵ Note à l'A.J.D.A. 1993, spéc. p. 304 et 305. Par ailleurs, un autre intérêt de cet arrêt se trouve dans le caractère réglementaire attribué au CCAG par le Conseil d'Etat, ce qui ne laisse pas de surprendre dans la mesure où il est nécessairement rendu applicable par renvoi contractuel (voir l'étonnement de G.J. Guglielmi à la note précitée et de Y. Aguila dans ces conclusions sur C.E. 10 mai 1995 *Centre hospitalier de Faucigny* - JCP 1995 II, n° 22454).

¹⁹⁶ Deux autres espèces se bornent à faire une banale application des dispositions contractuelles : C.E. 29 mars 1989 *M.A.S.I.*, Req. 62.309 et C.E 20 janvier 1992 *Ville de Talant*, Req. 46.624.

formule qui invite le juge à appliquer " les principes dont s'inspire les articles 1792 et 2270 du Code civil " démontre qu'il entend aligner le traitement de ces personnes privées sur celui qu'il réserve aux personnes publiques, de façon à garantir une certaine souplesse généralement favorable au maître d'ouvrage et plus généralement à l'action publique. Il peut arriver à l'inverse que cette préservation passe par une protection du cocontractant du maître d'ouvrage.

2/ Les règles exorbitantes protectrices du cocontractant de la personne privée agissant pour le compte d'une personne publique

A vrai dire, les espèces contentieuses n'offrent qu'une seule hypothèse d'application de règles d'origine prétorienne favorables au cocontractant. Il s'agit de la théorie des sujétions imprévues.

Elle consiste en la possibilité pour le cocontractant de demander au maître d'ouvrage une indemnité supplémentaire et intégrale en raison de difficultés imprévisibles (généralement d'ordre naturel) survenues au cours de l'exécution du contrat et bouleversant son économie. Lorsqu'une telle faculté n'est pas prévue au contrat et que le juge administratif en fait quand même application, il y a incontestablement atteinte au principe de la force obligatoire du contrat dès lors que ces sujétions ont dépassé " la commune intention des parties car elles impliquent l'utilisation de techniques plus onéreuses ou entraînant des travaux supplémentaires indispensables de même nature "¹⁹⁷. Le marché de travaux publics représente le terrain d'élection de cette théorie¹⁹⁸. Mais c'est en réalité l'ensemble des contrats administratifs qui est concerné par elle et eux seuls, en dépit de ce qu'a tenté de démontrer F. Llorens. Pour cet auteur, l'idée ne serait pas inconnue du juge judiciaire malgré une appellation différente. Pourtant, F. Llorens admet que les conditions de mise en oeuvre diffèrent et surtout que les seules espèces jurisprudentielles connues en droit privé sont très circonscrites et presque centenaires¹⁹⁹.

Le fondement même de la théorie exclut l'adoption de son pendant en droit privé. Tout comme l'imprévision, elle ne peut s'expliquer que par le but poursuivi par l'administration, l'intérêt général. Celui-ci implique qu'il puisse être porté atteinte à la sécurité juridique résultant d'un contrat, dans l'optique d'adapter au plus près l'action administrative aux évolutions des circonstances. Cela peut se faire au détriment comme au profit de son cocontractant. Dans ce dernier cas, le cocontractant se voit reconnaître la possibilité d'être

¹⁹⁷ C.E. 22 décembre 1976 *Depassé*, p. 575.

¹⁹⁸ Voir, notamment, *Droit des marchés publics*, Le Moniteur, n°IV.420.4, p. 14 sur la notion, les conditions d'application et les effets de cette théorie.

¹⁹⁹ *Contrat d'entreprise et marchés de travaux*, L.G.D.J. 1980, p. 301 et 302.

soutenu par l'administration mais dans le but unique de préserver la continuité du service public. Qu'il en soit directement responsable ou indirectement en tant que fournisseur de biens ou services, le cocontractant joue un rôle primordial vis-à-vis du service public. L'administration a donc l'obligation de prendre à son compte les dépenses supplémentaires exceptionnelles, à défaut de quoi la solvabilité de son cocontractant et la continuité de l'action administrative pourraient être compromises. Pour ainsi dire, " le juge administratif n'est pas seulement le gardien de la légalité administrative, mais aussi un gardien de la moralité administrative et des particuliers "²⁰⁰.

Le Conseil d'Etat a franchi le pas en appliquant la théorie aux cocontractants des personnes privées agissant pour le compte de personnes publiques. L'arrêt du 30 juin 1976 *S.E.M. de la ville d'Aix-en-Provence* en constitue une remarquable illustration²⁰¹. Il y est jugé, en faveur d'une entreprise réalisant un collecteur d'eaux usées, que les difficultés rencontrées par cette entreprise en raison de roches particulièrement dures, exigeant des techniques non prévues au contrat, présentent le caractère de sujétions imprévues entraînant un bouleversement de l'économie du contrat. La solution n'allait pas de soi en raison d'une stipulation contractuelle en vertu de laquelle le prix " tiendrait compte de toutes les sujétions et circonstances d'ordre local et géographique, de la nature du terrain ". Mais le Conseil d'Etat estime que le prix ayant été, en réalité, calculé sur les mêmes bases que d'autres marchés passés par la société d'économie mixte, que celle-ci n'ayant fourni à son cocontractant aucune information sur la nature des terrains et que l'entreprise ayant été invitée à commencer les travaux avant d'avoir pu reconnaître la véritable nature du sous-sol, la théorie est applicable, contrairement à ce que le juge judiciaire a toujours refusé de faire²⁰². Est ainsi confirmé non seulement le caractère extra contractuel de cette règle en l'espèce mais aussi d'une certaine manière son caractère supra contractuel dans la mesure où la clause n'écarte pas la théorie des sujétions imprévues.

Le Conseil d'Etat a été amené à en faire une nouvelle application, négative cette fois. Dans sa décision *Société " Nord Océan Poirsos et Compagnie "* du 22 juillet 1977, le juge écarte la théorie, non sans avoir établi que les difficultés rencontrées " ne présentaient pas un caractère imprévisible " et que les dépenses supplémentaires en cause " ne sauraient avoir pour effet de bouleverser l'économie du contrat "²⁰³. Le considérant principal mérite d'être cité car il consacre explicitement l'idée avancée ici : " Considérant qu'en raison de la nature de la

²⁰⁰ J.-M. Pontier, " L'imprévisibilité ", R.D.P. 1986, p. 42.

²⁰¹ Rec. T. p. 993.

²⁰² Même dans la période d'adoption d'une théorie équivalente, F. Llorens admet que la présence d'une telle clause excluait l'application de la théorie, Th. préc., p. 301 et 302.

²⁰³ P. 348.

convention en date du 31 octobre 1967 par laquelle la Société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de la région parisienne a concédé à la société " Nord Océan Poirsos et Compagnie " un terrain pour y construire à ses frais un entrepôt, les sujétions rencontrées par la Société " Nord Océan Poirsos et Compagnie " lors de la construction de ce bâtiment ne sauraient lui ouvrir droit à indemnité que si elles ont présenté un caractère imprévisible et ont eu pour effet de bouleverser l'économie de ladite convention ".

L'intérêt ici est double. D'une part, on voit le juge faire application de la théorie à une concession de travaux et non à un simple marché. D'autre part et surtout, on voit le juge faire jouer la théorie des sujétions imprévues en raison de la " nature " de cette convention. Il faut entendre par là, non que la nature de " concession de travaux " conditionnerait l'application de la théorie (puisque c'est surtout dans le domaine des marchés qu'elle a traditionnellement été utilisée) mais plus certainement que seule la nature administrative du contrat entraîne l'application de la théorie. Il y a là la démonstration irréfutable que cette nature, indépendamment de la qualité des parties contractantes, justifie le recours à cette théorie. La preuve est ainsi établie que le juge administratif entend assimiler purement et simplement la personne privée agissant pour le compte d'une personne publique à cette même personne publique.

Cette volonté se trouve confirmée, au delà de la démonstration de l'application effective de certaines règles exorbitantes du droit commun allant dans ce sens, par les effets qu'induit cette compétence.

B/ Les règles exorbitantes induites par la compétence administrative

La question de l'ampleur exacte de l'application des règles de droit public aux contrats administratifs passés entre deux personnes privées est directement fonction de la prégnance en droit administratif français du principe de liaison entre la compétence et le fond. Est en cause pour ce qui nous concerne, une des deux facettes de ce principe, celle selon laquelle le fond suivrait la compétence²⁰⁴. Le subjonctif s'impose ici, à la lecture de la thèse consacrée au sujet par Chr. Duval en 1994, qui tend à démontrer le peu de pertinence d'un principe pourtant

²⁰⁴ Le principe de la liaison entre la compétence et le fond implique en sens inverse que les règles de fond justifient généralement la compétence contentieuse.

généralement présenté comme incontournable²⁰⁵. Nombreux en effet sont les exemples de règles d'une nature publique ou privée appliquées sans ambages par les juridictions d'une autre nature. Il arrive fréquemment que le juge administratif emprunte des règles au droit privé alors que le juge judiciaire applique des règles de droit public, de sorte que le fond ne suit pas alors la compétence. Il convient de démontrer pourtant que, dans le domaine des exceptions au critère organique du contrat administratif, tel ne sera pas le cas, avant de dresser un bref inventaire des règles exorbitantes par conséquent applicables.

1/ L'application probable du principe selon lequel le fond suit la compétence

Il n'est pas possible d'avancer ici des certitudes : dans sa thèse, Chr. Duval n'envisage le cas des exceptions au critère organique du contrat qu'au soutien de la démonstration de la vacuité du principe selon lequel la compétence suit le fond. Dans la mesure où le juge reste attaché au critère organique du contrat administratif, cela entraîne nécessairement (comme il sera démontré) l'application par le juge judiciaire de règles de droit public (*lato sensu*), à l'image des clauses pourtant réputées exorbitantes du droit commun. L'inverse en revanche n'est pas évoqué par l'auteur et se révèle en tout état de cause peu probable : dès lors que le juge administratif est reconnu compétent pour connaître de ces contentieux, c'est l'ensemble des règles jurisprudentielles de droit public qui a vocation à s'appliquer.

Il n'est besoin, pour le démontrer, que de synthétiser les hypothèses dans lesquelles le juge administratif applique des règles de droit privé, autrement dit des cas où le fond ne suit pas la compétence. Chr. Duval distingue précisément le domaine contractuel pour lequel il semble possible de parler d'"indépendance relative de la compétence et du fond" du domaine extra contractuel dans lequel apparaissent de fréquentes altérations à la liaison entre la compétence et le fond²⁰⁶. On voit ainsi que les exceptions au principe sont moins nombreuses en matière contractuelle. Si l'auteur se borne à n'évoquer que ces règles, c'est que, pour le reste, le fond suit la compétence.

Or, ces exceptions sont à l'évidence sans lien avec la nature des personnes concernées. Elles se manifestent, toujours selon l'auteur, de deux façons : d'une part, lorsque le juge emprunte des règles propres à l'autre ordre juridictionnel ; d'autre part, lorsqu'il fait application de règles généralement présentées comme dérogatoires au droit commun alors qu'elles ne présentent pas de réel particularisme. On verra dans le titre suivant ce qu'il convient de penser de cette deuxième tendance mais d'ores et déjà, il convient de l'écartier ici

²⁰⁵ La liaison entre la compétence et le fond en droit administratif français, Th. Aix-Marseille, 1994.

²⁰⁶ Voir respectivement, les chapitres 1 et 2 du titre premier de la deuxième partie de sa thèse, précitée.

en tant qu'elle illustrerait une exception au principe selon lequel le fond suit la compétence : ces règles réputées identiques en droit public et en droit privé ne relèvent pas d'une nature publique ou privée mais d'un socle commun à l'ensemble des deux branches du droit français. Il est normal que les juridictions administratives et judiciaires appliquent pareillement des règles qui traitent des problèmes identiques. Il n'y a pas à proprement parler atteinte à la règle selon laquelle le fond suit la compétence.

Chr. Duval range parmi les exemples d'emprunts par le juge administratif des règles écrites civiles celles règles relatives à la théorie générale des contrats²⁰⁷. On ne retiendra pas cet aspect au titre des exceptions à la règle suivant laquelle le fond suivrait la compétence. L'auteur reconnaît d'ailleurs que " les articles du Code civil ne sont pas applicables *in terminis* aux contrats administratifs ". Dès lors, le fait " qu'ils constituent la base fondamentale du droit des contrats ", ne prouve pas un réel emprunt au Code civil. Celui-ci n'est en réalité, pour une large part, qu'une somme de principes dégagés d'une certaine tradition qui a inspiré ce code de bout en bout. Le juge administratif ne dit rien d'autre lorsqu'il parle des " principes dont s'inspire " tel ou tel article du Code civil. Et lorsqu'il renvoie parfois directement à un article du Code, cela ne l'empêche pas de l'adapter à la matière administrative. Même lorsqu'il reprend à l'identique les solutions de son homologue judiciaire, cela ne signifie pas emprunt²⁰⁸. Il n'y a, dans ce cadre, que des solutions identiques à des problèmes identiques. D'une certaine manière et contre son gré, Chr. Duval le confirme involontairement lorsque il affirme que " comme tout contrat, le contrat administratif suppose l'existence et la rencontre de deux consentements "²⁰⁹.

Pour le reste, l'auteur évoque des règles propres à certaines catégories de contrats, telles que la vente ou le louage d'ouvrage, ou encore le mandat²¹⁰. Mais en tout état de cause, ces emprunts, et même ceux que nous nous refusons à considérer comme tels, contrairement à Chr. Duval, correspondent à une situation particulière mais étrangère ou indifférente au domaine des contrats administratifs entre personnes privées : il s'agit d'hypothèses dans lesquelles le juge administratif ne dispose pas dans son arsenal textuel ou jurisprudentiel de règles propres, et pour lesquelles le droit privé apporte des réponses établies depuis un certain nombre d'années, ou parfois de siècles. Par logique autant que par commodité, le juge administratif va faire sienne les solutions du droit privé, sans que cela se fasse au détriment de règles de droit public, inexistantes, ni en raison de la nature privée des cocontractants.

²⁰⁷ Op. cit., p. 453 et s.

²⁰⁸ Par exemple, l'article 1116 relatif au dol, C.E. 17 décembre 1923 *Grands moulins de Corbeil*, p. 852.

²⁰⁹ Th. préc., p. 454.

²¹⁰ Th. préc., p. 460 à 463.

Les emprunts de règles de droit privé présentent toujours donc un caractère supplétif, et ne s'expliquent jamais par la présence de deux personnes privées au contrat. Dès lors, en dehors de ces hypothèses, le juge administratif fera naturellement application des règles de droit public d'origine jurisprudentielle. Un examen, même sommaire, de ces règles permettra de démontrer la part de protection de l'action publique qu'elles comportent.

2/ La détermination des règles exorbitantes induites par la compétence administrative

En raison de l'inapplication de la théorie de la représentation aux quatre hypothèses étudiées dans le présent titre, il est évident que les règles exorbitantes du droit commun qui résultent de textes concernant des personnes publiques n'auront pas lieu d'être à propos des contrats passés entre personnes privées.

Seules les règles exorbitantes d'origine contractuelle ou jurisprudentielle sont susceptibles d'être appliquées par le juge. En réalité, il n'est nul besoin de les distinguer dans la mesure où elles sont généralement identiques : soit elles sont prévues au contrat, et le juge devra les appliquer en s'inspirant de ce qu'il fait avec les contrats des personnes publiques, soit elles sont absentes, mais elles s'appliqueront d'elles mêmes en vertu du caractère d'ordre public que le juge administratif leur attribue. En revanche, certains auteurs ont contesté leur caractère exorbitant établi classiquement. A ce stade, il n'est pas utile de rentrer dans le débat, et le titre suivant nous donnera l'occasion de " contester " cette contestation. Pour l'heure, nous nous en tiendrons à l'affirmation selon laquelle la jurisprudence administrative a consacré en matière contractuelle des règles originales protectrices de l'intérêt général, sans avoir à démontrer en quoi elles sont originales.

La protection de l'action publique suppose, quant à elle, des règles favorables parfois au maître d'ouvrage, parfois à son cocontractant.

Dans la première catégorie figure la plupart des limites à la force obligatoire du contrat administratif à l'égard des parties. Le pouvoir de direction et de contrôle du maître d'ouvrage n'est certes en rien propre au droit public puisqu'on le retrouve dans bon nombre de contrats de droit privé mais le juge administratif n'hésite pas à la consacrer dans le silence du contrat. Il est vrai que ces pouvoirs extra contractuels semblent aussi présents dans les contrats de droit privé en vertu d'une obligation d'obéissance du loueur d'ouvrage ou de service découlant du Code civil²¹¹.

²¹¹ Cf Chr. Duval, Th. préc., p. 509 et F. Llorens, Contrat d'entreprise et marché de travaux, L.G.D.J. 1980, p. 352. Il est d'ailleurs topique que dans son manuel, L. Richer n'évoque même pas ce pouvoir au titre des atténuations à la force obligatoire du contrat - op. cit., p. 172.

Le pouvoir de modification unilatérale du contrat représente traditionnellement l'archétype de l'atteinte à la force obligatoire du contrat et reste depuis presque un siècle au centre des débats doctrinaux. Il ne fait plus aucun doute depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 février 1983 *Union des transports publics urbains et régionaux* qu'il fait partie des " règles générales applicables aux contrats administratifs " ²¹², y compris donc à ceux passés entre deux personnes privées. Il permettrait ainsi à une personne privée agissant pour le compte d'une personne publique de modifier unilatéralement le contrat passé avec une autre personne privée pour des motifs d'intérêt général. La seule limite à ce pouvoir concerne classiquement les clauses financières qui ne peuvent être modifiées. Par ailleurs, si la modification entraîne un bouleversement de l'économie du contrat, la personne privée agissant pour le compte d'une personne publique sera tenue d'indemniser son cocontractant comme le serait une personne publique²¹³.

Le pouvoir de résiliation unilatérale s'appliquera de la même manière, qu'il s'agisse d'une résiliation sanction ou pour motifs d'intérêt général. Dans ce cas toutefois, le recours au juge s'imposera dans certaines hypothèses, pour les contrats ayant nécessité un investissement préalable important.

Il est également probable que le juge refusera au cocontractant de la personne privée l'application de *l'exceptio non adimpleti contractus*. Il y a là sans conteste une faveur reconnue à la personne publique et, par voie de conséquence, à la personne privée qui agit pour son compte et une illustration de la recherche de la préservation de l'intérêt général : alors que le contractant " public " n'est pas tenu de respecter ses engagements si son cocontractant ne remplit pas les siennes, l'inverse n'est jamais vrai en droit public. Seules des circonstances particulières autorisent exceptionnellement le cocontractant à faire jouer l'exception d'inexécution²¹⁴.

Le pouvoir de sanction, en dehors de la sanction résolutoire, nous semble en revanche impliquer une définition contractuelle²¹⁵ que l'on peut retrouver en droit privé.

En ce qui concerne les règles favorables au cocontractant de la personne publique ou de la personne privée agissant pour son compte, on trouve également des règles attentatoires au principe de la force obligatoire des contrats à l'égard des parties²¹⁶. On a vu que la

²¹² R.D.P. 1984, p. 212.

²¹³ Sur tous ces points, cf L. Richer, op. cit., p. 196 à 199 qui ajoute que la modification excessive peut être fautive et entraîner résiliation au profit du cocontractant.

²¹⁴ C.E 8 novembre 1940 *Commune de Massane*, p. 205.

²¹⁵ En ce sens, L. Richer, op. cit., p. 203.

²¹⁶ Chr. Duval les range quant à lui dans la catégorie des limites de la force obligatoire du contrat à l'égard du juge - Th. préc., p. 702.

jurisprudence avait fait concrètement référence et même application de la théorie des sujétions imprévues.

Encore plus remarquable du point de vue des modifications qu'elle peut entraîner à l'égard des obligations contractuelles est la théorie de l'imprévision. Même les thuriféraires de l'assimilation du contrat administratif avec le contrat de droit privé reconnaissent qu'il y a là une originalité irréductible²¹⁷. Elle permet au cocontractant de l'administration, en cas de survenance d'événements imprévisibles (" déjouant tous les calculs " dit la jurisprudence) bouleversant l'économie du contrat et rendant difficile son exécution, d'obtenir de l'administration l'indemnisation de la majeure partie du surcoût entraîné. A cet égard, l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* du 30 mars 1916²¹⁸ représente l'exact contre-pied de la célèbre affaire du Canal de Craponne datant de 1876 auquel la Cour de cassation est restée peu ou prou fidèle.

La théorie du fait du prince se rapproche de l'imprévision à de nombreux égards, hormis le fait que l'événement imprévisible résulte du contractant lui-même qui agit en vertu de compétences extra contractuelles. Elles s'en distinguent également en ce que, contrairement au droit privé, elles ne constituent pas une cause exonératoire mais seulement une source de responsabilité sans faute, de sorte que le cocontractant de l'administration se doit de continuer l'exécution du contrat²¹⁹.

Enfin, l'arrêt du 9 décembre 1932 *Compagnie des tramways de Cherbourg* a consacré, en sus de la théorie de la force majeure proprement dite, similaire à celle de droit privé, l'hypothèse de la force majeure administrative²²⁰. Il s'agit pour le juge d'autoriser le cocontractant de l'administration à demander au juge la résiliation de son contrat, éventuellement avec indemnités, lorsque des circonstances imprévisibles rendent très onéreuse son exécution. L'indemnité sera alors calculée par le juge sur les mêmes bases que pour l'imprévision²²¹.

Hormis la théorie du fait du prince, toutes ces solutions ont ceci de particulier d'être plus favorables au cocontractant de l'administration que ne l'autoriserait l'application du droit privé. Elles portent en elles un effet bénéfique non pour la personne publique mais pour l'action publique : il s'agit de s'assurer que le cocontractant aura les moyens financiers de mener à bien l'opération dont il a la charge. La continuité des services publics s'accommoderait mal en effet de mises en liquidation répétées des cocontractants de

²¹⁷ Cf F. Llorens, op. cit., p. 285. et Chr. Duval, ibid., p. 702.

²¹⁸ S. 1916. 3.17.

²¹⁹ L. Richer, op. cit., p. 227.

²²⁰ G.A.J.A., p. 271.

²²¹ C.E. 27 juillet 1951 *Commune de Montagnac*, p. 439.

l'administration. Dès lors, il ne fait pas de doute que ces règles s'appliqueront aussi à la personne privée agissant pour le compte d'une personne publique puisqu'elle remplit des missions qui sont tout autant d'intérêt général que celles de n'importe quelle personne publique.

L'hypothèse de départ, c'est-à-dire celle selon laquelle la compétence administrative serait justifiée par le souci de préserver l'action administrative contre autrui se trouve confirmée par les données de fond des jurisprudences *Peyrot* et *S.E.R.M.* A tout le moins, l'on constate que la compétence administrative s'est traduite concrètement par des solutions jurisprudentielles allant dans ce sens. Par ailleurs, sur le plan théorique, le principe de la liaison entre la compétence et le fond, en dépit de nombreuses exceptions, suppose l'application d'un nombre important de règles exorbitantes et protectrices de l'action administrative. Sans vouloir confondre la conséquence avec la cause, l'application par le juge administratif des règles protectrices de l'action administrative aux personnes privées agissant pour le compte d'une personne publique semble démontrer la pertinence du présupposé initial : le choix de la compétence administrative pour connaître de certains contentieux contractuels entre personnes privées n'a pas d'autres raisons immédiates que celles de préserver l'intérêt général, ainsi que l'avait suggéré le président Josse.

Il reste à déterminer si, conformément à ce qui est avancé parfois, la compétence administrative trouve également sa raison d'être dans le souci de préserver l'administration contre les travers qu'entraînent les démembrements qu'elle met en place.

§ 2/ La volonté de préserver l'administration contre elle-même ?

Sous cet intitulé quelque peu énigmatique se cache en réalité une question simple : le juge, en attribuant à la juridiction administrative la connaissance de litiges d'ordre contractuel en raison de la transparence d'une personne privée, cherche-t-il à lutter contre les déviances d'ordre administratif auxquelles le recours à ces personnes privées aboutit parfois ? Avant d'envisager la réponse à une question qui, on l'aura compris, du fait même de son existence, appelle la négative, encore faut-il expliquer le lien qui a pu être établi par certains entre la dénonciation des abus des démembrements de l'administration et la compétence administrative. Cela revient à envisager l'influence éventuelle de ces abus sur la compétence administrative avant de démontrer l'influence improbable de la compétence administrative sur ces même abus.

A/ L'influence éventuelle des abus des démembrements de l'administration sur la compétence administrative

Dès l'origine, c'est-à-dire dès l'avènement de la jurisprudence Peyrot, certains commentateurs n'ont pas manqué d'opérer un rapprochement avec la dénonciation des travers des " démembrements de l'administration ", orchestrée principalement par les rapports de la Cour des comptes. Par cette expression, qui a pour origine le rapport publié en 1963 (mais dont les manifestations avaient déjà fait l'objet de critiques antérieurement), la Cour visait " la multiplication d'organismes intermédiaires aux statuts les plus divers qui, se substituant aux autorités et collectivités traditionnelles, accomplissent des tâches relevant normalement du service public aussi bien par leur nature que par l'origine des moyens financiers mis en oeuvre "²²². Cette distanciation organique des activités étatiques par le biais de la création de personnes morales autonomes concernait même le recours aux établissements publics, mais très vite les critiques se focalisèrent sur les personnes de droit privé sous influence publique, qu'il s'agisse de sociétés ou d'associations²²³.

La pertinence de ces critiques et leur concomitance avec l'avènement de la décision Peyrot a pu conduire certains auteurs à établir un lien entre elles et la consécration d'exceptions au critère organique du contrat.

1/ La pertinence de la dénonciation des abus des démembrements administratifs

Nul besoin à ce stade de dresser un tableau complet des travers que peuvent entraîner ces démembrements. Il faudrait pour cela reprendre la longue litanie des abus qui égrènent les rapports annuels de la Cour des comptes depuis 1946²²⁴, lesquels représentent " une mine de renseignements d'autant plus précieux qu'en dehors d'eux, les sources d'information sont

²²² Cf rapport public de 1963 pour les années 1960-1961, A.J.D.A. 1963, p. 469.

²²³ Ibid. Les auteurs du Droit public des affaires rangent la jurisprudence *S.E.R.M.* au titre des conséquences du " développement d'un phénomène général de démembrement administratif par la multiplication de personnes de droit privé contrôlées par des personnes publiques et n'ayant ainsi qu'une autonomie juridique et de fonctionnement tout à fait relative ", Lamy 1997, n°1257.

²²⁴ Cité par celui de 1963.

rares ²²⁵. La remarque de J.-M. Garrigou-Lagrange, valable en 1970, doit être un peu nuancée compte tenu des études menées depuis et de quelques décisions de justice retentissantes.

Schématiquement, le recours à ce que l'on a pu appeler des " établissements privés administratifs " ²²⁶ répond à deux motivations d'inégale importance en terme de légalité. D'un côté, les personnes publiques cherchent à s'extraire de certaines règles contraignantes de droit public et des contrôles de l'administration dans un but de souplesse et d'efficacité. De l'autre et moins fréquemment, ces pratiques sont le siège de délits graves ²²⁷.

Le rapport public de 1962 décrivait déjà la presque totalité des effets recherchés à travers le recours à la personnalité privée. " Quand le service ordonnateur restreint la liberté de l'organisme subventionné au point de lui retirer toute autre fonction que celle de caissier ou de dépositaire de fonds, il recueille d'une main ce qu'il verse de l'autre et peut ainsi dissimuler une dépense directe sous le couvert d'un crédit théoriquement consommé par le versement d'une subvention ". Au delà, " après la remise des fonds à une association privée, fut-elle fictive, la procédure des marchés publics cesse de s'imposer pour l'exécution des travaux ou l'acquisition des fournitures. De même, il est possible d'allouer des rémunérations en dehors des règles auxquelles sont assujettis les agents de la fonction publique. Enfin, il ne peut être procédé à l'annulation des crédits non consommés en fin d'année, et les reliquats sont reportés sans limitation " ²²⁸. Et en dépit de l'existence plus récente d'un contrôle comptable possible sur les organismes subventionnés, ceux-ci ne sont pas tenus au respect des règles de comptabilité publique, ni a fortiori à celles du Code des marchés publics ²²⁹.

Le rapport de 1963 complète ce constat déjà peu élogieux à l'égard des démembrements administratifs. Ceux-ci affectent non seulement les principes budgétaires mais aussi le statut de la fonction publique en rétribuant des agents au delà de ce qu'autorisent les traitements des fonctionnaires, créant par la même des disparités injustifiées. Pour légales que soient ces pratiques, elles attisent les foudres de la Cour des comptes dans la mesure où l'opportunité même d'y recourir lui paraît contestable. L'administration se trouve par leur biais exposée à des gabegies puisque les règles du Code des marchés publics sont écartées, la rétribution de ses agents augmentée et le fonctionnement de ces associations dispendieux. " Même lorsque le contrôle reste théoriquement possible, son efficacité est amoindrie en raison même de procédures qui se déroulent en dehors du cadre budgétaire. Le morcellement

²²⁵ J.-M. Garrigou-Lagrange, Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics, L.G.D.J., 1970.

²²⁶ L. Constans, Le dualisme des personnes morales, Th. préc., p. 230.

²²⁷ Sur l'ensemble des motivations du recours aux associations administratives, voir J.-P. Négrin, " L'utilisation par l'Administration des associations de la loi de 1901 ", R.F.A.P. 1977, n°3, p. 113 et s.

²²⁸ Rapport de 1962 cité par J. Pellat, Recherches sur les démembrements de l'Administration, Th. Montpellier 1970, p. 119.

²²⁹ Voir par exemple, J.-L. Chartier, A. Doyelle, " Le contrôle des organismes non assujettis aux règles de la comptabilité publique ", A.J.D.A. 1990, p. 787 et s. ; pour ce qui est du CMP, cf notre article, " La définition contemporaine du marché public ", R.D.P. 1997, p. 1753 et s. et les références citées.

des dépenses administratives et des commandes, la multiplication des frais généraux des organismes qui possèdent chacun leurs locaux propres et leurs services d'administration et de la comptabilité, la constitution de trésoreries particulières parfois pléthoriques, sont autant de causes qui rendent onéreux les démembrements ²³⁰. Bien que cinglant, ce réquisitoire de la Cour des comptes s'en tient à la dénonciation de gestions défectueuses. Au delà, les démembrements représentent parfois un terreau fertile en manoeuvres délictuelles.

L'affaire de Bollène illustre de façon presque caricaturale le levier de détournement de fonds que peut constituer le recours à une association. Le maire de cette ville, en place de 1945 à 1971, avait créé cinq associations dont il était le président, et dont les membres étaient presque exclusivement des conseillers et fonctionnaires municipaux. Sous couvert d'actions sociales, ces associations octroyaient des rémunérations indues, cadeaux divers, subventions à la " clientèle " du maire. Entre 1965 et 1971, ce sont ainsi cinq millions de francs qui ont été détournés. Découvertes, ces pratiques ont entraîné la condamnation de la commune au paiement des sommes dues par les associations à ses créanciers²³¹ et du maire à trois ans d'emprisonnement et 250000 F d'amendes pour " abus de confiance au préjudice des associations municipales " et abus de biens sociaux²³².

Plus importante encore, compte tenu de la taille de la commune concernée et de sa médiatisation, fut la gestion de la ville de Nice par J. Médecin. Dans sa lettre d'observation définitive pour les exercices de 1983 à 1987, la chambre régionale des comptes souligna l'énormité des subventions accordées par la ville à trois associations administratives concourant à une véritable " appropriation privée de fonds publics " ²³³. On sait ce qu'il est advenu des suites pénales de cette affaire qui avait pour objet des détournements de fonds publics par le canal d'associations parapubliques, mais l'on connaît moins la procédure comptable et contentieuse qui mena jusqu'au Conseil d'Etat²³⁴.

Les exemples pourraient être multipliés, sans que l'on soit certain qu'ils ne correspondent pas à la seule partie visible de l'iceberg²³⁵. On ne peut s'arrêter en effet par

²³⁰ Ibid., A.J.D.A. 1963, p. 478.

²³¹ T.A. Marseille 3 octobre 1974, inédit, cité par J-P. Négrin, art. préc., R.F.A.P. 1977, n°3, p. 145.

²³² C. Cass., 16 décembre 1975, G.P. 4 avril 1976, p. 9.

²³³ Le Monde, 1er janvier 1991.

²³⁴ Examinant un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour des comptes déclarant comptable de fait un directeur général d'une association municipale " qui n'avait recouvert aucune réalité ", C.E. Sect. 6 janvier 1995 *Oltra*, D.A. 1995, n° 284.

²³⁵ Voir, par exemple, l'affaire de l'association Carrefour du développement qui dépendait directement du ministère de la coopération de 1983 à 1986, ou encore le détournement de l'association de l'animation sociale grenobloise (Le Monde, 25 juillet 1991) - cf A. Viala, les associations administratives, Mémoire de D.E.A., Montpellier, 1991, p. 76 et s. Les associations ne sont pas seules en cause d'ailleurs, car la S.E.M. est tout aussi adaptée à de telles pratiques - cf Le Monde du 5-6 avril 1998, p. 10 et l'article intitulé " Un rapport dénonce des irrégularités dans la gestion de la régie immobilière de la ville de Paris ", lesquelles résultent notamment de la " totale dépendance financière de la société à l'égard de la ville ".

définition à l'idée selon laquelle le recours frauduleux à ces personnes privées serait marginal en raison de la propension du juge à les sanctionner.

Si de telles pratiques ne se retrouvent pas exclusivement dans ce cadre (que l'on songe au cas de corruption malgré le respect du Code des marchés publics), il faut bien reconnaître que le recours aux démembrements les facilitent, voire les motivent. Guy Braibant résume son sentiment à l'égard de certains démembrements d'une formule lapidaire, surprenante dans la bouche d'un conseiller d'Etat nourri de l'art de la nuance : " Les administrations parallèles, c'est comme les polices parallèles, ça ne devrait pas exister "²³⁶. La pratique a même fait l'objet d'une mise en garde émanant du Premier ministre, sous la forme d'une circulaire du 15 janvier 1988 relative aux rapports entre l'Etat et les associations bénéficiaires de financements publics²³⁷. Le chef du gouvernement voyait dans les " associations para-administratives " (qu'il distingue des simples associations financées par l'administration) " une façon de tourner les règles de gestion administratives en vigueur, qu'il s'agisse des normes fixées en matière d'emplois publics et de rémunérations d'agents de l'Etat ou des procédures ou des règles de la comptabilité et des marchés publics ".

Quelle que soit l'ampleur respective, dans la motivation du recours aux personnes de droit privé, du contournement de règles de droit public ou du détournement de fonds publics, la réalité de ces motivations n'est pas contestée. Certains n'ont pas hésité à établir un lien direct entre les abus constatés et la démarche du juge à l'égard de la compétence contentieuse en matière contractuelle.

2/ L'éventualité d'un lien entre la dénonciation des démembrements et la compétence administrative

La majorité des commentateurs, comme on l'a vu, n'a pas manqué de remarquer la concomitance entre la publication du rapport de la Cour des comptes pour les années 1960 et 1961 au journal officiel du 6 juin 1963 et la décision *Peyrot* du 8 juillet 1963. Coïncidence ou conséquence ? Certains ont cru pouvoir établir à partir de cette concomitance un lien de cause à effet, le Tribunal des conflits ayant nécessairement réagi à ce réquisitoire contre les démembrements de l'administration. Pour J.-A. Mazères, " cette décision va exactement dans

²³⁶ Colloque de Montpellier, Bulletin de l'I.I.A.P., 1975, p. 671 ; Le Conseil d'Etat s'est refusé à estimer illégal le principe même de l'association administrative - cf avis du 11 mars 1958 et 5 juin 1962 cités par J-P. Négrin, art. préc. p. 142.

²³⁷ J.O.R.F. 7 avril 1988, p. 4585.

le sens souhaité par la Cour des comptes lors de ses critiques formulées à l'encontre des démembrements de l'administration "²³⁸.

Il est vrai qu'à cette simultanéité s'ajoutent des indices présomptifs. La dénonciation es abus, quoique antérieure, avait fait l'objet dans ce rapport d'un traitement tout particulier : la consécration d'un paragraphe entier, la dénomination plus négative qu'auparavant du phénomène (de "secteur parapublic" à "démembrements"), l'extension de cette dénomination aux sociétés d'économie mixte ou privées, l'emploi de termes comme ceux de "façades" et de "dissimulation" que l'on retrouvera presque à l'identique dans les conclusions du commissaire du gouvernement Lasry sur la décision *Peyrot*. Par ailleurs, de façon encore plus remarquable, le rapport considère que pour la construction et l'exploitation des autoroutes "le recours à des S.E.M. concessionnaires ne semble pas justifié lorsqu'il s'agit d'organismes de façade", ce qui était justement le cas, au moins pour les premières concessions²³⁹.

Malgré ce, le lien entre le rapport public et la décision *Peyrot* est resté au stade du postulat, à peine agrémenté de quelques commencements de preuve. C'est au contraire la preuve inverse qui doit être administrée. D'une part, la décision *Peyrot* ne s'appuie nullement sur un critère évocateur des démembrements de l'administration, préférant recourir à l'idée de travaux appartenant par nature à l'Etat. D'autre part, si concomitance il y a en 1963 avec la publication du rapport, on ne retrouve rien de tel pour les exceptions au critère organique suivantes. La jurisprudence *S.E.R.M.* est intervenue à un moment où le phénomène de l'économie mixte était rentré pour ainsi dire dans les moeurs administratives et doctrinales. La jurisprudence Laurent ne visait qu'à déterminer le juge compétent pour connaître d'une action en responsabilité, sans que soit concernés d'éventuels détournements de fonds ou contournements de règles. La jurisprudence *Nersa*, intervenue dans un contexte de lutte contre la corruption, cadre tout de même mal avec celui-ci dans la mesure où la société *Nersa* ne rentre pas dans le champ d'application de la loi du 29 janvier 1993. Enfin et surtout, qu'il y ait concomitance ou non avec certaines critiques officielles, la préservation de l'administration contre elle-même ne saurait constituer une motivation profonde de la consécration de la compétence administrative, dès lors que cette compétence ne permettra pas davantage au juge de lutter contre les abus décriés.

²³⁸ Art. préc., p. 527.

²³⁹ Cf *Supra*, chapitre 1er.

B/ L'influence improbable de la compétence administrative sur les abus des démembrements de l'administration

En reprenant l'ensemble des abus décrits ci-dessus, force est de reconnaître que la compétence administrative n'entraînera pas *ipso facto* l'application des règles de droit public, et plus particulièrement de celles susceptibles de contrevenir à ces abus. Qu'il soit question de lutter contre le contournement de règles de droit public organisé dans l'optique d'une plus grande souplesse de gestion, ou bien contre le détournement de fonds et les manoeuvres frauduleuses, les règles efficaces pour ce faire ne s'appliqueront pas davantage du simple fait de l'intervention du juge administratif. En raison de la nature privée des personnes en cause, ou de l'existence d'un autre juge qui lui fait concurrence, le juge administratif est dans l'incapacité de faire jouer sa compétence au bénéfice d'une action utile contre les abus des démembrements de l'administration.

1/ L'incapacité du juge administratif par défaut à appliquer des règles protectrices des deniers publics

Que l'on se place du point de vue des critiques relatives à une gestion plus dispendieuse qu'entraînent les démembrements ou de celui des manoeuvres frauduleuses qu'ils favorisent, la seule compétence administrative ne porte pas, loin s'en faut, application de règles protectrices des deniers publics. Il en va ainsi de l'ensemble des règles qui résultent de l'application d'un texte et qui concernent uniquement des personnes publiques.

Certes, dans un arrêt au moins, le Conseil d'Etat inclut dans les visas le Code des marchés publics avant de s'appuyer dans les motifs sur le C.C.A.G. travaux²⁴⁰. Certes, un autre arrêt amène le Conseil d'Etat à utiliser un C.C.A.G. annexé à la circulaire du 1er février 1967 et venu compléter les dispositions du Code des marchés publics s'agissant des documents types des marchés des collectivités locales et de leurs établissements publics²⁴¹. Ces références résultent pourtant très probablement soit d'un renvoi exprès du contrat lui-même ou du contrat de concession antérieur, soit de l'application d'un C.C.A.G. annexé au contrat. En aucun cas, le Code des marchés publics ne saurait s'appliquer *de jure*, du seul fait qu'une personne privée passe un contrat pour le compte d'une personne publique au sens des jurisprudences *Peyrot*, *S.E.R.M.*, *Laurent* ou *Nersa*.

²⁴⁰ C.E 29 mars 1985 *Soc. de travaux publics Fougerolles*, Req. 26676.

²⁴¹ C.E 20 janvier 1992 *Ville de Talant*, Req. 46.624.

La meilleure preuve en est l'absence, dans ces contentieux, d'exemples de sanction du non respect du Code des marchés publics, comme d'ailleurs l'absence de toute argumentation basée sur cet éventuel non respect. Quand l'on sait la valeur d'ordre public que revêtent les règles relatives à la passation des marchés publics, il y a de fortes présomptions qui vont dans le sens d'une inapplicabilité de principe. Les cahiers des charges des opérations d'aménagements urbains renvoyaient d'ailleurs à une procédure inspirée de celle du Code, démontrant par la même qu'il ne s'appliquait pas en lui-même. Dès lors que l'application du Code des marchés publics dépend de différents critères dont un est organique et que de surcroît elle n'est pas exclusive de la compétence judiciaire, il est clair que la compétence administrative ne saurait avoir pour effet et donc pour objet l'application du Code. Ne seront donc pas davantage garanties ni la gestion à moindre coût ni la prévention des actes délictueux²⁴².

Quant à l'effet de la compétence administrative sur les abus dénoncés dans les rémunérations complémentaires de fonctionnaires, il est tout autant certainement nul.

D'une part parce que l'on ne voit pas très bien de quels instruments juridiques le juge administratif disposerait pour réduire les surcoûts liés à ces mises en détachement, sauf à déclarer la pratique purement et simplement illégale, ce qui paraît peu probable. La réglementation du non cumul d'activités ne s'appliquera certainement pas d'autre part, dès lors qu'il n'y a pas cumul d'activités mais exercice de l'activité statutaire au sein d'une personne privée²⁴³.

D'autre part et surtout la compétence du juge administratif pour connaître des contrats passés par ces démembrements n'a jamais été étendue aux relations avec le personnel mais a été réservée à l'exécution de travaux publics ou de missions de service public. Il a pu être décelé au contraire la volonté chez le juge, s'agissant des associations " transparentes ", de créer un véritable bloc de compétence au profit des juridictions judiciaires en ce qui concerne les contrats d'engagements du personnel²⁴⁴.

Le seul effet de la compétence administrative dans la connaissance du contentieux contractuel des personnes privées agissant pour le compte de personnes publiques sera l'applicabilité des principes d'origine jurisprudentielle comme des principes généraux du droit mais aucun ne paraît en mesure de renforcer l'efficacité de l'intervention juridictionnelle à

²⁴² Les règles de concurrence inspirées du Code des marchés publics servent désormais de références dans la lutte contre le favoritisme ou la corruption comme l'illustrent les deux lois du 3 janvier 1991 et 29 janvier 1993 - cf infra Titre 2, chapitre 2.

²⁴³ Voir le décret-loi du 29 octobre 1936 et la loi du 13 juillet 1983, article 25.

²⁴⁴ Cf supra Chapitre 1er.

propos des abus décrits plus haut. Par ailleurs, le respect des règles de comptabilité publique ne sera pas davantage assurée, cette fois en raison de l'existence d'une juridiction spécialisée.

2/ L'incapacité du juge administratif par concurrence à faire application des règles protectrices des deniers publics

On sait l'importance que revêt, dans la critique adressée aux démembrements de l'administration, le défaut de respect des règles de comptabilité publique et de droit budgétaire. " Beaucoup d'associations, de sociétés privées ou mixtes, de groupements *sui generis*, gèrent plus ou moins ouvertement d'authentiques services publics ; ainsi s'opèrent de véritables transferts de responsabilité mettant en échec les principes qui gouvernent les finances publiques "²⁴⁵. On a vu que, en tout état de cause, le juge administratif ne peut appliquer des règles visant explicitement des personnes publiques. La " levée du voile " de la personnalité privée ne joue en effet qu'à l'égard de la compétence juridictionnelle, et nullement de façon à impliquer directement la personne publique. C'est bien toujours la personne privée qui sera juridiquement responsable des actes qu'elle a (ou non) accomplis.

Pour ce qui est des principes de finances publiques, le juge administratif ne sera pas non plus fondé à veiller à leur respect dans la mesure où seul le juge des comptes (chambres régionales des comptes ou Cour des comptes) est compétent. C'est à lui et à lui seul que revient le soin de juger des comptes de certaines personnes privées, non au regard de l'ensemble des règles de la comptabilité publique mais de l'utilisation des fonds d'origine publique qui se doit d'être conforme à l'objet de leur attribution. La matière des finances publiques écartent en effet assez fréquemment le critère organique pour ne considérer que l'origine des fonds gérés. La définition des deniers publics ainsi détachée de la nature de la personnalité juridique de la personne qui les manie, aboutit à ce que nombre de personnes privées se trouvent théoriquement soumises au contrôle comptable des juges des comptes, même si ce contrôle se révèle moins poussé que celui opéré sur les personnes publiques. A travers le jugement des comptes patents et des comptables de fait, dans lesquels le juge contrôle les personnes privées gérant des deniers publics, qu'il s'agisse des organismes subventionnés, des S.E.M. et autres organismes dans lesquels les collectivités locales détiennent une part majoritaire de capital ou du pouvoir de décision²⁴⁶, c'est bien l'ensemble des démembrements de l'administration et même au delà qui se voit soumis à un contrôle des comptes.

²⁴⁵ Rapport public de 1963, préc.

²⁴⁶ Respectivement décret du 20 septembre 1968 et lois du 22 juillet 1976 et 2 mars 1982 - cf J-L. Chartier et A. Doyelle, art. préc.

Or, ce contrôle ne débouche pas systématiquement sur une procédure juridictionnelle et, si tel est le cas, le juge des comptes sera compétent en premier et dernier ressort. Certes le Conseil d'Etat interviendra en cas de recours en cassation, mais on voit qu'il n'y a là aucune conséquence des différentes jurisprudences relatives aux exceptions du critère organique du contrat administratif.

Le juge administratif de droit commun se trouve donc dans l'incapacité de procéder à un contrôle comptable des fonds gérés par les personnes privées agissant pour le compte de personnes publiques.

En somme, la compétence de la juridiction administrative n'a certainement jamais eu pour effet d'assurer l'application des règles protectrices des deniers publics particulièrement à même de contrevenir aux abus des démembrements administratifs. Ainsi, il paraît difficile d'estimer que l'attribution de contentieux contractuels de certaines personnes privées ait eu pour objet une telle protection de l'administration contre elle-même puisque, par la suite elle n'a pas eu cet effet, sauf à considérer que le juge s'est mépris sur les conséquences de la compétence administrative, ce qui est très improbable.

Cette dernière hypothèse ne saurait être considérée comme valable compte tenu de l'évidence de l'inapplicabilité des règles protectrices des deniers publics. Les propos du président Josse tenus dès l'avènement de la décision Peyrot avaient d'emblée posé les limites de ses effets potentiels. Après avoir vanté les mérites de cette solution du point de vue des prérogatives de puissance publique qu'elle devait entraîner, il vient tempérer son enthousiasme initial : " l'auteur de cette note n'ignore pas que la formule de la S.E.M. présente sur d'autres plans, de sérieux inconvénients "²⁴⁷. Et de citer ensuite les passages critiques émanant du rapport de la Cour des comptes de 1963, démontrant implicitement que l'intérêt de la solution n'est pas là où l'on pourrait le croire : malgré l'affirmation de la compétence administrative, les abus provoqués par la formule de l'économie mixte et plus généralement par le recours à la personnalité privée pour mettre en oeuvre l'action administrative demeurent.

En revanche, et comme l'annonçait également le président Josse, on a pu démontrer que cette jurisprudence avait pour objectif premier la protection de l'action administrative. Cela résulte des effets attendus de la compétence administrative. Marcel Waline n'expliquait-il pas que " la juridiction qui détermine la compétence contentieuse (le Tribunal des conflits, par exemple) sait fort bien qu'elles seront les conséquences de la décision qu'elle va rendre sur la compétence. Par suite, elle peut toujours être soupçonnée (le mot n'ayant pas ici de sens

²⁴⁷ D. 63, p. 539.

péjoratif) d'avoir désigné tel ordre de juridictions comme compétent, pour voir appliquer au litige tel corps de règles plutôt que l'autre " ?²⁴⁸

Il n'est pas certain cependant que ces motivations, pour louables et très probables qu'elles soient, rendent pleinement compte de ce qui a pu amener le juge à attribuer la compétence de ces contentieux aux juridictions de l'ordre administratif. Il y a peut-être des motivations plus profondes encore, voire plus " politiques " qu'il convient d'essayer de découvrir, en dépit du manque d'éléments objectifs d'appréciation.

²⁴⁸ " A propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridictions compétent ", R.D.P. 1961, p. 15.

SECTION 2/ LES MOTIFS MEDIATS : LA VOLONTE DE PRESERVER LA JURIDICTION
ADMINISTRATIVE

Les rares auteurs à avoir évoqué la thèse d'une motivation politique de l'avènement des exceptions au critère organique du contrat administratif s'en tiennent à des considérations générales. Pour F. Llorens, il convenait, si l'on se penchait sur les motivations profondes, de rechercher "celles que l'on pourrait qualifier de politiques", il mais ne précisait pas davantage en quoi l'attribution d'un contentieux à la juridiction administrative revêtait un caractère politique²⁴⁹. J.-A. Mazères, le premier, avait vu dans la jurisprudence Peyrot un "choix proprement politique", parce que "la référence à la nature des choses est bien fallacieuse" et renvoyait à une vision idéologiquement marquée des fonctions de l'Etat²⁵⁰. Mais il fondait également ce caractère politique sur l'idée que cette jurisprudence répondait aux critiques formulées par la Cour des comptes à l'encontre des démembrements de l'administration, ce qui, on l'a vu, ne saurait être considéré comme un motif valable.

D'une certaine manière, les règles exorbitantes examinées plus haut induites par la compétence administrative correspondent assurément à une motivation politique immédiate : celle de lutter contre les effets peu protecteurs de l'action administrative dus à la "privatisation" du régime des activités concédées.

"Politique", la démarche du juge l'est également de manière plus médiate en ce qu'elle cherche à contrevenir aux effets de cette privatisation vis à vis de sa propre compétence. La prise en compte de la compétence administrative au titre des motifs des jurisprudences étudiées ici a pour effet de déplacer cette question de la compétence administrative de l'ordre des moyens à celui des fins. C'est dans le cadre de cette nouvelle perspective qu'il faut désormais se placer.

Ainsi, le juge cherche à préserver la compétence administrative et ce faisant contrevient à un choix politique de "privatisation" globale d'une activité. Il y a, dans ces exceptions en matière contractuelle, l'effet d'un contournement de décisions politiques (§ 1).

Le souci de préserver la juridiction administrative s'illustre également dans la liberté que le juge prend avec les textes fixant sa compétence. On est en droit de se poser la question d'un éventuel détournement de ces textes (§ 2).

²⁴⁹ Art. préc., R.F.D.A. 1985, p. 355.

²⁵⁰ Art. préc., p. 526.

§ 1/Le contournement de décisions politiques

Les propos qui vont suivre tendent à démontrer que la volonté de préserver la compétence administrative se veut politique en ce qu'elle va à l'encontre de la volonté politique du législateur ou du pouvoir réglementaire d'autoriser une privatisation du régime de certaines activités, laquelle passe normalement par l'incompétence du juge administratif. La contradiction avec cette volonté n'est toutefois pas frontale, dans la mesure où elle ne s'est pas exprimée explicitement, de sorte que l'on peut parler de simple contournement²⁵¹. Le caractère politique de ces jurisprudences paraît certain en revanche dans la mesure où l'attitude du juge se veut être une réaction à un choix politique de privatisation du régime des activités publiques.

A/ Le choix politique d'une extension de la " privatisation " de l'action publique

L'utilisation de guillemets répond ici à un objectif pédagogique : il n'y a en droit français, juridiquement parlant, de véritable privatisation que dans le transfert au secteur privé d'activité relevant auparavant de l'Etat²⁵². L'idée évoquée ici renvoie seulement à celle d'une privatisation du régime juridique de certaines activités, qui se traduit par le recours aux structures, textes ou méthodes de droit privé, et qui revêt de surcroît en matière de délégations un caractère temporaire. Loin d'être un phénomène naturel ou consubstantiel aux démocraties modernes comme peuvent l'être d'autres phénomènes administratifs²⁵³, cette " privatisation " résulte d'un choix proprement politique, dont l'ampleur grandissante peut expliquer l'origine de la réaction jurisprudentielle.

1/ Le caractère politique de la " privatisation " de l'action publique

²⁵¹ Les textes n'ont jamais attribué expressément la connaissance des litiges contractuels des personnes privées en cause à l'ordre judiciaire.

²⁵² Si la Constitution du 4 octobre 1958 n'a pas utilisé l'expression, le législateur a traduit la périphrase de l'article 34 (le transfert de propriété du secteur public au secteur privé) par l'expression de privatisation - cf loi du 6 août 1986 modifiée, R.F.D.A. 1994, p. 304.

²⁵³ Cf M. Crozier, *Le phénomène bureaucratique*, éd. du Seuil, 1963.

En premier lieu, il est à remarquer que le phénomène des démembrements administratifs résulte non pas de pratiques administratives, mais de choix émanant de décideurs politiques aussi bien nationaux que locaux.

Au plan national, un certain nombre de textes sont venus favoriser le recours aux procédés de la concession ou de l'économie mixte. Loi du 24 mai 1951 pour les sociétés d'aménagement régional²⁵⁴, décret du 18 mai 1959 pour les sociétés d'aménagement urbain ou encore loi du 18 avril 1955 sur la construction des autoroutes ne sont que quelques unes des nombreuses possibilités qui s'offrent à l'Etat pour procéder à de telles privatisations d'un régime de leurs activités.

Au plan local, c'est par le biais des associations administratives que les structures privées se sont substituées à l'origine à celles de droit public. Bien que comportant en leur sein de nombreux fonctionnaires, elles sont avant tout des instruments entre les mains des élus locaux, créés et contrôlés par eux. Avec la loi du 7 juillet 1983, les sociétés d'économie mixte locales prennent parfois le relais ou se superposent aux associations administratives, en particulier parce que le législateur a eu la main légère : leur création n'obéit qu'à très peu de règles contraignantes, tant dans la forme qu'au regard de l'objet prescrit par la loi²⁵⁵.

Par ailleurs, ces procédés qui émanent de décisions d'autorités politiques révèlent une intention également politique.

Dans leur recherche de souplesse de gestion de leurs activités, l'Etat et les collectivités locales entendent tout à la fois s'écarter des règles de la comptabilité publique et du Code des marchés publics mais aussi de l'ensemble des règles de droit public. Quand bien même celles-ci ne s'appliquent pas dans leur ensemble du seul fait de la compétence administrative²⁵⁶, la crainte de l'intervention du juge administratif reste présente. A tel point qu'il est arrivé au législateur d'attribuer expressément la connaissance du contentieux de contrats administratifs aux juridictions judiciaires afin de " rassurer " les investisseurs privés²⁵⁷.

Si dans les différentes hypothèses de privatisation du régime de l'action publique on ne retrouve pas de dispositions semblables, c'est aussi parce qu'en principe, la compétence judiciaire s'impose d'elle-même. La compétence judiciaire se déduit " naturellement ", si l'on

²⁵⁴ Voir pour plus d'approfondissement, R. Tagand, Les S.E.M. et l'aménagement du territoire, Godchot, 1966.

²⁵⁵ Cf G. Durand, Recherches sur la nature de la société d'économie mixte locale, Thèse Montpellier, 1994 ; en 1993, on estimait à 2000 le nombre de S.E.M. locales en France dont plus de la moitié créées postérieurement à la loi du 7 juillet 1983.

²⁵⁶ Cf supra Section 1.

²⁵⁷ Tel a été le cas dans le montage juridique du parc Eurodyssey de Marne la vallée, à propos du contrat de concession passé avec l'Etat.

peut dire, de la nature privée de la personne en charge de l'action publique. Cette compétence fait normalement partie d'un tout qui traduit la volonté politique de voir le droit commun s'appliquer pour des raisons de commodité.

Or, le contexte d'extension des possibilités de privatisations qui a précédé l'avènement des exceptions au critère organique du contrat administratif a certainement dû jouer dans le sens de cette extension.

2/ L'ampleur du phénomène de " privatisation " de l'action publique

L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative ne date évidemment pas des années 60 ou 70. Le XIX^{ème} siècle avait connu une multiplication du procédé de la concession, à l'image du développement des chemins de fer. La première moitié du XX^{ème} siècle consacre l'existence de personnes privées gérant en dehors de toute dévolution contractuelle un service d'intérêt général ou même un service public²⁵⁸. A ce stade pourtant, l'exclusion de la compétence administrative reste mesurée : en matière de travaux publics, le juge administratif a maintenu sa compétence par une interprétation extensive de la loi du 28 pluviôse an VIII dans le domaine des dommages de travaux publics. Quant aux personnes privées (ou innomées, c'est-à-dire non publiques) gérant un service public par " constitution " et non par dévolution contractuelle, le Conseil d'Etat s'est reconnu compétent pour connaître à la fois de leur actes administratifs et de leur responsabilité, qualifiant de manière extensive leurs missions de " service public " à cette fin²⁵⁹.

Après la seconde guerre mondiale en revanche, émerge un double phénomène :

- la généralisation du recours aux personnes de droit privé liée à l'avènement de l'Etat-providence. La légitimité de l'intervention étatique est sortie renforcée de la guerre et des suites de la crise de 1929 qui a ébranlé l'économie libérale.

Pour répondre à la prise en charge croissante par l'Etat des secteurs économiques et sociaux sans " étatiser " la nation, les pouvoirs publics vont multiplier les formules de droit privé de l'économie dirigée. De nombreux domaines sont concernés : outre l'aménagement urbain et du territoire, il en est un qui est remarquable en ce qu'il voit l'Etat non plus

²⁵⁸ Cf C.E. 20 décembre 1935 *Etablissements Vézia* (p. 1212) et 13 mai 1938 *Caisse primaire " aide et protection "* (p.417).

²⁵⁹ Cf C.E. 31 juillet 1942 *Montpeurt* (p. 239), 2 avril 1943 *Bougen* (p. 86 - actes d'organismes non publics), C.E 13 janvier 1961 *Magnier* (p. 33 - actes de personnes privées), C.E. 11 novembre 1978 *A.D.A.S.E.A.* (p. 368 - responsabilité extra contractuelle se rattachant à des actes administratifs).

seulement intervenir directement en tant qu'agent économique mais au titre de la régulation des marchés agricoles.

Plus encore que le recours aux procédés privés dans les domaines nouveaux de l'action étatique, l'innovation majeure consiste à recourir aux personnes privées dans un domaine traditionnellement réservé à l'Etat : la construction des routes et des ouvrages d'art routier. Parallèlement on l'a vu, les associations représentent (avec les S.E.M.L. désormais) le moyen le plus souple pour les collectivités locales d'accomplir des tâches traditionnelles ou nouvelles par le biais de personnes qu'elles maîtrisent entièrement.

- La promotion du procédé contractuel comme instrument de l'action administrative s'inscrit également dans ce mouvement lié à l'avènement de l'Etat providence. Désormais l'acte unilatéral, apanage de la puissance publique, cède le pas à la négociation et à la contractualisation²⁶⁰. Et le contrat, procédé archétypal des relations entre personnes privées ne saurait être administratif que lorsqu'il est fortement empreint du sceau de la puissance publique.

Dés lors, l'on pouvait considérer que le recours au contrat renforçait l'aspect " privatisation " du régime de certaines activités privées. Il ne faisait pas de doute que les pouvoirs publics avaient eu l'intention politique de placer ces personnes privées sous un régime de droit privé et donc implicitement de confier la connaissance de leur contentieux contractuel aux juridictions judiciaires. Face à ce choix politique, la réaction du juge révèle donc un choix tout autant politique.

B/ La réaction " politique " par la publicisation de la compétence juridictionnelle

On a souligné ce que le choix d'une privatisation du régime juridique de l'action publique pouvait avoir de politique. Le choix, en sens inverse, d'une publicisation partielle de ce régime équivaut pareillement à un choix politique même s'il peut se parer de considérations purement juridiques. Encore faut-il déterminer au préalable ce qu'il convient d'entendre par l'expression de " réaction politique ".

²⁶⁰ M. Hecquart-Thérond, " la contractualisation des actions et moyens publics d'intervention ", A.J.D.A. 1993, n° 6, p. 451 et J.-M. Pontier, " Contractualisation et planification ", R.D.P. 1993, p. 641.

1/ La signification d'une jurisprudence " politique "

L'idée que le juge et plus particulièrement le juge administratif pourrait participer par son activité juridictionnelle à la prise de décisions politiques s'inscrit en rupture par rapport à la tradition juridique et politique républicaine. Le socle de cette tradition semble en effet tout entier fondu dans l'idée chère à Montesquieu que " les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés... "261.

D. Lochak s'est pourtant attachée à démontrer tout ce qu'il pouvait y avoir de politique, y compris au sens relativement strict qu'elle donne au terme, dans la consécration de certaines jurisprudences²⁶². Dans la mesure où " joue un rôle politique toute personne ou tout organe qui a la possibilité d'exercer une influence sur les décisions politiques prises au niveau le plus élevé, au niveau de l'appareil gouvernemental "263, le juge administratif rentre dans cette catégorie pour deux raisons :

- parce que, comme tout juge, on admet désormais qu'il dispose d'une certaine marge de liberté à l'égard de la loi qu'il peut compléter si elle est lacunaire ou interpréter si elle est obscure ou amphibologique ;

- parce qu'il est juge de l'administration et que " l'activité administrative est une des moyens de la politique gouvernementale "264.

De cette seule fonction, c'est-à-dire en raison de la nature de l'organe qu'il contrôle, la juridiction administrative est potentiellement détentrice d'un pouvoir de décisions politiques.

Dés lors que cette capacité à produire des jurisprudences politiques, et non pas seulement des politiques jurisprudentielles²⁶⁵, est théoriquement établie, il reste à examiner de quelle manière elle est concrètement mise en oeuvre par le juge.

Au premier rang des moyens dont dispose le juge administratif et surtout le Conseil d'Etat figure la tradition d'autodétermination de règles qu'il se charge d'appliquer ensuite, la théorie des principes généraux du droit représentant ici l'exemple topique. Pour J. Rivero, il s'agit même d'un élément déterminant de sa fonction²⁶⁶. Mais ce pouvoir demeure enserré dans

²⁶¹ L'esprit des lois, Livre XI, Chap. VI.

²⁶² Le rôle politique du juge administratif français, Th. Paris, 1970.

²⁶³ Ibid. p. 9 et 10.

²⁶⁴ Ibid. p. 11.

²⁶⁵ Sur la distinction, voir P. Weil, " Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? ", Annales de la faculté de droit d'Aix-en-Provence, 1959, p. 281 et s.

²⁶⁶ " Le juge administratif français, un juge qui gouverne ? ", D. 1951, Chr. p. 21.

d'étroites limites, en raison de la supériorité dans la hiérarchie des normes du domaine législatif qui délimite l'action du juge, voire qui le restreint lorsque le législateur revient sur une norme d'origine jurisprudentielle²⁶⁷.

La liberté du juge s'exprime également dans l'application de la norme, dès lors que cette application suppose un choix entre plusieurs normes. Il révèle la part d'opportunité qui revient au juge, soit qu'il décide de sacrifier une norme au profit d'une autre, soit qu'il préfère les concilier²⁶⁸.

D. Lochak prend l'exemple pour la première hypothèse de l'arrêt *Société Eky* du 12 février 1960²⁶⁹. Le Conseil d'Etat fait prévaloir l'article 34 de la Constitution selon lequel " la loi fixe les règles concernant... la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leurs sont applicables " sur l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose que " la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ". Pour la deuxième hypothèse, l'arrêt *Dehaene* du 7 juillet 1950 illustre le choix d'une conciliation entre deux normes, les données de l'espèce étant trop connues pour qu'il soit besoin de s'y attarder²⁷⁰.

En outre, le juge administratif bénéficie d'une marge de manoeuvre non négligeable en raison de la souplesse de certaines catégories juridiques existantes. Ainsi en va-t-il de la théorie des actes de gouvernement ou de la notion d'ordre public. Selon la définition plus ou moins large qu'il en donne, le juge fera application ou non d'un régime juridique protecteur pour l'administration.

Mais la remarque ne concerne pas seulement les règles de fond proprement dite. Elle vaut de la même manière pour les règles de compétence dans la mesure où la compétence administrative conditionne pour une large part les règles de fond. D. Lochak admet en conséquence que des facteurs politiques ont pu justifier la distinction service public administratif - service public industriel et commercial ou encore l'exception au critère organique du contrat administratif que constitue la jurisprudence Peyrot. " Ce sont encore des considérations d'opportunité qui ont conduit le juge à déroger au principe suivant lequel un contrat passé entre deux personnes privées, dont aucune n'agit comme mandataire d'une personne publique, ne peut avoir un caractère administratif "²⁷¹. Pour autant, l'auteur n'établit un lien entre cette jurisprudence et une décision politique que du point de vue de la volonté du

²⁶⁷ Par exemple, C.E. Ass. 4 octobre 1974 *David.*, p. 464.

²⁶⁸ Sur l'ensemble de la question, cf D. Lochak, *Th. préc.*, 1ère partie, Titre 2, chap. 1er.

²⁶⁹ D. 1960, p. 265.

²⁷⁰ JCP 1950 II, n°681.

²⁷¹ *Th. préc.*, p. 147.

juge d'appliquer des règles exorbitantes du droit commun protectrices de l'action administrative. Le rôle politique joué ici par le juge va à notre avis au delà.

2/ Le caractère politique des jurisprudences portant exceptions au critère organique du contrat administratif

Face au recours grandissant aux démembrements administratifs, résultant de choix politiques, le juge a réagi ponctuellement, sans toutefois généraliser la compétence administrative à hauteur de l'ampleur de ces " privatisations " de l'action publique. Peut-être ce refus d'aller au delà s'explique-t-il par l'effet des contorsions qu'il est obligé de faire subir aux textes attribuant compétence au juge administratif. On en doute : dès lors que ces interprétations *praeter legem* ont été opérées à quatre reprises, rien ne saurait empêcher une extension à l'ensemble des personnes privées sous influence publique.

Le caractère politique de la jurisprudence Peyrot a été souligné par de nombreux auteurs. Pour F.-P. Benoît, " ce n'est pas de la nature des choses que résulte la distinction des activités privées et des activités publiques, mais d'un choix effectué à un moment donné, dans un pays donné " et les juges " se sont reconnus le droit de se substituer en fait aux autorités politiques et administratives "²⁷². Ce choix " politique " d'une qualité naturellement étatique de certaines actions a été réaffirmé tel quel en 1984 et 1989 par le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat²⁷³.

A s'en tenir à cette vision de voir, le caractère proprement politique des exceptions au critère organique serait cantonné à la seule jurisprudence Peyrot.

Or, à notre sens, cet aspect politique ne s'est pas éteint en même temps que le juge fermait la porte de la jurisprudence Peyrot à d'autres domaines et qu'il ouvrait d'autres portes à travers les trois autres exceptions au critère organique du contrat administratif.

Il est possible d'aller plus loin encore et de considérer que cette démarche visait aussi à contrecarrer la volonté du législateur de privatiser le régime d'exécution de certains travaux dont l'un des aspects consistait à confier la connaissance du contentieux contractuel qui en résulte au juge judiciaire. Si l'exclusion de la compétence administrative n'a pas représenté une motivation unique ni même explicite, il est clair que dans l'intention du législateur ou du pouvoir réglementaire, l'objectif recherché passait nécessairement par une telle exclusion. En réattribuant la compétence juridictionnelle à l'ordre administratif, le juge remet ainsi en cause un choix politique.

²⁷² Le droit administratif français, 1968, p. 773.

²⁷³ Cf supra, chapitre 1er.

Ce faisant, il procède à un choix qui répond à une autre motivation politique : celle de garantir tout à la fois sa compétence dans un domaine qui lui revenait traditionnellement et d'assurer le principe même de sa propre compétence.

La réaction du juge face au phénomène de " privatisation " de l'action publique, si partielle soit-elle, illustre le refus du juge administratif de voir le juge de droit commun devenir à terme juge de droit commun de l'action administrative.

Il y a en ce domaine, comme en d'autres, manifestation d'un réflexe de survie : tout en préservant un champ d'intervention suffisamment vaste, le juge administratif préserve aussi le principe même de son intervention ou dit autrement sa propre légitimité. On a du mal à imaginer en effet ce que serait la place de la juridiction administrative dans l'hypothèse d'une généralisation du recours aux structures de droit privé pour mettre en oeuvre l'action administrative. Non seulement son champ d'intervention en serait réduit à due concurrence, mais la question de la justification même de son existence finirait par se poser de manière plus prononcée encore qu'il n'a pu être fait parfois²⁷⁴. Que vaudrait un juge administratif dans un système où le contrôle juridictionnel de l'action administrative relèverait principalement de l'ordre judiciaire ? Serait-on fondé à justifier l'existence de la juridiction administrative par le particularisme et l'origine des règles qu'elle met en oeuvre si l'administration dans son ensemble était soumise à celles du droit privé ?

Le trait est forcé à l'excès, et la prospection peut-être irréaliste. Mais sur le plan des principes, la question reste posée et peut expliquer la démarche du juge. Réduite à son seul domaine d'action garanti constitutionnellement, c'est-à-dire l'annulation et la réformation des actes de puissance publique, la compétence de la juridiction administrative compromettrait l'existence même de la juridiction administrative si l'on assistait à une généralisation des procédés de droit privé. Le juge administratif se doit donc d'assurer sa propre compétence pour garantir sa légitimité d'intervention dans un système où il apparaît toujours comme une juridiction d'" exception " par rapport au juge " de droit commun " qu'est le juge judiciaire. Bien sûr, en matière contractuelle, le législateur pourrait toujours revenir sur cette compétence administrative²⁷⁵ et l'on peut expliquer les réticences du juge à étendre sa compétence par la crainte d'une réaction législative. Il reste que les rares fois où le juge s'est résolu à étendre sa compétence pour connaître de contrats passés entre personnes privées, il a entendu fixer des bornes qui garantissent sa légitimité et sa pérennité. Ce choix correspond à une vision politique dès lors que la place et le rôle du juge administratif s'inscrivent dans le cadre d'une

²⁷⁴ Cf D. Chabanol " Faut-il brûler le Tribunal des conflits ? ", A.J.D.A. 1988, préc.

²⁷⁵ Sous réserve que le contrat ne comporte pas de dispositions d'ordre réglementaire qui peuvent faire l'objet désormais d'un recours pour excès de pouvoir émanant des tiers - C.E. Ass. 10 juillet 1996 *Cayzele*, A.J.D.A. 1996, p. 807.

conception autonome de l'administration française que le juge entend préserver. Sans vouloir s'étendre sur une question largement débattue, il faut rappeler l'origine politique de la juridiction administrative et ses prolongements actuels. D'une certaine manière, juger l'administration, c'est aussi juger le gouvernement, ce qui a pu justifier tout au long du XIX^{ème} siècle que la juridiction administrative soit soumise au principe de la justice retenue²⁷⁶. Et de nos jours encore, attribuer la connaissance de certains contentieux au juge administratif, c'est garantir l'application de règles de droit public mais aussi légitimer leur existence ainsi que la présence d'un juge spécialement à même de les appliquer, de part sa formation, sa culture et ses fonctions administratives.

On voit par là que la frontière de la compétence de la juridiction administrative correspond également aux fondements de sa propre existence et légitime aux yeux du juge une décision de nature politique. Ceci pourrait expliquer la liberté que le juge prend à cette occasion avec les textes instituant la compétence de la juridiction administrative.

§ 2/ Le détournement des textes légaux ?

Il en va des lieux communs comme des oublis généralisés : l'attitude uniforme qui en résulte n'est pas faite pour mettre à nu les subtilités de la réalité. Ainsi des fondements textuels de la compétence administrative en matière de contrats administratifs passés entre personnes privées : la place prépondérante du juge dans la détermination de cette compétence a contribué à occulter la référence aux sources textuelles normalement invocables. En cette matière, Conseil d'Etat et Tribunal des conflits ont joué véritablement aux apprentis sorciers, adoptant des formulations tour à tour ignorantes ou déformantes des textes fixant la compétence administrative. La définition littérale qui en résulte se doit d'être rappelée avant d'entrevoir l'application pour le moins libérale qui en a été faite par le juge dans le cadre des exceptions au critère organique du contrat administratif.

A/ La définition littérale de la compétence administrative résultant des textes invocables

²⁷⁶ Cf Chr. Duval, Th; préc. p. 17 et s. sur l'origine politique du contentieux administratif.

Deux textes législatifs sont susceptibles de fonder textuellement la compétence du juge administratif dans les exemples concernant les contrats administratifs entre personnes privées. L'un est propre aux travaux publics, l'autre concerne la compétence générale du juge administratif, y compris hors domaine contractuel. Par l'effet du principe *Lex specialia generalibus derogant*, le premier s'appliquera en priorité là où le second interviendra en cas d'inapplicabilité du premier.

1/ Le texte d'application particulière : l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII

La loi du 28 pluviôse an VIII a posé en son article 4 la règle selon laquelle le conseil de préfecture (aujourd'hui tribunal administratif) " se prononce sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs et l'administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés ". C'est donc sur cette base textuelle que le juge administratif se reconnaît compétent en matière de contrat portant sur des travaux publics.

Ainsi, à l'origine, la compétence administrative était doublement limitée :

- par la nature des contrats : seuls les marchés étaient concernés ;
- par la nature des cocontractants : seuls les " entrepreneurs " et " l'administration " étaient visés.

Pourtant, rapidement, la jurisprudence a consacré les grandes lignes de ce que la doctrine allait appeler " l'effet attractif " de la notion de travaux publics, admettant la compétence administrative bien au delà de la lettre de l'article 4²⁷⁷. Sont impliqués par ce texte désormais les contrats qui ont un lien suffisamment direct avec une opération de travaux publics sans porter pourtant sur son exécution comme par exemple une convention ayant pour objet de prévenir un litige en matière de dommages de travaux publics²⁷⁸. C'est ensuite la catégorie des cocontractants de l'administration qui a été élargie. Elle englobe dorénavant, outre les entrepreneurs au sens propre, les architectes, les maîtres d'oeuvre²⁷⁹ ou encore l'assureur du maître d'ouvrage qui s'engage à couvrir la responsabilité de l'entrepreneur²⁸⁰, toute personne physique ou morale en somme concourant directement ou indirectement à la réalisation d'une opération de travaux publics. Enfin, l'action récursoire des constructeurs

²⁷⁷ L'effet attractif correspond notamment à la définition sans cesse extensive de la notion même de travaux publics, à l'image des deux arrêts précités, *Epoux de Sigalas* de 1928 et *Effmieff* de 1955, ainsi qu'au rattachement de certains contentieux concernant pourtant des personnes privées, cf Ph. Terneyre, " Contentieux de l'exécution des marchés de travaux publics et répartition des compétences juridictionnelles ", Mélanges Chapus, 1992, p. 599 et s.

²⁷⁸ C.E. 6 novembre 1987 *Département de l'allier*, D.A. 1987, n°677.

²⁷⁹ C.E. 15 décembre 1950 *Mathiot*, p. 812.

²⁸⁰ C.E. 23 juin 1986 *Soc. centrale immobilière de la Caisse des dépôts et consignations*, p. 169.

entre eux relève de la compétence de la juridiction administrative quand ils sont titulaires d'un contrat administratif avec le maître de l'ouvrage²⁸¹. Il est admis ainsi que l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII " a toujours été interprété d'une façon étrangère à la lettre de ses dispositions "282.

La notion d'" administration " cependant n'a jamais connu d'extension inconsidérée, bien au contraire. Elle a toujours été prise comme synonyme de personnes publiques, c'est-à-dire incluant seulement l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics et les groupements d'intérêt public. A tel point que la référence aux personnes publiques lui est substituée dans de nombreuses hypothèses, à commencer par les hypothèses d'admission ou de refus de qualification d'un contrat d'administratif²⁸³.

Ce n'est pas le moindre des paradoxes que d'opérer cette substitution si l'on considère que la notion d'administration devrait pouvoir s'envisager différemment de celle de personne publique. Elle dépasse en effet à notre sens le cadre simplement formel auquel renvoie celle de personne publique²⁸⁴ pour appréhender le phénomène administratif sous son angle matériel et non plus organique.

Il y a là un parti pris qu'aucun texte ne peut confirmer, mais il est surprenant de noter que dans un domaine où le juge administratif a entendu consacrer un véritable bloc de compétence, il est resté en quelque sorte en deçà de ce que le texte pouvait autoriser. L'effet attractif de la personnalité privée prévaut en quelque sorte sur l'effet attractif de la notion de travail public. Sans doute faut-il voir là une première explication de la liberté qui a été prise avec ce texte quand il s'est agi de consacrer l'existence de contrats administratifs entre personnes privées dans le domaine des travaux publics. On retrouve certaines attitudes identiques à propos du texte de compétence générale du juge administratif qui a vocation à s'appliquer en dehors des contrats portant sur des travaux publics.

2/ Le texte d'application générale : l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945

²⁸¹ C.E. 17 février 1938 *Soc. commerciale française d'entreprise*, p. 88.

²⁸² M. Waline, note sous C.E. 15 décembre 1976 *S.C.I. Résidence Galliéni*, R.D.P. 1977, p. 502. Il est vrai que cela n'est pas propre à ce seul texte fondateur, voir, pour un constat identique à propos de la loi des 16-24 août 1790, C. Debbasch, J.-. Ricci, *Contentieux administratif*, Dalloz, 6^{ème} édition, p. 30.

²⁸³ Cf infra, B/

²⁸⁴ Certes le caractère formel est plus ou moins marqué dans la mesure où la qualification de personne publique peut être fonction d'éléments subjectifs - cf J.-B. Auby, *La notion de personne publique en droit public français*, Th. Paris, 1979.

L'ordonnance du 31 juillet 1945 est venue réorganiser la juridiction administrative en abrogeant l'essentiel de la loi du 24 mai 1872²⁸⁵. Cette abrogation partielle portait notamment sur la compétence du Conseil d'Etat, définie désormais à l'article 32 comme suit : " Le Conseil d'Etat statuant au contentieux est le juge de droit commun en matière administrative, il statue souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives ; il est juge d'appel des décisions administratives rendues par les juridictions administratives de 1er ressort, il connaît des recours en cassation dirigés contre les décisions des juridictions administratives rendues en dernier ressort "²⁸⁶.

Toujours en vigueur, cette ordonnance a été remaniée directement ou indirectement plusieurs fois. En vertu des réformes opérées par le décret du 30 septembre 1953 et la loi du 31 décembre 1987, le Conseil d'Etat ne devrait plus aujourd'hui être considéré comme juge de droit commun en matière administrative, puisque son activité juridictionnelle principale consiste en l'examen des appels ou des recours en cassation formés contre les décisions de premier ressort ou de dernier ressort. Pourtant, l'article 32 n'a pas été modifié, alors même que le décret-loi du 30 septembre 1953 fait des tribunaux administratifs " les juges de droit commun du contentieux administratif "²⁸⁷.

Si le Conseil d'Etat n'est plus juge de droit commun au sein de l'ordre administratif, il reste compétent pour se prononcer sur les recours en " matière administrative ", qu'il s'agisse de recours en appel, en cassation ou en excès de pouvoir. Et les juridictions judiciaires ne peuvent connaître des " matières administratives " qu'exceptionnellement, à l'image de la théorie de la voie de fait. Au delà, c'est bien la compétence de l'ensemble des juridictions de l'ordre administratif qui est fixée, si l'on prend en compte l'article 32 *in fine*.

La compétence ainsi définie n'éclaire que très partiellement sa réelle portée. En vertu de l'article 32, elle semble décomposée en deux parties, l'une se basant sur un critère matériel, l'autre visant un type de recours particuliers à l'encontre d'actes de certaines personnes. On ne peut lire en effet la référence aux recours pour excès de pouvoir comme une simple précision de celle relative aux matières administratives : il n'y aurait alors pour le juge administratif aucun texte qui fonderait sa compétence en dehors de ce recours particulier qu'est le recours pour excès de pouvoir. Il y a donc deux titres de compétence : l'un portant sur les matières administratives, l'autre sur les actes des diverses autorités administratives, sur lesquels le

²⁸⁵ Hormis les articles 25, 26 et 27 de la loi du 24 mai 1872 - cf Juris-Classeur - Codes et lois, loi du 24 mai 1872.

²⁸⁶ Juris-Classeur - Codes et lois, ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945. Il est à remarquer que l'article 32 a rendu davantage cohérent la définition de la compétence du Conseil d'Etat qui résultait auparavant de l'article 9 de la loi du 24 mai 1972. Celui-ci disposait : " Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ", opérant par la conjonction " et " une distinction peu évidente. Le texte de l'ordonnance du 31 juillet 1945 ne lève pas toute incertitude toutefois, comme on va le voir.

²⁸⁷ Code TA-CAA, art. L. 3.

Conseil d'Etat statue " souverainement " ²⁸⁸. On connaît la position du Conseil d'Etat dans ce dernier cas : il adopte une définition qui prend davantage en compte le caractère administratif d'une décision que le caractère administratif de l'" autorité " qui la prend ²⁸⁹. Autrement dit, le juge a fait prévaloir un critère matériel sur le critère organique, ce qui, somme toute, peut trouver à s'expliquer juridiquement ²⁹⁰.

Il va de soi que ce second titre de compétence n'est pas invocable dans la matière qui nous intéresse : en dépit de l'immixtion progressive du recours pour excès de pouvoir dans le domaine contractuel au bénéfice des tiers au contrat, soit indirectement par le biais de la théorie de l'acte détachable ²⁹¹, soit directement par son admission récente à l'encontre des clauses réglementaires d'un contrat ²⁹², l'ensemble des espèces concernant les contrats administratifs entre personnes privées concerne un litige proprement contractuel et donc de plein contentieux. Ne sont en cause ni des actes détachables ni des clauses réglementaires, et de toute manière le requérant étant toujours en l'occurrence une des parties au contrat, le recours pour excès de pouvoir n'est lui était jamais ouvert, dès lors qu'il dispose par hypothèse d'un recours contractuel lui permettant de faire valoir les droits subjectifs qu'il tire du contrat.

Il faut donc se raccrocher à la première partie du premier alinéa de l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945. Le juge connaît des contentieux contractuels (et d'une manière générale des recours autres que celui de l'excès de pouvoir) à partir du moment où ils interviennent " en matière administrative ". La formule, on le voit, n'emprunte rien au critère organique mais au contraire définit une compétence du seul point de vue matériel.

Il ne faudrait pas croire que l'application de cette ordonnance corresponde à une pure hypothèse d'école. Les jurisprudences en cause, malgré la dominante travaux publics, ne sont pas exclusives d'applications en dehors de la loi du 28 pluviôse an VIII.

On peut envisager à cet égard l'arrêt *Société " Nord Océan Poirsos Compagnie "* de 1977 qui, même si sont en cause des travaux publics, vise une cession de concession de construction de bâtiment sur des terrains faisant partis du domaine public. Toutefois, compte tenu du caractère attractif de la notion de travaux publics et de l'interprétation laxiste de

²⁸⁸ Le terme renvoie, pour s'en démarquer, à l'époque de la justice retenue. On peut se demander si la formule est aujourd'hui pertinente compte tenu de l'importance prise par les décisions des juridictions européennes.

²⁸⁹ C.E. 13 janvier 1961 *Magnier*, p. 33 : caractère administratif d'une décision prise par une personne privée chargée d'une mission de service public et constitutive d'une prérogative de puissance publique.

²⁹⁰ Encore que la référence aux " autorités administratives " ne soit pas des plus précises : s'agissait-il de les assimiler aux personnes publiques (critère organique) ou au contraire cette référence visait-elle l' " autorité " entendue comme celle qui ne se décreète pas mais découle de pouvoirs exorbitants du droit commun (critère matériel) ?

²⁹¹ C.E 4 août 1905 *Martin*, p. 749.

²⁹² C.E. Ass. 10 juillet 1996 *Cayzeele*, A.J.D.A. 1996, p. 807.

l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII par le juge, cette dernière loi paraît pouvoir fonder textuellement en l'espèce la compétence administrative²⁹³.

Moins équivoque en revanche, la décision *Laurent* précitée du 22 avril 1985 peut et doit sans conteste se rattacher à la première partie du premier alinéa de l'article 32. Etait concerné, ainsi que l'a admis explicitement le Tribunal des conflits, un contrat par lequel un comité des fêtes avait confié l'exécution d'un service public (l'organisation d'un lâcher de taureaux traditionnel) à un manadier. En conséquence, le litige né entre les deux parties au contrat ne saurait relever de l'ordre administratif que parce qu'il intervient en matière administrative.

Les textes invocables présentés dans leur définition originelle comme dans leur interprétation jurisprudentielle générale, il paraît intéressant de les confronter à l'utilisation qui en a été faite par le juge dans les hypothèses d'exceptions au critère organique du contrat administratif. L'on verra par là la liberté prise en cette matière, dans l'optique " politique " qui était celle du juge.

B/ L'application libérale des textes attribuant compétence au juge administratif

Conseil d'Etat et Tribunal des conflits se rejoignent dans une même attitude : celle qui consiste à se délier des textes attributifs de compétence. Cette originalité est d'autant plus remarquable de la part du Tribunal des conflits en raison de sa fonction même et de la circonstance qu'il n'a même pas visé l'ordonnance du 31 juillet 1945 quand il aurait pu. Le Conseil d'Etat n'est toutefois pas en reste au regard de la liberté qu'il prend, tout comme le Tribunal des conflits, avec l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII.

1/ L'omission de la référence à l'ordonnance du 31 juillet 1945

Le Tribunal des conflits, organe suprême de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, a fait preuve d'un certain laxisme à l'égard des textes fondateurs de

²⁹³ Préc., p. 740. Par ailleurs, la compétence ne semble pas résulter du décret-loi du 17 juin 1938 sinon on ne voit pas pourquoi le juge s'attacherait à constater que les ouvrages doivent être remis à l'Etat dès leur achèvement et que la S.E.M. agit pour le compte de l'Etat.

la compétence administrative. Dans la seule hypothèse où n'étaient pas en cause des travaux publics, il ne se réfère même pas à l'ordonnance du 31 juillet 1945. Plus même, il fonde la compétence de la juridiction judiciaire, à propos d'un contrat passé entre deux personnes privées, sur un principe jurisprudentiel.

La décision *Laurent* présente, une fois de plus, un caractère original très marqué²⁹⁴. Dans les visas en effet, on ne voit apparaître aucun texte qui serait susceptible de définir la compétence du juge administratif²⁹⁵. Sont tour à tour visés la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, le décret du 26 octobre 1849 modifié par le décret du 25 juillet 1960 et la loi du 24 mai 1872.

Les deux premiers textes ne sauraient fonder la compétence administrative mais tout au plus marquer l'origine de la juridiction administrative. Certes, il y est fait défense pour le premier aux " juges (...), à peine de forfaiture, de troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions " et pour le second " aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit "²⁹⁶. Mais ces dispositions expliquent seulement l'incompétence des juges judiciaires (et même des " tribunaux " sans autre précision) dans ces matières et ne peuvent fonder de manière corrélatrice la compétence des juridictions administratives, inexistantes à l'époque²⁹⁷, comme l'avait suggéré Marcel Waline²⁹⁸.

Le décret du 26 octobre 1849 modifié ne porte pas sur la compétence mais seulement sur l'organisation du Tribunal des conflits. La loi du 24 mai 1872 ou ce qu'il en reste, c'est-à-dire les articles 25 à 27, concerne la composition du Tribunal des conflits, les conditions de revendication de l'incompétence de l'ordre administratif devant le Tribunal des conflits et la remise en vigueur de la loi du 4 février 1850 et le règlement du 26 octobre 1849 qui n'apportent pas davantage d'éléments s'agissant de la compétence administrative²⁹⁹.

²⁹⁴ A la différence de ce qui se passe dans les autres contentieux relatifs aux associations transparentes, il n'écarte pas la personnalité morale au profit (ou au détriment) de la personne publique pour le compte de laquelle elle agit.

²⁹⁵ Cf la décision du T.C 22 avril 1985 *Laurent* communiquée *in extenso* par le bureau d'information du Conseil d'Etat.

²⁹⁶ Cités par R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., n° 960.

²⁹⁷ Contra, R. Chapus, *ibid.*, n° 972.

²⁹⁸ " A propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridiction compétent ", R.D.P. 1961, p. 8. et s., spéc. p. 17 : " la compétence administrative (ou, plus exactement l'incompétence judiciaire) ne trouve son fondement légal, la plupart du temps au moins, que dans les fameuses lois de 1790 et de l'an III " (c'est nous qui soulignons). Pourtant, un peu plus loin (p. 19), l'auteur range la loi des 16-24 août 1790 parmi les " lois sur la compétence ". On sait par ailleurs qu'il est des hypothèses où l'incompétence judiciaire n'entraîne pas la compétence administrative - cf M. Waline, *ibid.* p. 18, à propos de la responsabilité des agents de l'administration s'agissant d'actes non détachables de l'exercice de leurs fonctions.

²⁹⁹ *Juris-Classeur - Codes et lois*, loi du 24 mai 1872.

Cet oubli de l'ordonnance du 31 juillet 1945 paraît d'autant plus surprenant qu'il arrive au juge des conflits de viser d'autres textes que ceux le concernant directement. Comme il va être vu dans un instant, chaque fois qu'il est question de travaux publics, le Tribunal n'hésite pas à viser le texte spécial attributif de compétence au profit de la juridiction administrative, sans que ce texte fasse allusion au Tribunal des conflits. On ne voit dès lors pas ce qui justifie que l'ordonnance du 31 juillet 1945 ne soit même pas visée et surtout ce qui explique une telle distorsion entre les deux textes³⁰⁰.

Il lui est arrivé en outre de s'en remettre à un principe jurisprudentiel pour dénier la compétence de la juridiction administrative. La décision du 26 juin 1989 *S.C.G.E.C.* illustre on ne peut mieux le comportement du Tribunal des conflits délibérément détaché des textes³⁰¹. D'après le Tribunal des conflits, " 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 à l'article 115 de l'arrêté interministériel du 6 décembre 1967³⁰² pris pour l'application de l'article 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 ". Que l'on ne se méprenne pas : le Tribunal des conflits ne dit pas que la règle est d'origine législative, sinon on ne voit pas pourquoi le juge se serait contenté de citer un arrêté ministériel qui ne fait que rappeler la règle et non la loi elle-même qui en serait à l'origine. Beaucoup plus sûrement, la formule signifie qu'elle a valeur législative, ce qui renvoie à mots couverts à la théorie des principes généraux du droit ou en tout cas à un principe d'origine jurisprudentielle que seuls le législateur et le juge qui en fixe l'étendue peuvent aménager (comme le prévoit la décision en faisant référence au législateur et à l'action " pour le compte ").

Or, il est difficile de voir dans un principe jurisprudentiel un titre de compétence (ou d'incompétence, peu importe) dès lors que le législateur lui-même est intervenu de manière générale pour attribuer compétence au Conseil d'Etat et aux autres juridictions administratives par l'ordonnance du 31 juillet 1945. Il est vrai que ce texte n'est jamais présenté comme fondateur de la compétence administrative. Pourtant, à partir du moment où un texte spécial n'est pas invocable (par exemple le décret-loi du 17 juin 1938 ou la loi du 28 pluviôse an VIII), il est difficile d'envisager la compétence administrative autrement que par référence à l'ordonnance du 31 juillet 1945.

³⁰⁰ Il est vrai que cet oubli n'est pas propre au domaine des contrats administratifs entre personnes privées, ni même au domaine contractuel - cf par exemple T.C 13 janvier 1992 *Association nouvelle des girondins de Bordeaux*, p. 743, à propos des décisions administratives émanant de la ligue nationale de football.

³⁰¹ M.P., 1er décembre 1989, n° 246, p. 19 (cf introduction générale)

³⁰² Lequel se borne à préciser à propos des marchés des organismes de sécurité sociale que " les litiges qui ne peuvent être réglés par voie d'arbitrage sont soumis aux juridictions de droit commun ". - J.O.R.F. 29 décembre 1967, p. 12905.

En tout état de cause, même quand il vise un texte spécial attribuant compétence aux juridictions administratives, le Tribunal des conflits ne fait pas preuve de rigueur juridique véritable. C'est notamment le cas dans ses décisions précitées *Peyrot* du 8 juillet 1963, *Commune d'Agde* du 7 juillet 1975, *tunnel des Saintes Maries-aux-mines* du 12 novembre 1984 et *Nersa* du 10 mai 1993. Il rejoint alors le Conseil d'Etat dans une même motivation pour le moins sommaire.

2/ L'invocation sommaire de la loi du 28 pluviôse an VIII

Le domaine des exceptions au critère organique du contrat administratif a trouvé particulièrement à s'appliquer en matière de travaux publics. Il s'agit même du seul domaine d'application possible en ce qui concerne la jurisprudence *Peyrot* puisqu'il y est question de "travaux appartenant par nature à l'Etat". Pour le reste, hormis la décision *Laurent*, les cas d'application des autres exceptions n'ont, de fait, concerné que des travaux publics. Or l'on constate là encore une très grande distance prise par le juge avec la loi du 28 pluviôse an VIII que traduisent certains silences, en dépit d'une référence explicite à cette loi dans les visas.

Le Conseil d'Etat, comme le Tribunal des conflits, ne fait jamais allusion explicitement dans son raisonnement aux conditions d'application de la loi du 28 pluviôse an VIII. Il se borne à dégager sa compétence de la circonstance que la personne privée a agi "pour le compte" d'une personne publique. La formule a vocation à pallier l'absence de personne publique au contrat, ce que rappelle d'ailleurs la décision *S.C.G.E.C.* précitée, et non à caractériser la condition matérielle du contrat. On sait en effet qu'une fois la condition organique remplie, d'une manière ou d'une autre, le juge recherche traditionnellement si le critère matériel est présent et, s'agissant de la loi du 28 pluviôse an VIII, si l'on est en présence de travaux publics.

L'arrêt *S.E.R.M.* et les arrêts dans sa lignée illustrent cette carence : le Conseil d'Etat estime, après avoir démontré l'existence d'une action pour le compte d'une personne publique, que "dans ces circonstances, le marché litigieux a le caractère d'un marché de travaux publics". Déjà le Tribunal des conflits en 1963 s'était montré peu loquace, procédant par affirmation de principe : "la construction des routes nationales a le caractère de travaux publics". Et dans sa décision *Nersa*, il se contentera de noter que le contrat a pour objet la "construction d'un ouvrage public". La présence de travaux publics relevait-elle de l'évidence? Certes, il est à peu près certain que les requérants n'entendaient se placer que sur le terrain organique pour dénier la compétence administrative. Certes, il est certain qu'à partir du moment où un contrat est passé pour le compte d'une personne publique parce qu'il revient dès l'achèvement à la personne publique (jurisprudence *S.E.R.M.*), les travaux qu'il autorise

ont une nature administrative dès lors que la jurisprudence traditionnelle se contente de constater qu'ils reviendront en fin de concession pour leur reconnaître un tel caractère³⁰³. Et l'on conçoit que des travaux qui appartiendraient par nature à l'Etat soient en quelque sorte intrinsèquement publics.

Cela suffit-il à dispenser au juge de l'établir explicitement ? La remarque vaut particulièrement à propos de la décision *Nersa*. En quoi le caractère de travaux publics allait de soi en l'espèce ? Est-ce l'origine législative et réglementaire de la société privée ? On connaît pourtant de telles sociétés puisse ayant réaliser ou fait réaliser des travaux privés, dès l'instant qu'ils demeurent la propriété de la personne privée³⁰⁴. Serait-ce la circonstance qu'elle est détenue par l'Etat ? Une telle proposition aurait pour conséquence de gonfler considérablement la catégorie des travaux publics si l'on songe au nombre d'entreprises publiques. Le statut du personnel n'a pas davantage d'influence sur la nature des travaux. Seul le doute est permis s'agissant " objectifs " identiques à ceux d'un E.P.I.C. (E.D.F.) et encore, cette expression ne renvoyant à rien de connu. L'assertion selon laquelle le marché a pour objet la construction d'un ouvrage public relève donc de l'affirmation non démontrée. Il aurait été préférable que le juge indiquât ce qui avait fondé sa décision. On voit par là le peu de cas qu'il fait de la condition matérielle d'application de la loi du 28 pluviôse an VIII.

En réalité, l'interprétation libérale de cette loi est plus manifeste encore lorsque l'on se penche sur la condition organique posée par cette loi : il est question en effet des litiges " qui pourraient s'élever entre l'administration et ses entrepreneurs... ". La définition très large de l'" entrepreneur " n'est pas propre, on l'a vu, aux hypothèses de contrats administratifs entre personnes privées. En revanche, la référence à l'administration s'est toujours entendue strictement comme recouvrant uniquement la catégorie des personnes publiques.

Il est vrai que tous les arrêts concernés font allusion à des personnes publiques, qu'il s'agisse de l'Etat, de collectivités locales ou d'un établissement public. Dans ce dernier cas toutefois, l'assimilation d'un établissement public industriel et commercial, considéré comme une entreprise à part entière, à une administration relève de l'acrobatie juridique. La loi du 28 pluviôse an VIII semble réduite au rang de fondement textuel général sans que ses conditions d'application soient précisément respectées.

Mais il y a plus : dans toutes les autres exceptions au critère organique du contrat administratif, l'évocation de la présence d'une personne publique n'intervient qu'avec le secours de la notion d'action " pour le compte " d'une personne publique. Dans la mesure où

³⁰³ Autrement dit, par application de l'adage " qui peut le plus peut le moins " - cf arrêt *époux de Sigala*, préc.

³⁰⁴ Rien n'indique que la centrale nucléaire objet du contrat fera retour à une personne publique à un moment ou à un autre - cf conclusions Martin, C.J.E.G. 1994, p. 86.

L'on sait que cette notion n'équivaut jamais dans ce cadre à un mécanisme de représentation, qu'il soit tacite ou exprès, conventionnel ou unilatéral, ce qui est d'ailleurs admis par l'ensemble de la doctrine dans presque toutes les exceptions au critère organique du contrat administratif³⁰⁵, on imagine la part de construction *praeter legem* dans le raisonnement du juge. Autant il est logique de faire application de la loi du 28 pluviôse an VIII quand une personne privée mandataire d'une personne publique passe un contrat de travaux publics, puisque juridiquement le litige qui éventuellement s'en suivra opposera " l'administration " à son entrepreneur, autant les exceptions au critère organique du contrat administratif n'offrent que peu de prise au regard de la loi précitée : le litige opposera bel et bien deux personnes privées sans qu'aucune personne publique soit directement ni même indirectement impliquée.

Il ne faut pas croire pour autant que l'on se fasse ici l'avocat du diable, en condamnant par principe tout contrat administratif entre personnes privées. Au contraire, il a ainsi été démontré la liberté que prend le juge avec les textes quand il décide, pour des raisons d'opportunité, de donner compétence à la juridiction administrative³⁰⁶. S'il le fait de la sorte dans quelques hypothèses, il pourrait le faire davantage encore et avec une plus grande cohérence en étendant cette compétence à l'ensemble des personnes privées sous influence publique. Il pourrait le faire d'autant mieux et paradoxalement s'il se référait aux textes attributifs de compétence. Il suffirait pour cela qu'il donne aux notions d'administration ou de matières administratives un contenu beaucoup plus matériel qu'organique, sans qu'il soit besoin de requalifier des personnes privées en personnes publiques. Mais l'on rentre déjà dans l'examen de ce que pourrait être une transparence organique généralisée.

Le juge des conflits comme le juge administratif, et dans une certaine mesure le juge judiciaire (même s'il suit généralement la tendance), façonnent ainsi les textes attribuant la compétence à la juridiction administrative au gré de leur volonté, traduisant voire trahissant des motivations qui leur sont propres. Dans une certaine mesure, ces motivations peuvent revêtir un caractère " politique " au sens noble du terme. Il s'agit, pour une large part, de garantir la pérennité de la juridiction administrative elle-même, à travers l'attribution ou le retour dans son giron de contentieux qui lui échapperait normalement en raison des formes modernes que prend l'action publique, attirée qu'elle est par les sirènes des structures de droit privé. Au delà de cette préoccupation égocentrique, le juge cherche à protéger l'administration elle-même, non contre ses propres travers mais dans le but de garantir la bonne exécution

³⁰⁵ Seule la jurisprudence *S.E.R.M.* ne fait pas l'unanimité, la jurisprudence *Peyrot* n'est plus considérée aujourd'hui par aucun auteur comme une manifestation de la théorie de la représentation.

³⁰⁶ Cette attitude n'est pas propre au domaine étudié. M. Waline cite deux exemples, dont l'arrêt *Blanco*, où l'on voit le juge expliquer que la compétence administrative résulte d'un choix opéré par lui en vue d'appliquer des règles de droit public. (art; préc., R.D.P. 1961, p. 16). Il semble toutefois que dans ces autres hypothèses cela ne se faisait pas à ce point au détriment des textes attributifs de compétence.

d'activités qui gardent un caractère d'intérêt général marqué. Autant de " motivations profondes " que l'on a pu déceler à partir de certains propos doctrinaux et confirmer à travers l'examen de l'attitude du juge administratif ou du juge des conflits.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

Avec l'étude du fondement sous-jacent des différentes exceptions au critère organique du contrat administratif s'achève également l'étude de ces exceptions telles qu'elles résultent de quatre jurisprudences originales. Originales aussi sont les hypothèses de mandat public, en dépit de fortes similitudes avec l'économie du mandat de droit privé

L'originalité réside dans la place qu'occupe le juge : d'une certaine manière, c'est lui qui fixe la nature du contrat, même s'il le fait toujours à partir d'indices prédéterminés dont il doit en principe tenir compte³⁰⁷. Il est ainsi en mesure soit de faire jouer la responsabilité contractuelle d'une personne publique qui n'était pas pourtant partie au contrat (mandat), soit plus simplement de qualifier un contrat passé entre deux personnes privées d'administratif, sans jamais faire jouer des effets de représentation. Dans les deux cas, la conséquence sera la reconnaissance de la compétence de la juridiction administrative³⁰⁸.

Cette reconnaissance répond certainement, s'agissant des véritables exceptions au critère organique, à des motifs multiples. Absents des motifs des arrêts eux-mêmes, il a paru possible d'en déceler quelques uns, à l'aide de quelques extrapolations. Ils recouvrent ainsi très probablement une volonté double : préserver l'action administrative et plus subrepticement la place du juge administratif dans le schéma institutionnel français.

Ces motifs renvoient dans une certaine mesure aux spécificités et donc à la légitimité du droit administratif lui-même. Alliés à la marge de manoeuvre dont dispose le juge que l'on vient d'évoquer, ils appellent une extension de ces exceptions au critère organique du contrat administratif. Il faut alors envisager ce que pourrait ou devrait être une vision renouvelée des exceptions au critère organique des contrats administratifs et les formes dont elle pourrait se parer. Autrement dit, vient, après l'étude du " sein " de ces exceptions, c'est-à-dire de l'être, vient celle du " sollen ", du devoir être.

³⁰⁷ On sait que normalement le contrat initial sera qualifié de mandat s'il comporte la formule d'après laquelle la personne intermédiaire agit " au nom et pour le compte ". d'une personne publique alors que la simple référence à l'action " pour le compte " laisse au juge entière liberté. Mais même dans la première hypothèse, l'opportunité l'emporte parfois : l'arrêt du 27 janvier 1984 *Ville d'Avignon c/ Da Costa Nunes* précité a vu le juge considérer que la personne privée agissait pour le compte d'une personne publique au sens de la jurisprudence *S.E.R.M.* et refuser d'appliquer les règles du mandat, alors que le contrat initial prévoyait expressément qu'elle agissait " au nom et pour le compte " de la commune, ce que le juge administratif a tu.

³⁰⁸ A moins bien entendu que le critère matériel du contrat passé par le mandataire ou la personne agissant pour le compte d'une personne publique ne soit pas apte à conférer au contrat une nature administrative.

**TITRE 2 : LE CONCEPT DE TRANSPARENCE, FACTEUR DE
RENOUVEAU DES EXCEPTIONS AU CRITERE ORGANIQUE DU
CONTRAT ADMINISTRATIF**

Dès l'instant où l'on admet comme probable l'hypothèse selon laquelle le juge se serait fondé implicitement sur la transparence de la personne privée qui agissait pour le compte d'une personne publique pour reconnaître un caractère administratif à certains des contrats qu'elle passe, c'est toute la conception de la question qui s'en trouve bouleversée. Car le concept³⁰⁹ de transparence, on l'a dit, s'accommode mal de la demi-mesure. Il porte en lui-même sa propre généralisation puisqu'il suppose de s'intéresser à la nature profonde de la personnalité morale de la personne privée en cause. A terme, pourrait être ainsi concerné l'ensemble des personnes privées sous influence publique.

Du moins serait-ce là un aboutissement logique, à défaut d'être inéluctable, car il s'inscrirait dans une tendance profonde du droit contemporain et pas seulement du droit administratif. Une telle extension de la transparence accompagnerait ainsi un mouvement plus général qui irrigue de manière durable différents sillons législatifs et jurisprudentiels.

Cette tendance du droit contemporain offre aujourd'hui de solides bases conceptuelles sur lesquelles peut reposer une généralisation de la transparence organique en matière de qualification des contrats administratifs (Chapitre premier). Une telle généralisation présente des atouts jurisprudentiels nombreux, que l'on regarde en direction de la cohérence des critères de qualification ou bien de la concordance entre le juge compétent et la nature des règles applicables (Chapitre deuxième).

³⁰⁹ L'utilisation du terme de " concept " n'est pas ici innocente dans la mesure où il peut renvoyer à la définition qu'en donne F.-P. Benoît à partir de la philosophie hégélienne et qui permet d'atteindre la connaissance de la réalité d'une institution, à la différence de la notion, cf " Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique ", Mélanges Drago, 1996, p. 23 et s.

CHAPITRE PREMIER : LES BASES CONCEPTUELLES D'UNE TRANSPARENCE ORGANIQUE GENERALISEE

La transparence, idée nouvelle de cette fin de siècle, n'est pas encore arrivée au stade de notion achevée, connue et reconnue, renvoyant à une vision sensiblement uniforme et structurante. Les quelques auteurs à s'être penchés sur le concept admettent communément qu'il est grevé, non sans quelque antinomie, d'un certain flou, ou qu'il n'exprime qu'un clair-obscur.

Elevé au rang de principe juridique par le législateur depuis 1984, il n'a jamais reçu, de la part des différents jurislatoeurs, ne serait-ce qu'une ébauche de définition. La doctrine s'est donc tournée vers les dictionnaires, avec une préférence pour le Petit Robert³¹⁰. Elle en retient les deux sens originels du mot :

- " qualité d'un corps qui laisse paraître la lumière et distinguer avec une certaine netteté ce qui est derrière lui "

- " qualité de ce qui exprime la vérité sans l'altérer " .

Or, la transposition en termes juridiques dans le " vocabulaire juridique " de l'association Henri-Capitant reprend peu ou prou cette dichotomie, même si ses auteurs l'utilisent à propos du droit des sociétés : - " situations de sociétés qui sont réputées ne pas avoir de personnalité distincte de celle de leurs membres "

- et, dans le domaine contractuel, " accessibilité aux informations, notamment au prix de revient et aux conditions de ventes "³¹¹.

Elargie à l'ensemble des branches du droit, ces deux définitions de la transparence renvoient à deux idées tout à la fois proches et distinctes. L'une correspond à la transparence de la personnalité morale, sans que cette transparence équivaille d'ailleurs systématiquement à la mise à l'écart de cette personnalité morale. On peut parler dans ce cadre de transparence " organique ", parce qu'elle affecte des structures. L'autre est relative à l'accès à l'information, qu'il s'agisse de droit ou de devoir d'information. Elle peut être qualifiée de transparence " matérielle ", en ce qu'elle touche aux activités. Pour illustrer cette différence, P. Delvolvé

³¹⁰ Cf P. Delvolvé, " La transparence administrative ", in La transparence, colloque de Deauville des 19 et 20 juin 1993 organisé par l'association droit et commerce, R.J.Com., n° spécial, novembre 1993, p. 24. Voir également, P. Chrétien, " La transparence administrative ", in Annales du droit - droit administratif, Dalloz 1997, p. 221 et s.

³¹¹ P.U.F., 1996, p. 818.

estime, à propos de la transparence administrative, que " l'une concerne ce qui laisse transparaître l'administration, l'autre ce que laisse apparaître l'administration " ³¹².

Mais les deux manifestations de la transparence se rejoignent à travers un même souci de réalisme et un même rejet de l'opacité juridique. Elles correspondent à une dynamique générale du droit contemporain (section première) dont l'étude se doit d'être abordée afin d'éclairer le concept. La transparence organique présente cependant des spécificités (section deuxième) et constitue le contexte unique dans lequel la problématique des contrats administratifs entre personnes privées prend place.

³¹² Mais il adopte aussi une autre formule moins convaincante : dans un cas l'administration est " transparaissante ", dans l'autre, elle est " transparente ". Ainsi, il introduit une dissociation qui semble faire de la deuxième manifestation le seul véritable exemple de transparence alors qu'il s'agit bien de deux manifestations d'égale valeur - art. préc., in La transparence, colloque de Deauville, p. 24.

SECTION 1/ LA DYNAMIQUE GENERALE DE LA TRANSPARENCE EN DROIT CONTEMPORAIN

Parmi les deux acceptions retenues ci-avant de la transparence en droit, il en est une que l'on retrouve fréquemment et parfois même de manière exclusive³¹³. L'idée de transparence s'entend souvent comme une exigence particulière d'information, notamment quant on lui accole l'adjectif " administrative " ³¹⁴. Il n'est pas jusqu'au Conseil constitutionnel pour le reprendre dans ce sens, même s'il rejette son caractère constitutionnel. A propos de l'abrogation d'une obligation de publicité des ventes de certains terrains des collectivités locales et personnes assimilées, le Conseil déclare : " la transparence des activités publiques ou exercées pour le compte de personnes publiques ne constitue pas en elle-même un principe général à valeur constitutionnelle " ³¹⁵. Cette " aconstitutionnalité " ne vaut pas pour autant abaissement du principe, puisque il est alors loisible au législateur d'intervenir " pour atteindre les objectifs de transparence et de concurrence qu'il s'assigne " ³¹⁶. Elle souligne en revanche son caractère novateur dans la mesure où aucun texte constitutionnel ni aucune tradition législative républicaine ne l'a consacrée.

Elle ne saurait donc être incluse, même implicitement, dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen³¹⁷. Il est certain, en revanche, que l'avènement du phénomène a précédé sa caractérisation et sa dénomination. Le premier texte de droit français à avoir consacré le terme est la loi du 23 octobre 1984 sur la transparence financière et le pluralisme dans la presse mais la doctrine s'accorde à reconnaître dans les deux lois du 6 janvier et 17 juillet 1978 les premières manifestations du concept.

³¹³ Par exemple, M. Paillet (ouverture du colloque sur la transparence des activités publiques, P.A. 13 septembre 1995, p. 3) n'évoque que le deuxième sens. M. Bazex, lui reprend les deux définitions du " Vocabulaire juridique " mais pour ne s'intéresser qu'à la deuxième, à propos des " obligations communautaires de transparence dans les prestations des services publics " (D.A. oct. 1993, p. 15).

³¹⁴ Cf les contributions les plus connues : B. Lasserre, " Six ans après le vote de la loi du 17 juillet 1978, une administration transparente ? ", E.D.C.E. n° 35, 1983-1984, p. 99 et s. ; B. Lasserre, N. Lenoir et B. Stirn, La transparence administrative, 1987 ; C.U.R.A.P.P. (divers auteurs), Information et transparence administrative, 1988 ; Y. Jegouzo, Le droit à la transparence administrative, E.D.C.E. 1943, 1991-1992, p. 119 et s. ; La transparence administrative, rapport public du Conseil d'Etat, E.D.C.E. 1995.

³¹⁵ D.C. 93-335 du 21 janvier 1994, J.O.R.F., 26 janvier 1994 et J. Morand-Deville, " Le Conseil constitutionnel et la " petite " loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme ", R.D.I. 1994, p. 163 et s.

³¹⁶ D.C. 92-316 du 20 janvier 1993, R.F.D.A. 1993, p. 914. On fera remarquer que dans cette décision du 20 janvier 1993, le Conseil s'appuie à la fois sur le principe d'égalité et sur " les objectifs de transparence et de concurrence poursuivis par la loi " pour examiner la validité des différences de traitements réservées à certaines personnes morales pour l'application de la loi.

³¹⁷ Contra, P. Delvolvé, La transparence administrative, art. préc., p. 23 qui se fonde sur les articles XIV (" Tous citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique ... et d'en suivre l'emploi ") et XV (relatif au " droit de demander compte à tout agent public de son administration ").

Le rapport public du Conseil d'Etat pour 1995 voit même dans l'information des assemblées délibérantes au XIXème siècle, le développement de la publicité des lois, des décisions administratives ou des procédures juridictionnelles, les " premières conquêtes " de la transparence³¹⁸. Pour autant, par son ampleur et sa conceptualisation récentes, la transparence, dont ces exemples ne sont que de simples prémisses, s'est concrétisée essentiellement en cette fin de siècle.

Telle qu'elle résulte de la loi, du règlement ou de la jurisprudence, elle se manifeste, on l'a dit, de deux façons mais qui toutes deux irriguent de nombreuses branches du droit. Après avoir envisagé en quoi consiste concrètement la transparence dans le droit contemporain, il sera possible d'établir les finalités qu'elle s'assigne ou plus exactement qu'on peut lui assigner. Ainsi, après avoir établi son étendue, l'on tentera d'expliquer sa profondeur.

§ 1/ Les manifestations de la transparence en droit

La transparence, vue sous son angle organique ou bien matériel, transcende la distinction droit public / droit privé, soit parce qu'elle connaît des applications similaires dans l'une et l'autre branches du droit, soit parce que parfois une seule et même manifestation vise indifféremment des personnes publiques ou des personnes privées. Ces deux aspects seront donc abordés concomitamment. De la même manière, le paragraphe suivant sera l'occasion de montrer ce qui rapproche transparence matérielle et transparence organique. Avant cela, il nous revient d'illustrer comment la dynamique générale évoquée plus haut prend forme dans le droit contemporain.

A/ Les manifestations de la transparence matérielle

Celle-ci paraît devoir être évoquée en premier, tant elle correspond à l'idée la plus répandue. Les exigences particulières en matière d'information peuvent être plus ou moins poussées.

³¹⁸ Rapport préc., p. 21 et 22.

La transparence matérielle prend la forme tout d'abord d'un droit à l'information au profit de certaines personnes. Certes, corrélativement, ce droit implique une obligation d'informer de la part d'autres personnes mais il reste que sa mise en oeuvre suppose une action préalable d'une personne susceptible d'être intéressée par l'information. Au contraire, lorsqu'il y a devoir d'information, cela signifie que certaines personnes dans des circonstances déterminées, se doivent d'informer d'une façon elle aussi déterminée, sans que l'on exige une demande préalable. La transparence n'est pas éventuelle alors, elle se fait systématique³¹⁹.

Dans l'un comme dans l'autre, le principe même de l'accessibilité à certaines informations n'a pas attendu les années soixante-dix pour connaître des applications concrètes. Mais c'est à partir de cette période que la sphère juridique s'est enrichie d'une extension exponentielle de ces droits et de ces devoirs relatifs à l'information dans des domaines nouveaux. Ce phénomène n'est assurément pas propre à la France et de nombreux pays ont connu des développements similaires, parfois bien antérieurs. C'est le cas pour les Etats-Unis³²⁰, les pays scandinaves et plus généralement les pays européens³²¹ et il n'est pas jusqu'au droit administratif japonais pour ignorer la tendance³²². Pour des raisons méthodologiques (au regard du sujet qui est le notre), nous nous en tiendrons aux manifestations françaises.

1/ l'extension du droit à l'information

Ce droit à l'information, appliqué à l'administration, correspond assez bien à la définition que donnait Y. Jegouzo de la transparence administrative. Entendue de manière restrictive, la transparence recouvre " l'ensemble des procédés juridiques visant à permettre aux administrés de pénétrer dans le système administratif et ainsi de faire échec au droit (et le plus souvent à l'obligation) de l'administration au secret "³²³.

Sur cette base peuvent être rangées plusieurs lois dont certaines ont eu un retentissement considérable. Cela est particulièrement vrai de la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs, lesquels sont désormais en principe " de plein droit

³¹⁹ Y. Jegouzo procède à une distinction identique (dans le champ réduit qu'il étudie, c'est-à-dire la transparence administrative " matérielle " au sens que l'on a donné à ce terme) en parlant d'obligations " passives " de l'administration dans le premier cas et d'obligations " actives " dans le deuxième (étude préc., E.D.C.E. n° 43,1991, p. 200).

³²⁰ Cf G. Scoffoni, Le droit à la communication des documents administratifs aux Etats-Unis, éléments de comparaison des systèmes français et américains de transparence administrative, Th. Paris II, 1986.

³²¹ Cf La transparence administrative en Europe, op. cit.

³²² J. Obata, " Le droit administratif japonais face à la diversification de l'action administrative, R.F.A.P. 1995, p. 117.

³²³ Op. cit., p. 200.

communicables aux personnes qui en font la demande ". Sans entrer dans le détail d'une législation aujourd'hui largement visitée, on remarquera que le législateur a mis en place une autorité administrative indépendante (la C.A.D.A.) aux fins de mettre en oeuvre ce droit. Cette institution nouvelle, garante d'efficacité, n'a pas pour effet cependant de transformer ce droit d'information en devoir : la communication des documents administratifs n'interviendra toujours qu'à la demande d'un tiers.

Dans le même ordre d'idée, la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 a consacré un droit d'accès des particuliers aux informations (administratives ou non) les concernant contenues dans des fichiers. Là encore, le législateur a considéré que seule une autorité administrative indépendante était à même d'assurer à ce droit nouveau (nouveau car consécutif aux risques encourus par les développements récents des technologies de l'information) une protection efficace.

Au delà de ces deux lois présentées classiquement comme ses deux piliers³²⁴, la transparence administrative se concrétise dans un nombre croissant de textes. A titre d'exemple, la loi du 27 février 1977 autorise les contribuables refusant un redressement fiscal à saisir une commission départementale afin de connaître les documents et informations sur lesquels l'administration s'est fondée³²⁵.

La loi du 3 janvier 1979 a renforcé considérablement l'accès aux archives en leur donnant une définition extensive et en réduisant les délais légaux de consultation³²⁶.

En dépit de son caractère novateur, le modèle français de transparence administrative pourrait se voir remis en cause par le droit communautaire dérivé. Des directives déjà adoptées ou en préparation fixent des cadres nouveaux dans certains secteurs qui, pour conformes à l'idée de transparence qu'ils paraissent, ne sont pas nécessairement favorables aux administrés³²⁷.

Divers textes communautaires consacrent, à la lisière du droit administratif, le principe de transparence s'agissant de prestations qualifiées en France de service public. La directive du 28 juin 1990 relative à la concurrence des marchés de télécommunications³²⁸ prévoit que

³²⁴ Et dont la conciliation n'est pas toujours simple à assurer - cf C.E. Sect. 8 novembre 1993 *Christian Hudin*, A.J.D.A. 1993, p. 873 et s.

³²⁵ Cf A. Roux, " La transparence administrative en France ", in *La transparence administrative en Europe*, C.N.R.S., 1990 et les références citées p. 62, note 27. Voir aussi la loi du 8 juillet 1987 (art. 8-I) obligeant l'administration fiscale à remettre à tout contribuable vérifié une charte explicative de ses droits, J.O.R.F. 9 juillet , p. 7470 et s.

³²⁶ *Ibid.*, p. 72-73.

³²⁷ R. Letteron, " Le modèle français de transparence administrative à l'épreuve du droit communautaire ", R.F.D.A. 1995, p. 183 et s.

³²⁸ J.O.C.E. n° L 192, 24 juillet 1990.

" les conditions de fourniture d'un réseau ouvert doivent répondre aux principes de base énoncés ci-après :

- (...) elles doivent être transparentes et publiées d'une manière appropriée ", principe mis en oeuvre plus concrètement par les directives ultérieures.

Les exemples pourraient là aussi être multipliés sans que ne soit uniquement en cause le service public³²⁹.

On retrouve en effet de nombreux textes organisant de façon détaillée un droit à l'information en dehors du domaine administratif et présentés comme l'illustration de l'idée de transparence.

Pour rester dans le droit communautaire, un règlement du Conseil du 4 février 1991 a mis en place un droit d'information des passagers de transports aériens en cas de refus d'embarquement pour cause de surréservation³³⁰.

Le droit privé français n'est pas en reste et a produit tout un ensemble de règles allant dans le sens d'un droit à l'information des particuliers ou des entreprises.

L'ordonnance du 1er décembre 1986 en son article 32, à la suite de la loi du 27 décembre 1973, a posé une règle très générale qui porte obligation, pour tout producteur de biens et services, de communiquer son barème et ses conditions générales de ventes à tout client qui en fait la demande³³¹.

A propos de la publicité comparative, la Cour de cassation a devancé le législateur en faisant de la concurrence un facteur de transparence. Selon elle, " n'est pas illicite une publicité qui se borne à la comparaison des prix auxquels des produits identiques sont vendus, dans les mêmes conditions par des commerçants différents, contribuant ainsi à assurer la transparence d'un marché soumis à la concurrence "³³².

De manière plus marginale mais tout autant caractéristique, le droit des associations a introduit récemment des dispositions garantissant un droit d'accès à l'information financière, soit au profit des associés, soit au profit des tiers. Pour les premiers, le décret du 16 janvier 1990 a imposé aux groupements sportifs de leur mettre à disposition au siège de l'association,

³²⁹ Voir M. Bazex, " Obligations communautaires de transparence et prestations de service public ", D.A. oct. 1993, p. 15 et s.

³³⁰ J.O.C.E. n° L 36, 8 février 1991.

³³¹ Voir M. Renaudin, " Transparence et concurrence ", in La transparence, colloque de Deauville des 19-20 juin 1993, n° spécial, R.J. Com. novembre 1993. Cette disposition est effectivement la reprise de l'article 37 alinéa 2 de la loi Royer du 27 décembre 1973, JCP 1974 III, n° 41167.

³³² Com. 22 juillet 1986, JCP E. 1987, n° 14091 ; on sait que le législateur est intervenu par une loi du 18 janvier 1992 - voir C. Lucas de Leyssac, " Transparence et publicité ", in La transparence, actes du colloque précité., p. 128 et s.

quinze jours au moins avant l'assemblée générale, le rapport moral, le rapport des commissaires aux comptes, le bilan et le compte de résultats ainsi que le projet de budget. Tout donateur à une association a également, en vertu de la loi du 7 août 1991, un droit d'accès au compte d'emploi annuel des ressources collectées auprès du public, qui doit être déposé à son siège social³³³.

Dans cette matière comme dans beaucoup d'autres, la transparence matérielle dépasse fréquemment la simple accessibilité à l'information au profit d'un véritable devoir d'information.

2/ L'instauration d'un devoir d'information

Ce devoir d'information imposé à certaines personnes au profit d'autres personnes en particulier ou de tout un chacun a trouvé une fois encore un domaine de prédilection avec l'administration qu'une longue tradition napoléonienne avait nourrie du culte du secret. Non seulement elle peut être visible dans certaines hypothèses mais désormais elle se donne à voir de plus en plus couramment. Le droit privé connaît du phénomène dans une même ampleur.

a/ devoir d'information et droit public

La transparence passe d'abord par une extension de la publicité de certains actes ou procédures administratives, à l'image du droit des études d'impact et des enquêtes publiques (loi du juillet 1976 et du 12 juillet 1983) ou de l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978 précitée. Celui-ci impose à l'administration de publier (ou dans certains cas de mettre à disposition) les directives, instructions, circulaires et réponses ministérielles comportant une interprétation du droit positif ou une description de la réglementation.

L'idée de transparence s'est également matérialisée par l'obligation de motivation des actes administratifs. Mise en oeuvre par la loi du 11 juillet 1979³³⁴ qui réalisa une extension considérable de cette obligation par rapport à celles posées de manière erratique par les textes réglementaires ou la jurisprudence antérieurs, elle a été complétée par le décret du 28 novembre 1983.

³³³ D. Randoux, " Association et transparence financière ", P.A. 24 avril 1996, n° 50, p. 10.

³³⁴ Voir sur tous ces points J. Lemasurier, " Vers une démocratie administrative : du refus d'informer au droit d'être informé ", R.D.P. 1980, p. 1239 et s., spéc. p. 1252.

La loi du 6 février 1992 par son chapitre relatif à l'information des habitants sur la vie locale participe du même mouvement³³⁵. Mais c'est le domaine des contrats qui a marqué la véritable consécration de la transparence en droit administratif, jusque dans l'utilisation même du terme de transparence.

Par l'effet d'une exportation des principes de publicité et de mise en concurrence des marchés publics à de nombreux contrats " publics ", le législateur, de son propre chef (cf loi du 6 février 1992 précitée et loi du 29 janvier 1993 sur laquelle on reviendra) ou par obligation de transposition de directives communautaires (loi du 3 janvier 1991) a instauré une " transparence " des procédures publiques.

Sans entrer dans le détail d'une législation complexe que le chapitre suivant nous permettra de découvrir en partie, il faut résoudre ici une question de définition. Puisque la transparence correspond dans ce cadre à la mise en oeuvre des principes du Code des marchés publics, est-ce à dire que le pouvoir réglementaire en instituant ce code a fait, à la manière de la prose de M. Jourdain, de la transparence sans le savoir ? Assurément non et ce pour deux raisons. D'abord parce que l'optique change : il ne s'agit plus nécessairement de protéger les deniers publics contre les cocontractants privés de l'administration mais de les protéger contre l'administration elle-même, en luttant contre le favoritisme et la corruption. En outre cette mise en oeuvre de la transparence se double d'un renforcement de l'information des personnes extérieures à la négociation contractuelle (comme les assemblées délibérantes ou les candidats évincés)³³⁶. A titre d'exemple, la loi du 8 février 1995 instaure une obligation d'information de l'assemblée délibérante en cas d'avenant d'un montant supérieur de 5 % au contrat initial³³⁷. Par ces objectifs comme par ses formes nouvelles, la transparence en matière contractuelle ne renvoie aucunement aux finalités initiales du Code des marchés publics.

En dehors du droit administratif proprement dit, le concept de transparence a connu à partir des années 80 des applications croissantes. Dans le domaine des finances publiques, certains auteurs assimilent, un peu abusivement parfois, sincérité des données et transparence³³⁸.

La matière des libertés publiques a offert à la transparence prise dans son sens matériel la première consécration officielle, par l'intermédiaire de la loi du 23 octobre 1984 visant à

³³⁵ Cf R.F.D.A. 1993, p. 1 et s., 225 et s. et 411 et s.

³³⁶ Cf A. Treppoz, Recherches sur la transparence dans la passation des délégations de service public, Th. Limoges, 1997 ; A. Terrazonni, " Marchés publics et transparence ", in transparence et finances publiques, R.F.F.P. 1992, n° 40, p. 89 et s. mais qui en réalité évoque les marchés concernés par les articles 9, 10 et 11 de la loi du 3 janvier 1991 c'est-à-dire qui n'ont pas la qualité de marché public au sens du Code des marchés publics.

³³⁷ J.O.R.F. 9 février, p. 2186.

³³⁸ Voir le dossier publié à la R.F.F.P. 1992, n° 40 et les contributions de E. Glimet et I. De Kerviller.

limiter la concentration et assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse³³⁹. Le titre premier introduit des " dispositions relatives à la transparence " qui ont pour objet d'assurer une information sur le capital des entreprises de presse. En conséquence est notamment interdit le prête-nom et prescrit la forme nominative des actions des entreprises de presse et des sociétés détenant directement ou indirectement 20 % du capital social ou des droits de vote. On relèvera au passage qu'à l'effet d'embrasser au plus près la réalité du " contrôle " d'une entreprise de presse, le législateur français a adopté une définition de ce contrôle qui n'a rien à envier au droit communautaire en matière de subjectivisme : il " s'entend de la possibilité pour une personne d'exercer, sous quelque forme que ce soit et par tous moyens d'ordre matériel ou financier, une influence déterminante sur la gestion ou le fonctionnement d'une entreprise de presse " (article 2, 3°).

L'exercice de fonctions politiques n'échappe pas non plus à la déférente de la transparence. La loi organique n° 88-226 et la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 sont toutes deux " relatives à la transparence financière de la vie politique ", la première visant le Président de la République et les membres du parlement, la deuxième les membres du gouvernement, les titulaires de fonctions électives d'importance et les groupements et partis politiques³⁴⁰. Elles tendent à garantir une information objective concernant les comptes de campagne et le patrimoine des hommes politiques visés.

Il n'est pas jusqu'à la défense nationale pour être touchée elle aussi par le mouvement³⁴¹. Bien entendu, le secret y conserve une place prépondérante, tout comme il reste présent même dans les domaines les plus ouverts à la transparence.

Ce concept, loin de renverser la tradition du secret, s'inscrit en effet dans une dialectique permanente avec lui. Les règles susvisées ne traduisent que des avancées dans des champs encore marqués du sceau du secret, soit qu'il reste du chemin à parcourir, soit plus souvent que l'excès de transparence est considéré comme davantage nuisible que l'opacité elle-même³⁴². La dialectique s'exprime de façon identique en droit privé.

b/ devoir d'information et droit privé

Le lien entre les manifestations de ce devoir d'information et celles que connaît le droit public ne paraît pas évident à établir. Le paragraphe suivant relatif aux finalités de la

³³⁹ Loi n° 84-937, J.O.R.F. 24 octobre, p. 3323.

³⁴⁰ P. Avril, " La transparence de la vie publique ", in La transparence, actes du colloque précité, p. 19 et s. ; E.P. Guiselin, le régime juridique du financement de la vie politique, Th. Rennes, 1995.

³⁴¹ B. Warusfel, Le secret de la défense nationale, Th. Paris, 1994.

³⁴² Outre la quasi totalité des articles déjà cités, voir plus spécifiquement les limites à la transparence administrative analysées par le Conseil d'Etat dans son rapport public pour 1995, E.D.C.E. 1995.

transparence permettra de montrer les similitudes, mais d'ores et déjà il est significatif de remarquer que le concept a fait officiellement son apparition en droit privé français comme en droit public en 1984.

La circulaire Delors " relative à la transparence tarifaire dans les relations commerciales entre entreprises " a posé les jalons d'une information objective imposée aux entreprises sur les conditions générales de vente³⁴³. Dans ce domaine, l'ordonnance du 1er décembre 1986, qui a prévu, on le sait, un droit d'accès à l'information sur les conditions générales de vente, a par ailleurs introduit par ses articles 28 à 33 du Titre IV intitulé " De la transparence et des pratiques restrictives ", un certain nombre d'obligations d'information³⁴⁴.

Le droit nouveau des associations, issu de textes épars, consacre des obligations d'information des membres de certaines associations : décret du 1er mars 1985 et du 16 janvier 1990 complètent par exemple la loi du 1er juillet 1901 restée muette sur la question des consultations périodiques des associés³⁴⁵.

L'originalité du mouvement de transparence réside dans la circonstance qu'il touche désormais les domaines traditionnellement les plus ancrés dans la tradition du secret.

Le droit bancaire connaît de nos jours des dispositions protectrices du consommateurs au détriment de l'occulte. L'article 48 de la loi du 1er mars 1984 et son décret d'application du 24 juillet 1984, la loi du 18 janvier 1992 dites de l'abus de faiblesse ou encore la jurisprudence de la Cour de cassation sont autant de brèches dans une tradition du secret remontant pourtant au code d'Hammourabi³⁴⁶.

La bourse elle-même emboîte le pas. La loi du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier octroie dans son titre I des pouvoirs accrus au profit du président de la C.O.B. dans les enquêtes qu'il diligente. Le titre I renforce les obligations d'information en cas d'O.P.A. " afin d'assurer l'égalité des actionnaires et la transparence du marché " (art. 15)³⁴⁷.

Le droit des contrats pose désormais dans certaines hypothèses un devoir d'information sur l'existence d'un contrat, au point " qu'on en vient à douter du rayonnement du principe du secret "³⁴⁸, habituellement très prégnant. Il s'agit principalement d'une

³⁴³ JCP 1984 III n° 55682 avec les commentaires de J.-M. Mousseron.

³⁴⁴ M. et J.-M. Mousseron, D. Mainguy, Le droit français nouveau de la transparence tarifaire, 2ème éd., 1997, p. 42 et 43, dispositif complété par d'autres textes, ibid. p. 24 à 29.

³⁴⁵ D. Randoux, art. préc., P.A. 24 avril 1996, p. 11.

³⁴⁶ Voir sur la question, J.-L. Guillot, " Transparence et banque ", in La transparence, actes du colloque précité, p. 145 et s.

³⁴⁷ J.O.R.F. 4 août, p. 9822.

³⁴⁸ J. Mestre, " Transparence et droit des contrats ", in La transparence, actes du colloque précité, p. 77 et s.

obligation de publicité afin de protéger les parties elles-mêmes, aux fins d'opposabilité. S'agissant du contenu du contrat, J. Mestre considère que " c'est ici que l'exigence de transparence est la plus forte dans notre droit contemporain, l'idée étant que chaque partie, et notamment celle qui sait ou est censée savoir (le professionnel), doit révéler à autrui tout ce qui est susceptible d'éclairer son consentement ". Parfois, cette obligation est poussée si loin, par exemple en imposant au concessionnaire ou au franchiseur de faire état des perspectives d'avenir que l'on passe alors de la transparence à la divination "³⁴⁹.

Les exemples pourraient être multipliés à l'envie, à condition toutefois de ne pas prendre tout droit à l'information pour des manifestations de la transparence en droit. Seul la connaissance des finalités propres de la transparence en droit permet d'éviter cette gageure³⁵⁰.

L'énumération qui précède a eu pour objet de délimiter ce que le législateur ou la doctrine assimilent au phénomène de transparence et que nous proposons de dénommer transparence matérielle, par opposition au secret. Parfois, cette dissimulation sera favorisée par le recours au voile de la personnalité morale. La transparence " matérielle " ne sera garantie alors que par " dévoilement " de la personnalité morale, c'est-à-dire grâce à la transparence " organique ".

B/ Les manifestations de la transparence organique

L'étude de ces manifestations sera moins poussée que celle qui précède en raison des développements portant sur leurs spécificités que la section suivante apportera. On se bornera dans le présent cadre à préciser ce qu'il convient d'entendre par transparence organique et comment ce phénomène s'inscrit aussi dans un mouvement continu caractéristique de notre fin de siècle.

Avec l'ajout de l'adjectif organique, la transparence regarde désormais du côté de l'organe et plus précisément du côté de la personnalité morale. *Lato sensu*, cela signifie qu'au delà de la personnalité morale, le droit va appréhender la nature profonde d'une personne donnée. Cet approfondissement se fait parfois en sus de la personnalité morale : sans être écartée, elle se voit supplantée par des considérations plus subjectives qui viennent la préciser. Telle est le cas quand le juge extirpe de la personnalité privée les éléments rappelant une présence publique pour en faire découler des conséquences juridiques. Plus fréquemment,

³⁴⁹ Ibid.

³⁵⁰ Voir pour cette gageure, Ph. Lafarge, " Transparence et relations sociales ", in La transparence, actes du colloque de Deauville précité, p. 101 et s.

cette nature profonde sera révélée au détriment de la personnalité morale : celle-ci est écartée partiellement ou totalement au profit des personnes qui se trouve derrière l'écran qu'elle est censée former. On passe alors dans le domaine de la transparence *stricto sensu*.

Historiquement, la transparence organique résulte de l'intervention du législateur. Il a été relayé spontanément et rapidement par le juge.

1/ Une transparence organique introduite par le législateur

Avant toute chose, il convient de préciser ce que n'est pas la transparence organique. D'un certain point de vue, la transparence est de la nature de la personnalité morale. Toute personne morale de droit privé met en place un écran plus ou moins perméable. L'opacité n'est en réalité jamais totale et la personnalité des membres d'une personne de droit privé apparaît toujours plus ou moins en fonction du type de la personne morale en cause. Cette transparence consubstantielle à la personnalité morale ne doit pas être prise en compte : dès lors qu'elle ne correspond pas à un effet de la volonté du législateur ou du juge qui la met en oeuvre *in situ*, elle ne répond plus aux finalités propres à la transparence telle qu'on l'entend. La transparence doit être comprise en ce sens que la personne privée est rendue transparente, qu'elle ne l'est pas *ab initio* : une personne privée ne naît pas transparente, elle le devient dans certaines circonstances.

Le droit pénal a lui aussi organisé une transparence de la personnalité morale et ce depuis longtemps. Mais cette transparence qui a la particularité d'être systématique renvoie aux finalités propres du droit pénal qui est la recherche et la sanction des infractions pénales. A cette fin, le droit pénal est indifférent aux structures juridiques derrière lesquelles ces infractions pourraient se cacher. La loi du 7 mars 1925 et le décret du 8 août 1935 avaient édicté une responsabilité pénale à l'encontre de celui qui se sert d'une société pour masquer ses intérêts personnels³⁵¹. Et jusque en 1994, il n'y avait pas de responsabilité pénale des personnes morales.

L'introduction de la transparence organique *stricto sensu* date de 1963. Le phénomène qui prend forme dans une loi fiscale s'accompagne de l'instauration de l'idée et du terme même dans les débats parlementaires : il y a pour une fois concordance temporelle entre le phénomène et sa conceptualisation. Le projet de loi déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 20 juillet 1961 par Michel Debré contenait l'exposé des motifs suivants : " le

³⁵¹ CF C. Jauffret, " La transparence civile et la protection des associés d'une société de construction ", JCP 1967 I n° 2065.

projet prévoit que la personnalité morale des sociétés immobilières sera réputée inexistante pour l'assiette de l'impôt.(...) Etablissant l'égalité devant l'impôt, elle assurera la neutralité de celui-ci à l'égard des cadres juridiques de la propriété immobilière et supprimera les difficultés auxquelles l'interposition des personnes morales donne lieu pour l'imposition des revenus tirés de la jouissance des immeubles et pour l'application de l'exemption dont bénéficie la première mutation à titre gratuit des immeubles neufs ³⁵². Il s'agissait, pour l'établissement de l'impôt sur ces sociétés, de faire abstraction de la personnalité morale pour ne connaître que les associés qui se trouvent derrière elle. C'est la loi du 30 mars 1963 qui réalise cette " transparence fiscale ", expression que l'on doit, semble-t-il, au ministre des finances de l'époque, Valéry Giscard d'Estaing, évoquée à l'Assemblée nationale dès le 23 juillet 1962³⁵³.

Par la suite, le droit fiscal a usé à des degrés divers et même parfois abusé de la technique (en ce que son utilisation en outrance complexifie la matière). Par exemple, il ne connaît des sociétés de personnes que pour certains impôts quand pour d'autres il ne va considérer que les associés³⁵⁴.

Par extension, il y a transparence organique lorsque le juge, à l'invitation du législateur, se doit de rechercher les dirigeants de fait d'une entreprise au détriment des dirigeants de droit. Il y a ignorance alors non plus seulement de l'écran de la personnalité morale mais également des personnes physiques ou morales qui se trouvent officiellement derrière lui. L'article 431 par exemple de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales indique que " les dispositions des articles 424 à 429 sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée aura, en fait, exercé la gestion d'une société à responsabilité limitée sous le couvert ou au lieu et place de son gérant légal " ³⁵⁵.

La transparence *lato sensu* se manifeste à travers un certain nombre de textes législatifs qui dépassent la distinction personne publique - personne privée pour assimiler certaines personnes privées à des personnes publiques. Le titre II de la loi du 31 décembre 1975 concerne ainsi " l'Etat, les collectivités locales et leurs établissements et entreprises publics " ³⁵⁶. On voit par là comment le législateur, loin de renier la personnalité privée que

³⁵² Cité par M. Hamiaut, " Transparence fiscale et transparence juridique en matière de sociétés ", S. 1964, Chr. p. 4, spéc. p. 7.

³⁵³ Ibid.

³⁵⁴ Cf M. Cozian, " Images fiscales : transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés ", JCP 1976 I n° 2817.

³⁵⁵ J.C.C.L. 8, 1996, p. 1.

³⁵⁶ J.C.C.L. 11, 1991, p. 11.

certaines entreprises publiques possèdent, la dépasse pour ne connaître que l'appartenance d'une entreprise à une personne publique.

L'action du juge dans ce cadre, comme dans celui de la transparence stricto sensu s'est révélée essentielle par l'ampleur qu'il a donné au phénomène initié par le législateur.

2/ Une transparence organique amplifiée par le juge

Si l'adoption, par le juge, de la théorie de la réalité³⁵⁷ a engendré une réaction du législateur, soit en déniait à telle société par exemple une personnalité morale (comme avec les sociétés en participation, article 1871 c.civ.), soit en organisant la transparence d'autres sociétés, ce dernier n'a évidemment pas conservé l'exclusivité de la transparence. Au contraire, cette théorie de la réalité qui donne une place centrale au juge portait en elle la possibilité d'une transparence spontanément déclarée par lui.

Par ordre d'importance, la transparence se veut totale quand le juge décide d'écarter la personne morale pour ne connaître que des associés. Historiquement, il semble bien que ce soit le juge administratif qui ait eu la primeur de la démarche. L'arrêt d'Assemblée *De Castex* du 21 novembre 1947 précité a introduit la transparence des associations qui ne disposent pas d'une autonomie suffisante par rapport à une personne publique³⁵⁸. La transparence est mise en oeuvre en somme parce que la création de la personne morale ne répondait pas à un intérêt propre.

C'est la jurisprudence judiciaire qui offre pourtant aujourd'hui la plus grande variété d'exemples de transparence totale " déclarée " par le juge.

Il s'agit tout d'abord des cas de sociétés écrans, remarquablement étudiés par C. Cutajar-Rivière³⁵⁹. Le juge rend l'écran transparent lorsqu'il le considère comme un foyer de fraude à la loi, en particulier fiscale. Mais la fraude n'est pas la seule circonstance légitimant la levée du voile de la personnalité morale. Il suffit que la société écran soit le siège d'une illicéité de la cause pour que le résultat soit identique.

Il s'agit ensuite, à l'image de ce que le législateur prévoit parfois, des hypothèses dans lesquelles le juge va rechercher derrière l'écran de la personnalité morale et derrière les

³⁵⁷ En faisant prévaloir cette théorie sur celle de la fiction, la Cour de cassation a mit fin, d'un point de vue pratique tout d'abord, puis théorique dans la mesure où les débats doctrinaux se sont taris sur ce sujet, à la célèbre controverse du début de ce siècle ; cf infra, § 2.

³⁵⁸ P. 433 ; cf titre 1er, chap. 1er, section 1 (il est vrai qu'il s'agissait pour le juge de qualifier une activité de service public, non pour engager la responsabilité de l'administration).

³⁵⁹ La société écran, Essai sur sa notion et son régime juridique, L.G.D.J. 1998.

dirigeants de droit les dirigeants de fait. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de ne prendre en considération que " le rôle prépondérant de direction " assuré par deux chirurgiens d'une clinique pour casser un arrêt de Cour d'appel³⁶⁰. Dans ce domaine, l'on constate un certain mimétisme avec la jurisprudence administrative relative à la qualification d'" entrepreneur de services municipaux "³⁶¹.

La transparence *lato sensu* trouve également grâce aux yeux du juge sans que le législateur intervienne d'aucune façon. Parfois, le juge administratif ne s'arrête pas à la qualification formelle d'une personne pour déterminer la nature de ses actes. On l'a compris, sont visées ici les hypothèses de contrats administratifs entre personnes privées. Lorsqu'il prend en compte, même très indirectement, voire de façon occulte³⁶², les éléments publics d'une personne privée pour qualifier un contrat, il met en oeuvre la technique de la transparence partielle.

Il y a d'ailleurs là une limite à la définition de la transparence *lato sensu* : sans remettre en cause la personnalité morale, cette transparence suppose un attachement à la personnalité profonde d'une personne privée. On ne saurait parler de transparence avec P. Delvolvé lorsque la nature d'un acte est déterminé sans considération de la personne, à l'image des actes unilatéraux des personnes privées³⁶³.

Il ne faudrait pas voir dans ce florilège de règles présentées comme des manifestations de la transparence, qu'elle soit matérielle ou organique, une simple appellation nouvelle d'un phénomène déjà existant et non conceptualisé. Il y a très certainement en cette fin de siècle un mouvement général dans les sociétés industrialisées qui place la transparence dans l'ordre des moyens permettant de réaliser des fins supérieures que l'on assigne au droit. L'études de ces fins va permettre de montrer effectivement combien cette tendance profonde est liée à l'évolution des rapports sociaux et institutionnels et à certains des problèmes qu'elle engendre.

§ 2/ Les finalités de la transparence en droit

³⁶⁰ Civ. 1ère, 3 février 1993, D-S 1994, p. 265

³⁶¹ Cf infra, section 2, § 1.

³⁶² Cf Titre 1er, chap. 1er, section 2.

³⁶³ P. Delvolvé, " La transparence administrative ", in La transparence, actes du colloque précité, p. 23, spéc. p. 26.

Les finalités de la transparence en droit ne sont pas des plus faciles à appréhender. A mesure que le concept gagne le champ du politique, devenant un enjeu croissant du débat démocratique, elles se font paradoxalement moins certaines, comme si la transparence était supposée requérir une adhésion tacite et spontanée. Les nombreux projets de loi qui fleurissent de nos jours sur le terreau de la transparence³⁶⁴ renvoient de celle-ci une image qui n'est pas loin de celle du mythe, c'est-à-dire " une image simplifiée et illusoire, mais capable de produire une série d'effets sociaux tangibles par les résonances qu'elle suscite dans la conscience collective "³⁶⁵. De manière pertinente, R. Draï met en avant l'aspect psychanalytiquement positif de la transparence. " Le contraire de la transparence, c'est l'opacité : l'anxiété née au contact de l'opaque est de même nature que celle de l'enfant qui a peur de la nuit "³⁶⁶.

La transparence répondrait ainsi à un besoin réel mais indescriptible ou en tout cas non décrit. Il faut se garder, à mesure que le politique s'approprie l'idée, du risque de confusion entre l'invocation de la transparence et la transparence elle-même. Comme tout principe juridique, le concept de transparence se doit d'avoir un contenu précis, à défaut de quoi il se réduirait à un principe incantatoire dont on attendrait tout précisément de la seule incantation et qui n'emporterait aucune conséquence concrète.

La morale, qui est à l'origine de certaines des finalités de la transparence, brouille encore plus les pistes. Les développements qui suivent se veulent être davantage une ébauche de réflexion qu'une recherche synthétique et exhaustive sur la question. Il y a, d'une manière générale, des finalités communes à la transparence organique et à la transparence matérielle. Il existe aussi des finalités communes à ces deux branches, mais qui ne sont propres qu'au domaine politico-administratif.

A/ Les finalités d'ordre général de la transparence

³⁶⁴ Création d'une commission du secret défense (Le Monde du 14 février 1998, p. 6), création d'un haut conseil pour favoriser la transparence de la gestion de l'eau (Le Monde du 21 mai 1998, p. 12), proposition de création d'une autorité administrative indépendante pour garantir la transparence de l'exploitation du nucléaire civil (Le Monde du 8 juillet 1998, p. 5 et 19).

³⁶⁵ J. Chevallier, " Le mythe de la transparence administrative ", in Information et transparence administrative, CURAPP, P.U.F., 1988, p. 242.

³⁶⁶ " Le dialogue administratif ", in La communication administration-administrés, P.U.F., 1983, p. 143.

Qu'il s'agisse de transparence organique ou matérielle, administrative ou non, la dynamique générale de la transparence qui caractérise cette fin de siècle entend apporter des réponses à certains des questionnements que pose l'évolution sociale des pays industrialisés.

Elle souscrit, quelques soient ses formes, à l'exigence moderne de réalisme juridique. Face à la complexification des rapports sociaux et à la diversification des structures juridiques, la transparence apparaît comme la mesure de la protection de l'individu face aux grands ensembles, de l'un face au multiple.

1/ Un identique souci de réalisme juridique

Transparence organique et transparence matérielle participe d'une même recherche de réalisme juridique. Sans doute ce souci ne peut-il être classé dans l'ordre des finalités ultimes de la transparence. Le seul titre de finalité intermédiaire (permettant la réalisation des finalités ultimes) que l'on peut lui réserver suffit cependant à s'arrêter un instant sur l'idée.

L'impression d'antinomie qui peut naître de l'évocation de l'expression de réalisme juridique n'est que d'apparence. Certes, le droit tout entier est une fiction. On en veut pour preuve la caractéristique principale de la démarche juridique : la qualification. Par cette opération, le juriste opère un classement du concret dans les catégories abstraites du droit, par essence fictives.

Pourtant, le réalisme juridique répond à un besoin propre et à un mouvement certain. Il présuppose une adéquation optimale entre le droit et le fait. Cela ne signifie aucunement une adaptation constante du droit aux faits qui réduirait le droit à la simple reconnaissance juridique des évolutions sociales, de sorte qu'il ne ferait que suivre cette évolution sans jamais la commander³⁶⁷. Est visée plutôt la célèbre antienne de G. Burdeau lancée aux facultés de droit et évoquée en exorde de cette thèse³⁶⁸.

La transparence est une illustration de ce réalisme. Lorsqu'elle touche la personnalité morale, elle s'oppose au formalisme qui n'attache d'importance qu'à cette personnalité. Le réalisme équivaut alors à rechercher derrière les qualifications formelles la réalité du pouvoir exercé sur la personne privée et surtout la réalité des intérêts qu'elle sous-tend.

Cette quête de réalité n'est pas systématique, loin de là, puisque derrière chaque personne morale il y a par définition d'autres personnes qui la font vivre. L'étymologie du mot

³⁶⁷ Pour une critique du " mythe de l'adaptation du droit aux faits ", voir l'article de Chr. Attias et D. Linotte, D-S 1977, Chr. p. 251 et s., critique souvent excessive.

³⁶⁸ Cf Introduction générale.

" personne " éclaire on ne peut mieux ici le sens de la personnalité morale. En latin, le mot *persona* désignait à l'origine le masque de théâtre duquel sortait un son (*per sona*)³⁶⁹. La personne morale dessine donc par essence un écran qui masque une réalité. Simplement cette réalité n'apparaît au grand jour que lorsque l'écart entre la forme et la réalité qu'elle est censée décrire juridiquement est trop important.

Ainsi en va-t-il des cas de transparence organique totale lorsque la personnalité morale de droit privé ne représente qu'un écran " fictif " parce que l'image qu'il dispense ne reflète plus la réalité. Ainsi en va-t-il également des hypothèses de transparence partielle dans lesquelles le législateur ou le juge tiennent compte de la nature profonde de certaines personnes privées fortement empreintes de marques publiques. Le réalisme juridique consiste ici à ne pas s'arrêter à la qualification de personne privée pour s'attacher à cette présence publique avec pour conséquence leur assimilation aux personnes publiques dans certains domaines.

Même le législateur a été confronté aux effets pervers d'un trop grand attachement aux formes. Il a favorisé une sorte de retour de balancier en imposant des obligations aux personnes privées sous influence publique similaires à celles des personnes publiques, après avoir largement incité les personnes publiques à recourir à la personnalité privée.

Cette attitude du législateur s'explique aisément d'un autre point de vue historique. Il s'agit également d'un retour de balancier suite à la position de la Cour de cassation qui a consacré la théorie de la réalité de la personnalité morale. En faisant prévaloir cette théorie sur celle de la fiction, la Cour ne mettait pas seulement un terme au plus célèbre débat juridique de ce début de siècle³⁷⁰ : elle appliquait immédiatement les conséquences qu'on lui attachait, à savoir qu'une personne morale de droit privé est dispensée d'une reconnaissance législative pour exister juridiquement. " La personnalité civile n'est pas une création de la loi. Elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être protégés " ³⁷¹. Ce faisant, elle déposait le législateur de son pouvoir exclusif d'attribution de la personnalité morale. Mais la transparence organique ne se cantonne pas à la négation de la personnalité morale elle-même. Elle s'exprime également par la prise en compte des empreintes de puissance publique que certaines possèdent.

Le réalisme juridique, dans l'hypothèse de transparence matérielle, s'illustre par la recherche qu'elle sous-tend d'une égalité réelle au détriment de l'égalité formelle.

³⁶⁹ Cf. M. Hamiaut, art. préc.

³⁷⁰ Pour un résumé des termes du débat qui avait cours aussi bien chez les publicistes que chez les privatistes, voir M. Hamiaut, art. préc., S. 1964, Chr. p.4 et 5.

³⁷¹ Civ. 28 janvier 1954, JCP 1954 II n° 7958, à propos du comité d'établissement d'une entreprise.

En imposant un droit d'information et surtout un devoir d'information, le jurislature part du constat d'une inégalité dans la possession de l'information. S'en tenir à l'égalité formelle équivaldrait à nier concrètement toute égalité réelle entre, par exemple, un professionnel et un particulier³⁷². Le réalisme juridique bénéficie alors à l'un face à la puissance du groupe.

2/ La protection de l'individu face aux grands ensembles

Par cet intitulé un peu elliptique, on entend expliquer comment la transparence attribue une fin supérieure au droit : celle de protéger l'individu, ou la personne morale de faible importance, du pouvoir des grands ensembles (collectivités publiques ou entreprises privées en position dominante) qui jouent du secret et de la dissimulation. Cette finalité part d'un constat : l'égalité proclamée tant par la révolution française que par le Code civil (c'est-à-dire correspondant à un système économiquement libéral et politiquement démocratique) repose sur un modèle aujourd'hui dépassé du sujet de droit. L'image de l'individu libre et éclairé face au pouvoir politico-administratif conjuguée à celle du bourgeois bon père de famille capable de diriger seul ses affaires privées est malmenée en cette seconde moitié de XXème siècle. Avec la concentration des pouvoirs politiques et économiques, qu'est donc l'individu devenu ?

Le XXème siècle est marqué par la complexification des rapports économiques et institutionnels liée à la technicisation et à la spécialisation. L'ère du pouvoir des techniciens a triomphé avec les progrès qu'elle apporte mais aussi son cortège de maux, technocratie et bureaucratie.

A cette technicisation s'ajoute le phénomène de concentration des pouvoirs. L'individu se trouve aujourd'hui isolé face aux grands groupes étatiques ou économiques. L'avènement de l'Etat providence, le regroupement des entreprises, la concentration des pouvoirs jusque dans les petites structures comme les associations ont changé la nature de l'interlocuteur de l'individu. La rétention d'information ou la simple détention exclusive d'information du fait de la position dominante (au sens courant du terme) place l'individu dans une situation d'infériorité latente mais permanente.

Certes il se trouvera encore de nos jours des thuriféraires du citoyen-agent économique qui n'a nul besoin du législateur ou du juge pour défendre ses droits. Cette figure de l'individu a encore les faveurs du Doyen Carbonnier, qui jette un _il critique sur la

³⁷² Pour une critique de cette tendance, voir les " propos introductifs " du Doyen Carbonnier, in La transparence, actes du colloque précité, p.9 et s.

transparence. Alors qu'il dénonce le risque d'" effet de saturation " de l'obligation de transparence et de dissimulation qu'elle peut entraîner, on ne sait s'il vilipende les limites de la transparence ou bien " ce qu'elle est réellement, la fille de l'interventionnisme, du dirigisme " ³⁷³. Quoiqu'il en soit, il préfère faire à l'occasion de l'étude de la transparence l'éloge de la perspicacité, en prenant l'exemple du droit de la consommation. " La transparence n'est plus la lumière, la clarté projetée sur les secrets du producteur, c'est la clairvoyance demandée aux consommateurs. " ³⁷⁴. Il s'agit finalement de faire prévaloir la lucidité sur la translucidité.

De cette conception basée sur l'idée que " la loi n'est pas destinée à protéger les faibles d'esprit ", il se dégage une impression de suranné. Nous sommes tous assurément des néophytes, et même des faibles d'esprit, face à la puissance qui résulte de la détention de l'information ou de la dissimulation favorisée par la personnalité morale.

La transparence entend alors rétablir l'équilibre : entre le vendeur et le consommateur, le cocontractant professionnel et le non professionnel, les dirigeants d'une association et ses membres, entre une administration qui sanctionne et les administrés qui en subissent les conséquences, une administration qui prend des décisions d'intérêt général et les administrés qui en sont les premiers destinataires.

Mais il s'agit aussi de rétablir l'équilibre entre une personne physique ou morale et une autre personne qui utilise la personnalité morale de façon dévoyée ou impropre.

Car, si le secret peut être naturellement bien gardé, il trouve en la personne morale un refuge propice. La transparence organique intervient alors généralement au bénéfice du tiers privé (mais aussi de l'Etat) face aux dévoiements de la personnalité morale que la pratique connaît. En agissant sur les structures, la transparence rétablit la réalité que la personnalité morale avait permis de cacher. Cela vaut pour la transparence organique totale mais aussi pour la transparence partielle qui prend en compte la nature profonde de la personne privée. On touche alors là aux finalités propres à la transparence administrative.

B/ Les finalités propres à la transparence appliquée au domaine politico-administratif

³⁷³ Ibid., p. 11.

³⁷⁴ Ibid., p. 15

La transparence organique rejoint ici la transparence matérielle mais au seul titre des finalités que l'on peut attribuer au phénomène appliqué au domaine politico-administratif. En effet, si les significations de la transparence sont duales, ses finalités se révèlent être multiples et variées et ne s'étendent pas nécessairement à la fois au droit public et au droit privé. En particulier, on peut dégager un certain nombre de finalités qui ne touchent par définition que le domaine politique et administratif.

Il faut garder à l'esprit tout d'abord que l'idée de transparence reste généralement attachée en doctrine aux premières lois des années 70 visant à pallier les problèmes posés par la " maladministration ". Il est question alors de restaurer la confiance des citoyens dans le système administratif. Avec la propagation de cette défiance à l'ensemble du système politique à partir des années 80-90, la transparence est parallèlement présentée comme un moyen de répondre à cette nouvelle crise de légitimité. Pour l'un, il s'agit d'apporter une réponse à la mutation du principe d'autorité. Pour l'autre, la transparence traduit une volonté de moralisation du champ politique.

1/ Une réponse à la crise de légitimité de l'administration

Le déficit de légitimité de l'administration apparaît comme le trait le plus marquant du système administratif français de cette fin de siècle. Il naît du rejet d'une organisation fondée sur la distanciation et l'autorité. Peut-être est-ce là la conséquence d'une " élévation générale du niveau culturel "³⁷⁵. C'est certainement la résultante de l'avènement d'une bureaucratie pléthorique et des comportements qui l'accompagne³⁷⁶.

La transparence, après l'échec du thème de la participation³⁷⁷, a pour objectif de restaurer la confiance. Puisque la puissance et l'autorité ne suffisent plus à justifier l'action de l'administration, elle se doit d'utiliser la persuasion, de rechercher l'adhésion par l'énoncé de ses objectifs et la clarification des moyens. D'où l'obligation de motivation des actes ou l'accessibilité aux fichiers et aux actes administratifs. Certains n'ont d'ailleurs pas hésité à parler à cette occasion de " 3ème génération de droits de l'homme "³⁷⁸.

³⁷⁵ T. Aulagnon, D. Janicot, " La communication entre administration et administrés ", R.A. 1975, n° 165, p. 311.

³⁷⁶ En ce sens, J. Chevallier (" Le mythe de la transparence administrative ", in La transparence administrative, op. cit., p. 243) va jusqu'à évoquer une " réaction contre l'aliénation engendrée par la croissance des grands appareils bureaucratiques ".

³⁷⁷ Ibid., p. 244.

³⁷⁸ Idée lancée par M. Vasak et reprise par G. Braibant au colloque Informatique et Libertés (Fontevraud, 1979), cité par R. Letteron, " Le modèle français de transparence administrative à l'épreuve du droit communautaire ", R.F.D.A. 1995, p. 183.

A cela s'ajoute la suspicion née du secret, considéré comme une survivance tout à la fois de l'ancien régime et de l'administration napoléonienne et contraire aux exigences d'une administration démocratisée. La suspicion accompagne de nos jours ce qui est caché. Pour le dire prosaïquement, des doutes naissent dès lors que l'on va considéré que si l'on cache quelque chose, c'est que l'on a quelque chose à cacher. " Ce qui est tenu secret est spontanément présumé invouable et la confiance est difficile à accorder à une structure qui paraît avoir tant de choses à cacher "³⁷⁹.

La citation de J.-C. Boulard place remarquablement le débat à l'intersection de la transparence organique et matérielle. La confiance en l'administration trouvera des conditions propices à sa (re)naissance à partir du moment où la transparence matérielle sera mise en oeuvre. L'information des administrés (on dit aujourd'hui usagers voire clients, mutation sémantique qui suit la mutation institutionnelle) sur les moyens et les buts de l'administration lève le voile de la suspicion.

Mais la réflexion vaut également pour la transparence organique. Les " structures " que l'administration emprunte au droit privé sont autant de défis (et de sources de défiance) à la transparence matérielle. Lorsque la transparence organique est déclenchée partiellement (dans le domaine des contrats administratifs) ou totalement (s'agissant des associations para-administratives), c'est la vérité des structures qui est assurée et la confiance des administrés restaurée. La levée du voile de la personnalité privée équivaut à une levée consécutive de la suspicion qui pèse sur les montages juridiques de l'administration.

A cet égard, peu importe que la transparence organique élimine effectivement ou non tout risque d'atteinte à la vie privée ou toute tentation de favoriser des prébendes des détenteurs de l'autorité administrative qui entraînerait une défiance à l'égard de l'administration. L'apparence de la transparence importe alors plus que la transparence elle-même pour restaurer la confiance³⁸⁰.

2/ Un moyen escompté de moralisation du système politique

³⁷⁹ J.-C. Boulard, " Le secret et l'administration française ", in *Le secret et le droit*, Travaux de l'Association H. Capitant, Tome XXV, Dalloz 1974, p. 680.

³⁸⁰ Un peu à l'image de la Cour européenne des droits de l'homme à propos de l'impartialité des juridictions, cf CEDH 28 septembre 1995 *Procola*, R.F.D.A. 1996, p. 795, études J.-L. Autin et F. Sudre, p. 777 (Il suffit qu'il y ait un doute légitime dans l'esprit des justiciables pour qu'il soit porté atteinte au principe, même si en réalité l'impartialité est prouvée).

La moralisation escomptée par la transparence concerne principalement, si ce n'est exclusivement, le domaine politique.

Les lois du 3 janvier 1991 créant le délit de favoritisme et du 29 janvier 1993 dite anti-corruption font de la transparence le principal moyen de moralisation du domaine des contrats publics au sens large, c'est-à-dire de tous contrats liés directement ou indirectement aux décideurs politiques.

Le concept de transparence a une origine très certainement éthique³⁸¹. Il s'est agi à travers lui et avant toute autre finalité de traduire juridiquement un principe d'ordre moral.

Cette face du concept est loin de faire l'unanimité. A.-G. Slama fustige la transparence comme caractéristique d'un nouvel ordre juridique " moral "³⁸². Il en dépeint ses plus sombres aspects. " Comme d'autre part, il n'est pas non plus question d'accepter que la tutelle de l'Etat sur la société civile s'exerce par la contrainte, la logique du refus du conflit aboutit à instituer l'Etat comme un partenaire de droit commun, astreint à respecter la même loi que le simple citoyen, et à donner l'exemple de la vertu . De là toute une thématique de la " transparence " - mot clé de l'époque comme ce fut un des mots clés des pensées totalitaires - qui doit sa vogue actuelle à l'illusion, complaisamment entretenue par le pouvoir, selon laquelle il serait possible de résoudre les antinomies de l'action en rapprochant l'éthique de la responsabilité de l'éthique de la conviction "³⁸³. La critique, acerbe et excessive, discrédite le propos.

Plus subtilement, d'autres auteurs s'interrogent sur les limites qu'il peut y avoir à vouloir traduire en termes juridiques des exigences morales. Pour M. Guibal, " la transparence a quelque chose d'inaccessible, un côté mythe de Sisyphe ". Puisque " le droit ne peut donner que ce qu'il a (...) il faut la vertu "³⁸⁴ pour donner à la transparence ses véritables lettres de noblesse.

Quelle que soit la pertinence de ces propos sur la réelle efficacité de la transparence juridiquement proclamée, il reste que l'intention de moralisation s'exprime aussi bien en ce qui concerne la transparence matérielle que la transparence organique. Le thème de la moralisation sied à la première au point qu'il s'insinue parfois jusque dans les intitulés même de chapitre de lois.

Pour la seconde, la moralisation escomptée se fait plus indirecte. On a établi la concomitance entre la transparence partielle ou totale de la personnalité morale et la

³⁸¹ Cf M. Guibal, " Transparence et délégations de service public ", P.A., 13 septembre 1995, n°110, p. 16, spéc. p. 18.

³⁸² " Le nouvel ordre juridique " moral " ", Revue Droits, 1994, n° 19, p. 37 et s.

³⁸³ Ibid., p. 41 et 42.

³⁸⁴ Art. préc., P.A., 13 septembre 1995, n°110, p. 16, spéc. p. 18.

dénonciation des abus des démembrements de l'administration³⁸⁵. Il a été vu pourtant que ladite transparence n'impliquait pas nécessairement les moyens d'une lutte efficace contre ces abus. Il reste qu'elle assure une certaine confiance dans le système politique, même si elle n'a alors que l'apparence de l'efficacité.

Au delà des finalités communes à ses deux manifestations et de la dynamique contemporaine de la transparence en droit, dont l'étude a permis de mieux appréhender ce concept " opaque ", la transparence organique, dans le cadre de laquelle s'inscrit exclusivement la question des contrats administratifs, présente des caractéristiques propres.

³⁸⁵ Voir supra, Titre premier, chap. 1.

SECTION 2/ LES SPECIFICITES DE LA TRANSPARENCE ORGANIQUE

Le concept de transparence mérite dans cette acception quelques précisions. Car si " la vertu propre de l'image est de lancer un message plus direct et souvent plus attrayant, globalement plus facile à percevoir et à retenir, et donc plus accessible au plus grand nombre "³⁸⁶, l'image à laquelle renvoie la transparence n'est pas des plus claires.

Puisqu'il n'est jamais facile de définir ce qui est nouveau et de l'avis de beaucoup, obscur, la première étape consistera à la distinguer des notions voisines et parfois confondues avec elle, l'apparence et la simulation.

De la première, elle emprunte une même dialectique du droit et du fait. Selon J.-M. Auby, " on peut dire d'un acte ou d'une situation juridique qu'ils sont apparents lorsqu'ils se présentent avec des caractères qui ne correspondent pas à leur nature réelle et peuvent entraîner une méprise sur celle-ci. La théorie de l'apparence consiste à donner à ces actes, moyennant conditions, les mêmes effets juridiques qu'auraient les actes réguliers dont ils ne sont qu'une imitation "³⁸⁷. Les théories de l'apparence et de la transparence partent d'un même constat : celui d'une distanciation entre la règle de droit et la situation qu'elle est censée décrire. " Il s'agit, dans l'un et l'autre cas, de principes correcteurs qui permettent l'induction de droits et d'obligations à partir de simples situations de fait "³⁸⁸. Mais là où la transparence fait prévaloir la réalité sur la forme, la théorie de l'apparence attribue des effets de droit non à la réalité mais à ce qui en a l'apparence. Tandis qu'elle s'attache au fait qui résulte du visible et du psychologique (dans la mesure où elle requiert l'erreur d'un tiers), la théorie de la transparence en revanche tient compte de la réalité au détriment de l'apparence légale.

La confusion peut naître au stade du rapport réalité - apparence. Dans la théorie de l'apparence, cette apparence est forcément en contradiction avec la réalité puisqu'il y a erreur de perception de la réalité par un tiers. Dans la théorie de la transparence, la réalité est en contradiction avec l'apparence légale mais pas nécessairement avec l'apparence factuelle. De sorte que l'on a déjà vu une cour d'appel déclarer la transparence d'une société alors qu'elle croyait faire jouer la théorie de l'apparence³⁸⁹.

Pourtant, les conséquences sont exactement inverses. Dans la théorie de l'apparence, si les tiers ont été de bonne foi et l'erreur excusable, le défendeur " doit subir les conséquences

³⁸⁶ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990, n°25.

³⁸⁷ L'inexistence des actes administratifs. Etude de contentieux administratif, Th. Paris, A. Pedone, 1951, p. 236.

³⁸⁸ C. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, Th. Paris X, 1988, p. 452.

³⁸⁹ C.A. Bordeaux 13 juin 1990, D.M.F. 1991, p. 174, note A. Viillard (" Les sociétés écrans : apparence ou transparence? ").

du mirage trompeur qu'il a lui-même suscité ³⁹⁰. Autrement dit la situation apparente est source de droit au détriment de la réalité. Dans la transparence, seule la réalité sera considérée comme devant produire des effets de droit au détriment de l'apparence formelle censée la traduire mais qui parfois la travestit.

Il y a alors un trait commun entre la transparence et la simulation. Cette théorie fait prévaloir la réalité sur la fiction volontairement organisée par une personne. On retrouve la même recherche d'adéquation entre un donné juridique, qu'il s'agisse d'un fait juridique ou d'un acte juridique, et une situation pratique. La différence réside uniquement dans l'existence d'un élément psychologique dans la théorie de la simulation, en l'occurrence l'intention de tromper. Mais les effets sont identiques, à tel point qu'on est en droit d'appréhender la simulation comme " une espèce d'un genre plus vaste, la transparence " ³⁹¹.

En cherchant davantage, on trouve une autre différence entre les deux théories. La simulation est de l'ordre d'un donné que le juge doit déjouer, là où la transparence renvoie à un construit législatif ou jurisprudentiel.

C. Hannoun a raison de dire que la transparence d'une personne morale doit être conçue " non comme un état de l'être juridique, " in se " comme dirait Japiot, mais comme un droit de critique dirigé contre les effets de la forme personne morale " ³⁹². Ce droit de critique est mis en oeuvre dans des hypothèses déterminées, considérées comme légitimant la transparence de la personne morale de droit privé au profit de sa réalité sous-jacente. Pour autant, cette recherche de la réalité sous-jacente ne se traduit pas nécessairement par l'éviction pure et simple de la personnalité morale. " La production intégrale des effets de la personnalité morale aboutit à son opacité ; à l'opposé, la négation des effets de cette personnalité peut être appelée transparence absolue ; l'état intermédiaire serait la transparence relative, hypothèse où certains effets sont éliminés, soit par la loi, soit par le juge, en considération d'un milieu donné " ³⁹³.

On reprendra cette dichotomie proposée par C. Hannoun, tout en complétant l'idée de transparence relative ou partielle : celle-ci doit s'entendre non seulement des cas où certains effets sont écartés mais aussi des hypothèses dans lesquelles d'autres effets sont ajoutés en considération de la nature profonde de la personne privée visée. Parfois, le législateur ou le

³⁹⁰ L. Josserand, Cours de droit civil positif français, 2ème édition, Sirey, 1932-1933, p. 153.

³⁹¹ C. Hannoun, Le droit et les groupes de sociétés, op. cit., p. 450.

³⁹² Ibid., p. 464.

³⁹³ Ibid., p. 462. Il est à noter que C. Hannoun ne range pas la théorie de l'inconsistance dans le cadre de la transparence, en vertu d'un refus de principe de qu'il appelle l'anthropomorphisme juridique. On se contentera de relever que l'inconsistance telle qu'on l'a entendue dans le titre précédent entre dans la définition de la transparence que l'on vient d'ébaucher, (compte non tenu de l'inexistence *de jure* puisque, par hypothèse, il n'y a pas de personne morale).

juge, sans renier cette personnalité, viennent en approfondir la consistance. La transparence se fait alors positive, en allant au delà de ce que sa forme laisse paraître.

La théorie de la transparence organique revêt alors une signification plus large que celle qui lui est habituellement réservée. Elle consiste en une technique juridique d'origine législative ou jurisprudentielle qui a pour objet de dévoiler la nature réelle d'une personne morale, soit par annihilation, soit par atténuation ou parfois même affinement de la personnalité morale. Dans un cas, il y a transparence absolue ou totale, dans l'autre, transparence relative ou partielle. Il n'est point dans notre intention de théoriser ici une nouvelle conception de la personnalité morale. Tout au plus se risquera-t-on à avancer à son propos l'idée de l'existence d'une " échelle ". Mais ce sera toujours au profit de l'optique qui est la nôtre : présenter l'évolution contemporaine de la personnalité morale de droit privé pour évoquer dans le chapitre suivant les implications qu'elle pourrait (ou devrait) avoir sur la problématique des contrats administratifs entre deux personnes privées.

§ 1/ La transparence totale ou l'annihilation de la personnalité morale de droit privé

L'effet le plus connu de la théorie de la transparence de la personnalité morale est celui qui résulte de son application pleine et entière. Il paraît en effet parfois légitime au législateur ou au juge de faire " comme si " telle personne morale ne faisait pas écran. On ne peut parler cependant de véritable inexistance juridique ni même d'anéantissement. D'une part, sur le plan pratique, cette transparence peut être seulement temporaire ou circonscrite. Du point de vue théorique d'autre part, cette transparence n'équivaut pas à la théorie de l'inexistence ou de la nullité. La personnalité morale préexiste à l'intervention du législateur ou du juge, lesquels ne remettent pas en cause l'existence de cette personne morale³⁹⁴. Seuls seront écartés les effets de cette personnalité morale dans un cadre spatialement déterminé.

Les propos qui précèdent laissent apparaître ce qui constitue la trame diacritique de la transparence totale de la personnalité privée. Celle-ci peut être déclenchée par le juge ou bien orchestrée par le législateur. On ne se contentera bien évidemment pas des seuls développements que connaît le droit public puisque le mouvement s'avère général et présente une cohérence globale.

³⁹⁴ Avec le triomphe de la théorie de la réalité, l'existence juridique d'une personne morale est très peu conditionnée. Elle résulte d'une volonté et du respect de formes légales minimales, de sorte que le juge ne procède que très rarement à des déclarations d'inexistence. L'utilisation du terme d'" anéantissement de la personnalité morale à propos de la théorie de la transparence paraît excessive parce que renvoyant à une idée de définitif, peu conforme à cette théorie.

A/ La transparence déclenchée par le juge

Le rôle du juge dans la levée du voile de la personnalité morale est tout à la fois central et original. Original car il s'attribue ainsi de manière audacieuse des prérogatives importantes. La Cour de cassation, il est vrai, a facilité une telle audace en assurant, à travers la théorie de la réalité de la personne morale, un rôle central au juge³⁹⁵, malgré une définition " inexacte " et " insuffisante "³⁹⁶. Puisque le juge se reconnaît compétent pour apprécier l'existence d'une personne morale, il va de soi qu'il peut déclarer telle autre transparente. Le mécanisme qu'il met en place consiste à établir l'existence d'une distanciation entre la forme de la personnalité morale et sa réalité essentielle. Ce constat ne suffit pourtant pas. Encore faut-il que la transparence soit légitime.

1/ Le constat de la distanciation entre la forme de la personnalité morale et sa réalité essentielle

Dés lors que la démarche du juge dans l'application spontanée de la théorie de la transparence, revient à assurer " l'adéquation concrète d'une chose à ce qui est signifié par l'énoncé d'une règle de droit "³⁹⁷, cela signifie clairement qu'il a été préalablement constaté une distanciation entre cette chose et la règle. Appliquée à la personnalité morale, la transparence suppose une inadéquation entre elle et la réalité qu'elle est censée sous-tendre. L'apparente évidence des deux termes de ce rapport (la personnalité morale et la réalité) cache de réelles difficultés d'appréhension.

Compte tenu de l'adoption de la théorie de la réalité de la personnalité morale, la personnalité morale de droit privé³⁹⁸ est reconnue à partir du respect d'éléments formels mais aussi et surtout d'un critère de réalité, éminemment subjectif. A titre d'exemple, la personnalité morale d'une société est conditionnée par les dispositions du Code civil sur l'immatriculation (art. 1382) et par l'existence, selon la jurisprudence, d'un " groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par

³⁹⁵ Civ. 28 janvier 1954, JCP 1954 II, n° 7958.

³⁹⁶ D'après J. Paillusseau, " Le droit moderne de la personnalité morale ", R.T.D.C. 1993, p. 705 et s. spéc. p. 734.

³⁹⁷ C. Hannoun, op. cit., p. 458.

³⁹⁸ Car l'on s'est limité à la personnalité privée compte tenu de notre propos.

suite d'être protégés ". La reconnaissance de la personnalité implique l'effectivité de cet intérêt. C. Cutajar-Rivière fait même de l'" existence réelle d'une société " la condition préalable à son immatriculation³⁹⁹.

Comment peut-il y avoir dès lors transparence d'une société lorsqu'il y a inadéquation entre la forme de la société et sa réalité si cette réalité est un des éléments essentiels de l'existence même de la société ? La contradiction n'a pas lieu d'être en réalité en raison de ce que précise C. Cutajar. L'absence de réalité de la société n'est contrôlée ni au stade de création d'une société ou de tout autre personne privée, ni au cours de sa vie juridique. La technique de transparence interviendra par la suite pour sanctionner (en se bornant à écarter ses effets dans l'espèce) l'inadéquation entre la personnalité morale et la réalité qu'elle devrait sous-tendre.

Mais de quelle réalité est-il question ? La difficulté provient de ce que, comme on a pu l'affirmer déjà, le droit étant fiction, la réalité qu'il est censé décrire ou régir diffère de la réalité concrète. Il y a nécessairement décalage entre la réalité juridique et la réalité " réelle ". D'une certaine manière, cette distanciation des réalités n'est pas propre à la matière juridique. L'ensemble des disciplines scientifiques met en place un prisme équivalent : la déformation qui en résulte s'explique non pas par le caractère circonscrit de l'angle d'approche de la réalité (c'est là le principe même de la spécialisation), mais plutôt par son caractère nécessairement subjectif. A partir du moment où la réalité est appréhendée par un sujet, elle perd son caractère objectif pour n'être plus que le résultat d'appréciations diverses, généralement concordantes mais parfois contradictoires⁴⁰⁰.

Lorsque l'on parle alors de distanciation en droit entre la forme et la réalité, c'est bien de réalité juridique qu'il s'agit. Cette réalité n'en est pas éclaircie pour autant, dès lors qu'il est établi que par essence elle ne renvoie pas à un concept juridique. Il faut alors regarder du côté de la théorie juridique pour déceler une ébauche de définition. On adoptera la position de C. Cutajar-Rivière qui tente de dépasser les divergences des écoles formalistes et réalistes pour déboucher sur un critère acceptable de la réalité juridique : la qualification⁴⁰¹. La levée du voile de la personnalité juridique ne nous paraît pas répondre effectivement à d'autres caractères que celui d'une qualification ou d'une requalification juridique, c'est-à-dire à une opération visant à la " détermination d'un rapport de droit à l'effet de le classer dans l'une des catégories juridiques existantes "⁴⁰² ou encore à " ranger une situation de fait déterminée sous

³⁹⁹ Op. cit., p. 107.

⁴⁰⁰ Que l'on songe à la remise en cause de la théorie de la relativité par la physique quantique.

⁴⁰¹ Op. cit., p. 107 et s.

⁴⁰² Vocabulaire juridique, Capitant, v° Qualification.

une étiquette juridique, en l'intégrant dans un concept connu ⁴⁰³, ce qui constitue assurément l'activité essentielle de tout juriste⁴⁰⁴.

Dire qu'il existe une distanciation entre la forme d'une personne morale et la réalité revient à signifier que la dénomination choisie pour une personne morale ne qualifie pas correctement la situation " réelle ", c'est-à-dire telle qu'appréciée *a posteriori* par le juge. Mais le rôle du juge ne se limite pas à ce travail de disqualification ou de requalification dans l'admission de la transparence d'une personne morale.

2/ La légitimité de la levée du voile de la personnalité morale

A regarder de près les hypothèses où cette abstraction de la personnalité morale est réalisée par le juge, judiciaire ou administratif, on perçoit que la distanciation entre la réalité constatée et la réalité impliquée par la personne morale est insuffisante à déclencher la transparence. Plus précisément, on constate que cette levée du voile a toujours chez le juge une finalité particulière.

Chez le juge judiciaire, il va s'agir par exemple de parer à certaines fraudes. Tel est souvent l'objet réel des " sociétés écrans ". C. Cutajar-Rivière a dégagé ainsi une théorie de la société écran à partir d'une définition assez proche (ce qui est rare) de l'idée que s'en fait le profane. " Utilisation dévoyée de la personnalité morale " ou encore " mise en oeuvre de la personnalité morale en dehors de son cadre légal ⁴⁰⁵, la société écran instrumentalise souvent une fraude à la loi. Elle peut prendre la forme d'une société dite de façade, qui exerce réellement une activité permettant de cacher des activités illicites, d'une société fantôme, c'est-à-dire qui n'existe que de nom et dont aucun document d'enregistrement n'a été établi, d'une société de domicile qui ne se livre à aucune activité économique dans le pays où est situé le siège social, ou encore d'une société fictive qui est immatriculée mais qui n'a pas d'activité réelle⁴⁰⁶. Par transposition de l'adage *Fraus omnia corrumpit*, la levée du voile n'intervient que lorsque la fraude ou la tentative de fraude est prouvée.

Fréquemment sertie d'intention frauduleuse, la société écran est parfois le siège d'autres dévoiements. La création d'une société holding peut ainsi porter incidemment atteinte

⁴⁰³ Perrot, De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques, Paris, 1907, p. 13.

⁴⁰⁴ " S'il y a une activité centrale du juriste, absolument décisive dans l'exercice de la pratique juridique, c'est bien celle qui consiste à se contenter de donner un nom aux choses et de les caractériser juridiquement ", O. Cayla, " La qualification, ou la vérité du droit ", in La qualification, Revue Droits, 1993, n° 18, p. 3.

⁴⁰⁵ Op. cit., p. 55 et 107.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 98 et s. Les sociétés fictives sont parfois confondues avec les sociétés de façade par la jurisprudence, ibid. p. 314.

au droit de vote des associés. On est dans ce cadre confronté à des cas d'illéceité de la cause mais nullement à des hypothèses de fraudes avérées⁴⁰⁷.

Au delà de la fraude ou de la cause illicite, il arrive que le juge judiciaire fasse de la primauté de la réalité sur la forme légale une fin en soi. Lorsqu'il recherche les dirigeants de fait d'une société au détriment des dirigeants de droit, il fait jouer la transparence à la fois à l'égard de la personne morale et à l'égard des représentants légaux de cette personne. Il ne s'arrête ni à l'écran de la personne morale, ni à celui qui peut être formé par les dirigeants de droit. Dans un arrêt du 3 février 1993, la première chambre civile de la Cour de cassation a, par exemple, cassé un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes qui avait jugé que la rupture d'un contrat d'exclusivité passé entre un anesthésiste et une clinique à l'initiative de cette dernière, en raison du refus de deux chirurgiens de collaborer avec l'anesthésiste, était intervenue pour une cause étrangère non imputable à la clinique. Pour la Cour de cassation, " en se déterminant de la sorte, alors qu'elle relevait par ailleurs que les deux chirurgiens assumaient dans la société " un rôle prépondérant de direction (...) ", la cour d'appel a violé par fausse application le texte susvisé "⁴⁰⁸. On voit là comment la Cour de cassation apprécie l'extranéité de la cause par rapport à la personne morale : n'est pas pris en compte l'attitude de la personne morale elle-même, ni de ses représentants légaux, mais celle de ses dirigeants de fait. Il y a bien ici un " retrait des structures juridiques devant les circonstances de fait "⁴⁰⁹.

Cette prérogative du juge judiciaire qui écarte la personnalité morale, pour spontanée que soit sa mise en oeuvre, peut trouver un fondement légal dans l'article 12 du nouveau code de procédure civile, nonobstant les hypothèses de transparence orchestrée par le législateur : le juge " doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ", ce qui était déjà admis en jurisprudence avant l'introduction du nouveau code.

Aucun fondement textuel de cet ordre ne saurait à l'évidence justifier la démarche similaire du juge administratif. Seul le pouvoir de requalification qu'il s'est très tôt octroyé explique alors la transparence de la personne morale à laquelle il procède parfois.

Tel est le cas de la jurisprudence relative aux associations administratives étudiées dans le titre précédent et que l'on n'évoquera pas autrement que par prétériton. Le juge administratif fait transparaître la personne publique qui agit par l'intermédiaire d'une

⁴⁰⁷ Pour d'autres exemples, voir J. Mestre, " Transparence et droit des contrats ", in actes du colloque de Deauville précité.

⁴⁰⁸ D-S 1994, p. 265.

⁴⁰⁹ A. Dorsner-Dolivet, note sous l'arrêt, Ibid. p. 266.

association dès lors que celle-ci, bien qu'ayant une existence de jure et de facto, ne dispose pas d'une autonomie suffisante. Il lui manque en quelque sorte l'*affectio associationis*, un intérêt un tant soit peu distinct de celui de la collectivité publique qui la dirige⁴¹⁰.

A cette jurisprudence peut être rattachée celle moins connue en droit public mais similaire à celle de droit privé qui concerne la direction de fait d'une société. La jurisprudence développée par le Conseil d'Etat à propos de la notion d'"entrepreneur de services municipaux" et des incompatibilités électorales qu'elle entraîne fournit aussi l'occasion au juge de privilégier les situations de fait par rapport aux situations de droit. Certes, il se contente parfois de viser les dirigeants de droit pour apprécier cette incompatibilité. Mais il n'hésite pas à découvrir les dirigeants de fait pour assurer à la règle une efficacité pleine et entière⁴¹¹.

La tendance générale de la transparence totale appliquée à une personne morale de droit privé trouve dans l'oeuvre du législateur à la fois son origine et un amplificateur de première importance.

B/ La transparence orchestrée par le législateur

Il a été affirmé que "la transparence n'est certainement pas de l'essence de la personnalité morale et il faut reconnaître que le droit français consacre une opacité de la société personne morale dont l'épaisseur est variable selon la forme sociale"⁴¹². De fait, la transparence intrinsèque à la forme choisie de personne morale ne relève pas véritablement de la théorie de la transparence, tout comme celle qui résulte du droit pénal⁴¹³. Historiquement, c'est le droit fiscal qui a inauguré la transparence de la personnalité morale à l'initiative du législateur. La tendance a gagné peu à peu toutes les branches du droit.

⁴¹⁰ Cf J.-M. Auby, "La théorie des institutions "transparentes" en droit administratif", R.D.P. 1988, p. 265 et s.

⁴¹¹ Sur cette question, cf F. Gartner, "La direction des sociétés d'économie mixte locales : entre commerce et transparence", R.F.D.A. 1997, p. 783 et s. Le droit administratif rejoint alors le droit pénal qui sanctionne l'ingérence d'un maire déclaré dirigeant de fait d'une société de construction qui avait acheté des terrains avant de les revendre à un prix élevé à une S.E.M. dont il était président - Crim 16 décembre 1975, G.P. 1976 I p. 233. Voir de plus, L. Marguet, "La responsabilité des élus à la tête des S.E.M. - la responsabilité pénale", P.A., 15 février 1995, n° 20, p. 29 et s.

⁴¹² C. Cutajar-Rivière, La société écran, Th. préc., p. 4.

⁴¹³ Cf supra, Section 1, § 1, ainsi que l'article de C. Jauffret, "La transparence civile et la protection des associés d'une société de construction", JCP 1967 I, n° 2065. Cet auteur voit un peu abusivement dans les remèdes aux abus de pouvoir de la majorité des associés une manifestation de la transparence. On rappellera que les règles relatives au fonctionnement interne à une personne morale ne concernent pas, par définition, les relations juridiques, que cette personne morale peut nouer avec d'autres personnes, de sorte qu'il ne saurait y avoir transparence.

1/ Le droit fiscal, précurseur de la transparence des personnes morales

La loi du 15 mars 1963 constitue l'exorde de la transparence des personnes morales. Outre le fait que l'expression est apparue dans les débats parlementaires, elle a organisé par ses articles 30-I et 60 la transparence des sociétés immobilières de copropriété, aujourd'hui précisé à l'article 1655 ter du Code général des impôts en ces termes : " Sous réserve des dispositions de l'article 60, du 2° du I de l'article 827 et du 2° du I de l'article 8278, les sociétés qui ont, en fait, pour unique objet soit la construction ou l'acquisition d'immeubles ou de groupes d'immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance, soit la gestion de ces immeubles ou groupes d'immeubles ainsi divisés, soit la location pour le compte d'un ou plusieurs des membres de la société de tout ou partie des immeubles - ou fraction d'immeubles appartenant à chacun de ses membres, sont réputées, quelque soit leur forme juridique, ne pas avoir de personnalité distincte de celles de leurs membres pour l'application des impôts directs, des droits d'enregistrement, de la taxe de publicité foncière exigible sur les actes qui donnent lieu à la formalité fusionnée en application de l'article 647, ainsi que des taxes assimilées. Notamment, les associés ou actionnaires sont personnellement soumis à l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt sur le revenu, suivant le cas, pour la part des revenus sociaux correspondant à leurs droits dans la société ".

En dépit des réserves préliminaires, la transparence fiscale des sociétés de copropriétés est bien totale. M. Cozian parle même à leur propos d'" extrémisme fiscal de la transparence "⁴¹⁴. Pourtant, même cette transparence dite totale est à relativiser. Lesdites sociétés sont éventuellement redevables des autres impôts que ceux visés à l'article 1655 Ter du Code général des impôts (C.G.I.).

M. Cozian cite parallèlement l'article 239 octies du C.G.I. comme l'illustration de la transparence totale par excellence, à propos des sociétés de pluripropriété qui ne sont pas soumises à l'impôt sur les sociétés et dont les remboursements de frais effectués par les associés sont exonérés de la T.V.A.

Dans d'autres hypothèses au contraire, le droit fiscal va faire jouer pleinement les effets de la personnalité morale, à l'image des personnes visées à l'article 206 du C.G.I. : S.A.R.L., S.A., E.U.R.L., E.P.I.C., associations notamment, et même sociétés en participation dans certaines circonstances alors que l'on sait qu'elles ne disposent pas de la personnalité morale.

⁴¹⁴ Art. préc., P.A. 24 janvier 1996, n° 11, p. 5.

Entre les deux, il existe une multitude de situations intermédiaires sur lesquelles on reviendra et que l'on nomme transparence partielle, semi-transparence ou translucidité, chaque fois que le droit fiscal ne connaît des associés que pour certains impôts ou certaines opérations particulières. La transparence ne s'impose pas *in globo* à propos de telle personne morale dans telle matière mais *in situ*, l'opacité redevenant la règle la plupart du temps.

Voilà distinguée la transparence totale de la transparence partielle en matière fiscale, étant entendu que la plupart des auteurs, faisant preuve d'une certaine " paresse de l'esprit "⁴¹⁵, la dilue un peu trop rapidement avec les situations intermédiaires évoquées ci-dessus dans un concept de transparence aux contours flous.

Le concept de transparence totale ne s'accommode pas de la demi-mesure et suppose une abstraction complète de la personnalité morale d'une personne dans une matière considérée, mais quel que soit le contexte. Amorcée par le droit fiscal, cette forme extrême de transparence connaît aujourd'hui des applications dans de nombreuses autres branches du droit.

2/ La propagation de la transparence à d'autres branches du droit

La transparence totale peut emprunter parfois des voies détournées pour se concrétiser. On en veut pour preuve les cas dans lesquels le juge, à l'invite du législateur cette fois, ne se borne pas à prendre acte de l'existence des dirigeants de droit d'une personne morale mais recherche les personnes qui y exercent *de facto* une influence prépondérante. L'ordonnance du 1er décembre 1986 en son article 39 autorise ainsi le juge à découvrir la réalité de la direction d'une entreprise dans le but de déceler les situations de concentration. Celle-ci résulte en effet de " tout acte, qu'elle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet, ou pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprise d'exercer, directement ou indirectement, une influence déterminante "⁴¹⁶.

On voit par là comment le droit de la concurrence pousse les formes légales en dehors du champ juridique. Celles-ci importent peu au regard de l'approche utilitariste et subjective de cette branche du droit, à moins qu'elles correspondent à la réalité de l'influence

⁴¹⁵ M. Cozian, art. préc., paresse à laquelle cet auteur ne semble pas avoir échappé dans la mesure où cet article publié en 1996 n'est que l'exacte réplique ou presque d'un article déjà paru en 1976 (JCP I n° 2817), à moins que soit démontrée par là la très grande permanence du droit fiscal.

⁴¹⁶ J.O.R.F. 9 décembre, p. 14773.

prépondérante. Il y a, dans ce dernier cas, concordance entre la forme et cette influence réelle mais il reste que seule cette dernière doit être prise en compte, y compris donc au détriment éventuellement des personnes morales qui font écran. Seule importe la réalité de l'influence, directe ou indirecte.

Dans le même ordre d'idée, le Conseil de la concurrence a adopté cette démarche réaliste. Dans son avis du 10 mai 1994 relatif à la diversification des activités d'E.D.F., il préconise une séparation matérielle et juridique des activités de diversification et des activités sous monopole. Ce qui compte aux yeux du Conseil, c'est l'effectivité de cette séparation : " La présence de " coquille vide " ayant une existence juridique mais ne disposant pas de moyens propres (équipement, personnel) est un facteur supplémentaire pour ne pas distinguer les prestations relevant de l'activité électrique de celles ayant trait à la diversification "⁴¹⁷.

L'article 431 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales précise, on le sait, que " les dispositions des articles 424 à 429 sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la gestion d'une société à responsabilité limitée sous le couvert ou au lieu et place de son gérant légal ". Le législateur invite le juge au plus grand réalisme en indiquant même les moyens de s'assurer de la réalité de la gestion d'une entreprise, par examen des cas d'interposition de personnes ou de représentants légaux sans réels pouvoirs prépondérants. Cet article caractérise une sorte de gestion de fait sanctionnée par le juge judiciaire privé, qui se présente en écho de la gestion de fait de droit public⁴¹⁸.

§ 2/ La transparence organique partielle

Dans un certain nombre d'hypothèses, la transparence de la personnalité morale se fait moins totale, moins globale. Elle ne va plus concerner un type de personne morale ou même une personne morale mais seulement une personne morale dans des circonstances déterminées. La personne morale existe, ses effets ne sont pas écartés *in extenso*, seulement le législateur ou le juge décide, pour des raisons supérieures, de l'ignorer à un moment ou dans des circonstances données. En cela, la transparence devient partielle, car en dehors de ces

⁴¹⁷ Cité par H. Courivaud, " La diversification des activités d'E.D.F. et de G.D.F. ", JCP E. 1997 n° 636.

⁴¹⁸ La gestion de fait de droit public sanctionne toute personne autre qu'un comptable public régulier, qui s'ingère dans le maniement des deniers publics sans habilitation régulière, qu'il y ait ou non infraction pénale (en cas de détournement de fond à des fins personnelles).

circonstances, elle continuera d'exister. La personne morale n'est donc pas intrinsèquement transparente. Cette forme de transparence partielle se fait malgré tout au détriment de la personnalité morale.

L'idée de transparence partielle ou relative ne se réduit pas toutefois à cette ignorance de la personnalité morale. Elle s'insinue chaque fois que le jurislatureur ne se contente pas de tirer des conséquences de la qualification de personne de droit privé mais va au delà pour appréhender sa nature profonde. Ainsi en est-il des hypothèses dans lesquelles où, tout en maintenant la qualification de personne privée, le législateur ou le juge décèle les éléments de nature publique au sein de cette personnalité privée pour en tirer des conséquences juridiques. La transparence vient alors en complément de la personnalité morale.

Dans le premier cas, elle se concrétise par atténuation des effets de la personnalité morale, dans le deuxième, par l'atténuation des effets de la personnalité privée.

A/ La transparence partielle par atténuation des effets de la personnalité morale ou l'échelle de la personnalité morale de droit privée

L'atténuation de la personnalité morale revêt des degrés variables. Cette variabilité s'exprime à travers une multitude d'hypothèses et débouche sur une véritable échelle de la personnalité morale que l'on tentera de théoriser.

1/ Les hypothèses d'atténuation de la personnalité morale

C'est, une fois de plus, le droit fiscal qui offre la meilleure illustration de transparence, ici partielle. Selon M. Cozian, il convient de distinguer entre les sociétés de personnes qui seraient semi-transparentes et les sociétés d'investissement qui seraient seulement translucides⁴¹⁹. Les premières, au sein desquelles la responsabilité des associés est illimitée, regroupent les sociétés civiles, en nom collectif, en commandite simple, en participation, les sociétés de fait ainsi que les groupements d'intérêt économique (G.I.E.), les groupements d'intérêt économique européen, les groupements d'intérêt publics et les S.A.R.L. à caractère familial sur option.

⁴¹⁹ M. Cozian, art. préc., P.A. 24 janvier 1996, p. 6.

Pour toutes ces personnes, il y a transparence fiscale en ce sens que l'article 8 du C.G.I. les fait échapper à l'impôt sur les sociétés pour ne connaître que des associés, à raison de leur participation aux bénéfices distribués ou mis en réserve. Outre le fait que les résultats imposables sont déterminés au niveau de la société et non des associés, le régime fiscal résiduel s'oppose à celui d'une société immobilière de copropriété, archétype de la société fiscalement transparente. A titre d'exemple, en cas de cession de parts sociales, seul le taux propre aux parts sociales va s'appliquer et non celui correspondant au droit de mutation immobilière.

M. Cozian voit en outre dans les sociétés d'investissement la consécration de ce qu'il propose d'appeler la translucidité des sociétés. A la différence des sociétés de personnes, ces sociétés (S.I.C.A.V., S.I.I., S.I.C.O.M.I., S.D.R., S.C.R.) sont incluses dans le champ d'application de l'impôt sur les sociétés. Mais les revenus qu'elles distribuent ont la nature de revenus mobiliers ou fonciers. Par ailleurs, seuls les bénéfices mis en distribution sont imposables. Le degré de transparence serait ainsi moindre et l'image de translucidité conviendrait alors mieux.

Sans se laisser entraîner dans des querelles linguistiques, on ne retiendra cette idée de translucidité que pour les hypothèses dans lesquelles la transparence de la personne morale, parce qu'incomplète, déforme quelque peu la réalité qu'elle sous-tend. Dit autrement, par un maître des requête au Conseil d'Etat à propos des G.I.E., la translucidité fiscale signifie que " ce qui passe par le G.I.E. n'en ressort pas intact "⁴²⁰. Le Conseil d'Etat a en effet jugé que les personnes morales normalement exonérées de l'impôt sur les sociétés ne le sont plus si elles participent à un G.I.E. pour la part des bénéfices correspondant, ce qui fait perdre à cette formule une grande partie de son intérêt⁴²¹.

Cette transparence partielle, bien que très présente en cette matière, n'est pourtant pas l'apanage du droit fiscal. On a pu parler, à propos de la situation des sociétés filiales, de " dosage de la personnalité morale "⁴²². Certes, dans certains cas, le recours aux théories de la fraude ou de la simulation aboutit, par l'action du juge, à la négation de la personnalité morale de la filiale qui n'apparaît que comme une pure fiction. Mais le droit se fait plus subtil parfois en n'écartant les implications de la personnalité morale de la filiale qu'en certaines circonstances, pour dégager l'unité économique de la société mère et de sa filiale. On en veut pour preuve la jurisprudence qui permet à certains salariés de poursuivre la société mère alors

⁴²⁰ . G. Goulard, " Imposition des G.I.E., à propos de C.E. 27 avril 1994 *Fédération départementale des producteurs de lait* , R.J.F. 1994, n° 7, p. 446 et s.

⁴²¹ C.E. 27 avril 1994, Req. 79.604.

⁴²² N. Fadel Raad, op. cit., p. 153.

qu'ils n'ont de lien juridique qu'avec sa filiale⁴²³. En outre, d'après N. Fadel Raad, on assiste, " en matière commerciale, (à) la prise en charge par la société mère des dettes de ses filiales insolvable " qui serait commandée par l'intérêt financier des créanciers⁴²⁴.

Précisément, en matière commerciale et en dépit d'une tendance à " l'opacification de la personnalité morale ", il arrive que le juge judiciaire assimile une cession de contrôle d'une entreprise à un véritable transfert, négligeant ainsi la personnalité morale, pour ne se placer que sur le terrain du fait⁴²⁵.

Les exemples pourraient sans doute être multipliés si tel était l'objet principal de notre recherche. Pour l'heure, seul nous intéresse ce qu'il en ressort, c'est-à-dire l'avènement d'une échelle de la personnalité morale de droit privé.

2/ L'avènement d'une échelle de la personnalité morale de droit privé

Pour illustrer le propos qui suit, il n'est besoin que de reprendre à notre compte la recherche étymologique entreprise par J. Chevallier à propos du concept de transparence. " La transparence désigne d'abord (1361) la propriété d'un corps qui se laisse traverser par la lumière et permet de distinguer, à travers son épaisseur, les objets qui se trouvent derrière (...). Mais la transparence est susceptible de degrés : un corps peut être réellement transparent, c'est-à-dire limpide et faire apparaître avec netteté les objets qu'il recouvre, ou seulement translucide, s'il ne permet pas, bien qu'il soit perméable à la lumière, de distinguer nettement les objets, ou seulement diaphane, si la lumière qu'il laisse filtrer ne permet pas de distinguer la forme même de ces objets ; on voit dès lors qu'opacité et transparence ne sont pas dans un rapport simple d'exclusion, mais qu'il y a entre eux des degrés, ou plus exactement qu'ils se combinent selon un alliage variable, l'opacité n'étant jamais telle qu'elle interdise toute perception des éléments constitutifs et la transparence n'allant pas jusqu'à faire disparaître le corps dont elle est la propriété "⁴²⁶.

S'il paraît difficile d'illustrer le propos en ce qui concerne le caractère diaphane et la transparence organique⁴²⁷, il reste que l'idée d'un alliage variable rejoint celle d'une échelle de la personnalité morale.

⁴²³ Soc. 17 mai 1969, D. Soc. 1969, p. 537.

⁴²⁴ Op. cit., p. 141.

⁴²⁵ C. Hannoun, " Les conventions portant transfert de contrôle et la transparence des sociétés ", D.-S. 1994, p. 67 et s.

⁴²⁶ " Le mythe de la transparence administrative ", in Information et transparence administrative, C.U.R.A.P.P., P.U.F., p. 251.

⁴²⁷ On se souvient que l'article de J. Chevallier concerne uniquement la transparence " matérielle " selon la terminologie que nous avons retenue.

On aura compris que l'opacité de la personnalité morale est un leurre, ne serait-ce qu'en raison du droit pénal qui ne connaît de la responsabilité des personnes morales que depuis 1994 et sans que celle-ci n'exclut d'ailleurs la responsabilité des personnes physiques qui la constituent.

Pour autant, la transparence de la personnalité morale de droit privé caractérise assurément cette fin de siècle. Le droit français connaît une généralisation de la transparence organique partielle, de sorte qu'entre l'écran total théorique et la transparence totale, la personne morale connaît divers degrés de prégnance juridique.

De nos jours, le débat ne consiste plus à déterminer si, sur le plan théorique, la personnalité morale recouvre une réalité ou une fiction. Il s'est déplacé sur le point de savoir quelle est l'étendue de la réalité de la personnalité morale et dans quelles circonstances elle correspond à une fiction et doit être écartée pour des motifs d'intérêt supérieur. Le droit contemporain de la personnalité privée pose la personnalité privée en tant qu'écran placé devant des personnes physiques ou d'autres personnes morales mais le législateur et le juge relèvent plus ou moins cet écran selon les matières et les circonstances considérées, pour laisser apparaître en partie les personnes qui se trouvent derrière lui.

De façon pertinente, C. Hannoun considère que l'on assiste à une " mutation paradigmatique de la personnalité morale ". " Inscrite désormais dans un paradigme de l'activité, la personnalité morale apparaît de manière évidente comme une pure technique juridique dont on peut gérer les effets "⁴²⁸. Pourtant, cette mutation n'affecte pas, selon nous, l'essence de la personnalité morale de droit privé. Elle ne représente qu'une modalité moderne de sa mise en oeuvre. Ainsi, si " l'écran qu'elle constitue ne dissimule plus l'associé ", cela n'est vrai que dans certaines hypothèses légitimant la levée du voile de la personnalité morale et ne modifie en rien la définition de la personnalité morale, laquelle produira en règles générales l'ensemble des effets qui lui sont attachés.

L'échelle de la personnalité morale correspond à cette idée, un peu à la manière de ce qui a permis d'expliquer un certain nombre de situations intermédiaires entre domanialité publique et domanialité privée⁴²⁹.

L'idée de transparence ne se trouve pas toute entière toutefois dans les propos qui précèdent. Législateur et juges procèdent de plus en plus fréquemment à la mise en place d'une transparence organique de la personnalité privée, qui prend la forme d'une prise en

⁴²⁸ Op. cit., p. 359.

⁴²⁹ Cf L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. 3, 3ème éd., 1928, p. 353 et s.

compte de sa nature profonde. En ce cas, la personnalité morale n'est pas écartée mais seulement précisée.

B/ La transparence partielle par atténuation des effets de la personnalité privée ou la complexité de la personnalité morale de droit privé

En raison de l'évolution du droit des personnes privées qui offre une très grande diversité des formes, mais plus encore en raison de l'extension du recours aux structures privées par les personnes publiques, la personnalité privée s'avère aujourd'hui complexe. Elle ne se laisse plus appréhendée à partir de sa seule raison sociale, société, association, G.I.E. ou fondation. Tout juriste se doit d'approfondir cette personnalité s'il veut déceler sa nature profonde et les implications juridiques qui en découlent.

Car cet affinement de la personnalité morale, qui pouvait à l'origine se réclamer d'un simple besoin de catégorisation, se traduit aujourd'hui juridiquement. Le droit s'attache de plus en plus à tous les aspects d'une personnalité privée et notamment aux éléments révélateurs d'une présence publique en son sein. La transparence, qui vient alors en complément de la personnalité et non à son détriment, consiste à tirer des conséquences juridiques de cette présence publique, à extirper de sa personnalité privée les attaches publiques pour tenir compte de la complexité de cette personnalité. Cette tendance se manifeste en droit interne depuis plus de vingt ans. Elle est relayée et amplifiée par le droit communautaire et européen.

1/ La prise en compte de la présence publique au sein des personnes privées en droit interne

C'est la loi du 31 décembre 1975 qui a véritablement inauguré l'attachement du législateur au caractère public d'une entreprise à statut de droit privé⁴³⁰. Cette prise en compte se traduit par une assimilation des entreprises publiques aux personnes publiques en ce qui concerne la sous-traitance. En indiquant que le titre II, relatif au paiement direct des sous-traitants, concerne l'Etat, les collectivités locales et leurs établissements et entreprises publics,

⁴³⁰ Si l'on excepte la loi du 10 juillet 1975 qui concerne les " entreprises publiques dont le personnel est soumis à un statut réglementaire " et surtout l'ensemble de la réglementation relative au contrôle des entreprises publiques, dans la mesure où il s'agit alors de règles concernant l'organisation interne de ces entreprises.

le législateur a signifié son indifférence à la nature publique ou privée de la forme sociale d'une entreprise pour ne s'intéresser qu'à sa nature profonde.

Le détail des règles en cause importe peu à ce stade de notre recherche⁴³¹. Plus intéressante est la définition jurisprudentielle qui en a résulté. Alors que le droit français est souvent présenté comme ignorant la notion d'entreprise publique⁴³², la Cour de cassation a immanquablement été amenée à en donner une définition, en raison de la carence du législateur, afin de préciser le champ d'application du titre II. La Cour a ainsi estimé que " dès lors que la proportion de capitaux publics par rapport capitaux privés dans le capital de la société Usinor donnait à l'Etat le contrôle effectif de celle-ci ", l'entreprise devait être considérée comme publique. Les similitudes que l'on peut relever avec la jurisprudence administrative qualifiant les entreprises " appartenant au secteur public "⁴³³, bien réelles, doivent cependant être relativisées. Le critère patrimonial (capitaux publics en majorité) intervient au service du critère plus subjectif de l'existence d'un contrôle " effectif " d'une personne publique sur l'entreprise.

Le législateur (et le juge à sa suite) négligent en quelque sorte la personnalité privée. Certes, la personnalité morale n'est pas écartée, la personnalité privée elle même n'est pas contestée, elle est seulement ignorée au profit de sa nature profonde, c'est-à-dire des éléments démontrant une maîtrise publique de l'entreprise.

Les entreprises publiques ne représentent pas à elles seules la tendance décrite ici. Le juge des comptes procède de façon similaire à propos des associations administratives. On connaît l'attitude du juge administratif de droit commun à leur égard qui va parfois jusqu'à écarter la personnalité morale⁴³⁴. Telle n'est pas le cas du juge des comptes qui ne procède pas à pareille ignorance. En revanche, l'approfondissement de leur personnalité se fait sans nul doute de façon beaucoup plus fréquente en matière de contrôle des comptes et de contrôle de gestion. Une chambre régionale n'a pas hésité d'ailleurs à dénommer une association de " transparente " à l'effet de qualifier les deniers qu'elle gère de " deniers publics "⁴³⁵. Le juge procède à un examen *in concreto* qui porte sur la composition de l'association et sur l'origine des moyens financiers, matériels, humains ainsi qu'éventuellement sur la nature des missions

⁴³¹ D'autant plus que le chapitre suivant donnera l'occasion d'y revenir au titre de l'harmonisation qui résulterait d'une généralisation de la transparence organique.

⁴³² Voir, par exemple, J.-Ph. Colson, *Droit public économique*, 2ème éd., L.G.D.J. 1997, 239 à 250. Il est vrai qu'il s'agit alors de souligner l'absence d'unité conceptuelle de l'entreprise publique et des inconvénients qu'elle entraîne (ibid.).

⁴³³ C.E. 21 décembre 1982 *Comité central d'entreprise de la S.F.E.N.A.*, A.J.D.A. 1983, p. 197. L'appartenance d'une entreprise au secteur public résulte de la possession par une personne publique de la majorité de son capital.

⁴³⁴ Cf supra, Titre I, chap. 1er, section 1.

⁴³⁵ C.R.C. Provence-Alpes-Côte d'Azur 24 avril 1991 *M. Médecin et autres*, Arrêts, jugements et communications des juridictions financières, 1991, p. 34.

accomplies⁴³⁶. La qualification des deniers publics résultera alors du degré d'autonomie déduit de ce faisceau d'indices et en aucune manière de la nature de la personne (privée par définition s'agissant d'une association).

Enfin, les hypothèses de contrats administratifs entre personnes privées s'inscrivent dans ce même cadre. Dans la mesure où la personnalité morale n'est pas écartée, ni la personnalité privée remise en cause, l'attachement du juge à la nature profonde de certaines personnes privées participe à l'atténuation des effets de leur personnalité privée.

Le critère organique, pris dans son sens traditionnel (personnalité publique ou privée) est une fois de plus inopérant et le juge lui substitue un critère réaliste, dont les considérations organiques ne sont pourtant pas totalement absentes. Il s'agit pour le juge des comptes, comme pour le juge administratif dans une moindre mesure, de définir en somme un nouveau critère organique à partir d'éléments plus subjectifs que la personnalité publique ou privée⁴³⁷. Les juges ont dégagé des critères significatifs de la présence publique au sein d'une personne privée, cette présence n'influant que sur la qualification des contrats ou des deniers et non sur la qualification de la personne.

Pareille " transparence " se retrouve peu ou prou en droit européen et surtout en droit communautaire.

2/ La non prise en compte de la personnalité privée en droit communautaire et européen

Cet intitulé pourrait paraître *a priori* similaire au précédent si l'on n'y prenait garde : si le droit interne tient compte de la présence publique au sein d'une personne privée, il refuse parallèlement de s'attacher à la personnalité privée.

On veut cependant signifier par là que droit communautaire et droit européen ne connaissent jamais de la personnalité privée telle que l'entendent les différents systèmes juridiques internes. Ils portent tous deux cet approfondissement de la personnalité morale que l'on tente de décrire, non pas de manière circonstanciée, mais de façon intrinsèque, en raison à la fois de leur ignorance des catégories juridiques de droit interne et de la perspective réaliste

⁴³⁶ J.-L. Pissaloux, " Le contrôle des associations par le juge des comptes ", P.A. 12 juin 1996, n° 71, p. 35 et s. On retrouve la même démarche à l'occasion du contrôle de gestion : le juge des comptes dénonce alors le contournement des principes budgétaires, de comptabilité publique, de droit de la fonction publique et du Code des marchés publics que ces associations favorisent.

⁴³⁷ La détermination du caractère public ou privé a acquis aujourd'hui une certaine objectivité dans la mesure où les querelles doctrinales sur la nature publique ou privée d'une personne morale se font de plus en plus rares.

qui les irrigue. Cette tendance se retrouve plus particulièrement en droit communautaire mais le droit issu de la convention européenne des droits de l'homme participe au mouvement⁴³⁸.

S'il connaît, d'une certaine manière, de la distinction personnes publiques - personnes privées, le droit communautaire pousse cependant la dichotomie bien au delà de ce que fait le droit français, dans le sens d'une extension de la première catégorie. La matière des contrats " publics " en fournit un très bon exemple tant la notion d'" organismes publics " et de " pouvoirs adjudicateurs " dépassent très largement la notion de personnes publiques en droit interne. Le chapitre suivant sera l'occasion de détailler la réglementation qui en résulte et le bouleversement qu'elle entraîne au sein des catégories juridiques traditionnelles.

Le droit communautaire connaît lui aussi de la notion d'entreprise publique. Il en adopte une définition globalement subjective, qui n'exclut pas toutefois une référence à des éléments objectifs. La directive du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les Etats-membres et les entreprises publiques, a précisé les critères d'identification de ces dernières. Selon son article 2, est publique " toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent ". Cette influence est présumée lorsque les pouvoirs publics détiennent la majorité du capital ou disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises ou peuvent désigner plus de la moitié des membres des organes dirigeants⁴³⁹.

On voit par là comment la transparence matérielle (celle visée dans l'intitulé de la directive) exige une transparence organique afin de déterminer les entreprises qui doivent être soumises à des obligations d'information au profit de la commission européenne (et in fine des entreprises concurrentes).

La Cour européenne des droits de l'homme a adopté une position similaire dans sa définition des " organisations professionnelles de droit public ". Puisqu'elle estime que ces personnes morales n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à la liberté de réunion et d'association, elle a dû fournir les critères permettant de les identifier. Pour dénier à une association de chauffeurs de taxis (la FRAMI) ce caractère, la Cour relève qu'" elle remplit les tâches que la législation

⁴³⁸ Il s'agit bien d'un " mouvement " propre au droit contemporain : on ne soulignera jamais assez la révolution juridique qu'a représentée l'arrêt d'Assemblée *Nicolo* du 20 octobre 1989 au regard de la place prise de nos jours par le droit communautaire et européen dans le système juridique français.

⁴³⁹ CF E. Delacour, " Services publics et concurrence communautaire - aspects juridiques ", R.M.U. 1996, n° 400, p. 501 et s., spéc. 505.

prévoit dans une certaine mesure et dont profitent non seulement ses membres, mais aussi le public (...) " ; que " cependant, le contrôle de la mise en oeuvre des règles pertinentes incombe au premier chef à un autre rouage, le comité, habilité en plus à délivrer des licences et à en prononcer la suspension ou la révocation. Créée conformément au droit privé, la FRAMI a toute latitude pour décider de ses objectifs, de son organisation et de ses méthodes. (...) Elle a pour but de protéger les intérêts de ses adhérents " essentiellement ". Partant, elle est d'abord une organisation de droit privé, que l'on doit tenir pour une " association " aux fins de l'article 11 ⁴⁴⁰.

La référence à la création d'origine privatiste ne doit pas leurrer : elle ne suffit assurément pas à elle seule à écarter la qualification d'organismes de droit public. Ce qui compte avant tout, et pour traduire ces termes en droit administratif français, c'est l'absence de prérogatives de puissance publique, les modalités de fonctionnement et l'objet essentiel de l'association qui tous concourent à la qualité d'organismes de droit privé.

Le droit européen contribue ainsi à une plus grande pénétration du réalisme juridique face au formalisme du droit français hérité du droit romain.

La personnalité privée se révèle de plus en plus insuffisante pour qualifier des actes en raison de la complexité qui la gagne. La nature réelle d'une personne ne se trouve plus aujourd'hui toute entière représentée dans la nature privée, laquelle résulte souvent de choix arbitraires émanant du législateur. Le droit se penche davantage sur les éléments permettant de préciser cette personnalité, faisant jouer alors une sorte de transparence positive⁴⁴¹.

La jurisprudence relative aux contrats administratifs entre personnes privées s'inscrit dans ce mouvement général mais de façon tellement anecdotique et détournée qu'elle paraît être alors en contradiction avec la tendance générale.

F. Moderne, dès 1972, appelait de ses vœux une ouverture du critère organique du contrat administratif. " Nous sommes de ceux qui pensent que le droit administratif n'a rien à gagner à un trop grand fétichisme des formes. Il est déjà suffisant que la notion de personne privée soit identifiée à partir de critères formels. Mieux vaudrait éviter que la qualification des contrats soit elle-même exclusivement tributaire de considérations externes "⁴⁴². La généralisation de la transparence par approfondissement de la personnalité morale

⁴⁴⁰ C.E.D.H. 30 janvier 1993 *Sigurdur A. Sigurjonsson*, D.A. 1993, n°468.

⁴⁴¹ On ne se rangera pas à l'avis de P. Delvolvé qui inclut dans la transparence administrative les personnes privées qui gèrent des services publics dans la mesure où la nature profonde de cette personne privée est sans influence sur la qualification, cf " La transparence administrative ", in *La transparence, actes du colloque préc.*, p. 27.

⁴⁴² G.P. 1972, p. 912.

présenterait, outre le fait de s'inscrire dans un mouvement profond du droit contemporain, un certain nombre d'atouts jurisprudentiels.

CHAPITRE 2 : LES ATOUTS JURISPRUDENTIELS D'UNE TRANSPARENCE ORGANIQUE GENERALISEE

L'examen des bases conceptuelles de la transparence organique a démontré la tendance durable du droit français à envisager la personnalité morale de droit privé comme un ensemble complexe que l'on doit disséquer afin d'en dégager la nature profonde. La distinction personne publique - personne privée apparaît alors au second plan et lui succède peu à peu celle des personnes privées classiques ou authentiques - personnes publiques et personnes privées " sous influence publique ", selon la terminologie doctrinale montante.

La façade de la personnalité privée ne suffit plus et pour savoir quelles règles appliquer, il faut non seulement prendre en compte cet aspect de la personnalité mais aussi aller au delà en découvrant la nature profonde de certaines personnes morales, marquée par la maîtrise publique qui les caractérise.

La jurisprudence relative aux contrats administratifs entre personnes privées reste pourtant en deçà de cette tendance. L'extension que l'on appelle de nos vœux consisterait à appliquer la théorie de la transparence à l'ensemble des personnes privées sous influence publique, étant entendu qu'il s'agirait d'une transparence partielle et plus précisément de celle qui vise à une atténuation des effets de la personnalité privée. Cela consisterait donc pour le juge (ou, pourquoi pas, pour le législateur), non pas à écarter cette personnalité morale ou à requalifier ces personnes privées en personnes publiques, mais plus simplement à prendre acte de l'influence publique en leur sein afin de donner aux contrats qu'elles passent une qualification qui corresponde elle aussi à la nature réelle de ces contrats.

On l'aura compris, cette transparence ne portera principalement ses fruits qu'au regard de la compétence juridictionnelle⁴⁴³. Pour autant, les implications de fond que suppose la compétence de la juridiction administrative ferait gagner à la jurisprudence actuelle clarté et logique. Elle permettrait une certaine adéquation entre le fond du droit des contrats des personnes privées sous influence publique et le juge compétent, au deux sens (profane et juridique) du terme (Section 2). Elle augurerait avant tout d'une plus grande cohérence des critères du contrat administratif (Section 1).

⁴⁴³ Il n'y aurait pas d'implication par exemple sur le plan de la responsabilité, contrairement à ce qui se passe avec les associations para-administratives qui voient leur responsabilité substituée par celle des personnes publiques qui les dirigent.

SECTION 1/ LA COHERENCE DES CRITERES DU CONTRAT ADMINISTRATIF

La généralisation de la transparence organique partielle, entendue comme la prise en compte par le juge de l'influence publique sur certaines personnes privées dans la qualification des contrats, présente l'avantage de renouveler les exceptions au critère organique du contrat administratif⁴⁴⁴. Replacée à l'aune de l'ensemble des contentieux qui concernent la compétence du juge administratif à l'égard des personnes privées, elle assurerait un certain rééquilibrage entre le domaine contractuel, traditionnellement attaché au critère organique, et les domaines de la responsabilité extra contractuelle, du service public ou des actes administratifs unilatéraux, en dépit d'une différence de critères⁴⁴⁵.

Cette généralisation mettrait fin ainsi à une prépondérance difficilement justifiable du critère organique en matière contractuelle (§ 1). Bien plus, ce maintien a pour effet de faire douter de la pertinence du critère matériel du contrat administratif. (§ 2). Les avantages escomptés d'une transparence organique généralisée se présentent ici négativement en quelque sorte, par suppression des incohérences actuelles entraînées par un attachement abusif au critère organique.

§ 1/ L'abandon de la prépondérance infondée du critère organique en matière contractuelle

Le contentieux contractuel représente toujours, malgré les quatre exceptions étudiées dans les deux titres précédents, le terrain privilégié du critère organique du contrat administratif. Concrètement, cela signifie que l'on ne saurait par principe envisager la compétence administrative en l'absence de toute personne publique à un contrat.

Cette prépondérance du critère organique nourrit même l'hypothèse inverse. Lorsqu'un contrat est passé entre deux personnes publiques, il est de jurisprudence récente mais constante que joue alors une présomption d'administrativité. Le Tribunal des conflits (et le Conseil d'Etat à sa suite) affirme désormais, depuis la décision *U.A.P.* du 21 mars 1983 qu'" un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère

⁴⁴⁴ Et peut-être du critère organique lui-même, si on l'entend alors comme le critère tiré de la nature publique d'une personne morale ou de la nature publique de l'influence exercée sur une personne morale.

⁴⁴⁵ Le critère du contrat administratif ne serait certes toujours pas tributaire de la présence de prérogatives de puissance publique, critère incontournable de la compétence administrative dans les autres domaines. Il reste qu'il n'y aurait plus de distorsion flagrante entre les différents contentieux.

administratif, (...) sauf dans les cas où, eu égard à son objet, il ne fait naître que des rapports de droit privé ⁴⁴⁶.

Pourtant, la portée de cette jurisprudence n'est pas faite pour conforter la pertinence de cette prépondérance. A partir du moment où le juge est amené à procéder systématiquement à l'examen *in concreto* de l'absence d'un objet de service public ou même d'un régime exorbitant du droit commun⁴⁴⁷, on est en droit de se demander si, malgré la présomption, le travail du juge n'est pas exactement le même que lorsqu'il n'y a qu'une personne publique partie au contrat. Certes, le juge ne recherche pas l'existence de clauses exorbitantes du droit commun⁴⁴⁸ mais il y a là un non sens dans la mesure où cette recherche est nécessaire pour établir la nature des rapports entre les personnes publiques. Cette carence dans la démarche du juge part du présumé très contestable en vertu duquel la notion de clause exorbitante, " expression de l'idée de puissance publique ou de rapports inégalitaires, (...) n'a guère de sens entre personnes publiques. Non pas qu'il ne puisse y avoir dans ce cadre des clauses exorbitantes, mais parce qu'en pratique, il y en aura très rarement, de telle sorte qu'il est difficile d'en faire un critère vraiment significatif ⁴⁴⁹.

Il a suffi qu'un auteur se penche sur la question pour démontrer l'inanité du raisonnement. J.-D. Dreyfus cite un nombre important de contre-exemples avant de conclure qu'" on ne saurait donc en aucun cas se contenter d'une quelconque présomption d'administrativité des contrats entre personnes publiques. (...) Cette idée nous paraît faussement simplificatrice ⁴⁵⁰.

Pas plus qu'à propos des contrats conclus entre personnes publiques, la prépondérance du critère organique ne présente de pertinence théorique ou pratique. Ni le juge, qui en est pourtant à l'origine, ni les commissaires du gouvernement qui éclairent souvent son raisonnement, n'avancent une ébauche de justification : cette prépondérance relèverait-elle du postulat, c'est-à-dire de la règle non démontrée parce qu'indémontrable ? S'agissant d'une règle de compétence, on ne saurait se contenter d'une pareille réponse. On avancera alors un fondement plausible : le contrat offrirait une plus grande prise au critère organique du fait de sa nature même. Acte de gestion privée par nature sinon par essence, il ne traduirait un régime

⁴⁴⁶ A.J.D.A. 1983, p. 358 avec les conclusions Labetoulle.

⁴⁴⁷ Selon le commissaire du gouvernement Labetoulle lui-même dans ses conclusions précitées, p. 358.

⁴⁴⁸ C.E. 11 mai 1990 *Bureau d'aide sociale de Blénod-les-ponts-à-Mousson*, R.D.P. 1991, p; 279.

⁴⁴⁹ Conclusions préc.

⁴⁵⁰ Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques, L'Harmattan, 1997, p. 169 et 170. Dès 1984, J.-B. Auby et H.-G. Hubrecht appelaient de leurs vœux une inflexion du critère, à défaut de quoi " on risquerait en effet d'aboutir au résultat étonnant que des contrats identiques ne pourraient jamais être administratifs lorsqu'ils sont conclus entre personnes publiques, alors qu'ils peuvent l'être lorsqu'ils sont passés entre deux personnes privées ", D. 1984, p. 38.

exorbitant (au sens de propre au droit public) qu'exceptionnellement lorsque tout renvoie à l'idée de puissance publique, y compris l'organe qui passe le contrat. On ne se contentera évidemment pas de cette explication : le contrat administratif représente tout autant un acte de gestion publique que n'importe quel autre acte administratif.

Il n'est pas dans notre propos de reprendre l'ensemble des éléments d'un débat aussi ancien que récurrent. Les développements qui vont suivre ne doivent pourtant rien à un excès de prétention dès lors qu'ils nous ont paru présenter quelque originalité par rapport à ce qui a pu être écrit, même s'ils vont dans le sens de la thèse déjà largement soutenue d'un particularisme du contrat administratif.

A/ L'explication plausible : le contrat, acte de gestion privée

Face au silence du juge, somme toute assez conforme à ses habitudes, la doctrine n'a avancé que des interrogations souvent polies, parfois ironiques. A. De Laubadère, cherchant l'explication de la différence de traitement entre l'acte unilatéral et le contrat se demanda ainsi : " Serait-ce parce que, dans le cas de l'acte bilatéral, figurent deux fois plus de personnes privées ? " ⁴⁵¹. J.-P. Dubois avance l'idée, pour la condamner, que " le recours au contrat inclinerait à l'application du droit privé tandis que l'acte unilatéral s'harmoniserait mieux avec la mise en oeuvre du droit public " ⁴⁵².

Le peu de cas que le juge réserve aux lois fixant sa compétence ne permet pas non plus d'invoquer l'argument textuel ⁴⁵³. Une seule explication subsiste selon nous. Si un contrat ne revêt que très exceptionnellement un caractère administratif, cela ne peut s'expliquer que par la conception qu'a le juge de sa nature intrinsèque, considérée avant tout comme un acte de gestion privée ⁴⁵⁴. L'idée d'une nature particulière de l'acte contractuel s'appuie sur un certain nombre d'arguments aujourd'hui bien connus. En revanche, le lien entre la prépondérance du critère organique l'est moins.

⁴⁵¹ Dans sa note précitée à l'A.J.D.A. 1969.

⁴⁵² Droit des institutions administratives, t. 1, Eyrolles Université, 1992, p. 322.

⁴⁵³ Cf supra, Titre 1er, chap. 2.

⁴⁵⁴ Cf X. Prétot : " La seule explication que l'on puisse avancer ici paraît tenir au souci du juge de ne pas étendre inconsidérément le champ du droit administratif : l'utilisation de la technique contractuelle en droit privé permettrait ainsi de faire abstraction de la spécificité de certains contrats et de " rejeter " la plupart d'entre eux dans le droit commun alors que la spécificité de l'acte unilatéral - en principe sans équivalent en droit privé - contraint à un traitement différent reposant sur une extension des concepts propres au droit public ", in " L'incompétence de la juridiction administrative à connaître des conventions conclues par les organismes de Sécurité sociale ", D. Soc., 1983, p. 645.

1/ La liaison entre la notion de contrat et l'idée de gestion privée

Le temps est révolu où le contrat était considéré comme un acte de l'Etat patrimonial par opposition à l'Etat - puissance publique et qui poussait Berthélémy à contester l'existence de contrats administratifs⁴⁵⁵. C'est au début du XXème siècle que le commissaire du gouvernement Romieu a jeté les bases d'une distinction durable entre la gestion publique et la gestion privée des personnes publiques, à propos précisément de contrats⁴⁵⁶.

Pourtant, l'idée selon laquelle un contrat relève par nature d'une gestion privée continuait à faire son chemin, empruntant désormais la voie de l'assimilation du contrat administratif au contrat de droit privé.

Un auteur, F. Llorens, a particulièrement oeuvré en ce sens, sans toutefois qualifier ouvertement les contrats administratifs d'actes de gestion privée. Sa thèse relative à la comparaison entre marché de travaux et contrat d'entreprise a une portée bien plus considérable que son intitulé laisse supposer⁴⁵⁷. Au delà des deux types de contrats étudiés, c'est l'ensemble de la distinction des contrats privés et des contrats administratifs qui est remis en cause, apportant par là presque involontairement de l'eau au moulin de la thèse du contrat - acte de gestion privée : dès lors qu'un contrat qualifié d'administratif ne présenterait que des différences mineures et non des différences de nature avec un contrat privé, tout laisse à croire qu'il s'agit alors d'un acte de gestion privée assimilable à celui d'un particulier.

S'agissant de la formation des contrats, F. Llorens relativise la distinction au double niveau du choix du cocontractant et de la détermination du contenu du contrat. Au premier niveau, l'auteur constate que de nombreux contrats de droit privé se voient imposer le respect des règles du Code des marchés publics. Inversement, de nombreux marchés de travaux publics (ceux des E.P.I.C. nationaux notamment) n'y sont jamais soumis. En outre, F. Llorens nuance l'idée régulièrement entretenue d'une procédure du Code des marchés publics contraignante et d'une totale liberté contractuelle en dehors, dans la mesure où l'*intuitu personae* est garanti dans le Code, non seulement à travers le marché négocié mais aussi avec l'appel d'offre. Par ailleurs, le contenu du contrat varie en fonction d'une ligne qui sépare non pas les contrats administratifs des contrats privés mais les contrats soumis au Code des

⁴⁵⁵ Voir L. Richer, Les contrats administratifs, Dalloz, 1991, p. 4.

⁴⁵⁶ Et qui mettait fin à une autre distinction entre actes d'autorité et actes de gestion - cf C.E. 6 février 1903 *Terrier*, G.A.J.A., op. cit., p. 67 et s.

⁴⁵⁷ Contrat d'entreprise et marché de travaux, L.G.D.J., 1981.

marchés publics et aux cahiers des charges types et les autres. Enfin, les formes de l'accord des parties au contrat ne diffèrent pas essentiellement, quel que soit le contrat⁴⁵⁸.

En ce qui concerne l'exécution du contrat⁴⁵⁹, la thèse de F. Llorens consiste à contrer ce qui a traditionnellement nourri l'idée de l'autonomie du contrat administratif : les limites à sa force obligatoire que l'on ne retrouverait pas en droit privé. Alors que M. Hauriou voyait de ce fait dans le contrat administratif une " réquisition consentie ", G. Péquignot systématisa l'idée d'une autonomie dans sa " Contribution à une théorie générale du contrat administratif "⁴⁶⁰. F. Llorens démonte un à un les arguments avancés avant lui. L'archétype de ces limites, le pouvoir de modification unilatérale de l'administration, aurait été très largement surestimé. Lorsqu'il a pour origine une clause contractuelle, il n'est aucunement propre au contrat administratif puisqu'on le retrouve dans les contrats de la S.N.C.F. (du temps où elle était société d'économie mixte), la S.C.E.T., les organismes d'H.L.M. ou de sécurité sociale ou même dans les contrats qui se réfèrent à la norme AFNOR 03-001⁴⁶¹. Quant à l'existence d'un pouvoir de modification dans le silence du contrat, l'auteur constate que la jurisprudence (nous sommes en 1981) ne l'a pas consacré de façon générale ; bien au contraire, il n'existe que pour le marché à forfait alors qu'il arrive au juge judiciaire dans certaines hypothèses de reconnaître un pouvoir équivalent⁴⁶². Le pouvoir de résiliation unilatérale existe également en droit privé puisque l'article 1794 du Code civil l'envisage pour les marchés à forfait. La théorie jurisprudentielle des sujétions imprévues aurait par ailleurs été adoptée dès le XIX^{ème} siècle par le juge judiciaire. Seule l'imprévision présenterait les caractères d'une théorie spécifiquement de droit administratif. S'agissant de l'inexécution des obligations contractuelles ou de la fin du contrat, les différences s'avèreraient sans importance.

Pour autant, l'auteur n'appelle pas à la constitution d'un bloc de compétences au profit des juridictions judiciaires. D'autres s'en sont chargés avant et après lui⁴⁶³. Il n'en reste pas moins que cette thèse a nécessairement pour effet, même si elle ne l'avait pas pour objet, de faire de la technique contractuelle, quelque soit la nature des parties en présence, un procédé de gestion privée par nature, c'est-à-dire qui ne devrait relever qu'exceptionnellement du droit public. Si on admet une telle théorie, peut alors s'expliquer la réticence du juge à consacrer facilement l'existence d'un contrat administratif entre personnes privées.

⁴⁵⁸ Ibid., 1^{ère} partie, p. 63 à 226.

⁴⁵⁹ Ibid., 2^{ème} partie, p. 227 à 521

⁴⁶⁰ Th., Montpellier, 1944.

⁴⁶¹ Op. cit., p. 246.

⁴⁶² Ibid., p. 256 et s.

⁴⁶³ Notamment Y. Gaudemet, " L'avenir de la juridiction administrative ", G.P. 17 novembre 1979, Doct. p. 511 et s. ; H. Sinkondo, " La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration? ", R.T.D.C. 1993, p. 239 et s.

2/ Le lien entre la prépondérance du critère organique et la thèse du contrat, acte de gestion privée par nature

Cette thèse est la seule qui puisse justifier la prépondérance du critère organique en matière contractuelle. Puisque acte " naturellement " de gestion privée, la présence de deux parties privées à un contrat lui conférerait une sorte de présomption quasi irréfragable de " non administrativité ".

Le lien entre les deux idées n'est pas des plus évidents à établir : ni le juge ni la doctrine n'ont cherché dans cette direction et l'on voit mal au premier abord comment la nature réelle de l'acte contractuel (ou supposée telle) pourrait avoir un impact sur le critère organique du contrat administratif.

Sur le premier point, on doit considérer cette explication comme la seule plausible, à défaut d'autres commencements d'explication.

Sur le deuxième point, le raisonnement se base sur l'idée que la nature réelle du contrat peut avoir un effet sur le critère organique en ce sens que, naturellement acte de gestion privée, un contrat ne peut être administratif que lorsqu'il est nettement marqué du sceau de la puissance publique. Or, seule la présence d'une personne publique (et *a fortiori* de deux) comme partie au contrat est à même de garantir cette marque.

On sait que l'acte administratif unilatéral se distingue du contrat administratif en ce qu'il ne s'appuie qu'à la marge sur le critère organique. Certes, celui-ci joue encore un rôle dans la mesure où le juge est plus exigeant s'il s'agit d'un acte émanant d'une personne privée que d'un acte émanant d'une personne publique. Dans le premier cas, il recherchera presque systématiquement la présence de prérogatives de puissance publique, après avoir démontré l'existence d'une activité d'intérêt général. Pourtant, concrètement, l'acte administratif unilatéral se retrouve beaucoup plus fréquemment chez les personnes privées que le contrat administratif. L'exemple des organismes privés d'intervention agricole en a apporté la preuve : alors que, lorsqu'ils agissent par la voie unilatérale, leurs actes peuvent revêtir un caractère administratif, ce caractère est refusé aux contrats qu'ils passent à des fins identiques⁴⁶⁴.

Cette distinction opérée avec l'acte unilatéral et plus généralement avec les autres contentieux signifie bien que le juge ne place pas le contrat au même niveau : il ne saurait exprimer le caractère exorbitant du droit que dans certaines hypothèses qui ne naissent

⁴⁶⁴ Pour les actes unilatéraux qualifiables de prérogatives de puissance publique et la responsabilité extra contractuelle qui peut en résulter, cf C.E Sect. 13 octobre 1978 *A.D.A.S.E.A.*, p. 368 (a contrario) ; pour les contrats, cf T.C. 3 mars 1969 *Soc. " Interlait "*, p. 682.

généralement pas en l'absence de personnes publiques au contrat, tout simplement parce que le contrat renvoie avant tout à l'idée d'une gestion privée.

Il est vrai que le contrat se distingue de l'acte unilatéral par la fréquence de son emploi en droit privé. Véritable pilier du Code civil, l'article 1134 l'élève au rang symbolique de " loi des parties ", là où l'acte unilatéral est présenté par la doctrine publiciste comme consubstantiel à la puissance publique, quand il n'est pas considéré comme son expression par excellence.

Mais l'évolution du droit français mène la vie dure aux images d'Epinal. L'acte unilatéral a acquis aujourd'hui ses lettres de noblesse en droit privé⁴⁶⁵ et parallèlement, le contrat se substitue à l'acte unilatéral dans presque tous les domaines de l'action administrative. En outre, le contrat administratif présente bien des spécificités qui l'empêche d'être assimilé à un acte de gestion privée.

B/ L'insuffisance de l'explication : le contrat administratif, acte de gestion publique

Simplement supposé, et non démontré, le lien entre la prépondérance du critère organique et la nature de l'acte contractuel qui serait intrinsèquement synonyme de gestion privée s'effondre quand l'on se penche au plus près sur le régime juridique du contrat administratif. Tout ou presque renvoie à l'idée de gestion publique, sinon à l'idée de puissance publique. Par ailleurs, l'idée inverse présente certaines failles dans le raisonnement, comme l'illustre la thèse de F. Llorens.

1/ Les failles méthodologiques de la thèse de la similitude entre contrat administratif et marché de travaux

A s'en tenir en premier lieu aux ressemblances qui existent entre marché de travaux publics et contrat d'entreprise, il est possible de nuancer le propos de F. Llorens⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ Cf M.-L. Izorche, L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, Th. Aix-Marseille, 1989.

⁴⁶⁶ La critique qui suit n'en est pas vraiment une dans la mesure où l'auteur la reprend à son compte à la fin de son ouvrage. C'est alors davantage la cohérence de la thèse qui est en cause ou la pertinence du champ de la comparaison, malgré la qualité d'ensemble de la recherche.

Bon nombre de celles relevées ont en réalité pour origine une similitude de fond entre d'une part le marché de travaux publics, et d'autre part les contrats d'entreprise passés par certaines personnes privées, celles à statut de droit privé mais à capitaux publics majoritaires. F. Llorens s'appuie assez fréquemment sur ce genre de contrats qui, bien que de droit privé, empruntent au droit public l'essentiel de leur régime, dérogeant du même coup à la généralité du régime des contrats privés classiques.

Or leur qualification de contrats de droit privé est le fruit des hasards de l'application de critères jurisprudentiels souvent critiquables. Précisément, la prépondérance du critère organique a pour effet de renvoyer dans le contentieux privé pratiquement tous les contrats passés par les personnes privées sous influence publique, contrats qui sont très souvent en tous points identiques à ceux passés par les personnes publiques. Des clauses, traditionnellement considérées comme exorbitantes du droit commun, perdent cette qualité du fait de la nature privée des parties au contrat⁴⁶⁷. Dès lors, la comparaison n'a de sens que si elle vise l'archétype du contrat administratif, comme le marché de travaux publics et l'archétype du contrat d'entreprise tel qu'il résulte du Code civil, et non des ersatz de marchés de travaux publics qui ne reçoivent une qualification privée que par la grâce d'une jurisprudence inadaptée.

L'autre faille du raisonnement résulte d'un défaut de méthode perceptible chez F. Llorens mais également dans les propos de H. Sinkondo⁴⁶⁸. Ces auteurs évoquent tous deux les règles communes aux types de contrats et relatives à l'accord de volonté. Or, ces similitudes relèvent en réalité de l'évidence dès lors qu'elles caractérisent l'essence même du contrat.

On ne peut envisager en effet de contrat en dehors d'un accord de volonté impliquant certains effets. C'est du moins ce dont il ressort de la notion même de contrat présentée par J. Ghestin dont l'autorité en droit privé n'est plus à établir⁴⁶⁹. De nos jours, cette notion n'est plus construite autour du dogme de l'autonomie de la volonté qui suppose la liberté de choix du cocontractant et la liberté de détermination du contenu du contrat. " La négociation n'est pas de l'essence du contrat "⁴⁷⁰, pas plus que le libre choix du cocontractant. Seul compte en premier lieu la certitude d'un accord de volonté éclairée, garantie par l'absence de vices du consentement. En second lieu, puisque tout contrat est passé en vue de produire des effets de droits, la force obligatoire du contrat entraîne nécessairement des obligations contractuelles.

⁴⁶⁷ En outre, les règles relatives à la concurrence préalable à la passation de certains contrats privés concernent uniquement des personnes privées sous influence publique.

⁴⁶⁸ F. Llorens, 1ère partie, Titre 3 ; H. Sinkondo, art. préc., (II, B).

⁴⁶⁹ " La notion de contrat ", Droits, 1990, n° 12, p. 7.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 15.

Qu'advient-il si une partie modifie unilatéralement ces obligations ? J. Ghestin évoque cette éventualité, précisément à propos des contrats administratifs. Il en conclut que ce pouvoir " ne change pas la qualification de contrat, dès l'instant du moins que cette faculté n'autorise pas cette partie à se libérer de toute obligation réelle "⁴⁷¹.

Or, tel ne saurait être le cas des contrats administratifs. Si les obligations du cocontractant peuvent être modifiées, elles ne dispensent pas la personne publique de procéder à une juste compensation. Le contrat aura donc lié les deux parties de telle façon que, quoiqu'il advienne du contenu de leurs obligations, elles se trouveront engagées à raison du contrat initial.

Il faut alors, si l'on se penche sur la comparaison du contrat administratif et du contrat privé, s'astreindre à écarter tout ce qui constitue l'essence du contrat que l'on retrouvera nécessairement dans les deux types de contrat, pour ne se concentrer que sur les caractéristiques propres à chacun d'eux. Cela revient à s'intéresser à ce qui fait qu'un contrat est administratif ou privé et non à ce qui fait qu'un contrat est un acte contractuel. Cette condition remplie, ajoutée à celle relative au champ d'investigation évoquée plus haut, le particularisme du contrat administratif ressort plus nettement.

2/ La réalité du particularisme du contrat administratif

Nul besoin de dresser ici un inventaire détaillé des règles portant exception au droit commun (privé) contractuel. D'une certaine manière, la thèse de F. Llorens a montré à notre sens que, si l'importance de certaines différences avait été surestimée, la multiplicité des dérogations au droit privé penche à elle seule en faveur du particularisme du marché de travaux publics et par extension, du contrat administratif.

Au delà, la nuance opérée par F. Llorens à propos des règles traditionnellement présentées comme exorbitantes, doit elle même être relativisée. Il est certain qu'à trop insister sur elles, la doctrine a sans doute eu tendance à négliger les règles communes aux contrats administratifs et aux contrats de droit privé. Il n'est pas moins certain que les règles exorbitantes du droit commun présentent une originalité indéniable⁴⁷². Loin de faire du contrat administratif un acte unilatéral selon une opinion inverse, dénaturant ainsi le contractualisme,

⁴⁷¹ Ibid., p. 20.

⁴⁷² On exclura à ce stade de l'analyse les règles relatives à la mise en concurrence préalable des cocontractants. Dans la mesure où la Cour de cassation a admis l'existence d'un marché passé conformément au Code des marchés publics mais de nature privée (Civ. 1ère 17 décembre 1996 *Soc. Locunivers*, D.A. 1997, n° 122), ces règles ne peuvent être présentées comme exorbitantes du droit commun. Elles auraient pu à notre avis pourtant représenter un nouveau cas de contrat administratif en raison de la présence d'un régime exorbitant du droit commun au sens de la jurisprudence *Rivière du Sant*.

elles révèlent la nature particulière du contrat administratif, qui " suppose essentiellement deux contractants qui se reconnaissent placés sur un pied d'inégalité "⁴⁷³.

L'importance du pouvoir de modification unilatérale sans texte n'est plus à démontrer depuis que le juge en a fait une " règle fondamentale du droit des contrats administratifs "⁴⁷⁴. Le pouvoir de résiliation unilatérale dans le silence du contrat, demeure une spécificité du droit administratif. La théorie de l'imprévision, ainsi que l'admet F. Llorens, n'a pas d'équivalent en droit privé. Celles des sujétions imprévues, paraît n'avoir eu cours en droit privé que jusqu'au début du XX^{ème} siècle et pour une catégorie particulière de contrat⁴⁷⁵. L'*exceptio non adempti contractus* enfin, reconnue en droit public au bénéfice du contractant public, ajoute encore à l'impression de particularisme.

D'autres originalités pourraient être évoquées, sans que l'on évite au lecteur l'impression du verre à moitié vide et du verre à moitié plein : en fonction de l'optique recherchée, la comparaison du contrat administratif et du contrat de droit privé aboutirait à une similarité fondamentale ou à une différenciation non moins fondamentale.

La thèse du particularisme du contrat administratif reçoit pourtant le soutien presque inespéré du droit communautaire, plus exactement de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes. En fait de particularisme du contrat administratif en général, c'est de celui du contrat qui confie une mission d'intérêt économique général (S.I.E.G.) qu'il s'agit, élevé par plusieurs arrêts du 23 octobre 1997 au rang d'" acte de puissance publique "⁴⁷⁶.

D'après l'article 90 § 2 du traité de Rome, " les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général ou présentant les caractères d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait à la mission particulière qui lui a été impartie. Le développement des échanges intra-communautaires ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la communauté ". Cet article envisage ainsi une exception au principe de la soumission des entreprises chargées d'un S.I.E.G. aux règles de concurrence et comme toute exception, le juge procède à une interprétation stricte. Plusieurs conditions sont donc exigées et parmi elles,

⁴⁷³ G. Jèze, Les principes généraux du droit administratif, t. 3, 3^{ème} éd. 1926, p. 279. On pourrait compléter en précisant " qui se reconnaissent placés ou qui sont placés sur un pied d'inégalité ", pour inclure les cas où cette inégalité ne repose pas sur une clause contractuelle mais sur un effet de la volonté du juge administratif. Pour F. Barloy, c'est plus un rapport d'interdépendance que d'égalité qu'exprime le contrat administratif, sans pour autant transformer ce contrat en norme — F. Barloy, Le contrat et la norme en droit public français, Th. Montpellier, 1994, p. 86.

⁴⁷⁴ C.E. 2 février 1983 *U.T.U.P.R.*, p. 33.

⁴⁷⁵ Cf F. Llorens, op. cit.

⁴⁷⁶ A.J.D.A. 1997, p. 991, spéc., p. 992.

il en est une qui implique que la mission de S.I.E.G. soit expressément confiée par un acte de puissance publique. Or, dans ses arrêts du 23 octobre 1997 relatifs aux monopoles d'importation et d'exportation d'électricité, le juge communautaire a admis qu'un contrat de concession et les cahiers des charges attenants constituent bien un acte de puissance publique au sens de l'article 90 § 2 du traité de Rome.

Le droit communautaire consacre ainsi l'idée presque centenaire en droit français d'une gestion publique contractuelle. Peu importe à cet égard que ne soit concerné que la " concession de droit public ", le fait est que la puissance publique peut très bien s'exprimer par voie contractuelle, sans que ne soit remise en cause la nature contractuelle de l'acte.

C'est tout le particularisme du contrat administratif qui ressort de cette jurisprudence et de celle beaucoup plus fournie du droit interne : contrat dans son essence et instrument de gestion publique, il est à la croisée de l'acte contractuel de droit privé et de l'acte administratif unilatéral, sans recouvrir ni l'un ni l'autre.

Il paraît dès lors impossible d'invoquer au titre de l'application de la prégnance du critère organique l'idée que le contrat ne serait qu'un acte de gestion privée, à tel point que pour être administratif il supposerait une conjonction de facteurs dignes de l'idée de puissance publique, dont la présence d'une personne publique au contrat serait en principe tout à la fois l'archétype et le minimum.

Cette prépondérance apparaît ainsi non seulement inexplicquée mais aussi inexplicable, laissant certains commissaires du gouvernement perplexes quant aux justifications réelles ou supposées⁴⁷⁷.

Une extension de la transparence organique aurait ainsi pour mérite de mettre fin à cette bizarrerie jurisprudentielle fondée ni théoriquement ni pratiquement. Elle aurait en outre l'avantage de rendre plus cohérent l'autre critère du contrat administratif, relatif à l'objet ou à la nature des clauses du contrat.

§ 2/ Abandon des incohérences induites sur le critère matériel par la prépondérance du critère organique

⁴⁷⁷ Cf D. Labetoulle dans ses conclusions sur la décision *U.A.P.* de 1983, (A.J.D.A. 1983, p. 358). Paradoxalement, D. Labetoulle renforce indirectement cette théorie en préconisant la présomption d'administrativité pour les contrats passés entre deux personnes publiques.

Par cet intitulé quelque peu abscons, on entend démontrer tout ce que le critère organique, tel que mis en oeuvre actuellement, entraîne comme illogismes dans la qualification du contrat. Cela revient à examiner, après avoir démontré l'absence de fondement théorique à cette prépondérance, les incohérences que cette prépondérance implique du point de vue du critère matériel du contrat administratif.

L'effet négatif de cette prépondérance, bien qu'assez indirect, se révèle très prégnant sur un plan théorique. En s'attachant au critère organique du contrat administratif au détriment du critère matériel (celui-ci étant généralement éludé dans l'hypothèse d'un contrat passé entre deux personnes privées), la jurisprudence compromet la pertinence du critère matériel dès lors que nombre de contrats qui présentent un objet administratif ou des clauses exorbitantes du droit commun seront pourtant qualifiés de contrat de droit privé⁴⁷⁸.

A/ Effets incohérents sur la notion de clause exorbitante du droit commun

La notion de clause exorbitante n'est pas, il est vrai, en elle-même, de nature à offrir une vision claire et précise de son étendue. On ne saurait ainsi considérer la prépondérance du critère organique comme la cause initiale du flou qui entoure cette notion.

En revanche, cette prépondérance renforce incontestablement l'inconsistance de la catégorie, au point que l'on est en droit d'espérer que " un jour peut-être, on saura ce qu'est une clause exorbitante du droit commun "⁴⁷⁹, et que l'on peut se demander si la question de son maintien ne doit pas être posée. On déterminera la part d'inconsistance originelle de cette notion vague pour mieux apprécier ce qui revient à la prépondérance du critère organique.

1/ Le flou initial de la notion de clause exorbitante

Pendant un certain, temps, suite à l'avènement de la notion avec l'arrêt *Société des granits porphyroïde des Vosges* du 31 juillet 1912⁴⁸⁰, la clause exorbitante avait " pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leurs charges des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre

⁴⁷⁸ Sera écartée ici l'étude du régime exorbitant du droit commun en raison du faible nombre d'hypothèses qu'il concerne.

⁴⁷⁹ R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 11ème éd., 1997. n°726.

⁴⁸⁰ G.A.J.A., p. 146.

des lois civiles et commerciales ⁴⁸¹. Cette définition jurisprudentielle renvoie à l'ensemble des clauses qui, aujourd'hui encore, sont exclues des relations de droit privé, soit parce qu'elles y sont illicites comme la renonciation à la responsabilité décennale⁴⁸², soit parce qu'elles sont impossibles car attachées à la personnalité publique à l'image des clauses d'exonérations fiscales⁴⁸³.

Bien vite pourtant, la jurisprudence a ajouté un autre sous-ensemble aussi vaste que vague, regroupant les clauses présentées comme inusuelles⁴⁸⁴ ou inégalitaires en droit privé⁴⁸⁵. L'idée sous-jacente est celle, peu consistante juridiquement, de normalité. Pour le Tribunal des conflits par exemple, " la situation réciproque des contractants n'(est) pas de celle qui, normalement, serait résultée d'un accord conclu conformément au droit commun "⁴⁸⁶.

Au titre des clauses " anormales " sont avancées celles qui autorisent un contrôle très poussé de l'administration sur son cocontractant, sur son personnel ou sur les tarifs qu'il pratique par exemple⁴⁸⁷, ou encore les clauses de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général.

Pour le premier sous-ensemble comme pour le deuxième, la jurisprudence n'a pas fait preuve d'une clarté absolue dans les applications concrètes.

S'agissant de la clause de renonciation à la garantie décennale, le Tribunal des conflits a jugé qu'elle devait être réputée non écrite et la compétence devait être judiciaire là où il aurait pu très bien l'estimer exorbitante du droit commun et attribuer le contentieux à l'ordre administratif⁴⁸⁸. On voit par là la part d'opportunité que le juge s'octroie grâce au flou entretenu de la notion de clause exorbitante du droit commun.

Mais c'est plus particulièrement la clause " inusuelle " qui offre le moins de prise à une claire appréhension de la notion. La référence à l'idée de clause inégalitaire ne fait pas l'unanimité. Avec l'arrêt *Gondrand*, M. Long a fait remarquer que " le droit public n'a pas le monopole des contrats fondés sur l'inégalité des droits des cocontractants "⁴⁸⁹. La

⁴⁸¹ C.E. 20 octobre 1950 *Stein*, p. 505.

⁴⁸² Civ. 1ère 17 octobre 1973.

⁴⁸³ T.C. 2 juillet 1962 *Com. de Cauzautets*, p. 823.

⁴⁸⁴ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 83.

⁴⁸⁵ R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., n° 726.

⁴⁸⁶ T.C. 19 juin 1952 *Soc. des combustibles*, p. 628. Le doyen Vedel a relevé dès 1956 l'existence de cette deuxième catégorie de clauses exorbitantes, " Remarques sur la notion de clause exorbitante ", *Mélanges Mestre*, 1956, p. 559 et s.

⁴⁸⁷ T.C. 7 juillet 1980 *Soc. d'exploitation touristique de la Haute Maurienne*, p. 509.

⁴⁸⁸ T.C. 11 octobre 1993 *Soc. centrale sidérurgique de Richemont*, p. 405.

⁴⁸⁹ Conclusions sur C.E. 11 mai 1956 *Société Gondrand*, A.J.D.A. 1956, II, p. 247, note 39.

jurisprudence elle-même témoigne d'un certain embarras dans l'application de ce type de clause.

La clause de résiliation unilatérale représente l'archétype de ces hésitations, au point de perturber les meilleurs auteurs de droit administratif. R. Chapus croit ainsi déceler une contradiction entre une jurisprudence qui excluait de la catégorie les clauses de résiliation unilatérale pour manquement aux obligations contractuelles et celle qui parle de résiliation unilatérale sans autre précision⁴⁹⁰. Il s'avère en réalité que dans cette dernière hypothèse (correspondant l'arrêt Société du vélodrome du parc des princes) la clause est exorbitante parce qu'elle bénéficie non pas à la personne publique contractante (la ville) mais à une personne tierce au contrat (le préfet). En dehors de ce cas, il semble que la clause de résiliation unilatérale sera exorbitante quand elle intervient pour motifs d'intérêt général et non en cas de manquement aux obligations contractuelles. Encore la jurisprudence n'offre-t-elle pas, il est vrai, de réponse définitive⁴⁹¹.

De telles solutions laissent perplexe, d'autant que la prépondérance du critère organique démontre la non pertinence de la portée de la clause exorbitante du droit commun.

2/ Un flou renforcé par la prépondérance du critère organique

Généralement mises en avant pour illustrer la seconde catégorie de clauses exorbitantes, les deux idées d'inégalité et de rareté ne satisfont pas réellement aux exigences de rigueur juridique.

On a vu avec M. Long ce qu'il convenait de penser de la première. La seconde ne paraît pas mieux lotie, précisément en raison de la prépondérance du critère organique du contrat administratif.

Celle-ci a pour effet de multiplier les hypothèses de clauses habituellement réputées " exorbitantes " à l'intérieur de contrats pourtant qualifiés de contrats de droit privé.

C'était déjà le cas des clauses incluses dans les contrats passés entre le gestionnaire d'un service public industriel et commercial et les usagers. Par l'effet de la constitution d'un bloc de compétences au profit de l'ordre judiciaire en ce domaine, on trouve des contrats considérés comme privés alors même qu'ils comportent des clauses exorbitantes du droit commun⁴⁹².

⁴⁹⁰ C.E. Ass. 26 février 1965 *Soc. du Vélodrome du Parc des princes* ; p. 133 ; R. Chapus, op. cit., n° 726.

⁴⁹¹ Comp. T.C. 15 juin 1970 *Com. de Comblanchien*, p. 889 et C.E. 2 octobre 1985 *Dautiaa*, R.D.P. 1986, p. 1722.

⁴⁹² Jurisprudence résultant de la décision du Tribunal des conflits du 17 décembre 1962 *Dame Bertrand* (p.831).

Cette hypothèse reste pourtant marginale : les relations nouées entre usagers d'un S.P.I.C. et son gestionnaire empruntent suffisamment au droit privé pour que l'on n'y rencontre que très exceptionnellement des clauses exorbitantes du droit commun.

En revanche, l'attachement au critère organique du contrat administratif favorise cette hypothèse avec la floraison des personnes privées sous influence publique. A partir du moment où ces personnes privées et plus généralement celles sous influence publique ne sont pas réputées agir pour le compte d'une personne publique (c'est-à-dire pratiquement tout le temps), les contrats qu'elles passent avec d'autres personnes privées auront une nature privée.

Or l'on sait le mimétisme qui existe entre ces contrats et ceux passés par les personnes publiques, que ce mimétisme soit spontané ou imposé par les textes. En particulier, le renvoi fréquent aux cahiers des charges types assure ainsi l'inclusion presque systématique⁴⁹³ de clauses habituellement considérées comme exorbitantes. Le juge n'hésite pas en effet à se contenter de la référence à un cahier des charges type pour en conclure à la présence de clauses exorbitantes⁴⁹⁴. Et quand il prend la peine de les examiner concrètement, il y découvre généralement de telles clauses.

Que signifie donc la qualité de clause exorbitante du droit commun (c'est-à-dire étymologiquement qui sort du droit commun) si cette clause se retrouve presque automatiquement dans l'immense majorité des contrats des personnes privées sous influence publique ? En quoi cette clause revêt-elle un caractère exorbitant ?

Déjà grevée d'incertitudes quant à sa consistance, la notion de clause exorbitante paraît ici affectée dans sa légitimité même : comment cette notion, qui n'est utilisée que lorsqu'on en a besoin, sert la cohérence et la clarté, éléments indispensables à toute sécurité juridique ?

Avec la multiplication de clauses exorbitantes du droit commun au sein de contrats qualifiés de privés en raison de l'attachement du juge au critère organique, la jurisprudence a achevé de détruire ce qui pouvait encore paraître récupérable. Il paraît difficile en effet de considérer les clauses contenues dans les cahiers des charges comme inusuelles, sauf à refuser de regarder la réalité en face.

⁴⁹³ Cf en ce sens, L. Richer (Droit des contrats administratifs, op. cit., p. 80) qui parle de la " fréquence de la référence de ces documents types en droit privé ". En fait de contrats de droit privé, ce sont surtout ceux des personnes privées sous influence publique qui contiennent de tels renvois. La thèse de F. Llorens en a apporté la preuve par l'exemple.

⁴⁹⁴ La question de savoir si le juge se contente ou non de constater la référence à un cahier des charges pour conclure à l'existence de clauses exorbitantes est toujours débattue en doctrine en raison de décisions apparemment contradictoires. Il n'est pas impossible qu'en réalité ces solutions jurisprudentielles soient compatibles : suivant le type de cahiers des charges, le juge se contenterait d'une simple référence, par exemple pour les cahiers connus comme celui des marchés de travaux publics (C.E. Sect. 17 novembre 1967 *Roudier de la Brille*, p. 428) alors qu'il procéderait à un *examen in concreto* pour ceux non usuels (C.E. 2 octobre 1981 *Commune de Borce*, p. 654).

De deux choses l'une désormais : où bien la référence à la clause exorbitante doit être définitivement abandonnée, au risque alors que la jurisprudence ne traduit plus l'effectivité de la gestion publique qui s'exprime par le biais des clauses exorbitantes du droit commun ; ou bien, la prépondérance du critère organique doit céder le pas à une conception réaliste qui tient compte de la transparence des personnes privées sous influence publique qu'exprime la présence de clauses exorbitantes au sein de leurs contrats. L'adoption d'une transparence organique généralisée aurait pour effet de redonner à ce critère un minimum de cohérence. Il y aurait également une solution à d'autres incohérences.

B/ Les effets incohérents sur le critère de l'objet du contrat

En dehors des hypothèses de clauses exorbitantes et des hypothèses marginales de qualification légale (décret-loi du 17 juin 1938 par exemple), un contrat se verra reconnaître un caractère administratif dès l'instant que son objet révèle sa nature publique. Cette révélation résultera de l'existence soit d'un lien direct avec le service public, soit d'un lien plus ou moins direct avec des travaux publics par application de l'article 12 de la loi du 28 pluviôse an VIII.

Législateur et juge ont ainsi voulu montrer que la puissance publique ne s'exprimait pas seulement par des moyens particuliers, mais aussi par un objet propre, inconnu du droit privé.

Or ici encore, la prépondérance du critère organique remet en cause cette compétence administrative et par là même ce qui fonde habituellement cette compétence, qu'il s'agisse du critère jurisprudentiel de l'objet de service public ou du critère d'origine législative des travaux publics.

1/ Incohérence du critère de l'objet de service public

Ce critère, en dépit d'une consécration ancienne (début du XX^{ème} siècle), a connu un véritable essor à partir du milieu des années 1950. Est ainsi considéré administratif le contrat qui lie un agent public à un service public administratif s'il participe à son exécution⁴⁹⁵, le

⁴⁹⁵ C.E. 4 juin 1954 *Vingtain et Affortit*, p. 342.

contrat qui confie l'exécution même d'un service public à une personne⁴⁹⁶ ou encore le contrat qui constitue une modalité de mise en oeuvre d'un service public⁴⁹⁷. Dans toutes ces hypothèses, le contrat revêt une nature administrative à raison de son lien étroit avec le service public mais aussi parce qu'il est passé par une personne publique.

Or, il existe des contrats en tout point identiques, tant en ce qui concerne les clauses que pour leur objet, qui n'ont comme seule particularité que d'avoir été passé entre deux personnes privées. Tel était le cas d'un contrat passé par la société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés, personne privée remplissant des missions de régulation agricole de la même manière semblable au F.O.R.M.A., établissement public. Cette similitude frappa le commissaire du gouvernement Kahn qui proposa de juger que le contentieux des contrats de la société interlait relevait de l'ordre administratif⁴⁹⁸. Le Tribunal des conflits s'en tint pourtant à la prépondérance du critère organique et leur attribua une nature privée, alors que ceux passés par le F.O.R.M.A. avaient été jugés administratifs⁴⁹⁹.

Cet exemple est topique des incohérences jurisprudentielles et le terme d'" attribution " convient remarquablement à la méthode décrite : plus que de reconnaissance d'une nature privée, il semble que le juge décide, en fonction de considérations obscures, de qualifier tel contrat d'administratif sans examiner la logique d'ensemble. Car, à y regarder de plus près, les circonstances entourant les deux espèces s'avèrent réellement identiques, compte non tenu de la nature de la personne qui met en oeuvre l'action publique. Le Fond d'orientation et de régulation des marchés agricoles, institué par le décret du 29 juillet 1961, requalifié d'administratif par le juge, a pour mission d'après le Tribunal des conflits " de préparer les décisions gouvernementales relatives aux interventions de l'Etat sur les marchés agricoles et de les exécuter ; qu'à cet effet, il passe avec les exportateurs, selon les modalités fixées et les pouvoirs conférés par les ministres intéressés une subvention allouée avec des ressources qu'il reçoit exclusivement de l'Etat ; qu'il ne poursuit aucune action propre et se borne à réaliser des buts déterminés par l'Etat avec les moyens fournis par ce dernier ; qu'ainsi, il exerce en réalité une action purement administrative ; que les contrats qu'il conclut dans les conditions ci-dessus définies ont pour objet l'exécution même du service public dont il est investi ".

Or, selon J. Kahn, les éléments qui ont permis de requalifier d'E.P.I.C. en E.P.A. le F.O.R.M.A. et de qualifier les contrats qu'il passe d'administratifs se retrouvent à l'identique à propos de la société interlait et des sociétés du même type. Même leur origine dénote une

⁴⁹⁶ C.E. Sect. 20 avril 1956 *Bertin*, p. 167.

⁴⁹⁷ C.E. Sect. 20 avril 1956 *Grimouard*, p. 168.

⁴⁹⁸ A.J.D.A. 1969, p. 307 et la note critique de la solution du Tribunal des conflits d'A. de Laubadère.

⁴⁹⁹ T.C. 24 juin 1968 *Soc. des distilleries bretonnes*, p. 801. Ce litige n'était pas à proprement parlé d'ordre contractuel puisqu'il s'agissait d'une action en responsabilité contre un refus de contracter mais le commissaire du gouvernement proposa de l'attribuer au juge du contrat et tout porte à croire qu'il a été suivi.

empreinte publique très forte puisque elles sont constituées en application de la loi du 11 juillet 1938 et du décret du 30 septembre 1953. La seule différence avec le F.O.R.M.A., on le sait, concerne leur nature privée.

Cette nature traduit-elle une volonté des pouvoirs publics de conférer à l'ensemble du cadre juridique et notamment aux contrats qui assurent la régulation des marchés agricoles une nature privée ?

Rien n'est moins sûr dans la mesure où ces sociétés, auxquelles le F.O.R.M.A. a succédé, avaient été mises en place dans un même souci d'économie dirigée, la loi du 11 juin 1938 étant relative à l'organisation de la nation en temps de guerre. Lorsque le Tribunal des conflits affirme que la société en cause " se livre librement à des opérations commerciales ", c'est une fois de plus une pétition de principe basée sur la nature privée de la société, en complète contradiction avec la réalité de son fonctionnement. Des conventions entre l'Etat et ces sociétés obéraient gravement leur autonomie d'action et pour achever de s'en convaincre, il suffisait de relever que le refus de contracter, à l'origine du litige, provenait du contrôleur d'Etat⁵⁰⁰.

Ainsi, le critère de l'objet, et plus particulièrement du contrat comme modalité d'accomplissement d'un service public, perd lui aussi de sa pertinence. Comment peut-on légitimement estimer qu'un contrat est administratif parce qu'il constitue une modalité d'exécution d'un service public de régulation agricole alors qu'un autre contrat qui a strictement le même objet et intervient dans les mêmes conditions a une nature privée simplement parce qu'il est passé entre deux personnes privées ?

Y-a-t-il une réelle différence, si ce n'est dans les modalités de mise en oeuvre, du moins dans les intentions du législateur ? Le régime mis en place par le législateur avec le F.O.R.M.A. et décortiqué avec application par le juge rappelle la critique adressée dans le rapport public de la Cour des comptes de 1963 : malgré l'autonomie recherchée avec l'établissement public, il y a bien mise en oeuvre d'une mission de l'Etat qui devrait lui revenir. L'établissement public constitue lui aussi une forme de " démembrement " de l'administration, au même titre que les sociétés qui l'ont précédé, au point qu'il n'y a pas de réelles différences fondamentales entre les deux modalités mises en oeuvre. Toutes deux visent à confier des missions publiques nouvelles en marge des schémas institutionnels traditionnels.

⁵⁰⁰ Conclusions précitées, p. 308. Il est à noter que les conventions signées avec l'Etat auraient pu être qualifiées de mandats, de sorte que les contrats passés par la société auraient certainement eu une nature publique (à l'image de la jurisprudence *Artaud*). Mais, en l'occurrence, les conventions en cause n'avaient pas été jointes au dossier ! (conclusions précitées, p. 310).

Le commissaire du gouvernement Kahn avait très bien montré l'empreinte publique sur ces sociétés. Il estimait qu'" en confiant aux sociétés professionnelles la gestion d'un service public administratif, le décret du 30 septembre 1953 a placé l'activité desdites sociétés sous un régime de droit public et, par suite, qu'en leur donnant la faculté d'associer les tiers à l'exécution dudit service, ce décret les a nécessairement habilité à passer des contrats administratifs "⁵⁰¹.

On sait pourtant que le Tribunal des conflits ne l'a pas suivi, rendant ainsi le critère de l'objet de service public très relatif : s'agit-il d'une personne publique qui passe un contrat mettant en oeuvre une régulation des marchés agricoles ? Le contrat sera administratif. S'agit-il d'une personne privée qui accomplit les mêmes tâches ? Il sera privé. Ou bien cela signifie que celles-ci perdent leur qualité de service public du simple fait que le contrat est privé, mais alors, la notion de service public ne renvoie à plus rien de précis. Ou bien ces tâches conservent la qualité de service public mais n'existent que par le truchement de contrats de droit privé, ce qui paraît paradoxal.

La notion de service public a toujours été considérée comme relative et contingente. Désormais, elle s'avère même malléable à merci, à l'image de la catégorie des marchés de travaux publics.

2/ Incohérences du critère du marché de travaux publics

En dépit d'une attribution légale de ce contentieux à la juridiction administrative, la prépondérance du critère organique fait douter ici aussi de la pertinence du critère du marché de travaux publics.

La loi du 28 pluviôse an VIII a toujours été, on l'a dit, interprétée bien au delà de la lettre de ses dispositions. En son nom, des contentieux nés entre deux personnes privées ont été attribués à la compétence administrative par l'effet " attractif " de la notion de travaux publics. Il est vrai que le texte lui-même n'exclut pas la compétence administrative pour les marchés des personnes privées " transparentes " dès lors qu'il ne définit pas la notion d'administration. Et, de fait, les jurisprudences *Peyrot*, *S.E.R.M.* et *Nersa* s'en sont très bien accommodé puisque le contrat passé entre deux personnes privées est qualifié d'administratif par application de la loi du 28 pluviôse an VIII.

⁵⁰¹ Conclusions préc., p. 311. On peut déceler ici l'ébauche de ce qui constituera un quart de siècle plus tard le fondement de la décision *Nersa* (cf supra, Titre 1er, chap. 1)

Pourquoi alors cantonner cette catégorie à de trop rares exceptions ? De la même manière que pour le critère de l'objet de service public, des contrats passés dans des conditions identiques, comportant des clauses et un objet semblables à des marchés de travaux publics seront considérés comme privés par la seule prise en compte de la nature des cocontractants, comme si tout le reste n'existait pas. Le critère organique ne porte pas seulement prépondérance, il entraîne abstraction des autres critères, au risque de les rendre trop relatifs. Alors même que la notion de travaux publics attire traditionnellement dans le giron du droit public tous les contentieux qui s'y rattachent, elle cède ici le pas devant la nature privée d'une personne, laquelle résulte souvent d'un choix arbitraire ou en tout cas indépendant des considérations contentieuses.

Tout ce qui faisait dire à J.-A. Mazères que la décision *Peyrot* était justifiée dans la mesure où l'on conçoit mal ce qui distingue un marché de construction d'autoroute passé par un concessionnaire et un marché de construction d'autoroute passé par l'Etat⁵⁰² vaut en réalité pour l'ensemble des contrats passés par les personnes privées sous influence publique et portant sur des travaux publics.

La jurisprudence actuelle, qui privilégie le critère organique, a pour effet de rendre incohérent le critère de l'objet de travaux publics. Alors qu'un rattachement même ténu avec cette notion suffit en temps normal pour attribuer le contentieux à l'ordre administratif, la loi est en quelque sorte impuissante face à la compétence le juge judiciaire à l'égard des contrats touchant directement à des travaux publics. Il y a là une incohérence avec la jurisprudence qui consacre l'effet attractif de cette notion.

Les deux seules conditions exigées par la loi du 28 pluviôse VIII portent sur la présence de travaux publics et sur la présence de l'administration au contrat. Pour la première, on sait qu'il existe un certain nombre de marchés de droit privé de travaux publics par application des critères jurisprudentiels privilégiant le critère organique (en ce qui concerne le contrat mais pas pour ce qui est des travaux). Une S.E.M. concessionnaire par exemple, peut passer des contrats pour son propre compte qui portent sur des travaux réalisés pour le compte d'une personne publique (c'est-à-dire qui reviennent à cette dernière en fin de concession). Il n'y a donc pas de mal à établir que l'objet des contrats d'un certain nombre de personnes privées est relatif à des travaux publics. Pour ce qui est de la deuxième condition, rien n'empêcherait de considérer qu'une personne privée transparente a bien la qualité d'administration exigée par la loi du 28 pluviôse an VIII et que la jurisprudence a toujours entendue largement. La théorie de la transparence permettrait ainsi de résoudre ces incohérences, tout en permettant au juge administratif de connaître d'un contentieux qui met

⁵⁰² Art. préc.

en cause des règles d'origine ou de nature administrative dont il a naturellement compétence (au sens profane du terme) pour en connaître. Il y aurait ainsi concordance entre le régime contractuel applicable à ces contrats et le juge compétent.

SECTION 2/ LA CONCORDANCE ENTRE LE RÉGIME CONTRACTUEL APPLICABLE AUX PERSONNES PRIVÉES SOUS INFLUENCE PUBLIQUE ET LE JUGE COMPÉTENT

La transparence organique généralisée telle qu'on l'envisage permettrait de mettre un terme à une incohérence plus pratique que théorique cette fois : celle qui voit le juge judiciaire compétent pour appliquer des règles d'inspiration, voire de nature publiciste.

Depuis 1975, sous l'effet conjugué du droit interne et du droit communautaire, le droit français a amorcé un mouvement d'instauration de règles d'origine publique à des contrats des personnes privées sous influence publique. La consécration de la compétence administrative aurait ainsi pour conséquence, non seulement d'octroyer la connaissance de contentieux liés à ces règles au juge qui a l'habitude de les mettre en oeuvre, mais aussi de permettre une harmonisation entre ces règles publiques posées par les textes et celles qui résultent de la jurisprudence. Il y aurait adéquation entre le régime contractuel d'origine légal et le juge compétent. Serait ainsi évité le risque d'interprétations divergentes pour des règles semblables.

On n'imaginera l'intérêt d'une extension de compétence juridictionnelle au profit du juge des règles exorbitantes du droit commun qu'en mesurant l'ampleur de la " publicisation " des contrats des personnes privées sous influence publique. Cette publicisation touche aussi bien le régime de passation de la majorité de ces contrats que le régime d'exécution.

§ 1/ La publicisation des règles de passation des contrats des personnes privées sous influence publique

Vu sous cet angle, la dualité des sources de l'évolution du droit des contrats publics est ici parfaitement illustrée : qu'il s'agisse de la transposition de directives communautaires par la loi modifiée du 3 janvier 1991 et ses décrets d'application ou de la volonté de moraliser la vie publique que traduit la loi du 29 janvier 1993 et ses décrets d'application, certaines personnes privées se voient imposer le respect de règles encadrant leur liberté contractuelle. Malgré une atténuation de l'opposition entre contrats soumis à obligation de concurrence et contrats régis par le principe de *l'intuitu personae*⁵⁰³, des différences procédurales demeurent

⁵⁰³ M. Guibal, " Droit public des contrats et concurrence : le style européen ", JCP 1993, n°3667.

et l'on assiste à une assimilation des marchés des personnes privées sous influence publique aux marchés publics.

A/ Le régime de passation résultant de la transposition des directives communautaires

La loi du 3 janvier 1991⁵⁰⁴, par l'étendue des contrats et des personnes concernées, a ouvert une nouvelle ère, celle de l'application de règles pré contractuelles à des contrats qui les ignoraient totalement auparavant, par transposition de la directive marché de travaux. La loi du 11 décembre 1992 lui fait suite en ce qui concerne les procédures de passation dans les secteurs dits spécifiques (anciennement "exclus" : eau, énergie, transports et télécommunications)⁵⁰⁵. Elles furent toutes deux complétées par la loi du 22 janvier 1997 et les décrets du n° 98-112 et 98-113 du 27 février 1998⁵⁰⁶. Un autre dispositif organise les procédures de recours dans ces domaines (lois du 4 janvier 1992 et du 29 décembre 1993 et décrets d'application) qui ne seront pas étudiées en ce qu'elle ne concernent pas directement le régime de passation⁵⁰⁷. On se bornera à indiquer que la mise en place du référé pré contractuel devant les juridictions administratives et judiciaires n'est pas en mesure d'assurer, du fait de la dualité juridictionnelle, une application rigoureusement identique de règles qui, comme on va le voir, le sont pratiquement.

Il résulte de l'ensemble des textes cités un nombre considérable de règles spécifiques qu'il est possible de qualifier de publiques : si ce n'est leur essence (puisqu'il arrive au juge judiciaire de les mettre en oeuvre), du moins leur nature et leur similitude avec celles touchant aux marchés publics plaident en faveur d'une telle dénomination. L'étendue de l'application de ces règles exprime bien l'idée d'une généralisation de la publicisation des règles de passation des contrats des personnes privées sous influence publique, publicisation qui résulte du régime mis en place et qui ne s'éloigne en effet que très rarement de celui issu du Code des marchés publics.

⁵⁰⁴ J.O.R.F. 5 janvier, p. 236.

⁵⁰⁵ J.O.R.F. 12 décembre 1992, p. 16952.

⁵⁰⁶ J.O.R.F. 23 janvier 1997, p. 1151 et 28 février 1998, p. 3118 et 3120.

⁵⁰⁷ Respectivement J.C.C.L. 3, 1993, p. 14 et J.O.R.F. 1er janvier 1994, p. 10. Voir, sur la loi du 4 janvier 1992 et son décret d'application, Ph. Couzinet, " Les nouveaux pouvoirs du juge en matière de passation des marchés publics ", M.P. 19912, n° 269, p. 45 et s. et M.P. 1993, n° 272, p. 48 et s.

1/ Le champ d'application de la publicisation

Le champ d'application *rationae personae*, du fait de l'application des critères subjectifs du droit communautaire, se révèle particulièrement large. En ce qui concerne les secteurs non exclus, la loi du 3 janvier 1991 dans son titre II a prévu des obligations de publicité et de mise en concurrence⁵⁰⁸ pour les personnes privées suivantes (art. 9) : les groupements de droit privé formés entre collectivités publiques, les organismes de droit privé créés en vue de satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général, ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et répondant à une des conditions qui démontrent une présence publique à raison soit d'un financement majoritairement public, c'est-à-dire par des personnes publiques ou les personnes privées de la même nature que les organismes ci-dessus décrits, soit d'un contrôle de gestion par une de ces personnes, soit d'une composition majoritairement publique des organes de direction.

On retrouve là les critères de l'influence publique énoncés par la directive du 25 juin 1980 relative à la transparence financière des relations entre l'Etat et les entreprises publiques, cette influence pouvant se matérialiser du point de vue financier, fonctionnel ou organique⁵⁰⁹. Seules deux conditions viennent exclure certaines personnes privées sous influence publique : l'organisme de droit privé doit avoir un caractère autre qu'industriel et commercial et doit être créé en vue de satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général. Ne relèvent pas de la loi en conséquence les entreprises publiques de droit privé au sens français de l'expression. En revanche, c'est bien " spécifiquement " et non pas exclusivement que l'organisme doit satisfaire un intérêt général et sont donc inclus tous les organismes ayant des activités annexes sans lien avec l'intérêt général⁵¹⁰.

Cette exclusion des entreprises publiques de droit privé, logique dans la mesure où la plupart de leurs homologues de droit public (les E.P.I.C. nationaux) ne sont pas soumis au Code des marchés publics, ne se retrouve pas telle quelle dans l'article 10 de la loi du 3 janvier 1991. La raison en est simple : sont visés alors non des personnes mais des contrats concernant des domaines particuliers (hôpitaux, équipements sportifs, récréatifs ou de loisirs, bâtiments scolaires et universitaires et bâtiments à usage administratif) et " subventionnés directement à plus de 50 % par l'Etat, les collectivités territoriales, les groupements de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou les groupements ou organismes visés à l'article 9 ". Sont donc ici potentiellement concernées d'autres personnes privées que

⁵⁰⁸ Le titre I ne sera pas étudié dans la mesure où il ne porte pas transposition de directives communautaires et ne fixe pas à proprement parler des règles de passation.

⁵⁰⁹ Le critère financier ne saurait donc être exclusif contrairement à ce que souhaiterait M. Guibal (A.J.D.A. 1991, p. 196).

⁵¹⁰ En ce sens, L. Richer, " La notion de marché public ", in Droit des marchés publics, Le Moniteur, II, 510.2, p. 6. pour qui toutefois la satisfaction d'un besoin d'intérêt général doit être statutairement prévu ; voir également C.J.C.E. 15 janvier 1998 *Mannessmann Anlagenbau Austria AG e.a.*, aff. C-44-96 (arrêt dans lequel la Cour qualifie d'organismes de droit public une personne de droit privé chargée de l'édition de documents officiels, même si cette entité accomplit librement d'autres activités comme la production de livres et que la part d'activités d'intérêt général est réduite).

celles sous influence publique, ainsi que des personnes publiques non soumises au Code. Dans ce cadre, mais dans ce cadre seulement, le critère financier prévaut et les considérations organiques ne jouent nullement. Il reste que les secteurs en cause sont étroitement délimités.

S'agissant des secteurs exclus, la définition des personnes visées qui résulte de la loi du 11 décembre 1992 se veut plus large encore, traduisant non plus l'existence de " pouvoirs adjudicateurs " mais d'" entités adjudicatrices " selon la terminologie communautaire. On retrouve l'ensemble des personnes visées à l'article 9 de la loi du 3 janvier 1991 et dénommées organismes publics en droit communautaire mais également " les exploitants publics et les établissements publics ayant un caractère industriel ou commercial (art. 1er, 3°) et " les organismes de droit privé répondant à l'une des conditions " démontrant une influence publique (art. 1er, 4°). Une telle influence se décèle dans la détention majoritaire du capital ou des sièges aux organes d'administration mais aussi par l'émission de parts auxquelles s'attachent la majorité des voix revenant aux membres désignés par un organismes de droit public au sens communautaire. Sont même concernés les organismes de droit privé bénéficiant de droits que le droit communautaire appelle exclusifs ou spéciaux (art. 1er, 5°).

En dépit d'un champ d'application s'étendant parfois au delà des personnes privées sous influence publique, celles-ci représentent l'essentiel des personnes touchées par des obligations nouvelles de mises en concurrence qui leur étaient auparavant totalement étrangères. La loi du 22 janvier 1997 n'a pas étendu sur ce point le champ d'application organique des règles de mise en concurrence (à une exception près⁵¹¹), contrairement au champ d'application matériel.

Les contrats en cause sont effectivement de plus en plus nombreux et rares sont les objets qui les font échapper aux nouvelles règles de publicité et de concurrence. La loi du 22 janvier 1997 et les décrets n° 98-112 et 98-113 du 27 février 1998 sont venus élargir considérablement la champ d'application *rationae materiae* des lois du 3 janvier 1991 et 11 décembre 1992.

Le terme même de " contrat " employé dès l'origine témoigne de l'étendue de la catégorie qui ne saurait se limiter à des " marchés " : lorsque le législateur vise les contrats par lesquels les personnes en cause font réaliser par autrui des travaux, il vise assurément non

⁵¹¹ Celle relative aux autres personnes privées dès lors que le contrat est en liaison avec un contrat de travaux défini à l'article 10 de la loi du 3 janvier 1991 et qu'il est subventionné dans les mêmes conditions qu'eux (art. 2.I.2° de la loi du 22 janvier 1997), ce qui a pour effet d'étendre le champ d'application organique à des personnes privées " authentiques ".

seulement des marchés de travaux mais aussi par exemple les ventes en l'état futur d'achèvement⁵¹².

S'agissant des secteurs courants, sont désormais concernés non seulement les contrats des personnes visées à l'article 9 " dont l'objet est de réaliser, de concevoir et de réaliser, ou de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, tous travaux ou ouvrages de bâtiment ou de génie civil " (loi du 3 janvier 1991, art. 9 inchangé) et ceux ayant pour objet " l'achat, le crédit-bail, la location vente, ou la location avec option d'achat de fournitures que se proposent de conclure avec un fournisseur l'une des personnes mentionnées à l'article 9 " (loi du 3 janvier 1991, article 9-1 nouveau), sous réserve du dépassement d'un seuil fixé arrêté du ministre chargé de l'économie.

L'innovation est plus grande encore en ce qui concerne les prestations de service soumises à mise en concurrence : en dépit d'un renvoi à une liste dressée par l'article 2.II de la loi du 22 janvier 1997 à l'effet de déterminer les contrats concernés, très peu de domaines y échappent. Il s'agit de quinze types de contrats qui vont des services de transports terrestres non ferroviaires aux services d'entretien et de réparation, d'études et de marchés, en passant par les services financiers, bancaires, de télécommunications, d'assurances, ou de publicité. Un certain nombre d'autres contrats sont expressément exclus, à l'image de la téléphonie vocale, l'acquisition ou la location d'immeubles, les contrats de travail. Les contrats restants (catégorie résiduelle), se doivent seulement de définir précisément les prestations dans un cahier des charges, et de publier l'avis d'attribution, comme par exemple pour les services de formation professionnelle⁵¹³.

Les secteurs spécifiques connaissent une extension à peu près similaire, puisque le titre II de la loi du 22 janvier 1997 ajoute à la catégorie des contrats soumis à des obligations de concurrence l'ensemble des contrats ayant le même objet que ceux des secteurs non spécifiques. Les contrats expressément exclus sont exactement identiques à ceux des secteurs courants, compte non tenu des contrats de programmes de radiodiffusion qui ici s'ajoutent à la catégorie résiduelle soumise à formalité minimale.

Le champ d'application matériel ainsi défini, malgré quelques exclusions, apparaît comme très vaste au regard de l'absence antérieure de règles de mise en concurrence. D'une certaine manière, il dépasse celui du Code des marchés publics tel qu'il était constitué avant

⁵¹² Cf P. Valadou, " Contrats des S.E.M. et mise en concurrence ", A.J.D.A. 1992, p. 635, spéc. 642, pour qui le Conseil d'Etat, dans l'arrêt *Région Midi-Pyrénées* (C.E Sect. 8 février 1991, A.J.D.A. 1991, p. 579), s'est directement inspiré de la directive travaux qui visait les contrats ayant pour objet de réaliser " ou de faire réaliser " des travaux.

⁵¹³ CF M. Guibal, " Aperçu rapide sur la loi 97-50 du 22 janvier 1997 ", JCP 1997, n° 10.

l'adoption du décret n° 98-111 du 27 février 1998 également, pour s'aligner sur le code actuel⁵¹⁴. Il y a ainsi harmonisation, du point de vue du champ d'application, entre les marchés publics des personnes publiques qui relèvent du Code des marchés publics tel qu'intégrant les obligations d'origine communautaire et les marchés des personnes privées sous influence publique dont le régime est fixé par la loi du 3 janvier 1991 modifiée et ses décrets d'application.

Peu d'entre elles échappent en effet à ces obligations que l'on rencontre rarement chez les autres personnes privées. Elles se résument à la catégorie des entreprises publiques de droit privé dans les secteurs courants, et cette exception n'est alors rien d'autre qu'une exception confirmant la règle : elle trouve sa justification dans l'exclusion ancienne mais parallèle des établissements publics nationaux au regard des règles du Code des marchés publics⁵¹⁵. Il y a un alignement presque parfait des contrats des personnes privées sous influence publique sur ceux des personnes publiques s'agissant des personnes concernées.

Le droit communautaire opère ainsi un bouleversement des habitudes et des schémas de pensées propres au droit des contrats publics français⁵¹⁶. Il consacre essentiellement une assimilation entre personnes publiques et personnes privées sous influence publique qui se prolonge par une harmonisation du régime pré contractuel mis en place.

2/ Le contenu des règles de passation

Le pouvoir réglementaire distingue entre les contrats à passer dans les secteurs courants et les contrats à passer dans les secteurs spécifiques.

Pour les premiers, le décret n° 92-311 du 31 mars 1992⁵¹⁷ en son titre II soumet les contrats visés à des règles très proches de celles du Code des marchés publics. Sans prétendre à l'exhaustivité⁵¹⁸, on peut relever des ressemblances notamment dans cinq domaines.

⁵¹⁴ Sur l'étude de ces trois décrets, cf L. Richer et C. Bréchon-Moulènes, " Chronique de législation, Marchés de service," A.J.D.A. 1998, p. 602 et s.

⁵¹⁵ En dépit de la circonstance que certains E.P.I.C. nationaux français sont soumis à des règles de mise en concurrence de leurs marchés par l'effet de la directive secteurs spécifiques. En outre, les E.P.I.C. locaux ne connaissent pas de cette exclusion, contrairement aux sociétés d'économie mixte locale ayant un caractère industriel et commercial.

⁵¹⁶ Cf M. Guibal, " La transposition de la réglementation communautaire en France ", in L'ouverture des marchés européens et les petites et moyennes entreprises ", R.M.U. 1993, p. 863 et s.

⁵¹⁷ Le Moniteur, textes officiels, 10 avril 1992, p. 327 et s.

⁵¹⁸ Pour une analyse plus détaillée, cf Rémi Rouquette, " Directive travaux, dernière étape de transposition ", M.T.P. 3 avril 1992, p. 34 et s.

- Le choix de la procédure : celle-ci peut être ouverte, restreinte ou négociée (article 8). La procédure négociée intervient après publicité préalable (en cas d'offres irrégulières ou soumissions inacceptables, de travaux à des fins expérimentales ou " dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix ", article 11) ou sans publicité préalable (en dessous du seuil réglementaire ou si aucune réponse ne paraît appropriée, en cas de travaux qui ne peuvent être confiés qu'à un entrepreneur, d'urgence impérieuse, de travaux complémentaires ou nouveaux mais représentant la répétition d'ouvrages similaires, article 12) ;

- Le régime de la publicité : elle est réalisée par un avis comportant certaines mentions, éventuellement précédé d'un avis de préinformation et obligatoirement suivi d'un avis d'attribution (article 13 à 15) ;

- Les exclusions et les capacités requises : l'article 25-I reprend les quatre hypothèses d'exclusions visées par le code des marchés publics. L'article 26 requiert l'examen par le maître d'ouvrage des capacités de l'entrepreneur et du respect du code du travail dans des conditions analogues à celles du code des marchés publics ;

- Les critères de choix : ils peuvent se réduire à un seul, le prix, c'est-à-dire renvoyer en fait à l'adjudication, ou bien concourir à faire ressortir l'" offre économiquement la plus avantageuse ". A cet égard, le décret du 31 mars 1992 se démarque du Code des marchés publics en ce qu'il n'impose pas les cinq critères classiques de l'appel d'offres mais se borne à les recommander (article 29 : " Ces critères peuvent être notamment le prix, le délai d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la valeur technique "). En revanche, les offres anormalement basses ne peuvent être rejetées qu'après demande de précision et examen des justifications, à l'image de ce que prévoit le code des marchés publics.

- L'attribution du contrat entraîne l'obligation d'informer, à leur demande, les candidats non retenus, des motifs du rejet de leur offre et le nom de l'attributaire, ou bien les raisons de la non attribution si tel est le cas.

En définitive, rares sont les différences avec le Code. Elles consistent en des particularités de délais ⁵¹⁹, en l'absence de distinction entre règlement de consultation et cahiers des charges (ces derniers remplissant les deux fonctions), et en la circonstance qu'il revient au maître d'ouvrage d'exclure ou non les entrepreneurs se trouvant dans les situations énumérées à l'article 25-I.

Le décret n° 98-112 n'est pas venu bouleverser l'économie générale du dispositif mis en place en 1992. Il se contente en général d'étendre les règles prévues initialement pour les marchés de travaux aux marchés de fourniture et de service. On relève cependant certaines

⁵¹⁹ Cf R. Rouquette, art. préc. M.T.P., 3 avril 1992, p.

adaptations au regard de la nature des prestations, ou certains compléments. Les adaptations concernent l'appel d'offre sur concours, qui doit faire l'objet d'un appel public, qui peut être ouvert ou restreint et implique la constitution d'un jury indépendant à l'égard des personnes participant au concours (article 4). Elles concernent surtout un élargissement de la liste des hypothèses ouvrant une procédure négociée avec publication préalable d'un avis aux contrats de service d'assurance, bancaires ou d'investissement, ainsi que de maîtrise d'oeuvre au sens de la loi du 12 juillet 1985 (article 6) et de celle ouvrant une procédure sans publication préalable d'un avis (article 7).

L'ajout principal au décret du 31 mars 1992 concerne l'obligation d'adresser au moins une fois par an à l'Office des publications officielles des communautés européennes un avis d'information sur les contrats qu'elles ont l'intention de passer (article 8.I).

Dans les secteurs spécifiques, les règles prévues par le décret du 3 août 1993 modifié par le décret n° 98-113 du 28 février 1998⁵²⁰ ne diffèrent guère de celles des secteurs courants, en particulier s'agissant des cas d'ouverture d'une procédure sans mise en concurrence (article 2). On note toutefois la mise en place d'un système de qualification des candidats à un appel d'offres restreint (articles 6 à 10) et quelques différences à propos des critères de sélection : si, ici aussi, la personne qui se propose de conclure le marché est libre de les établir à sa guise (dans l'hypothèse de la recherche de l' " offre économiquement la plus avantageuse "), le décret donne à titre indicatif une liste relativement originale. Ces critères " peuvent être notamment le délai de livraison ou d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique, l'engagement en matière de pièces de rechange, la sécurité d'approvisionnement et le prix " (article 23). Signe des temps, le critère du prix apparaît en dernier, le pouvoir réglementaire voulant probablement souligné par là qu'il ne saurait constituer le critère principal voire unique, sauf à dénaturer la procédure de l'appel d'offres comme la pratique semble le faire souvent.

On le voit, ces règles d'origine européenne sont d'inspiration française en ce sens qu'elle reprennent peu ou prou les dispositions du Code des marchés publics. La différence réside alors dans la notion même de marché public que le droit communautaire met en place. Le droit français néanmoins a introduit d'autres règles, indépendamment de toute obligation

⁵²⁰ J.O.R.F. 10 août 1993, p. 11267 et J.O.R.F. 28 février 1998, p. 3120. Ce dernier décret, hormis l'extension du champ d'application des règles aux services, n'ajoute que peu d'éléments par rapport au décret du 3 août 1993. On relèvera les dispositions organisant l'appel d'offre sur concours (article 3) et l'obligation d'adresser à l'Office des publications officielles des Communautés européennes un avis d'information sur les contrats que les personnes visées ont l'intention de passer (article 6).

de transposition, qui dénotent l'étendue de la transparence organique orchestrée par le législateur.

B/ Les règles de passation d'origine interne

Il serait faux de croire que le droit communautaire a été l'initiateur de l'introduction en droit français des règles de concurrence précédant la passation des contrats de certaines personnes privées. Des textes, réglementaires pour la plupart, ont entendu régir de la même façon des contrats passés par des personnes privées bien avant 1991. Le décret du 23 mai 1961⁵²¹ pour les organismes privés d'H.L.M. et le cas des caisses de sécurité sociale⁵²² complètent ce constat. Pourtant, la détermination précise des personnes visées, bénéfique pour une bonne appréhension du champ d'application de ces règles, constitue aussi en l'occurrence un facteur de limitation.

La loi du 29 janvier 1993 s'inscrit au contraire dans une optique similaire à celle du droit communautaire de ce point de vue, par l'adoption d'une définition nettement plus extensive des personnes privées concernées. L'article 48 de la loi et les décrets d'application du 27 mars 1993 pour les sociétés d'H.L.M. et les S.E.M. de logements sociaux et du 26 mars 1993 pour les autres S.E.M. introduisent une nouvelle réglementation qui se superpose à celle issue de la transposition du droit communautaire du fait d'un champ d'application et de règles sensiblement différentes.

1/ Le champ d'application de l'article 48 de la loi du 29 janvier 1993

Le champ d'application *rationae personae* s'avère cette fois plus facile à déterminer en raison de la place faite au critère organique (pris au sens d'attachement à certaines formes mais non à la nature publique ou privée des personnes puisque par hypothèse il ne va s'agir que de personnes privées).

L'article 48-I se borne à citer les S.E.M. sans autre précision. Le Conseil constitutionnel, dans son examen de la loi, avait retiré un venin d'inconstitutionnalité en supprimant une réserve posée par le législateur qui entendait exclure du champ d'application

⁵²¹ Art. 433-3 et s. du Code Construction et habitation.

⁵²² Cf par exemple, arrêté du 4 avril 1984, cité par P. Valadou, art. préc.

de la loi les S.E.M. d'intérêt national et les sociétés filiales " lorsque le capital de chacun des cocontractants est contrôlé directement ou indirectement par l'Etat "⁵²³.

La vertu simplificatrice qui en résulte nourrit également le II et le III de l'article 48, relatifs respectivement aux organismes privés d'H.L.M. et aux S.E.M. exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux.

Sont donc soumises à l'article 48 les S.E.M. locales comme les S.E.M. nationales. La première catégorie s'avère facile à préciser en raison de la définition qui résulte de la loi du 7 juillet 1983⁵²⁴. Pour la seconde, il n'existe aucune définition légale. A s'en tenir à certaines définitions doctrinales, le champ d'application serait très étendu. R. Tagand voyait une S.E.M. dans toute " institution semi-publique formée selon le cadre juridique de la société anonyme mais à laquelle s'applique des règles de droit public plus ou moins forte selon le degré ou la nature de la participation financière et administrative de la puissance publique "⁵²⁵. Il reste que la S.E.M. fait suffisamment partie du paysage juridique français pour que l'on perçoive de façon relativement précise les personnes visées.

Plus délicate est la référence faite par le législateur au titre en vertu duquel ces S.E.M. visées au I interviennent et qui détermine l'application des règles de passation des contrats. Sont évoqués les contrats que ces S.E.M. passent " en leur nom ou pour le compte de personnes publiques ". A l'évidence, dès lors que le législateur a apporté la précision, cela semble signifier que tous les contrats passés par ces S.E.M (indépendamment de la question de leur objet que l'on va étudier ci-après) ne sont pas soumis à ces règles. Malgré une certaine maladresse de rédaction du législateur (l'hypothèse de contrats passés à la fois en leur nom propre et pour le compte de personnes publiques n'étant pas exclue, à l'image des exceptions au critère organique du contrat administratif), le décret du 26 mars 1993 a permis de clarifier les choses. Son article 1er précise que lorsque une " S.E.M. agit en vertu d'un mandat délivré, 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 ces personnes "⁵²⁶.

Toutefois, et compte tenu de la théorie du mandat en droit administratif étudiée dans la première partie, il nous semble bien que le décret est resté en deçà de ce que la formule de l'article 48-I impliquait. Si seuls les contrats passés en leur nom propre ou pour le compte de personnes publiques par les S.E.M. sont soumis aux " principes " du Code des marchés publics, cela veut dire que ceux passés " au nom et pour le compte " d'une personne publique,

⁵²³ Le motif d'inconstitutionnalité basé sur la méconnaissance du principe d'égalité n'était pourtant pas évident à mettre en oeuvre ici.

⁵²⁴ J.O.R.F. 8 juillet 1983.

⁵²⁵ Le régime juridique de la S.E.M., L.G.D.J. 1969, p. 11.

⁵²⁶ J.O.R.F., 28 mars 1993, p. 5226.

c'est-à-dire par mandat, sont exclus du champ d'application de l'article 48 et ce, pour la simple raison qu'ils sont déjà soumis au Code lui-même⁵²⁷.

S'agissant du champ d'application *rationae materiae*, l'article 48-I, à la différence du II et du III qui englobent indistinctement tous les contrats, vise seulement les contrats " de travaux, d'études et de maîtrise d'oeuvre, conclus pour l'exécution ou les besoins du service public ". Sont donc exclus tous les contrats de fourniture et la plupart des contrats de services, ainsi que tous ceux cités mais qui n'entretiennent aucun lien avec le service public. Cette condition réduit assez considérablement la portée de l'article dans la mesure où toutes les S.E.M. ne gèrent pas un service public.

Eu égard à son champ d'application, la loi du 29 janvier 1993 paraît à tout point de vue en retrait par rapport à la loi du 3 janvier 1991. Pourtant, elle ne fait assurément pas double emploi en raison des seuils de mise en concurrence, nettement plus bas que ceux d'origine communautaire. De fait, la loi du 29 janvier 1993 et ses décrets d'application ont vocation à s'appliquer en deçà des seuils communautaires jusqu'au seuil fixé par l'article 2 du décret du 26 mars 1993 qui s'aligne sur celui prévu à l'article 104, I, 10° du Code des marchés publics. En revanche, si la baisse des taux communautaires se poursuit⁵²⁸, la question d'une refonte générale devra se poser dans un but évident de simplification et d'efficacité. Pour l'heure, les deux réglementations diffèrent.

2/ Le contenu de la réglementation de la passation des contrats visés à l'article 48

L'article 48 soumet l'ensemble des contrats visés " aux principes de publicité et de mises en concurrence prévus par le Code des marchés publics dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ". Il y a par conséquent adaptation et non simple renvoi aux règles dudit Code.

S'agissant de la principale catégorie de personnes visées, le décret du 26 mars 1993 énonce un certain nombre de règles proches de celles du Code des marchés publics. A propos du choix de la procédure, le décret n'envisage que l'appel d'offre et le marché négocié.

⁵²⁷ Cf Supra, 1ère partie, Titre 1er, Chap. 1. Voir également, P. Delvolvé, " Les marchés des entreprises publiques ", C.J.E.G. 1994, p. 277.

⁵²⁸ Cf L. Richer, " Les marchés de service ", A.J.D.A. 1998, p. 602 et s.

Compte tenu du déclin en pratique de l'adjudication, il n'y en réalité pas de différences essentielles sur ce plan avec les marchés " semi-publics "⁵²⁹.

Les deux procédures prévues se subdivisent elles-mêmes en deux, à l'image de ce qui est prévu dans le Code des marchés publics. L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint (article 11 et 12 du décret) ou sur concours (article 13).

Il est passé un contrat négocié après mise en concurrence dans quatre hypothèses (article 14 I) : lorsque les soumissions ou offres sont jugées inacceptables, dans les cas d'urgence ou de défaillance de l'entrepreneur ou du prestataire de service, en cas d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles, pour les contrats de maîtrise d'oeuvre qui ne font pas l'objet d'un concours. Il est passé un contrat négocié sans mise en concurrence " lorsque l'exécution ne peut être réalisée que par un entrepreneur ou un prestataire déterminé ", c'est-à-dire quand le cocontractant dispose d'un brevet d'invention, d'une licence ou d'un droit exclusif, pour les travaux d'expérimentation ou de recherche, en raison des nécessités techniques, d'investissements préalables importants, d'installations spéciales ou de savoir-faire.

On retrouve là des notions connues du droit classique des marchés publics, jusque dans celles les plus critiquées comme celle de " savoir-faire ", véritable boîte de Pandore de la non concurrence.

La procédure est précédée d'un appel public à la concurrence. L'article 6 du décret fixe les renseignements qui peuvent être exigés de la part des candidats ou soumissionnaires. L'article 4 pose le principe d'égalité de traitement des offres ou des candidatures, sous réserve des exclusions posées par les textes et par l'article 5 (faillite, liquidation judiciaire ou redressement dans certains cas).

Dans la procédure d'appel d'offres, on retrouve un règlement de consultation avec des mentions obligatoires (contrairement au décret du 31 mars 1992) ainsi qu'une commission d'appel d'offres, avec cette particularité que sa composition est précisée par le conseil d'administration ou de surveillance de la société. Le choix du cocontractant est effectué par la société à partir de l'" offre qu'elle juge la plus intéressante " (article 11), en tenant compte des critères mentionnés dans l'avis, " notamment le prix des prestations, leur coût d'utilisation, leur valeur technique, les garanties professionnelles et financières présentées par chacun des candidats et le délai d'exécution ". La similitude avec le Code des marchés publics est frappante puisque les critères, identiques à ceux du Code, sont imposés aux cocontractants, à la différence du décret du 31 mars 1992. L'article 18 enfin, prescrit à la société contractante la

⁵²⁹ Nous empruntons, faute de mieux, l'expression à R. Rouquette : même si juridiquement elle ne renvoie pas à quelque chose de précis, elle a le mérite de distinguer ces contrats de ceux passés conformément au Code - cf R. Rouquette, " Les marchés semi-publics ", A.J.D.A. 1994, n° spécial, p. 18 et s.

communication " à tout candidat qui en fait la demande par écrit des motifs de rejet de sa candidature ou de son offre ".

Le décret du 27 mars 1993 concernant les contrats visés au II et III de l'article 48 présente peu de différence au stade de la formation du contrat avec celui du 26 mars 1993. Le règlement de consultation se voit enrichi de trois autres mentions obligatoires. Sont absentes les dispositions relatives à la définition et au régime des marchés de maîtrise d'oeuvre et de définition. Les articles 4 à 9 ajoutent des obligations concernant le respect des différents décrets pris en application de la loi du 12 juillet 1985. Il n'est donc question que d'adaptations mineures au regard du décret du 26 mars, lui-même globalement conforme aux règles du Code des marchés publics. Les règles ainsi posées ne s'en distinguent donc qu'à la marge.

La seule différence d'importance qui se fait jour résulte d'un oubli du législateur. La loi du 29 janvier 1993 n'a pas organisé de procédure d'urgence devant le juge judiciaire à l'effet d'assurer un meilleur respect des règles de concurrence comme cela a été fait devant le juge administratif⁵³⁰.

Certes, moins nombreuses, ces règles prédisposent à une certaine souplesse dans la formation des contrats de ces personnes privées sous influence publique. Elles en reprennent néanmoins l'économie générale, c'est-à-dire, pour reprendre l'expression du législateur, " les principes ", qu'il appartiendra au juge compétent d'interpréter à la lumière de ce qu'a fait le juge administratif depuis des décennies avec les règles du Code des marchés publics.

La similitude avec le Code atteint son paroxysme avec le décret du 26 mars 1993 à tel point qu'on y décèle un véritable lapsus révélateur des emprunts fait au Code. Envisageant la possibilité pour la S.E.M. de recourir à la procédure du marché négocié avec mise en concurrence, le décret évoque " les cas d'urgence, pour les travaux ou services que l'administration doit faire exécuter aux lieu et place de l'entrepreneur ou du prestataire défaillant ", alors que ne sont concernées que des personnes privées⁵³¹. On ne saurait mieux traduire, même inconsciemment, à la fois la ressemblance avec le Code des marchés publics et la transparence organique des S.E.M.

Désormais, le droit des marchés publics sert de modèle non seulement aux personnes publiques pour des contrats autres que des marchés (délégations de service public⁵³²) mais aussi aux contrats des personnes privées sous influence publique dans la phase de passation. Il arrive même qu'il serve de modèle pour leur exécution. Il rejoint alors d'autres

⁵³⁰ P. Delvolvé, " Les marchés des entreprises publiques ", C.J.E.G. 1994, p. 280.

⁵³¹ Préc. (c'est nous qui soulignons)

⁵³² M. Guibal, " Marchés publics et délégations de service public ", commentaire de la loi du 29 janvier 1993 ", A.J.D.A. 1993; p. 187 et s.

réglementations qui assimilent personnes publiques et personnes privées sous influence publique.

§ 2/ La publicisation du régime d'exécution des contrats personnes privées sous influence publique

L'examen de cet autre aspect de la publicisation des contrats des personnes privées sous influence publique intervient logiquement à la suite de celle relative à la passation. Chronologiquement, la mise en oeuvre des règles de passation précède bien évidemment celle de leur exécution. Par ordre d'importance quantitative, les règles d'exécution passent aussi au second plan : la tendance à la publicisation est ici moins marquée, du moins du point de vue législatif et réglementaire. En revanche, les contrats pallient cette moindre intervention légale en renvoyant aux règles traditionnellement appliquées aux personnes publiques.

A/ La publicisation d'origine légale des règles d'exécution

Il est un exemple de publicisation qui s'inscrit comme la première pierre du socle de l'assimilation progressive du régime d'exécution des contrats des personnes privées sous influence publique à celui des personnes publiques. La loi du 31 décembre 1975 et plus exactement son titre II relatif au paiement direct des sous-traitants régit indistinctement les contrats de l'Etat, des collectivités locales et de leurs " établissements et entreprises publics ". Limitée dans ses effets puisqu'il ne s'agit que de sous-traitance et dans son champ d'application matériel (ne sont concernés que les marchés de travaux), elle s'impose donc à l'ensemble des entreprises publiques.

L'article 48 II et III de la loi du 29 janvier 1993 au contraire ne vise qu'un nombre réduit de personnes privées sous influence publique mais impose le respect des " principes " d'exécution du Code des marchés publics.

1/ L'assimilation des marchés de travaux des entreprises publiques à ceux des personnes publiques

La loi du 31 décembre 1975 a clairement distingué, dans ses titres II et III, deux régimes. Le titre II organise un droit au paiement direct par le maître d'ouvrage au profit du sous-traitant de son entrepreneur à condition qu'il ait accepté ce sous-traitant et agréé ses conditions de paiement.

L'innovation n'est pas tant intéressante au regard du détail des règles en cause que du point de vue de la définition de l'entreprise publique qui résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation. A défaut de définition législative et de précédent du juge administratif sur ce point de la loi du 31 décembre 1975⁵³³, la Cour de cassation a dû fixer elle-même les critères de l'entreprise publique. Dans un arrêt du 12 janvier 1988⁵³⁴, elle a ainsi cassé un arrêt d'une cour dont la motivation manquait il est vrai d'originalité. Pour dénier à la société Usinor la qualité d'entreprise publique, la cour d'appel avait relevé, d'après la Cour de cassation, " qu'elle n'était pas une société nationalisée, et que, s'il était constant que l'Etat avait pris une participation de 90 % dans son capital, il n'en demeurait pas moins qu'elle conservait un pourcentage d'actionnaires privés suffisant pour que ceux-ci ne soient pas réduits à jouer un rôle purement passif au sein des organes délibérants ; qu'en tant que société commerciale de droit privé, elle continuait d'être cotée en bourse, que rien n'établissait que ses règles de fonctionnement fussent exorbitantes du droit commun et qu'il s'agissait d'une S.E.M. dont le caractère public n'était pas évident ". La Cour de cassation rejette ce faisceau d'indices, " dès lors que la proportion de capitaux publics par rapport aux capitaux privés dans le capital de la société Usinor donnait à l'Etat le contrôle effectif de celle-ci ".

La Cour adopte ici un critère patrimonial qui n'est pas sans rappeler le critère de l'appartenance d'une entreprise au secteur public selon le Conseil d'Etat⁵³⁵ mais qui se double d'une appréciation subjective (l'existence d'un contrôle " effectif ").

De manière presque identique mais en se référant semble-t-il uniquement au critère patrimonial, un autre arrêt de la Cour de cassation casse un arrêt d'une cour d'appel qui s'était basée sur la nature de " société commerciale " pour dénier la qualification d'entreprise publique à une société d'H.L.M., au motif qu'elle était dotée d'un capital " constitué en majorité de fonds publics "⁵³⁶.

⁵³³ Puisque par l'effet du critère organique, ces contrats s'avèrent avoir une nature privée dans l'immense majorité des cas.

⁵³⁴ B.C. IV, n° 16.

⁵³⁵ C.E. 21 décembre 1982 *Comité central d'entreprise de la S.F.E.N.A.*, A.J.D.A. 1983, p. 197.

⁵³⁶ B.C. IV, n° 54.

Dans un arrêt du 5 février 1991, la Cour s'astreint à nouveau à " rechercher si la proportion de capitaux publics par rapport aux capitaux privés dans le capital (...) excluait l'exercice, par une collectivité publique, d'un contrôle effectif "⁵³⁷.

Malgré ce, les juridictions du second degré continuent d'adopter des critères variables. La cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 22 septembre 1992, s'est ainsi fondée sur le capital majoritairement public de la société F.F.F. et sur un contrôle de l'autorité publique⁵³⁸. Ce dernier arrêt est surtout intéressant par le déplacement du débat qu'il opère au regard du critère de la qualification des fonds publics. Ont ainsi cette qualité les fonds apportés au capital de la société par douze associations gérant le " 1 % patronal ". La qualification de fonds publics a pu être discutée à cette occasion, tout comme celle de contrôle public qui ne semblait pas revêtir une prégnance telle que l'on puisse parler, pour reprendre une expression communautaire, d'influence prépondérante⁵³⁹.

Quoiqu'il en soit, l'entreprise publique entre dans le champ d'application du titre II de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance. Ainsi que P. Delvolvé le relève, le titre II " réalise non plus une ressemblance, mais une véritable identité entre des solutions applicables aux marchés de travaux des entreprises publiques et à ceux de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics "⁵⁴⁰. Tel était du moins la volonté du législateur. Car, le propos de P. Delvolvé doit être nuancé au regard des interprétations jurisprudentielles parfois divergentes que n'a pas manqué d'occasionner la dualité de compétence juridictionnelle.

La Cour de cassation a jugé que le maître de l'ouvrage est entièrement responsable de n'avoir pas exigé de l'entrepreneur principal qu'il fournisse à son sous-traitant la caution de paiement prévue par la loi et qu'il ne peut reprocher au sous-traitant de n'avoir point susciter auprès de lui une acceptation⁵⁴¹. Or, le Conseil d'Etat ne retient en pareille hypothèse qu'une responsabilité partielle du maître d'ouvrage⁵⁴².

Il y a là une preuve par l'exemple des effets incohérents inhérents à la partition juridictionnelle de contentieux pourtant fort ressemblants. Alors même que les juges sont chargés d'appliquer des règles identiques à des contrats identiques passés parfois par des

⁵³⁷ B.C. IV, n° 52.

⁵³⁸ Bull. Joly, 1992, p. 1315, n° 431, note C. Devès.

⁵³⁹ Cf C. Devès, *ibid.*

⁵⁴⁰ Art. préc., C.J.E.G., p. 278.

⁵⁴¹ C.Cass. 5 juin 1996, cité par S. Abbaticci, " Sous-traitance : responsabilité alourdie pour le maître d'ouvrage ", *Le Mon.* 19 juillet 1996, n° 4834.

⁵⁴² C.E. 22 juin 1988 *O.P.A.C. de Meurthe et Moselle*, Req. 53526.

personnes identiques (dans l'hypothèse de S.E.M., selon qu'elles agissent ou non " pour le compte " d'une personne publique), la solution diffère en raison de la nature publique ou privée du contrat. Qui plus est, la volonté du législateur avait été précisément d'unifier le régime des contrats des entreprises publiques. La dualité juridictionnelle a déjà démontré la relativité de cette unification.

La notion d'entreprise publique retenue par la Cour de cassation multiplie les hypothèses de contradictions, dès lors que, largement entendue, elle englobe dans son titre II bon nombre de personnes privées sous influence publique et pas seulement les " entreprises " au sens où on l'entend traditionnellement. La jurisprudence citée plus haut a prouvé que pouvaient rentrer dans cette catégorie les sociétés d'H.L.M., celles là même qui sont par ailleurs soumises aux " principes " d'exécution des contrats que le Code des marchés publics met en oeuvre.

2/ L'assimilation des contrats de certaines personnes privées au régime d'exécution des marchés publics

L'article 48 II et III de la loi du 29 janvier 1993, contrairement au I, a poussé l'assimilation aux personnes publiques des sociétés visées jusqu'à soumettre leurs contrats aux " principes d'exécution prévus par le Code des marchés publics dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ".

Il est vrai que ne sont concernés dans ce cadre que les contrats des organismes privés d'H.L.M. et des S.E.M. exerçant une activité de construction et de gestion de logements sociaux. Il ne faudrait pas croire pour autant que ces contrats représentent une part négligeable de l'ensemble des contrats des personnes privées sous influence publique. D'une part, parce que sont inclus, à la différence de l'article 48-I, l'ensemble des contrats de ces personnes, quelque soit leur objet, dès lors qu'ils dépassent le seuil fixé à l'article 104, I, 10° du Code des marchés publics. D'autre part, parce qu'il ne fait pas de doute que les personnes en cause occupent quantitativement une place importante au sein du paysage institutionnel français⁵⁴³.

Le décret du 27 mars 1993 portant application du II et du III de l'article 48 est venu toutefois restreindre le champ d'application matériel des contrats concernés. Sont seuls visés les contrats passés par les sociétés " pour leur propre compte ", sans que la portée exacte de l'expression soit évidemment connue, et " qui ont pour objet l'exécution de prestations financées en totalité ou en partie, avec des aides de l'Etat ou à l'aide de fonds réglementés (...)

⁵⁴³ Voir, pour le domaine de la construction, Quarante ans de S.E.M. en France, (divers auteurs), Economica, 1988. Quant aux sociétés d'H.L.M., on ne les dénombre plus.

à l'exception de ceux de ces contrats passés dans le cadre d'un programme de construction de moins de 20 logements en accession à la propriété, pour toute prestation relative à l'entretien, la réparation, la rénovation, la réhabilitation ou l'amélioration d'immeubles qui ont été financés dans les conditions mentionnées à l'alinéa précédent ". Le critère financier est donc primordial ici, même s'il s'ajoute au critère organique (S.E.M. de logements sociaux et sociétés d'H.L.M.) prévu par la loi, il s'avère qu'il ne réduit finalement que très peu le champ d'application matériel dès lors qu'il suffit que la prestation soit " en partie " aidée par des fonds publics. Les nouvelles règles d'exécution concernent, dès lors, un nombre considérable des contrats de ces personnes.

Pourtant, l'essentiel du dispositif mis en place par le décret du 27 mars 1993 a trait à la passation de ces contrats. S'agissant de l'exécution, il se borne à insérer trois articles dans le Code de la construction et de l'habitat, ce qui ne saurait surprendre compte tenu de ce que les règles d'exécution du Code des marchés publics sont généralement considérées comme dépourvues d'ordre public, de sorte que les personnes publiques peuvent y déroger. L'autre explication se trouve dans l'article R 433-17 : " Le cahier des charges prévu à l'article R 433-6 détermine, pour tous les contrats entrant dans le champ d'application défini à l'article R 433-5, les conditions d'exécution du contrat ".

Le régime d'exécution a donc une consistance principalement contractuelle, sous réserve des dispositions suivantes :

- l'article 433-18 envisage succinctement les conditions de versement à titre d'avances, d'acomptes ou pour soldes ;

- l'article 433-19 exige la transmission d'un rapport annuel au conseil d'administration ou de surveillance de l'organisme concernant l'exécution des contrats visés à l'article R 433-5 qui comporte l'énoncé du montant initial et du montant effectif et des raisons de l'éventuel écart entre les deux).

Le régime d'exécution, pourtant fixé contractuellement, ne devrait toutefois pas se démarquer nettement des contrats passés par les personnes publiques dans des domaines identiques. Il y a d'une manière générale un mimétisme observé depuis un certain nombre d'années entre les clauses des contrats des personnes publiques et celles des personnes privées sous influence publique.

B/ La publicisation d'origine contractuelle des règles d'exécution

En dehors des hypothèses législatives et réglementaires d'emprunt de règles d'exécution d'origine ou de nature publique, la tendance à la publicisation des règles d'exécution se manifeste parallèlement dans l'introduction de telles règles dans les contrats des personnes privées sous influence publique. Cette pratique peut résulter d'un renvoi spontané par les cocontractants à un cahier de clauses administratives générales, par simple mimétisme avec les contrats équivalents que passent les personnes publiques. Il s'agira plus souvent d'un renvoi imposé par divers textes.

Mais dans l'un comme dans l'autre, cette référence n'a pas pour effet de conférer à ces cahiers des charges une quelconque valeur réglementaire. Ces cahiers " ne tirent leur autorité que de la référence expresse qu'y font les marchés "⁵⁴⁴. Ils conservent donc une nature contractuelle.

La thèse de F. Llorens servira de base de données à l'effet de démontrer la fréquence des emprunts faits par les contrats des personnes privées sous influence publique aux contrats des personnes publiques. En dépit de sa relative ancienneté, elle représente toujours la meilleure étude faisant état incidemment⁵⁴⁵ des similitudes entre ces deux types de contrats, y compris du seul point de vue pratique.

Ces similitudes touchent tant l'exécution proprement dite que la fin de cette exécution.

1/ Les règles relatives à l'exécution proprement dite

En premier lieu, les cahiers des charges fixent l'objet des marchés, la liste des documents et leur ordre de priorité. Or, il a été constaté que les cahiers des charges des organismes de sécurité sociale et d'H.L.M. approuvés par arrêté interministériel s'inspiraient fortement du cahier des charges approuvé pour les personnes publiques par le décret du 21 janvier 1976⁵⁴⁶.

De même, la S.N.C.F. (S.E.M. jusqu'à la loi du 30 décembre 1982) et certaines S.E.M. administrées par la société centrale d'équipement du territoire (S.C.E.T.) disposent de cahiers

⁵⁴⁴ P. Delvolvé, art. préc., C.J.E.G., 1994, p. 278. L'auteur se prononçait à propos des contrats des entreprises publiques mais la remarque vaut pour l'ensemble des cahiers des charges.

⁵⁴⁵ On rappelle que l'objet premier de la thèse était la comparaison du contrat d'entreprise et du marché de travaux (op. cit.).

⁵⁴⁶ Décret n° 76-87, J.O.R.F. février 1976, p. 758 - cf F. Llorens, op. cit., p. 146.

des charges très proches de ceux des collectivités publiques. S'agissant des sociétés d'autoroutes, ils s'avèrent purement et simplement identiques⁵⁴⁷.

Il est vrai que, ainsi que le remarque F. Llorens, les cahiers des charges des autres personnes privées sont généralement prévus par la norme A.F.N.O.R. et présentent aussi des ressemblances avec ceux des personnes publiques. Dans le cadre de la norme A.F.N.O.R., il existe deux types de cahiers selon que le contrat est conclu *ne varietur* ou non, et l'on note par ailleurs quelques différences s'agissant de la valeur des documents particuliers⁵⁴⁸. Les principales différences, sans être radicales, sont relatives à l'étendue du pouvoir de direction et de sanction dont dispose le maître de l'ouvrage. Ici aussi, il n'est de réelle opposition que dans le détail de l'examen des règles en cause, et non dans le principe même de leur existence. Outre quelques différences disparues avec la loi du 31 décembre 1975 s'agissant du pouvoir de sanction en matière de sous-traités⁵⁴⁹, il existe une certaine uniformité entre les C.C.A.G. des marchés administratifs et les C.C.A.G. des marchés des personnes privées sous influence publique, qui les distinguent des contrats soumis à la norme A.F.N.O.R.

En ce qui concerne le pouvoir de direction, ces cahiers vont plus loin que ce qui est prévu par la norme A.F.N.O.R., en prévoyant par exemple la faculté pour le maître d'ouvrage de vérifier au préalable les matériaux utilisés et d'obtenir leur remplacement si nécessaire (faculté qui se mue en obligation pour les organismes d'H.L.M., de sécurité sociale, pour la S.C.E.T. et la C.N.R.), voire " d'exiger le changement des agents et ouvriers de l'entrepreneur pour insubordination, incapacité ou défaut de probité ", ou encore de prescrire l'ajournement des travaux⁵⁵⁰.

Dans le prolongement des manifestations du pouvoir de direction, et alors que la norme A.F.N.O.R. ne prévoit que la possibilité d'inclure une clause pénale permettant d'imposer des pénalités en cas d'inobservation des délais, cette clause se trouve systématiquement présente dans les marchés des organismes de sécurité sociale et des sociétés d'H.L.M.⁵⁵¹

Parallèlement, les C.C.A.G. " privés " (ceux des personnes privées sous influence publique) sanctionnent à l'instar des C.C.A.G. " publics " le non respect d'un ordre de service (violation ou refus d'y référer), considéré comme un manquement grave aux obligations

⁵⁴⁷ Ibid.

⁵⁴⁸ Ibid., p. 150. Par exemple, le détail estimatif a valeur de pièce contractuelle habituellement alors que dans la norme A.F.N.O.R., il faut que le cahier des clauses particulières l'ait expressément prévu.

⁵⁴⁹ Ibid., p. 319, note 408.

⁵⁵⁰ Cité par F. Llorens, Ibid., p. 349.

⁵⁵¹ Ibid., p. 345, note 527.

contractuelles, par la mise en régie suivie de la réadjudication des travaux ou de la résiliation du marché⁵⁵². Plus que de manquement aux obligations contractuelles, cette prérogative trouve son fondement dans l'essence de la puissance publique, dont les ordres ne doivent pas être considérés à la légère, et qui prend naturellement corps au sein des personnes publiques mais aussi des personnes privées sous influence publique. La preuve en est que la norme A.F.N.O.R. refuse de ranger le non respect des ordres de service parmi les manquements entraînant la résiliation du contrat⁵⁵³. On touche alors aux règles concernant la fin du contrat.

2/ Les règles relatives à la fin du contrat

Outre les cas de résiliation pour non respect des ordres de services, les C.C.A.G. privés consacrent fréquemment au profit des personnes privées sous influence publique un pouvoir de résiliation unilatérale en dehors de tout manquement aux obligations contractuelles. La résiliation n'équivaut alors nullement à une sanction mais à une prérogative dont dispose traditionnellement l'administration (qui existe même sans texte) pour mettre fin à des relations contractuelles pour motifs d'intérêt général. Un tel pouvoir n'est toutefois pas totalement étranger au droit privé puisque le Code civil l'envisage dans son article 1794. Mais cet article ne concerne que les marchés à forfait et les normes A.F.N.O.R. se bornent à le reproduire uniquement dans ce cadre.

Les C.C.A.G., qu'ils soient " publics " ou " privés ", étendent en revanche ces règles à l'ensemble des marchés. A titre d'exemple, l'article 34 du C.C.A.G. de la S.C.E.T. stipule que " lorsque la société ordonne la cessation absolue des travaux, l'entreprise est immédiatement résiliée ", sorte de périphrase du pouvoir de résiliation unilatérale⁵⁵⁴.

On retrouve une formule peu ou prou similaire dans les C.C.A.G. des marchés de travaux de l'Etat et de ceux de la C.N.R., des organismes de sécurité sociale et des sociétés d'H.L.M. Le caractère " public " du pouvoir de résiliation unilatérale en dehors de tout manquement contractuel, parfois contesté, s'exprime ici avec vigueur et précision : outre le fait qu'il n'existe sans texte que devant le juge administratif, on ne le rencontre que dans les C.C.A.G. publics et privés et non dans les cahiers des charges conformes à la norme A.F.N.O.R., référence des contrats " purement " privés. Cet emprunt par un C.C.A.G. privé d'une clause d'un C.C.A.G. public marquée du sceau de la puissance publique, ou, à tout le

⁵⁵² Ibid., p. 357. Cela concernait la S.N.C.F. avant 1983, la C.N.R., les organismes de sécurité sociale et les sociétés d'H.L.M.

⁵⁵³ Ibid.

⁵⁵⁴ Ibid., p. 274, note 202.

moins, grevée d'un caractère exorbitant du droit commun, confirme la nature réelle des contrats des personnes privées sous influence publique.

On dénote par ailleurs d'autres ressemblances, s'agissant de la fin normale des contrats, c'est-à-dire au stade de la réception des travaux⁵⁵⁵.

Le régime contractuel auquel l'exécution des contrats des personnes privées sous influence publique est soumise, dépasse en quelque sorte l'intention du pouvoir réglementaire et place ces contrats sur un même plan que ceux des personnes publiques.

D'une certaine manière, il n'existe pas deux sortes de cahiers des charges types (les C.C.A.G. publics et les cahiers types de la norme A.F.N.O.R.) mais trois : on doit y adjoindre les C.C.A.G. privés mais, avec l'étude de ces cahiers apparaît une autre distinction. Il n'y a de différences réelles qu'entre, d'une part, les C.C.A.G., qu'ils soient publics ou privés et, d'autre part, les autres cahiers conformes à la norme A.F.N.O.R. Le caractère public ou privé des premiers résultent de critères jurisprudentiels qui ne tiennent nullement compte de la nature réelle des contrats en cause et qui par là font la preuve de leurs limites.

L'ensemble de cette législation contribue incontestablement à nourrir une très forte publicisation des règles de passation et d'exécution des contrats des personnes privées sous influence publique. Il n'y a pas lieu de contester, à cet égard, l'utilisation du terme de " publicisation " pour des contrats qui, par l'effet de la prépondérance jurisprudentielle du critère organique, demeurent presque systématiquement des contrats de droit privé. Le législateur lui-même ne s'y est pas trompé lorsqu'il s'est agi d'évoquer les marchés concernés par les nouvelles règles de mise en concurrence issues de la loi du 29 janvier 1993, qualifiés dans l'intitulé du chapitre de " marchés publics ". Même le Conseil d'Etat distingue aujourd'hui entre les marchés publics au sens du Code des marchés publics et ceux pris au sens des dispositions de l'article L 22 du Code des TA. et C.A.A., lesquels dépassent la première notion par l'effet de la transposition de la notion communautaire de marché public⁵⁵⁶.

Le constat des similitudes entre contrats des personnes publiques et contrats des personnes privées sous influence publique déjà ébauché en 1981 par F. Llorens revêt le caractère de l'évidence aujourd'hui. Ce ne sont plus quelques règles d'exécution qui sont similaires mais tout un régime d'exécution, sous l'effet conjugué du législateur et de la pratique contractuelle. Ce ne sont plus seulement quelques personnes privées qui se trouvent

⁵⁵⁵ En cas de double réception, la réception définitive est soumise aux mêmes règles que la réception provisoire. Ainsi en va-t-il des C.C.A.G. de l'Etat et de ses établissements publics, de ceux de la S.N.C.F. avant 1983, des organismes de sécurité sociale et des sociétés d'H.L.M. - cf F. Llorens, op. cit., p. 565.

⁵⁵⁶ C.E. Sect. 20 mai 1998 *Communauté de communes de Piémont de Barr*, A.J.D.A. 1998, p. 632.

soumises au Code des marchés publics mais l'ensemble des personnes privées sous influence publique qui se doivent de respecter " les principes " du Code, quand il ne s'agit pas du Code lui-même. Ce ne sont plus des règles éparses qui rapprochent quelque contrats de droit privé à des contrats administratifs passés par des personnes publiques, c'est un véritable régime législatif et réglementaire concernant la passation et l'exécution des contrats des personnes privées sous influence publique qui s'est mis en place et qui constitue de ce fait un droit nouveau.

CONCLUSION DU TITRE 2

Le dernier chapitre a permis d'entrevoir la signification contemporaine du terme " public " appliqué aux contrats : après avoir été synonyme d'administratif, il a été réduit à préciser la nature de la personne qui passait le marché public, puisque l'on a admis l'existence de marchés publics de droit privé⁵⁵⁷. Aujourd'hui, il est acquis qu'il existe des marchés publics de droit privé passés par des personnes privées. Le terme public renvoie alors à une origine, à un modèle de contrats traditionnellement passés par des personnes publiques et selon une procédure originale mais qui touche aujourd'hui aussi désormais certaines personnes privées⁵⁵⁸.

L'ensemble de règles sus décrites, en dépit de l'existence d'applications par le juge judiciaire, s'inscrit cependant dans la lignée d'une réglementation façonnée par une jurisprudence administrative foisonnante mais bien établie. Par l'expérience qu'il en tire, le juge administratif paraît fondé à en connaître, tout en sacrifiant à un légitime souci de simplification contentieuse. L'heure n'est plus aux jurisprudences byzantines. Le juge des conflits a inauguré avec l'arrêt *Préfet de la région Rhône-Alpes*⁵⁵⁹ le temps de la clarification des compétences juridictionnelles. On ne sait si ce sont des raisons propres au juge qui ont conduit sa démarche, ou s'il a entendu écourter la durée des procédures afin de répondre aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme sur la base de l'article 6. Il paraît certain en tout état de cause que la l'extension que l'on appelle de nos vœux répondrait au mieux à ces exigences nouvelles et certainement durables⁵⁶⁰.

Parallèlement, le juge ne saurait rester indifférent à l'évolution juridique profonde qui voit l'action administrative emprunter quotidiennement les chemins du droit privé, tout en étant progressivement soumise à des règles dérogatoires au droit privé ou d'inspiration publiciste. La réaction jurisprudentielle enregistrée dans les quarante dernières années à chaque décennie s'avère aujourd'hui être en deçà de la pratique et de l'évolution légale.

Il suffit, pour achever de s'en convaincre, d'ébaucher un bref inventaire des régimes des contrats passés par les personnes privées sous influence publique. Sachant qu'un marché peut être à la fois public par son mode de passation, sa nature et son objet, mais aussi que toutes les combinaisons entre ces caractères sont envisageables ou presque, cela laisse augurer

⁵⁵⁷ Cf Civ 1ère 17 décembre 1996 *Soc. Locunivers*, D.A. 1996, n °122.

⁵⁵⁸ Peut-être sera-t-il à l'avenir synonyme de transparence par référence à la publicité (prise au sens large c'est-à-dire impliquant parfois une mise en concurrence) de la passation de certains contrats.

⁵⁵⁹ T.C. 25 mars 1996 (A.J.D.A. 1996, p. 399), simplification intervenue en matière de définition de l'agent public d'un service public administratif.

⁵⁶⁰ Pour une opinion favorable à cette extension, cf notamment R. Rouquette, " La loi anti-corruption ", Gazette des communes, 8 mars 1993, p. 78.

de la complexité contentieuse qui en résulte. S'agissant du mode de passation, les données sont compliquées par l'avènement de procédures qualifiables, faute de mieux, de semi-publiques⁵⁶¹. A titre d'exemple, un marché de travaux d'une société d'économie mixte peut, en ce qui concerne son mode passation, être public parce que la société agit en qualité de mandataire, ou semi-public par application soit de la loi du 29 janvier 1993, soit de la loi du 3 janvier 1991, ou encore privé s'il sort du champ d'application de ces réglementations. Parallèlement, la nature administrative ou privée n'est nullement conditionnée par le mode de passation, tout comme la nature des travaux qui est également indépendante de la nature administrative du contrat.

L'extension de la compétence administrative aux contrats passés par une personne privée sous influence publique, par l'effet de la généralisation de la transparence de la personnalité privée de ces personnes morales, aurait le mérite d'harmoniser et de simplifier la répartition contentieuse, dès lors que les contrats conclus selon un mode de passation " public " serait généralement qualifiés d'administratifs⁵⁶², tout en rendant une certaine cohérence aux critères de qualification eux-mêmes.

En outre, le maniement de règles connues du juge administratif est de nature à favoriser des jugements sûrs et prompts, particulièrement utiles avec l'instauration de procédures d'urgence en matière contractuelle. La compétence administrative limiterait de surcroît les interprétations divergentes. L'intérêt du justiciable s'illustrerait dans la possibilité qu'il aurait de se retourner vers un ordre juridictionnel déterminé, sans avoir à sombrer dans les méandres des incompétences basées sur une notion d'action " pour le compte d'une personne publique " que le juge ne maîtrise pas lui-même. Comment, d'ailleurs, savoir la nature exacte des liens unissant la personne privée avec une personne publique avant même que le juge ne se prononce sur le cas d'espèce, autrement qu'en faisant valoir des talents divinatoires ?

Cette solution présente l'avantage de faire entrer la jurisprudence administrative dans le sillon de la théorie de la transparence, tel que le droit contemporain le creuse progressivement.

A cet égard, le concept que l'on a tenté de dégager se doit d'être approfondi davantage, à mesure que la pratique législative et jurisprudentielle le consacre. La transparence que l'on a appelée " organique " en particulier, mérite plus que les quelques développements rencontrés ici ou là. Sans doute appelle-t-elle un renouveau de la réflexion sur la théorie de la personnalité privée qu'une instrumentalisation publique a fortement altérée.

⁵⁶¹ Cf R. Rouquette, " Les marchés semi-publics ", in Actualité des marchés publics, A.J.D.A. 1994, n° spécial, p. 18 et s.

⁵⁶² Encore faudrait-il en effet que le critère matériel soit présent. On peut regretter que le juge ait toujours refusé de voir dans les procédures de passation du Code des marchés publics un régime exorbitant du droit public.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

La transparence organique, entendue comme la prise en compte de l'influence publique au sein d'une personne privée dans la qualification des contrats administratifs, apparaît ainsi comme un facteur de renouveau des exceptions au critère organique du contrat administratif, à la fois par sa dynamique propre et par les atouts jurisprudentiels qu'elle porte en elle.

Certes, des auteurs n'ont pas manqué de proposer d'autres solutions envisageables pour remédier aux nombreux inconvénients engendrés par la prépondérance du critère organique et le byzantinisme de ses exceptions.

Si plus personne n'envisage aujourd'hui une extension de la catégorie des contrats administratifs pour les travaux appartenant " par nature " à l'Etat, il n'en va pas de même des travaux publics dans leur ensemble. M. Waline a, dès 1973, invité le juge administratif à se reconnaître compétent " toutes les fois qu'un litige concerne l'exécution même de tout ou partie d'un travail public, même si cette exécution est faite en vertu d'un contrat passé entre deux personnes privées "⁵⁶³. Autour de cette opinion gravitent celle de Chr. Bettinger pour qui la compétence administrative devrait être établie à l'égard de tout contrat qui " se rapporte indirectement à la construction d'un ouvrage public "⁵⁶⁴, ainsi que celle de F. Llorens, qui propose d'étendre cette compétence à " tous les contrats de travaux publics et peut-être au delà à tous les contrats de service public "⁵⁶⁵.

D'autres en appellent à la recherche des contrats qui mettent en oeuvre des prérogatives de puissance publique, à l'image d'Y. Brard⁵⁶⁶, et l'on peut imaginer une solution basée sur la présence de fonds publics dans la qualification des contrats administratifs passés entre deux personnes privées. P. Weil, en invoquant l'avènement de la compétence administrative pour " tout contrat conclu dans le cadre de l'action administrative ", assure une simplification extrême en écartant purement et simplement le critère organique, tout en renvoyant aux textes instituant la compétence de la juridiction administrative⁵⁶⁷.

⁵⁶³ Note sous T.C. 15 janvier 1973 *Soc. Quirely-Goumy*, R.D.P. 1973, p. 1056.

⁵⁶⁴ Note précitée, D-S 1977, p. 12.

⁵⁶⁵ Article précité, R.F.D.A. 1985, p. 362.

⁵⁶⁶ " Le mandat comme fondement des contrats administratifs entre personnes privées ", JCP 1981, I n°3032.

⁵⁶⁷ P. Weil, " Le critère du contrat administratif en crise ", in *Mélanges Waline*, 1974, p. 841.

Il est certain qu'ainsi, certaines des incohérences actuelles seraient annihilées par l'effet d'une simplification contentieuse, qu'il s'agisse de l'extension de la compétence administrative aux travaux publics, aux contrats qui mettent en oeuvre des prérogatives de puissance publique ou à tout contrat passé dans le cadre de l'action administrative. De telles solutions répondraient en outre pour partie aux motifs qui ont poussé le juge à consacrer des exceptions à un critère qui avait pratiquement la valeur d'un dogme.

En sens inverse, il peut être avancé que la théorie de la transparence correspond au mieux à la réalité administrative. Certes, ce n'est pas là le souci principal du juge, pour qui le pragmatisme doit prévaloir. Il n'est, en effet, pas loin de considérer avec Kirkegaard que " le réel n'est pas plus nécessaire que le possible, car le nécessaire est absolument différent des deux "⁵⁶⁸.

Mais le nécessaire semble aujourd'hui devoir trouver dans le réel un allié incontournable. Il y a là une évidence au regard de l'évolution du droit administratif français qui, spontanément ou sous l'impulsion communautaire, assimile peu ou prou personnes publiques et personnes privées sous influence publique.

Par ailleurs, ces solutions doctrinales alternatives ne répondent pas au raisonnement qui sous-tend les jurisprudences existantes, tel qu'il a été reconstruit dans le premier titre. Sans faire preuve d'un conservatisme excessif, il nous semble que le renouveau des exceptions au critère organique du contrat administratif devrait s'inscrire dans le prolongement des exceptions jurisprudentielles existantes fondées sur la transparence de la personnalité privée, malgré le caractère sous-jacent de ce fondement. Car seule la théorie de la transparence correspond à la fois aux fondements réels des jurisprudences existantes et aux motifs profonds du juge dans leur consécration.

⁵⁶⁸ S. Kirkegaard, *Reins philosophiques*, Gallimard, 1948.

CONCLUSION GENERALE

L'étude des fondements des exceptions au critère organique engendre une ultime réflexion sur le rôle que le juge administratif joue en la matière, et plus généralement sur celui qu'il joue dans la détermination de sa propre compétence.

Il a été souligné ici ou là la marge de manoeuvre dont il disposait dans la qualification des rapports de droit préexistants à la reconnaissance de l'administrativité d'un contrat. Tel est le cas lorsqu'il voit dans l'action d'une personne privée un mandataire, sans que les marques du mandat n'apparaissent toujours clairement. Il peut ainsi à sa guise, quand l'opportunité le commande, qualifier de mandataire une personne qui ne semble pas disposer des attributs de la représentation conventionnelle et inversement, comme il l'a déjà une fois par le passé, dénier à une personne privée cette qualité alors que les termes du contrat passé entre la personne publique et la personne privée paraissaient dénués d'équivoque⁵⁶⁹. La liberté du juge s'accroît quand il s'agit de voir dans l'action contractuelle d'une personne privée un contrat passé " pour le compte " d'une personne publique. Il y a là l'effet de l'origine entièrement prétorienne de la notion et de ses critères d'identification.

A user d'une métaphore, le juge, qu'il soit administratif ou de la répartition des compétences, apparaît comme un véritable metteur en scène d'une pièce de théâtre dont il n'a pas écrit le texte, mais qui peut influencer le jeu des acteurs et choisir le décor.⁵⁷⁰

La personnalité morale renvoie en effet étymologiquement, si l'on s'en tient à la seule " personne ", à un masque qu'emprunte un acteur et duquel sort le son (*persona*) de sa voix⁵⁷¹. Le juge, confronté à une personne privée qui joue ouvertement le rôle d'une personne publique, peut s'estimer convaincu par son jeu au point d'y voir l'administration elle-même, et de ne voir en somme qu'elle (hypothèse de la représentation).

Il arrive parfois que la personne privée cache en réalité sous son masque une personne publique qui tente de jouer le rôle d'une personne privée. En règle générale, le juge laissera la

⁵⁶⁹ Cf supra, 1ère partie, Titre 1, Chapitre 1er, Section 2 à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 27 janvier 1984 *Ville d'Avignon c/ Da Costa Nunes* (p. 28).

⁵⁷⁰ De leur côté, les théoriciens du juge constitutionnel voient dans ce dernier soit un écrivain qui écrirait le dernier chapitre d'un roman en étant lié par les ceux qui précèdent et qu'il n'a pas écrit (R. Dworkin, *L'empire du droit*, 1986, Traduction française 1994, P.U.F., p. 250 et s.) soit même en chef d'orchestre qui disposerait d'une assez grande liberté dans l'interprétation de sa partition (P. Avril, *Les conventions de la Constitution*, P.U.F. Léviathan, 1997, spéc. p. 82 et s., certes, en l'occurrence, le juge n'est pas alors le seul interprète).

⁵⁷¹ Cf M. Hamiaut, " Transparence fiscale et transparence juridique en matière de société ", S. 1964, p. 5, note 1.

personne privée jouer son rôle, à moins qu'il considère que la ressemblance avec la personne publique est trop flagrante. Dans ce cas, il peut soit la remplacer par une personne publique (hypothèse de la transparence organique absolue), soit changer le décor de la pièce pour la faire correspondre aux caractères profonds de la personne privée (hypothèse de la transparence organique relative). Les exceptions véritables au critère organique du contrat administratif s'inscrivent dans cet unique cadre.

On voit ici l'importance que revêt l'intervention du juge administratif dans la détermination de sa propre compétence et par voie de conséquence des règles applicables. Il n'y aurait, alors, nulle révolution juridique à étendre sa compétence à toutes les hypothèses de contrats passés par une personne privée sous influence publique avec une autre personne privée dès lors qu'ils s'inscrivent dans le cadre de l'action administrative.

Pareille extension aurait pour effet, sinon pour objet, de replacer le juge administratif au coeur de l'action administrative à mesure qu'elle s'exprime par des formes sans cesse renouvelées. Par la même, se trouve posée la question du rôle du juge administratif à l'aube du deuxième millénaire.

Il ne saurait en effet rester indifférent aux évolutions de la pratique administrative, dans la mesure où il n'existe que par opposition au juge judiciaire. Toute la problématique de la compétence juridictionnelle revêt à son niveau une importance capitale en ce qu'elle conditionne inévitablement son existence même. Ce " principe actif " explique la place que tient cette question tant dans les manuels que dans la pratique contentieuse des juridictions administratives, dès lors qu'on ne saurait admettre une justice sans juridiction judiciaire mais que l'on conçoit qu'il peut exister une justice sans juridiction administrative. Si " les juristes sont toujours plus attachés aux problèmes de frontière qu'aux problèmes centraux " selon le mot du doyen Vedel⁵⁷², la remarque vaut tout particulièrement pour les spécialistes de droit public.

⁵⁷² In Le droit administratif, A.J.D.A. 1995, n° spécial, p. 15.

Car d'une certaine manière, la question des frontières du droit administratif se confond en droit français avec celles de la juridiction administrative et n'est pas loin d'agir comme un véritable mythe fondateur⁵⁷³.

Les contrats administratifs entre personnes privées se posent alors en exemple topique du rôle que peut jouer ce mythe. A partir du moment où le juge dénie sa propre compétence dans des hypothèses où l'administration avance sous une forme de droit privé, mais plus tout à fait sous un régime de droit privé, c'est tout à la fois la compétence de la juridiction administrative qui se trouve menacée et la légitimité même de son existence.

Seule une extension de la compétence du juge administratif en la matière permettrait à la jurisprudence de gagner en cohérence et en légitimité, tout en faisant droit à la réflexion d'E. Pilon : " Le droit se dégage des faits, non de la logique : chaque jour, l'édifice puissant des institutions juridiques craque de tous côtés et se désagrège sous la poussée continue de la vie "⁵⁷⁴.

⁵⁷³ Un peu à l'image du mythe de la frontière dans l'histoire des Etats-Unis, décrit dès 1912 par Turner et que l'on retrouve périodiquement dans le discours politique américain.

⁵⁷⁴ Th. préc., p. 140.

BIBLIOGRAPHIE

Les références sont suivies d'un chiffre en caractère gras renvoyant à leur première citation en note de bas de page.

I/ Ouvrages et manuels

- Bénoit F.P., Le droit administratif français, 1968, p. 259. **562**
- Carbonnier J., Droit civil, t. 4, PUF Thémis, 19ème éd., 1995. **98**
- Carré de Malberg R., Contribution à la théorie générale de l'Etat, t. 2, 1920-1922. **23**
- Chapus R. Droit administratif général, t. 1, Montchrestien, 11ème éd.
- Colson J.-Ph., Droit public économique, 2ème éd., L.G.D.J. 1997. **1189**
- Cornu G., Linguistique juridique, Montchrestien, 1990, n°25. **1143**
- Hannoun C., Le droit et les groupes de sociétés, Th. Paris X, 1988, p. 452. **1145**
- Debbasch C. Institutions et droit administratif, t. 1, P.U.F. Thémis, 1992. **34**
- Dubois J.-P., Droit des institutions administratives, t. 1, Eyrolles Université, 1992. **1209** , p. 322.
- Dufau J., Droit des travaux publics, t. 1, éd. du Moniteur, 1988. **512**
- Dugrip O., Saïdj L., Les établissements publics nationaux, L.G.D.J. 1992. **826**
- Guibal M., Rapp L., Contrats des collectivités locales, Lefevre, 2ème édition, 1995. **35**
- Guibal M, Rapp L., Terneyre Ph., Droit public des affaires, Lamy 1997. **356**
- Jèze G., Les principes généraux du droit administratif, t. 3, 3ème éd. 1926, p. 279. **1230**
- Lachaume J.-F., Les grandes décisions de la jurisprudence, Droit administratif, P.U.F. Thémis, 11ème éd., 1995, **34**
- Laubadère (de) A., Moderne F., Delvolvé P., Traité des contrats administratifs, t. 1, 1983 et t. 2, 1984 L.G.D.J., **35**
- Long M., Weil. P., Braibant G., Genevoix B., Delvolvé P., Grands arrêts de la jurisprudence administrative. **34**
- Malaurie Ph., Aynès L., Les contrats spéciaux, Cujas, 9ème éd., 1995. **46**
- Malinvaud Ph., Jestaz Ph., Droit de la construction immobilière, Dalloz, 6ème éd. 1995. **185**

Mazeaud H., L. et J., M. de Juglart, Leçons de droit civil, t. 3, 2ème vol., Montchrestien, 5ème éd. 1980. **85**

Moderne F., La garantie décennale en droit public, Dalloz 1993. **294**

Moreau J., Droit administratif, P.U.F., 1989. **34**

Peiser G. Contentieux administratif, Dalloz Mémentos, 10ème éd., 1997. **38**

Peiser G. Droit administratif, Dalloz Mémentos, 19ème éd., 1998. **38**

Ricci J.-C., Droit administratif, Hachette, 1996. **35**

Richer L., Droit des contrats administratifs, L.G.D.J. 1995. **13**

Rivero J. et Waline M. Droit administratif, Dalloz, 16ème éd., 1996. **34**

Rougevin-Baville M., Denoix de Saint Marc R., Labetoulle D., Leçons de droit administratif, Hachette, 1989, p. 182. **35**

Starck B., Roland H., Boyer C., " Obligations ", T. 2, Contrats, Litec 5ème éd., 1995, n°1637. **948**

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

Tagand R., Les S.E.M. et l'aménagement du territoire, Godchot, 1966. **1011**

Vedel G., Delvolvé P., Droit administratif, t. 1, P.U.F. Thémis, 1992. **35**

Witz C., Droit privé allemand, Litec 1992. **52**

II/ Thèses

- Auby J.-B., La notion de personne publique en droit public français, Th. Paris, 1979. **837**
- Barloy F., Le contrat et la norme en droit public français, Th. Montpellier 1994. **1230**
- Bettinger Chr., L'évolution de la concession, notion de droit administratif français, Th. Paris, 1975, p. 132 à 145. **415**
- Bouquier P., Etudes générales de la représentation dans les actes juridiques, Th. Montpellier, 1899. **50**
- Boyer M., Essai sur la représentation dans les actes juridiques, Th. Toulouse, 1898. **15**
- Brard Y., La responsabilité administrative des personnes privées, Th. Caen, 1975. **254**
- Calais-Auloy J., La notion d'apparence en droit commercial, Th. Montpellier, LGDJ 1959. **127**
- Colin P. La détermination du mandat salarié, Th. Paris 1931. **54**
- Constans L., Le dualisme des personnes morales, Th. préc., p. 230. **983**
- Corbesco D., De la représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats, Th. Paris, 1912. **50**
- Cutajar-Rivière C., La société écran, Essai sur sa notion et son régime juridique, L.G.D.J. 1998. **1116**
- Demichel A., Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés - Essai d'une théorie générale, 1960. **873**
- Dreyfus J.-D., Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques, L'Harmattan, 1997, p. 169 et 170. **1207**
- Durand G., Recherches sur la nature de la société d'économie mixte locale, Thèse Montpellier, 1994. **1012**
- Duval Chr., La liaison entre la compétence et le fond, Th. Aix, 1994. **212**
- Eckert G., Droit administratif et commercialité, Th. Strasbourg 1994. **509**
- Falque-Pierrotin, Les éléments constitutifs du contrat de mandat, Th. Caen 1933. **56**
- Ferrari P., Recherches sur l'application du droit public interne par le juge judiciaire, Th. Paris 1972. **476**
- Flattet G., Les contrats pour le compte d'autrui, Th. Paris, 1950. **21**

Garrigou-Lagrange J.-M., Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics, L.G.D.J., 1970. **982**

Gaudemet Y, Les méthodes du juge administratif, L.G.D.J. 1972. **841**

Giverdon C., L'évolution du mandat, Th. Paris 1947. **53**

Houdart L., Le mandat tacite, Th. Paris, 1901. **50**

Hubrecht H.-G., Les contrats de service public, Th. Bordeaux 1980. **30**

Lamarque J., Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs, L.G.D.J. 1960. **465**

Lerebourgs-Pigeonnière P., Du prête-nom mandataire au gérant d'affaire agissant en son nom propre, Th. Paris, 1898. **168**

Levantis I., Contribution à l'étude du mandat en droit administratif, Th. Paris II, 1978. **204**

Llorens F., Contrat d'entreprise et marché de travaux, L.G.D.J. 1981. **12**

Loschak D., Le rôle politique du juge administratif français, Th. Paris, 1970. **1019**

Long J. " La nature juridique des contrats passés pour le compte d'une activité industrielle et commerciale ", Aix, 1974, p. 82. **520**

Négrin J.-P., L'intervention des personnes privées dans l'action administrative, 1970. **28**

Nemours-Augute L., De la distinction du mandat salarié et du louage d'ouvrage, Th. Paris, 1914. **50**

Ngamakita M., Le mandat donné par une personne publique à une personne privée, Th. Caen 1990. **31**

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

Maisl H., Recherches sur la délégation de compétences en droit public, Th. Paris II, 1972. **24**

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

Pellat J., Recherches sur les démembrements de l'Administration, Th. Montpellier 1970. **985**

Pilon E., Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations, Th. Caen, 1898. **16**

Poirot-Mazères I, La représentation en droit administratif français, Th. Toulouse, 1989. **33**

Ribot C., La dynamique institutionnelle de l'intercommunalité, Th. Montpellier 1993. **24**

J. Valéry, Des caractères distinctifs du contrat de mandat dans le Code civil, Th. Aix, 1898. **50**

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

Péquignot. G., Th. Montpellier, 1945. **747**

Popesco-Ramnicéano, De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé, Th. Paris 1927. **56**

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

Treppoz A., Recherches sur la transparence dans la passation des délégations de service public, Th. Limoges, 1997. **1093**

Starck B., " 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. **182**

Waline J., Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif, Th. Paris, 1962. **457**

Zilemenos C., Substitution et délégation en droit administratif français, 1966. **24**

III/ Articles de doctrine, Etudes, Chroniques

Abbatucci S., " Sous-traitance : responsabilité alourdie pour le maître d'ouvrage ", Le Mon. 19 juillet 1996, n° 4834. **1298**

Alexandre D., " Mandat ", juriscl. civ. fasc. G, **85**

Amselek P., " Une nouvelle méthode d'identification des contrats administratifs : l'identification directe ", R.A. 1973, p. 637 et s. **381**

Association Henri-Capitant, Vocabulaire juridique, P.U.F., 1996, p. 818. **1068**

Audibert J., " La F.P.A. et le droit public ", R.D.P. 1978, p. 141. **800**

Avril P., " La transparence de la vie publique ", in La transparence, actes du colloque précité, p. 19 **1097**

Bazex M. " obligations communautaires de transparence dans les prestations des services publics ", D.A. oct. 1993, p. 15. **1070**

Benoît F.-P., " De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratif ", JCP 1963 I, n° 1775. **746**

Benoît F.-P., " Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique ", in Mélanges Drago, 1996, p. 23 et s. **757**

- Bloch-Lainé F., " Le mouvement associatif et le droit public ", A.J.D.A. 1980, p. 117. **815**
- Brard Y., " Le mandat comme fondement des contrats administratifs entre personnes privées ", JCP 1981, n° 3032. **374**
- Bréchon-Moulènes C., L. Richer et, " Chronique de législation, Marchés de service,", A.J.D.A. 1998, p. 602 et s. **1271**
- Broussole D., commentaire de la loi du 13 février 1997, A.J.D.A. 1997, p. 456. **266**
- Burdeau G., " L'entrée de la science politique dans les facultés de droit ", D. Soc. 1958, p. 451. **1**
- Cayla O., " La qualification, ou la vérité du droit ", in La qualification, Revue Droits, 1993, n° 18, p. 3. **1161**
- Chabanol D., " Faut-il brûler le Tribunal des conflits ? ", A.J.D.A. 1988, p. 737. **475**
- Chartier J.-L., Doyelle A., " Le contrôle des organismes non assujettis aux règles de la comptabilité publique ", A.J.D.A. 1990, p. 787 et s. **986**
- Chevallier J., " L'association entre public et privé ", R.D.P. 1981, p. 898. **814**
- Cottureau V., " La clause réputée non écrite ", JCP 1993 I, n°3691. **949**
- Coudevylle A., " La notion de mandat en droit administratif ", A.J.D.A. septembre 1979, p. 7 et s. **363**
- Courivaud, H. " La diversification des activités d'E.D.F. et de G.D.F. ", JCP - E 1997, n° 636. **836**
- Chevallier J., " Le mythe de la transparence administrative ", in Information et transparence administrative, CURAPP, P.U.F., 1988, p. 242. **1122**
- Chrétien P., " La transparence administrative ", in Annales du droit - droit administratif, Dalloz 1997, p. 221 et s. **1067**
- Cozian M., " Images fiscales : transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés ", JCP 1976 I n° 2817. **1111**
- Delvolvé P., " La responsabilité du fait d'autrui en droit administratif " in Mélanges G. Marty, p. 407. **502**
- Delvolvé P., " La transparence administrative ", in La transparence, colloque de Deauville des 19-20 juin 1993, R.J.Com., nov. 1993, n° spécial, p. 25. **634**
- Delvolvé P., " Les marchés des entreprises publiques ", C.J.E.G. 1994, p. 277. **1284**
- Diener P., " Mandat d'exploitation et redressement judiciaire " JCP - N 1993, n° 38, p. 353. **83**

Douence J.-C. " La dévolution contractuelle du service public local " Enc. Dalloz coll. Loc. p. 6152 (1983). **428**

Drago R., " Le contrat administratif aujourd'hui ", Droits 1990, n° 12, p. 117 et s. **475**

J.-P. Duprillot, " L'adaptation du principe de spécialité à l'évolution du secteur public ", C.J.E.G. 1985 p. 429. **835**

Eisenmann Ch., " Droit public, droit privé " R.D.P. 1952, p. 903. **476**

Fatôme E., Richer L., " Régies intéressées et maîtrise d'ouvrage publique ", A.J.D.A. 1997, p. 492. **441**

Ferry C.-J., commentaire du décret n° 92-423 JCP - E 1993, n° 233, p. 154. **22**

Fabre B., Morin R., " Quelques aspects actuels du contrôle des S.E.M. ", R.D.P. 1966, p. 767 et s. **560**

Fatôme E., " Réflexions sur les notions de travail effectué pour le compte d'une personne publique et de maître d'ouvrage ", p. 119. **539**

Gaudemet Y., " L'avenir de la juridiction administrative ", G.P. 17 novembre 1979, Doct. p. 511 et s. **1220**

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

Gény B., " 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. **481**

Ghestin J., " La notion de contrat ", Droits, 1990, n° 12, p. 7. **1226**

Gilli. J-P., " Les opérations d'urbanisme inachevées à l'expiration de la concession ", R.F.D.A.1989, p. 670 et s. **924**

Guénaire M., Bull. Joly 1991 p. 1095. **583.**

Guth, Rép. Com., V° Agents immobiliers. **48**

Hamiaut M., " Transparence fiscale et transparence juridique en matière de sociétés ", S. 1964, Chr. p. 4. **1109**

Hecquart-Théron M., " La contractualisation des actions et moyens publics d'intervention ", A.J.D.A. 1993, n° 6, p. 451. **1017**

Jacquot H., Martin O., " Convention et concession de Z.A.C. : les incertitudes actuelles ", Droit et ville, 1993, n° 36, p. 56. **909**

Jauffret C., " La transparence civile et la protection des associés d'une société de construction ", JCP 1967 I n° 2065. **1108**

Gartner F., " La direction des sociétés d'économie mixte locales : entre commerce et transparence ", R.F.D.A. 1997, p. 783 et s. **1168**

Goulard G., " Imposition des G.I.E., à propos de C.E. 27 avril 1994 *Fédération départementale des producteurs de lait* ", R.J.F. 1994, n° 7, p. 446 et s. **1177**

Guibal M., " Droit public des contrats et concurrence : le style européen ", JCP 1993, n°3667. **1260**

Guibal M., " La transposition de la réglementation communautaire en France ", in L'ouverture des marchés européens et les petites et moyennes entreprises ", R.M.U. 1993, p. 863 et s. **1273**

Guibal M., " Marchés publics et délégations de service public ", commentaire de la loi du 29 janvier 1993 ", A.J.D.A. 1993; p. 187 et s. **1289**

Guibal M., " Transparence et délégations de service public ", P.A., 13 septembre 1995, n°110, p. 16, spéc. p. 18. **1138**

Guibal M., " Aperçu rapide sur la loi 97-50 du 22 janvier 1997 ", JCP 1997, n° 10. **1270**

Hannoun C., " Les conventions portant transfert de contrôle et la transparence des sociétés ", D.-S. 1994, p. 67 et s. **1182**

C. Jauffret, " La transparence civile et la protection des associés d'une société de construction ", JCP 1967 I, n° 2065

Latournerie, R. " Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat ", in livre jubilaire du Conseil d'Etat, 1952, p. 220-221. **84**

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

Leaute J. " Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence ", R.T.D.C. 1949, p. 289. **130**

Lemoynes de Forges J.-M., " Le juriste arrive toujours plus tard " in *Mélanges Drago*, Economica 1996, p. 481. **428**

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

Le Tourneau Ph., Rép. Civ. " Mandat ", 1992. **73**

Llorens F., " La jurisprudence *Société entreprise Peyrot* : nouveaux développements ", R.F.D.A. 1985, p. 353. **582**

Llorens F., P.A. 5 avril 1985, n° 41, p. 13. **642**

Llorens F., " 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. **218**

Llorens F., " 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. **26**

Malaurie, Ph. " Les " grands " juristes " in Mélanges Drago, Economica 1996, p. 79 et s. **456**

Mazères J.-A., " Que reste-t-il de la jurisprudence Société entreprise Peyrot ? ", Mélanges Couzinet, 1975, p. 474. **29**

Mescheriakoff A.-S., " L'arrêt Bac d'Eloka, légende et réalité ", R.D.P. 1988, p. 1070 et 1071. **859**

Mestre J., " Transparence et droit des contrats ", R.J.Com. nov. 1993, n° spécial. **1105**

Moderne F., " Les rapports entre responsabilité contractuelle, responsabilité décennale et responsabilité extra contractuelle (à propos des travaux publics de reconstruction) " D-S 1971 p. 267. **325**

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

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

Moderne F., " La nature des marchés passés par les S.E.M. chargées de l'aménagement et de la gestion des marchés d'intérêt national ", Revue Droit Rural 1974, p. 1. **891**

Moderne F., " 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. **387**

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

Moderne F. " L'application mesurée du mandat en droit administratif ", P.A. 23 mai 1990, p. 17. **506**

Moderne F., " Les contrats de maîtrise d'oeuvre des S.E.M. ", R.F.D.A. 1994, p. 1072. **277**

Mousseron M. et J.-M., D. Mainguy, Le droit français nouveau de la transparence tarifaire, 2ème éd., 1997. **1101** p. 42 et 43, dispositif complété par d'autres textes, ibid. p. 24 à 29.

Négrin J.-P., " L'utilisation par l'Administration des associations de la loi de 1901 ", R.F.A.P. 1977, n°3, p. 113 et s. **984**

Nizard L., " A propos de la notion du service public, un juge qui veut gouverner ", D. 64, p. 147. **79**

Obata J., " Le droit administratif japonais face à la diversification de l'action administrative, R.F.A.P. 1995, p. 117. **1079**

Orlando V., " Du fondement juridique de la représentation politique ", R.D.P. 1898, p. 1. **23**

Paillet M., ouverture du colloque sur la transparence des activités publiques, P.A. 13 septembre 1995, p. 3. **1070**

Paillusseau J., " Le droit moderne de la personnalité morale ", R.T.D.C. 1993, p. 705. **1153**

Peyrical J.-M., " Commission d'appel d'offre : un pouvoir décisionnel prépondérant ", M.T.P., 2 déc. 1994. **354**

Pissaloux J.-L., " Le contrôle des associations par le juge des comptes ", P.A. 12 juin 1996, n° 71, p. 35. **1193**

Pontier J.-M., " L'imprévisibilité ", R.D.P. 1986, p. 42. **957**

Pontier J.-M., " Contractualisation et planification ", R.D.P. 1993, p. 641. **1017**

Prétot X., " L'incompétence de la juridiction administrative à connaître des conventions conclues par les organismes de Sécurité sociale ", D. Soc., 1983, p. 645. **1211**

Prévost J.-F., " A la recherche du critère du contrat administratif - la qualité des contractants ", R.D.P. 1971 p. 817. **580**

Rapp L., " Les M.E.T.P. éligibles au fond de compensation ? ", M.T.P. 19 juillet 1996, p. 35. **239**

Rials S., " Représentations de la représentation ", in La représentation, Droits, n° 6, octobre 1987. **23**

Richer L., " La notion de marché public ", in Droit des marchés publics, Le Moniteur, II, 510.2, p. 6.

Richer L., " Le contrat administratif de mandat ", Economie mixte, Sept.-oct. 1994, n° 10, p. 48 et s. **258**

Richer L., " L'application du droit privé aux collectivités locales ", R.F.D. 1996, n° 4, p. 123 et s. **466**

Rouquette R., " A propos du projet de loi sur la maîtrise d'ouvrage publique ", M.P. 1985, n° 207, p. 35. **273**

Rouquette R., " Directive travaux, dernière étape de transposition ", M.T.P. 3 avril 1992, p. 34 et s. **1275**

R. Rouquette, " La loi anti-corruption ", Gazette des communes, 8 mars 1993, p. 78.

R. Rouquette, " Les marchés semi-publics ", in Actualité des marchés publics, A.J.D.A. 1994, n° spécial, p. 18. **1287**.

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

Scoffoni G., " La Cour suprême des Etats-Unis et l'avènement d'un centrisme judiciaire ", Annuaire international de justice constitutionnelle, 1993, p. 385 et s. **750**

Sinkondo H., " La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration ? ", R.T.D.C. 1993, p. 239 et s. 1220

Terneyre Ph., " Contentieux de l'exécution des marchés de travaux publics et répartition des compétences juridictionnelles ", Mélanges Chapus, 1992, p. 599 et s. **1034**

Terneyre Ph., " Les S.E.M.L. et les contrats ", P.A. 25 octobre 1995, n° 128, p. 24. **213**

Terrazonni A., " Marchés publics et transparence ", in transparence et finances publiques, R.F.F.P. 1992, n° 40, p. 89 et s. **1093**

Touret B., " le régime juridique des concessions d'autoroutes ", A.J.D.A. 1972 I, p. 372. **578**

Valadou P., " Contrats des S.E.M. et mise en concurrence ", A.J.D.A. 1992, p. 635. **1269**

Weber Y., " La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs ", in Mélanges Drago 1996, p. 315 et s. **474**

Valadou P., " Le procédé contractuel en matière d'aménagement ", M.P., 1991, n° 258, p. 37. **918**

Vedel, G. " Remarques sur la notion de clause exorbitante ", Mélanges Mestre, 1956, p. 559 et s. **1243**

Waline M., " La notion de régie intéressée " R.D.P. 1948. p. 337 et s. **438**

Waline M., " A propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridictions compétent ", R.D.P. 1961, p. 15. **1005**

Weil P., " Le critère du contrat administratif en crise ", in Mélanges Waline, 1974, p. 841. **1324**

IV/ Conclusions de commissaires du gouvernement, notes de jurisprudence

Abella Ph., note sous T.C. 12 novembre 1984 Affaire du tunnel de Saintes-Maries-aux mines JCP 1985 II, n° 20508. **577**

Aguila Y., conclusions sur C.E. 10 mai 1995 *Centre hospitalier de Faucigny*, JCP 1995, n° 22454. **919**

Auby J.-M., note sous T.C. 8 juillet 1963 Soc. entreprise Peyrot, JCP 1963 II; n° 13375. **565**

Auby J.-M., note sous C.A. Paris du 2 décembre 1964, JCP 1965 II, n° 14357. **567**

Auby J.-M., " La théorie des institutions transparentes en droit administratif ", note sous C.E. 5 mai 1987 *Divier*, R.D.P. 1988, p. 267 . **583**

Batteur A., note sous Com. 17 octobre 1995, P.A. 26 avril 1996, n° 51, p. 13 et s., **131**

Bettinger Chr., note sous T.C. 7 juillet 1975, D-S 1977, p. 10. **664**

Blum L., Conclusions sur C.E. 31 juillet 1912, D. 1916. 3. 35, p. 16. **8**

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

Braibant G., conclusions sur C.E. 13 décembre 1963 précité, D. 1964, p. 56. **6**

Braibant G., conclusions sur C.E. 13 nov. 1970 *Ville de Royan*, R.D.P. 1971 p. 745. **354**

Braibant G., conclusions sur T.C. 17 janvier 1972 *S.N.C.F. c/ Solon et Barrault*, R.D.P. 1972, p. 465. **754**

Chardenet, conclusions sur C.E. 30 mars 1916 *Cie du gaz de Bordeaux* , p. 125). **415**

Combarous M., conclusions sur C.E. 17 avril 1964 Commune d'Arcueil, D. 64, p. 45. **769**

Combrexelle J.-D., conclusions sur C.E. 28 juin 1996 *Krieff*, JCP 1996, n° 22704. **476**

Courtial J., Observations sous l'arrêt de la C.A.A. de Lyon du 25 janvier 1996 *Soc. Bouygues S.A*, A.J.D.A. 1996, p. 193 **844**

C.E. 30 juin 1961 *Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur*, A.J.D.A. 1961, p. 646. **857**

Couzinet Ph., conclusions sur T.A. Paris 7 mai 1996, P.A. 10 octobre 1997, p. 14. **442**

Delpirou D., note sous T.C 10 mai 1993 *Société Wanner isofi isolation et société Nersa*, C.J.E.G. 1994, p. 92. **597**

Dorsner-Dolivet A., note sous Civ. 1^{ère} 3 février 1995, D-S 1994, p. 265. p. 266. **1165**

Durupty, M., note sous C.E. Sect. 18 juin 1976 *Dame Culard*, A.J.D.A. 1976, p. 580. **362**

Fatôme E., Observations sous C.E. 20 juillet 1990 *Ville de Melun*, JCP 1991 II, n° 21663. **585**

Fatôme E., " Les participations : financement et maîtrise d'ouvrage des équipements publics ", Droit et ville 1993, n° 36, p. 163 et s. **911**

Fouquet O., conclusions sur C.E. 21 octobre 1985 *Soc. des automobiles Delattre*, A.J.D.A. 1985, p. 105. **436**

Franc et Boyon, note sous C.E. Sect. 30 mai 1975 *S.E.R.M.*, A.J.D.A. 1975, p. 345. **651**

Frattaci, conclusions sur l'arrêt du C.E 28 juillet 1995 *Préfet de Paris c/ Soc. de gérance Jeanne d'Arc* - R.D.P. 1996, p. 573. 211

Genevois B., Conclusions sur T.C. 12 novembre 1984, affaire du tunnel de Saintes Marie-aux-mines, A.J.D.A. 1985, p. 158. **205**

Gentot M., Fourré P, note sous T.C. 7 juillet 1963, A.J.D.A. 1963, p. 464. **882**

Gardiès J., " La nature des travaux des sociétés d'économie mixte créées pour l'aménagement de zones industrielles ou de zones d'habitation ", A.J.D.A. 1957, p. 81 et s. **914** , relatif au décret du 10 novembre 1954.

Guglielmi G.-J., note sous C.E. 29 janvier 1993 *S.E.M.A.V.I.M.*; A.J.D.A. 1993 p. 301. **704**

Guillaume M., conclusions sur C.E. Sect. 3 mars 1989 *A.R.E.A.*, p. 71. **619**

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

Labetoulle D. conclusions Sur T.C. 21 mars 1983 *U.A.P.* A.J.D.A. 1983, p. 358 **1203**

Lachaume J.-F., note sous C.E. 7 janvier 1970 *Durand* , D-S 1970, p. 619. **468**

Lasserre B, conclusions sur C.E. 25 juillet 1985 *Commune de Gray*, M.P. 1986, n° 216, p. 16. **221**

Lasry, B. conclusions sur T.C. 8 juillet 1963 *Soc. entreprise Peyrot*, D. 1963, p. 535. **559**

Latournerie, M.-A., 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. **660**

Laubadère (De) A., note sous T.C. 1969 " *Interlait* ", A.J.D.A. 1969, p. 312. **904**

Long M., conclusions sur C.E. 11 mai 1956 *Société Gondrand*, A.J.D.A. 1956, II, p. 247, note 39. **1246**

Martin Ph., conclusions sur T.C. 10 mai 1993 *Soc. Nersa*, C.J.E.G. 1994, p. 87. **599**

Mazet, conclusions sur C.A. Paris 30 avril 1969, JCP 1969 II, n° 16003. **285**

Moderne F., note sous C.E. Sect. 5 mai 1972 *Sieur Allain*, G.P. 1972, p. 909. **721**

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

Moderne F., note sous C.E. Sect. 30 mai 1975 *S.E.R.M.*, JCP 1975 II, n° 18171. **672**

Moderne F., note sous C.E. Sect. 30 mai 1975 *S.E.R.M.*, D. 76 p. 5 et s. **373**

Moderne F., note sous C.E. Sect. 21 octobre 1977 *Monge*, A.J.D.A. 1978, p. 284. **244**

Moderne F., note sous C.E. 27 janvier 1984 *Ville d'Avignon c/ Da Costa Nunès*, Quot. jur. 4 août 1984, n° 92, p. 2. **737** et Cahiers du C.F.P.C. 1987, n° 22, p. 109 à 111. **459**

T.C. 23 octobre 1995 *Préfet de Paris c/ T.G.I. de Paris*, D.A. 1996, n° 9. **717**

Moderne F., note sous C.E. 6 mai 1988 *Ville de Denain*, C.J.E.G. 1988, p. 378

Négrin J-P, " Les associations administratives ", A.J.D.A. 1980, p. 134. **772**

Bienvenu J.-J., Rials. S., note sous C.E. Sect. 21 mars 1980 *Vanderielle* R.A. 1980, p. 497, note J.J. Bienvenu et S. Rials. **806**

Pochard M., conclusions sur C.E 20 juillet 1990 *Ville de Melun*, A.J.D.A. 1990, p. 820 et s. **587**

Pochard M., conclusions sur C.E. Sect. 8 février 1991 *Région Midi-Pyrénées*, R.F.D.A. 1992, p. 51. **934**

Rivet, conclusions sur C.E. 25 novembre 1921 *Savonnerie H. Olive*, R.D.P. 1922, p. 107. **482**

Rivet, conclusions sur C.E. 27 janvier 1927 *Triller*, R.D.P. 1927, p. 70. **249**

Rougevin-baville M., conclusions sur CE. Ass. 2 février 1973 *Trannoy*, p. 95. **483**

Schrameck O., conclusions sur C.E. 11 mai 1987 *Divier*, R.F.D.A. 1988, p. 784. **780**

Terneyre Ph., note sous C.E. 4 mai 1987 *S.A. Merx*, R.A. 1987, p. 350-351. **790**

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

Viallard A., note sur C.A. Bordeaux 13 juin 1990, D.M.F. 1991, p. 174 : " Les sociétés écrans: apparence ou transparence ? ". **1146**

Waline M., note sous T.C. 15 janvier 1973 *Société Quirelly-Goumy*, R.D.P. 1973, p. 1056. **906**

Waline M., note sous C.E. 15 décembre 1976 *S.C.I. Résidence Galliéni*, R.D.P. 1977, p. 500. **664**

V/ Jurisprudence, avis

A/ Juridictions administratives et Tribunal des conflits

C.E. 17 avril 1874 *Crosti*, p. 340. **305**

C.E. 29 mars 1910 *Cie générale des tramways*, S. 1911.3.1, concl. Blum, note Hauriou. **743**

C.E. 24 novembre 1911 *Soc. de Commentry*, p. 1107, **3**

C.E. 19 janvier 1912 *Marc et Béranger*, p. 75. **435**

C.E. 30 mars 1916 *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, S. 1916. 3.17. **975**

C.E. 24 janvier 1919 *Sieur Clauzel*, p. 68. **437**

C.E. 3 décembre 1919 *Bonnafous*, p. 879, **3**

C.E. 10 juin 1921 *Commune de Monségur*, p. 573. **519**

C.E. 11 juillet 1924, *Soc. des Hauts fourneaux de Gironde*, p. 673. **305**

C.E. 7 janvier 1927 *Triller*, S. 27. 3. 51, note P.L.J. **304**

C.E. 28 juin 1928 *Epoux de Sigalas*, p. 785. **525**

C.E. 30 novembre 1928 *Société générale thermale et balnéaire*, p. 1210. **532**

C.E. 30 janvier 1931 *Brossette*, p. 123. **354**

C.E. 18 octobre 1935 *Cie des chemins de fer du Nord*, p. 153. **524**

C.E. Sect. 22 novembre 1935 *Chouard et autres*, p. 1080. **909**

C.E. 24 janvier 1936 *Mure*, p. 105. **529**

C.E. Sect. 16 juillet 1936 *Groupement d'achat de la Marne*, p. 701. **196**

C.E. 30 octobre 1936 *Sibille et autres.*, p. 936 . **909**

C.E. 18 décembre 1936 *Sieur Prade*, D. 1938. 3. 70, S. 38. 3. 57. **228**

C.E. 16 juillet 1937 *Groupements d'achats de la Marne*, p. 700. **467**

C.E. 6 décembre 1937 *Servier*, p. 1000. **467**

C.E. Sect. 24 décembre 1937 *De la Bigne de Villeneuve*, P. 1089. **762**

T.C 13 juillet 1938 *soc. Forclum*, p. 1003, **3**

C.E. 2 février 1940 *Soc. coop. de reconstruction des églises du diocèse d'Amiens*, p. 44. **310**

C.E. 18 juillet 1941 *Société orléanaise des eaux*, D. 1942, p. 39. **544**

C.E. 13 février 1942 *Ville de Sarlat*, R.D.P. 1943, p. 359, note R.B. p. 349, et conclusions Léonard, p. 351. **531**

C.E. 2 février 1945 *Veuve Barbier*, p. 30. **527**

C.E Ass. 21 novembre 1947 *De Castex*, p. 433. **774**

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. **438**

C.E. 19 mai 1950 *Compagnie d'exploitation auto*, p. 304. **470**

C.E. 27 juillet 1951 *Commune de Montagnac*, p. 439. **978**

T.C. 27 mars 1952 *Office national de la navigation c/ Sieur Dahiez*, p. 623. **197**

C.E. 28 octobre 1952 *Soc. auxiliaire de distribution d'eau*, p. 345, **3**

C.E. 28 novembre 1952 *S.A.D.E. c/ Société des eaux de Marseille et sieur Néri*, p. 546. **413**

C.E. Sect. 18 décembre 1953 *S.C.R. " Liberté "*, p. 569. **314**

C.E. 24 février 1954 *Secrétaire d'Etat à la production industrielle c/ Soc. Ateliers Schwartz-Haumont*, p. 125 ; **10**

T.C. 28 mars 1955 *Effimieff*, p. 617. **314**

C.E. 12 juillet 1955 *Ville de Puteaux*, rec. T. p. 413. **594**

C.E. 27 mai 1957 *Artaud*, p. 351. **366**

C.E. 25 avril 1958 *Min. des finances c/ cinéma Bertrand* , p. 1035. **533**C.E. 8 janvier 1960 *Lafon*, p. 15. **217**

C.E. Ass. 13 mai 1960 *Secr. d'Etat à l'agriculture*, p. 328. **474**

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

C.E. Sect. 2 juin 1961 *Leduc*, A.J.D.A. 1961 II, p. 345. **315**

C.E. 20 décembre 1961 *Société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur*, p. 724. **665**

C.E. Sect. 19 février 1962 *Conféd.. Nat. Artisanale*, p. 46, conclusions Plouvin ; D-S 1962, p. 206. **763** ; R.D.P. 1962, p. 971, observations M. Waline **763**

C.E. 31 octobre 1962 *ép. Bossé et veuve Zeimet*, p. 582. **327**

C.E. 15 mars 1963 *A.S.R. de la Canche*, p. 170, R.D.P. 1964 p. 165 note M. Waline. **328**

T.C. 8 juillet 1963 *Société " Entreprise Peyot "*, p. 787. **10**

C.E. 13 juillet 1963 *A.S.R. de l'Estaque Mirabeau*, rec. T. p. 950. **323**

C.E. 13 décembre 1963 *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord*, p. 57. **3**

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

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 Combarnous. **593**

C.E. 29 juin 1964 X, p. 57. **471**

C.E. 20 novembre 1964 *Min. des finances c/ Soc. de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur*, p. 569. **607**

C.E. Ass. 26 février 1965 *Soc. du Vélodrome du Parc des princes* ; p. 133. **1247**

T.C. 25 mai 1965 *Macé*, p. 813. **314**

C.E. 16 juin 1965 *Cabet et veuve Méjean*, p. 362. **327**

C.E. 16 février 1966 *Bernard*, p. 113. **319**

C.E. 23 mars 1966 *Soc. des établissements Lemaire*, p. 229. **196**

C.E. 22 juin 1966 *Tur*, p. 412. **344**

C.E. 14 octobre 1966, p. 539. **328**

C.E. 30 novembre 1966 *Cons. Fèvre-Denis*, D.A. 1966, n° 404. **325**

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

C.E. 6 janvier 1967 *époux Berthot*, A.J.D.A. 1967 II, p. 417, obs. J.D. **216**

C.E. 9 juin 1967 *Soc. des eaux de Marseille*, A.J.D.A. 1968 II, p. 184, obs. P. Laporte. **411**

C.E. Sect. 10 nov. 1967 *Augusto*, p. 422. **354**

C.E. 10 novembre 1967 *Najedine et Pisani*, rec. T. p. 849, A.J.D.A. 1968, p. 307. **431**

C.E. 24 avril 1968 *Société concessionnaire pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc*, p. 255. **574**

C.E. 24 avril 1968 *Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc*, p. 255. **608**

T.C. 24 juin 1968 *Société "distilleries bretonnes" et société d'approvisionnements alimentaires*, p. 801. **895**

T.C. 3 mars 1969 *"Interlait"*, A.J.D.A. 1969, p. 307, avec une note A. de Laubadère. **894**

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

C.E. 16 avril 1969 *S.A. travaux hydrauliques et Entreprises générales*, R.D.P. 1970, p. 164, note M. Waline. **480**

C.E. 25 avril 1969 *Derobert*, D-S 1969, p. 498, note F. Moderne. **322**

C.E. 5 mai 1972 *Société d'équipement de l'Indre*, A.J.D.A. p. 51 et 52. **903**

C.E. 7 janvier 1970 *Durand*, D-S 1970, p. 615, note J-F Lachaume.. **331**

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

T.A. Paris 30 juin 1970 *Sieur Puntous*, p. 846. **219**

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

C.E. Sect. 26 novembre 1971 *S.I.M.A.*, p. 723. **549**

C.E. 21 juillet 1972 *Entreprise Ossude*, p. 562, A.J.D.A. 1973, p. 48. **899**

C.E. 10 novembre 1972 *Société des grands travaux alpins*, A.J.D.A. 1973 p. 47 **900**

C.E. Sect ; 29 janvier 1973 *Soc. d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, p. 48 ; C.J.E.G. 1973 p. 239, conclusions Rougevin-Bavile, note Carron ; A.J.D.A. 1973 p. 358, chron. Léger et Boyon, JCP 1974 II, n° 17629, note Pellet. **823**

C.E. Ass. 2 février 1973 *Trannoy*, p. 94. **480**

C.E. 21 mars 1973 *Société entre prise de grands travaux hydrauliques*, p. 231. **900**

C.E. Ass. 8 juin 1973 *Dame Peynet*, p. 406. **479**

T.C. 25 juin 1973, p. 847. **898**

C.E. 31 octobre 1973 *Société des grands travaux de Marseille*, Rec. T. p. 1135. **609**

C.E. 14 novembre 1973 *Société du canal de Provence*, p. 1030. **900**

C.E. 5 avril 1974 *Min. de l'E.N. c/ commune d'Onnaing*, JCP 1976, n° 18347. **297**

C.E. 24 avril 1974 *Société des entreprises Campenon-Bernard*, D.A. 1974, n° 165. **900**

C.E. Sect. 24 mai 1974 *Soc. Paul Millet et Cie*, A.J.D.A. 1974 II, p. 605. **314**

C.E. 23 juillet 1974 *Compagnie nationale du Rhône*, p. 447. **901**

C.E. Sect. 11 avril 1975, p. 230. **782**

C.E. 30 mai 1975 *Société d'équipement de la région montpelliéraine (S.E.R.M.)*, p. 326. **10**

T.C. 2 juin 1975 *Dlle Audran*, rec. T., p. 920. **314**

C.E. 11 juin 1975 *Carvenier*, rec. T. p. 921. **576**

C.E. 11 juin 1975 *Société d'équipement d'Auvergne*, Rec.T. p. 1730.

¹Rec. T. p. 1730. **653**

T.C 17 novembre 1975 *Cie française des pétroles*, p. 799. **552**

C.E. 21 mai 1976 *Durand et Frick*, p. 272. **298**

C.E. Sect. 18 juin 1976 *Dame Culard*, A.J.D.A. 1976, p. 579 et s., note M. Durupty. **219**

C.E. 30 juin 1976 *S.E.M. de la ville d'Aix-en-provence*, rec. T. p. 993. **958**

C.E. 5 juillet 1976 *S.A.R. de Rouen*, rec.T., p. 872. **643**

C.E. 22 décembre 1976 *Depassé*, p. 575. **954**

C.E. 30 mars 1977 *Société d'aménagement du quartier des julliottes*, rec. T. p. 1338. **522**

C.E. 13 mai 1977 *Soc. " Cie financière et industrielle des autoroutes "*, p. 219. **607**

C.E. 22 juillet 1977 *Soc. Nord Océan Poirsos Cie*, p. 348 et 740. **702**

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

C.E. 17 février 1978 *Soc. " Cie française d'entreprise "*, p. 88. **246**

C.E. 26 juillet 1978 *Monge et Le chèvre*, Req. 3078. **221**

T.C. 15 janvier 1979 *Payan*, p. 793. **511**

C.E. Sect. 2 février 1979 *Min. de l'Agriculture c/ Gauthier*, p. 38. **631**

T.C. 19 mars 1979 *Faugeron*, R.D.P. 1979, p. 1737, note M. Waline. **351**

T.A. Marseille 29 mai 1979 *Tramier*, Rec. T. p. 913. **610**

T.A. Paris 15 janvier 1980 *Ville de Paris c/ Ythier*, rec. T. p. 639. **402**

C.E.30 janvier 1980 *Commune de Mortagne/Gironde*, Req. 617. **547**

C.E. Sect. 21 mars 1980 *Vanderielle*, p. 162. **802** , avec les conclusions D. Labetoulle. **802**

T.C. 28 avril 1980 *Commune de Rimbach*, rec. T. p. 638. **351**

C.E. 27 février 1981 *De Vaivre*, rec. T. p. 655. **530**

C.E. 5 février 1982 *Dondel*, p. 53. **240**

C.E. 26 février 1982 *époux Birem*, Req. 17790, rec. T. p. 554. **808**

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

C.E. Sect. 23 avril 1982 *Ville de Toulouse c/ Aragnou*, p. 151. **479**

T.C. 8 novembre 1982 *Ville de Toulouse*, A.J.D.A. 1983, p. 200, obs. J.C. **801**

C.E. Ass. 22 décembre 1982 *C.C.E. de la S.F.E.N.A.*, p. 436. **819**

C.E. 21 janvier 1983 *Ville de Riom* , Req. 30.064. **303**

C.E. 2 février 1983 *U.T.U.P.R.*, p. 33. **1231**

C.E. 29 avril 1983 *Min. de l'E.N. c/ Ville de Clermont-Ferrand* , D.A. 1983 n° 245. **296**

C.E. 6 mai 1983 *Commune de Vitrolles*, Req. 7.488. **682**

C.E. 22 juin 1983 *Soc. Entreprise Coutant*, Req. 28489. **221**

T.C. 4 juillet 1983 *Gambini* (p. 540). **767**

C.E. 29 juillet 1983 *Albert Bertin*, D.A. 1983, n° 369. **788**

C.E. 24 janvier 1984 *Ville d'Avignon c/ Da Costa Nunès*, p. 28, Quot. Jur. 4 août 1984, n° 92, p. 2. **458**

C.E. 28 mars 1984 C.G.E., p. 136. **443**

C.E. 4 mai 1984, *Maternité régionale A. Pinard*, A.J.D.A. 1984, p. 468. **378**

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

C.E. 22 juin 1984 *Mme Nicolai et Mlle Nicolai*, Req. 40.605. **516**

T.C. 12 novembre 1984 *Vernoux*, p. 666. **399**

T.C. 12 novembre 1984, affaire du tunnel de Saintes-Marie-aux-mines,

C.E. 23 novembre 1984 *Ville de Condom c/ G.D.F.*, Req. 41.227. **545**

C.E. 7 décembre 1984 *Centre d'études marines avancées et M. Cousteau*, A.J.D.A. 1985, p. 274, note Ph. Godfrin. **295**

C.E. 25 janvier 1985 *S.E.M.I.P.*, Req. 44.560. **300**

C.E. 8 février 1985 *C.C.I. de Brest*, Req. 43.160. **422**

C.E. 29 mars 1985 *Soc. de travaux publics Fougerolles*, D.A. 85, n° 230. **654**

T.C. 22 avril 1985 *Laurent*, D.A. n°324., rec.T. p. 541 et 681. **11**

C.E. 24 avril 1985 S.E.A.S.O., R.D.P. 1986, p. 1697. **691**

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

C.E. 26 juin 1985 *Comm. De Rethel*, rec. T. p. 748. **221**

C.E. 27 septembre 1985 *Département de Vendée*, D.A. 1985, n° 540. **396**

T.C. 4 novembre 1985 *S.E.M. d'aménagement de la ville de Chartres*, D.A. 1986, n° 17. **705**

C.E. 13 novembre 1985 *S.A.R.L. Dumez*, Req. 42.392. **293**

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. **666**

C.E. 10 janvier 1986 *Soc. Ducassou et cie*, Req. 33.040. **224**

T.C. 20 janvier 1986 *Arquier*, D-S 1986, p. 350. **351**

T.A. Clermont-Ferrand 13 mai et 19 juin 1986 A J.D.A. 1986, p. 589, note J. Briseul ; M.P. 1986, n° 221, p. 10 et s. note M. François. **206**

C.E. 5 février 1986 *Soc. Languedoc Roussillon Paysage*, Req. 22.698. **869**

C.E. 4 juillet 1986 *R.A.T.P. et S.E.M.A.H.*, Req. 12.841. **733**

C.E. 11 juillet 1986 *Rust*, A.J.D.A. 1986, p. 656, obs. L. Richer. **351**

C.E. 11 juillet 1986 *Préfet de la Creuse*, rec. T. p. 611 ; annuaire du G.R.A.L. 1987, n° 66. **434**

C.E. 13 octobre 1986 *M. Barrat-Dupont*, Req. **548**

C.E. 15 octobre 1986 *Ville de Saintes*, Rec. T. p. 1091 ; D.S. 1987, S.C. p. 284, obs. Ph. Terneyre. **229**

C.E. 17 novembre 1986 *S.C.I. d'Hénin Liétard Simenin*, rec. T. p. 440. **351**

C.E. 9 décembre 1986 *S.E.M.A.R.B.O.*, R.D.P. 1987, p. 1089. **711**

C.E. Sect. 16 janvier 1987 *Ribot*, p. 9. **469**

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

C.E. 25 mars 1987 *Delevue*, p. 106. **466**

C.E. (avis) 7 avril 1987 *in* circulaire sur la gestion déléguée des services publics locaux du 7 août 1987 - J.O.R.F. 20 décembre 1987, p. 14863. **861**

C.E. 8 avril 1987 *Laurent*, Req. 63482. **635**

C.E. 11 mai 1987 *Soc. civile d'architectes Genuys et Lekou*, Req. 60.462. **293**

C.E. 11 mai 1987 *Divier*, A.J.D.A. 1987, p. 446 et s. **584**

C.E. 13 novembre 1987 *Société provençale d'équipement*, R.F.D.A. 1988, p. 382. **408**

C.E. Sect. 27 novembre 1987 R.F.D.A. 1988, p. 395. **644**

C.E. 25 novembre 1987 *Monge et entreprise L.R.C.*, Req. 52.535. **293**

C.E. 18 décembre 1987 *G. Masse*, Req. 60.892. **303**

C.E. 6 mai 1988 *Ville de Denain*, C.J.E.G. 1988, p. 375 et s., note F. Moderne. **234**

C.E. 12 octobre 1988 *Min. des affaires sociales c/ S.E.R.G.I.C.*, p. 338, **539**

C.E. 14 octobre 1988 *SOCEA-BALANCY*, M.P. 1989, n° 240, p. 8, note F. Moderne. **453**

C.E. 16 novembre 1988 *Soc. COFRETH*, Req.° 42. 866. **700**

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

C.E. 28 décembre 1988 *Association S.O.S. Paris*, Req. 74.957. **239**

C.E. 1^{er} février 1989 *SOCEA-Balancy*, req. 55.253. **448**

C.E. 1er mars 1989 *Soc. d'équipement de la Gironde*, P.A. 13 mai 1990, n° 62, p. 13, note F. Moderne.

C.E. Sect. 3 mars 1989 *A.R.E.A.*, p. 69. avec les conclusions Guillaume.; R.F.D.A. 1989, p. 619, note Pacteau 579 ; A.J.D.A. 1989, p. 391; note Dufau 579 ; JCP 1989 II, n° 21323, note Level. **473**

C.E. 31 mars 1989 *Mazaurin*, p. 137. **466**

C.E. Sect. 31 mars 1989 *Département de la Moselle*, Req. 57.000, p. 105. **549**

C.E. 17 avril 1989 *La Mache*, Quot. Jur. 13 février 1990, p. 11. **293**

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

C.E. 9 octobre 1989 *Crédit industriel et commercial*, Req. 84.503, rec. T. p. 781-783. **550**

C.E. 27 octobre 1989 *Fondeville*, rec. T. p. 281, D.A. 1989, n° 675. **388**

C.E. 22 juin 1988 *O.P.A.C. de Meurthe et Moselle*, Req. 53526. **1299**

C.A.A. Bordeaux 9 décembre 1989 *Cousseran*, R.F.D.A. 1990, p. 362, obs. L-F Fernandez-Maublanc et J-P Maublanc. **275**

C.E. 29 décembre 1989 *S.A. établissements Arrizoli, Bernard et Perre*, req. 60. 769. **693**

C.E Sect. 26 janvier 1990 *élections municipales de Chantilly*, p. 20. **781**

T.C. 26 mars 1990 *Dame Giroit*, D.A. 1990, n° 332. **534**

C.E. 29 juin 1990 *Entreprise Générale du Berry*, Req. 62.051. **729**

C.A.A. Bordeaux 16 octobre 1990 *S.C.R.E.G.*, Req. 89BX00157. **674**

C.E. 14 décembre 1990 *Société provençale d'équipement*, Req. 46. 796. **644**

C.E. 18 janvier 1991 *Soc. T.N.E.E.*, req. 73. 879. **697**

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

T.C. 23 janvier 1991 *Préfet de Loire*, p. 291. **771**

C.E. Sect. 8 février 1991 *Région Midi-Pyrénées*, p. 41., JCP 1991 II, n° 1738, obs. E. Fatôme ; R.F.D.A. 1992, p. 48, conclusions Pochard.. **472**

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

C.E. 15 janvier 1992 *Perbet*, Req. 62-302. **293**

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

C.A.A. Paris 7 juillet 1992 *S.A. La Campinoise d'habitation H.L.M.* p. 562. **197**

C.A.A. Lyon 19 novembre 1992 *S.A.S.F.*, Req. 91LY00390. **627**

C.E. 8 janvier 1993 *Pougnat*, Req. 93.221. **731**

C.E. Sect. 13 janvier 1993 *Dme Galtié*, R.F.D.A. 1994, p. 91 et s. avec une note P. Bon. **809**

C.E. 29 janvier 1993 *S.E.M.A.V.I.M.*, p. 20, A.J.D.A. 1993, p. 301. **673**

C.A.A. Nantes 17 février 1993 *A.D.E.F.-G.C.* 92NT00053, rec.T. p. 868. **779**

C.E. 17 février 1993 *Soc. d'équipement d'Auvergne*, M.P. 1993, n° 274, p. 17. **274**

T.C. 11 octobre 1993 *Soc. centrale sidérurgique de Richemont*, p. 405. **1245**

C.A.A. Nancy 15 avril 1993 *Département de la Marne*, Req. 91NC00026, rec.T. p. 869. **779**

T.C. 10 mai 1993 *Soc. Wanner isofi isolation et Soc. Nersa*, p. 399. **11**

C.A.A. Nantes 27 mai 1993 *Soc. S.T.A.A.L.*, Req. 90 NT00662. **256**

C.E. 14 juin 1993 *O.P.H.L.M. de l'Ardèche*, Req. 57.233. **546**

C.A.A. Lyon 28 juin 1993 *Commune de Domerat*, Req. 91LY00772. **296**

C.A.A. Nantes 8 juillet 1993 *Ville de Bourges*, Req. 91NT00798. **386**

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

C.E. 23 juillet 1993 *Entreprises d'assurances " Pacific Employeers Insurance Compagny "*, Req. 49.491, p. 223. **554**

C.E. (avis) du 18 novembre 1993, A.J.D.A. 1994, p. 466. **829**

C.E. 25 février 1994 *SOFAP Marignan immobilier*, D-S 1994, p. 536, note M. Lombard.; R.D.F.A. 1994, p. 510, concl. J. Arrhigi de Casanova. **535**

C.E. 20 mai 1994 *Commune de Saint-Egrève*, Req. 129.030, R.D.I. 1994, p. 445. **274**

C.A.A. Nantes 16 juin 1994 *Société anonyme S.A.D.E.*, Req. 92 NT 00353. **288**

C.E. 21 mai 1995 *S.C.R.E.G.*, req. 46. 624. **645**

C.E. 28 juillet 1995 *Préfet de Paris c/ Soc. de gérance Jeanne d'Arc*, JCP 1996 II n° 22577, p. 62, note V. Haïm ; R.D.P. 1996, p. 580 (6 espèces). **208**

T.C. 23 octobre 1995 *Préfet de Paris c/ T.G.I. de Paris*, D.A. 1996, n°9. **377** .

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

C.A.A. Lyon 25 janvier 1996 *Soc. Bouygues S.A.*, A.J.D.A. 1996A.J.D.A. 1996,p. 239. **845**

T.C. du 25 mars 1996 *Préfet de la Région Rhône-Alpes*, D.A. 1996 comm. 319. **514**

C.E. 15 avril 1996 *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ commune de Lambesc*, A.J.D.A. 1996, p. 806. **429**

T.A. Amiens 9 avril 1996 *S.E.D.I.C.*, D.A. 1997, n° 39. **708**

C.E. 26 juin 1996 *Commune de Céreste* D.A. 1996 n° 536 - 1er arrêt. **514**

C.E. Sect. 28 juin 1996 *Krieff*, D.A. 1996 n° 516. **351**

C.E. Ass. 10 juillet 1996 *Cayzeele*, A.J.D.A. 1996, p. 807. **1032**

C.E. 10 juillet 1996 *Comm. de Boissy-Saint-Léger*, Req. 132921. **227**

C.E. Ass. 30 octobre 1996 *Wajs et Monnier*, A.J.D.A. 1996, p. 1041. **862**

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

C.E. Sect. 28 janvier 1998 *Soc. Borg Warner*, A.J.D.A. 1998, p. 287. **215**

C.E. Sect. 20 mai 1998 *Communauté de communes de Piémont de Barr*, A.J.D.A. 1998, p. 632. **1313**

B/ Juridictions judiciaires

- Civ. 22 décembre 1851, D.P. 1852. 1. 37. **136**
- Req. 25 janvier 1864, D.P. 64. 1. 282. **172**
- Req. 5 avril 1880, D.P. 1881. 1. 13 **168**
- Req. 9 juillet 1885, D.P. 86. 1. 310. **145**
- C.Cass. 14 avril 1886, D. 1886.1.220. **9**
- Civ. 16 mars 1892, D.P. 1892. 1. 232. **137**
- Civ. 14 juin 1892, D.P. 1893. 1. 500. **181**
- Trib. civ. de la Seine 1er mars 1923, D. 1923, Somm. p. 90. **125**
- Crim. 7 juillet 1934, D.H. 1934, p. 510. **135**
- Req. 26 novembre 1935, S. 36.1.309. **125**
- Req. 10 février 1936, D.P. 37. 1. 92, rap. Pilon.**170**
- Req. 9 février 1938, D.H. 1938. 213. **142**
- Civ. 1ère 9 juin 1952, B.C. I, n° 192. **118**
- Civ. 28 janvier 1954, JCP 1954 II n° 7958. **1128**
- Civ. 1ère 1er juin 1954, D. 54, p. 611. **139**
- Civ. 1ère 16 juin 1954, B.C. I, n° 200, **115**
- Soc. 15 juillet 1954, B.C. IV, n° 532, p. 390. **119**
- Civ. 1ère 3 mai 1955, B.C. I, n° 181. **114**
- Com. 13 mai 1958, B.C. III, n° 187. **179**
- Com. 17 juillet 1958, B.C. IV, n° 940 **169**
- Com. 7 mai 1962, B.C. III, n° 240. **178**
- Cass. Ass. Pl. 13 déc. 1962, D. 1963, p. 277. **129**
- Civ. 1ère 28 janvier 1964 B.C. IV, n° 51. **109**
- Com. 3 mai 1965, B.C. III, n° 280. **176**
- C.A.Paris 12 décembre 1967, D. 68, p. 269. **147**
- Civ. 1ère 19 février 1968, G.P. 1968 - 2 - 144. **257**
- Cass. 12 mars 1969 B.C. III, n° 224. **126**

Soc. 17 mai 1969, D. Soc. 1969, p. 537. **1180**

Civ. 1ère 2 février 1972 *Société immobilière d'économie mixte de Saint-Gratien*, A.J.D.A. 1973 p. 47 **902**

Civ. 3ème, 17 novembre 1974, B.C. III, n° 150, p. 113. **902**

Civ. 1ère 8 juillet 1975, D. 76, p. 315. **135**

C. Cass., 16 décembre 1975, G.P. 4 avril 1976, p. 9. **989**

Com. 2 mars 1976, B.C. IV, n° 78. **108**

Civ. 3ème 8 mars 1977, D. 79, I.R. 122. **190**

C.A. Bordeaux, 1ère chambre 11 mars 1976 *Perrier c/ S.A.U.N.A.B.*, JCP 1976 II, n° 18513, note J. Leneveu. **656**

Civ. 1ère 23 mai 1977, B.C. I, n° 244. **105**

Civ. 3ème 15 février 1978, D. 78 I.R. 402. **174**

Civ. 1ère 27 mars 1979, B.C. I, n° 102. **392**

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

Com. 12 février 1980, D.S. 1981, p. 278. **100**

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

Civ. 1ère 22 juin 1981, B.C. I, n° 284.

Civ. 1ère 3 octobre 1981, B.C. I, n° 283. **392**

C.A. Paris 15 janvier 1982, JCP 1982 II, n° 19880. **573**

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

Com. 21 mars 1983, B.C. IV, n° 109. **101**

Civ. 1ère 10 mai 1983, B.C. I, n° 145. **868**

Civ. 3ème 5 juin 1984, B.C. III, n° 109. **101**

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

C.A. Paris 26 avril 1985, C.J.E.G. 1985, p. 353, chr. F. Moderne, p. 329 et s. **392**

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

Civ. 1ère 1er octobre 1985, B.C. I, (pourvoi 84-10.130) n° 242. **360**

C.A. Versailles 26 mai 1986, Req. 8141/84. **450**

Com. 22 juillet 1986, JCP

Civ. 1ère 5 mai 1987, Req. 85-17.505. **704**
C.Cass. 12 janvier 1988, B.C. IV, n° 16. **1291**
C. Cass. 5 février 1991, B.C. IV, n° 52. **1294**
C. A. Versailles 22 septembre 1992, Bull. Joly, 1992, p. 1315, n° 431, note C. Devès. **1295**
Civ. 1ère 18 avril 1989, B.C. I, n°150. **109**
C.A.Versailles 5 janvier 1990, R.T.D.C. 1990,p. 649. **140**
C.A. Paris 14 mars 1991,D. 91, I.R., p. 127. **142**
Civ. 1ère 14 mai 1991, D. 91, p. 449, note J. Ghestin. **947**
Civ. 1ère 16 décembre 1992, B.C. I, n° 316. **113**
C.A. Paris 1^{er} février 1993, JCP-E 1993 II, n° 489, note A. Couret et F. Peltier. **358**
Civ. 1ère 2 juin 1993, Req. 90-21.966. **646**
Civ. 1ère, 3 février 1993, D-S 1994, p. 265. **1117**
Com. 20 juin 1995, JCP 95, IV, n° 2009. **177**
C. cass. 18 juin 1996 *Gonin*, D.A. 1996 n° 536 - 2ème arrêt. **514**
Civ. 1ère 17 décembre 1996 *Soc. Locunivers*, D.A. 1997, n° 122. **1229**

C/ Conseil constitutionnel

D.C. 16 juillet 1971, L. Favoreu, L. Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 9ème éd., p 249. **765**
D.C. 25 juillet 1979, rec. C.C., 45. **827**
D.C. 20 janvier 1993, J.O.R.F. 22 janvier, p. 1122. **213**
D.C. n° 96-380 du 23 juillet 1996, A.J.D.A. 1996, p. 696. **829**

C/ Juridictions européennes

C.E.D.H. 30 janvier 1993 *Sigurdur A. Sigurjonsson*, D.A. 1993, n °468. **1197**
C.E.D.H. 28 septembre 1995 *Procola*, R.F.D.A. 1996, p. 795, études J.-L. Autin et F. Sudre, p.777. **113**
C.J.C.E. 23 octobre 1997, A.J.D.A. 1997, p. 991. **1233**

C.J.C.E. 15 janvier 1998 *Mannessmann Anlagenbau Austria AG e.a.*, aff. C-44-96. **1268**

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE	11
<u>PREMIERE PARTIE : L'INEXISTENCE DE LA REPRESENTATION DANS LES EXCEPTIONS AU CRITERE ORGANIQUE DU CONTRAT ADMINISTRATIF</u>	23
<u>TITRE 1 : LA REPRESENTATION CONVENTIONNELLE, UNE MODALITE D'APPLICATION DU CRITERE ORGANIQUE DU CONTRAT ADMINISTRATIF</u>	25
<u>Chapitre preliminaire : Mandat et quasi mandat en droit privé</u>	28
<u>Section 1 : Les traits fondamentaux du contrat de mandat</u>	33
§ 1/ Les éléments centraux du contrat de mandat	35
A/ L'application du principe représentatif	36
B/ Les conditions de reconnaissance du mandat	42
§ 2 Les éléments accessoires du contrat de mandat	45
A/ Les relations mandant / mandataire	46
B/ L'économie et l'étendue du mandat	49
<u>Section 2: L'existence de quasi mandats</u>	52
§ 1/ Les mandats conditionnels	52
A/ Le mandat conditionnel parfait : la déclaration de command	52
B/ Le mandat conditionnel imparfait : la convention de prête-nom	54
§ 2/ Les quasi mandats sans représentation	56
A/ Le contrat d'intermédiaire agissant pour le compte d'autrui : le contrat de commission	56
B/ Les quasi mandats sans représentation doublement translatifs de propriété	58
<u>Chapitre premier : L'unité du concept de mandat</u>	62
<u>Section 1 : Les mandats à fondement contractuel ou l'application modèle de la représentation conventionnelle</u>	64
§ 1/ Le principe de l'effet représentatif du mandat public	64
A/ Les effets de la représentation dans les rapports contractuels avec les tiers	64
B/ Les effets de la représentation dans les rapports extra contractuels avec les tiers	70

§ 2/ La compatibilité de l'effet relatif de la représentation avec la théorie civiliste du mandat	76
A/ L'engagement de la responsabilité du mandataire à l'égard du tiers	77
B/ L'engagement de la responsabilité du tiers contractant par le mandataire...	80
<u>Section 2 : Les mandats à fondement légal ou l'application modulable de la représentation conventionnelle</u>	84
§ 1/ Les mandats à fondement légal et à effets de représentation courants.....	85
A/ Les mandats à fondement légal et à mandataires de nature mixte	85
B/ Les mandats à fondement légal et à mandataires de nature unique.....	90
§ 2/ Le mandat à fondement légal et à effets de représentation partiels	96
A/ Les hypothèses d'effets représentatifs	97
B/ Les atténuations aux règles du mandat	101
<u>Chapitre deuxième : La dualité des conceptions du mandat public</u>	109
<u>Section 1/ Le particularisme de l'identification du mandat public par le juge</u> .	110
§ 1/ Variabilité des méthodes d'identification	111
A/ Une évolution des méthodes d'identification ?.....	111
B/ Une pluralité des méthodes d'identification	115
§ 2/ Les insuffisances des méthodes d'identification	130
A/ Les incertitudes de la distinction du mandat et de la concession	130
B/ Les incertitudes de l'assimilation de certains contrats à des mandats	135
<u>Section 2/ L'identification des prétendus particularismes du mandat public</u> ...	143
§ 1/ L'application au mandat d'un prétendu particularisme de principe du droit administratif	143
A/ La thèse de la nécessaire adaptation du mandat en droit administratif	144
B/ Les précédents d'adoption de notions de droit privé sans adaptation	147
§ 2/ L'appréciation erronée des caractères fondamentaux du mandat	152
A/ Méconnaissance du mandat de droit privé	153
B/ Confusions sur le mandat public	156
<u>Conclusion du titre 1</u>	160

**TITRE 2 : LA REPRESENTATION CONVENTIONNELLE, FONDEMENT INADEQUAT DES
VERITABLES EXCEPTIONS AU CRITERE ORGANIQUE DU CONTRAT
ADMINISTRATIF 163**

**Chapitre premier : Exceptions au critère organique du contrat administratif et
pseudo-mandats 176**

Section 1 / l'inexistence présumée d'un mandat préalable 178

§ 1/ L'inexistence d'un mandat dans le contrat initial 178

A/ La thèse originelle d'un mandat préalable 179

B/ L'abandon de la thèse du mandat 183

§ 2/ L'inexistence de mandat par absence de contrat initial 188

A/ Absence de contrat de mandat entre la personne publique et l'association
parapublique 188

B/ Absence de mandat entre personne publique et société à régime juridique
exorbitant du droit commun 192

Section 2/ L'absence des effets représentatifs du mandat 197

§ 1/ Absence constatée d'effets représentatifs dans la jurisprudence Peyrot 197

A/ Passation des contrats du concessionnaire d'autoroute 198

B/ L'exécution des contrats du concessionnaire d'autoroute 201

**§ 2/ Absence supposée d'effets représentatifs dans les jurisprudences Laurent
et Nersa 205**

A/ Absence probable d'effets représentatifs dans la jurisprudence Laurent .. 206

B/ Absence probable d'effets représentatifs dans la jurisprudence Nersa 209

Chapitre deuxième : Exception au critère organique et quasi mandat 213

Section 1: Une apparente aptitude du mandat à fonder la jurisprudence

S.E.R.M. 215

§ 1/ Une situation précontentieuse ressemblant à un mandat 215

A/ Similitude des indices révélant une absence d'autonomie 215

B/ Une situation de fait dissemblable d'une concession classique et
assimilable a priori à une délégation de maîtrise d'ouvrage publique 220

§ 2/ Des conséquences contentieuses similaires à celles du mandat 225

A/ L'absence d'invocabilité du contrat à l'égard du " mandataire " 225

B/ L'invocabilité par la personne publique des contrats passés par son
" mandataire " 229

<u>Section 2 : Une inaptitude certaine du mandat à fonder la jurisprudence</u>	
<u>S.E.R.M.</u>	234
§ 1/ <u>Une situation précontentieuse distincte de celle d'un mandat</u>	234
A/ Les indices essentiels de l'action " pour le compte " d'une personne publique, indices étrangers au mandat	235
B/ La distinction réglementaire entre l'action " au nom et pour le compte " et l'action " pour le compte " d'une personne publique	239
§ 2 <u>Des conséquences contentieuses non conformes à la théorie du mandat</u>	243
A/ Effets contentieux difficilement compatibles avec la théorie du mandat.	243
B/ Effets contentieux contraires à la théorie du mandat.....	247
<u>Conclusion du titre 2</u>	255
<u>Conclusion de la première partie</u>	256

<u>DEUXIEME PARTIE : L'ESSENCE DE LA TRANSPARENCE DANS LES EXCEPTIONS AU CRITERE ORGANIQUE DU CONTRAT ADMINISTRATIF</u>	258
--	------------

<u>TITRE 1 : LE CONCEPT DE TRANSPARENCE, FONDEMENT SOUS-JACENT DES EXCEPTIONS AU CRITERE ORGANIQUE DU CONTRAT ADMINISTRATIF</u>	260
--	------------

<u>Chapitre premier : Le contenu de la transparence appliquée par le juge</u>	262
--	------------

<u>Section 1/ La transparence directe liée au statut de la personne privée</u>	263
---	------------

§ 1/ La transparence liée à l'inconsistance de la personne privée	263
A/ La constance des critères de la transparence des associations	265
B/ La pérennité des critères de transparence en question.....	273
§ 2/ La transparence liée à la ressemblance de la personne privée avec une personne publique	281
A/ Les indices de la transparence par la ressemblance	282
B/ La portée du critère de la ressemblance.....	291
<u>Section 2/ La transparence indirecte liée à l'activité de la personne privée</u>	299
§1/ La transparence liée à la nature de l'activité.....	299
A/ Le critère matériel comme prétexte.....	300
B/ La maîtrise publique comme contexte.....	305
§ 2/ La transparence liée aux modalités d'accomplissement de l'activité.....	310
A/ Les prémisses annonciatrices d'une évolution.....	311
B/ Un faisceau d'indices révélateur d'une situation de transparence	316
<u>Chapitre deuxième : Les motifs de l'application de la transparence par le juge</u>	326
<u>Section 1/ Le motif immédiat : la volonté de préserver l'action administrative</u> 328	
§ 1/ La volonté de préserver l'administration contre autrui.....	329
A/ L'application effective de certaines règles exorbitantes du droit commun	329
B/ Les règles exorbitantes induites par la compétence administrative.....	336
§ 2/ La volonté de préserver l'administration contre elle-même ?	343
A/ L'influence éventuelle des abus des démembrements de l'administration sur la compétence administrative	344
B/ L'influence improbable de la compétence administrative sur les abus des démembrements de l'administration.....	349
<u>Section 2/ Les motifs médiats : la volonté de préserver la juridiction administrative</u>	355
§ 1/Le contournement de décisions politiques	356
A/ Le choix politique d'une extension de la " privatisation " de l'action publique.....	356
B/ La réaction " politique " par la publicisation de la compétence juridictionnelle	360
§ 2/ Le détournement des textes légaux ?.....	365
A/ La définition littérale de la compétence administrative résultant des textes invocables.....	366

B/ L'application libérale des textes attribuant compétence au juge
Administratif..... 371

Conclusion du titre premier 379

**TITRE 2 : LE CONCEPT DE TRANSPARENCE, FACTEUR DE RENOUVEAU DES
EXCEPTIONS AU CRITERE ORGAIQUE DU CONTRAT ADMINISTRATIF..... 380**

**Chapitre premier : Les bases conceptuelles d'une transparence organique
généralisée 382**

Section 1/ La dynamique générale de la transparence en droit contemporain 384

§ 1/ Les manifestations de la transparence en droit..... 385

A/ Les manifestations de la transparence matérielle 386

B/ Les manifestations de la transparence organique 395

§ 2/ Les finalités de la transparence en droit 400

A/ Les finalités d'ordre général de la transparence 401

B/ Les finalités propres à la transparence appliquée au domaine politico-
administratif 405

Section 2/ Les spécificités de la transparence organique 410

§ 1/ La transparence totale ou l'annihilation de la personnalité morale de droit
privé..... 412

A/ La transparence déclenchée par le juge 413

B/ La transparence orchestrée par le législateur..... 418

§ 2/ La transparence organique partielle ou l'avènement de la relativité de la
personnalité morale de droit privé..... 422

A/ La transparence partielle par atténuation des effets de la personnalité
morale ou l'échelle de la personnalité morale de droit privé 423

B/ La transparence partielle par atténuation des effets de la personnalité
privée ou la complexité de la personnalité morale de droit privé 427

**Chapitre deuxième : Les atouts jurisprudentiels d'une transparence organique
généralisée433**

<u>Section 1/ La cohérence des critères du contrat administratif</u>	435
§ 1/ L'abandon de la prépondérance infondée du critère organique en matière contractuelle	435
A/ L'explication plausible : le contrat, acte de gestion privée.....	437
B/ L'insuffisance de l'explication : le contrat administratif, acte de gestion publique.....	442
§ 2/ Abandon des incohérences induites sur le critère matériel par la prépondérance du critère organique	447
A/ Effets incohérents sur la notion de clause exorbitante du droit commun.	448
B/ Les effets incohérents sur le critère de l'objet du contrat	452
<u>Section 2/ La concordance entre le régime contractuel applicable aux personnes privées sous influence publique et le juge compétent</u>	459
§ 1/ La publicisation des règles de passation des contrats des personnes privées sous influence publique	459
A/ Le régime de passation résultant de la transposition des directives communautaires	460
B/ Les règles de passation d'origine interne	468
§ 2/ La publicisation du régime d'exécution des contrats personnes privées sous influence publique.....	473
A/ La publicisation d'origine légale des règles d'exécution	474
B/ La publicisation d'origine contractuelle des règles d'exécution	479
Conclusion du titre 2	485
Conclusion de la deuxième partie	487
CONCLUSION GENERALE	490
<u>TABLE DES MATIERES</u>	494

RESUME EN FRANCAIS : Les contrats administratifs entre personnes privées

La consécration, par le juge administratif français, de l'existence de contrats administratifs entre personnes privées a de quoi surprendre, en raison de la nature privée des cocontractants et de l'acte contractuel lui-même, considéré généralement comme un mode de gestion privée par excellence. La représentation, et plus particulièrement sa forme conventionnelle, le mandat, est présentée habituellement comme l'explication la plus plausible de ces solutions jurisprudentielles, la personne privée étant réputée agir comme représentante d'une personne publique. En réalité, il n'en est rien. Dans le cas d'une personne privée mandataire d'une personne publique, il n'y a point de contrat entre deux personnes privées puisque la personne publique est réputée être partie au contrat, le mandat public étant essentiellement semblable au mandat de droit privé. Inversement, les quatre véritables hypothèses de contrats administratifs entre personnes privées ne doivent rien à la représentation, ce que confirme notamment l'étude de leurs effets. Ils trouvent leur fondement de manière sous-jacente dans la transparence de la personnalité privée de certaines personnes morales. Dés lors, le concept de transparence, par sa dynamique propre et ses atouts, justifie un renouveau et une extension des contrats administratifs entre personnes privées, à mesure que le droit administratif instaure un particularisme marqué des contrats des personnes privées sous influence publique.

RESUME EN ANGLAIS : The public service contracts between two private persons

The French Judge in Civil service affairs having established the existence of public service contracts between private persons is quite unexpected, because of the private nature of the two contracting partners and of the transaction itself, which is generally considered as the private way of management. The representation, and more particularly its conventional aspect, the proxy, is usually presented as the most acceptable explanation of these jurisprudential solutions, the private person reputedly acting as a proxy of a public person. As a matter of fact, it does not happen that way. In the case of a private person commissioned by a public person, there is no contract between two private persons as such, since the public person is considered involved in the contract, the proxy in government law being essentially similar to the proxy in civil law. Inversely, the four actual formulas in public service contracts between private persons is in nothing imputable to the proxy, something which is incidentally confirmed when their consequences are examined. They are grounded implicitly in the transparency nature of the private character of some legal entities. Therefore, the concept of transparency, by its own dynamic and assets, justifies an extension and a renewed success of public service contracts between two private persons, simultaneously with the fact that government law instaure distinctive particulars in the contracts of private persons under government influence.

DISCIPLINE : DROIT PUBLIC

MOTS-CLES : Représentation - mandat - transparence - personnes publiques - personnes privées - influence publique - contrats administratifs - critère organique - fondement.

INTITULE ET ADRESSE DE L'U.F.R. OU DU LABORATOIRE : Centre de recherches et d'études administratives de Montpellier, 14 rue du Cardinal de Cabrières, 34000 Montpellier

