



# L'ordre public et le contrat

## Étude de droit comparé interne

**Marie-Caroline Vincent-Legoux**

DANS **ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT 2015/1 Tome 58**, PAGES 215 À 241  
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 0066-6564

ISBN 9782247152629

DOI 10.3917/apd.581.0240

Date de mise en ligne : 18/08/2021

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-archives-de-philosophie-du-droit-2015-1-page-215?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.**

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](https://cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

# L'ordre public et le contrat

## Étude de droit comparé interne

Marie-Caroline VINCENT-LEGOUX

*Maître de conférences en droit public à l'Université de Bourgogne Franche-Comté  
Membre du Centre de Recherche et d'Étude en Droit et Science Politique (CREDESPO)*

RÉSUMÉ. — Si en droit public comme en droit privé, l'ordre public limite la liberté contractuelle et fonde des atteintes à la stabilité des relations contractuelles, sa force impérative apparaît aujourd'hui tempérée par la sécurité juridique et par les exigences du service public. Mais il s'agit en réalité de la confrontation de plusieurs éléments de l'ordre public, en raison de la place croissante accordée dans l'ordre social à des valeurs liées à l'institutionnalisation de la paix sociale.

MOTS CLÉ. — Contrat – liberté contractuelle – sécurité juridique – service public – valeurs sociales

Point de contact entre l'ordre juridique étatique et « l'ordre social »<sup>1</sup>, l'ordre public garantit la réalisation de « l'idée de droit » de la société<sup>2</sup> en imposant une discipline dans la vie sociale et juridique<sup>3</sup>. Il apparaît ainsi d'emblée comme un ordre de limitation des libertés, notamment de la liberté de créer du droit<sup>4</sup>. Il limite la libre élaboration des actes juridiques qui ne résultent pas de l'exercice d'une prérogative de puissance publique : actes unilatéraux des particuliers et contrats administratifs ou privés définis classiquement comme des accords de

<sup>1</sup> *Dictionnaire général de sciences humaines* : état de stabilité des relations sociales.

<sup>2</sup> Au sens que lui a donné Georges Burdeau : « il y a à un moment donné, dans une société donnée, un certain nombre de représentations de ce que peut être l'ordre social désirable. Et ce sont ces représentations qui agissent sur l'évolution juridique de la société considérée », *Traité de science politique*, t. 1, vol. 1, LGDJ, 1980 n°8). Un ordre est toujours fondé sur une idée (*Vocabulaire technique et critique de la philosophie*).

<sup>3</sup> Marie-Caroline Vincent-Legoux, *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, PUF « Les grandes thèses du droit français », 2001, spéc. p. 15 et s., 526 et s. Ch. Perelman, « À propos de l'idée d'un système de droit », in *Éthique et droit*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 502 : « la notion vague d'ordre public est une technique d'assouplissement et d'adaptation du système juridique aux valeurs dominantes dans la société ».

<sup>4</sup> M.-C. Vincent-Legoux, *op. cit.*, p. 25 et s., spéc. p. 108 et s.

volontés créateurs d'obligations entre les parties<sup>5</sup>. Alors que les « sources principales du droit », à savoir les actes unilatéraux publics créateurs d'obligations à la charge des tiers, doivent appliquer les règles de droit qui leur sont supérieures, les « sources secondaires du droit », parce qu'elles ne sont pas des « actes de souveraineté », peuvent écarter le contenu normatif des « sources principales » dans la mesure où la puissance publique ne s'y oppose pas pour assurer l'ordre public<sup>6</sup>. Le Professeur Ghestin a expliqué que c'est « la recherche par le droit objectif du juste et de l'utile [qui] justifie la force obligatoire du contrat et en fixe les conditions et les limites : le contrat n'est sanctionné « que parce qu'il est utile et à condition qu'il soit juste »<sup>7</sup>. Le droit subjectif de créer du droit par un accord de volontés contribue à l'harmonie sociale à laquelle l'ordre juridique tend et le respect de la parole donnée est, outre un devoir moral, un élément de la paix sociale. L'utilité du contrat est renforcée lorsqu'il est conclu par une personne publique pour satisfaire les besoins du service public<sup>8</sup>. On sait qu'un lien suffisamment étroit avec le service public confère au contrat conclu par une personne publique une nature administrative<sup>9</sup> à laquelle sont attachés des droits de l'Administration contractante et de son cocontractant fondés sur les impératifs de continuité et de mutabilité du service public<sup>10</sup>.

En droit privé, l'article 1134 du code civil qui admet la force obligatoire du contrat la subordonne à la conformité du contrat aux exigences légales qui sont fondées sur l'ordre public. Cette solution est reprise par le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats (art. 1194). La liberté contractuelle, posée seulement *a contrario* par l'article 6 du code civil<sup>11</sup>, est reconnue aux personnes publiques comme aux personnes privées<sup>12</sup> et a été

<sup>5</sup> V. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF 2000 n°15 ; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1927, t. 1, p. 380 et s. ; L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ « Manuels », 2014, n°7 et s. Selon le projet d'ordonnance relatif au droit des contrats, un contrat est plus largement un « accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit » (art. 1101).

<sup>6</sup> La sociologie juridique distingue les phénomènes juridiques selon qu'ils sont « primaires » ou « secondaires » : les premiers sont les phénomènes d'autorité, de pouvoir (lois, jugements, etc...) dont dérivent les autres (contrats, etc...) ; v. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz 2012, n°148.

<sup>7</sup> J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, 1993, n°224 et s.

<sup>8</sup> J. Waline, La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif, *Mélanges Ghestin*, LGDJ 2001 p. 965 : « un contrat qui ne correspondrait pas à l'utilité sociale serait certainement contraire au seul but que doit poursuivre l'Administration ».

<sup>9</sup> V. L. Richer, *op. cit.*, n°144 et s. L'arrêt du Tribunal des conflits du 13 oct. 2014 SA AXA France (RFD A 2014 p. 1068 concl. F. Desportes) a modifié la définition de la clause exorbitante du droit commun : « clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs ».

<sup>10</sup> V. L. Richer, *op. cit.*, n°32 et s. ; A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. 2, LGDJ 1984 n°1160.

<sup>11</sup> La loi n°2015-177 du 16 fév. 2015 habilitant le gouvernement à réformer par voie d'ordonnance le droit commun des contrats de droit privé a précisé qu'il doit affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la liberté contractuelle. Le projet d'ordonnance proclame que « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi » (art. 1102).

rattachée à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen par le Conseil constitutionnel<sup>13</sup>. Mais, à l'instar des libertés publiques, elle doit être conciliée avec l'ordre public. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats dispose que « la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché » (art. 1102). L'interdiction de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux va de soi puisqu'ils sont d'ordre public<sup>14</sup> et elle ne devrait pas céder devant des intérêts privés contrairement à ce que la formulation du texte suggère.

Uni aux libertés par une relation dialectique, l'ordre public se manifeste aussi comme un ordre de protection des libertés, notamment en assurant leur effectivité<sup>15</sup>, ce qui le distingue de l'intérêt général<sup>16</sup>. Il assure ainsi l'exercice effectif de la liberté contractuelle par des personnes placées dans une situation de faiblesse (salariés, consommateurs, incapables, personnes victimes d'un dol, etc...), poursuivant alors des intérêts publics catégoriels<sup>17</sup>.

En tout cas, l'ordre public est impératif dans la relation ambivalente qu'il entretient avec la liberté contractuelle et peut l'être aussi à l'égard de la stabilité des relations contractuelles (I).

Au-delà de l'unité fonctionnelle de la notion d'ordre public en droit interne, une unité conceptuelle a pu être établie : les composantes de la notion qui se manifestent en droit public et en droit privé révèlent les valeurs dominantes de l'organisation sociale et sont elles-mêmes « ordonnées » pour qu'un conflit de valeurs puisse être tranché. Ordre de fondation de valeurs, l'ordre public est gardien de la paix sociale et promoteur d'une harmonie sociale reposant sur une idée du bien commun et de la justice<sup>18</sup>. Or, si la force de l'ordre public à l'égard du contrat apparaît aujourd'hui tempérée par des impératifs liés à la sécurité juridique et au service public, on assiste certainement à la confrontation de plusieurs éléments de l'ordre public (II).

## I. — UN ORDRE PUBLIC IMPÉRATIF

Le caractère impératif de l'ordre public s'est affirmé à l'égard de la liberté de contracter (A) et de la stabilité des relations contractuelles (B).

<sup>12</sup> Civ. 3<sup>e</sup> 15 fév. 1972, *JCP* 1972.II.17095 obs. J.P. Levy ; CE 2 fév. 1983 *UTPUR*, *Rec.* p. 33 ; 28 janv. 1998 *Sté Borg Warner*, *Rec.* p. 20.

<sup>13</sup> CC n°543 DC 30 nov. 2006, GDCC.

<sup>14</sup> Civ. 3<sup>e</sup> 22 mars 2006, pourvoi n° 04-19-349 : a décidé, au visa de l'art. 8 de la Convention EDH que le droit d'héberger un proche est d'ordre public ; dès lors, les clauses d'un contrat de bail d'habitation ne peuvent pas priver le locataire de ce droit essentiel ».

<sup>15</sup> Mais aussi en fondant des garanties procédurales et en bornant l'exercice des « pouvoirs » habilités à les restreindre : M.-C. Vincent-Legoux, *op. cit.*, p. 189 et s.

<sup>16</sup> M.-C. Vincent-Legoux, *op. cit.*, p. 525.

<sup>17</sup> M.-C. Vincent-Legoux, *op. cit.*, p. 201 et s.

<sup>18</sup> M.-C. Vincent-Legoux, *op. cit.*, p. 345 et s.

## A. — À l'égard de la liberté de contracter

Classiquement, un contrat n'est légalement formé que s'il respecte des conditions générales fondées sur l'ordre public, les unes sur l'ordre public de direction, les autres sur l'ordre public de protection<sup>19</sup>.

L'ordre public de direction est constitué d'éléments qui se manifestent comme des limites de la liberté contractuelle pour assurer le respect d'intérêts publics généraux. Sa violation est traditionnellement sanctionnée par la nullité absolue du contrat qui peut être dénoncée par les deux parties au contrat et, en droit privé, par une personne intéressée<sup>20</sup> mais aujourd'hui en contentieux administratif, dans le cadre des nouvelles actions en contestation de la validité d'un contrat administratif ouvertes aux parties et aux tiers, c'est la particulière gravité du vice qui justifie l'annulation du contrat<sup>21</sup>.

L'exigence de licéité de l'objet du contrat repose sur l'ordre public de direction. L'ordre public assure ici le respect de valeurs « totem » protégées en raison de leur caractère « sacré » pour la société. Les choses qui sont liées à elles de manière indissoluble sont exclues du commerce juridique selon l'article 1128 du code civil. Évidemment, « de par sa nature même, la dignité de la personne humaine doit être placée hors du commerce »<sup>22</sup>. La Cour de cassation en a déduit en 1991 que les conventions organisant l'activité de mère de substitution contrevennent « tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes »<sup>23</sup>. Si la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 a consacré la nullité de telles conventions (art. 16-7 du code civil) et incriminé la provocation à l'abandon de l'enfant à naître (art. 227-12 du code pénal), elle n'a qualifié d'ordre public que le principe de l'extra-patrimonialité du corps humain, de ses éléments et de ses produits (art. 16-1, 16-6 et 16-9 du code civil). Des arrêts de la Cour de cassation du 6 avril 2011 en ont déduit qu'« en l'état de droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public »<sup>24</sup>. Aujourd'hui les juridictions suprêmes cherchent à protéger les droits des enfants concernés au regard des exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>25</sup>. La souveraineté de l'État est une autre

<sup>19</sup> J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t.1, LGDJ 2013 n°654 et s.

<sup>20</sup> J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op. cit.*, t. 1, n°648. La solution est confirmée par le projet d'ordonnance relative au droit des contrats : « la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général » (art. 1179) ; « la nullité absolue peut être invoquée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public » (art. 1180).

<sup>21</sup> V. *infra* CE Ass. 28 déc 2009 *Cne de Béziers*, *RFDA* 2010 p. 506 concl. E. Glaser et p. 519 note D. Pouyaud ; CE 4 avril 2014 *Département du Tarn-et-Garonne*, *RFDA* 2014 p. 425 concl. B. Dacosta.

<sup>22</sup> Concl. Frydman sur CE Ass. 27 oct. 1995 *Cne de Morsang-sur-Orge*, *RFDA* 1995 p. 1204, arrêt célèbre pour avoir intégré la dignité de la personne humaine dans la moralité publique.

<sup>23</sup> Ass. plén. 31 mai 1991, *D.* 1991 p. 417 rap. Chartier, note D. Thouvenin.

<sup>24</sup> Civ. 1<sup>re</sup> 6 avril 2011, *D.* 2011 p. 1014.

<sup>25</sup> CE 12 déc. 2014 *Assoc. Juristes pour l'enfance*, *Rec.* à par. : la passation d'une convention de mère porteuse, bien qu'entachée de nullité au regard de l'ordre public, ne peut priver les enfants qui en sont issus de la nationalité française par filiation, sauf à méconnaître les exigences de l'art. 8 de la

valeur « totem » défendue par l'ordre public, si bien qu'ont été jugés hors du commerce juridique les mandats de justice, les offices notariaux<sup>26</sup>, l'organisation territoriale de la République<sup>27</sup>, le pouvoir de police et le pouvoir réglementaire – qui ne peuvent donc être exercés qu'au moyen d'actes de souveraineté : des actes unilatéraux publics<sup>28</sup> – et, plus généralement, les prérogatives de puissance publique<sup>29</sup>. En dehors des choses hors du commerce, une prestation prévue par un contrat peut être illicite parce qu'elle viole une règle d'ordre public qui l'interdit, comme la vente d'un bien du domaine public méconnaît le principe de l'inaliénabilité du domaine public<sup>30</sup>. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats se borne à affirmer que le contrat ne peut pas déroger à l'ordre public « par son contenu » (art. 1161) ; la suppression des « choses hors du commerce » révèle le renoncement des gouvernants à inscrire dans l'ordre juridique l'existence de valeurs sacrées pour la société.

C'est aussi l'ordre public de direction qui fonde l'exigence d'une cause licite. Aux termes de l'article 1133 du code civil, « la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». Les bonnes mœurs sexuelles se sont estompées au profit notamment d'une moralité publique humaniste<sup>31</sup>. Selon l'arrêt du Conseil d'État du 15 février 2008 *Commune de la Londe-Les-Maures*, « une convention peut être déclarée nulle lorsqu'elle [...] est fondée sur une cause qui, en raison de l'objet de cette convention ou du but poursuivi par les parties, présente un caractère illicite »<sup>32</sup>. Le projet de réforme du droit des contrats rédigé par la Chancellerie, s'il élimine formellement la notion de

---

Conv. EDH en matière de droit au respect de la vie privée. Ass. plén. 3 juil. 2015, *D.* 2015 p. 1438 note I. Gallmeister : a autorisé la transcription sur les registres français des actes de naissance d'enfants nés en Russie par gestation pour autrui. CEDH 26 juin 2014 *Mennesson et Labassée*, *D.* 2014 p. 1797 note F. Chénéde : a condamné la France, au motif que le refus de transcrire la filiation des enfants à l'égard du père biologique constitue une atteinte disproportionnée à la vie privée des enfants protégée par l'art. 8 de la Conv. EDH.

<sup>26</sup> V. respectivement Civ. 1<sup>re</sup> 20 mars 1984, *Bull.* n°109 ; 20 oct. 1993, *Bull.* n°293.

<sup>27</sup> CE 26 mai 2009 *Départ. des Deux-Sèvres*, *AJDA* 2009 p. 1077.

<sup>28</sup> CE 8 mars 1985 *Assoc. Les amis de la terre*, *Rec.* p. 73 et J. Moreau, De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel, *AJDA* 1965.I.3. C.E. Sect. 20 janv. 1978 *Synd. nat. de l'enseignement technique agricole public*, *Rec.* p. 22 ; CE 9 juil. 2015 *Football Club des Girondins de Bordeaux*, *JCP A* 20 juil. 2015, act. 629.

<sup>29</sup> CE 23 janv. 1981 *Simeon*, *AJDA* 1981 p. 204 et J. Moreau préc. : les « pactes sur décisions futures » sont nuls.

<sup>30</sup> CE 1<sup>er</sup> mars 1989 *Bero*, *Dr. adm.* 1989 n°244 ; art. L. 3111-1 CGPP.

<sup>31</sup> V. J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op. cit.*, t. 1, n°534, t. 2 n°1032 et s. Civ. 1<sup>re</sup> 4 nov. 2011, *JCP G* 2012.9 note D. Bakouche : « le contrat proposé par un professionnel relatif à l'offre de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, qui ne se confond pas avec une telle réalisation, n'est pas nul, comme ayant une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, du fait qu'il est conclu par une personne mariée ». Civ. 1<sup>re</sup> 27 fév. 2013, *JCP A* 23.09.2013 n°2274 ; Civ. 1<sup>re</sup> 29 oct. 2014, *D.* 2015 p. 242, concernant le contrat d'assurance relatif à l'exposition « Our body, à corps ouvert » dont la cause porte atteinte au « principe d'ordre public selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort » (v. l'art. 16-1-1 du code civil).

<sup>32</sup> CE 15 fév. 2008 *Cne de la Londe-Les-Maures*, *AJDA* 2008 p. 575 chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau. V. déjà CE 25 nov. 1921 *Sté Savonneries Olive*, *Rec.* p. 977.

cause, continue à prévoir un contrôle du but poursuivi par les contractants : « le contrat ne peut déroger à l'ordre public [...] par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties » (art. 1161)<sup>33</sup>.

Enfin, il est certain que « les questions relatives à la compétence des autorités habilitées à passer des contrats au nom des collectivités publiques sont d'ordre public et ne peuvent faire l'objet de conventions entre les parties »<sup>34</sup>. Il en est de même des règles relatives à la compétence des personnes publiques elles-mêmes. Les compétences sont des fonctions d'intérêt général qui conditionnent le bon fonctionnement de l'Administration. Romieu a combattu l'assimilation de la compétence des personnes publiques à la capacité des personnes privées<sup>35</sup>.

L'ordre public de protection est, quant à lui, composé d'éléments qui, tout en apparaissant à première vue comme des limites de la liberté contractuelle, ont aussi pour fonction de la protéger en assurant son exercice effectif par les contractants placés en position de faiblesse par rapport aux autres. Il protège des intérêts publics catégoriels au-delà de l'intérêt particulier de la partie faible<sup>36</sup>, dès lors que « la finalité de protection des plus faibles [...] constitue une préoccupation d'intérêt public »<sup>37</sup>. Sa violation est traditionnellement sanctionnée par la nullité relative du contrat qui ne peut être dénoncée que par la partie faible<sup>38</sup> mais dans le cadre des nouvelles actions en contestation de la validité d'un contrat administratif ouvertes aux parties et aux tiers, la particulière gravité d'un vice est présentée comme justifiant l'annulation du contrat<sup>39</sup>. L'ordre public de protection lutte notamment contre les principaux obstacles de fait susceptibles d'entraver la liberté de contracter : un manque de discernement, une crainte, une erreur spontanée ou provoquée. Il justifie donc les conditions générales de régularité des contrats que sont la capacité d'une partie privée à contracter et l'exigence de consentements libres et éclairés. Les mineurs non émancipés et les majeurs protégés au sens de l'article 488 du code civil sont incapables de contracter dans la mesure définie par la loi<sup>40</sup>. L'ordre public de protection tient également pour nulles les décisions d'une personne dépourvue de raison<sup>41</sup>. Par analogie, les personnes morales de droit privé ne sont aptes à contracter que si elles sont valablement constituées et régulièrement représentées<sup>42</sup>, ce que doit vérifier la personne

<sup>33</sup> Cette précision a été donnée par Civ. 1<sup>re</sup> 7 oct. 1998, *Bull.* n°285. La jurisprudence ajoute l'exigence d'un motif illicite ou immoral déterminant (Civ. 29 juin 1959, *Bull.* n°322).

<sup>34</sup> CE Sect. 13 juil. 1961 *Sté d'Entreprises Générales*, *Rec.* p. 473.

<sup>35</sup> Concl. sur CE 24 juin 1892 *De Quatre-Barbes*, *Rec.* p. 564.

<sup>36</sup> Comp. le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : la nullité est relative « lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé » (art. 1179).

<sup>37</sup> M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ « Thèses », 2004, n°1023.

<sup>38</sup> V. dans le même sens le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats (art. 1181).

<sup>39</sup> V. *infra* CE Ass. 28 déc. 2009 *Cne de Béziers*, *RFDA* 2010 p. 506 concl. E. Glaser et p. 519 note D. Pouyaud ; CE 4 avril 2014 *Départ. du Tarn-et-Garonne*, *RFDA* 2014 p. 425 concl. B. Dacosta.

<sup>40</sup> Art. 1124 du code civil. V. aussi le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats (art. 1145). En cas de difficulté sérieuse, le juge administratif doit renvoyer la question au juge judiciaire (CE 4 déc. 1930 *Boaisne*, *Rec.* p. 1029).

<sup>41</sup> Art. 489 du code civil. Selon l'art. 1128 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, « pour consentir valablement, il faut être sain d'esprit ».

<sup>42</sup> CE 28 nov. 1986 *OPHLM d'Ivry-sur-Seine*, *RDJ* 1987 p. 1092 ; Civ. 1<sup>re</sup> 25 mai 1992, *Bull.* n°156.

publique cocontractante<sup>43</sup>. Des incapacités spéciales protègent les cocontractants des parties qu'elles concernent en présumant la commission d'un dol en raison d'une situation de conflit d'intérêts. Ainsi les tuteurs ne peuvent-ils, sous peine de nullité, acquérir les biens de ceux qu'ils protègent, ni les administrateurs, les biens des collectivités ou établissements publics confiés à leurs soins<sup>44</sup>. Lorsque l'une des parties s'est trompée ou a été trompée sur un élément du contrat, son consentement qui n'est pas suffisamment éclairé est considéré comme vicié par une erreur ou un dol à certaines conditions posées par les articles 1110 et 1116 du code civil auxquels le juge administratif n'hésite pas à se référer expressément. L'erreur doit avoir porté sur l'identité ou une qualité convenue de l'objet du contrat ou de la personne du cocontractant, avoir déterminé le consentement de la partie qui l'a commise et être excusable<sup>45</sup>. Le dol suppose en tout cas que l'une des parties ait intentionnellement provoqué une erreur chez son cocontractant au moyen de manœuvres, de mensonges ou d'une réticence<sup>46</sup>. L'arrêt du Conseil d'État du 19 décembre 2007 *Société Campenon Bernard* s'est rallié à la position de la jurisprudence civile en admettant que la qualification de dol implique le caractère déterminant des manœuvres et exclut l'idée de faute de la victime<sup>47</sup>. Le consentement d'une partie est vicié par la violence lorsqu'il est déterminé par une menace illégitime<sup>48</sup>.

Enfin, l'existence d'une cause, qui a pu être interprétée comme une condition d'existence d'un contrat tant en droit privé qu'en droit public<sup>49</sup>, a été rattachée à l'ordre public de

<sup>43</sup> CE 17 déc. 2008 *OPH de Nice*, Contrats et marchés publics 2009 n°39 comm. G. Eckert.

<sup>44</sup> Art. 1596 du code civil. Civ. 1<sup>ère</sup> 29 nov. 1988, *Bull.* n°341. CE 25 mars 1987 DELERUE, *Rec.* p. 106.

<sup>45</sup> CE 26 avril 1950 *Domergue*, *Rec.* p. 813 ; CAA Versailles 12 juin 2014 *Sté Paysages Clément*, Contrats et marchés publics 2014 n°243 obs. M. Ubaud-Bergeron. Soc. 3 juil. 1990, *Bull.* n°329.

<sup>46</sup> Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats évoque la dissimulation intentionnelle d'une information qui devait être fournie conformément à la loi (art. 1136) et précise que le dol est constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du cocontractant, ou même d'un tiers si le cocontractant en a eu connaissance et en a tiré avantage (art. 1137).

<sup>47</sup> CE 19 déc. 2007 *Sté Campenon Bernard*, *RJEP* 2008 n°20 comm. J. Gourdou et Ph. Terneyre, revenant sur CE 14 déc. 1923 *Sté des Grands Moulins de Corbeil*, *Rec.* p. 852, qui avait distingué le dol déterminant et le dol incident. La Cour de cassation a rejeté la notion de dol incident (Civ. 3<sup>e</sup> 22 juin 2005, *Bull.* 137) et considéré qu'une erreur est toujours excusable quand elle est provoquée intentionnellement par un dol (Civ. 3<sup>e</sup> 21 fév. 2001, *Bull.* n°20). Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats dispose que le caractère déterminant des vices du consentement s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances de l'espèce (art. 1130) et que l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable (art. 1138).

<sup>48</sup> Art. 1112 à 1114 du code civil. Civ. 3<sup>e</sup> 19 fév. 1969, *Bull.* n°119. CE Sect. 19 janv. 1945 *SA des Aéroplanes Voisins*, *Rec.* p. 19. Selon le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, « il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable » (art. 1139). Et l'art. 1142 intègre dans la violence l'abus de l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie.

<sup>49</sup> Art. 1131 du code civil : l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet. Concl. Theis sur CE 29 janv. 1947 *Michaux*, *RDP* 1948 p. 78 : « le défaut de cause consiste en ceci qu'au moment où il a été conclu, le contrat ne pouvait permettre d'atteindre le résultat que les parties ou l'une d'entre elles avaient en vue en le souscrivant. Il s'agit donc d'une lacune congénitale, si l'on peut ainsi parler, de l'absence d'un élément constitutif du contrat ». CE 12 nov. 1948 *Cie des Messageries maritimes*, *Rec.*

protection par la Cour de cassation<sup>50</sup>. L'absence de la contrepartie convenue révèle un déséquilibre complet du contrat qui porte atteinte à la justice commutative. Aux termes du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, « un contrat à titre onéreux est nul lorsqu'au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire » (art. 1167) et « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite » (art. 1168)<sup>51</sup>. La notion de cause reste sous-jacente mais n'apparaît plus explicitement.

Au-delà des conditions générales exigées pour qu'un contrat soit régulier, de nombreuses règles impératives fondées sur l'ordre public de direction ou sur l'ordre public de protection viennent limiter la liberté de contracter. Si ces deux fondements se conjuguent, « il appartiendra à l'interprète de dégager la finalité dominante »<sup>52</sup> ; en cas de réelle concurrence entre les deux, c'est l'ordre public de direction qui primera<sup>53</sup>.

En matière de commande publique, le choix du cocontractant de l'Administration est encadré par des régimes de passation propres à garantir le respect des principes généraux de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures<sup>54</sup>, dont la violation est pénalement sanctionnée<sup>55</sup>. En droit de la consommation, un délai de réflexion peut être imposé entre l'offre de contracter et la signature du contrat<sup>56</sup>, là encore sous peine de sanction pénale<sup>57</sup>. Le choix des clauses secondaires d'un contrat peut aussi être borné par des interdictions, voire des prescriptions. Sont ainsi interdites, par exemple, les clauses compromissaires sauf loi contraire<sup>58</sup>, la clause d'une convention de délégation de service public prévoyant la prise en charge de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation<sup>59</sup>, une clause d'indexation sans relation directe avec l'objet

p. 428 ; C.E. 26 sept. 2007 *OPHLM du Gard*, *AJDA* 2008 p. 575 chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau.

<sup>50</sup> Retenant une nullité relative : Civ. 1<sup>re</sup> 9 nov. 1999, *Bull.* n°293 ; 20 fév. 2001, *Bull.* n°39 ; 29 sept. 2004, *Bull.* n°216 ; 27 fév. 2007, *Bull.* n°87. Civ. 3<sup>e</sup> 29 mars 2006, *Bull.* n°88.

<sup>51</sup> Disposition reprenant une règle dégagée par la Cour de cassation dans l'affaire *Chronopost* (Com. 22 oct. 1996, *D.* 1997 p. 121 note A. Seriaux).

<sup>52</sup> J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op. cit.*, t. 1, n°636 et s.

<sup>53</sup> Civ. 3<sup>e</sup> 12 juin 2003, *Bull.* n°125 (clause d'un bail commercial portant atteinte à la liberté d'association). V. J. Mestre, « L'ordre public dans la vie économique », in *L'ordre public*, Trav. de l'assoc. H. Capitant, LGDJ 1998, p. 134.

<sup>54</sup> Principes à valeur constitutionnelle (CC n°473 DC du 26 juin 2003, *RFDC* 2003 p. 772 comm. E. Fatome et L. Richer), rappelés par l'art. 1<sup>er</sup> du CMP de 2006 (CE 23 fév. 2005 *ATMMP*, *RFDA* 2005 p. 483 concl. Casas) et qui s'appliquent aussi aux délégations de service public (CE Sect. 3 déc. 2009 *Ép. du musée et du domaine de Versailles*, *AJDA* 2010 p. 500 note J. D. Dreyfus). Art. 1 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juil. 2015 relative aux marchés publics et art. 1 du projet d'ordonnance relative aux concessions.

<sup>55</sup> Art. 432-14 du code pénal incriminant le délit d'octroi d'un avantage injustifié, dit « de favoritisme ».

<sup>56</sup> Art. L. 311-8 (prêt à la consommation) et L. 312-10 (prêt immobilier) du code de la consommation.

<sup>57</sup> Art. L. 311-33 et 312-33 du code de la consommation.

<sup>58</sup> Art. 2061 du code civil et, le visant, CE Sect. 3 mars 1989 *Sté des Autoroutes de la région Rhone-Alpes*, *Rec.* p. 69 concl. Guillaume.

<sup>59</sup> Art. 40 mod. de la loi du 29 janvier 1993 ; art. L. 1411-2 du CGCT ; art. 21 du projet d'ordonnance relative aux concessions.

du contrat ou l'activité de l'une des parties<sup>60</sup>, une clause portant atteinte à la libre concurrence<sup>61</sup>, une clause abusive en vertu du droit de la consommation<sup>62</sup> et du droit commercial<sup>63</sup>, en attendant que le droit commun des contrats de droit privé vienne consacrer la solution<sup>64</sup>. Les clauses tarifaires sont obligatoires dans les conventions de délégation de service public en vertu de l'article 40 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifié par la loi n° 95-127 du 8 février 1995 (art. L. 1411-2 du CGCT). L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 modifiée a imposé l'insertion de clauses dans les contrats de partenariat pour déterminer notamment le partage des risques, les objectifs de performance et les modalités de calcul et de paiement de la rémunération. L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 qui substitue les marchés de partenariat aux contrats de partenariat confirme l'existence de clauses obligatoires (art. 70, 81, 83 et 85). En droit privé, un contrat de prêt doit mentionner le taux effectif global<sup>65</sup>. En droit du travail, l'ordre public de protection des salariés est en principe relatif, dans la mesure où les règles législatives établissent une protection minimale pouvant être améliorée par des conventions collectives et par le contrat de travail ; c'est « l'ordre public social »<sup>66</sup>. Mais le législateur a ouvert un domaine comprenant l'aménagement du temps de travail, dans lequel une norme légale peut être écartée par une convention ou un accord collectif dérogatoire dans un sens moins favorable aux salariés<sup>67</sup>, si bien que les intérêts des

<sup>60</sup> Art. 79 de l'ordonnance n°58-1374 du 30 déc. 1958 mod. ; art. L. 112-1 et L. 112-2 du code monétaire et financier. Com. 3 nov. 1988, pourvoi n°87-10.043. CE 29 juil. 1994 *Sté la Main Noire*, *Rec.* p. 382.

<sup>61</sup> Art. 7 et 9 de l'ordonnance n°86-1243 du 1<sup>er</sup> déc. 1986. CE Sect. 3 nov. 1997 *Sté Million et Marais, GAJA*.

<sup>62</sup> Art. L. 132-1 du code de la consommation. Le Conseil d'État a contrôlé les clauses réglementaires d'une convention de délégation de service public au regard de cette disposition : CE Sect. 11 juil. 2001 *Sté des Eaux du Nord, RDP* 2001 p. 1495 note G. Eckert. Selon cette décision, le caractère abusif d'une clause s'apprécie non seulement au regard de cette clause elle-même mais aussi compte tenu de l'ensemble des stipulations du contrat et, lorsque celui-ci a pour objet l'exécution d'un service public, des caractéristiques particulières de ce service. La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation a défini le consommateur comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale (Code consom., art préliminaire).

<sup>63</sup> Art. L. 442-6-I du code de commerce. CC 2011-126 QPC, *JCP G* 20 juin 2011, 717, note A. M. Luciani : « eu égard aux objectifs de préservation de l'ordre public économique qu'il s'est assigné, le législateur a opéré une conciliation entre le principe de la liberté d'entreprise et l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales ; [...] l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par les dispositions contestées n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ». Com. 3 mars 2015, *D.* 2015 p. 620.

<sup>64</sup> La loi n°2015-177 du 16 fév. 2015 autorisant le gouvernement à réformer par voie d'ordonnance le droit des contrats a précisé qu'il doit consacrer l'interdiction des clauses abusives. Selon le projet d'ordonnance, « une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée » (art. 1169).

<sup>65</sup> Art. L. 313-2 du code de la consommation. Civ. 21 janvier 1992, *Bull.* n°22.

<sup>66</sup> Art. L. 2251-1 du code du travail. C.E., avis, 22 mars 1973, *Dr. soc.* 1973 p. 514.

<sup>67</sup> Art. L. 3121-22, 3121-34, 3122-9, 3132-3, 3132-14 et s. du code du travail. C'est « l'ordre public conditionnel » selon l'étude de la Cour de cassation de 2013 sur l'ordre public (p. 304).

entreprises et le souci de l'emploi peuvent l'emporter sur la protection des salariés<sup>68</sup>. Le rapport rendu par J.D. Combrexelle le 9 septembre 2015 préconise une nouvelle architecture du code du travail distinguant d'une part les règles d'ordre public et le renvoi encadré à la négociation collective, d'autre part des règles supplétives en l'absence de négociation.

Il est clair que l'ordre public fonde de nombreuses limites à la liberté de contracter des personnes publiques et des personnes privées, qu'il s'agisse pour lui de garantir le respect d'un intérêt public général (ordre public de direction) ou le respect d'un intérêt public catégoriel, l'exercice effectif de la liberté de contracter par une catégorie de contractants placés en situation de faiblesse (ordre public de protection). L'ordre public apparaît d'autant plus impératif qu'il peut porter atteinte à la stabilité des relations contractuelles nouées.

#### B. — À l'égard de la stabilité des relations contractuelles

Un contrat étant un instrument de prévision des parties, la stabilité des relations contractuelles est essentielle pour elles. Mais classiquement, seules « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (art. 1134 du code civil) et la violation d'une règle d'ordre public justifie une action en nullité ou une exception de nullité. Le projet d'ordonnance relatif au droit commun des contrats de droit privé affirme qu'« un contrat qui ne remplit pas les conditions nécessaires à sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord » (art. 1178). Mais en dehors des conditions générales de validité d'un contrat de droit privé (art. 1127 du projet d'ordonnance), la solution est moins radicale puisque la doctrine privatiste constate qu'« il est assez difficile de savoir à l'avance si l'intérêt protégé par telle ou telle règle impérative est de nature à justifier l'annulation d'un contrat. C'est au juge qu'il appartiendra de déterminer cas par cas si la nullité doit s'imposer, à défaut de précision du législateur, en choisissant la sanction la plus adéquate »<sup>69</sup>.

En contentieux administratif contractuel, l'ancienne action en nullité ouverte aux seules parties au contrat était redoutable, dans la mesure où toute irrégularité ou presque semblait constituer un moyen d'ordre public devant être relevé d'office par le juge et sanctionné par le constat de la nullité du contrat<sup>70</sup>. Cette solution drastique pouvait s'expliquer par l'absence de recours ouvert aux tiers devant le juge du contrat<sup>71</sup> et par l'absence d'effet direct sur le contrat

<sup>68</sup> Il existe aussi en droit du travail des règles d'ordre public dotées d'une impérativité absolue, par ex. l'interdiction des discriminations (art. L. 1132-1 du code du travail). V. « Retour sur l'ordre public en droit du travail et son application par la Cour de cassation », *Bull. d'information de la Cour de cassation*, 15 avril 2011, p.6.

<sup>69</sup> J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op. cit.*, t. 2, n°2021.

<sup>70</sup> L. Janicot, « Ordre public et contrat administratif », in C. A. Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, Cujas 2013, p. 61 : « prévalait ce qu'on pourrait appeler un ordre public unitaire et absolu. Unitaire, parce que toutes - ou presque toutes - les règles applicables aux contrats administratifs étaient d'ordre public, sans distinction. Absolu, parce que toutes les règles s'imposaient sous peine de nullité du contrat, sans aucune restriction ni réserve ». Selon cet auteur, à cet ordre public unitaire et absolu s'est substitué un ordre public relatif et pluriel.

<sup>71</sup> CE Sect. 20 janv. 1978 *Syndicat de l'enseignement technique agricole public*, *Rec.* p. 22. Depuis la loi n° 82-211 du 2 mars 1982, le préfet peut contester un contrat administratif local par la voie d'un

de l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte de passation du contrat détachable de celui-ci<sup>72</sup>. « Il était logique que le juge du plein contentieux contractuel se sentit aussi des devoirs de juge de la légalité, puisque ce juge n'existait pas vraiment pour le contrat »<sup>73</sup>. L'arrêt du Conseil d'État *Commune de Béziers I* du 28 décembre 2009 transformant l'action en nullité ouverte aux parties en action en contestation de la validité du contrat a considérablement réduit les irrégularités érigées en moyens d'ordre public et susceptibles de justifier à ce titre l'annulation du contrat : le « caractère illicite du contenu du contrat » et « un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquels les parties ont donné leur consentement »<sup>74</sup>. L'annulation du contrat est donc la sanction ultime réservée aux irrégularités les plus graves. Ces moyens d'ordre public sont également devenus les seules irrégularités imposant au juge d'écarter le contrat (exception de nullité) alors qu'il est saisi d'un litige relatif à l'exécution du contrat<sup>75</sup>. Toutes les règles d'ordre public ne sont donc pas (plus) garanties par un moyen d'ordre public mais uniquement, comme dans les autres contentieux, celles qui sont placées au cœur de l'ordre juridique comme étant nécessaires au maintien de l'organisation sociale étatique<sup>76</sup>. La formulation retenue par l'arrêt *Commune de Béziers I*, moins restrictive que celle préconisée par le rapporteur public en raison de l'ajout de l'adverbe « notamment », englobe certainement l'illicéité de l'objet du contrat<sup>77</sup> ou de sa cause, l'illicéité d'une clause indivisible du reste du contrat<sup>78</sup>, les vices du consentement. L'absence d'objet et l'absence de cause peuvent « très certainement être des vices d'une particulière gravité », de même que l'incapacité du cocontractant, personne de droit privé. Il s'agit donc des vices « manifestement insusceptibles de se rattacher au cadre contractuel »<sup>79</sup>, vices similaires aux conditions générales de validité d'un contrat de droit privé. S'y ajoutent des vices d'une particulière gravité violant les règles de compétence de l'Administration contractante<sup>80</sup> ou les règles de passation du contrat, sous réserve, dans ce dernier cas, de

---

déferé rangé dans le contentieux de pleine juridiction en 2011 (CE 23 déc. 2011 *Ministère de l'intérieur*, Contrats et marchés publics 2/2012 n°56 comm. JP Pietri). Les concurrents évincés ont bénéficié d'un recours en contestation de la validité du contrat à partir de 2007 (CE Ass. 16 juil. 2007 *Sté Tropic Travaux Signalisation*, RFDA 2007 p. 696 concl. Casas, p. 923 note D. Pouyaud) et d'un référé contractuel à compter de 2009 (ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 ; art. L. 551-13 et s. du code de la justice administrative).

<sup>72</sup> Concl. Romieu sur CE 4 août 1905 *Martin*, Rec. p. 729. Mais grâce au pouvoir d'injonction du juge administratif (lois n°80-539 du 16 juil. 1980 et n°95-125 du 8 fév. 1995), le requérant en excès de pouvoir a pu obtenir que l'Administration contractante soit contrainte de saisir le juge du contrat (CE Sect. 7 oct. 1994 *Lopez*, Rec. p. 430 ; 10 déc. 2003 *IRD*, Rec. p. 501).

<sup>73</sup> Concl. E. Glaser sur CE Sect. 28 déc. 2009, RFDA 2010 p. 506.

<sup>74</sup> CE Ass. 28 déc. 2009 *Cne de Béziers*, RFDA 2010 p. 506 concl. E. Glaser et p. 519 note D. Pouyaud.

<sup>75</sup> CE Ass. 28 déc. 2009 *Cne de Béziers* préc.

<sup>76</sup> V. en ce sens, M.-C. Vincent-Legoux, *op. cit.*, p. 446.

<sup>77</sup> CE 10 juil. 2013 *Cne de Vias*, RJE 2/2014 n°6.

<sup>78</sup> CAA Paris 3 juil. 2013, JCP A 9 juin 2014, n°2181 (clause confiant des prérogatives de police du stationnement sur la voie publique).

<sup>79</sup> D. Pouyaud, note sous CE Ass. 28 déc. 2009 *Cne de Béziers*, RFDA 2010 p. 519.

<sup>80</sup> D'après l'arrêt *Cne de Béziers I*, ce n'est pas le cas de l'absence de transmission au préfet de la délibération autorisant le maire à signer le contrat avant la date de la signature du contrat.

l'existence de circonstances particulières<sup>81</sup>. La méconnaissance de ces règles de compétence ou de procédure n'est donc plus forcément sanctionnée par la disparition rétroactive du contrat. Elle peut l'être par la résiliation du contrat ou sa régularisation. On rappellera qu'en droit privé aussi, la violation d'une règle impérative n'est pas toujours sanctionnée par l'annulation du contrat<sup>82</sup>. Dès lors qu'un contrat administratif aurait pu faire l'objet d'une résiliation ou d'une annulation à l'occasion d'un recours en contestation de sa validité, le juge du contrat saisi d'un recours contre la décision de le résilier ne peut ordonner la reprise des relations contractuelles en application de la jurisprudence Commune de Béziers II du 21 mars 2011<sup>83</sup>.

L'arrêt du Conseil d'État du 4 avril 2014 *Département du Tarn-et-Garonne* décidant d'ouvrir aux tiers une action en contestation de la validité d'un contrat administratif s'est référé à la jurisprudence *Commune de Béziers I* en procédant à l'énumération des hypothèses limitatives où l'annulation peut être prononcée par le juge, tout en tentant de la clarifier : « si le contrat a un contenu illicite ou si le contrat se trouve affecté d'un vice du consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office »<sup>84</sup>. Ces moyens d'ordre public peuvent aussi être invoqués par tout tiers, même s'ils sont sans lien avec l'intérêt dont il se prévaut<sup>85</sup>. Cette solution ouvre curieusement aux tiers au contrat la possibilité d'obtenir son annulation en raison d'un vice du consentement, alors que, traditionnellement, seule la partie victime de ce vice peut s'en prévaloir. M. Dacosta a recensé trois grandes catégories d'illégalités qui sont d'ordre public pour les tiers : l'illicéité du contenu du contrat ; les vices graves du consentement qui ne sont pas régularisables, qu'il s'agisse de vices du consentement au sens du code civil ou de la signature d'un contrat par l'exécutif local sans l'autorisation de l'assemblée délibérante dès lors que celle-ci refuse de régulariser cette irrégularité ; et la signature d'un contrat sans aucune mesure préalable de publicité et de mise en concurrence lorsque cette carence révèle des turpitudes caractérisées<sup>86</sup>. Les autres irrégularités qui méconnaissent une règle d'ordre public sans être érigées en moyens d'ordre public pourront être sanctionnées par la résiliation du contrat ou sa régularisation. Si la violation d'une règle d'ordre public par les contractants justifie une sanction qui perturbe la stabilité des relations contractuelles, la disparition rétroactive du contrat ne s'impose donc pas dans tous les cas.

<sup>81</sup> C.E. 12 janv. 2011 *Manoukian*, Contrats et marchés publics, 2011, n°88 comm. J.-P. Pietri.

<sup>82</sup> J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op. cit.*, t. 2, n°2021.

<sup>83</sup> CE Sect. 21 mars 2011 *Cne de Béziers II*, *Dr. adm.* 2011 n°46 note F. Brenet et F. Melleray ; CE 1<sup>er</sup> oct. 2013 *Sté Espace Habitat Construction*, *AJDA* 2013 p. 2275 note J.-F. Giacuzzo.

<sup>84</sup> CE 4 avril 2014 *Départ. du Tarn-et-Garonne*, *RFDA* 2014 p. 425 concl. Dacosta et p. 438 note P. Delvolvé. La jurisprudence qui avait ouvert une action en contestation de la validité du contrat aux seuls concurrents évincés n'avait pas limité les cas où l'annulation du contrat pouvait être prononcée : C.E. Ass. 16 juil. 2007 *Sté Tropic Travaux Signalisation* préc.

<sup>85</sup> L'arrêt précise que le représentant de l'État dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen [...], les autres tiers ne pouvant invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

<sup>86</sup> B. Dacosta, « L'accès des tiers au juge du contrat », *RDJ* 5/2014 p. 1148.

Exceptionnellement, l'ordre public peut aussi justifier une atteinte à la stabilité de relations contractuelles régulièrement nouées. D'une part, l'ordre public peut fonder le pouvoir de l'une des parties au contrat de porter atteinte à la stabilité des relations contractuelles. C'est ainsi que l'ordre public de protection peut imposer un droit de rétractation au bénéfice de la partie la plus faible, sous peine d'une sanction pénale, si les circonstances de la formation du contrat engendrent un risque particulier de vice du consentement et empêchent de prévoir un délai de réflexion avant l'apposition de la signature comme en cas de démarchage à domicile (art. L. 121-25 du code de la consommation). Le projet d'ordonnance de la Chancellerie reprend la solution en droit commun des contrats de droit privé en permettant à la loi ou aux parties de prévoir un délai de rétractation (art. 1123). Et l'ordre public de direction n'est pas en reste, puisque le pouvoir de l'Administration contractante, en vertu des « règles générales applicables aux contrats administratifs », de modifier unilatéralement le contrat administratif qu'elle a conclu ou de le résilier dans l'intérêt général pour satisfaire l'exigence de mutabilité du service public<sup>87</sup> ne peut pas être écarté par une clause contraire<sup>88</sup>. Les droits financiers accordés parallèlement par le juge administratif au cocontractant de l'Administration sont également garantis par l'ordre public, quand ils répondent à l'impératif de continuité du service public. La clause qui entendrait priver le cocontractant de toute indemnisation en réparation d'un fait du Prince n'est pas efficace si l'économie du contrat est bouleversée ; cette condition démontre que l'ordre public protège davantage ici la continuité du service public que l'intérêt du cocontractant<sup>89</sup>. L'indemnité due en cas d'imprévision toujours caractérisée par un bouleversement de l'économie du contrat administratif n'est pas exclue par une clause stipulant que le prix forfaitaire n'est pas révisable<sup>90</sup>.

D'autre part, la stabilité des relations contractuelles peut être bousculée par une législation d'ordre public. Selon le Conseil constitutionnel, « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »<sup>91</sup>. La sécurité juridique entendue en ce sens a été reconnue

<sup>87</sup> C.E. 21 mars 1910 *Cie générale des Tramways, GAJA* ; CE 2 fév. 1983 *Utpur, Rec.* p. 33 ; CE Ass. 2 mai 1958 *Distillerie de Magnac-Laval, Rec.* p. 243.

<sup>88</sup> CE 16 mai 1985 *Association Eurolat, Rec.* p. 141.

<sup>89</sup> C.E. Ass. 8 déc. 1944 *Sté l'énergie industrielle, Rec.* p. 318 ; v. D. Pouyau, *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ 1991, p. 327.

<sup>90</sup> CE 10 mars 1948 *Hospices de la ville de Vienne, Rec.* p. 124. Le respect de l'ordre public n'est pas garanti ici par un moyen devant être relevé d'office par le juge (CE 11 juil. 2014 *Burnet*, Contrats et marchés publics 10/2014 n°276 comm. J.-P. Pietri). En droit privé, on le sait, la Cour de cassation a refusé de prendre en compte une situation d'imprévision (C. Cass. 6 mars 1876, *DP* 1876.1.193 note A. Giboulot. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats prévoit qu'en cas de changement de circonstances imprévisible et rendant l'exécution excessivement onéreuse pour l'une d'elles, les parties peuvent, après une tentative vaine de renégociation, saisir d'un commun accord le juge afin qu'il procède à l'adaptation du contrat ; sinon, une partie peut demander au juge d'y mettre fin (art. 1196).

<sup>91</sup> CC 2002-465 *DC* du 13 janv. 2003, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, cahier n°14. V. aussi CC n°2011-141 *DC* du 24 juin 2011, *RJEP* 1/2012 n°6 comm. V. Loy, concernant le « règlement

par le Conseil d'État. Elle l'a conduit à moduler dans le temps une nouvelle jurisprudence<sup>92</sup>. Elle peut aussi exiger du pouvoir réglementaire l'édiction des mesures transitoires qu'implique une réglementation nouvelle s'appliquant aux contrats en cours, lorsque les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours qui ont été légalement nouées<sup>93</sup>. Aux termes de l'arrêt *Société KPMG*, « une disposition législative ou réglementaire nouvelle ne peut s'appliquer à des situations contractuelles en cours à sa date d'entrée en vigueur sans revêtir par là un caractère rétroactif ; [...] seule une disposition législative peut, pour des raisons d'ordre public, fût-ce implicitement, autoriser l'application de la norme nouvelle à de telles situations »<sup>94</sup>. L'arrêt du Conseil d'État du 8 avril 2009 *Compagnie générale des eaux et commune d'Olivet* en donne une éclatante illustration : « Dans le cas où elle n'a pas expressément prévu, sous réserve le cas échéant de mesures transitoires, l'application des normes nouvelles qu'elle édicte à une situation contractuelle en cours à la date de son entrée en vigueur, la loi ne peut être interprétée comme autorisant implicitement une telle application de ses dispositions que si un motif d'intérêt général suffisant lié à un impératif d'ordre public le justifie et que s'il n'est dès lors pas porté une atteinte excessive à la liberté contractuelle ; [...] pour les contrats administratifs, l'existence d'un tel motif d'intérêt général s'apprécie en tenant compte des règles applicables à ces contrats, notamment du principe de mutabilité ; [...] la loi du 29 janvier 1993 répond à un impératif d'ordre public qui est de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation ; [...] un tel motif d'intérêt général [...] implique [...] que les clauses d'une délégation de service public qui auraient pour effet de permettre son exécution pour une durée restant à courir, à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi, excédant la durée maximum autorisée par la loi, ne peuvent plus être régulièrement mises en œuvre au-delà de la date à laquelle cette durée maximum est atteinte ». La loi n° 95-101 du 2 février 1995 ayant fixé à 20 ans la durée maximale des délégations de service public dans les secteurs de l'eau, de l'assainissement et des déchets, les conventions conclues avant son entrée en vigueur ne peuvent plus être exécutées au-delà du 3 février 2015, sauf justifications particulières soumises au directeur départemental des finances publiques<sup>95</sup>.

---

d'eau » d'une entreprise concessionnaire de la fourniture d'électricité : il ressort du code de l'environnement que les modifications qui peuvent lui être apportées pour garantir la salubrité et la sécurité publiques ou protéger le milieu aquatique d'une menace majeure ne peuvent « remettre en cause l'équilibre générale de la concession » ; dans ces conditions, le législateur n'a pas porté atteinte aux contrats légalement conclus ». Le principe de sécurité juridique est un principe général du droit communautaire (CJCE 6 avril 1962 *Bosch*) et un principe appliqué par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 22 sept. 1994 *Hentrich c/ France*).

<sup>92</sup> CE Ass. 16 juil. 2007 *Sté Tropic Travaux Signalisation* préc. : le nouveau recours ne pourra être exercé qu'à l'encontre de contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à l'arrêt du Conseil d'État « eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours ».

<sup>93</sup> C.E. Ass. 24 mars 2006 *Sté KPMG*, Rec. p. 437 concl. Aguila.

<sup>94</sup> C.E. Ass. 24 mars 2006 *Sté KPMG* préc.

<sup>95</sup> CE Ass. 8 avril 2009 *Cie générale des eaux et Cne d'Olivet*, RFD A 2009 p. 449 concl. E. Geffray.

Pour la Cour de cassation également, d'impératives considérations d'ordre public légitiment l'application immédiate d'une loi nouvelle aux contrats en cours<sup>96</sup>. « L'ordre public social » justifie une dérogation à la force obligatoire des contrats de travail : les dispositions nouvelles qu'il fonde se substituent aux clauses qui leur sont contraires<sup>97</sup>. La Cour de cassation a également appliqué la loi n° 75-1334 du 3 décembre 1975 conférant au sous-traitant un droit au paiement direct ou à une action directe aux contrats de sous-traitance conclus avant son entrée en vigueur<sup>98</sup>.

La force impérative de l'ordre public se manifeste donc clairement lorsque le juge sanctionne la violation par les contractants d'une règle d'ordre public limitant la liberté contractuelle, même si la disparition rétroactive du contrat n'est plus la sanction systématiquement retenue en droit public comme en droit privé. En contentieux administratif, les vices particulièrement graves sont érigés en moyens d'ordre public qui doivent être relevés d'office par le juge et justifient l'annulation du contrat. Les conditions générales de régularité d'un contrat doivent donc être respectées pour ne pas risquer de voir le contrat conclu rétroactivement anéanti, quelle que soit sa nature. L'ordre public peut aller jusqu'à fonder le pouvoir de modifier un contrat administratif ou de droit privé régulièrement conclu, pouvoir conféré à l'une des parties ou au législateur. Mais cette force impérative de l'ordre public semble aujourd'hui atterrir sur certaines exigences : l'ordre public est tempéré.

## II. — UN ORDRE PUBLIC TEMPÉRÉ

L'ordre public apparaît tempéré par d'autres impératifs : d'une part, la sécurité juridique (A), d'autre part, les exigences du service public (B). Mais c'est en réalité à un conflit de valeurs que l'on assiste, puisque ces impératifs relèvent certainement aussi de l'ordre public.

### A. — *Par la sécurité juridique*

La question de la sanction d'une stipulation contractuelle illicite – et secondaire en ce que cette clause ne détermine ni l'objet, ni la cause du contrat – a amené depuis longtemps à s'interroger sur les exigences de l'ordre public fondant l'illicéité de cette stipulation face à la stabilité des relations contractuelles qu'ont recherchée les parties contractantes. L'ordre public exige-t-il la disparition du contrat tout entier ? Bien entendu, si seule la clause illicite disparaît, le juge limite la portée de la sanction en préservant pour l'essentiel le lien contractuel<sup>99</sup>.

« Pour le juge du contrat (administratif), la nullité du contrat (était) une question d'ordre public », et l'annulation du contrat le demeure, depuis la jurisprudence *Commune de Béziers I*, lorsque le contenu du contrat est illicite ou que le contrat est affecté d'un vice d'une

<sup>96</sup> Civ. 1<sup>re</sup> 4 déc. 2001, *Bull.* n°307.

<sup>97</sup> Soc. 18 mars 1986, *Bull.* n°95.

<sup>98</sup> Ch. Mixte 13 mars 1981, *Bull.* n°3.

<sup>99</sup> L. Richer, *op. cit.*, n°376.

particulière gravité ; « par suite, lorsqu'il constate la nullité de certaines stipulations du contrat, il appartient à ce juge de s'interroger, le cas échéant d'office, sur le point de savoir si ces stipulations sont ou non divisibles du contrat afin de déterminer si leur nullité entraîne ou non celle de l'ensemble du contrat ». <sup>100</sup> Ce raisonnement est repris dans le cadre de la jurisprudence *Commune de Béziers I* : selon le rapporteur public, M. Glaser, « si seule une clause est illicite, il appartiendra naturellement au juge d'apprécier si elle est divisible du reste du contrat, auquel cas il pourra l'annuler seule ; si elle ne l'est pas, il devra annuler l'ensemble du contrat » <sup>101</sup>. Par exemple, après avoir écarté les stipulations d'un contrat portant atteinte au principe d'inaliénabilité du domaine public, le Conseil d'État a jugé qu'elles étaient divisibles du reste du contrat et que donc le litige pouvait continuer à être réglé dans un cadre contractuel <sup>102</sup>. Lorsqu'un recours est formé par un tiers, en application de la jurisprudence *Département du Tarn-et-Garonne*, contre une ou plusieurs clauses non réglementaires d'un contrat administratif, c'est au stade de la recevabilité du recours que s'apprécie la divisibilité <sup>103</sup>. Les « clauses réglementaires » d'un contrat administratif relatives à l'organisation et au fonctionnement du service public peuvent, quant à elles, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et sont jugées divisibles « par nature » du reste du contrat <sup>104</sup>.

La question examinée est plus complexe qu'il n'y paraît à première vue : l'annulation totale n'est-elle pas, tout bien pesé, plus respectueuse de la volonté des parties que l'annulation partielle, bien qu'elle fasse disparaître l'acte tout entier, puisqu'elle laisse aux parties la faculté de refaire le contrat à leur convenance ? L'annulation partielle qui ampute l'acte de l'une de ses clauses modifie d'autorité l'équilibre initial construit par les parties donc aboutit à une réformation de l'acte <sup>105</sup>. C'est pourquoi selon MM. Labetoulle et Le Chatelier, le respect des consentements impose une présomption d'indivisibilité <sup>106</sup>. Mais le maintien de l'essentiel du lien contractuel ne sert-il pas finalement les intérêts de l'ordre public, puisque cette solution incite la partie qui souhaite poursuivre l'exécution du contrat à dénoncer la clause illicite ?

Alors que le code civil avait opéré une distinction entre les conditions illicites des actes à titre onéreux rendant nulle la convention qui en dépend (art. 1172), et celles des actes à titre gratuit, réputées non écrites (art. 900), les juges judiciaires et administratifs ont retenu une

<sup>100</sup> CE 19 déc. 2007 *Sté Sogeparc*, *AJDA* 3 mars 2008. V. aussi CE 1<sup>er</sup> juil. 2009 *Cie des Transports de la Roche-Sur-Yon*, *BJDCP* 2009, n° 66 concl. Courrèges : le caractère indivisible d'une clause ne fait pas obstacle à la recevabilité du recours formé par une partie au contrat contre cette seule clause.

<sup>101</sup> Concl. Glaser sur CE Ass. 28 déc. 2009 *Cne de Béziers*, *RFDA* 2010 p. 506.

<sup>102</sup> CE 4 mai 2011 *Cité de Cnes du Queyras*, *Contrats et marchés publics*, 6/2011, n°179 comm. G. Eckert.

<sup>103</sup> CE 4 avril 2014 *Départ. du Tarn-et-Garonne* préc.

<sup>104</sup> CE 10 juil. 1996 *Cayzele*, *Rec.* p. 274 et CE 4 avril 2014 *Départ. du Tarn-et-Garonne* préc. ; CE Sect. 8 avril 2009 *Association Alcaly*, *RFDA* 2009 p. 469 concl. Boulouis. Selon M. Boulouis, « la définition même des clauses réglementaires implique leur divisibilité d'avec le reste du contrat : c'est bien parce qu'elles pourraient figurer à l'extérieur du contrat dans un acte unilatéral (si le service fonctionnait en régie) qu'elles sont réglementaires ».

<sup>105</sup> V. D. Pouyaud, *op. cit.*, p. 474 et s. et 487.

<sup>106</sup> Concl. Labetoulle sur CE 2 déc. 1983 *Conféd. des syndicats médicaux*, *Dr. soc.* 1984 p. 144 ; concl. Le Chatelier sur CE Ass. 17 déc. 1993 *Groupement nat. des Ét. de gérontologie*, *AJDA* 1993 p. 61.

autre solution : ils se demandent si la clause illicite a joué un rôle déterminant dans la volonté des parties<sup>107</sup> mais aussi, et surtout semble-t-il en droit administratif, si elle est essentielle à l'économie de l'acte<sup>108</sup>. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats s'en tient au caractère déterminant de la clause pour l'engagement des parties ou de l'une d'elles (art. 1185). Le juge civil n'hésite pas à décréter qu'une clause est réputée non écrite pour assurer l'efficacité de la sanction<sup>109</sup>. Si l'on peut noter une préférence du juge administratif pour la même solution, c'est certainement parce qu'il est animé par le souci de la stabilité des contrats administratifs<sup>110</sup>. La force de l'ordre public violé par une clause contractuelle est ainsi tempérée par la stabilité des relations contractuelles mais son respect en sort finalement mieux assuré puisque l'annulation partielle encourage la dénonciation de l'illicite par l'une des parties. Le législateur, fort de ce constat, prévoit parfois la nullité partielle et non totale du contrat comme sanction d'une règle d'ordre public de passation d'un contrat : en vertu du code de la consommation, l'inobservation par le prêteur du délai de réflexion prévu pour l'emprunteur l'expose à une sanction pénale et à la déchéance de son droit aux intérêts, donc à la nullité partielle du contrat transformant celui-ci en un prêt sans intérêt<sup>111</sup>.

L'importance attachée à la stabilité des relations contractuelles s'est renforcée<sup>112</sup>. Elle est garantie par l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi<sup>113</sup> qui fonde un contrôle de la loyauté des comportements dans les relations contractuelles<sup>114</sup>. Le Conseil d'État a mis en avant cette exigence pour contrecarrer l'instrumentalisation de l'ordre public par les parties et la menace pesant sur la stabilité des contrats administratifs. On l'a vu, avant 2009, toute irrégularité du contrat semblait érigée en moyen d'ordre public imposant au juge de constater la nullité du contrat lorsqu'il était saisi par l'une des parties d'une action en nullité ou bien d'écarter d'office le contrat vicié alors que le litige portait sur l'exécution du contrat. Les

<sup>107</sup> Civ. 21 novembre 1932, *D.* 1933 p. 19 ; CE Sect. 9 déc. 1949 *Chami, Rec.* p. 542 ; concl. Denoix de Saint Marc sur CE Sect. 20 janvier 1978 *Syndicat nat. de l'enseignement technique agricole public, AJDA* 1979 p. 40 ; A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. 1, LGDJ 1983, p. 571 et p. 576.

<sup>108</sup> Civ. 3<sup>e</sup> 24 juin 1971, *JCP* 1972.II.17191 note Ghestin ; CE Ass. 9 juil. 1943 *Chambre syndicale des négociants en draperie, Rec.* p. 183 ; CE Sect. 19 fév. 1982 *Fédération parisienne du bâtiment, Rec.* p. 78 ; CE 16 mai 1985 *Association Eurolat, Rec.* p. 141 ; CAA Paris 3 juil. 2013, *JCP A* 9 juin 2014 n°2181. CAA Nantes 11 avril 2014 *Agrocampus Ouest, AJDA* 2014 p. 2368 note E. Langelier. Concl. Le Chatelier préc. ; D. Pouyaud, *op. cit.*, p. 484 ; L. Richer, *op. cit.*, n°376.

<sup>109</sup> Com. 22 oct. 1996, *Bull.* n°261 ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op. cit.*, t. 2, n°2634.

<sup>110</sup> D. Pouyaud, *op. cit.*, p. 474.

<sup>111</sup> Art. L. 311-33, L. 311-34 et L. 312-33 du code de la consommation.

<sup>112</sup> Concl. E. Glaser sur CE Ass. 28 déc. 2009 *Cne de Béziers, RFDA* 2010 p. 506.

<sup>113</sup> V. l'art. 1134 du code civil. La loi n°2015-177 du 16 fév. 2015 habilitant le gouvernement à réformer par voie d'ordonnance le droit des contrats a précisé qu'il doit affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi. Le projet d'ordonnance dispose que « les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi » (art. 1103).

<sup>114</sup> V. J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op. cit.*, t. 1, n°457 et art. L. 121-1 du code de la consommation sanctionnant les pratiques commerciales déloyales.

parties étaient donc incitées à « découvrir » opportunément une irrégularité pour se soustraire à l'exécution d'un contrat ne satisfaisant plus leurs intérêts et le juge était obligé de régler le litige sur un terrain extra-contractuel quelle que soit l'ampleur de l'irrégularité entachant le contrat<sup>115</sup>. M. Glaser a exhorté le Conseil d'État à concilier les principes de légalité et de sécurité juridique<sup>116</sup>. L'arrêt du Conseil d'État *Commune de Béziers I* du 28 décembre 2009<sup>117</sup> a imposé au juge administratif de vérifier que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent invoquer devant lui, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles. Cette exigence de loyauté peut donc l'emporter sur celle de légalité du contrat. Pour le Professeur Linditch, « le comportement "déloyal" viserait à éluder la responsabilité contractuelle en cherchant à se placer sur le terrain de la légalité administrative (incompétence, vice de forme) »<sup>118</sup>. Les parties ne pourront plus se prévaloir d'irrégularités ne gênant en rien la bonne exécution du contrat. De plus, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, le juge administratif du contrat doit en apprécier l'importance et les conséquences : après avoir pris en considération la nature de l'irrégularité commise et l'objectif de stabilité des relations contractuelles, il pourra décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation, ou bien que le contrat doit disparaître pour l'avenir ou rétroactivement si cette décision ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général. Le juge du contrat a obtenu ainsi un véritable office de juge de pleine juridiction. Dans un arrêt du 10 juillet 2013, le Conseil d'État a approuvé la cour administrative d'appel de Marseille d'avoir estimé que l'exigence de loyauté des relations contractuelles ne faisait pas obstacle, dans les circonstances de l'espèce, à ce que l'illicéité de l'objet du contrat soit invoquée par la commune contractante et d'avoir jugé que l'objectif de stabilité des relations contractuelles ne s'opposait pas, dans les mêmes circonstances, à l'annulation du contrat<sup>119</sup>. Comme l'a observé le Professeur Janicot, « l'ordre public cesse d'être systématiquement sanctionné. Hier absolu, il est aujourd'hui relatif »<sup>120</sup>.

La jurisprudence *Commune de Béziers I* a limité aussi « l'exception de nullité » par l'exigence de loyauté des relations contractuelles : lorsque les parties soumettent au juge administratif un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci de faire application du contrat, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles. Dans l'espèce en cause, cette exigence de loyauté s'est opposée à ce que l'absence de transmission au préfet de la délibération autorisant le maire à signer le contrat avant la signature du contrat soit regardée comme un vice d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat<sup>121</sup>. Cette solution tranche avec la position antérieure du Conseil d'État décidant que ce vice justifiait le constat de la nullité du contrat et n'était pas susceptible de régularisation en raison

<sup>115</sup> Note D. Pouyaud sur CE Sect. 28 déc. 2009 *Cne de Béziers*, *RFDA* 2010 p. 519.

<sup>116</sup> Concl. E. Glaser préc.

<sup>117</sup> CE Sect. 28 déc. 2009 *Cne de Béziers* préc.

<sup>118</sup> *JCP A* 22 fév. 2010 n°2072.

<sup>119</sup> CE 10 juil. 2013 *Cne de Vias*, *RJEP* 2/2014, n°6 comm. R. Bonnefont.

<sup>120</sup> L. Janicot, « Ordre public et contrat administratif », préc.

<sup>121</sup> V. aussi CE 27 fév. 2015 *Cne de Béziers*, n°357088.

de la protection constitutionnelle du contrôle de légalité des actes locaux<sup>122</sup>. L'arrêt du Conseil d'État *Manoukian* du 12 janv. 2011 a précisé que lorsque le juge est saisi d'un litige relatif à l'exécution du contrat, les parties au contrat ne peuvent pas en principe invoquer un manquement aux règles de passation, ni le juge le relever d'office, aux fins d'écarter le contrat pour le règlement du litige, sauf quand le litige ne peut pas être réglé sur le fondement du contrat eu égard à la gravité de l'illégalité et aux circonstances dans lesquelles elle a été commise<sup>123</sup>. Le rapporteur public, M. Boulouis, a souligné que les règles relatives à la procédure de passation des contrats administratifs ont pour principal but de protéger l'intérêt de la société tout entière, et non des parties, en favorisant la liberté d'accès à la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, si bien qu'elles n'ont pas en principe à entrer en ligne de compte dans un litige qui ne concerne que les parties<sup>124</sup>. C'est ainsi qu'eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, la violation de l'article 28 du code des marchés publics imposant une procédure adaptée n'a pas été jugée d'une gravité telle que le contrat doive être écarté<sup>125</sup>. De même, selon un arrêt du Conseil d'État du 4 mai 2015, « si la conclusion d'un contrat en application d'une clause de tacite reconduction, en méconnaissance des obligations de mise en concurrence préalable issues des dispositions du code des marchés publics, constitue un manquement aux règles de passation de ces contrats, la cour administrative d'appel de Nantes a pu juger, sans commettre d'erreur de droit ni d'erreur de qualification juridique, que, dans les circonstances de l'espèce qui lui était soumise, l'irrégularité tenant à la conclusion [...] de nouveaux contrats en application d'une clause de tacite reconduction n'était pas d'une gravité telle que le litige ne puisse être réglé sur le terrain contractuel »<sup>126</sup>. Dans l'hypothèse de la signature d'un contrat par un maire sans autorisation du conseil municipal, un arrêt du Conseil d'État du 8 octobre 2014 a censuré pour erreur de droit le raisonnement des juges d'appel selon lequel l'exigence de loyauté des relations contractuelles faisait, par principe, obstacle à ce que le contrat soit écarté ; mais, ayant ensuite relevé que, dans les circonstances de l'espèce, le conseil municipal devait être regardé comme ayant donné son accord *a posteriori*, il en a déduit qu'au regard de l'exigence de loyauté, l'absence d'autorisation préalable donnée par l'assemblée délibérante ne saurait être considérée comme un vice d'une gravité telle que le contrat doive être écarté<sup>127</sup>. L'exigence de loyauté des relations contractuelles dont l'effet doit

<sup>122</sup> CE, Sect., avis, 10 juin 1996 *Préfet de Côte d'Or*, D. 1997 p. 45 ; CE Sect. 20 oct. 2000 *Sté Citécable-Est*, Rec. p. 457.

<sup>123</sup> CE 12 janv. 2011 *Manoukian* préc.

<sup>124</sup> Concl. N. Boulouis sur CE 12 janv. 2011 *Manoukian*, *RJEP* 7/2011 n°33.

<sup>125</sup> CAA Nancy 27 mai 2013 *Ministère de la culture*, *AJDA* 2013 p. 2145 note M. Wiernasz ; CAA Nantes 11 avril 2014 *Agrocampus Ouest* préc.

<sup>126</sup> CE 4 mai 2015 *Sté Bueil*, *Contrats et marchés publics* 7/2015 n°172 comm. M. Ubaud-Bergeron. Aux termes de l'art. 16 du CMP de 2006, la reconduction peut être prévue par le contrat mais la mise en concurrence doit alors être réalisée en prenant en compte la durée totale du marché public, périodes de reconduction comprises.

<sup>127</sup> CE 8 oct. 2014 *Commune d'Entraigues-sur-la-Sorgue*, *Contrats et marchés publics* 12/2014 n°343 comm. F. Llorens ; le contrat a été exécuté pendant plusieurs années par la commune sans qu'elle

être apprécié *in concreto* peut donc conduire à ce qu'un contrat administratif signé par un maire sans l'accord du conseil municipal ne soit pas écarté, alors que traditionnellement un tel contrat était jugé comme « n'ayant pas fait l'objet d'un accord valable entre les parties »<sup>128</sup> et cette solution traditionnelle a été encore retenue par la Cour de cassation amenée à statuer sur la validité d'un contrat de droit privé conclu par une personne publique<sup>129</sup>. En revanche, la Cour de cassation applique la jurisprudence *Commune de Béziers I* quand elle invoque « la jurisprudence établie » du Conseil d'État pour apprécier elle-même la légalité d'un contrat administratif, sans renvoi préjudiciel<sup>130</sup>.

D'une manière générale en droit privé, « il revient au juge d'arrêter les sanctions qu'impose l'illicéité du contrat ou de l'une de ses composantes. Le législateur a multiplié les cas dans lesquels cette sanction doit être modulée. Mais les juges eux-mêmes, s'inspirant de cet interventionnisme dans le contrat, ont largement étendu leur pouvoir d'adaptation de la sanction aux intérêts en jeu ». « Actuellement, l'idée est bien ancrée que le respect dû à la sécurité des transactions, les difficultés pratiques de la mise en œuvre de la nullité intégrale et son inadaptation aux nécessités économiques requièrent de donner sa chance au contrat en favorisant son maintien »<sup>131</sup>.

En ce qui concerne l'exception de nullité, la Cour de cassation n'hésite pas à la neutraliser au nom de la stabilité des relations contractuelles, puisque l'exécution partielle du contrat la rend prescriptible<sup>132</sup>. Selon le Professeur Pouyaud, le principe de sécurité juridique, de plus en plus présent en droit administratif français, devrait conduire à abandonner le caractère perpétuel de l'exception de nullité<sup>133</sup>.

---

émette d'objections et la commune a réglé les précédentes notes d'honoraires présentées par son cocontractant.

<sup>128</sup> CE 31 juil. 1992 *Sté Barchetta*, *Rec.* p. 307.

<sup>129</sup> Civ. 1<sup>re</sup> 16 janv. 2013, *RFDA* 2013 p. 541 note B. Plessix : l'absence d'habilitation régulière du conseil municipal est une cause de nullité absolue. L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juil. 2015 relative aux marchés publics et transposant les directives 2014/24 et 2014/25 du 26 fév. 2014 qualifie de contrats administratifs les marchés publics relevant de cette ordonnance et passés par des personnes morales de droit public (art. 3) et met fin à la dichotomie entre marchés relevant du CMP et ceux relevant de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005.

<sup>130</sup> TC 17 oct. 2011 *SCEA du Cheneau*, *AJDA* 2012 p. 27 chron. M. Guyomar et X. Domino : le juge judiciaire n'a pas l'obligation de renvoyer au juge administratif les contestations sérieuses portant sur la légalité d'un acte administratif, « lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal ». Civ. 1<sup>re</sup> 24 avril 2013, *AJDA* 2013 p. 1631 note J.D. Dreyfus : la cour d'appel avait la faculté de constater, conformément à une jurisprudence établie du juge administratif, qu'eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, l'irrégularité invoquée par l'une des parties n'est pas d'une gravité telle qu'il y ait lieu d'écarter l'application du contrat.

<sup>131</sup> J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op. cit.*, t. 2 n°2062-2063.

<sup>132</sup> Civ. 1<sup>re</sup> 20 mai 2009, *Bull.* n°96 ; 4 mai 2012, *Bull.* n°99 ; 15 janv. 2015, *JCP G*, 9 mars 2015, doct. 306.

<sup>133</sup> D. Pouyaud, France, *in* « Le contentieux des contrats publics en Europe », *RFDA* 2011 p. 7.

La stabilité des contrats prend ainsi le pas sur la légalité. Comme l'a noté le Professeur Lafaix en parodiant l'article 1134 du code civil, on en vient à l'idée que « les conventions illégalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »<sup>134</sup>.

Les commentateurs ont fait valoir que les enjeux des contrats sont souvent importants pour la vie économique, sociale et administrative<sup>135</sup>. Pour le Professeur Lafaix, « la loyauté est une affaire de sous ! [...] l'opportunisme est paralysé parce qu'il fait partie de ces imprévus qui, par anticipation, augmentent les coûts de transaction [...] Mieux vaudrait affirmer que la stabilité des relations contractuelles empêche de contester la validité du contrat, sauf pour un vice suffisamment grave »<sup>136</sup>. Le même argument a été utilisé par M. Dacosta dans ses conclusions sur l'arrêt du 4 avril 2014 *Département du Tarn-et-Garonne* étendant aux tiers le recours en contestation de la validité d'un contrat administratif : « des contrats administratifs en cours d'exécution, dont la décision de signature a fait l'objet d'une annulation, demeurent [...] sous la menace que le tiers auteur du premier recours, voire un autre, prenne à tout moment l'initiative de saisir le juge de l'exécution. [...] S'agissant d'opérations de grande ampleur, qui mobilisent des financements importants, l'allergie des investisseurs au risque juridique peut être source de retard, voire de renonciation » [...] « Le recours en contestation de la validité du contrat sera soumis à un double filtre, au stade de l'intérêt à agir et au stade de l'opérance des moyens ; et le juge continuera de disposer de la plus large palette d'instruments pour moduler la sanction [...] À ces conditions, l'accès des tiers au juge du contrat ne sera pas un facteur de déstabilisation mais le gage d'une sécurité accrue »<sup>137</sup>.

Si l'ordre public est ainsi tempéré par la stabilité des relations contractuelles, c'est certainement parce que la valeur sociale qu'il défend doit être conciliée avec un autre impératif, lui-même d'ordre public : la confiance dans le droit, composante de la sécurité juridique. Que les moyens tirés de la rétroactivité d'une loi ou d'un règlement<sup>138</sup> ou de la forclusion d'un recours<sup>139</sup> soient d'ordre public suffit à établir le rapport ambivalent de limitation et de protection que l'ordre public entretient avec la sécurité juridique<sup>140</sup>. La confiance légitime dans le droit, élevée au rang de principe par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>141</sup> mais pas par le Conseil constitutionnel<sup>142</sup>, est protégée par le Conseil d'État dès lors qu'il a à

<sup>134</sup> J.-F. Lafaix, La loyauté dans les relations contractuelles au regard de la théorie du contrat, *Mélanges Richer*, LGDJ 2013 p. 365.

<sup>135</sup> A. Ménéménis, « Un contentieux en pleine évolution », *AJDA* 2011 p. 308.

<sup>136</sup> J.-F. Lafaix préc.

<sup>137</sup> Concl. B. Dacosta sur CE Ass. 4 avril 2014 *Départ. du Tarn-et-Garonne*, *RFDA* 2014 p. 425.

<sup>138</sup> Civ. 2<sup>e</sup> 24 nov. 1955, *D.* 1956 p. 522 ; CE Sect. 8 nov. 1968 *Menez*, *Rec.* p. 557 ; CE 11 juin 1971 *Assistance publique à Paris*, *AJDA* 192 p. 482 obs. P. Landon.

<sup>139</sup> CE 3 oct. 1990 *Gibault*, *Rec.* p. 264 ; Crim. 23 mars 1993, *Bull.* n°126 ; Civ. 1<sup>er</sup> 2 juin 1992, *Bull.* n°171.

<sup>140</sup> M.-C. Vincent-Legoux, *op. cit.*, p. 444-445.

<sup>141</sup> CJCE 14 juil. 1972 *ACNA c/ Commission*, *Rec.* p. 934.

<sup>142</sup> CC 96-385 *DC* du 30 déc. 1996, *Rec.* p. 145. V. AL Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Préf. Pr. B. Mathieu, LGDJ « Bibl. const. et de sc. pol. », 2005, t. 122.

connaître d'une situation juridique directement régie par le droit de l'Union européenne<sup>143</sup>. Et elle a certainement inspiré la jurisprudence *Société KPMG* du Conseil d'État, selon laquelle la sécurité juridique exige des autorités administratives l'aménagement d'un régime transitoire à des dispositions réglementaires s'appliquant aux contrats en cours<sup>144</sup>.

Mais d'aucuns ont douté que le renforcement des pouvoirs du juge administratif se traduise par un gain réel de sécurité juridique : selon le Professeur Lichère, « l'incertitude demeure quant aux conséquences d'une éventuelle illégalité, voire quant aux causes d'illégalité puisqu'une gradation entre celles-ci s'instaure [...] Si le principe de légalité n'est plus absolu, la sécurité juridique n'en sort pas toujours grandie »<sup>145</sup>. Et aux termes du Professeur Truchet, « si l'on voit la sécurité juridique comme la prévisibilité, pour les parties en litige, de la décision du juge, alors il y a reculé car elles ne peuvent plus prévoir quelle solution il adoptera dans la large panoplie qu'il s'est donnée »<sup>146</sup>.

La confiance dans le droit n'est pas le seul impératif d'ordre public à venir tempérer la force d'un autre élément de l'ordre public en matière contractuelle. Il en est de même des exigences du service public.

#### B. — Par les exigences du service public

Les exigences du service public ont été prises en compte par le juge administratif lorsqu'il a été amené à interpréter les conditions générales de régularité des contrats. Elles sont venues renforcer le souci de la stabilité des contrats administratifs manifesté par le juge administratif, dès lors que l'Administration conclut des contrats pour répondre aux besoins du service public.

S'agissant des vices du consentement, alors que le juge judiciaire, attentif à l'exercice effectif de la liberté contractuelle, a interprété l'article 1110 du code civil relatif à l'erreur de manière extensive, le juge administratif, qui vise ici expressément le code civil, a apprécié les conditions exigées de manière plus restrictive : il a refusé de prendre en compte une erreur de droit<sup>147</sup> et paraît peu enclin à considérer comme déterminante une erreur portant sur

<sup>143</sup> CE 9 mai 2001 *Entr. Pers. de transports Freymuth*, *Rec. T.* p. 865.

<sup>144</sup> CE 24 mars 2006 *Sté KPMG* préc. ; F. Melleray, L'arrêt *KPMG* consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ?, *AJDA* 2006 p. 897. V. Cindy Gisbrant-Boinon, *La sécurité juridique en droit de la commande publique*, thèse Dijon 2014, p. 113 et s., envisageant la possibilité d'une reconnaissance explicite du principe de confiance légitime par le Conseil d'État.

<sup>145</sup> F. Lichère, « La fin des contrats administratifs : la fin de la dialectique légalité/stabilité », *CP-ACCP* 4/2015 p. 3.

<sup>146</sup> D. Truchet, « La reconstruction de l'office du juge du contrat administratif : comment et jusqu'où ? », *Mélanges Richer*, LGDJ 2013 p. 715.

<sup>147</sup> CE 1<sup>er</sup> fév. 1980 *OPHLM de la ville de Brest*, *RDP* 1981 p. 521. Comp. J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-. Serinet, *op. cit.*, t. 1, n°1143 : « assimilation générale de l'erreur de droit à l'erreur de fait qu'elle a provoquée ». Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats envisage l'erreur de droit (art. 1131).

l'aptitude de l'objet du contrat à réaliser sa destination<sup>148</sup>. Le juge administratif est donc particulièrement attentif à la stabilité des conventions, les contrats administratifs permettant le bon fonctionnement des services publics<sup>149</sup>. Ainsi, même si les deux ordres de juridictions appliquent les mêmes règles de droit, des nuances apparaissent en raison de la nature des intérêts en cause dans chacun des contentieux<sup>150</sup>.

Concernant la question de l'illicéité de la cause, un but répréhensible n'est sanctionné par le juge que s'il a été déterminant lors de la formation du contrat. La recherche du caractère déterminant ou accessoire d'un but poursuivi est familière au juge administratif qui recourt à la théorie des « mobiles surabondants » lorsqu'un acte unilatéral est soupçonné de détournement de pouvoir. On peut penser que sa démarche est la même en matière contractuelle qu'en matière d'actes unilatéraux. Or quand un acte vise deux buts dont un seul est légal, le juge de l'excès de pouvoir a tendance à présumer que le but légal est déterminant. Cette position est l'inverse de celle du juge judiciaire qui considère le but illicite comme déterminant<sup>151</sup>. Ainsi le juge administratif fait-il prévaloir l'intérêt de la stabilité des contrats administratifs utiles au service public sur celui de l'ordre public, alors que le juge judiciaire fait primer ce dernier sur la sécurité des actes privés.

En droit des obligations, la sécurité juridique au sens de la stabilité des contrats l'emporte généralement sur la justice commutative qui supposerait un contrôle de l'équivalence des prestations. En effet, à l'exception des cas limitatifs où la lésion est sanctionnée en droit privé<sup>152</sup>, un contrat globalement déséquilibré au bénéfice de l'un des contractants n'est pas nul en droit français, tant administratif que privé<sup>153</sup>. Pourtant l'inégalité de puissance entre l'Administration et son cocontractant qui conduit souvent à la rédaction unilatérale du contrat par l'Administration aurait pu justifier un contrôle de la lésion. Mais le juge administratif qui se soucie plus de la stabilité des contrats administratifs utiles au fonctionnement du service public que de l'existence d'un véritable débat contractuel s'est toujours refusé à mesurer l'équivalence des prestations<sup>154</sup>. On présume que l'Administration élabore des contrats équilibrés dans l'intérêt du service public lui-même, comme en atteste la

<sup>148</sup> CE 1<sup>er</sup> déc. 1976 *Berezowski*, *Rec.* p. 521. *Comp. Com.* 28 oct. 1980, *D.* 1981.IR.274 ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op. cit.*, t. 1, n°1139 : l'erreur sur l'aptitude de l'objet est fréquemment sanctionnée.

<sup>149</sup> V. D. Pouyaud, *op. cit.* ; Y. Weber, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *Mélanges Drago*, *Economica* 1996 p. 315.

<sup>150</sup> M.-C. Vincent-Legoux, *op. cit.*, p. 211.

<sup>151</sup> M. Defossez, « Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations », *RTD civ.* 1985 p. 521.

<sup>152</sup> Selon l'article 1118 du code civil, dans certains contrats (vente d'immeuble et partage pour l'essentiel) ou au profit de certaines personnes (mineurs et majeurs protégés).

<sup>153</sup> En vertu du projet d'ordonnance relatif au droit des contrats, « dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des obligations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement (art. 1170).

<sup>154</sup> CE 31 mai 1948 *Sté coop. ouvrière de production*, *Rec. T.* p. 641 ; CE 10 juil. 1972 *Sté Fourny*, *RDP* 1974 p. 1168 ; CE 1<sup>er</sup> fév. 1981 *OPHLM de Brest*, *RDP* 1981 p. 521.

théorie de « l'équilibre financier » du contrat administratif : lorsque l'Administration contractante modifie unilatéralement le contrat dans l'intérêt général, son cocontractant a droit à une indemnité compensant intégralement le préjudice qu'il subit car on considère qu'il faut rétablir « l'équilibre » initial<sup>155</sup>.

Les exigences du service public sous-tendent également la réserve de l'intérêt général introduite par le Conseil d'État lorsqu'il s'agit de tirer les conséquences d'une irrégularité d'un contrat administratif. Lorsque l'annulation d'un acte détachable de la passation d'un contrat administratif affectait celui-ci en raison du motif d'annulation, l'Administration contractante devait en principe saisir elle-même le juge du contrat ou obtenir la résolution du contrat d'un commun accord entre les parties<sup>156</sup>, sauf si des considérations d'intérêt général commandaient de continuer l'exécution du contrat<sup>157</sup>. Éventuellement saisi par le requérant ayant obtenu l'annulation de l'acte détachable, le juge de l'exécution pouvait enjoindre à la personne publique de résilier le contrat ou, en présence d'une illégalité d'une particulière gravité, inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur ce point, à saisir le juge du contrat afin qu'il règle les modalités de la résolution, mais après avoir vérifié que sa décision ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général<sup>158</sup>. La nécessité d'apprécier le risque d'atteinte à l'intérêt général a aussi été placée dans l'office du juge de l'exécution appelé à statuer, comme il peut l'être encore aujourd'hui en vertu de la jurisprudence *Département du Tarn-et-Garonne*, après l'annulation d'un acte détachable de la passation d'un contrat de droit privé de l'Administration : lorsque l'irrégularité commise ne peut pas être régularisée, il appartient au juge de l'exécution d'apprécier si, eu égard à la nature de cette illégalité et à l'atteinte que l'annulation ou la résolution du contrat est susceptible de porter à l'intérêt général, il y a lieu d'enjoindre à la personne publique de saisir le juge du contrat afin qu'il tire les conséquences de l'annulation de l'acte détachable<sup>159</sup>.

Le souci de l'intérêt général est constant dans la réforme du contentieux administratif contractuel. Si l'arrêt du Conseil d'État *Société Tropic* du 16 juillet 2007 a permis à certains tiers, les concurrents évincés, de saisir le juge du contrat d'un recours en contestation de la validité du contrat, il a doté le juge d'une palette de pouvoirs en lui enjoignant de n'annuler le contrat, le cas échéant avec un effet différé, qu'après avoir vérifié si cette décision ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des contractants<sup>160</sup>. En vertu de la jurisprudence *Commune de Béziers I*<sup>161</sup>, le juge administratif saisi par l'une des parties au contrat d'une action contestant la validité de celui-ci ne peut prononcer, le cas échéant avec un

<sup>155</sup> CE 11 mars 1910 *Cie générale des tramways*, *G.A.J.A.* V. M.-C. Vincent-Legoux, *op. cit.*, p. 226.

<sup>156</sup> CE Sect. 7 oct. 1994 *Lopez* préc. ; CE Sect. 26 mars 1999 *Sté Hertz France*, *RFDA* 1999 p. 977 note D. Pouyaud.

<sup>157</sup> CE, Avis, 1989, *EDCE* 1989 n°41 p. 121 ; CE 10 déc. 2003 *IRD* préc.

<sup>158</sup> CE 21 fév. 2011 *Sté Opbrys*, *Dr. adm.* 2011 n°47 note F. Brenet ; 20 fév. 2011 *Sté Veolia Propreté*, *AJDA* 2011 p. 1739 note M.-C. Vincent-Legoux.

<sup>159</sup> CE 29 déc. 2014 *Cne d'Uchaux*, *Contrats et marchés publics*, 2/2015, n°51 comm. J.-P. Pietri.

<sup>160</sup> CE Ass. 16 juil. 2007 *Sté Tropic Travaux Signalisation* préc.

<sup>161</sup> CE Sect. 28 déc. 2009 *Cne de Béziers* préc.

effet différé, la résiliation ou l'annulation du contrat qu'après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général. Aux termes du rapporteur public, M. Glaser, « le contrat administratif n'est pas un contrat comme les autres. Il est certes la chose des parties mais l'une de ces parties est une personne publique agissant dans le cadre de l'intérêt général. Que le contrat soit administratif à raison de son objet ou de ses stipulations, il participe de la sphère du service public, ce qui justifie les pouvoirs exorbitants dont dispose l'Administration mais aussi les contraintes qui s'imposent à elle ». Aussi, selon lui, le premier réflexe du juge du contrat doit être de « mettre en balance l'impératif de rétablissement de la légalité, qui dépend lui-même de la gravité de l'illégalité commise, et les atteintes à l'intérêt général que ce rétablissement peut entraîner, notamment l'interruption ou la perturbation du service public qui peut en résulter »<sup>162</sup>. Toutefois, dans le cadre d'une « exception de nullité », si un vice particulièrement grave justifiant un moyen d'ordre public est constaté, le juge administratif doit écarter le contrat, sans avoir ici à vérifier que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général.

L'arrêt du Conseil d'État du 4 avril 2014 *Département du Tarn-et-Garonne* ouvrant plus largement aux tiers le recours en contestation de la validité d'un contrat administratif a subordonné à la même vérification la décision de résilier ou d'annuler le contrat, reprenant sur ce point la formulation de la jurisprudence *Commune de Béziers*<sup>163</sup>. Le juge administratif des référés se voit aussi impartir la mission d'apprécier les exigences de l'intérêt général. Le juge du référé contractuel doit en principe prononcer la nullité du contrat dans les cas énumérés par l'article L. 551-18 du CJA mais peut décider la résiliation du contrat, la réduction de sa durée ou une condamnation à une pénalité financière si le prononcé de la nullité se heurterait à « une raison impérieuse d'intérêt général » (art. L. 551-19). Le juge des référés pré-contractuels doit, quant à lui, prendre en considération l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés, en particulier l'intérêt public, avant de décider notamment de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat (art. L. 551-2 et L. 551-6 du CJA).

Les exigences du service public qui viennent donc tempérer la force de l'ordre public en matière contractuelle sont certainement elles-mêmes protégées par l'ordre public. L'arrêt du Conseil d'État *Dehaene* du 7 juillet 1950 l'a établi en décidant qu'« il appartient au gouvernement responsable du bon fonctionnement des services publics de fixer, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue des limites qui doivent être apportées au droit de grève en vue d'en éviter un usage contraire aux nécessités de l'ordre public »<sup>164</sup>. Le Conseil d'État a également jugé que la liberté des élèves de manifester leur appartenance à une religion au moyen de

<sup>162</sup> Concl. Glaser préc.

<sup>163</sup> CE 4 avril 2014 *Départ. du Tarn-et-Garonne* préc. CAA Marseille 2 fév. 2015 *Sté Autocars Rignon*, Contrats et marchés publics 2015 n°103 note J.-P. Pietri. CE 3 déc. 2014 *Sté Bancel*, *AJDA* 2015 p. 1223 note J.-B. Vila : l'appréciation des juges du fond est souveraine sur ce point.

<sup>164</sup> CE Ass. 7 juil. 1950 *Dehaene*, *GAJA*.

signes distinctifs peut être restreinte lorsque le port de tels signes trouble « le fonctionnement normal du service public » ou perturbe « le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants »<sup>165</sup>. Le *Vocabulaire juridique* élaboré sous la direction du Professeur Cornu a défini l'ordre public comme « l'ensemble des institutions et des règles destinées à maintenir dans un pays le bon fonctionnement des services publics, la sécurité et la moralité des rapports entre particuliers, et dont ceux-ci ne peuvent, en principe, écarter l'application dans leurs contrats ». Les règles nécessaires au bon fonctionnement d'un service public sont d'ordre public : les règles de compétence<sup>166</sup> ; les règles exorbitantes de passation des contrats de l'Administration<sup>167</sup> ; et les fameuses « lois de Rolland », principes généraux du droit garantissant la continuité du service public, sa mutabilité et l'égalité devant le service public<sup>168</sup>. Le respect du principe d'égalité est garanti notamment par l'incrimination pénale des manquements au devoir de probité<sup>169</sup> et par la nullité de contrats prévoyant des démarches susceptibles d'affaiblir l'intégrité de l'Administration<sup>170</sup>. Le Conseil d'État a prononcé la nullité de clauses incompatibles avec « les nécessités du fonctionnement d'un service public »<sup>171</sup>. Il a accepté récemment que les contrats n'ayant pas pour objet l'exécution même du service public puissent prévoir les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par celle-ci de ses obligations contractuelles ; mais même dans ce cas, la personne publique pourra s'opposer à la rupture des relations contractuelles « pour un motif d'intérêt général tiré notamment des exigences du service public » et le cocontractant devra alors poursuivre l'exécution du contrat, sous peine d'une résiliation du contrat à ses torts exclusifs, tout en pouvant contester devant le juge le motif d'intérêt général qui lui est opposé<sup>172</sup>. « Exemple de l'évolution du droit des contrats administratifs, (cette décision) l'est [...] par le rôle qu'[elle] confère au service public. Il apparaît en effet de plus en plus que ce sont ses exigences qui constituent la limite de la liberté des parties dans la détermination du contenu du contrat et qui justifient la spécificité de son régime, notamment le maintien des prérogatives (d'action ou de protection) dont bénéficie l'Administration »<sup>173</sup>.

Au total, l'ordre public reste impératif à l'égard du contrat en fondant les conditions générales de régularité des contrats et d'autres règles (impératives) qui limitent la liberté contractuelle même dans le cas où il s'agit en définitive d'assurer son exercice effectif par une

<sup>165</sup> CE 2 novembre 1992 *Kherouaa*, *D.* 1993 p. 108 note G. Koubi.

<sup>166</sup> CE 13 juil. 1961 *Sté d'entreprises générales*, *Rec.* p. 473.

<sup>167</sup> CE 23 mai 1979 *Cne de Fontenay-Le-Fleury*, *Rec.* p. 266.

<sup>168</sup> Le principe d'égalité et le principe de continuité du service public sont des principes constitutionnels (CC n°73-51 du 27 oct. 1973, GDCC ; CC n°79-105 DC du 25 juil. 1979, GDCC)

<sup>169</sup> Corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, « favoritisme » (art. 432-10 et s. du code pénal).

<sup>170</sup> Civ. 3 avril 1912, *D.* 1915.I.71.

<sup>171</sup> CE 6 mai 1985 *Assoc. Eurolat* préc.

<sup>172</sup> CE 8 oct. 2014 *Sté Grenke Location*, *AJDA* 2015 p. 396 note F. Melleray.

<sup>173</sup> F. Llorens, P. Soler-Couteaux, « De l'exception d'inexécution et de quelques tendances du droit des contrats administratifs », *Contrats et marchés publics* 12/2014, repère 11.

partie en situation de faiblesse. Une méconnaissance de ces règles justifie une sanction prononcée par le juge qui, dans les deux branches du droit interne, peut être l'annulation du contrat en cas de vice particulièrement grave comme la violation d'une condition générale de régularité des contrats. Mais l'anéantissement rétroactif du contrat n'est plus la sanction systématique. En particulier, la réorganisation du contentieux administratif contractuel a conduit à restreindre le champ des règles d'ordre public garanties par un moyen d'ordre public devant être relevé d'office par le juge et sanctionné par l'annulation du contrat. L'ordre public fonde aussi, en droit public comme en droit privé, des atteintes à la stabilité des relations contractuelles par l'une des parties ou par le législateur.

Mais l'ordre public apparaît tempéré par la sécurité juridique et par les exigences du service public. Qu'il s'agisse de la sanction d'une clause secondaire illicite par une annulation partielle ou du contrôle de la loyauté des moyens soulevés par l'une des parties à un contrat administratif, le juge fait grand cas de la stabilité des relations contractuelles qui peut, dans le second cas, empêcher la sanction d'une irrégularité. Quant aux exigences du service public, elles influencent l'appréciation des vices du consentement par le juge administratif et sous-tendent la réserve tirée de l'intérêt général qui peut justifier la décision de ce juge de maintenir un contrat administratif irrégulier.

On ne peut cependant pas aller jusqu'à affirmer que « le droit des contrats publics n'est résolument plus aujourd'hui un droit de l'ordre public »<sup>174</sup> car l'élément de l'ordre public protégé par la règle impérative méconnue est en réalité confronté à un autre élément de l'ordre public : la confiance dans le droit ou/et une exigence du service public. La plus grande importance donnée à ces deux derniers éléments révèle l'influence de la doctrine dite du « solidarisme contractuel », selon laquelle « il est nécessaire d'exercer la liberté contractuelle de manière responsable dans le respect de la sécurité, de l'utilité publique et sociale, en valorisant la bonne foi et le respect de la morale des affaires »<sup>175</sup>. Elle signale aussi la place croissante accordée dans l'ordre social à des valeurs liées à l'institutionnalisation de la paix sociale : la stabilité de l'organisation étatique et l'ordre du système juridique.

---

<sup>174</sup> L. Janicot préc.

<sup>175</sup> A. Le Pommelec, « La signification de l'ordre public en droit des obligations », in C.A. Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, Cujas 2013 p. 73.