

GASTON JEZE

ET LA THEORIE GENERALE

DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Dans la préface de la deuxième édition des *Principes généraux du droit administratif*, Gaston Jèze assigne avant tout pour tâche au théoricien de dégager, de classer et d'expliquer les « règles que le législateur, l'opinion publique des juristes et en particulier l'opinion des tribunaux déclarent dans un pays donné être justes et utiles » (1). Il lui revient de montrer que, derrière « l'apparente diversité des solutions de détail » (2), sont à l'œuvre les principes dont elles ne sont que des applications.

Plus que tout autre domaine du droit administratif, la matière des contrats conclus par l'Administration a fourni à Gaston Jèze l'occasion de travailler à une telle entreprise. Son œuvre est ici considérable : plus d'une centaine de ses notes de jurisprudence reproduites à la *Revue du Droit Public* (3) sont consacrées à l'étude du critère ou du régime juridique des contrats administratifs, et surtout, de 1927 à 1934, il publie un ouvrage en trois volumes intitulé *Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics*, dont les deux derniers tomes ont été par la suite intégrés dans *Les principes généraux du droit administratif*, pour en constituer les tomes IV, V et VI, sous le titre de *Théorie générale des contrats de l'Administration* (4).

Ce « monumental traité » (5) recèle de riches enseignements concernant les critères du contrat administratif, mais c'est d'avantage en raison de l'étude de son régime, que « Gaston Jèze demeure — et c'est peut-être son plus beau titre scientifique —, le père de la théorie des contrats administratifs qu'il a à peu près tirée du néant » (6). Il suffit, pour apprécier l'ampleur du progrès opéré dans la compréhension des mécanismes gouvernants le droit public

(1) Gaston JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, tome I, 2^e édition, Paris, 1914, p. IV.

(2) *Ibid.*, p. V.

(3) Voir Luc MURACCIOLÉ, « Bibliographie de Gaston Jèze », *R.D.P.*, 1953, p. 904.

(4) Le tome IV a été publié en 1934 et les tomes V et VI en 1936.

(5) Marcel WALINE, « L'œuvre de Gaston Jèze en droit public », *R.D.P.*, 1953, p. 889.

(6) Georges VEDEL, *Droit administratif*, Paris, P.U.F., 7^e édition, 1980, p. 314.

des contrats, de comparer l'ouvrage de Gaston Jèze à celui de Perriquet (7), qui, à la fin du XIX^e siècle, a rassemblé les règles régissant les contrats de l'Etat. D'un côté, une suite d'études relatives à chaque contrat, de l'autre, un plan ordonné en quatre chapitres : la formation des contrats de l'administration, l'exécution des contrats administratifs, les sanctions des obligations contractuelles et la fin des contrats administratifs. Tous les thèmes du régime des contrats administratifs, tels qu'ils continuent à être enseignés, sont présents. Et l'on n'en finirait pas de donner des illustrations de l'influence qu'a eu Gaston Jèze par ses ouvrages, mais aussi parfois ses consultations (8), sur la jurisprudence du Conseil d'Etat, comme, par exemple, celle relative à la situation de l'usager des services publics.

Toutefois, si cette œuvre n'a pas perdu valeur de référence quant à ses analyses ponctuelles, elle est aussi l'objet, de la part de la théorie juridique contemporaine, d'une critique plus globale, qui porte sur la conception du contrat administratif introduite par Gaston Jèze dans le droit administratif français. En se faisant « le premier véritable défenseur du régime exorbitant » (9), Gaston Jèze aurait été à l'origine d'une vision du contrat administratif dans laquelle, pour reprendre une expression de Jacques Moreau (10), l'épithète aurait fini par prendre le pas sur le substantif. La théorie juridique, Gaston Jèze en tête, aurait, à force d'insister sur sa spécificité, fait perdre au contrat administratif sa nature contractuelle, ce que dément le droit positif. Adressée à Gaston Jèze, positiviste convaincu, la critique est grave. Elle est aussi sans doute excessive.

Jamais Gaston Jèze n'a nié la nature authentiquement contractuelle des contrats administratifs. Au contraire, la combinaison entre leur nature et le but de service public pour lequel ils sont conclus explique, à ses yeux, le régime spécial de ces contrats. Pour lui, la conciliation entre le droit public et le contrat caractérise tous les contrats administratifs. Cela explique que puisse être dégagé, au-delà de la diversité des contrats conclus par l'Administration, des principes communs expliquant le régime juridique spécial auquel ils sont soumis. Pourtant, au terme de la lecture de *La théorie générale des contrats de l'administration*, il ressort que Gaston Jèze n'est pas parvenu à construire une véritable théorie générale. La volonté de conciliation n'a pas permis de réaliser l'unification. Mais, paradoxalement, c'est aussi pourquoi son œuvre conserve aujourd'hui son intérêt.

(7) E. PERRIQUET, *Les contrats de l'Etat*, Paris, 2^e édition, 1890.

(8) Par exemple, Raymond Odent se réfère expressément à une consultation donnée par Gaston Jèze dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 23 juin 1944, Ville de Toulon, *R.D.P.*, 1945, p. 401, note Gaston Jèze.

(9) Roland DRAGO, « Le contrat administratif aujourd'hui », *Droits*, n° 12, 1990, p. 118.

(10) Jacques MOREAU, *Droit administratif*, Paris, P.U.F., 1989, p. 287.

I. — LA CONCILIATION ENTRE LE DROIT PUBLIC ET LE CONTRAT

Toute l'analyse du contrat administratif à laquelle se livre Gaston Jèze est dominée par la classification matérielle des actes juridiques qui, empruntée à Léon Duguit, permet d'affirmer l'identité de nature juridique des contrats de droit public et de droit privé. Mais, contrairement à l'opinion de ce dernier, pour Gaston Jèze, la *summa divisio* du droit traverse la sphère contractuelle.

1. — La nature essentiellement contractuelle des contrats administratifs

En premier lieu, à la suite de Léon Duguit, Gaston Jèze rejette comme des « dogmes périmés » (11) les notions de souveraineté et de puissance publique sur lesquelles s'appuyait la distinction des actes d'autorité et de gestion en tant que critère du droit administratif. Il entend y substituer la notion « rationnelle » du service public. Ce n'est donc pas au regard de la forme de l'acte, mais de son but, que doit être déterminé son caractère public ou privé. La double liaison entre, d'une part droit administratif et acte unilatéral, d'autre part droit privé et contrat est à bannir, car elle s'attache à la forme et non au but de l'acte.

En second lieu, la classification des actes juridiques dominée par la distinction entre l'acte unilatéral et le contrat, produit de la conception de l'Etat puissance publique est également écartée. « L'Ecole du service public » la remplace par une classification matérielle qui, en retenant comme critère primordial le contenu, les effets de l'acte, transcende l'opposition entre droit public et droit privé. Ainsi, Gaston Jèze, partant d'une division entre les situations juridiques générales et individuelles, isole quatre catégories d'actes juridiques : les actes créateurs de situations juridiques générales (loi ou règlement), les actes créateurs de situations juridiques individuelles (actes unilatéraux ou contractuels), les actes investissant un individu d'une situation générale (actes condition) et les actes constatant une situation juridique ou un fait (actes juridictionnels). Dans cette perspective, la décision individuelle et le contrat possèdent la même nature juridique puisque ces deux actes ont le même contenu juridique. Ils ne diffèrent qu'au point de vue de l'auteur de l'acte et de ses formes : « dans l'acte unilatéral, l'effet juridique est produit par la manifestation de volonté d'un seul individu ou de

(11) *Les principes généraux...*, *op. cit.*, tome I, p. X ; voir également *Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris, 1927, p. 16.

plusieurs individus agissant dans le même sens, voulant tous le même effet juridique. Dans l'acte bilatéral ou contractuel, l'effet juridique est produit par les manifestations de volonté de deux individus ou de plusieurs individus, voulant des effets juridiques différents, ces volontés étant déterminées l'une par l'autre » (12). Si cette analyse « objective » de l'acte juridique commune à Léon Duguit et à Gaston Jèze permet au premier de fonder sa thèse de l'unité du droit, le second, au nom du « réalisme », se démarque de son maître (13).

Pour Léon Duguit, l'unité de la technique juridique implique l'unité du Droit : « le contrat est une certaine catégorie juridique, et quand les éléments qui le constituent sont réunis, il y a un contrat ayant toujours les mêmes caractères et les mêmes effets » (14). En décider autrement, reviendrait à réintroduire la notion de souveraineté : « opposer les contrats de droit public aux contrats de droit privé, c'est donner une apparence juridique aux procédés plus ou moins habiles par lesquels les détenteurs du pouvoir tendent fréquemment à se soustraire à des engagements régulièrement pris. Il faut donc, une fois pour toutes, bannir de la langue du droit cette expression de contrat de droit privé et de droit public et parler seulement de contrat » (15). Le positiviste Gaston Jèze se rebiffe : « cette argumentation est en contradiction avec les faits. La thèse du professeur Duguit n'est pas celle du droit public français actuel... Si les tribunaux administratifs sont compétents pour les contrats administratifs, c'est parce qu'il s'agit d'appliquer un régime juridique spécial ; le caractère essentiel des contrats administratifs est qu'ils sont soumis à un ensemble de règles spéciales » (16).

Mais, si la prise en compte du but de service public introduit le droit public au sein du contrat, celui-ci reste, pour Gaston Jèze, dominé par la logique contractuelle ; c'est une combinaison qu'il s'agit d'opérer. L'identité de nature juridique de tous les contrats, indépendamment de « la catégorie » à laquelle ils appartiennent, implique que leur régime juridique s'inspire de principes communs.

De fait, Gaston Jèze proclame la primauté de l'aspect contractuel au sein du contrat administratif. Ainsi, le chapitre consacré à l'étude de l'exécution des contrats administratifs s'ouvre par cette phrase exemplaire : « Le principe fondamental qui domine l'exécution des contrats de l'administration est celui-là même qui domine le Droit moderne ; c'est le respect de la parole donnée. Les

(12) *Les principes généraux...*, *op. cit.*, p. 19 et s.

(13) Gaston JÈZE, « L'influence de Léon Duguit sur le droit administratif français », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1932, n° 1-2, p. 135.

(14) Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e édition, tome III, Paris, 1923, p. 41.

(15) *Ibid.*, p. 403.

(16) *Les contrats administratifs...*, *op. cit.*, p. 8.

parties contractantes sont obligées d'exécuter leurs obligations respectives de bonne foi dans les conditions où elles ont été stipulées. Ce principe (...) est capital » (17). Le régime de tous les contrats est dominé par les mêmes principes de justice et d'équité, qui « découlent de quelques idées fondamentales ; la parole donnée doit être respectée ; celui qui commet une faute dans l'exécution de ses obligations doit en supporter la conséquence ; les clauses d'un contrat doivent être interprétées et exécutées raisonnablement d'après la commune intention des parties sans s'attacher trop étroitement au sens littéral des termes employés, les obligations des parties ne sont pas seulement celles qui sont formellement exprimées dans le contrat, mais toutes celles qui résultent de la nature du contrat et des usages admis par ces contrats, etc... » (18). Certes, les formules des articles 1134, 1135 ou 1156 et suivants du Code civil ne lient pas le juge administratif. Toutefois, les « idées qu'expriment ces formules régissent incontestablement les contrats administratifs » (19). Gaston Jèze ne cesse d'y recourir pour expliquer les solutions jurisprudentielles, telle que l'existence, même dans le silence du contrat, d'une sanction, dès qu'une obligation contractuelle est méconnue (20). De même, toute sa théorie de l'équilibre financier du contrat — « qui est en somme l'œuvre de Gaston Jèze d'une part, des commissaires du gouvernement d'autre part » (21) —, est construite sur les idées d'équité et de bonne foi dans l'exécution du contrat. « L'équilibre financier est rompu, il serait contraire à la bonne foi et à l'équité, écrit-il, que la rémunération primitive fût maintenue pendant toute la durée de la concession, telle qu'elle avait été établie dans l'hypothèse de la persistance d'une certaine situation de fait et de droit » (22). C'est aussi par l'équité, tout autant que la continuité du service public, qu'il explique la jurisprudence de l'imprévision ; de même que la commune intention des parties lui sert de référence pour déterminer le caractère d'imprévisibilité de l'aléa économique, condition de l'application de cette jurisprudence. Les règles de formation des contrats administratifs n'échappent pas à l'application des principes issus du droit civil. C'est évidemment le cas s'agissant du cocontractant privé de l'Administration. Mais les mêmes règles que celles régissant les rapports des particuliers s'appliquent aussi en matière de vice du consentement. Enfin, le principe est le consensualisme : « le contrat de gré à gré est la règle, le contrat sur adjudication est l'exception » (23).

(17) *Les principes généraux...*, *op. cit.*, tome IV, p. 180.

(18) *Ibid.*, p. 185 ; voir aussi p. 329 et 466.

(19) *Ibid.*, p. 185.

(20) C'est la solution retenue par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Deplanque, C.E., 31 mai 1907, *R.D.P.*, 1907, p. 684, *Rec. Leb.*, p. 514.

(21) Marcel WALINE, *loc. cit.*, p. 890.

(22) *Les principes généraux...*, *op. cit.*, tome V, p. 588.

(23) *Ibid.*, p. 70.

En dernier lieu, il faut souligner la rigueur dont fait preuve Gaston Jèze. Contrairement à certains juristes, tentés d'accentuer la spécificité du contrat administratif, il a pris soin de ne pas assimiler à des règles spécifiques au contrat administratif celles qui, résultant de la seule présence d'une personne publique, sont communes à tous les contrats qu'elle conclut. Gaston Jèze traite, en effet, de la « formation des contrats *de l'Administration* » sans distinguer selon leur caractère public ou privé : ainsi des règles relatives à l'autorité compétente, à la procédure de passation, ou encore aux formes dans lesquelles les contrats de l'Administration doivent être constatés. De même, au début du chapitre intitulé « exécution des contrats administratifs », il rappelle que les règles de la comptabilité publique ou le principe de l'inapplication des voies d'exécution forcée de droit privé régissent les obligations des personnes publiques, qu'elles aient pour source un contrat administratif ou de droit privé.

Mais ces remarques ne doivent pas laisser croire que Gaston Jèze aurait méconnu le caractère exorbitant du régime des contrats administratifs. Au contraire. Parce qu'ils ont toujours pour objet de réaliser une activité d'intérêt général, les contrats administratifs sont régis par le « procédé du service public », c'est-à-dire par des « théories juridiques spéciales qui, toutes, ont pour objet de faciliter le fonctionnement régulier et continu du service public » (24).

2. — La spécificité des contrats administratifs

L'auteur de *l'Etude des principaux contrats administratifs* ne fait preuve d'aucune ambiguïté : « Les effets des contrats administratifs ne sont pas les mêmes que les effets des contrats civils... Les contrats civils supposent deux contractants placés sur un pied de parfaite égalité. Le contrat administratif proprement dit suppose *essentiellement* deux contractants qui se reconnaissent placés sur un pied *d'inégalité* : l'un représentant l'intérêt général ; l'autre l'intérêt privé du contractant » (25).

Cette vision du contrat administratif n'est pas fondée sur un privilège inhérent à la puissance publique. Elle ne résulte pas de la nature de l'acte mais de son but : « les règles spéciales des contrats administratifs ont pour but d'assurer le fonctionnement du service public » (26). Tous les contrats conclus pour permettre le fonctionnement d'un service public ne sont certes pas soumis à un régime spécial. Mais lorsqu'ils le sont, c'est parce qu'ils ont « pour objet d'assurer le *fonctionnement d'un service public* » (27). Cet objet constitue à la fois le fondement et la limite du régime exorbitant,

(24) *Ibid.*, tome I, p. 242.

(25) *Les contrats administratifs...*, *op. cit.*, p. 8.

(26) *Ibid.*, p. 9.

(27) *Ibid.*, p. 7.

lequel consiste dans l'adaptation des règles communes à tous les contrats afin de permettre l'accomplissement de ce but. L'apport de Gaston Jèze à la théorie du contrat administratif réside dans la mise en évidence de cette pénétration, au sein d'un acte authentiquement contractuel, d'une logique administrative. Il en résulte un certain dynamisme dans la mise en œuvre des principes contractuels : « La notion de service public entraîne l'obligation pour celui qui s'engage par un contrat administratif à faire passer le fonctionnement du service public avant ses intérêts propres, sauf indemnité. Cette obligation a donc un caractère *extensif* » (28). De même, les principes d'interprétation des stipulations contractuelles sont identiques, quel que soit le caractère public ou privé du contrat, mais les idées générales de justice et d'équité sur lesquels ils reposent peuvent, dans les rapports du cocontractant et de l'administration, comporter des conséquences différentes de celles que le droit privé a formulé pour les rapports de particulier à particulier. « Il y a là un élément essentiel dont le droit privé ne tient pas compte : les nécessités du fonctionnement régulier et continu du service public » (29).

Ces exigences irradient tout le régime du contrat administratif. Elles expliquent l'obligation d'exécution personnelle : les contrats administratifs sont conclus *intuitu personae* en raison de la confiance que doit porter l'Administration à celui qui collabore à l'exécution du service. Le service public impose également un strict respect des délais d'exécution. Le droit de l'Administration de modifier l'étendue des prestations à fournir, ou de résilier le contrat est aussi motivé par le fait qu'il « serait absurde que l'administration continuât à faire fonctionner pendant des années un service public devenu inutile ou à maintenir une organisation devenue inadéquate ou à recevoir des prestations devenues inutiles au service public » (30). C'est encore dans l'intérêt du service, afin de ne pas porter préjudice à son fonctionnement, que, en cas de modification de la convention par l'Administration, son cocontractant peut demander sa résiliation si l'exécution du contrat, une fois modifiée, dépasse ses capacités techniques ou financières (31). Ainsi s'accordent équité et gestion du service public. De même, on l'a vu, la nature juridique du contrat administratif implique que les obligations qu'il contient comportent toujours une sanction, même dans le silence de ses clauses. Or, le but qu'il poursuit impose que l'Administration dispose non seulement des sanctions applicables en droit privé (dommages intérêts et résiliation), mais en outre, d'une sanction coercitive, « caractéristique des sanctions du droit public ». Elle consiste « dans le pouvoir de l'administration de se substituer immédiatement au contractant

(28) *Ibid.*, p. 8.

(29) *Les principes généraux...*, *op. cit.*, tome IV, p. 184.

(30) *Ibid.*, p. 221.

(31) *Ibid.*, p. 229.

en prenant elle-même, sous sa responsabilité, sans intervention préalable d'un juge, toutes les décisions nécessaires pour assurer le service public ; le contrôle du juge ne se produira qu'après coup » (32). On pourrait multiplier les illustrations de cette idée : pour Gaston Jèze, la volonté, commune aux parties, d'assurer le fonctionnement régulier et continu du service public est le principe qui éclaire le droit positif et justifie le régime spécifique du contrat administratif.

Les pouvoirs reconnus à l'Administration ne sont donc pas la manifestation d'une volonté supérieure qui s'imposerait par le seul fait qu'elle émane de l'Etat, personnification de la Nation souveraine. L'explication de Gaston Jèze se veut plus réaliste, plus neutre. Les prérogatives conférées à l'Administration ne le sont que pour lui permettre de satisfaire l'exécution du service public, et seulement dans les limites nécessaires à la réalisation de cette mission qui s'impose aux gouvernants. D'où le pragmatisme inspirant les justifications avancées par Gaston Jèze pour légitimer, par des arguments objectifs, ces prérogatives ; d'où aussi les critiques adressées au Conseil d'Etat lorsque sa jurisprudence ne lui paraît pas répondre à cette conception. A titre d'exemple, si l'Administration dispose d'un pouvoir de sanction unilatérale, ce n'est pas pour Gaston Jèze en vertu d'un quelconque « privilège d'action d'office ». La dérogation au principe selon lequel nul ne peut se faire justice à soi-même ne s'explique ni par l'idée de souveraineté, ni par le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, mais, plus simplement, parce que l'urgence est toujours présumée s'agissant de l'exécution d'un service public (33). L'intervention préalable d'un juge « aboutit toujours à des délais très longs, que le débiteur peut rendre encore plus longs par les chicanes de procédure », et qui sont incompatibles avec « les sanctions rapides et efficaces » dont l'Administration a besoin pour « parer immédiatement et complètement à la défaillance du cocontractant » mettant en péril l'exécution du service public (34). Poursuivant le raisonnement, Gaston Jèze estime qu'aucun principe ne s'oppose à ce que l'Administration s'adresse au juge pour qu'il prononce, à sa place, la résiliation d'un marché de travaux publics ou de fournitures (35) : « la situation de

(32) *Ibid.*, p. 856.

(33) Cette idée réapparaît à plusieurs reprises, par exemple, *ibid.*, tome VI, p. 900 et 1032.

(34) *Ibid.*, p. 856.

(35) Il adopte une position différente s'agissant des sanctions coercitives, qu'il considère comme « proprement administratives », et dont la prononciation ne lui paraît donc devoir relever que de la compétence de l'Administration. Non sans une certaine contradiction, il admet cependant que la mise en régie d'une entreprise de travaux publics puisse, à la demande de l'Administration, être décidée par le juge, avant d'ajouter : « l'administration le fera bien rarement à raison des lenteurs d'une procédure juridictionnelle. Si l'administration s'adressait au juge du contrat, c'est qu'elle ne serait pas bien convaincue que la mise en régie est justifiée ; elle fera mieux de s'abstenir ». Sur cette question, voir : *Les principes généraux...*, tome VI, p. 900, 992, 1095.

l'entrepreneur n'est pas aggravée par cette mesure. Quant à l'administration, c'est à elle de choisir la procédure qui lui paraît la plus opportune pour le service public et la moins périlleuse. L'opinion contraire a été affirmée, mais non justifiée » (36). Le Conseil d'Etat lui a donné raison (37). De même dans le cas de la concession de service public, l'importance des capitaux investis par le concessionnaire explique que, pour assurer une plus grande stabilité à sa situation, le juge est, sauf clause contraire, seul compétent pour prononcer la déchéance. Mais, lorsque le contrat confie ce pouvoir à l'Administration, là encore, l'autorité compétente devrait être autorisée à y renoncer. La solution contraire retenue par la jurisprudence est, estime Gaston Jèze, « contestable car elle n'est pas nécessaire au fonctionnement du service public » (38). Enfin, si le juge est compétent pour résilier le contrat, rien ne permet de justifier le refus du Conseil d'Etat d'annuler la résiliation d'un marché prononcée irrégulièrement par l'Administration contractante aux torts de son débiteur : « par une interprétation extensive du droit de l'administration de mettre fin à tout moment (au contrat), le Conseil d'Etat, écrit Gaston Jèze, retourne ce droit contre l'administration » en ne s'autorisant qu'à la condamner à verser une indemnité de résiliation. En effet, explique-t-il, l'annulation serait la solution « la plus avantageuse pour l'administration » : son cocontractant serait remis en possession du marché, et le montant de l'indemnité due par l'Administration serait d'autant plus faible que les bénéficiaires, retirés par son partenaire de la poursuite du marché, seraient importants. Au nom du pragmatisme, Gaston Jèze remet encore une fois en cause le droit positif : la différence entre la concession et les marchés publics est injustifiable et « bien que la jurisprudence soit très ferme en ce sens, il convient de la critiquer et d'essayer de la faire changer » (39). La même recherche de rationalité de l'action administrative, dans le respect des droits des particuliers, se retrouve dans l'exposé de la théorie de l'imprévision. Face aux risques financiers qui résultent de la survenance, au cours de l'exécution du contrat, d'événements exceptionnels qui en bouleversent l'économie, il convient, dans l'intérêt de l'Administration, dit Gaston Jèze, « de rassurer » ses cocontractants. En effet, « pour qu'elle trouve des collaborateurs honorables, faisant face à leurs engagements, déployant tous leurs efforts pour assurer la marche des services publics, il faut les garantir largement contre les aléas extraordinaires... C'est là un fait d'expérience. Toutes les fois que l'administration, dans ses contrats, multiplie les aléas pour le contractant, celui-ci couvre ses risques par une élévation de sa

(36) *Ibid.*, p. 1033.

(37) C.E., 17 mars 1934, Gouverneur général de l'Algérie c/ sieur Carta, *Rec. Leb.*, p. 377.

(38) *Les principes généraux...*, *op. cit.*, tome VI, p. 923.

(39) *Ibid.*, p. 256.

rémunération... La théorie de l'imprévision fait une application de cette idée de bonne gestion administrative » (40).

Partant de l'identité de nature entre les contrats de droit public et de droit privé, Gaston Jèze a donc entendu bâtir, sur la notion de service public, une théorie générale des contrats administratifs. Il est plus douteux qu'il y soit parvenu.

II. — LES CARENCES DE LA THEORIE GENERALE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Elaborer une théorie générale implique que les concepts employés, pour présenter, de façon organisée, un domaine particulier, soient susceptibles de trouver application à l'ensemble des éléments de la réalité dont on prétend rendre compte. Or, la théorie générale des contrats administratifs qu'expose Gaston Jèze n'offre pas cette unité. La recherche des raisons de cet échec conduit à se demander s'il n'a pas tenté une impossible conciliation.

1. — Une absence d'unité

La théorie des contrats administratifs, telle que la développe Gaston Jèze, se révèle lacunaire et hétérogène. D'une part, si l'auteur de *la théorie générale des contrats de l'Administration* expose le « principe fondamental » de l'exécution des contrats administratifs, et une « théorie générale » des sanctions des obligations contractuelles, pour le reste, il se borne le plus souvent à évoquer les « idées générales » qui dominent tel ou tel aspect du régime des contrats. Ainsi, le pouvoir de direction et de contrôle de l'Administration, qui constitue un des thèmes majeurs de la théorie classique, ne fait l'objet d'aucun exposé d'ensemble. D'autre part, Gaston Jèze insiste constamment sur la valeur relative de ces principes en fonction de l'objet du contrat. De la concession de service public aux marchés à prestation unique, en passant par les marchés à prestations multiples, il y a, dans l'application des principes, « des différences suivant *la nature* des contrats administratifs : d'après le degré de collaboration du contractant au fonctionnement du service public, en particulier suivant la durée du contrat » (41). Enfin, pour reprendre l'exemple du pouvoir de direction et de

(40) *Les principes généraux...*, *op. cit.*, tome V, p. 541.

(41) Concernant l'influence de cette situation sur le pouvoir de modification unilatérale, voir : *Les principes généraux...*, *op. cit.*, tome IV, p. 224, et d'une manière générale, p. 190.

contrôle de l'Administration, ce dernier repose, pour Gaston Jèze, sur des fondements variables selon les contrats. Rattaché dans la concession de service public à la compétence inaliénable de l'Administration pour organiser le service et, dès lors, de nature réglementaire, le pouvoir de direction, s'il existe également à l'égard de l'entrepreneur de travaux publics, n'est plus justifié par le recours à la notion de service public, mais par le fait que l'administration est « le directeur du travail » (42). Quant aux clauses relatives au contrôle de l'Administration sur le fournisseur, elles ont un caractère contractuel, et le silence du contrat signifie que « le fournisseur a l'initiative et le choix des moyens » (43).

Ce décalage entre la proclamation d'une théorie générale fondée sur la notion de service public, et les nuances apportées dans sa mise en œuvre n'a pas échappé à Georges Péquignot : « l'ouvrage est plus un groupement de questions semblables qui se posent à propos des différents contrats qu'une véritable généralisation » (44). Au demeurant, Gaston Jèze en a eu sans doute conscience puisqu'il corrige l'expression de théorie générale en l'associant, non pas au terme de contrat administratif, mais à celui de contrats de l'Administration. Il manifeste, en tout cas, un certain malaise qui résulte de la difficulté qu'il rencontre à concilier deux exigences : maintenir la nature contractuelle du contrat administratif conformément à la théorie unitaire de l'acte juridique, tout en justifiant juridiquement les prérogatives de l'Administration.

L'analyse qu'il mène de la concession de service public en termes d'acte mixte lui permet de parvenir à une synthèse. En fixant les règles d'organisation et de fonctionnement du service, le cahier des charges de la concession crée, selon Gaston Jèze, « une situation générale, impersonnelle, objective », commune à tous les usagers. Les clauses qui concernent cette organisation empruntent donc les caractères de cette situation. Tout d'abord, « l'acte juridique qui la crée, l'organise et la régit est nécessairement une loi, un règlement ». Ensuite, cette situation est « permanente », « essentiellement modifiable par la loi, le règlement », et le pouvoir juridique qu'elle constitue « ne peut pas faire l'objet d'une renonciation générale » (45). Ces clauses du cahier des charges sont donc fixées par l'Administration en vertu de son pouvoir réglementaire, et celle-ci, même dans le silence du contrat, a, de ce fait, le droit de prendre toutes les mesures nécessaires à la bonne exécution du service. Par conséquent, Gaston Jèze qualifie de réglementaires les pouvoirs de modification et de résiliation unilatérales, de contrôle ou encore de mise sous séquestre de la concession : « responsable

(42) *Ibid.*, p. 390.

(43) *Ibid.*, p. 459.

(44) Georges PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, 1945, p. 5.

(45) *Les principes généraux...*, *op. cit.*, tome I, p. 9 et s.

du service public [l'Administration] peut prendre les mesures de coercition nécessaires pour obliger le concessionnaire à fournir la prestation déterminée dans les conditions prescrites » (46). Cette conception a essentiellement profité à l'analyse des rapports du concessionnaire avec l'usager du service. Mais elle permet aussi à Gaston Jèze, quelques soient les démentis infligés par la jurisprudence (47), les contradictions qu'elle recèle (48), de fonder juridiquement les pouvoirs de l'Administration, tout en maintenant le caractère contractuel des clauses fixant « les obligations *spéciales* de l'administration ou du concessionnaire l'un envers l'autre » (49).

Cohérente dans le cadre de la concession de service public, la démonstration cesse de l'être dès lors que le contrat n'a plus pour objet l'exécution d'un service public et que, par voie de conséquence, disparaissent les clauses réglementaires. En effet, le lien entre le contrat et la gestion du service public n'est plus qu'indirect dans le cas des marchés. Le contrat n'a alors plus pour objet l'exécution du service public, mais la réalisation de travaux, de fournitures ou de services afin de donner à l'Administration les moyens d'assurer l'exécution du service public : « il s'agit de la *construction d'un ouvrage public* et non du *fonctionnement* même d'un service public », écrit Gaston Jèze à propos des marchés de travaux publics (50). En outre, malgré les critiques de ce dernier, le Conseil d'Etat qualifie de marchés de travaux publics des contrats conclus dans un simple but « d'utilité générale » ne se rattachant pas à l'exécution d'un service public (51). Enfin, dans le cas des marchés à prestation unique, qui peuvent être administratifs par leur objet (marchés de travaux publics) ou s'ils contiennent des clauses exorbitantes du droit privé, ce lien est encore plus ténu car, comme le remarque Gaston Jèze lui-même, le cocontractant n'est associé que « dans une mesure accidentelle, à la gestion du service public » (52). Pourtant, Gaston Jèze ne renonce pas à justifier les pouvoirs de l'Administration par son « droit » et son « devoir d'assurer le fonctionnement du service public ». Mais c'est au prix de certaines contradictions, telle que celle qui ressort de son étude de la nature juridique de la mise sous séquestre : réglementaire pour la concession de service public, elle devient contractuelle, mais d'ordre public pour le marché travaux publics, et finit par perdre ce caractère dans le marché de fourniture (53). Plus essentiellement, en acceptant de fonder les

(46) *Les principes généraux...*, *op. cit.*, tome VI, p. 883.

(47 et 48) Par exemple, s'agissant de la nature juridique du tarif de la concession et de sa durée.

(49) *Les principes généraux...*, *op. cit.*, tome IV, p. 158.

(50) *Ibid.*, tome VI, p. 978.

(51) C.E., 10 juin 1921, Commune de Montségur, *Rec. Leb.*, p. 573, *R.D.P.*, 1921, p. 369, note G. Jèze ; voir également la critique de cette jurisprudence, *in, Les contrats administratifs...*, *op. cit.*, p. 51.

(52) *Les principes généraux...*, tome IV, p. 190.

(53) Voir pour un examen détaillé, Georges PÉQUIGNOT, *op. cit.*, p. 287 et s.

pouvoirs de l'Administration non plus sur sa compétence en matière réglementaire mais sur la seule prise en compte de l'intérêt général — que l'Administration est postulée toujours servir —, il fait entrer ces pouvoirs dans la sphère des privilèges de la puissance publique dont il récusait l'existence. Maurice Hauriou ne manque pas de le relever dans la préface à la onzième édition de son *Précis de droit administratif*. Citant Gaston Jèze, il rappelle que pour « l'enfant terrible » de l'École du service public, « le procédé de droit public, qui doit être appliqué au service public, repose lui-même sur l'idée d'inégalité des intérêts en conflit ; l'intérêt public doit l'emporter sur l'intérêt privé..., c'est le principe dominant ». Et Maurice Hauriou de commenter : « cette proposition contient implicitement l'aveu que des prérogatives de puissance... constituent le moyen pratique que « l'intérêt général l'emporte sur l'intérêt privé ». Le procédé de droit public, premier élément du service public, se ramène donc à un certain emploi de la puissance publique » (54). Gaston Jèze reprochait, avec raison, à Léon Duguit son infidélité à la méthode « réaliste » parce qu'il récusait l'idée de contrat administratif (55). Après la remarque de Maurice Hauriou, Léon Duguit a beau jeu de lui rétorquer : « au fond, Jèze, je veux le croire, à son insu, est comme beaucoup de juristes allemands, dominé par cette idée que le droit est une pure création de l'Etat, que, par conséquent, l'Etat peut tout faire » (56).

Incontestablement, Gaston Jèze a tiré les conséquences de cette critique, au moins quant au pouvoir de modification unilatérale du contrat par l'Administration. Son spectaculaire revirement théorique de 1945 en témoigne. Le chantre du régime exorbitant renonce à faire du pouvoir de modification unilatérale une conséquence du caractère administratif du contrat : « Considérons, par exemple, le contrat de concession de service public. L'administration concédante a certainement le droit de réorganiser le service public concédé. Elle tient ce pouvoir non pas de la nature du contrat administratif mais de son pouvoir réglementaire en matière d'organisation des services publics (...). Il est donc inexact d'affirmer que le contrat de concession peut être modifié par l'administration. Ce n'est pas le contrat qui est modifié, c'est l'organisation du service (...). C'est donc à tort que l'on transporte dans la théorie générale du contrat administratif, une règle du régime des concessions, cette règle étant une conséquence, non pas de la nature du contrat, mais de la nature du pouvoir réglementaire » (57).

(54) Maurice HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, 11^e édition, 1927, p. VIII.

(55) Gaston JÈZE, « L'influence de Léon Duguit sur le droit administratif français », *loc. cit.*, p. 135.

(56) Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e édition, tome V, p. 313.

(57) Gaston JÈZE, « Le régime juridique du contrat administratif », *R.D.P.*, 1945, p. 251.

Le même raisonnement pourrait à coup sûr être tenu pour d'autres des pouvoirs de l'Administration tels que les a analysés Gaston Jèze. Mais alors, à quelles conditions la conciliation entre le droit public et le contrat est-elle possible ?

2. — Une impossible conciliation ?

Fidèle à l'École du service public, Gaston Jèze refuse de considérer, à l'instar de Maurice Hauriou, le contrat administratif comme « une réquisition consentie » (58). En effet, Georges Péquignot s'étonne que Gaston Jèze n'ait pas su exploiter, dans l'étude des contrats administratifs, toutes les virtualités de la notion de service public. Gaston Jèze lui répond, dans son article précité de 1945, sous forme de démenti : « quoiqu'on en dise, le contrat administratif est un contrat ». Il y récusé explicitement la paternité d'une conception du contrat administratif, qui est celle de Georges Péquignot, fondée sur l'idée que les droits dont dispose l'Administration « découlent de la nature même de l'Administration... lui appartiennent comme des pouvoirs originaires, inaliénables et imprescriptibles..., manifestation de la puissance publique pour atteindre le but éminent qui est le sien » (59), et qui entend « parler du pouvoir réglementaire dans le contrat administratif en pensant moins à la généralité d'un acte qu'à l'impérium qu'il contient » (60). Gaston Jèze ne peut adhérer à cette thèse, qui aboutit à considérer que le contrat ne cesse de « perdre les traits du contrat véritable » (61), dès lors qu'il entend rompre avec la notion de puissance publique et conserver sa classification des actes juridiques.

Néanmoins, Gaston Jèze n'est pas innocent dans l'émergence d'une telle conception. En effet, c'est en prenant appui sur ses analyses que Georges Péquignot, tirant toutes les conséquences d'une conception du service public reposant sur l'idée du procédé de droit public, finit par remettre en cause, comme l'avait prédit Duguit, la nature contractuelle du contrat administratif. En outre, l'article que publie Gaston Jèze en 1945 accrédite l'opinion de Roland Drago (62) selon laquelle, la théorie juridique aurait oublié « le *do ut des* qui est l'âme des contrats », en transposant, par un curieux « paradoxe », à l'ensemble des contrats de l'Administration, les règles régissant la concession de service public, qui, précisément, n'est pas un contrat.

(58) Maurice HAURIUO, *op. cit.*, p. 578.

(59) Georges PÉQUIGNOT, *op. cit.*, p. 308.

(60) *Ibid.*, p. 293.

(61) *Ibid.*, p. 609. Voir le commentaire de Gaston Jèze sur l'ouvrage de Georges Péquignot, *R.D.P.*, 1945, p. 274.

(62) Roland DRAGO, « Paradoxes sur les contrats administratifs », *Etudes J. Flour*, Paris, 1979, p. 151, et *Marchés publics*, janv. fév. 1980, p. 33.

Est-ce à dire que le contrat administratif n'existe pas ? « Ou bien l'acte en question est administratif mais il n'est pas contractuel..., ou bien il est contractuel mais il n'est pas administratif » (63). Gaston Jèze se rebellerait : le droit positif consacre le caractère administratif des marchés publics — dont le caractère contractuel n'est pas contestable — en les soumettant à des règles spéciales fondées, au moins en partie, sur la notion de service public. Même si « l'idée de continuité du service public ne peut être appliquée que moyennant un certain effort » (64) aux marchés publics, la théorie de l'imprévision leur est applicable comme aux concessions de service public. La jurisprudence actuelle, par la consécration des pouvoirs de modification et de résiliation unilatérales manifeste la « réaffirmation de la spécificité du régime juridique du contrat administratif » (65), sans distinguer les marchés de la concession de service public. D'ailleurs, le rôle, souvent souligné (66), de la concession de service public dans l'élaboration de la théorie des contrats administratifs est indéniable. Enfin, l'histoire montre que si la notion de concession de service public est relativement récente (67), le caractère administratif et la spécificité des marchés de travaux publics trouvent leur origine dans l'Ancienne France (68).

Il est donc permis, avec Gaston Jèze, de considérer qu'il n'est pas possible de voir dans les relations nées des contrats conclus par l'Administration, dans le cadre d'un service public, des rapports identiques à ceux qu'entretiennent entre elles des personnes privées. Si l'on cherche, comme lui, à concilier la technique contractuelle et la défense de l'intérêt général, il faut renoncer à concevoir le service public comme un fondement des pouvoirs de l'Administration, qui soit, à l'image de la puissance publique, extérieur au contrat. Dans ce cas, en effet, le contrat perd nécessairement sa nature, dans la mesure où l'opposition entre intérêt général et intérêts particuliers devient irréductible. Mais intégrer l'intérêt général au sein de l'acte contractuel impose d'admettre une conception du contrat qui, contrairement à celle de Gaston Jèze, ne fasse plus de la volonté individuelle son seul moteur. Les propos de Jacques Ghestin y invitent : « De ce que l'accord des volontés est l'instrument d'opéra-

(63) Michel GUIBAL, « Les marchés publics sont et doivent demeurer... des marchés publics », *Marchés publics*, 1982, n° 184, p. 20.

(64) Daniel LABETOUILLE, conclusions sur l'arrêt Département des Hautes-Pyrénées c/ Société Suffilia, C.E., 12 mars 1976, *A.J.D.A.*, 1976, p. 552.

(65) Jean-François LACHAUME, « L'évolution du contrat administratif en droit français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, P.U.F., 1986, p. 68.

(66) Cf. Prosper WEILL, « Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés », *Mélanges Stassinopoulos*, 1974, p. 217 ; Roland DRAGO, *loc. cit.* ; Hubert-Gérald HUBRECHT, *Les contrats de services publics*, thèse, Bordeaux, 1980 ; Jean-Marie RAINAUD, « Le contrat administratif : volonté des parties ou loi de service public ? », *R.D.P.*, 1985, n° 5, p. 1193.

(67) Ange BLONDEAU, *La concession de service public*, Paris, 1930.

(68) Cf. notamment F. MONNIER, *Les marchés de travaux publics dans la généralité de Paris au XVIII^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 1984.

tions socialement utiles il résulte également que ce sont ces opérations elles-mêmes, au moins autant que les volontés instrumentales, qui constituent l'essentiel » (69). Il resterait à démontrer que le cadre contractuel est susceptible d'accueillir le dynamisme propre à l'objet des contrats administratifs.

Au-delà de la présentation ordonnée du droit des contrats administratifs et de l'analyse des différents éléments composant leur régime dont notre droit positif conserve la trace, si, à l'heure où « la privatisation intégrale des contrats de l'Administration est une idée qui fait son chemin » (70), l'œuvre de Gaston Jèze est encore riche d'enseignements, c'est aussi en raison de l'incapacité de ce juriste à construire une véritable théorie générale du contrat administratif, prix de sa fidélité à l'École du service public.

Georges SALON,

*Allocataire d'enseignement et de recherche
à l'Université de Paris I.*

(69) Jacques GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits*, 1990, n° 12, p. 7.

(70) Michel GUIBAL, « Les marchés publics sont et doivent demeurer... des marchés publics », *loc. cit.*