

Nous nous plaçons ici dans l'hypothèse où la personne publique est débitrice de l'obligation contractuelle.

La personne publique dispose-t-elle de privilèges qui lui sont propres pour résister à l'exécution forcée ?

Ces privilèges de résistance peuvent-ils être utilisés dans le cadre d'un contrat de droit privé, lorsque l'administration « se met en civil » selon l'expression du doyen Vedel et accepte ainsi de se soumettre au contrôle du juge judiciaire ?

Autrement posé, ces privilèges tiennent-ils à la nature du contrat ou à la qualité de personne publique de l'un des cocontractants et la personnalité publique a-t-elle des prolongements dans les relations de droit privé ?

Peuvent-ils enfin être opposés lorsque le contrat unit deux personnes morales de droit public ?

Autant de questions que nous examinerons en recherchant les privilèges de résistance de la personne publique, débitrice d'abord d'une obligation de faire (I) puis d'une obligation de payer (II).

I. - Les privilèges de résistance pour s'opposer à une obligation de faire

Si, généralement, l'administration est tenue d'une obligation de payer, elle est, plus souvent qu'on ne le croit, tenue d'une obligation de faire.

L'hypothèse est bien entendu fréquente dans les contrats de droit privé mais le contrat administratif n'est pas, par nature, réfractaire aux obligations de faire. On peut songer à quelques exemples : la personne publique peut être tenue de remettre un ouvrage à son concessionnaire, de libérer la parcelle du domaine public qui fait l'objet d'une convention d'occupation ou de respecter les clauses contractuelles qui lui imposent de protéger son concessionnaire à l'encontre des agissements déloyaux de concurrents éventuels.

Si la personne publique ne s'exécute pas spontanément, que peut faire le cocontractant ? Peut-il utiliser les armes du droit privé et exiger du juge judiciaire qu'il condamne l'administration à une obligation de faire (A) et, si le contrat est administratif, que peut-il attendre du juge du contrat (B) ?

A. - Les armes de droit privé

Les armes que le droit privé met à la disposition des parties sont le plus souvent neutralisées :

- le cocontractant de la personne publique ne peut, par le jeu de l'exception d'inexécution, refuser sa prestation parce que la personne publique n'a pas exécuté la sienne [1]. Certaines clauses des marchés de travaux autorisent cependant l'entrepreneur à suspendre ses prestations dans des conditions limitativement énumérées.

- il n'a évidemment pas à sa disposition le privilège du préalable qui permet à la personne publique de prendre elle-même les mesures qui s'imposent; tout droit de résiliation unilatérale de la convention pour manquement grave de la personne publique lui est le plus souvent refusé.

- il ne peut donc que saisir le juge; se pose alors la question de savoir si le juge peut contraindre l'administration à exécuter une obligation de faire.

- La réponse varie selon la compétence juridictionnelle qui détermine ainsi le droit substantiel applicable.

Lorsque le contrat relève de la compétence du juge judiciaire, celui-ci est investi à l'égard de la personne publique de la plénitude de ses pouvoirs [2]: le juge peut, indépendamment de la voie de fait [3], enjoindre à une personne publique de réaliser des travaux, la condamner sous astreinte à rétablir le branchement d'un usager au réseau intercommunal d'eau [4] ou la contraindre à effectuer des travaux sur son domaine privé pour mettre un terme à des dommages subis par un riverain [5].

Il faut aussi rappeler que, dans le sillage d'une décision du tribunal des conflits [6] et du Conseil d'État [7], la Cour de cassation reconnaît désormais au juge judiciaire le pouvoir d'ordonner la démolition d'un ouvrage lorsque la réalisation de celui-ci procède d'un acte manifestement Insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'autorité administrative [8].

Lorsque le contrat est administratif et relève de la compétence du juge administratif, les choses se compliquent.

B. - Qu'attendre du juge administratif ?

Ordonner à l'administration de s'acquitter d'une obligation de faire, c'est lui délivrer une injonction qui peut être éventuellement assortie d'une astreinte.

On sait que la voie du recours pour excès de pouvoir est fermée au cocontractant de la personne publique qui rencontre une difficulté d'exécution : seul le juge du contrat est compétent [9].

Or le juge du contrat ne s'autorise pas aujourd'hui à délivrer à la personne publique une injonction de faire.

Cette autolimitation révèle une véritable amputation du pouvoir juridictionnel : saisi d'une difficulté d'exécution, le juge administratif du contrat ne peut ni annuler le refus de la personne publique d'y déférer ni la condamner à exécuter son obligation; il n'a que le pouvoir de rechercher si la défaillance de la personne publique est de nature à ouvrir à son cocontractant un droit à indemnité ou éventuellement à résilier la convention [10].

Le fondement de cette règle est très ancien : il tient à l'interdiction faite au juge de se substituer à l'administration car, selon une formule qui a eu ses heures de gloire, le juge ne peut faire acte d'administrateur [11].

Cette règle est aujourd'hui contestée et pourrait finir par céder sous le poids des exceptions dont elle est assortie.

- Pour en atténuer la rigueur, le juge administratif lui-même utilise le procédé de la condamnation alternative : il condamne l'administration à verser une indemnité « si mieux n'aime », c'est la formule consacrée, accomplir un acte positif [12].

- Le législateur lui-même a consacré des exceptions au principe de l'interdiction des injonctions

de faire en matière contractuelle.

- Le référé précontractuel organisé par l'article L. 551-1 du Code de justice administrative investit le juge des référés du pouvoir d'enjoindre à la personne publique de différer la signature du contrat en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence au moment de la formation du contrat.

Je ne vois pas que l'injonction de différer la signature du contrat soit moins grave que l'injonction d'exécuter une obligation à laquelle la personne publique a librement consenti.

- La loi du 8 février 1995 a institué un juge du plein contentieux de l'exécution qui, dans la matière qui nous occupe, va venir s'insérer entre le juge de l'excès de pouvoir, saisi par un tiers qui a obtenu l'annulation d'un acte détachable, et le juge du contrat.

- Si l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité de celui-ci, l'administration étant seulement tenue d'examiner si la nature de l'acte et les motifs de son annulation permettent le maintien du lien contractuel, le Conseil d'État a consacré le pouvoir du juge de l'exécution d'enjoindre à un cocontractant de saisir le juge du contrat, seul compétent, pour constater la nullité de celui-ci, en prenant en compte la nature de l'acte annulé, le vice dont il est entaché et l'atteinte à l'intérêt général que pourrait éventuellement emporter la nullité de la convention [13].

- Enfin, une brèche importante au principe de l'interdiction des injonctions a été ouverte dans l'hypothèse d'un contrat passé entre deux personnes publiques et ayant pour objet l'organisation d'un service public [14].

Par plusieurs arrêts [15], le juge du contrat, saisi par l'un des cocontractants, a annulé le refus de la personne publique d'exécuter la prestation promise; il s'agissait dans cette espèce du refus opposé par l'État de mettre à la disposition de la commune le matériel informatique que le contrat obligeait l'État à réparer et à entretenir.

C'est donc dire qu'aujourd'hui, l'injonction n'est plus totalement étrangère à la sphère contractuelle.

Sous la poussée conjointe de la doctrine et des commissaires du gouvernement, le juge du contrat pourrait, demain, se reconnaître le pouvoir de prononcer injonction et astreinte à l'égard de la personne publique pour contraindre celle-ci à exécuter son obligation de faire; la consécration du droit du cocontractant à obtenir ce qui lui a été promis révèle ainsi que le juge administratif est tout aussi soucieux de sanctionner les atteintes à la légalité que la violation de la loi du contrat dès lors que la personne publique a choisi d'utiliser ce procédé [16].

Beaucoup mieux assis sont les privilèges de résistance que peut opposer la personne publique à l'obligation de payer.

II. - Les privilèges de résistance pour s'opposer à une obligation de payer

Le légitime souci de protection des deniers publics se traduit par la recherche d'un périlleux équilibre entre le droit du cocontractant à exiger de la personne publique qu'elle honore ses dettes et l'immunité dont celle-ci bénéficie au regard des voies d'exécution du droit commun, notamment dans l'hypothèse où le juge, qu'il soit administratif ou judiciaire, a reconnu l'existence

de la créance de son cocontractant.

Les procédés que l'administration peut utiliser pour se faire payer, envisagés par le professeur Yves Gaudemet, ont pour effet de placer la personne privée dans la position contentieuse de requérant : le cocontractant de l'administration ne pourra que former opposition à l'arrêté de débet ou à l'état exécutoire délivrés à son encontre.

Mais il ne lui suffira pas d'obtenir gain de cause car, à supposer que le juge reconnaisse la personne publique débitrice, celle-ci bénéficie d'une immunité au regard des voies d'exécution du droit privé (A), son cocontractant disposant alors de procédures administratives particulières pour obtenir règlement de ce qui lui est dû : celles que le commissaire du gouvernement Teissier appelait dès 1904 [17] les « voies d'exécution administratives » (B).

A. - L'immunité de la personne publique au regard des voies d'exécution du droit commun

1. L'obligation de payer mise à la charge d'une personne publique prive son créancier des armes qu'offre le droit privé et on retrouve ici les mêmes règles exorbitantes que pour l'obligation de faire.

Par exemple, le créancier de la personne publique ne peut, pour se libérer de sa dette, invoquer une créance dans le même cadre contractuel, et faire jouer la compensation pour obtenir ce qui lui est dû.

Le mécanisme de la compensation a cette particularité de permettre à celui qui l'invoque de se payer lui-même et cette faculté est refusée au cocontractant de la personne publique.

Par ailleurs, la dette de l'administration est prescrite dans un délai beaucoup plus court que la dette contractuelle de droit commun : la prescription quadriennale organisée par la loi du 31 décembre 1968 prévoit un délai de quatre ans à l'issue duquel les dettes des personnes publiques sont prescrites, cette prescription n'étant toutefois pas opposables lorsque la condamnation pécuniaire résulte d'une décision juridictionnelle.

2. Le privilège essentiel de la personne publique réside dans l'immunité dont elle bénéficie au regard des voies d'exécution du droit commun.

Si cette immunité n'a pas pour champ d'application le seul domaine contractuel, elle a vocation bien évidemment à s'appliquer dans toutes les hypothèses où la personne privée a obtenu du juge, administratif ou judiciaire, une décision définitive condamnant la personne publique à payer une somme d'argent.

La portée de cette immunité est très large [18] : sont concernés toutes les personnes publiques, y compris les établissements publics industriels et commerciaux, toutes les créances, quelle que soit la nature du contrat dans lequel elles trouvent leur source, tous les biens des personnes publiques sans distinction, c'est-à-dire les biens matériels, mobiliers ou immobiliers et les dépendances du domaine privé ou public. Il s'agit enfin de toutes les voies d'exécution (saisie attribution ou saisie vente, saisie immobilière, etc.) pour autant qu'elles concernent directement les deniers publics.

Reconnue depuis très longtemps au profit de l'État et des collectivités locales, étendue aux établissements publics par une décision du tribunal des conflits du 8 décembre 1899 [19], cette

immunité a été hissée au rang de principe général du droit et ce, de façon assez inattendue, par la Cour de cassation [20].

La Cour de cassation, « vu le principe général du droit suivant lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables », a censuré la décision des juges du fond validant des saisies-arrêts pratiquées à l'encontre d'un établissement public à caractère industriel et commercial en précisant « qu'il appartient seulement au créancier bénéficiaire d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée et condamnant une personne publique au paiement même à titre de provision d'une somme d'argent, de mettre en oeuvre les règles particulières issues de la loi du 16 juillet 1980 ».

La règle de l'insaisissabilité des biens et deniers des personnes morales de droit public contient en elle-même sa propre limite : ne sont écartées que les saisies qui leur portent atteinte, tout autre procédé qui ne met pas en péril les deniers publics pouvant être utilisé à l'encontre d'une personne publique, par exemple, une saisie ayant pour objet la conservation des preuves [21].

Mais surtout, on peut se demander si le Conseil d'État lui-même ne cherche pas à limiter ce principe.

Dans une hypothèse où la personne publique occupait la place de tiers saisi et n'était donc pas tenue de l'obligation à l'origine de la voie d'exécution, le Conseil d'État, par un avis du 30 janvier 1992 (Les grands avis du Conseil d'État, 2e éd. N° 25), a mis en balance le principe de l'insaisissabilité des deniers publics et « la règle de droit selon laquelle tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant à son profit une créance liquide et exigible peut, pour en obtenir le paiement, saisir entre les mains d'un tiers les créances de son débiteur ». Il s'agissait en l'espèce de créances dont bénéficiait le cocontractant de la Caisse centrale de coopération économique, établissement public industriel et commercial : l'avis précise que la Caisse serait fondée à se prévaloir devant le juge qui pourrait être saisi de ce que la validation de la saisie-arrêt pratiquée entre ses mains serait de nature à compromettre la régularité ou la continuité du service public dont elle est chargée ou compromettrait les relations internationales de la France avec les États éventuellement concernés.

Il résulte de cette décision qu'une personne publique peut être tiers saisi mais un tiers saisi qui bénéficie d'un régime dérogatoire au droit commun et notamment aux obligations qui s'imposent au tiers saisi en vertu de la loi du 9 juillet 1991. Le bénéfice de ce régime dérogatoire est cependant subordonné à la preuve que doit apporter la personne publique de l'atteinte au fonctionnement régulier et continu du service public dont elle a la charge.

Cette recherche de la proportionnalité entre l'immunité de la personne publique au regard des voies d'exécution du droit commun et le droit de son cocontractant à l'exécution d'un engagement de payer ou d'un jugement de condamnation pourrait être appliquée à l'hypothèse où la personne publique est elle-même débitrice.

Il n'est pas impossible qu'en cette matière comme en d'autres, l'évolution soit imposée par la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour laquelle le droit d'obtenir l'exécution d'une décision de justice participe étroitement du procès équitable : « Le droit à un tribunal serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie » [22]. Si l'on ajoute qu'à Strasbourg, une créance sur l'État est considérée comme un bien au sens de la Convention [23], le champ de l'immunité pourrait être considérablement réduit.

Pour l'heure, le créancier d'une personne publique doit se contenter des « voies d'exécution administratives » dont l'efficacité a été considérablement renforcée par le législateur dans les années récentes.

B. - Les « voies d'exécution administratives »

1. S'agissant des collectivités territoriales, la procédure d'inscription d'office pour les dépenses obligatoires correspondant à l'acquittement des dettes exigibles, admise depuis longtemps même sans texte [24], est aujourd'hui organisée par les articles L. 1612-15 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

L'article L. 1612-15 précise que ne sont obligatoires pour les collectivités territoriales que les dépenses nécessaires à l'acquittement des dettes exigibles et les dépenses pour lesquelles la loi l'a expressément décidé. Ces dispositions s'appliquent à l'ensemble des collectivités territoriales et de leurs établissements publics [25].

À défaut de mandatement par le maire d'une dépense obligatoire, le représentant de l'État dans le département met en demeure la collectivité territoriale de régler la dette puis procède au mandatement d'office (L. 1612-16).

Si la dépense obligatoire n'a pas été inscrite au budget ou l'a été pour une somme insuffisante, toute personne y ayant un intérêt (au nombre desquelles figure bien entendu le titulaire d'une créance contractuelle) saisit la Chambre régionale des comptes qui constate le caractère obligatoire de la dépense, adresse une mise en demeure à la collectivité concernée et, dans l'hypothèse où cette mise en demeure n'est pas suivie d'effet, demande au représentant de l'État d'inscrire d'office cette dépense au budget. L'inscription d'office peut être suivie du mandatement d'office.

2. S'agissant des dettes de l'État, la loi du 16 juillet 1980, codifiée à l'article L. 911-9 du Code de justice administrative, permet à tout justiciable d'obtenir les sommes d'argent qu'une personne publique a été condamnée à lui payer par une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée et fixant le montant de la somme due. La personne publique condamnée doit procéder alors à l'ordonnancement ou au mandatement de la somme fixée par le juge dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision. S'agissant de la condamnation de l'État, l'inertie de ce débiteur peut être vaincue au vu de la seule présentation au comptable assignataire de la dépense de la décision de justice qui procède au paiement, à défaut d'ordonnancement dans les délais prévus par la loi.

La loi du 16 juillet 1980, plusieurs fois modifiée, a ainsi marqué pour la première fois le souci du législateur d'offrir au créancier de l'administration des procédés efficaces pour être rempli de ses droits.

Que conclure ?

Certainement, comme l'a relevé l'annotateur de l'arrêt BRGM aux grands arrêts [26], que « la personnalité publique de l'un des cocontractants comporte un élément irréductible: la puissance publique ».

La personne publique appréhende la défaillance de son cocontractant et s'affranchit des

conséquences de sa propre carence par des privilèges qui lui sont propres et qui ne cèdent pas lorsqu'elle a recours au contrat, en tant qu'instrument de l'action administrative.

Cette inégalité de traitement ne doit pourtant pas être exagérée ni ses effets amplifiés. L'essor remarquable du procédé contractuel dont les contrats de partenariat public/privé sont la dernière illustration n'est nullement entravé par le droit des contrats administratifs. Ce droit évolue sans cesse, à la recherche de la juste mesure entre les privilèges inhérents à la personnalité publique, le respect de la parole donnée et la légitime protection que le cocontractant peut attendre du juge. Perceptible aujourd'hui, ce « rééquilibrage », des relations contractuelles, imposé par le droit européen, qu'il soit conventionnel ou communautaire et auquel le législateur comme le juge administratif prêtent la main, nous permet de reprendre un mot d'un privatiste qui s'en félicitait : « La citadelle administrative n'est plus aujourd'hui imprenable ».

Elisabeth Baraduc, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Revue des contrats, 01 janvier 2005 n° 1, P. 143 - Tous droits réservés

- [1] LAUBADÈRE, MODERNE et DELVOLVÉ, Traité des contrats administratifs, LGDJ 1984, n° 1002 ; CE, 7 janvier 1976, ville d'Amiens, Rec. p. 11
- [2] J.-M. LE BERRE, « Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'administration », AJDA 1979, p. 14 et s.; Guinchard et Moussa, « Droit et pratique des voies d'exécution », Dalloz Action, 2004-2005, n° 1621.
- [3] Cass. com., 25 février 1992, Bull. civ. IV, n° 91.
- [4] Cass. civ. 1re, 16 juillet 1986, Bull. civ. I, n° 211.
- [5] Cass. civ. 1 re, 29 avril 1998, Bull. civ. I, n° 144.
- [6] T. confl., 6 mai 2002, Binet, Bull. n° 10, p. 14 et CJEG 2002, p. 646.
- [7] CE, Sect. 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité du gaz des Alpes Maritimes, Rec. p. 21, AJDA 2003, p. 784, note Sablière.
- [8] Cass. civ. 3e, 30 avril 2003, Bull. civ. III, n° 92.
- [9] Voir sur ce point, LAUBADÈRE et autres précité, n° 1785, L. RICHER, Droits des contrats administratifs, LGDJ, n° 453 ; Ch. GUETTIER, Droit des contrats administratifs, Thémis, 2004, n° 659.
- [10] Voir notamment Guettier, précité n° 664.
- [11] Voir l'étude exhaustive de Jacques Chevallier, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », AJDA 1972, page 67 ; Yves GAUDEMET « Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif », in Mélanges Burdeau, LGDJ 1977, p. 805
- [12] CE, 5 mars 1952, commune de Louey, Rec. 149.
- [13] CE, 10 décembre 2003, Institut de Recherche pour le Développement, CJEG n° 609, p. 246, concl. Piveteau.
- [14] Voir sur le régime des contrats entre personnes publiques : Dominique Pouyaud, « Les contrats entre personnes publiques », J.-Cl. Adm. Fasc. 675 ; Bernard Stirn, « Le juge administratif et les contrats entre collectivités publiques », AJDA 1990, p. 139; Jean-Paul Dreyfus, « Actualité des contrats entre personnes publiques », AJDA 2000, p. 575.
- [15] CE, Sect., 31 mars 1989, Département de la Moselle, Rec. p. 106, RFDA 1989, p. 466 concl. Fornacciari, RDP 1989, p. 1171, note Llorens et surtout 13 mai 1992 et 25 mai 1992, Département de l'Hérault, AJDA 1992, p. 480.
- [16] Voir sur ce point, FOULQUIER, Le droit public subjectif des administrés, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, mars 2003, p. 632 et s.
- [17] Conclusions CE, 17 juin 1904, Hospice du Saint-Esprit, S. 1906-3-11.
- [18] Voir sur ce point, Guinchard et Moussa, préc., n° 1612, p. 31 et s.
- [19] Canal de Gignac, Les grands arrêts de jurisprudence administrative, 14ème éd. N° 7.

[20] Cass. civ. 1ère, 21 décembre 1987, BRGM, Bull. civ. I, n° 348, p. 249, RFDA 1988, p. 771, concl. Charbonnier, note Pacteau, RTD civ. 1989, p. 145, obs. Perrot; voir également, Clamens, « Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques », AJDA 2000, p. 767.

[21] En ce sens Guinchard et Moussa, préc., n° 1612.

[22] CEDH, 19 mars 1997, aft. Hornsby c/ Grèce, D. 1998, p. 74 ; JCP 1997, II, 22 mai 1949, note Dugrip et Sudre.

[23] CEDH, 16 avril 2002, aff. SA Dangeville, req. N° 36677/97.48.

[24] Commentaire sous l'arrêt BRGM, Les Grands arrêts, n° 96.

[25] Voir notamment Jean Le Foll, « Le contrôle des budgets locaux par les chambres régionales des comptes », J.-Cl. Ad. Fasc. 1260.

[26] Voir notes 20 et 24.