

Le droit allemand des contrats administratifs

Aspects choisis

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere deutsches und europäisches
Verwaltungsrecht

La contractualisation en droit public
Journée de droit administratif 2020 – Mardi 4 février 2020

Les aspects choisis

- I. La conception allemande du contrat administratif
- II. Le contrat administratif en théorie et le contrat administratif en pratique
- III. Le contrat administratif comme « *Lebensgefühl* » et le contrat administratif comme moyen d'action de l'administration
- IV. Le contrat administratif comme alternative inachevée à l'acte administratif unilatéral
- V. « *Pacta sunt servanda* », le principe de légalité et la sécurité juridique

I. La conception allemande du contrat administratif

Différents types de contrats publics

(hormis les contrats entre personnes publiques)

Les contrats qui selon leur objet peuvent être conclus entre personnes privées (p.ex.: les contrats d'achat, de travail)

Y a-t-il une raison de la différence des conditions de validité et du régime de l'exécution des contrats de droit public et de droit privé?

Caractéristique : Égalité structurelle des cocontractants possible

Les contrats qui selon leur objet ne peuvent être conclus qu'avec l'implication de personnes publiques

Y a-t-il une raison de la différence des conditions de validité et du régime d'exécution des contrats publics et des actes administratifs unilatéraux?

Caractéristique : Inégalité nécessaire des cocontractants

I. La conception allemande du contrat administratif

Différentes conceptions nationales de la notion de contrat public

Conceptions marquées par le **principe d'égalité** des cocontractants

Conceptions mixtes (cas allemand)

Conceptions marquées par le **principe d'inégalité** des cocontractants

I. La conception allemande du contrat administratif

La conception allemande des contrats publics:

- Le droit civil est le « droit naturel » applicable à tous les contrats
- Prépondérance du principe d'égalité des cocontractants
- Prépondérance du principe « pacta sunt servanda »

Mais:

- **Méfiance à l'égard de l'administration:** les cocontractants doivent être protégés contre le risque d'être " escroqués " par l'administration
- **Inquiétude quant à la légalité de l'action administrative contractuelle:** risque de contournement des dispositions légales

II. Le contrat administratif en théorie et le contrat administratif en pratique

Loi sur la procédure administrative non contentieuse (VwVfG)

§ 54. Licéité du contrat de droit public . Un rapport de droit dans le domaine du droit public peut être fondé, modifié ou supprimé par contrat (contrat de droit public), sauf règles de droit contraires. **En particulier, l'autorité administrative peut, au lieu d'édicter un acte administratif, conclure un contrat de droit public avec celui auquel elle aurait, sinon, destiné l'acte administratif.**

§ 55. Contrat de transaction. Il peut être conclu un contrat de droit public au sens du § 54, phrase 2, par lequel une incertitude résistant à une appréciation sensée de la situation de fait ou de l'état du droit est levée par voie de concessions réciproques (transaction) si l'autorité administrative estime, en due discrétionnarité, que la conclusion de la transaction est opportune pour mettre fin à l'incertitude.

§ 62. Application à titre complémentaire de certaines dispositions. Les dispositions de la présente loi sont applicables, sauf disposition contraire des §§ 54 à 61. **Les dispositions du Code civil sont applicables par analogie à titre complémentaire.**

II. Le contrat administratif en théorie et le contrat administratif en pratique

Code fédéral d'urbanisme (BauGB)

§ 11. Contrats d'urbanisme. (1) La commune peut conclure des contrats d'urbanisme. Un contrat d'urbanisme peut porter en particulier sur :

1. la préparation ou la réalisation d'opérations d'urbanisme par le cocontractant à ses propres frais [...].
 2. l'encouragement et la sauvegarde des objectifs poursuivis par la planification urbaine, en particulier l'utilisation des terrains [...];
 3. la prise en charge des coûts et autres dépenses occasionnés ou ayant été occasionnés à la commune par des opérations d'urbanisme et qui sont la condition ou la conséquence du projet prévu [...];
 4. [...];
- (2) Les prestations convenues doivent être adéquates eu égard à l'ensemble des circonstances. Il n'est pas possible de convenir d'une prestation à la charge d'un cocontractant alors que celui-ci, même en son absence aurait droit à la contrepartie [...].
- (3) et (4) [...]

II. Le contrat administratif en théorie et le contrat administratif en pratique

- Les **manuels sur le droit administratif général** ne traitent que les contrats au sens des § 54, § 55 VwVfG (en citant § 11 BauGB) comme moyen d'action de l'administration
- Les contrats de l'administration soumis au droit privé ne sont pas traités comme moyen d'action de l'administration mais seulement comme un problème de délimitation du champ d'application du droit public
- Pourtant: pour les contrats de l'administration allemande, **la soumission au droit privé est le principe et la soumission au droit public l'exception**

II. Le contrat administratif en théorie et le contrat administratif en pratique

- Sont considérés comme contrats de l'administration soumis (en général) au droit privé (selon la jurisprudence)
 - les contrats de travail des employés de la fonction publique
 - les contrats de marchés publics « simples »
 - les contrats de gestion du patrimoine public
 - les contrats de subvention
 - les contrats de privatisation
 - les contrats des concession
 - les contrats de partenariat public-privé
- Situation particulière pour les **contrats de prestation en matière sociale**: le régime spécial, qui, malgré son importance capitale, reste peu étudié, est soumis au juge social qui développe les règles applicables en la matière.

II. Le contrat administratif en théorie et le contrat administratif en pratique

La « nouvelle » approche de la doctrine (depuis les années 1990):

- Tous les **contrats de l'administration** soumis au droit public et tous les contrats de l'administration soumis au droit privé sont considérées comme un moyen d'action de l'administration uniforme (auxquels s'appliquent plus au moins les mêmes règles)
- La nature du contrat n'est pertinente que pour déterminer le juge compétent

II. Le contrat administratif en théorie et le contrat administratif en pratique

Questions-clés de la « nouvelle » approche de la doctrine

- Quelle est l'étendue de la liberté contractuelle de l'administration ?
- Lors de la conclusion et l'exécution d'un contrat l'administration a-t-elle d'autres droits ou est-elle soumise à d'autres obligations qu'une personne privé?
- Dans quelle mesure un contrat de l'administration dont la conclusion a enfreint le droit en vigueur peut-il malgré tout donner naissance à des obligations contractuelles?

Les réponses tendent à

- accroître les obligations de l'administration envers son contractant
- limiter la liberté contractuelle de l'administration (le champ de négociation)
- considérer les privilèges de l'administration pendant l'exécution du contrat comme atypiques et difficilement compatibles avec la forme contractuelle

II. Le contrat administratif en théorie et le contrat administratif en pratique

La réaction des manuels classiques et les commentaires sur les §§ 54 ss. VwVfG

- la « nouvelle » approche de la doctrine (depuis les années 1990) n'est guère reprise
- Le 'nouveau' droit des marchés publics n'est pas intégré (mais considéré comme faisant plutôt partie du droit privé de la concurrence)

II. Le contrat administratif en théorie et le contrat administratif en pratique

Les développements en dehors des manuels classiques et les commentaires sur les §§ 54 ss. VwVfG

- La jurisprudence du juge administratif, du juge ordinaire, du juge du travail et du juge social est hétérogène et peu prévisible
- Tendance d'un certain 'paternalisme' dans la jurisprudence: protéger le cocontractant privé contre lui-même
- Les litiges sur les « grands » contrats de l'administration ne sont pas soumis au juge (administratif ou ordinaire) mais à l'arbitrage (problème de manque de transparence)
- L'action contractuelle en matière d'urbanisme se développe non pas grâce à, mais malgré les §§ 54 ss. VwVfG

III. Le contrat administratif comme « *Lebensgefühl* » et le contrat administratif comme moyen d'action de l'administration

Les §§ 54 ss. VwVfG sont souvent célébrés comme l'expression d'une nouvelle conception des relations entre l'administration et l'individu

- L'administration 'wilhelmienne' marquée par la subordination du citoyen (comme *Untertan* – sujet) au pouvoir public autoritaire (*obrigkeitsstaaliche Verwaltung*) est remplacée par l'administration démocratique négociant avec l'individu sur un pied d'égalité
- L'action contractuelle de l'administration facilite l'acceptation de la décision administrative par l'individu

III. Le contrat administratif comme « *Lebensgefühl* » et le contrat administratif comme moyen d'action de l'administration

Problèmes de la conception du contrat administratif comme « *Lebensgefühl* »

- Les dispositions des §§ 54 ss. VwVfG peuvent se transformer en simples symboles d'une philosophie administrative 'moderne'
- Le droit administratif n'est pas une 'ferme de poneys': il s'agit de règles qui doivent être adéquates afin de permettre à l'administration d'accomplir ses missions en respectant les droits des individus.
- À cette fin, l'application du droit administratif doit aboutir à des solutions prévisibles et opérationnelles. Les §§ 54 ss. VwVfG ne répondent pas à ces exigences.

IV. Le contrat administratif comme alternative inachevée à l'acte administratif unilatéral

La VwVfG part du principe que les mêmes faits peuvent en général être réglés soit par un acte administratif soit par un contrat de droit public, mais il convient de s'interroger :

- sur les raisons de l'existence, dans la VwVfG, de deux formes d'action administrative différentes (avec des conditions d'efficacité différentes, des règles relatives aux conséquences des erreurs et des possibilités d'exécution différentes) pour régler les mêmes faits?
- sur les §§ 54 ss. VwVfG qui soumettent effectivement le contrat de droit public à un régime juridique comparable à celui des contrats de droit privé; dans ce cas, pourquoi ne pas voir plutôt une similitude avec l'acte administratif (quant aux conséquences de l'illégalité et s'agissant de la responsabilité administrative)?

IV. Le contrat administratif comme alternative inachevée à l'acte administratif unilatéral

La VwVfG part du principe que les mêmes faits peuvent en général être réglés par un acte administratif ou par un contrat de droit public, mais il convient de s'interroger:

- sur les motivations de l'administration de choisir l'action contractuelle plutôt que l'action unilatérale si elle perd tous ses privilèges?
- si l'administration peut exiger de l'individu, sur la base d'un contrat (en échange d'une contrepartie correspondante), plus ou autre chose que ce qui est prévu par la loi sans contrat?

IV. « Pacta sunt servanda », le principe de légalité et la sécurité juridique

Loi sur la procédure administrative non contentieuse (VwVfG)

§ 56. Contrat d'échange. (1) Il peut être conclu un contrat de droit public au sens du § 54, deuxième phrase, dans lequel le cocontractant de l'autorité administrative s'engage à fournir une contre-prestation **si la contre-prestation est convenue dans le contrat pour un but déterminé et sert à l'autorité administrative pour l'accomplissement de ses missions publiques.** La contre-prestation **doit être adéquate compte tenu de l'ensemble des circonstances et avoir un lien logique avec la prestation contractuelle de l'autorité administrative.**

(2) Si un droit existe à une prestation de l'autorité administrative, il ne peut être convenu de contre-prestation que celle qui pourrait constituer une disposition annexe à un acte administratif selon le § 36.

IV. « Pacta sunt servanda », le principe de légalité et la sécurité juridique

Loi sur la procédure administrative non contentieuse (VwVfG)

§ 59. Inexistence du contrat de droit public. (1) Un contrat de droit public est nul et non avenu quand son inexistence découle de l'application par analogie des dispositions du Code civil.

(2) En outre, un contrat de droit public au sens du § 54, deuxième phrase, est nul et non avenu si : [...]

4. l'autorité administrative se fait promettre une contre-prestation illicite en vertu du § 56.

(3) [...].

Code Civil (BGB)

§ 134. Prohibition légale. Un acte juridique qui contrevient à une prohibition légale est nul et non avenu, à moins que la loi n'en dispose autrement.

§ 138. Acte juridique contraire aux bonnes mœurs, usure. (1) Un acte juridique, qui contrevient aux bonnes mœurs, est nul et non avenu.

(2). [...]

IV. « Pacta sunt servanda », le principe de légalité et la sécurité juridique

Le principe du tout ou rien:

- Soit l'illégalité du contrat le rend nul et non avenu, soit elle n'affecte pas sa validité et son exécution

Problèmes du modèle de nullité absolue du contrat

- Les clauses générales de nullité (bonnes mœurs, prohibition légale) sont en principe inadaptées aux irrégularités des contrats administratifs (vices de procédure, violation du § 56 VwVfG, des règles de compétence)
- Aucune sécurité juridique (aussi pour les tiers) dans le cas où les raisons de nullité prévues par la loi ne se basent pas sur des faits évidents.
- La jurisprudence peut avoir une tendance à créer des « constructions de bonne foi » assez compliquées afin d'éviter que l'invocation de nullité soit utilisée comme un prétexte pour ne pas remplir les obligations contractuelles par l'administration ou les cocontractants.
- Les problèmes se posent aussi pour les contrats de l'administration soumis au droit privé.

IV. « Pacta sunt servanda », le principe de légalité et la sécurité juridique

Cas pratique: La vente du "Berghof" (Obersalzberg) par l'État libre de Bavière et la Constitution Bavaroise

Par contrat notarié du 1^{er} août 1957, l'État libre de Bavière a vendu à la requérante le « Berghof » (résidence d'été d'Hitler). La requérante a été enregistrée dans le registre foncier en tant que propriétaire. Plus tard, il est devenu nécessaire d'exproprier des parties de la propriété. Il s'avère que l'indemnité d'expropriation aurait été supérieure au prix d'achat convenu. Donc, l'État libre de Bavière invoque l'article 81 de la Constitution bavaroise, qui dispose que l'État ne peut pas vendre un terrain en dessous de sa valeur. Le non-respect de cette disposition serait une contravention à une prohibition légale au sens de § 134 BGB. Ainsi, le contrat serait nul et non avenue et les prestations fournies en vertu du contrat devraient être retransférées.

Le BGH (arrêt du 30 janvier 1967 – III ZR 35/65, BGHZ 47, pp. 30 ss.) donne raison à l'État libre de Bavière: en droit constitutionnel et administratif, conformément au principe découlant des principes de l'État de droit, en particulier de l'interdiction de l'arbitraire, l'État (l'administration de l'État) ne doit rien offrir.

V. Conclusion

- Les §§ 54 ss. VwVfG ont été conçus sans qu'il y ait idée claire de la leur portée (législation symbolique)
- L'action contractuelle de l'administration allemande se développe *malgré* le cadre légal des §§ 54 ss. VwVfG
- Entre-temps, il devient également de plus en plus évident que les §§ 54 ss. VwVfG ne sont pas en adéquation avec le droit des marchés publics, ce qui est en particulier le cas s'agissant des conséquences des erreurs de procédure
- Tout cela conduit à une insécurité juridique concernant la conclusion et l'exécution des contrats de l'administration
- Pour les « grands » contrats les problèmes sont « résolus » par un recours à l'arbitrage.