Le contrat de droit administratif

Autor(en): **Zwahlen, Henri**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **77 (1958)**

PDF erstellt am: **28.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896354

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Le contrat de droit administratif

Rapport présenté par

Henri Zwahlen

Professeur aux Universités de Lausanne
et de Neuchâtel

TABLE DES MATIÈRES

page

Introduction 465a

PREMIÈRE PARTIE

Questions fondamentales

Chapitre I

De l'existence du contrat de droit administratif 471a
§ 1. Le contrat et l'égalité des parties 473a
§ 2. Administration publique et autonomie de la volonté . 479a
§ 3. Contrat de droit administratif et norme générale . . . 482a
1. Protection des libertés individuelles 483a
2. L'égalité de traitement 486a
§ 4. Intérêt public et rigidité du contrat 489a
§ 5. Conclusion 492a

Chapitre II

Distinction entre contrat civil et contrat de droit administratif 493a
§ 1. Critères tenant à la qualité des parties 494a
§ 2. Critères volontaristes 495a
§ 3. Critères tenant à l'objet du contrat 497a
§ 4. Critères tenant au contenu du contrat 500a
§ 5. Critères tenant aux effets du contrat 504a
§ 6. Conclusion 505a

page

Chapitre III

Contrat de droit public et acte administratif unilatéral . . . 512a
§ 1. Les théories allemandes de l'acte administratif par soumission et de l'acte administratif bilatéral 512a
§ 2. La théorie française de l'acte-condition 515a
§ 3. Discussion et conclusion 517a

DEUXIÈME PARTIE

Cas d'application du contrat de droit administratif

Introduction 525a

Chapitre IV

Les travaux publics, marchés de fournitures et autres opérations semblables 526a

Chapitre V

Les emprunts des collectivités publiques 530a

Chapitre VI

Le contrat d'expropriation 532a
§ 1. Avant ouverture de la procédure d'expropriation . . . 533a
§ 2. Après décision d'expropriation 535a
§ 3. Après ouverture de la procédure, mais avant décision d'expropriation 537a

Chapitre VII

Conventions en matière de police des constructions 540a
§ 1. Dérogations aux alignements avec convention de précarité 541a
§ 2. Autres conventions de précarité 543a
§ 3. Dérogations avec contre-partie 544a
§ 4. Passage de chemins privés au domaine public 545a

Chapitre VIII

Les conventions fiscales 546a
§ 1. La transaction de procédure 547a
§ 2. La pré-taxation 548a
§ 3. La convention fiscale proprement dite 551a

Chapitre IX

L'acte d'engagement du fonctionnaire 556a

page

Chapitre X

La naturalisation 561a

Chapitre XI

Les relations des services publics avec leurs usagers 563a
§ 1. La situation actuelle 563a
§ 2. Recherche d'une solution 567a

Chapitre XII

La concession 573a
§ 1. Définition et terminologie 573a
§ 2. Nature juridique de la concession dans la doctrine et la jurisprudence 577a
§ 3. Recherche d'une solution 580a

Chapitre XIII

La délégation de tâches d'administration publique à des particuliers 584a
§ 1. Introduction 584a
§ 2. Légalité de la délégation 585a
§ 3. Délégations conventionnelles 587a
§ 4. Le contrat de stockage obligatoire 592a

Chapitre XIV

L'allocation de subventions publiques 594a
§ 1. Le problème 594a
§ 2. Subventions non-contractuelles 596a
§ 3. Les subventions contractuelles 599a
§ 4. La garantie contre les risques à l'exportation 603a

TROISIÈME PARTIE

Le régime juridique du contrat de droit administratif

Introduction 607a

Chapitre XV

Questions préalables 609a
§ 1. Essai de classification des contrats de droit administratif 609a
§ 2. Application subsidiaire du droit privé 614a

page

Chapitre XVI

Conclusion et conditions de validité du contrat de droit administratif 618a
§ 1. Introduction 618a
§ 2. La capacité contractuelle des autorités administratives 620a
§ 3. Nécessité d'une base légale ? 623a
§ 4. Conditions de forme et de procédure 625a

Chapitre XVII

L'exécution du contrat et les conséquences de l'inexécution . . 628a
§ 1. Introduction 628a
§ 2. L'interprétation du contrat 630a
§ 3. Les pouvoirs généraux de l'administration 633a
1. Pouvoir de contrôle et de surveillance 634a
2. Pouvoir d'intervention directe 635a
§ 4. Les conséquences de l'inexécution 636a

Chapitre XVIII

La mutabilité du contrat de droit administratif 643a
§ 1. Application de la *clausula rebus sic stantibus* 643a
§ 2. La théorie française de la mutabilité 646a
§ 3. Conclusion 651a

Considérations finales 656a

Principaux ouvrages cités 662a

Liste des principales abréviations

(Les abréviations utilisées dans un seul chapitre ne figurent pas dans cette liste, mais sont expliquées là ou elles interviennent.)

ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
FF	Feuille fédérale de la Confédération suisse
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (Berne)
JdT	Journal des tribunaux (Lausanne)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal (Lausanne)
RDP	Revue du droit public et de la science politique (Paris)
ROLF	Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse
RS	Recueil systématique des lois et ordonnances de la Confédération suisse
Zbl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)

Introduction

1. Par contrat de droit administratif, nous entendrons, dans cette étude, toute convention liant l'Etat[1] à un particulier[2] et relevant non pas du droit civil, mais du droit public.

Ainsi défini, le contrat de droit administratif appartient à la catégorie des contrats de droit public, qui est plus large puisqu'elle comprend en outre des conventions conclues entre collectivités publiques, voire certains contrats entre particuliers.

2. En partant de cette définition du contrat de droit administratif, nous restreignons d'emblée le champ de nos investigations, conformément d'ailleurs aux intentions du Comité de la Société suisse des juristes. En effet, nous ne nous occuperons pas des contrats qui interviennent entre collectivités publiques non subordonnées l'une à l'autre, par exemple entre communes, ou entre établissements publics. A plus forte raison laisserons-nous complètement de côté les accords intercantonaux, qu'ils s'appellent concordats, conventions ou autrement encore, et qu'ils se présentent comme des traités-lois ou, au contraire, comme des traités-conventions. Ces accords ne relèvent en effet pas du droit administratif, mais du droit constitutionnel et des principes généraux du droit international public[3]. Nous laisserons

---

[1] Nous utiliserons toujours ce terme dans son sens large et générique de collectivité publique (Confédération, canton, commune), par opposition aux simples particuliers.

[2] Nous entendons par là aussi bien les personnes morales de droit privé que les personnes physiques.

Il convient de préciser d'autre part qu'il y a encore contrat de droit administratif, selon notre définition, lorsque l'Etat a pour cocontractant une autre collectivité publique, mais que celle-ci intervient comme un particulier. Il en sera ainsi, par exemple, lorsque l'Etat accorde une concession à une commune, comme il l'accorderait à une entreprise privée.

[3] Voir Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1949, pp. 159 et ss.

enfin de côté les contrats de droit public entre particuliers, si tant est qu'il en existe, ce qui est discuté.

Toutefois, certaines des questions que nous aborderons concernent le contrat de droit public en général, si bien que nos discussions sortiront parfois du cadre que nous nous sommes fixé.

3. Quant à la méthode à suivre, des difficultés particulières se présentaient.

Jusqu'à une époque très récente, en effet, la doctrine et la jurisprudence avaient chez nous tendance à contester la possibilité et, par conséquent, l'existence même d'un contrat de droit administratif[4]. On considérait que, dans les relations de droit public entre l'Etat et les particuliers, il n'y a pas place pour le contrat. Il en est résulté que, dans notre pays, les règles de droit positif sont encore trop rares et trop fragmentaires pour pouvoir servir de base et de point de départ à une étude générale. De plus, la doctrine elle-même est encore peu abondante et n'a guère dépassé le stade des premiers tâtonnements. Tout est donc à créer, sans autre base que les principes généraux du droit et l'exemple des rares pays, comme la France, où le contrat de droit administratif se présente aujourd'hui déjà comme une institution parvenue à maturité.

Cela étant, il eût été tentant de chercher à construire une théorie du contrat de droit administratif en restant dans l'abstraction pure, et en procédant par déductions logiques après avoir posé *a priori* quelques postulats de base. Mais, si elle doit s'inspirer de principes supérieurs de justice et d'équité et ne jamais les perdre de vue, la science juridique doit aussi tenir compte des données et des besoins de la vie. Elle appartient en effet aux sciences sociales, et non à la philosophie pure. Et toute science sociale repose par définition sur la connaissance de la société.

C'est pourquoi nous avons jugé utile de procéder à une enquête auprès de nos administrations publiques, pour dé-

---

[4] Voir plus loin, chapitre I, ch. 6 ss.

terminer dans quels cas, pour quelles raisons et de quelles façons elles se servaient parfois du contrat dans leurs relations avec les particuliers[5]. Nous désirions aussi connaître les expériences faites dans ce domaine.

De cette enquête, il est ressorti que la pratique administrative utilisait beaucoup plus le contrat qu'on ne se l'imagine généralement en doctrine[6], mais à vrai dire sans se préoccuper beaucoup de savoir si les conventions conclues relèvent du droit public ou, au contraire, du droit civil.

Pour l'administration publique, le contrat paraît ainsi répondre à un besoin qu'on ne saurait méconnaître. Toutefois, ce besoin n'est pas toujours justifié, et il conduit parfois à un emploi abusif, ou du moins discutable, du procédé contractuel.

Notre enquête a enfin montré que, sur de nombreux points, souvent essentiels, une grande incertitude régnait quant au régime juridique du contrat de droit administratif. Dans la plupart des cas, ce contrat intervient en marge de la loi, où l'on ne trouve donc aucune règle propre à suppléer la volonté des parties lorsque celle-ci ne s'est pas exprimée. Quant aux lois administratives qui prévoient un contrat, elles sont presque toujours très sommaires, voire muettes, au sujet de la conclusion, des effets généraux et de l'exécution de ce contrat.

---

[5] Nous avons mené cette enquête avec le concours de Me Jacques Matile, docteur en droit et avocat à Lausanne, qui nous a en outre aidé dans nos recherches de législation et de jurisprudence. Nous le remercions ici de sa précieuse et fructueuse collaboration.

Notre enquête s'est étendue aux principales branches de l'administration fédérale, à la plupart des cantons et à une trentaine de communes vaudoises. Partout, on nous a répondu avec autant de bonne volonté que d'intérêt, après avoir souvent procédé à de longues investigations internes. Nous exprimons notre vive reconnaissance à tous ceux qui, dans ces administrations, nous ont ainsi aidé dans notre travail.

[6] Dans la deuxième partie de ce rapport, nous donnerons de nombreux exemples de cette pratique.

En définitive, notre enquête a montré toute l'actualité, comme aussi la nécessité, de l'étude décidée par le Comité de la Société suisse des juristes. Si elle ne nous a guère apporté de solutions aux problèmes que nous aurons à examiner, elle nous a cependant aidé à en trouver, grâce aux nombreux exemples qu'elle a fournis et aux réflexions qu'elle a suscitées.

4. Le dépouillement du résultat de cette enquête ayant pris beaucoup de temps, nous n'avons pu entreprendre la rédaction de notre rapport qu'assez tard, et alors que M. Imboden avait déjà déposé le sien. Ayant eu connaissance de son manuscrit, nous avons cherché à faire en sorte que nos deux études se complètent autant que possible l'une l'autre.

Nous avons, par exemple, renoncé à présenter un aperçu général de droit comparé, puisque M. Imboden l'avait déjà fait[7]. Cependant, nous avons largement rendu compte en cours de discussion des solutions du droit français, car elles sont si originales et si complètes qu'elles méritaient qu'on les examine de près, sans pour autant les suivre aveuglément[8].

Nous avons d'autre part renoncé à insérer dans notre rapport une bibliographie générale, celle que publie M. Imboden[9] mentionnant toutes les monographies sur le contrat de droit public que nous avons nous-même utilisées.

Enfin, tout en nous prononçant sur toutes les questions importantes, nous avons traité plus brièvement celles que M. Imboden avait spécialement développées, de façon à pouvoir mieux en approfondir d'autres.

---

[7] pp. 10a à 30a.

[8] Ces solutions, on le verra plus loin, ne peuvent se transposer telles quelles dans notre pays, car elles reposent en partie sur des données historiques, constitutionnelles et législatives qui sont propres à la France. Il y a cependant beaucoup à y prendre, car elles découlent malgré tout de principes généraux souvent très proches de ceux que reconnaît notre droit public.

[9] pp. 7a/8a.

5. Ce rapport comprend trois parties. Dans la première, nous nous attacherons aux questions fondamentales qui concernent l'existence, la notion et les possibilités d'utilisation du contrat de droit administratif. Puis, dans la deuxième partie, nous passerons en revue les principales catégories de cas particuliers qui touchent à notre problème. Dans la troisième partie, enfin, nous tenterons d'établir quelques règles générales concernant la conclusion, les effets généraux et l'exécution du contrat de droit administratif.

PREMIÈRE PARTIE

Questions fondamentales

Chapitre I

De l'existence du contrat de droit administratif

6. Alors qu'en droit français[9bis], le «contrat administratif» est une institution admise depuis plus d'un siècle et aujourd'hui bien caractérisée, la notion même de contrat de droit public a pendant longtemps suscité chez nous les plus sérieuses réserves, voire une complète opposition, cela sous l'influence de la doctrine allemande[10].

[9bis]. Voir notamment les ouvrages suivants, auxquels nous nous référerons fréquemment au cours de cette étude: G. Jèze, Théorie générale des contrats de l'administration, 3 vol., 1934–1936 (tomes IV, V et VI des Principes généraux du droit administratif). A. de Laubadère, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, 3 vol., 1956. G. Péquignot, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, thèse d'agrégation, 1945. P. Duez et G. Debeyre, Traité de droit administratif, 1952, *passim*. M. Waline, Traité de droit administratif, 7e éd., 1957, pp. 494/564.

[10] Il s'agit principalement d'O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2e/3e éd., 1917/1924, vol. II, pp. 262 et 646. – Les idées négatives de cet auteur quant au contrat de droit public ont fortement influencé la doctrine allemande jusqu'à la fin de la République de Weimar. Elles ont notamment été reprises, en des termes à vrai dire moins catégoriques, par Fleiner (Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8e éd., réimpression pour la Suisse, 1939, pp. 209/214), puis, avec beaucoup plus de nuances encore, par W. Jellinek, qui fit cependant un pas important à la rencontre des partisans du contrat de droit public en proposant sa théorie de l'acte administratif bilatéral, dont il sera question plus loin (Verwaltungsrecht, 3e éd., 1931, pp. 252/253).

Depuis la dernière guerre, la doctrine allemande est partagée. Certains auteurs en sont restés à la position négative d'O. Mayer. Ce sont, par exemple: F. Giese, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3e éd., 1952, pp. 95/96. Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1950, pp. 158/159. D'autres en revanche, et ce sont les plus marquants, se montrent aujourd'hui nettement favorables au contrat

La doctrine traditionnelle estimait tout au plus qu'un contrat de droit administratif peut se concevoir entre collectivités publiques, par exemple entre communes. Mais elle considérait un tel contrat comme impensable, ou du moins comme indésirable, dans les relations entre l'Etat et les particuliers, en dehors de quelques cas tout à fait exceptionnels que la loi prévoit expressément[11].

Cette position négative n'a pas manqué d'influencer la jurisprudence, qui a mis beaucoup de temps à s'en affranchir et qui, aujourd'hui encore, se montre réservée au sujet du contrat de droit administratif[12].

7. L'opposition de la doctrine traditionnelle tient à un certain nombre d'objections, d'ordre dogmatique avant

---

de droit administratif. Tel est le cas de H. Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, pp. 153/155 et E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, 3e éd., 1953, pp. 223/224. – Auparavant déjà, quelques auteurs avaient adopté une position favorable, par exemple W. Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920.

[11] En Suisse, cette opinion traditionnelle était celle de W. Burckhardt et de Giacometti (dans des publications spéciales que nous citerons et commenterons au cours de ce chapitre), ainsi que de Ruck (Schweizerisches Verwaltungsrecht, 3e éd., 1951, vol. I, pp. 122/123) et de Jedlicka, auteur d'une des premières monographies consacrées en Suisse à ce problème (Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht, thèse Zürich, 1928, pp. 111/112), après celle de R. Speiser, Über öffentlich-rechtliche Verträge im Verwaltungsrecht, thèse (manuscrite), Bâle, 1922.

Les monographies postérieures sont moins négatives, voire nettement favorables au contrat de droit administratif. Ce sont: W. Baechi, Verwaltungsakt auf Unterwerfung, zweiseitiger Verwaltungsakt oder Vertrag, thèse, Zürich, 1934. P. Grätzer, Die clausula rebus sic stantibus beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, thèse, Zürich, 1953 (pp. 48/53). P. Kellerhals, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, insbesondere die Anwendung von Zivilrecht auf dessen Vertragsabschluß, thèse (manuscrite), Bâle, 1948 (p. 13/16). K. Oeschger, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, thèse, St. Gall, 1954 (pp. 57/82).

[12] Dans son rapport, M. Imboden présente à ce sujet une étude très complète à laquelle nous nous référons (pp. 33a à 36a).

tout, qu'il fallait examiner de près avant de parler du contrat de droit administratif.

Ce sera là l'objet de ce premier chapitre.

§ 1. Le contrat et l'égalité des parties

8. Parmi les objections dogmatiques que la doctrine a pendant longtemps fait valoir contre l'idée même du contrat de droit public dans les relations entre l'Etat et les particuliers, l'une des plus fréquentes et des plus frappantes en même temps se fonde sur le défaut d'égalité entre l'Etat et l'individu dans les relations de droit public.

L'objection repose sur le double postulat que, d'une part, le contrat suppose nécessairement l'*égalité* juridique des parties et que, d'autre part, le droit public règle la subordination du citoyen à l'Etat, c'est-à-dire des relations caractérisées par l'*inégalité* des personnes en présence. Le contrat serait donc impensable dans ces relations-là, vu l'absence d'égalité qui les caractérise. Selon le mot de Giacometti[13], il y aurait véritablement *contradictio in adjecto* à parler de contrat de droit administratif.

L'objection se ramène en définitive au dilemme suivant: ou bien l'Etat traite avec le citoyen sur un pied d'égalité, en renonçant à ses prérogatives de puissance publique; dans ce cas, il peut bien procéder par contrat, mais il s'agit alors d'un contrat civil, car en s'abstenant d'user de contrainte l'Etat sort du domaine du droit public pour se placer sur le terrain du droit privé. Ou bien l'Etat intervient au con-

---

[13] Giacometti, Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichtes, 1924, p. 17. – Voir aussi Fleiner (Institutionen, 8e éd., p. 211) qui présente cependant l'argument de façon moins schématique, en partant de la constatation que, dans les relations de droit public entre l'Etat et l'individu, la volonté de l'Etat s'impose unilatéralement, ce qui exclut normalement le contrat. – On trouvera au surplus une analyse détaillée de cette argumentation dans la thèse déjà citée (note 11 ci-dessus) de Oeschger, pp. 59 ss. – En jurisprudence, voir, par exemple, ATF 41 II 314.

traire comme une *persona potentior*, en mettant en œuvre ses pouvoirs de puissance publique; dans ce cas, il se meut bien sur le terrain du droit public, mais il ne peut agir par contrat, car il n'est plus l'égal de l'administré avec qui il traite. Ainsi, les conditions ne seraient jamais réalisées qui permettraient de parler de contrat de droit public dans les relations entre l'Etat et ses administrés.

9. A première vue, cette objection paraît décisive, parce que d'une logique irréfutable. Et pourtant, elle ne résiste guère à une analyse approfondie, car elle repose en réalité sur des postulats qui sont en partie contestables et qui n'ont en tout cas pas la portée absolue qu'on voudrait leur donner. C'est ce que l'on va très brièvement tenter de démontrer.

10. L'égalité des parties contractantes paraît bien être une des caractéristiques essentielles du contrat. Au stade de la conclusion, elle se manifeste en ceci que les volontés des parties concourent et doivent concourir à égalité à la formation du contrat. Une fois l'accord réalisé et définitif, cette égalité se traduit par l'aptitude de chacun des deux contractants à exiger de l'autre qu'il respecte ce qui a été convenu.

Mais, au stade de la conclusion déjà, cette égalité peut être plus ou moins étendue. Le plus souvent, certes, elle se manifeste en ceci que le contenu du contrat résulte d'une égale et libre discussion des parties. Mais ce n'est pas une nécessité. Ainsi que le montrent les nombreux cas de contrats d'adhésion que connaît aujourd'hui le droit privé, il peut fort bien se produire que le contenu du contrat soit l'œuvre exclusive de l'un des contractants. Ce qu'il faut et ce qui suffit en fait d'égalité des parties au stade de la conclusion, c'est que l'accord de toutes deux soit nécessaire à la formation du contrat, et que chacune d'elles ait le pouvoir de ne pas accepter finalement les conditions qui lui sont proposées.

Or, ce minimum d'égalité n'est pas nécessairement exclu dans les relations entre la puissance publique et l'individu.

Il existe chaque fois que l'administré a légalement la liberté de traiter ou de ne pas traiter avec l'Etat, par conséquent d'accepter ou de refuser les arrangements qui lui sont proposés. Il existe, par exemple, dans le cas de la concession, dont nous montrerons plus loin[14] qu'elle est un cas typique de contrat de droit administratif.

11. On peut faire des remarques semblables à propos de l'égalité des contractants après la conclusion du contrat. Là encore, cette égalité n'est pas nécessairement absolue. Ce qu'il faut et ce qui suffit pour qu'on puisse encore parler de contrat, c'est que les deux parties soient d'une manière déterminée et jusqu'à un certain point liées l'une envers l'autre. Il faut en d'autres termes qu'aucune d'elles ne puisse unilatéralement et inconditionnellement se soustraire à ses obligations et imposer sa volonté à l'autre au mépris de ce qui a été convenu. Mais les motifs et les conditions d'une modification unilatérale peuvent être différents pour les deux parties sans que pour autant il cesse d'y avoir contrat.

Or, ce minimum d'égalité peut aussi exister et se réaliser dans les relations entre la puissance publique et les particuliers.

12. Certains auteurs[15] vont jusqu'à soutenir que l'égalité des parties ne serait une caractéristique essentielle que pour le contrat civil, et que le propre du contrat de droit administratif serait précisément de se former par l'accord de deux volontés dont l'une – celle de l'administration – aurait la prépondérance sur l'autre – celle de l'administré. Mais ces auteurs ne vont cependant pas jusqu'à reconnaître à l'administration une suprématie complète réduisant à néant le rôle de la volonté de l'administré. Le feraient-ils, qu'ils ne pourraient plus parler de contrat dans aucun sens du terme. Ce qu'ils veulent dire, c'est que l'égalité des parties

[14] Chapitre XII, ch. 158 ss.

[15] C'est le cas d'une partie de la doctrine française, spécialement de Péquignot, op. cit., pp. 259 ss.

contractantes est naturellement plus relative et plus limitée dans les relations de droit public qu'en droit privé, où elle n'est d'ailleurs pas toujours absolue. La thèse de ces auteurs rejoint donc ce que nous voulions dire nous-même en parlant de ce minimum d'égalité que suppose le contrat et qui peut fort bien exister dans les relations entre la puissance publique et le citoyen.

13. Ce qui vient d'être dit suffirait déjà à faire tomber l'objection relative à l'égalité des parties au contrat.

Mais cette objection est tout aussi fragile et contestable dans le second de ses postulats: celui qui, dans les relations entre l'Etat et l'individu, limite le champ d'application du droit public aux actes d'autorité, c'est-à-dire aux actes par lesquels l'Etat manifeste son *imperium* et impose sa volonté à l'administré.

Il est vrai que, sous le nom de théorie du sujet ou des deux sujets (*Subjektstheorie*), cette conception restrictive a longtemps joué un rôle de premier plan dans la doctrine du droit public suisse[16] et dans la jurisprudence du Tribunal fédéral[17]. Mais elle s'efface de plus en plus devant la théorie

---

[16] Cela sous l'influence de la doctrine allemande, plus particulièrement de Fleiner, Institutionen, p. 51 et de O. Mayer, op. cit., vol. I, p. 15. – Cette théorie est aujourd'hui encore défendue par Ruck, op. cit., vol. I, pp. 7, 20/21, 80. C'était aussi celle de Roguin, La règle de droit, p. 180/181 et La science juridique pure, vol. III, pp. 545/557.

[17] Selon la définition qui apparaît le plus souvent dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, «le critère objectif de la distinction entre droit public et droit privé réside en ce que ce dernier droit régit les rapports juridiques entre des sujets de droit de même nature (*gleichartig*), de même ordre (*gleichwertig*) et égaux en droit (*gleichberechtigt*), tandis que le droit public règle la subordination du citoyen à l'autorité de l'Etat» (ATF 54 II 120 ss., JdT 1928 I 392). Voir aussi: ATF 54 II 371, JdT 1929 I 231, cons. 1. ATF 60 II 112, JdT 1934 I 458, cons. 1 *in fine*. ATF 81 II 301 ss., JdT 1956 I 223 ss.

Le Tribunal fédéral ne s'en tient cependant pas à ce seul critère, et il lui arrive d'en utiliser d'autres, suivant la question qu'il doit trancher.

qui soumet au droit public tous les actes que l'Etat accomplit en visant directement un but d'*intérêt public*, c'est-à-dire tous les actes en rapport direct avec une tâche d'administration publique.

Admise depuis la fin du siècle dernier en France, où elle a influencé tout le développement du droit administratif en donnant une importance de premier plan à l'idée de «service public»[18], cette conception s'introduit aujourd'hui en Allemagne, où dominait autrefois la théorie du sujet. Les maîtres contemporains du droit administratif allemand admettent que le champ des actes administratifs – et partant du droit public – ne se limite pas aux cas où l'Etat agit en vertu de ses pouvoirs de contrainte et de souveraineté, mais qu'il s'étend à l'ensemble des tâches d'administration publique[19].

Chez nous, l'évolution est moins nette, mais la théorie

---

[18] Duez et Debeyre, op. cit., pp. 253/254. Depuis quelques années, à vrai dire, la doctrine française semble vouloir abandonner le critère du service public, qu'elle juge imprécis et artificiel. Cette tendance apparaît notamment dans la dernière édition du Traité de droit administratif de Waline (pp. 68 ss.), qui a paru en 1957, et où l'on trouvera la liste de plusieurs publications récentes parlant de la «crise» et du «déclin» de la notion de service public. Mais il ne semble pas que le droit français s'achemine cependant vers un critère semblable à celui qui découle de la théorie du sujet. L'idée demeure que le droit administratif régit les activités de l'Etat qui servent directement l'*intérêt public* (Waline, op. cit., p. 72).

[19] Ainsi R. Nebinger (Verwaltungsrecht, allgemeiner Teil, 1949, p. 35) estime que le droit public régit non seulement les relations dans lesquelles l'Etat intervient à l'égard du particulier en vertu de ses pouvoirs de souveraineté, mais aussi les relations où il agit d'égal à égal en ayant principalement en vue l'*intérêt public*. Tout en restant apparemment fidèle à la théorie du sujet, Forsthoff (op. cit., p. 166) s'en écarte lui aussi, lorsqu'il déclare que l'Etat agit dans l'exercice de sa souveraineté, et par conséquent selon le droit public, non seulement dans les cas où il fait acte d'autorité et de contrainte, mais aussi dans les cas où il accorde son aide (*fürsorgerische Tätigkeit*) et accomplit par là une tâche d'administration publique.

de l'intérêt public semble néanmoins gagner du terrain[20], notamment dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Fait à relever, elle s'y manifeste précisément à propos des contrats de l'Etat. Ainsi, dans un très récent arrêt[21], notre cour suprême déclare que «*lorsque l'Etat agit comme titulaire de la puissance publique, qu'il ne traite pas avec les particuliers sur pied d'égalité mais exécute dans l'intérêt général une de ses tâches propres, les rapports de droit qui en découlent sont en principe soumis au droit public, lors même qu'ils ne naîtraient qu'avec le consentement des personnes privées avec lesquelles l'Etat entre en relations ou qu'ils revêtiraient la forme d'un contrat.*»

On aura remarqué le mélange qu'il y a là entre la théorie des deux sujets et celle de l'intérêt. A l'hypothèse de l'Etat traitant avec les particuliers sur un pied d'égalité – hypothèse qui appelle l'application du droit privé selon la théorie des deux sujets – le Tribunal fédéral n'oppose plus – comme, il devrait le faire d'après cette même théorie – l'hypothèse où l'Etat intervient par voie de contrainte et de commande-

---

[20] Dans sa thèse sur le contrat de droit administratif, Jedlicka (p. 21) adoptait déjà une position manifestement fondée sur la théorie de l'intérêt public.

[21] ATF 83 I 216. La même déclaration apparaît, mot pour mot, dans l'arrêt non publié Confédération c/ Parcofil-Textilmaschinen AG, du 8 octobre 1948. Dans l'arrêt non publié canton des Grisons c/ communes de Coire et d'Arosa, du 10 juin 1948, le TF rappelle d'abord la théorie du sujet, comme s'il voulait l'appliquer, puis il qualifie de contrat de droit public une convention par laquelle un canton avait accordé un prêt à un chemin de fer privé, cela à des fins d'utilité publique (cons. 3). Dans des arrêts beaucoup plus anciens, le Tribunal fédéral avait déjà appliqué la théorie de l'intérêt public, tout en prétendant s'en tenir à la définition fondée sur la théorie du sujet: ATF 40 II 83 ss., JdT 1914 I 444 ss., cons. 2 (contrat chargeant une entreprise privée de l'éclairage public sur le territoire d'une commune); ATF 55 II 107 ss., JdT 1929 I 461 ss., cons. 3 (dépôt d'argent d'un ressortissant suisse auprès de sa Légation en période de révolution); ATF 55 II 208 ss., JdT 1930 I 136 ss. (relations entre un canton et le directeur d'une école d'agriculture créée par ce canton).

ment, mais le cas où l'Etat exécute dans l'intérêt général une de ses tâches propres, avec ou sans contrainte. Ainsi, tout en continuant à définir les relations de droit privé d'après la théorie des deux sujets, le Tribunal fédéral définit aujourd'hui les relations de droit public d'après la théorie de l'intérêt public, ce qui lui permet d'accueillir le contrat de droit administratif sans aucun scrupule d'ordre dogmatique.

14. L'abandon de la théorie des deux sujets[22] fait ainsi tomber l'une des principales objections que la doctrine a pendant longtemps opposées à l'idée même du contrat de droit public dans les relations entre l'Etat et les particuliers.

§ 2. Administration publique et autonomie de la volonté

15. Le contrat se définissant comme un accord de volontés, il suppose, chez chacune des parties, une certaine *autonomie de la volonté.* A défaut de cette autonomie, le contrat ne pourrait se conclure, car les parties ne pourraient pas composer; chacune d'elles se trouverait empêchée d'adapter sa volonté à celle de l'autre pour aboutir à un accord.

Cette constatation a conduit certains auteurs à considérer le contrat comme impensable en droit administratif, étant donné que les particuliers seraient seuls à jouir de l'autonomie de la volonté et que l'administration, pour sa part, ne pourrait jamais agir qu'en vertu d'une compétence liée, c'est-à-dire en exécution d'un impératif légal.

16. Cette objection a notamment joué un rôle décisif dans la pensée de Walter Burckhardt, qui s'est montré résolument hostile à la notion même de contrat de droit public. Pour cet auteur, le contrat suppose une liberté allant jusqu'à l'arbitraire. Il se caractérise par l'entière liberté de

---

[22] Pour notre part, nous nous rallions à la théorie de l'intérêt public, pour les raisons et avec des restrictions que nous exposerons plus loin, en parlant de la distinction entre le contrat civil et le contrat de droit administratif (ch. 58 ss.).

l'engagement (*die Freiheit der Bindung*) et par le caractère obligatoire de l'engagement librement consenti (*die Gebundenheit des frei Gewollten*). Or, estime Burckhardt, les autorités publiques n'ont jamais cette liberté d'action et de décision, car elles sont liées par la loi dont elles doivent assurer l'exécution. Même dans les cas où la loi leur laisse une certaine marge d'appréciation, elles n'en disposent pas librement. L'Etat ayant pour tâche de réaliser ce qui est juste, il ne lui est pas possible de pactiser librement, c'est-à-dire de façon arbitraire, avec les particuliers, pas plus que l'intérêt public ne peut se négocier avec l'intérêt privé. L'Etat ne peut que rechercher unilatéralement ce qui est juste et bien, pour l'imposer ensuite d'autorité et sans discussion. C'est pourquoi, de l'avis de Burckhardt[23], le contrat se trouve de par sa nature même en opposition fondamentale et irréductible (*in unlöslichem Widerspruch*) avec le droit public.

17. Comme la précédente, cette objection peut paraître à première vue convaincante, mais elle n'est en réalité pas décisive, car elle repose sur des prémisses trop absolues pour être acceptables.

Il est également erroné de prétendre que les parties à un contrat civil jouissent d'une liberté synonyme d'arbitraire, et de soutenir qu'au contraire les autorités publiques agissent toujours en vertu d'une compétence liée, sans disposer d'aucune liberté d'action.

En réalité, l'autonomie de la volonté des particuliers trouve des limites dans la loi, tant civile que pénale et administrative. Quant aux autorités publiques, il est certes des domaines où la loi dicte leur attitude et leurs décisions

---

[23] « Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht », dans « Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens dem Schweizerischen Bundesgerichte dargebracht von der juristischen Fakultät der Universität Bern », 1924, pp. 1 ss., spécialement pp. 42, 44, 45, 68/72. Voir aussi, du même auteur, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2e éd., 1944, pp. 66/67.

au point de leur enlever toute liberté d'initiative. Et dans ces domaines-là, il n'y a effectivement guère place pour le contrat. Tel est le cas, par exemple, du droit fiscal, ou des règlementations de police.

Mais, dans bien d'autres domaines, la loi ne constitue pour l'administration publique comme pour les particuliers qu'un simple cadre à l'intérieur duquel l'autorité dispose d'une suffisante liberté d'action pour pouvoir composer et, par conséquent, contracter. Tel est tout particulièrement le cas dans tous les domaines où, dépassant son rôle primitif de simple gardien de l'ordre public, l'Etat se fait lui-même acteur et entrepreneur dans l'intérêt public[24].

18. On doit donc bien reconnaître que l'administration publique dispose fréquemment d'un *pouvoir discrétionnaire*, dont on peut dire, avec Hauriou[25], qu'il apparaît comme «cette part de l'initiative et de l'indépendance juridique de l'administration qui n'a pas été limitée par la loi et les règles de droit et comme le pendant, en droit public, du principe de l'autonomie de la volonté en droit privé et de la souveraineté des Etats, sur le plan du droit international».

19. Certes, le pouvoir discrétionnaire des administrations publiques est nettement plus restreint que l'autonomie de la volonté des particuliers, pour cette raison que le dogme de l'Etat de droit conduit à enfermer autant que possible l'action administrative dans la loi, pour mieux protéger l'individu contre l'arbitraire et pour mieux réaliser l'égalité entre les citoyens. Mais le pouvoir discrétionnaire n'en tient pas moins une large place dans l'activité des administrations publiques, et là où il existe, il laisse à l'autorité publique une liberté de choix qui, sans être arbitraire, est cependant suffisante pour faire place au contrat.

---

[24] Burckhardt raisonne comme si le rôle de l'administration publique se limitait à la seule exécution des lois, ce qui est aujourd'hui loin d'être le cas.

[25] Précis de droit administratif, 12e éd., p. 353.

Il est également vrai qu'à la différence de l'autonomie de la volonté en droit privé, le pouvoir discrétionnaire des administrations publiques est toujours lié, et par conséquent restreint, quant au but à atteindre. Une autorité administrative ne peut user de ses pouvoirs, et par conséquent contracter, qu'en vue de l'intérêt public, et plus précisément en vue du but particulier de la loi qui lui donne le pouvoir d'agir. Mais cela ne l'empêche cependant pas de procéder au besoin par contrat, si la loi lui laisse une suffisante liberté quant aux choix des moyens et des modalités, ce qui est fréquemment le cas.

Au surplus, le droit privé connaît lui-même des cas où l'autonomie de la volonté se trouve liée, et par conséquent limitée, par le but à atteindre, sans que pour autant on considère le contrat comme impossible. Il en est ainsi pour toutes les personnes morales, dont la capacité juridique, et notamment la capacité contractuelle, est définie et limitée par le but social.

§ 3. Contrat de droit administratif et norme générale

20. Comme conséquence du dogme de l'Etat de droit, notre doctrine du droit public admet que, pour intervenir juridiquement à l'égard des particuliers, l'Etat doit en principe procéder par normes générales et impersonnelles, en la forme de lois, ou de règlements fondés sur la loi[26]. Il en serait ainsi non seulement lorsqu'il s'agit d'imposer des obligations aux particuliers ou d'apporter des restrictions à leurs droits, mais aussi lorsque l'Etat entend leur conférer des droits ou leur procurer des avantages.

Ainsi compris, et s'il devait valoir de façon absolue, le principe de la légalité ne laisserait aucune place pour le contrat dans les relations de droit public entre l'Etat et

[26] Fleiner, Institutionen, p. 130 ss. Ruck, op. cit., vol. I, pp. 194 ss. G. Roos, Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung, dans Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, 1955, p. 117 ss. M. Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, 1954.

les particuliers, car le contrat est par définition un mode de réglementation individuel, c'est-à-dire le contraire de la réglementation par normes générales et impersonnelles.

On comprend donc que, pour beaucoup d'auteurs, il y ait là une raison fondamentale de se montrer très réticent, voire tout à fait négatif, au sujet du contrat de droit administratif.

21. Mais tout dépend du sens et de la portée que l'on croit devoir attribuer au principe de la légalité. Et, pour se déterminer, il faut remonter à la justification de ce principe, qui est double: il tend, d'une part, à protéger la liberté de l'individu contre tout abus de pouvoir et, d'autre part, à réaliser l'égalité de traitement entre tous les citoyens face à l'Etat.

Examinons donc la question en nous plaçant successivement à ces deux points de vue.

1. Protection des libertés individuelles

22. En tant que destiné à *protéger les libertés individuelles*, le principe de la légalité (ou de l'«administration légale») s'applique avant tout aux *actes d'autorité* qui *imposent* des charges au citoyen ou restreignent sa liberté[27], par contrainte et contre son gré. Il vise l'exercice unilatéral des pouvoirs de puissance publique.

Ceci rappelé, on ne voit pas pourquoi ce principe devrait empêcher l'Etat d'intervenir par contrat à l'égard des particuliers. En effet, le contrat suppose par définition le libre accord des deux parties. Par conséquent, et à la différence de l'acte unilatéral d'autorité, ce procédé ne porte pas atteinte à la liberté de l'individu, si bien que le principe de la légalité perd dans ce cas sa raison d'être. Tout ce qui reste de ce principe, c'est que – comme les particuliers – l'Etat ne peut contracter qu'en respectant les règles impératives de la loi. S'il faut donc condamner le contrat de droit

---

[27] Voir, dans ce sens, ATF 65 I 290 ss., 300, JdT 1940 I 53 ss., 59.

public *contra legem*, le contrat *praeter legem* nous paraît en revanche possible, même s'il a pour objet les droits fondamentaux du citoyen, tels que garantis par la Constitution.

23. On peut à vrai dire se demander si ces droits fondamentaux ne doivent pas être considérés comme inaliénables, ce qui empêcherait l'individu d'y renoncer ou de consentir à les restreindre par entente contractuelle avec l'Etat. Il pourrait y avoir là une nouvelle justification du principe de la légalité, et cette justification conduirait à condamner le contrat comme mode d'intervention de l'Etat dans les droits fondamentaux de l'individu.

Mais, pour arriver à cette conclusion, il faudrait considérer les droits fondamentaux de l'individu comme *absolument* inaliénables. Or, nous doutons pour notre part qu'ils le soient. Certes, l'individu ne saurait y renoncer complètement et définitivement. Mais pourquoi ne pourrait-il pas accepter d'y apporter des restrictions à la fois supportables pour lui et favorables à l'intérêt public[28], surtout s'il le fait dans le cadre d'un contrat synallagmatique qui lui procure des avantages en contre-partie?

24. En d'autres termes, nous ne pensons pas que le problème des restrictions volontaires aux libertés individuelles doive, en principe, recevoir une autre solution pour les relations entre l'Etat et les citoyens que pour les relations entre particuliers. Là comme ici, la règle souple et nuancée de l'article 27 al. 2 CCS nous paraît convenir et suffire. On peut la transposer en droit public, tout en l'y appliquant peut-être de façon plus rigoureuse. D'une part, en effet, l'inégalité de fait qui existe entre parties lorsque l'individu

---

[28] Cette remarque vaut non seulement pour les droits fondamentaux de nature patrimoniale, tels que la garantie de la propriété ou la liberté du commerce, mais aussi pour les droits qui touchent à la liberté de la personne, tels que la liberté individuelle, la liberté religieuse ou la liberté d'association. C'est ainsi, par exemple, que la liberté personnelle n'empêche pas un psychopathe conscient de son état de se faire volontairement interner dans un asile public.

se trouve face à l'Etat exigera dans certains cas une plus grande protection du premier contre d'éventuelles pressions du second. D'autre part, même lorsqu'il procède par contrat, c'est-à-dire par règlementation individuelle, l'Etat n'a de pouvoir et ne peut valablement agir juridiquement que dans le cadre du but, général ou particulier, que lui assigne la loi. Il ne saurait donc inciter un particulier à restreindre contractuellement l'une de ses libertés à des fins contraires ou étrangères aux buts qui sont ceux du pouvoir de police[29]. Et encore n'y a-t-il pas là de divergence fondamentale avec les solutions du droit civil, puisque la jurisprudence du Tribunal fédéral – on le sait – fait notamment dépendre la licéité du boycott et d'autres mesures semblables de la légitimité du but visé. Enfin, la réserve de la loi (selon art. 27 al. 2 CCS) doit se comprendre en ce sens qu'en cas de réglementation légale exhaustive et complète, l'Etat ne saurait procéder par contrat, à moins d'y être expressément habilité par la loi.

25. C'est en partant de ces principes que, pour notre part, nous jugeons un arrêt relativement récent du Tribunal fédéral, qui pourrait paraître à première vue très discutable: l'arrêt Egli c. canton de Zurich, du 2 avril 1952[30]. Par convention et contre indemnité, un aubergiste avait accepté de fermer définitivement son établissement (dans l'esprit de la «clause du besoin»), et de grever son immeuble d'une servitude interdisant l'exploitation de tout établissement public, avec ou sans alcool. Appelé à se prononcer sur les effets de cette convention, le Tribunal fédéral en a reconnu la pleine validité, tout en la considérant – en partie tout au moins – comme un contrat de droit public. Il a notamment écarté le moyen de nullité que le propriétaire enten-

---

[29] Nous posons là un principe important que nous aurons l'occasion d'appliquer dans la deuxième partie de ce rapport, à propos notamment des conventions en matière de police des constructions (ch. 109 ss.).

[30] ATF 78 II 21, JdT 1953 I 367.

dait déduire de la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, déclare la Cour (cons. 8), avec raison selon nous, cette liberté «ne pourrait être invoquée que si l'interdiction avait sa source dans un acte unilatéral de l'Etat». L'arrêt est déjà plus discutable quant aux rapports de la convention avec la loi en vigueur. En effet, cette loi semblait régler de façon exhaustive et autoritaire, par normes générales, la réduction des établissements publics. Seule l'ordonnance d'exécution invitait l'administration à procéder autant que possible par voie amiable. Or, on pourrait sérieusement se demander si, dans un domaine entièrement réglé par la loi, l'ordonnance d'exécution peut valablement prévoir une réglementation individuelle et contractuelle. Mais là où l'arrêt devient critiquable, c'est qu'en étendant l'interdiction à tout genre d'établissement public, le contrat allait au-delà du but de la loi qui est de limiter le nombre des seuls restaurants avec alcool.

Peut-être le cas soulevait-il aussi un problème en rapport avec le principe constitutionnel de l'égalité de traitement. C'est ce que l'on va voir en examinant maintenant le principe de la légalité dans sa seconde justification.

2. L'égalité de traitement

26. En procédant par règlementation générale et impersonnelle, dont l'application aux cas d'espèce se fait en exécution d'une compétence juridiquement liée, l'Etat donne à ses administrés l'assurance – au moins théorique – qu'à conditions égales, ils seront tous traités de la même façon. Ce système est donc particulièrement satisfaisant du point de vue de l'égalité devant la loi. Le procédé de la réglementation individuelle et contractuelle l'est apparemment moins, car il laisse à l'Etat la possibilité juridique de traiter chaque cas pour lui-même, et par conséquent de ne pas mettre tout le monde sur le même pied. Aussi est-ce au nom de l'égalité de traitement qu'une partie de la doctrine reste aujourd'hui encore très réservée, voire négative, à l'endroit

du contrat de droit administratif[31]. On redoute qu'en procédant par contrat, l'administration ne traite très différemment les divers administrés, en avantageant indûment les plus habiles et les plus influents au détriment des autres.

De là à dire que, sauf cas tout à fait exceptionnels et expressément prévus par la loi, le procédé du contrat serait inconstitutionnel dans les relations de droit public entre l'Etat et l'individu, parce que contraire au principe de l'égalité de traitement, il n'y a qu'un pas, que certains semblent prêts à franchir.

Si bien intentionnée soit-elle, cette intransigeance ne nous paraît cependant pas justifiée, cela pour les raisons suivantes :

27. Le procédé de la réglementation générale et impersonnelle ne protégerait l'individu contre toute inégalité de traitement que si cette réglementation pouvait toujours et dans tous les domaines être complète, précise et rigide au point de ne laisser aucune initiative à l'administration et de ramener son rôle à celui d'une sorte de juge appliquant la loi par un simple mécanisme juridique. Or, et de toute évidence, il ne peut en fait pas en être ainsi. Dans de nombreux domaines, la loi doit nécessairement laisser à l'administration une assez large liberté d'action, tout en définissant et en limitant ses pouvoirs. Il en est ainsi non seulement en matière de prévoyance publique et d'aide aux particuliers, mais aussi dans le secteur qui forme le noyau de l'activité de l'Etat moderne, la police administrative.

Cette liberté d'action, l'administration l'utilise juridiquement en procédant par actes administratifs individuels, c'est-à-dire par des actes qui, dépassant la simple application mécanique et automatique de la loi, créent dans le cadre de la réglementation générale une situation juridique nouvelle. Que ces actes individuels soient des actes unilatéraux ou au contraire des contrats, cela ne change rien du tout quant au risque d'inégalité de traitement. Dans les

---

[31] Fleiner, Institutionen, pp. 213/214. – Ruck, op. cit., vol. I, pp. 123/124. – Forsthoff, op. cit., p. 224.

deux cas, la liberté d'action dont jouit l'administration lui donne en fait la possibilité de traiter les uns de façon plus avantageuse que les autres, et cela sans raison juridiquement valable.

Ainsi, en matière de concessions de chemins de fer, de droits d'eau ou de mines, la loi doit bien laisser à l'administration une certaine liberté quant au choix des concessionnaires, et même quant au contenu de la concession. Que cette double liberté ouvre la porte à des inégalités de traitement, c'est incontestable. Personne n'a cependant jamais songé à soutenir que la concession était dans son principe même une institution contraire à l'égalité devant la loi.

On pourrait faire la même remarque à propos, par exemple, des subventions publiques, qui dépendent souvent d'un large pouvoir discrétionnaire de l'administration.

28. Le procédé contractuel n'a au surplus pas que des désavantages, du point de vue de l'égalité de traitement. Dans certains cas, il permettra mieux qu'une loi schématique et rigide d'aboutir à une réglementation adaptée à toutes les circonstances en rapport avec le but d'intérêt public à atteindre. Or, pareille adaptation est parfaitement conforme à l'esprit, et aux exigences, de l'égalité devant la loi.

29. Il demeure certes souhaitable, du point de vue de l'égalité de traitement, que l'Etat procède aussi souvent et aussi complètement que possible par réglementation générale, lorsqu'il intervient à l'égard des particuliers. Mais ce n'est là qu'un postulat de politique législative, dont l'observation aura en fait pour conséquence de restreindre le champ d'application du contrat de droit administratif. Ce n'est en revanche pas, à notre avis du moins, un principe juridique et constitutionnel, qui aurait pour effet d'exclure complètement le contrat des relations de droit public entre l'Etat et l'individu.

30. Si, en lui-même, le procédé contractuel ne paraît pas contraire à l'égalité devant la loi, il pourrait en revanche se

produire que l'administration en use, dans certains cas, en violation de ce principe constitutionnel.

On peut donc se demander si, lorsqu'il conclut un contrat, et spécialement un contrat de droit administratif, l'Etat se trouve soumis aux principes généraux du droit public, et notamment au principe de l'égalité devant la loi. Et si tel est le cas – ce que nous admettons pour notre part – la question se posera de savoir par quelles mesures juridiques (publicité du contrat, contrôle juridictionnel) on pourrait amener l'administration, voire la contraindre à observer ces principes.

Ce sont là des questions que nous aurons à examiner dans la troisième partie de ce rapport, lorsque nous tenterons d'établir le régime juridique du contrat de droit administratif[32]. Mais elles ne mettent pas en cause l'existence même de ce contrat.

31. En définitive, le principe de la légalité est peut-être de nature à restreindre, et même dans une large mesure, le champ d'application possible, ou en tout cas désirable, du contrat dans les relations de droit public entre l'Etat et les particuliers. Mais il ne nous paraît pas justifier l'exclusion complète de ce procédé juridique.

§ 4. Intérêt public et rigidité du contrat

32. L'un des caractères proprement essentiels du contrat, c'est son effet obligatoire bilatéral: ce qui a été fixé par l'accord des parties ne peut ensuite être modifié ou supprimé qu'avec leur mutuel consentement.

Par l'effet de cette immutabilité, chacune des deux parties se trouve liée pour la durée du contrat, quand bien même l'évolution des circonstances rendrait inopportun, voire désavantageux ce qui avait paru utile et favorable au moment de la conclusion. La *clausula rebus sic stantibus* apporte quelque tempérament à la rigueur du principe d'im-

---

[32] Voir plus loin, ch. 219, 223 et 228.

mutabilité, mais elle ne peut et ne doit s'appliquer que dans des cas extrêmes et réellement exceptionnels.

Or, relève-t-on souvent[33], l'Etat ne saurait s'accommoder d'un procédé juridique qui, en le liant de cette façon, l'empêchera d'adapter son action aux exigences changeantes de l'intérêt public. Il ne peut accomplir sa tâche de façon satisfaisante qu'en se réservant constamment la faculté de modifier ses engagements et ses exigences au gré des circonstances et des besoins de l'intérêt public. De ce point de vue, la loi est un procédé préférable, car il est juridiquement possible de la modifier constamment. Et c'est pourquoi, dit-on, l'Etat procède par actes unilatéraux et révocables plutôt qu'en se liant et en engageant l'avenir par des contrats.

33. Il ne s'agit pas ici, on l'aura remarqué, d'une objection d'ordre dogmatique, mais bien plutôt de considérations d'opportunité.

Or, sur le terrain de l'opportunité, l'objection n'est pas décisive. Il y a lieu de relever tout d'abord qu'elle ne vaut que pour les contrats de longue durée. Pour les contrats dont l'exécution suit de très près la conclusion et se limite à une prestation immédiate et non renouvelable, le risque du contrat pour l'intérêt public est en fait inexistant. Et, même pour les contrats de longue durée, le risque n'existe pas au même degré dans tous les domaines de l'administration publique, si bien qu'il y a des secteurs de cette administration où le contrat peut malgré tout jouer un rôle, et même un rôle important.

D'autre part, il y a des cas où l'Etat sert l'intérêt public en procédant par convention et, par conséquent, en se liant envers l'administré. Il en est ainsi lorsqu'il a besoin de la collaboration de certains particuliers et que ceux-ci ne consentent à prêter leur concours que s'ils ont l'assurance d'une certaine sécurité juridique que le contrat garantit mieux que tout autre procédé. Aussi bien verrons-nous plus loin

---

[33] Fleiner, Institutionen, p. 214. Ruck, op. cit., vol. I, p. 124. – Forsthoff, op. cit., p. 224.

que c'est précisément lorsqu'il requiert la collaboration des particuliers pour un temps prolongé que, dans la pratique, l'Etat recourt le plus souvent au contrat.

On ne saurait donc affirmer *a priori*, et de façon absolue, qu'en raison de son effet obligatoire bilatéral, le contrat ne se prête pas à la gestion de l'intérêt public.

34. Au surplus, dans la mesure où le contrat comporterait des risques inacceptables de ce point de vue, il s'agira de voir si ces risques ne peuvent pas être éliminés – ou en tout cas atténués – par des règles particulières adaptant le régime du contrat aux exigences de l'intérêt public, règles qui distingueraient le contrat de droit administratif du contrat civil du type classique et traditionnel[34].

35. L'objection tirée de la rigidité du contrat ne serait enfin convaincante que si, en renonçant par principe à ce procédé, l'Etat évitait de jamais se lier envers l'administré. Or, ce n'est évidemment pas le cas. Bien souvent, l'acte administratif dit unilatéral crée au profit du particulier de véritables droits acquis dont l'existence peut être aussi préjudiciable à l'intérêt public que les droits découlant d'un contrat. Il en est ainsi, par exemple, de la concession, que les adversaires du contrat de droit administratif s'obstinent à considérer comme un acte unilatéral, tout en admettant qu'elle crée des droits acquis. Et lorsqu'il s'engage par contrat civil, ce qu'on lui reconnaît le pouvoir de faire en toutes circonstances à la seule condition de ne pas enfreindre les règles impératives de la loi, l'Etat peut aussi compromettre l'intérêt public, tout autant et même davantage que par un contrat de droit administratif. Enfin, la loi elle-même crée parfois des situations acquises qui peuvent devenir gênantes pour l'intérêt public.

En réalité, des raisons de justice et de sécurité du droit, voire des motifs d'opportunité, amènent inévitablement

[34] Nous soulevons là un problème capital que nous traiterons dans la troisième partie de ce rapport, à propos de la «mutabilité» du contrat de droit administratif (ch. 250 ss.).

l'Etat à se lier dans certains cas envers l'individu. Peu importe par quel procédé juridique il le fait. Le problème est uniquement de savoir quand et pour quels motifs il doit ou peut le faire. Et ce problème ne touche pas directement à celui de l'existence du contrat de droit administratif.

§ 5. Conclusion

36. En définitive, aucun des arguments parfois invoqués en doctrine contre l'idée même du contrat de droit public ne paraît concluant. Certains d'entre eux contiennent à vrai dire une idée juste qu'on aurait tort de méconnaître et dont il faudra tenir compte en fixant les limites, les possibilités d'application et le régime juridique de ce contrat. Mais ils ne suffisent pas à condamner cette institution, qui a bien au contraire un rôle à jouer non seulement dans les relations entre collectivités publiques, où on l'admet plus facilement, mais aussi dans les relations entre l'Etat et les particuliers, où elle reste très contestée.

37. Ceci établi, il s'agit maintenant de définir le contrat de droit administratif, et de le caractériser, pour voir comment il se distingue des autres procédés juridiques dont se sert l'administration.

Ce travail de définition doit se faire dans deux directions: par rapport au contrat civil, d'une part, et par rapport à l'acte administratif unilatéral, d'autre part.

En cherchant à définir le contrat de droit administratif dans ces deux directions, on fera le tour des questions qui se posent à propos de la notion et du rôle de cette institution. Les cas douteux qui se présentent en pratique et se discutent en doctrine se répartissent en effet en deux catégories:

Dans une première catégorie, on trouve des actes qu'on s'accorde sans discussion, ou presque, à considérer comme des contrats, mais dont on se demande en revanche s'ils relèvent du droit civil ou, au contraire, du droit public: marchés de fournitures, marchés de travaux publics, contrats de stockage obligatoire, etc.

Dans une seconde catégorie, on rencontre au contraire des actes dont l'appartenance au droit public ne fait aujourd'hui plus guère de doute, mais dont il est en revanche difficile de dire si ce sont des contrats, ou, au contraire, des actes administratifs unilatéraux. Font par exemple partie de cette seconde catégorie la concession, l'acte de nomination du fonctionnaire et l'allocation de subventions publiques.

38. Nous allons donc nous arrêter maintenant à ces deux questions: celle de la distinction entre le contrat civil et le contrat de droit administratif, puis celle de la distinction entre ce contrat et l'acte administratif unilatéral.

Bien que complémentaires, en ceci qu'elles nous permettront ensemble de définir la notion et le rôle du contrat de droit administratif, ces deux questions sont indépendantes l'une de l'autre quant à leurs données et quant aux solutions à y apporter. C'est pourquoi nous les traiterons successivement et séparément, dans les deux chapitres qui vont suivre.

Chapitre II

Distinction entre contrat civil et contrat de droit administratif

39. Même pour les partisans les plus convaincus du contrat de droit administratif, ce premier problème de définition est loin d'être clairement résolu. Chez nous tout particulièrement, il demeure obscur tant en jurisprudence qu'en doctrine, où l'on rencontre à peu près toutes les opinions. Même en France, où les tribunaux administratifs s'appliquent depuis plus d'un demi-siècle à l'élucider, des incertitudes subsistent aujourd'hui encore, et de récents arrêts ont remis en question une partie de ce qui paraissait acquis. Les solutions adoptées dans ce pays sont d'ailleurs le produit de l'empirisme beaucoup plus que de constructions théoriques.

En droit positif, la question se résout évidemment sans difficulté, lorsque la loi elle-même prévoit un certain type de contrat en le qualifiant expressément ou implicitement de contrat de droit public. Mais le cas est fort rare, et la loi n'est le plus souvent d'aucun secours sur ce point. Il faut donc bien recourir à des critères extra-légaux, dont la recherche doit de toute façon se faire en droit désirable, pour aider le législateur à trouver et à prescrire une solution satisfaisante.

40. Des divers critères auxquels on peut songer, les uns touchent à la qualité des parties contractantes, ou à leur volonté, les autres à l'objet du contrat – c'est-à-dire au domaine d'activité auquel il se rapporte –, les autres encore à son contenu, les derniers enfin à ses effets. Nous allons donc les passer en revue, avant de faire notre choix.

§ 1. Critères tenant à la qualité des parties

41. Pour certains, la qualité des parties joue un rôle en ceci que l'un des contractants au moins doit être une collectivité ou un établissement de droit public pour que l'on puisse parler de contrat de droit public. Les adeptes de ce premier critère ne le considèrent cependant pas comme décisif à lui seul. Ils en déduisent en effet une condition nécessaire, mais non pas suffisante, car ils admettent que tous les contrats conclus par des personnes morales de droit public ne sont pas nécessairement des contrats de droit public.

Avec cette signification restreinte et partielle, ce premier critère s'applique en droit français, où la jurisprudence admet qu'un contrat passé entre deux particuliers n'est jamais un contrat administratif[35]. Le champ des contrats de droit public se limite par conséquent aux contrats de l'administration.

---

[35] Waline, op. cit., p. 494. Péquignot, op. cit., pp. 63/64. Le droit français fait toutefois une exception pour les conventions passées par une personne privée substituée à une collectivité publique.

42. En Allemagne et dans notre pays, au contraire, la question est controversée[36], mais la tendance dominante est de ne pas s'arrêter à ce premier critère et d'admettre, par conséquent, que des contrats de droit public peuvent se rencontrer dans les relations entre particuliers[37]. On cite, par exemple, le contrat d'expropriation, qui serait un contrat de droit public même dans le cas où l'expropriant est une société privée et où, par conséquent, aucune des deux parties n'est une collectivité publique[38].

43. De toute façon, ce premier critère est impropre à résoudre la question qui nous occupe: celle de savoir quels contrats conclus par une administration publique relèvent du droit public, et lesquels sont des contrats civils.

§ 2. Critères volontaristes

44. On fait parfois intervenir la *volonté des parties* – ou du moins de l'une d'elles – en ce sens que, dans les cas où elle a la faculté d'agir par contrat, l'administration aurait

---

[36] Au sujet de cette controverse, voir Kellerhals, op. cit., p. 8.

[37] Jedlicka, op. cit., p. 101 ss. Ruck, op. cit., vol. I, p. 125. Forsthoff, op. cit., p. 227.

[38] A l'étranger, et même dans notre pays, on s'est parfois demandé s'il ne fallait pas considérer la convention collective de travail comme un contrat de droit public, bien que les deux parties soient des associations privées. C'est là une question à laquelle nous ne nous arrêterons pas, car le droit positif suisse la tranche en faisant de la convention collective une institution de droit privé. Selon la loi fédérale de 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (ROLF 1956, pp. 1645 ss.), il en est ainsi même lorsque la convention collective a fait l'objet d'une décision d'extension. Bien qu'émanant de l'autorité publique, cette décision ne fait qu'étendre le champ d'application de la convention, sans en modifier la nature. Dans le même sens: Schweingruber, Das Arbeitsrecht der Schweiz, 1946, pp. 78/80. A. Gysin, Arbeitsrecht, 1943, pp. 71 ss. Oeschger, op. cit., pp. 160/165.

Nous ne nous occuperons donc pas de la convention collective de travail dans la suite de cette étude.

le choix du procédé juridique, ce qui lui permettrait à son gré de s'engager soit par contrat civil, soit par contrat de droit public, suivant ce qu'elle estime le plus avantageux et le plus opportun[39].

Cette idée joue un rôle en quelque sorte sous-jacent dans les constructions de la jurisprudence et de la doctrine françaises[40], sans que ce soit cependant le critère avoué et appliqué. Ainsi qu'on le verra plus loin, le droit français considère – ou du moins considérait jusqu'en 1956 – comme l'un des critères décisifs la présence de clauses dérogatoires au droit civil ou de «clauses exorbitantes du droit commun». Lorsque l'administration inscrit de telles clauses dans l'un de ses contrats, elle manifeste ainsi sa volonté de se soustraire au droit civil et le contrat devient un contrat administratif.

45. A supposer même qu'il soit théoriquement acceptable – ce qui ne manque pas d'être discutable – le critère volontariste est en tout cas insuffisant, et cela pour deux raisons.

La première, c'est que s'il s'appliquait seul, il permettrait aux personnes morales de droit public – voire aux particuliers – de se soustraire au droit civil sans raison valable. Il ne peut donc intervenir qu'à titre subsidiaire, une fois délimité – à l'aide d'un autre critère – le champ dans lequel il est loisible et légitime, pour l'administration, de se soustraire au droit civil et d'agir par contrat de droit adminis-

---

[39] C'est une idée très répandue chez nous, sous l'influence de Fleiner notamment (Institutionen, p. 46), que l'Etat pourrait toujours se servir des procédés du droit civil pour accomplir ses tâches, si cela lui paraît opportun et à la condition que la loi ne l'oblige pas à agir selon le droit public. Cette idée s'est notamment manifestée au sujet de l'engagement du personnel des administrations publiques. En jurisprudence, voir, par exemple: ATF 54 II 120 ss., 123, JdT 1928 I 392 ss.

[40] Laubadère, op. cit., vol. I, pp. 77 et 86. – Péquignot, op. cit., pp. 63/64 et 129. Même dans les cas où elle serait en droit de procéder par contrat administratif, l'administration demeurerait libre d'agir par contrat civil, si elle le juge opportun: Waline, op. cit., pp. 81/82.

tratif. Aussi bien le droit français ne fait-il intervenir le critère de la clause exorbitante – qui repose sur la théorie volontariste – que si une première et nécessaire condition se trouve réalisée: il faut que le contrat en cause ait pour objet une activité de service public ou l'exécution d'un service public.

La théorie volontariste est insuffisante pour cette seconde raison que, lorsqu'elle conclut un contrat, l'administration ne le qualifie pas. Elle ne précise pas si elle entend se lier par contrat civil ou, au contraire, par contrat de droit public[41]; et elle ne le sait souvent pas elle-même, ne s'étant pas posé la question [42]. Dans ces conditions, il serait vain de vouloir rechercher la «réelle volonté des parties». Et, sous peine de laisser subsister la plus grande incertitude, et par conséquent la plus grande insécurité juridique, il faut bien faire intervenir des critères extérieurs pour déterminer la *volonté présumée* des parties, lorsque cette volonté ne s'est pas clairement manifestée. C'est précisément là le sens et le rôle du critère de la clause exorbitante que l'on trouve en droit français.

§ 3. Critères tenant à l'objet du contrat

46. Le critère de l'*objet* est un de ceux qui a le plus d'adeptes, et ce pourrait bien être le plus convaincant, ainsi qu'on le montrera plus loin. Mais il s'exprime de bien des façons différentes, et il reste trop souvent d'une imprécision qui, sans le condamner nécessairement, le rend cependant d'un maniement malaisé.

---

[41] Le fait que le contrat se réfère à certaines dispositions du code des obligations n'est pas nécessairement déterminant, car un tel renvoi se conçoit même dans des contrats de droit public, avec cette signification que, sur certains points, le droit privé devra s'appliquer subsidiairement et par analogie.

[42] L'enquête à laquelle nous avons procédé est à cet égard fort instructive. On nous a communiqué de nombreux contrats en nous avouant franchement qu'on ne savait pas s'il fallait y voir des contrats civils ou des contrats de droit administratif, parce qu'on ne s'était jamais posé la question.

47. Comme on vient de le voir, c'est le critère primordial et fondamental du droit français, qui ne considère en principe un contrat comme administratif, c'est-à-dire comme relevant du droit public, que s'il se rapporte à un *service public.*

S'il est de prime abord très séduisant, ce critère soulève cependant deux questions aussi délicates l'une que l'autre: celle de la notion de service public, et celle du mode de rattachement du contrat au service public.

Bien que jouant depuis un demi-siècle un rôle essentiel dans le système du droit administratif français, la notion de service public fait aujourd'hui encore l'objet des plus vives controverses chez nos voisins[43], au point qu'on serait bien embarrassé d'en donner une définition incontestée. Certains s'en font une conception très large et très générale, qui englobe toute organisation administrative ayant pour but de satisfaire un intérêt général, alors que d'autres se montrent plus restrictifs, en limitant par exemple la notion de service public aux organismes qui, pour accomplir leur tâche, usent de procédés de droit public et s'affranchissent du droit civil. Cette restriction a pour effet d'exclure les services industriels et commerciaux, de même que les entreprises nationalisées.

Ce qui est certain et incontesté, c'est que la notion de service public est étroitement liée à celle d'utilité publique, en ce sens que seule une tâche d'intérêt général peut donner lieu à la création d'un service public. Il ressort de là que ni la gestion du domaine privé, ni celle du patrimoine financier, ni l'exploitation des services industriels et commerciaux ne sont des activités de service public, et que ce sont donc des domaines dont le contrat de droit administratif est en principe exclu. Et encore ce principe comporte-t-il des exceptions.

Concernant la relation qui doit exister entre un contrat et un service public pour qu'on puisse parler de contrat ad-

[43] Laubadère, op. cit., vol. I, pp. 60 ss. Péquignot, op. cit., pp. 72 ss. Voir en outre note 18 ci-dessus.

ministratif, le flottement est tout aussi grand, et la jurisprudence est si nuancée, parfois même si contradictoire, que la doctrine s'est montrée impuissante à la ramener par voie de synthèse à des règles fermes et précises. En fait, les contrats administratifs du droit français peuvent avoir pour objet soit de faire collaborer ou d'associer un particulier à la gestion d'un service public (concession de service public, par exemple), soit de procurer à l'administration les biens ou les services nécessaires au fonctionnement d'un service public (marchés de fournitures, de transports, etc.), soit de fournir aux particuliers les prestations du service public. De ces trois cas, seul le premier paraît incontesté. Les deux autres, et surtout le troisième, sont beaucoup moins clairs.

48. La notion de service public ne jouant guère ailleurs qu'en France le rôle qu'elle joue dans la technique du droit administratif français, elle n'apparaît ni chez nous, ni en Allemagne, ni même en Italie comme critère distinctif du contrat de droit public. Mais une idée très semblable se fait parfois jour dans ces autres pays: c'est l'idée qu'un contrat relève du droit public lorsqu'il a un but d'intérêt général, ou qu'il se rapporte à une tâche d'administration publique[44], ou encore qu'il a pour objet une question de droit public[45].

C'est en définitive le critère dont le Tribunal fédéral se sert le plus souvent, même s'il ne l'indique pas toujours très clairement. C'est en tout cas le critère qui ressort de ses arrêts les plus récents, où il déclare que dans les cas où l'Etat «exécute dans l'intérêt général une de ses tâches propres, les rapports de droit qui en découlent sont en principe soumis au droit public, alors même qu'ils revêtiraient la forme d'un contrat»[46]. Et c'est pour des raisons sem-

---

[44] Voir, par exemple, Speiser, op. cit., pp. 11/15. Jedlicka, op. cit., pp. 94 ss. Kellerhals, op. cit., pp. 18/19.

[45] Forsthoff, op. cit., p. 227.

[46] ATF 83 I 212 ss., 216 (subventions pour prise en charge des vins du pays). Arrêts non publiés Confédération c/ Parcofil Textilmaschinenbau A.G., du 8 octobre 1948 (prêt à une entreprise à titre de création d'occasions de travail en période de chômage) et

blables que, dans des arrêts plus anciens, le Tribunal fédéral avait qualifié de contrat de droit public un contrat de libre passage entre deux caisses de pension pour fonctionnaires publics[47], ou le dépôt de valeurs par des ressortissants suisses auprès d'une de nos légations à l'étranger[48].

§ 4. Critères tenant au contenu du contrat

49. Comme autre critère distinctif du contrat de droit public, dans les relations entre l'Etat et les particuliers, on voit parfois apparaître le *contenu du contrat*, soit que l'on s'attache au rôle de chacune des deux parties dans la détermination de ce contenu, soit que l'on en considère la nature ou certaines particularités.

50. S'attachant au rôle des parties dans la *détermination des clauses du contrat*, d'aucuns considèrent qu'une convention relève du droit public lorsque l'administration en fixe le contenu de façon unilatérale et impérative, le particulier ne pouvant qu'accepter ou refuser en bloc la réglementation qui lui est proposée. C'est, par exemple, le critère appliqué par le Tribunal fédéral dans un de ses plus récents arrêts relatifs aux relations entre un service communal d'électricité et les usagers de ce service[49].

Mais ce critère ne paraît aucunement décisif, car il repose sur une circonstance qui se rencontre aussi bien en droit privé (contrat d'adhésion) qu'en droit public et qu'on ne saurait donc considérer comme une particularité du contrat de droit administratif.

51. Quant au *contenu même du contrat*, considéré dans certaines de ses particularités, il joue un rôle important en droit français, en ceci qu'un contrat n'est considéré comme

---

Erdölprodukte A.G. c/ Confédération, du 19 décembre 1956 (stockage obligatoire de marchandises pour assurer l'approvisionnement du pays).

[47] ATF 66 I 299 ss., 305.

[48] ATF 55 II 107 ss., JdT 1929 I 461 ss., cons. 3.

[49] ATF 76 II 103 ss., JdT 1950 I 258 ss., cons. 3.

administratif que s'il contient des «clauses exorbitantes ou dérogatoires au droit commun»[50]. Ce critère – dont on a déjà vu qu'il reposait en partie sur une conception volontariste du contrat administratif[51] – est d'un maniement aussi incertain et aussi malaisé que celui du «service public». De l'avis même des meilleurs connaisseurs de la jurisprudence française, en effet, la notion de «clause exorbitante» se trouve encore dans «un état d'incertitude absolue»[52] et, en dépit des efforts des commentateurs, son analyse «demeure assez obscure»[53]. La difficulté vient de ce que, d'après la jurisprudence, il n'existe pas un type unique et bien défini de clause exorbitante, mais une diversité infinie de clauses auxquelles les tribunaux s'arrêtent pour attribuer la qualité d'administratif à un contrat[54]. Il peut s'agir de clauses attributives de compétence à la juridiction administrative, ou de clauses réservant à l'administration des prérogatives de puissance publique à l'égard de son cocontractant (pouvoir d'employer la procédure de la décision exécutoire à l'occasion de l'exécution du contrat, pouvoir d'imposer au cocontractant des mesures unilatérales, pouvoir d'intervention dans les affaires de l'autre partie, pouvoirs exceptionnels de contrôle et de surveillance, etc.), ou au contraire de clauses déléguant des attributions de puissance publique au partenaire de l'administration (pouvoir disciplinaire, droit de réquisition, droit de prélever des taxes de droit public, etc.). Mais il peut s'agir aussi de clauses qui seraient impossibles, parce qu'illicites, dans un contrat civil, ou de clauses qui n'y sont pas habituelles, parce que fortement marquées par des considérations d'intérêt public. Ainsi que le remarque Péquignot[55], c'est là que se situe la

[50] Laubadère, op. cit., vol. I, pp. 77 ss. Péquignot, op. cit., p. 129 à 177. Waline, op. cit., pp. 499/500.

[51] Laubadère, op. cit., vol. I, p. 86.

[52] Péquignot, op. cit., p. 130.

[53] Laubadère, op. cit., vol. I, p. 89.

[54] Péquignot, op. cit., p. 170. Voir aussi Waline, op. cit., p. 499.

[55] Op. cit., p. 172.

limite la plus extrême entre les contrats civils et les contrats administratifs, et c'est là que se présentent les plus grandes difficultés.

En parcourant ainsi le catalogue des «clauses exorbitantes» en droit français, on comprend que la doctrine ne soit jamais parvenue à en faire la synthèse, ni par conséquent à en donner une définition à la fois exhaustive et précise. On se sent en plein empirisme.

52. D'un point de vue dogmatique, d'autre part, le critère de la clause exorbitante paraît conduire à un cercle vicieux, en ceci qu'il pourrait bien reposer sur une confusion entre *la cause et la conséquence* du caractère administratif d'un contrat. Cette confusion paraît, par exemple, évidente, en ce qui concerne la compétence de la juridiction administrative, ou le pouvoir de l'administration d'imposer dans certains cas sa volonté en cours d'exécution du contrat. Si l'on admet, d'une part, qu'un tel pouvoir est la conséquence du caractère administratif d'un contrat et, d'autre part, qu'un contrat ne peut être qualifié d'administratif que s'il contient une clause consacrant ce pouvoir, ne se trouve-t-on pas en plein cercle vicieux?

53. Il y a longtemps déjà que, consciente des faiblesses et des difficultés du critère de la clause exorbitante, une partie de la doctrine française avait cherché à s'en affranchir et à construire – sous l'impulsion de Duguit – une solution entièrement fondée sur la notion de service public[56]. Mais la jurisprudence resta opposée à ces tentatives jusqu'au moment où, en 1956, le Conseil d'Etat rendit un arrêt[57] qui marque probablement un tournant important dans l'évolution de la théorie française du contrat administratif. Il s'agissait du contrat par lequel des particuliers – les époux Bertin – s'étaient engagés envers un Centre officiel de rapatriement à héberger pour un certain prix des ressor-

[56] On trouvera un résumé de ces théories dissidentes dans Péquignot, op. cit., pp. 105 à 113.

[57] Arrêt Epoux Bertin, du 20 avril 1956, RDP 1956, pp. 869 ss.

tissants étrangers se trouvant en France au moment de la Libération. Le Conseil d'Etat admit que c'était là un contrat administratif, vu qu'il avait pour objet de faire participer les intéressés à l'exécution d'un service public, et quand bien même il ne s'y trouvait pas de clauses exorbitantes du droit commun.

On aurait pu croire à l'abandon de ce critère traditionnel si, peu après, le Conseil d'Etat ne l'avait pas fait à nouveau intervenir dans une affaire d'un tout autre genre[58]. Cherchant alors à expliquer et à concilier ces deux arrêts à première vue contradictoires, Marcel Waline en a fait une synthèse convaincante dans une note de jurisprudence[59] qui aboutit à la conclusion suivante:

D'après le Conseil d'Etat français, un contrat est administratif, sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il contient ou non des clauses exorbitantes du droit commun, si les obligations du cocontractant de l'Etat l'associent personnellement à l'exécution même du service public. Mais, en toute autre hypothèse, c'est-à-dire dans tous les cas où, tout en étant utiles à l'exécution du service, les obligations du contractant ne constituent cependant pas cette exécution, il demeure nécessaire de rechercher la présence, dans le contrat, de clauses exorbitantes du droit commun[60].

Ainsi, la condition de la clause exorbitante n'est pas complètement abandonnée, mais elle devient nettement subsidiaire et elle cesse d'être nécessaire dans tous les cas.

54. Il serait sans doute téméraire, surtout pour un étranger, de chercher à prévoir les développements possibles de cette nouvelle jurisprudence. Mais elle réalise peut-être une

---

[58] Arrêt Gondrand frères, du 11 mai 1956.

[59] RDP 1957, pp. 101 ss.

[60] Selon Waline lui-même (Traité, 7e éd., p. 500), l'arrêt Bertin n'en consacre pas moins un «retour offensif» de l'idée de service public. En réalité, c'est plus qu'un simple «retour». C'est un développement de cette idée, et cela au moment où la doctrine en annonçait le déclin en droit administratif français (voir note 18 ci-dessus).

étape intermédiaire vers une solution qui, écartant complètement le critère de la clause exorbitante, ne reposerait plus que sur l'idée de service public, avec des précisions et des restrictions dont l'arrêt Bertin donne déjà un premier exemple en exigeant que le cocontractant de l'administration se trouve directement associé à l'exécution d'une tâche d'administration publique.

La nouvelle jurisprudence française a en tout cas ceci d'intéressant qu'elle marque l'abandon – au moins partiel – de la théorie volontariste, en créant une catégorie importante de contrats administratifs par nature, dont l'appartenance au droit public ne dépend plus d'aucune façon d'une option de l'administration.

§ 5. Critères tenant aux effets du contrat

55. Il nous reste à parler d'un dernier critère que l'on rencontre ici ou là dans la doctrine, spécialement en Suisse: celui qui se rapporte aux effets du contrat, et d'après lequel un contrat relèverait du droit administratif lorsqu'il produit ou qu'il est destiné à produire des *effets de droit public.*

Les partisans de ce critère le combinent le plus souvent avec celui de l'objet d'intérêt public. Ils définissent donc le contrat de droit administratif comme un contrat se rapportant à une tâche d'administration publique et destiné à produire des effets de droit public[61].

56. Si, en parlant d'effets de droit public, ces auteurs entendent simplement caractériser le contrat de droit administratif, il n'y a rien à leur objecter. Mais s'ils prétendent établir un critère permettant de décider dans les cas douteux si tel acte est un contrat civil ou au contraire un contrat de droit public, ils n'auront le plus souvent rien résolu. Ce critère conduit en effet à un cercle vicieux, étant donné que la nature des effets dépend précisément de la nature

[61] Voir, par exemple, Speiser, op. cit., p. 11. Kellerhals, op. cit., p. 19 et Oeschger, op. cit., pp. 53ss. En dehors de chez nous, cette idée était déjà celle de Layer, op. cit., p. 19.

du contrat. Comment pourra-t-on, par exemple, qualifier à l'aide de ce critère un contrat allouant une aide financière à un particulier, à charge pour celui-ci d'adopter un certain comportement favorable à l'intérêt public? Pour qualifier le contrat, il faudrait qualifier les prestations des parties. Or, la nature de ces prestations ne dépend-elle pas de la nature du contrat?

57. Ce critère peut cependant avoir un sens lorsque le contrat a pour objet, et par conséquent pour effet, de modifier, de transférer ou d'éteindre un droit ou une obligation de droit public. La concession de droit d'eau ou la concession minière, par exemple, peuvent être considérées comme des actes de droit public, pour le motif qu'elles ont pour objet de conférer à un particulier l'exercice d'un droit régalien, qui est un droit de nature publique. De même, la convention fiscale – à supposer qu'elle soit licite et possible, ce qu'on examinera plus loin[62] – pourrait être qualifiée de contrat de droit public en raison du fait qu'elle a pour objet une dette d'impôt, qui est par excellence une dette de droit public.

Mais, dans des cas de ce genre, c'est l'objet du contrat, plutôt que ses effets, qui en détermine la qualification. On retombe ainsi, mais à vrai dire sous une autre forme, sur un critère dont nous avons déjà parlé.

§ 6. Conclusion

58. Après avoir ainsi fait le tour des critères proposés pour distinguer le contrat de droit administratif du contrat civil, il nous faut maintenant prendre parti et nous arrêter à une solution dont va dépendre la suite de cette étude.

Mais, pour bien résoudre une question, il faut commencer par la bien poser. Et pour la bien poser, on doit d'abord se demander pourquoi, dans quelles conditions et en vue de quoi elle se pose.

---

[62] Ch. 129 ss.

Quel est donc le sens, et la raison d'être, d'une distinction entre contrat civil et contrat de droit public? Pourquoi, en d'autres termes, certains contrats doivent-ils être classés à part, sous le nom de contrats de droit public ou de contrats administratifs?

59. Ce pourrait être pour de simples raisons de procédure et de juridiction compétente en cas de litige. On appellerait alors contrats administratifs les contrats dont le contentieux relève d'autorités ou de juridictions administratives, et non des tribunaux civils. Et la question serait alors de savoir pourquoi, et dans quels cas, les contrats conclus par l'Etat doivent échapper au jugement des tribunaux ordinaires.

En droit français, c'est bien là l'origine de la théorie des contrats administratifs. On commença par qualifier comme tels certains contrats dont la loi attribuait expressément le contentieux à la juridiction administrative, par exemple les marchés de travaux publics, en vertu d'une loi du 28 pluviôse an VIII, ou les marchés de fournitures de l'Etat, par l'effet d'un décret du 11 juin 1806. Puis, dès la fin du siècle dernier, la jurisprudence elle-même élargit le champ des contrats administratifs à de nombreux autres contrats qui, en vertu de nouveaux critères de délimitation entre la compétence des tribunaux civils et celle des tribunaux administratifs, devaient relever de cette dernière juridiction[63].

Etant propres à la France, ces circonstances historiques font que le problème se posait autrement dans ce pays que partout ailleurs. Elles doivent donc nous inciter à une certaine prudence à l'égard des raisonnements de la doctrine française, qui ne sont pas nécessairement valables dans d'autres pays.

60. Dans notre pays, notamment, la distinction entre contrats civils et contrats de droit administratif peut certes

---

[63] Voir Laubadère, op. cit., vol. I, pp. 29/31, et les auteurs cités par lui.

avoir des conséquences de procédure, en ceci, par exemple, que le recours en réforme au Tribunal fédéral est ouvert pour les premiers, mais pas pour les seconds[64]. Mais, en l'absence de tribunaux administratifs à compétence générale, la question de la juridiction compétente n'est pas importante au point de dominer toute la distinction entre contrat civil et contrat administratif.

61. Le problème est d'abord un problème de fond, de droit matériel, et il n'est qu'accessoirement un problème de procédure. Si, pour tous les contrats qu'il passe, l'Etat pouvait sans inconvénient se soumettre aux règles applicables aux contrats civils, il n'y aurait aucune raison de parler de contrats de droit public. Cette catégorie ne se justifie et n'a de sens que si, pour des motifs à déterminer, les contrats de l'Etat – ou certains d'entre eux – ne peuvent s'accommoder des règles établies pour les contrats civils et appellent par conséquent un régime juridique particulier.

Le premier point à élucider est dès lors de savoir quelles sont, ou quelles peuvent être, les raisons d'appliquer à certains contrats un régime particulier de droit public. C'est là que se trouve, à notre avis, le nœud de tout le problème.

62. On pourrait évidemment s'en remettre, sur ce point essentiel, à l'administration elle-même, en lui laissant le soin de décider de cas en cas s'il y a pour elle des raisons de soustraire ses conventions aux règles du droit civil et de procéder par conséquent par contrat de droit public. Ce serait consacrer la théorie volontariste, avec l'extrême souplesse qui en constitue le principal mérite, mais aussi avec

---

[64] Inversement, les contrats de droit public de la Confédération peuvent faire l'objet d'une action directe devant le Tribunal fédéral, selon la procédure des art. 110 et ss. de la loi fédérale d'organisation judiciaire, alors que cette action n'est pas possible s'il s'agit de contrats civils.

C'est, à vrai dire, à propos de telles questions de procédure et de juridiction compétente que le Tribunal fédéral a dû se prononcer sur la distinction entre contrats civils et contrats de droit public.

toute l'insécurité juridique qu'elle crée inévitablement. Mais, en se contentant de cette solution pour elle très facile, la doctrine faillirait à sa tâche. Bien loin de la tenir pour quitte, l'administration pourrait lui demander à bon droit des directives pour faciliter la décision à prendre de cas en cas.

C'est donc de toute façon à la doctrine d'élucider le problème, en vue d'aboutir à des critères propres à aider soit l'administration, si c'est vraiment à elle à se prononcer de cas en cas, soit le législateur si l'on souhaite que la loi tranche un jour la question, soit le juge pour le cas où ce serait finalement à lui à en décider.

63. Revenons donc à la question première que nous avions posée: quelles raisons peut-il y avoir de soustraire certains contrats aux règles du droit civil pour les soumettre à un régime particulier de droit public?

Ces raisons, il faut selon nous les chercher en partant de la plus valable des objections que l'on oppose à l'emploi du contrat par les administrations publiques, à savoir que la puissance publique et l'intérêt public ne peuvent se laisser enchaîner par des liens rigides et immuables. Sous peine de faillir à sa mission, la puissance publique doit toujours se réserver une certaine liberté de mouvement, de façon à pouvoir constamment adapter son action aux exigences changeantes de l'intérêt public. Cette liberté de mouvement, le contrat classique de droit civil ne peut pas la procurer. Il faut donc la sauvegarder par des règles particulières qui, tout en assurant au cocontractant de l'Etat la sécurité à laquelle il aspire de façon légitime, laissent à l'administration la possibilité d'user au besoin de ses prérogatives essentielles et de sauvegarder en toutes circonstances l'intérêt public. Cette conciliation, le droit français l'a réalisée par des constructions juridiques qui sont proprement géniales et qui font bien du contrat administratif quelque chose d'essentiellement différent du contrat civil.

64. Ceci posé, la question est en définitive de savoir dans quels cas, c'est-à-dire pour quels contrats, il se justifie d'ap-

pliquer le régime particulier qui sera la caractéristique essentielle du contrat de droit administratif, et que nous aurons à préciser dans la troisième partie de cette étude.

Ce régime particulier aura naturellement sa raison d'être dans deux hypothèses: d'une part, lorsque le contrat a pour objet même une prérogative de puissance publique et, d'autre part, lorsqu'il met directement en jeu l'intérêt public. Ce sont là, en effet, les deux hypothèses où l'Etat ne saurait, sans faillir à sa mission, aliéner sa liberté d'action comme il le ferait par un contrat civil.

Certes, ce double critère ne fait encore que marquer une tendance, et il appelle des précisions pour devenir applicable. Cherchons donc à le préciser.

65. Par prérogatives de puissance publique, nous entendons tous les droits et pouvoirs qui n'appartiennent normalement qu'à l'Etat parce que dérivant de sa souveraineté intérieure, tels que pouvoirs de police, pouvoir fiscal, pouvoir d'expropriation, droits régaliens, pouvoir d'administration sur le domaine public. Lorsque, par contrat, l'Etat délègue l'exercice de tels droits ou pouvoirs à des particuliers, ou lorsqu'il en règle l'exercice dans un cas concret, notamment en renonçant à certaines des attributions qui en découlent, le contrat qu'il conclut ainsi doit obéir à un régime particulier – vu son objet – et ce ne peut donc être qu'un contrat de droit administratif.

Quant au critère de l'intérêt public, il est à la vérité assez malaisé de le préciser, ce qui n'est d'ailleurs pas une raison de l'écarter. En un certain sens, toute l'activité de l'Etat tend, directement ou indirectement, à des fins d'intérêt public, si bien qu'en appliquant ce critère sans aucune restriction, on en viendrait à soumettre au droit public tous les contrats de l'administration. Mais cela ne se justifierait guère. Ce qu'il faut, pour qu'un régime juridique particulier mérite de s'appliquer, c'est que le contrat engage en quelque sorte l'intérêt public, en le mettant directement en jeu. Il en sera ainsi lorsque l'objet même du contrat – et non

pas seulement son but – touche à l'intérêt public, c'est-à-dire lorsque cet objet constitue une tâche d'administration publique ou se rapporte à une chose du domaine public.

Quelques exemples feront peut-être mieux comprendre notre pensée sur ce point délicat. Lorsque, par contrat, l'Etat charge un particulier d'exploiter un service public (par exemple déblaiement des neiges sur les routes publiques, ou enlèvement des ordures ménagères dans une ville, ou service des inhumations), ou d'entreprendre des recherches scientifiques dans l'intérêt général du pays, ou de construire, puis de maintenir en activité une usine propre à ravitailler le pays en combustibles liquides en cas de difficultés d'importation, il engage directement l'intérêt public. Il en va de même lorsqu'il fournit à des particuliers des prestations qui sont d'intérêt public parce qu'essentielles dans la vie en collectivité et qu'il est pratiquement seul à pouvoir leur fournir (livraison d'eau potable, évacuation des eaux usées, etc.). Dans ces différents cas, le contrat – s'il y a contrat, ce qu'on verra plus loin – touche directement à l'intérêt public et demande de ce fait l'application d'un régime spécial.

En revanche, lorsque l'Etat se procure par contrat des fournitures pour ses bureaux, ou lorsqu'il emprunte de l'argent, il agit bien indirectement dans l'intérêt public, mais celui-ci ne se trouve pas directement en jeu, si bien que rien ne s'oppose à l'application du droit privé. A plus forte raison en est-il ainsi pour les contrats qui se rapportent à la gestion du domaine privé ou du patrimoine financier de l'Etat, ou encore à l'exploitation d'entreprises publiques purement commerciales.

66. C'est ainsi dans l'*objet* du contrat que, pour notre part, nous cherchons le critère distinctif du contrat de droit administratif, et notre pensée pourrait se résumer dans la définition suivante:

Un contrat se qualifie comme un contrat de droit administratif soit lorsqu'il a pour objet de déléguer, de concéder, ou

de restreindre une prérogative ou un droit de nature publique, soit lorsque, sans réaliser cette première condition, il met directement en jeu l'intérêt public, parce qu'ayant pour objet même une tâche d'administration publique ou une chose du domaine public.

On reprochera à cette définition de manquer encore de précision et de rigueur. Mais cela lui donne une certaine souplesse dont la pratique et la jurisprudence ont besoin pour arriver à résoudre de façon satisfaisante les multiples cas qui peuvent se présenter. Cette définition indique en tout cas une direction bien déterminée, et il sera sans doute possible de l'affiner à l'usage, en remontant aux prémisses dont nous l'avons déduite et qui tiennent aux raisons d'être d'un régime juridique particulier pour certains contrats de l'administration.

Cette définition paraît se rapprocher beaucoup des solutions du droit français, de par la parenté entre le critère du service public et celui de l'intérêt public directement en jeu. Mais elle s'en écarte sur plusieurs points. D'une part, elle ignore le critère subsidiaire de la clause exorbitante. D'autre part, elle n'embrasse pas tous les contrats que le droit français considère comme des contrats administratifs. Elle ne s'applique pas, par exemple, au marché de fournitures, ni au contrat d'emprunt public, qui sont d'ailleurs en droit français des cas particuliers dont le régime cadre mal avec le critère généralement admis outre-Jura. Enfin, notre définition n'attache aucune importance à la qualité des parties et n'exige pas que l'un des contractants au moins soit une personne morale de droit public. Elle admet donc qu'il puisse y avoir des contrats de droit public dans les relations entre particuliers. Ce sera cependant très rare et très exceptionnel, car les conditions posées ne seront presque jamais réalisées dans ces relations-là[64bis].

[64bis] Signalons ici que, pour le Tribunal fédéral, les contrats entre personnes privées relèvent du droit civil même dans le cas où des prescriptions de droit public en rendent la conclusion obligatoire (ATF 79 II 87 ss., cons. 3).

Chapitre III

Contrat de droit public et acte administratif unilatéral

67. S'il est des actes de l'administration dont le caractère contractuel est évident, mais dont on se demande s'ils relèvent du droit public ou, au contraire, du droit privé, il en est d'autres dont l'appartenance au droit public ne fait guère de doute, mais dont on discute en revanche la qualification, la question étant de savoir si ce sont des contrats, ou au contraire des actes juridiques d'un autre type, notamment des actes administratifs unilatéraux.

C'est à cette question que nous allons nous attacher maintenant, en relevant d'emblée – pour mieux la situer – qu'elle se pose très particulièrement pour la nomination des fonctionnaires, la concession et la naturalisation.

§ 1. Les théories allemandes de l'acte administratif par soumission et de l'acte administratif bilatéral

68. C'est avant tout dans la doctrine allemande que la question a été agitée. Elle y a conduit à des distinctions et à des constructions juridiques qui, à vrai dire, semblent aujourd'hui perdre du terrain dans leur pays d'origine, mais qui ont cependant laissé des traces chez nous, notamment dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. C'est pourquoi on ne saurait se dispenser de les examiner ici, et de prendre parti à leur sujet.

Ces constructions reposent sur l'idée qu'étant la manifestation de l'autorité de l'Etat et de ses pouvoirs de puissance publique, les actes juridiques de l'administration sont normalement des *actes unilatéraux*[65]. En effet, c'est en imposant unilatéralement sa volonté que l'on fait acte d'autorité et de commandement.

Ceci posé, il fallait cependant bien constater et reconnaître que, dans de nombreux cas, l'acte administratif –

[65] Voir, par exemple, Fleiner, Institutionen, p. 183.

dans le sens d'acte juridique de l'administration – ne vient à chef et n'est valable qu'avec l'accord, préalable ou subséquent, de l'administré à qui il s'adresse. Il en est par exemple ainsi de l'autorisation de police, de la concession, de la naturalisation, de la nomination des fonctionnaires (en dehors du cas exceptionnel de la fonction obligatoire). Dans de tels cas, pouvait-on encore parler d'actes unilatéraux ?

69. C'est pour répondre à cette question qu'à côté des actes administratifs purement unilatéraux, tels que la taxation fiscale, l'expropriation, ou l'ordre de police, Otto Mayer[66] imagina et fit largement admettre dans la doctrine de langue allemande la théorie de l'«acte administratif par soumission» (*Verwaltungsakt auf Unterwerfung*). Selon cette théorie, des actes tels que la concession, la naturalisation ou la nomination des fonctionnaires ne seraient pas des contrats, mais resteraient des actes unilatéraux de puissance publique, avec cette particularité que l'accord de l'administré constituerait cependant une condition (*condicio juris*) de leur légalité. Ce seraient des actes par lesquels l'administré se soumet à l'autorité de l'Etat, celui-ci intervenant avec une volonté prépondérante et gardant la liberté d'action que lui assure l'acte unilatéral. C'était là, on le voit, une tentative ingénieuse de concilier – du moins en apparence – certaines réalités avec le souci de sauvegarder l'autorité et la liberté d'action de l'Etat envers ses administrés.

Cette construction procédait, d'autre part, de l'idée que le contrat est impensable dans les relations de droit public entre l'Etat et l'individu, parce qu'inconciliable avec la subordination de celui-ci à celui-là[67]. C'était, en d'autres termes, un moyen d'expliquer, sans les qualifier de contrats, certaines institutions du droit public qui en ont à première vue le caractère.

---

[66] Otto Mayer a développé cette théorie dans la première édition de son *Deutsches Verwaltungsrecht* (1895), vol. I p. 98 et vol. II pp. 221 ss. Voir aussi 3e éd., vol. II p. 151 ss.

[67] Voir plus haut, ch. 8.

70. Soutenue par Fleiner[68], et plus récemment par Ruck[69], cette théorie a largement pénétré en Suisse. Elle a notamment influencé pendant longtemps la jurisprudence du Tribunal fédéral, qu'elle a conduit à refuser le nom de contrat à divers actes de droit public auxquels on reconnaissait pourtant des effets «quasi-contractuels»[70]. Elle a ainsi soulevé tout un problème, celui de la distinction entre l'acte administratif unilatéral et le contrat.

71. En Allemagne, la notion d'«acte administratif par soumission» a aujourd'hui encore quelques adeptes[71], mais son rôle semble cependant se restreindre au fur et à mesure que le contrat de droit public gagne du terrain. De plus, une autre notion encore s'est entre temps introduite entre l'«acte par soumission» et le contrat: c'est celle de l'«acte administratif bilatéral», que Walter Jellinek[72] a imaginée voici trente ans. D'après la théorie d'Otto Mayer, l'acte par soumission se caractérise en ceci que l'accord de l'administré est une condition de légalité, mais non pas une condition de validité, si bien qu'à défaut de cet accord l'acte est simplement annulable et produit ses effets tant qu'il n'a pas été annulé ou révoqué. Au contraire, l'acte administratif bilatéral de Jellinek n'est valable et ne produit d'effets que s'il s'est formé d'un commun accord entre parties, si bien que l'acceptation de l'administré est une condition de

---

[68] Institutionen, p. 192.

[69] Op. cit., vol. I, p. 83. Cet auteur ne parle cependant pas d'acte administratif par soumission, mais de *bedingt einseitige Verfügung.*

[70] Tel est notamment le cas de la concession, que le Tribunal fédéral qualifiait traditionnellement d'acte unilatéral auquel l'administré se soumet (ATF 47 I 222, JdT 1921 II 102, cons. 2, et la jurisprudence antérieure citée dans cet arrêt). Voir aussi plus loin, ch. 165 et note 211.

[71] Forsthoff, op. cit., pp. 175/176. Nebinger, op. cit., p. 204.

[72] W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3e éd., 1931, pp. 249/254. Sous le titre *Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung,* l'auteur avait déjà présenté ses idées nouvelles en 1925.

validité et non seulement une condition de légalité. En revanche, l'acte administratif bilatéral de Jellinek se distingue du véritable contrat – de droit privé ou de droit public – en ceci qu'il n'intervient pas entre deux parties égales en droit, mais entre l'Etat agissant en vertu de ses pouvoirs de puissance publique, d'une part, et un particulier exerçant ses droits civils, d'autre part. Le cas le plus important de ce type d'acte serait, selon Jellinek, la nomination du fonctionnaire.

La théorie de Jellinek[72bis] appelle d'emblée deux remarques. La première, c'est qu'on y perçoit encore, comme dans la doctrine d'Otto Mayer, le souci de concilier l'autorité de l'Etat avec certaines réalités qui font penser au contrat. La seconde remarque, c'est que l'acte administratif bilatéral de Jellinek ressemble fort au contrat administratif français, qui – selon certains auteurs tout au moins[73] – aurait précisément pour caractéristique l'inégalité juridique des parties contractantes. Ainsi, il n'y a peut-être pas plus qu'une différence de termes et d'étiquette entre certaines idées de la doctrine allemande et la théorie du contrat administratif en droit français.

§ 2. La théorie francaise de l'acte-condition

72. Si la doctrine allemande nous a ainsi amenés à soulever le problème de la distinction entre le contrat de droit public et l'acte administratif unilatéral, la doctrine française nous conduit à opposer le contrat à un autre type encore d'acte de droit public: l'acte-condition.

Imaginée par Duguit[74], développée par Jèze[75], puis sou-

[72bis] Oeschger, op. cit., pp. 100/105, critique et repousse cette théorie.

[73] Notamment Péquignot, op. cit., pp. 259 ss., spécialement p. 295. On trouve d'ailleurs, chez cet auteur, bien des remarques qui font penser à la théorie de l'acte administratif par soumission, bien que cette théorie n'y soit mentionnée nulle part.

[74] Traité de droit constitutionnel, 3e éd., vol. I, 1927, pp. 325 ss.

[75] Principes généraux du droit administratif, 3e éd., vol. I, 1925, pp. 25 ss.

tenue ensuite par nombre de publicistes français[76], la théorie de l'acte-condition tend à introduire une troisième catégorie d'actes juridiques entre les actes généraux, tels que la loi ou le règlement, d'une part, et les actes individuels (ou subjectifs, ou particuliers, suivant la terminologie des auteurs), tels que la décision administrative ou le contrat, d'autre part. Tout en s'appliquant le plus souvent à un cas individuel et concret, ce qui l'apparente à l'acte particulier, l'acte-condition a pour effet non pas de créer ou de modifier une situation juridique particulière, mais bien de rendre applicable à un individu déterminé une situation juridique générale (c'est-à-dire un statut légal ou réglementaire préalablement établi), sans rien ajouter à cette situation générale et, surtout, sans lui donner plus de stabilité qu'elle n'en a par elle-même. Ce qui caractérise donc l'acte-condition, c'est un simple effet attributif et l'absence d'effet proprement créateur[77], si bien que cet acte n'engendre pas plus de droits acquis que la loi et le règlement dont il est l'application.

Constituent, par exemple, des actes-conditions au sens de cette théorie: la nomination du fonctionnaire, la naturalisation, l'élection, la décision d'expropriation, un grand

---

[76] Notamment Roger Bonnard, Précis de droit administratif, 3e éd., 1940, pp. 32 ss. Duez et Debeyre, op. cit., pp. 192 ss. En revanche, la notion d'acte-condition n'apparaît pas dans les ouvrages de Waline, ce qui ne signifie d'ailleurs pas que cet auteur écarte l'idée qui se trouve à l'origine de cette notion.

[77] C'est du moins ce qu'expliquent les auteurs français partisans de la théorie de l'acte-condition. Il faut cependant préciser que cet acte a tout de même un effet créateur, en ceci que, d'une part, il place l'administré dans une situation juridique nouvelle et que, d'autre part, il crée un droit acquis sinon quant au contenu de cette situation, du moins quant à son attribution à un individu déterminé. Dans le cas de la naturalisation, par exemple, les droits et les obligations découlant de la nationalité pourront être modifiés par la loi sans que le naturalisé puisse se prévaloir d'une situation acquise. En revanche, la nationalité acquise par naturalisation ne pourra plus être retirée que dans les cas prévus par la loi.

nombre de permissions et d'autorisations données par l'administration, peut-être même certaines concessions.

73. Sans adopter telle quelle, et dans ses termes mêmes, la théorie de l'acte-condition, la jurisprudence française semble s'en être cependant inspirée, notamment pour définir la situation juridique du fonctionnaire. Elle admit en effet que cette situation n'était pas contractuelle, mais légale et réglementaire, l'acte de nomination ne faisant que rendre applicable à un individu déterminé un statut préalablement établi et susceptible d'être modifié en tout temps, même à l'égard des fonctionnaires en charge[78].

§ 3. Discussion et conclusion

74. Après avoir rappelé ces diverses positions doctrinales, il nous faut maintenant nous déterminer quant au critère de la distinction entre le contrat de droit administratif, d'une part, et les autres actes juridiques de l'administration, notamment l'acte administratif unilatéral, d'autre part.

75. Le problème nous paraît dominé par deux caractères essentiels du contrat, caractères que l'on a trop souvent méconnus ou sous-estimés dans les discussions antérieures de la doctrine.

Le premier de ces caractères essentiels, c'est que le contrat a toujours, et par définition, des *effets juridiques constitutifs*: il crée, modifie ou éteint des droits ou des obligations. Il ne se borne pas à constater une situation juridique préexistante, ni à déclarer ce qui est de droit.

---

[78] Duez et Debeyre, op. cit., pp. 641 ss. Waline, op. cit., pp. 755 ss. Dégagée en jurisprudence à l'époque où la France n'avait pas de législation générale sur les fonctionnaires publics, cette solution a été ensuite consacrée par la loi du 19 octobre 1946, dont l'article 5 déclare que «le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire».

Le second caractère à mettre en évidence ici, c'est que le contrat, qui se noue par un accord de volontés, a ensuite pour effet de lier réciproquement les parties, avec cette conséquence qu'aucune d'elles ne pourra sans l'assentiment de l'autre effacer ou modifier ce qui a été convenu; avec cette conséquence aussi – qui dérive de la première – que les droits créés par le contrat ont le caractère de droits acquis. Le second caractère essentiel du contrat réside en d'autres termes dans son *effet obligatoire bilatéral.*

76. Le caractère constitutif du contrat conduit à laisser d'emblée en dehors du champ des contrats de droit administratif les très nombreuses décisions par lesquelles l'administration se borne à appliquer la loi à un cas concret, en constatant simplement la situation juridique qui – selon elle – découle de la loi, et sans rien ajouter juridiquement à cette situation. Ces décisions interviennent souvent à la requête de l'administré, ce qui pourrait à première vue donner l'impression d'un accord de volontés semblable à celui qui se produit dans le cas du contrat d'adhésion. Mais ce n'est évidemment qu'une impression fausse et trompeuse, car la requête de l'administré est ici sans influence aucune sur le contenu, ni même sur la validité de la décision à prendre; bien plus, elle n'a aucunement pour effet de contribuer à créer une situation juridique nouvelle, la décision à prendre étant purement déclarative. La requête de l'administré ne constitue donc ni une offre, ni même une demande d'offre. C'est, à l'adresse de l'administration, une simple invitation à appliquer la loi dans un cas d'espèce.

En dehors des décisions qui interviennent d'office, telles les décisions de taxation en matière fiscale ou certaines décisions de police, citons, parmi les décisions qui ne peuvent être des contrats parce que purement déclaratives, la plupart des autorisations de police, ainsi que les certificats officiels.

Ces actes déclaratifs de l'administration s'apparentent au jugement, qui – selon la définition bien connue – tend

à «dire le droit» dans un cas d'espèce. Ils s'apparentent notamment à certains actes de la justice non contentieuse, qui sont souvent provoqués par le justiciable sans qu'on ait jamais songé pour autant à en faire des contrats. Ainsi, la décision administrative qui accorde un permis de bâtir ou un permis de conduire n'est pas davantage un contrat que l'acte d'un juge de paix délivrant un certificat d'héritier, par exemple.

77. S'il est ainsi patent que les décisions déclaratives de l'administration ne peuvent pas être des contrats, il est non moins évident que tous ses actes juridiques constitutifs ne sont pas nécessairement des actes contractuels, beaucoup s'en faut. Il y a d'abord des cas où l'Etat crée une situation juridique nouvelle par un acte proprement unilatéral, c'est-à-dire par un acte dont il est le seul auteur, aucun autre sujet de droit n'y participant. Citons, à titre d'exemple, la décision de créer un établissement de droit public avec personnalité juridique, ou encore la décision d'expropriation. Dans ce dernier cas, les particuliers touchés par l'expropriation interviennent bien dans la procédure, mais uniquement pour faire valoir leurs droits et pour présenter des objections, et sans que leur volonté soit juridiquement un élément constitutif du décret d'expropriation.

78. Si les cas de ce genre ne soulèvent guère de difficultés quant au problème qui nous occupe, il en va différemment des actes qui se forment avec le concours de l'administré, en ce qu'ils supposent son acceptation, préalable ou postérieure à la détermination de l'administration. C'est, on l'a vu plus haut, à propos de ces actes là que la doctrine allemande s'est montrée embarrassée et divisée. Or, c'est précisément ici que l'effet obligatoire bilatéral du contrat doit à notre avis jouer un rôle décisif dans la discussion et dans les distinctions à faire.

La doctrine allemande a, semble-t-il, commis l'erreur de s'attacher trop exclusivement à la formation de l'acte, pour juger de son caractère contractuel ou, au contraire, non

contractuel. Elle s'est avant tout demandé quel était le rôle de la volonté de l'administré au moment de la formation, ce qui l'a finalement conduite à distinguer quatre catégories parmi les actes administratifs créateurs de droits: l'acte proprement unilatéral, l'acte unilatéral par soumission, l'acte bilatéral, et enfin le contrat. Mais elle ne s'est guère préoccupée des effets voulus par les parties, alors que c'est là un élément essentiel de la notion de contrat.

Il est à vrai dire possible que certains auteurs allemands aient plus ou moins consciemment vu dans l'effet obligatoire bilatéral une conséquence, et non un motif, de la qualification d'un acte juridique comme contrat. C'est apparemment pourquoi ils n'ont pas fait intervenir cet effet particulier dans leurs discussions relatives à la qualification. C'est aussi pourquoi ils ont imaginé de curieuses constructions (acte administratif par soumission et acte administratif bilatéral) qui, en leur permettant d'éviter le terme de contrat, donnaient satisfaction, d'une part, à leur désir de faire en sorte que l'Etat ne soit jamais lié juridiquement envers l'administré et, d'autre part, à leur sentiment que la notion de contrat était inconciliable avec l'autorité de l'Etat, et partant inconcevable dans les relations du citoyen avec la puissance publique.

79. Mais c'était mal poser le problème. Ce qui importe en effet, pour savoir s'il y a contrat ou non, ce n'est pas seulement le mode de formation de l'acte, mais encore, et même surtout, l'effet voulu par les parties. Pour qu'un acte juridique mérite d'être appelé contrat, il ne suffit pas qu'il se forme par l'accord de volontés réciproques et concordantes. Il faut encore que cet acte tende à lier les parties l'une envers l'autre. Or, cette condition n'est manifestement pas réalisée pour certains actes dont la doctrine allemande s'est longuement demandé s'ils étaient des contrats ou non, par exemple pour la naturalisation[79]. Elle nous paraît en revanche se vérifier pour d'autres actes que la doctrine

[79] Voir plus loin, ch. 142–144.

allemande classique persistait à classer parmi les actes unilatéraux, comme par exemple la concession[80].

Cette façon erronée d'envisager le problème a d'ailleurs conduit à de bien curieuses contradictions. Que penser, par exemple, de la position du Tribunal fédéral déclarant dans divers arrêts[81] que la concession devait être considérée comme un acte unilatéral de souveraineté, mais qu'elle liait cependant les parties à l'instar d'un contrat et produisait par conséquent des effets quasi-contractuels ? Si, d'une part, la concession n'est parfaite qu'avec l'acceptation du concessionnaire et que, d'autre part, elle lie les parties à l'instar d'un contrat, pourquoi persister à la qualifier d'acte unilatéral, au lieu d'y voir un contrat de droit administratif ? A force de nier l'évidence et de se cramponner à des idées préconçues, on finit par tomber dans la pure logomachie. Et c'est bien l'impression que donnent en définitive les controverses de la doctrine allemande.

80. Nous pensons pour notre part qu'*il faut qualifier de contrat tout acte administratif qui, d'une part, ne se forme qu'avec l'accord de l'administré en cause et qui, d'autre part, doit produire des effets obligatoires bilatéraux, en liant les deux parties l'une envers l'autre.*

On nous objectera peut-être qu'en posant cette seconde condition, nous entrons dans un cercle vicieux. Pour savoir si tel acte a ou n'a pas des effets obligatoires bilatéraux, ne faut-il pas déterminer préalablement s'il s'agit d'un contrat ou non ? Et si cette question de qualification dépend elle-même de la question de savoir si l'acte considéré est de nature ou non à lier les parties l'une envers l'autre, le problème ne devient-il pas insoluble ?

Cette objection est cependant facile à réfuter, car la première des deux prémisses dont elle découle est sinon inexacte, du moins mal posée. La question de savoir si tel acte a ou n'a pas des effets obligatoires bilatéraux ne dépend

---

[80] Voir plus loin, ch. 158 ss.

[81] Voir plus loin, ch. 165.

pas tant de la nature intrinsèque de l'acte que de la volonté des parties. Ce ne sont donc pas ces effets qui résultent de la nature de l'acte, mais au contraire la nature de l'acte qui se déduit des effets qu'il est destiné à produire, dans l'idée des parties. Certes, lorsque l'acte s'intitule contrat, ou convention, on peut présumer que les parties ont entendu se lier réciproquement, si bien que la dénomination de l'acte en détermine indirectement les effets. Mais il n'en reste pas moins que, même dans cette hypothèse, c'est par la volonté des parties que se produit l'effet obligatoire bilatéral.

81. Le problème étant ainsi posé, c'est en définitive affaire d'opportunité, pour l'Etat, que de savoir si et dans quels cas il usera du contrat dans ses relations de droit public avec les particuliers.

L'inconvénient du contrat, on l'a déjà relevé plus haut, c'est évidemment, et par définition même, de lier l'Etat pour l'avenir, et de le gêner peut-être dans son effort de constante adaptation à l'intérêt public. Mais le contrat présente l'avantage de donner au cocontractant de l'Etat une sécurité juridique qu'aucun autre procédé ne pourrait lui assurer, du moins au même degré. Or, il y a des cas où l'Etat a lui-même intérêt à donner cette sécurité à son partenaire, soit que cela lui permette de trouver plus facilement des collaborateurs, et de meilleurs, lorsqu'il s'agit d'associer des particuliers à des tâches d'administration publique, soit que la nature même du service rendu par l'Etat exige cette sécurité, lorsqu'il s'agit de fournir aux administrés des prestations que l'Etat se charge de leur procurer pour des raisons d'intérêt public.

82. Reste à se prononcer sur l'acte-condition, et à le situer par rapport au contrat, d'une part, et à l'acte purement unilatéral, d'autre part.

Le propre de l'acte-condition, tel que le conçoit la doctrine française, c'est d'investir un particulier d'un statut légal et réglementaire, avec la double conséquence que ce particulier ne pourra pas juridiquement prétendre au main-

tien du statut en vigueur au moment de l'investiture, mais qu'il aura en revanche droit à tous les avantages actuels et futurs découlant de ce statut. Il devra subir les modifications qui lui sont défavorables, sans pouvoir exciper d'un prétendu droit acquis, mais en revanche il bénéficiera de plein droit de toutes les modifications favorables.

Ce procédé occupe ainsi une place intermédiaire entre, d'une part, le contrat et, d'autre part, l'acte purement unilatéral et révocable au gré de l'administration. Il ne lie pas l'Etat de la même façon qu'un contrat, puisqu'il lui permet de changer en tout temps la réglementation générale sans se heurter à des droits acquis. Mais il donne tout de même certaines garanties à l'administré, dont la situation ne pourra être unilatéralement modifiée que par dispositions générales. Cette garantie sera en fait d'autant plus efficace que le nombre des personnes soumises au même statut est plus grand, car – dans un régime démocratique tout au moins – une modification défavorable de la réglementation générale se réalisera d'autant plus difficilement que le nombre des personnes touchées est plus grand.

Ce procédé intermédiaire nous paraît donc avoir sa raison d'être et son utilité. C'est pourquoi nous pensons que la théorie française de l'acte-condition mérite d'être accueillie[82]. Elle nous aidera, dans la suite de cette étude, à classer et à qualifier diverses situations dont on ne peut rendre compte de façon entièrement satisfaisante ni par l'idée de contrat, ni par celle de l'acte unilatéral et précaire.

83. Après avoir mis à part les actes simplement déclaratifs de l'administration, il faut en définitive distinguer les catégories suivantes parmi les actes administratifs:

a) Les *actes proprement unilatéraux*, qui se forment sans aucune manifestation de volonté de la part de l'administré, mais qui peuvent cependant lui conférer des droits, et même

---

[82] Nous rangeons, par exemple, parmi les actes-condition, les décisions d'inscription dans des registres publics, lorsqu'elles sont constitutives.

des droits acquis (octroi de certaines subventions, par exemple).

b) Les *actes-condition*, qui n'interviennent le plus souvent qu'avec l'accord de l'administré, mais qui ont pour effet de lui attribuer une situation juridique générale et statutaire, sans lui donner aucun droit au maintien du contenu de cette situation.

c) Les véritables *contrats de droit administratif* qui, d'une part, se forment par un accord de volontés entre l'Etat et l'administré et, d'autre part, lient les parties l'une envers l'autre, notamment par la création de droits acquis au profit de l'administré.

C'est en partant de ces distinctions que nous allons maintenant entreprendre l'étude de cas concrets.

DEUXIÈME PARTIE

Cas d'application du contrat de droit administratif

Introduction

84. Après l'examen des questions fondamentales qui faisaient l'objet de la première partie de ce rapport, nous allons maintenant passer en revue un certain nombre d'actes dont la qualification est discutée, en vue de déterminer pour chacun d'eux s'il s'agit d'un contrat civil, d'un contrat de droit public, d'un acte administratif unilatéral, ou d'un acte-condition.

Cette étude casuistique nous fournira l'occasion d'appliquer, et par conséquent d'éprouver, les principes et les critères que nous avons dégagés et définis au cours de la première partie. Elle nous permettra d'autre part de préciser notre pensée quant aux possibilités d'application du contrat de droit administratif, et cela en partant des réalités concrètes de l'administration publique. Enfin, cette étude préparera et facilitera la discussion des divers problèmes que nous traiterons dans la troisième partie de ce rapport, au sujet du régime juridique du contrat de droit administratif.

85. Il eût été tentant, et peut-être désirable, d'établir préalablement une classification des divers types de contrats de droit administratif que l'on peut concevoir, et de grouper d'après cette classification les différents actes que nous allons analyser. Mais cela nous eût obligé à partir de certains *a priori*, ce que nous voulions éviter. Nous ne tenterons donc une classification qu'après avoir examiné les cas concrets qui peuvent se présenter, c'est-à-dire au début de la troisième partie. Avant d'en arriver là, nous nous abstiendrons de toute systématique, et l'ordre que nous suivrons pour présenter les cas à examiner n'aura d'autre justification que le souci de faciliter le lecteur, en groupant

autant que possible les actes qui se présentent de façon semblable quant à leur qualification.

86. Cette étude va nous entraîner dans de nombreux domaines du droit administratif, et même dans les plus importants. Elle nous amènera à analyser toutes sortes de situations ou d'institutions qui ont fait ou pourraient chacune faire l'objet d'une longue dissertation. Nous devrons cependant – on le comprendra sans doute – nous limiter à l'essentiel, au risque de paraître superficiel et de devoir parfois affirmer brutalement ce qui mériterait de longs développements. Mais c'était là un risque inhérent au sujet même qui nous était proposé.

Chapitre IV

Les travaux publics, marchés de fournitures et autres opérations semblables

87. Pour accomplir ses multiples tâches, l'Etat est constamment appelé à traiter avec des particuliers qui l'approvisionnent en matériel et en fournitures de toutes sortes, effectuent pour lui des travaux de construction, d'aménagement ou d'entretien, lui cédent des locaux à bail ou lui rendent d'autres services encore.

En dehors des cas exceptionnels où il doit procéder par réquisitions, l'Etat se procure ces prestations et services de gré à gré, par des actes juridiques dont le caractère contractuel ne fait aucun doute.

Mais s'agit-il là de contrats de droit privé (vente, bail, contrat d'entreprise, etc.), ou se trouve-t-on au contraire en présence de contrats de droit administratif?

88. En droit suisse, la question n'a jusqu'à maintenant guère fait de doute: on a de tout temps considéré, comme allant de soi, qu'il s'agissait là de purs contrats civils[83].

[83] ATF 60 I 366 ss., JdT 1935 I 126 ss. Schneider, Die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen durch Staat und Gemeinde, thèse Zürich 1922, pp. 113 ss. Le département fédéral de l'intérieur

Il est vrai que de nombreuses collectivités publiques possèdent aujourd'hui des règlements administratifs sur l'adjudication de travaux et de fournitures par leurs divers services[84], ce qui pourrait à première vue donner à penser que les relations avec les adjudicataires relèvent du droit public. Mais, d'après la jurisprudence, ces règlements ne sont que des instructions de service, c'est-à-dire des actes internes dont les effets juridiques ne se manifestent qu'au sein de l'administration, sans agir directement sur les relations avec les adjudicataires et, par conséquent, sans influencer la nature de ces relations[85].

89. En droit français, au contraire, les plus importants de ces contrats appartiennent à la catégorie des contrats administratifs. Tel est le cas, à certaines conditions, des marchés de fournitures et des opérations de travaux publics.

Mais cette qualification s'explique en partie par des raisons historiques. Elle tient à d'anciens textes législatifs dont les motifs n'ont guère de rapport avec la doctrine actuelle. C'est ainsi que le caractère administratif des marchés de travaux publics[86] a son origine dans une loi de l'an VIII

---

considère également comme des contrats civils les achats d'œuvres d'art par la Confédération en exécution de l'ordonnance sur la protection des beaux-arts (RS vol. 4, p. 209).

[84] Par exemple, Arrêté du Conseil fédéral du 4 mars 1924 concernant les adjudications de travaux et de fournitures par l'administration fédérale, RS vol. I, p. 422.

Dans le canton de Vaud: règlements du 30 novembre 1934 concernant, l'un, l'adjudication des fournitures de l'Etat et, l'autre, l'adjudication des travaux de l'Etat et des fournitures y relatives.

[85] ATF 46 II 369 ss., JdT 1921 I 38 ss., cons. 4. Il y a lieu de relever au surplus, que ces règlements règlent uniquement la procédure de soumission et d'adjudication publiques, sans rien prescrire quant au contenu du contrat à passer avec les adjudicataires. Voir en outre G. Dreyer, Les marchés de travaux publics et la procédure de soumission, thèse Fribourg, 1938.

[86] Quant à ces marchés, voir notamment Duez et Debeyre, op. cit., pp. 913 ss. Laubadère, op. cit., vol. I, pp. 39 ss.

qui chargeait les conseils de préfecture de statuer sur les difficultés entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration. Aujourd'hui, la jurisprudence qualifie de travail public toute opération de construction, d'aménagement ou d'entretien s'effectuant sur un immeuble, pour le compte d'une administration publique, et en vue d'un but d'utilité générale. C'est une notion très large, qui peut même englober des travaux se rapportant à des immeubles du domaine privé.

Pour les livraisons de fournitures, les solutions du droit français sont plus nuancées[87]. Elles résultent de la combinaison d'un vieux texte législatif avec les critères de la doctrine actuelle. Une loi de 1806 ayant consacré la compétence du Conseil d'Etat pour les marchés de fournitures de l'Etat, la jurisprudence en déduisit au 19e siècle que les achats de l'Etat se faisaient par contrat de droit public, et ceux des administrations régionales et locales par contrat civil. Aujourd'hui, les tribunaux appliquent la théorie volontariste, en admettant que toute administration publique a le choix entre les deux procédés pour se procurer des fournitures. Mais, en cas de doute, on fait intervenir une présomption qui, en raison de l'ancienne loi de 1806, n'est pas la même pour l'Etat et pour les autres administrations publiques: les achats de l'Etat sont présumés se faire par contrat administratif, et ceux des autres administrations publiques par contrat civil.

90. En appliquant les critères proposés dans la première partie de cette étude, on ne peut qu'en rester à la solution traditionnelle du droit suisse, du moins en principe, et considérer par conséquent comme de purs contrats civils les achats de fournitures, marchés de travaux publics et autres opérations analogues des administrations publiques. Ce sont, en effet, des contrats qui ne portent pas sur un pouvoir ou un droit de nature publique. D'autre part, ils n'ont

---

[87] Duez et Debeyre, op. cit., pp. 890 ss. Laubadère, op. cit., vol. I, pp. 107 ss.

pas non plus pour objet d'associer véritablement un particulier à la gestion d'un service public ou à l'exécution d'une tâche d'administration publique. Ils ne touchent donc qu'indirectement à l'intérêt public.

Si la solution civiliste nous paraît se justifier en principe, nous ne pensons cependant pas qu'elle s'impose de façon absolue et sans exception. Certains marchés de fournitures ou de travaux publics touchent de si près aux intérêts essentiels de l'Etat, ou créent des rapports si étroits entre l'exécutant et la gestion même du service public, qu'il pourrait y avoir de bonnes raisons de les soumettre à un régime juridique particulier, pour donner à l'Etat de suffisants pouvoirs sur son cocontractant. Nous pensons, par exemple, à la livraison de matériel militaire ou à la construction d'ouvrages fortifiés.

Faut-il alors en décider de cas en cas, d'après l'objet et les circonstances du contrat ? Ce serait créer la plus fâcheuse insécurité quant au droit applicable et à la juridiction compétente. Mieux vaut encore appliquer ici la théorie volontariste, en admettant que, par exception à la règle, de tels contrats relèvent du droit public lorsque, par disposition de la loi ou clause spéciale du contrat lui-même, l'Etat a clairement manifesté son intention d'agir par acte de droit administratif. Il y aurait, en d'autres termes, présomption en faveur du droit civil[87bis].

En procédant exceptionnellement par contrat de droit administratif, pour des raisons d'intérêt public comme celles que nous avons en vue, nos administrations publiques – et notamment les cantons – ne feraient qu'user de la réserve inscrite aux articles 6 et 59 du code civil, sans qu'on puisse à notre avis leur reprocher de méconnaître la priorité du droit civil fédéral.

[87bis] Il est ressorti de notre enquête que, dans certains cantons, les marchés de travaux publics sanctionnaient les obligations de l'adjudicataire par des amendes administratives relevant de la compétence du Conseil d'Etat. On peut se demander si, dans ce cas, il n'y a pas contrat de droit administratif.

Chapitre V

Les emprunts des collectivités publiques

91. En droit français[88], les emprunts publics de l'Etat sont traditionnellement considérés, en principe tout au moins, comme des contrats administratifs, et non comme des contrats civils. De même que pour les marchés de fournitures et de travaux publics, cette conception a son origine dans de vieux textes législatifs datant de l'époque révolutionnaire. Aujourd'hui toutefois, la doctrine dominante explique la solution traditionnelle moins par ces anciens textes, où elle se refuse à voir une justification valable, que par la présence dans les contrats d'emprunt de clauses exorbitantes du droit commun (insaisissabilité des rentes, impossibilité de faire opposition, prescriptions spéciales, inscription au Grand Livre de la dette, etc.). Il n'y aurait donc là qu'un cas d'application de la théorie générale dont nous avons rendu compte plus haut[89].

92. Chez nous, il ne semble pas que la question ait jamais été discutée, tant il paraissait naturel d'appliquer le droit privé à ce contrat qui appartient par excellence à la gestion du patrimoine financier de l'Etat. Et les rares arrêts – d'ailleurs très anciens – que l'on trouve dans la jurisprudence du Tribunal fédéral font intervenir sans hésitation les règles du droit civil[90].

---

[88] Voir Péquignot, op. cit., pp. 51/52 et 157. – Laubadère, op. cit., vol. I, pp. 121/123.

[89] Ch. 51 ss.

[90] ATF 6, pp. 290 ss., et 20, pp. 1167 ss. Dans le premier de ces deux arrêts, où l'Etat de Fribourg se trouvait en cause en qualité d'emprunteur, le TF parle de relations auxquelles un canton participe en tant que fisc, c'est-à-dire en qualité de sujet de droit privé (cons. 4 *in fine*, p. 304). Historiquement tout au moins, ce serait donc l'ancienne théorie allemande du fisc (telle qu'exposée notamment par Fleiner, Institutionen, pp. 33 ss.) qui expliquerait la

La législation récente pourrait à vrai dire donner l'impression d'une évolution contraire à cette position traditionnelle, mais elle n'est en réalité pas décisive. Ainsi, les dispositions du code des obligations sur la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations, telles que modifiées par la loi du 1er avril 1949, ne s'appliquent pas aux emprunts de la Confédération, des cantons, des communes et des collectivités ou institutions de droit public (art. 1157 al. 3 CO). Ce n'est cependant pas qu'on ait considéré de tels emprunts comme échappant au droit privé, puisque, pour les emprunts des communes et autres collectivités de droit public cantonal, ce sont d'autres dispositions de droit civil qui s'appliquent à la place des art. 1157 et ss. CO: celles de la loi du 4 décembre 1947[91]. On relèvera d'autre part que la loi du 21 septembre 1939 sur le livre de la dette de la Confédération[92] se fonde sur l'article 64, al. 2 de la Constitution, ce qui en fait une loi civile et indique que, dans l'esprit du législateur, les emprunts de la Confédération constituaient des opérations de droit privé.

93. En droit désirable, rien ne nous paraît justifier l'abandon de notre conception traditionnelle. En effet, les emprunts de l'Etat n'ont pour objet aucun pouvoir ni aucun droit de nature publique, et ils ne concernent pas directement l'exécution d'une tâche d'intérêt général. Ils n'apparaissent donc pas comme des contrats de droit administratif d'après les critères proposés dans la première partie de ce rapport. Le crédit et le prestige de l'Etat, partant l'intérêt public, exigent bien plutôt que, lorsqu'il emprunte, l'Etat se soumette comme tout autre débiteur au droit commun et à ses rigueurs.

---

position traditionnelle du droit suisse quant à la nature juridique des emprunts d'Etat.

[91] ROLF 1948, p. 853, art. 13 ss. Cette loi a pour base l'article 64 de la constitution fédérale, ce qui en fait bien une loi civile.

[92] RS, vol. 6, p. 10.

Chapitre VI

Le contrat d'expropriation[93]

94. Lorsque l'Etat – ou une entreprise privée autorisée par lui – veut acquérir des terrains ou des droits immobiliers à des fins d'utilité publique, il évite autant que possible d'appliquer la procédure de l'expropriation, ou du moins de la suivre de bout en bout. Il préfère procéder par accords amiables avec les propriétaires visés, pour éviter les longueurs et les complications de la procédure légale. Depuis quelques décennies, cette pratique a même pris une telle ampleur que nos lois d'expropriation, ou du moins certaines de leurs dispositions, tombent presque en désuétude.

95. Ces accords amiables soulèvent un double problème: celui de leur qualification, et celui de leur validité.

Quant à leur qualification, on se demande s'il s'agit de contrats, ou, au contraire, d'actes d'une autre nature et, lorsque ce sont des contrats, s'ils relèvent du droit public, ou si ce sont de simples contrats civils. Cette dernière question a des conséquences pratiques particulièrement importantes. En tant que l'expropriation porte sur la propriété immobilière, ces accords doivent en effet se faire en la forme authentique si ce sont des contrats de droit civil (art. 216 CO), alors que cette exigence de forme n'existe généralement pas pour les conventions de droit administratif. D'autre part, le juge compétent en cas de litige ne sera souvent pas le même suivant qu'il s'agit de contrat civil ou, au contraire, de convention de droit public[94].

---

[93] Nous nous référons, sur ce point, à la bibliographie spéciale que M. Imboden donne dans son rapport (p. 138a, note 413), en y ajoutant toutefois: Georges Derron, L'indemnité d'expropriation, thèse, Lausanne, 1945.

[94] C'est notamment le cas en droit fédéral. Voir à ce sujet F. Hess, Das Enteignungsrecht des Bundes, 1935, p. 141.

Quant à la validité de ces accords, deux questions se posent: celle de la nécessité d'une base légale expresse, et celle du respect de l'égalité devant la loi.

96. Ces diverses questions se présentent différemment suivant que l'accord amiable intervient avant ouverture de la procédure d'expropriation, ou après ouverture de cette procédure mais avant la décision d'expropriation, ou encore après cette décision. Nous allons donc envisager successivement ces trois éventualités.

§ 1. Avant ouverture de la procédure d'expropriation

97. Tant en pratique qu'en doctrine, on considère comme un pur contrat civil l'acte par lequel l'Etat acquiert de gré à gré, en dehors de toute procédure d'expropriation, les immeubles ou les droits réels immobiliers dont il a besoin à des fins d'utilité publique[95].

Nous ne pouvons que nous rallier à cette solution, qui correspond aux principes proposés plus haut[96] quant au critère du contrat de droit administratif. D'une part, en effet, l'acquisition de gré à gré est un acte qui a pour objet non pas un pouvoir ou une obligation de droit public, mais la propriété civile. D'autre part, une telle opération ne touche pas directement à l'intérêt public. Certes, elle s'accomplit à des fins d'utilité générale, mais ce n'en est que le but. Elle n'a pas pour objet même l'exécution d'une tâche d'administration publique.

On pourrait à vrai dire être tenté de soumettre néanmoins de tels marchés au droit public en considérant que le cocontractant de l'administration se trouve sous la menace d'une expropriation, qu'il subit donc l'autorité de l'Etat et que, les deux parties ne traitant pas sur un pied

---

[95] Hess, op. cit., p. 139. M. Tosetti, I Contratti d'Espropriazione con speciale riguardo al diritto svizzero, thèse, Berne, 1928, p. 71. C'est aussi la solution du droit français: Duez et Debeyre, op. cit., p. 844.

[96] Ch. 66.

de parfaite égalité, on cesse d'être sur le terrain du droit privé. Mais un tel raisonnement serait juridiquement inacceptable, parce que péchant à la base. Aussi longtemps en effet que l'expropriation n'a pas été décrétée, ou du moins demandée, la menace qu'elle représente n'existe qu'en fait, et le particulier garde une entière liberté de décision qui lui permet bel et bien de traiter d'égal à égal.

98. Les cessions amiables se caractérisant comme des contrats de droit privé, l'Etat y participe en vertu de sa capacité civile, par conséquent sans être lié par les principes généraux du droit public, notamment par la garantie constitutionnelle de l'égalité devant la loi. En droit, il peut donc consentir les prix qu'il veut, et se montrer plus généreux envers certains propriétaires que pour d'autres, suivant leurs exigences, leur ténacité, leur habileté ou leurs relations politiques.

Cela peut parfois paraître choquant, notamment dans le cas où, soucieuse d'éviter à tout prix la procédure d'expropriation, l'administration se montre d'autant plus large que le propriétaire est lui-même plus réticent quant à la légitimité de l'opération et, par conséquent, de l'expropriation dont on le menace. D'éventuels abus de ce genre peuvent toutefois trouver un remède, au moins partiel, dans le contrôle politique de l'autorité législative sur l'administration. Leur condamnation relève davantage de la moralité administrative que du droit, et ils ne suffisent pas à mettre en cause, au nom de l'égalité devant la loi, le principe même de la validité des acquisitions amiables auxquelles l'Etat procède là où il pourrait user de l'expropriation[97].

---

[97] Il y a là un problème semblable à celui que posent les achats de fournitures par l'Etat. Personne n'a jamais songé à mettre en doute la licéité des marchés conclus de gré à gré, par contrat civil, pour la raison que certains fournisseurs pourraient être favorisés par rapport à d'autres. L'autorité exécutive supérieure est en revanche intervenue, par instructions internes, pour prévenir des abus de ce genre (voir plus haut, ch. 88). C'est par des mesures analogues

§ 2. *Après décision d'expropriation*

99. C'est à ce stade-là qu'intervient le «contrat d'expropriation», au sens usuel du terme et sous sa forme la plus répandue.

Ce contrat a pour objet de fixer l'indemnité d'expropriation et de régler certaines questions connexes, qui relèvent de la compétence des autorités d'estimation[98]. Il se rapporte en d'autres termes aux conséquences et aux modalités de la cession forcée, sans toucher ni au principe ni à l'étendue de cette cession, qui se trouvent déjà tranchés par la décision d'expropriation.

Avec cet objet limité, le contrat d'expropriation apparaît très nettement comme une transaction mettant fin à une procédure contentieuse: la procédure d'estimation. Et comme toute transaction, c'est bien un véritable contrat, c'est-à-dire un acte qui, d'une part, se forme par le commun accord des parties et, d'autre part, est destiné à les lier de façon définitive.

Ainsi que la doctrine et la jurisprudence l'admettent aujourd'hui de façon unanime[99], ce contrat doit être considéré comme un acte de droit administratif, pour des raisons de fond aussi bien que de forme. Quant au fond, c'est un contrat de droit administratif parce qu'il porte sur le droit à indemnité résultant de la décision d'expropriation, et que ce droit a le caractère d'un droit public subjectif. Et du point de vue formel, c'est un acte de droit public parce

---

qu'il faudrait résoudre le problème des acquisitions amiables de terrains, si tant est qu'il y ait là un problème.

[98] Voir, par exemple, Loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (en abrégé: LF expr.), art. 54. Loi vaudoise du 22 novembre 1917 sur l'expropriation pour cause d'intérêt public, art. 20: «Les indemnités d'expropriation peuvent être fixées à l'amiable, par convention écrite entre les intéressés.»

[99] Fleiner, Institutionen, p. 314, et Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923, p. 592. Forsthoff, op. cit., p. 225. Hess, op. cit., p. 141. Kellerhals, op. cit., p. 69. Derron, op. cit., p. 20. Speiser, op. cit., pp. 67/70. En jurisprudence: ATF 52 I 34, JdT 1926 I 628, cons. 2, ATF 77 II 77, JdT 1951 I 553, cons. 2.

qu'il intervient au cours ou à la place d'une procédure administrative, la procédure d'expropriation[100].

100. Ce contrat doit être considéré comme licite et valable même si la loi n'en prévoit pas expressément la possibilité. En effet, une fois l'expropriation décrétée, seules restent en cause des questions d'intérêt matériel qui se prêtent naturellement à la négociation et à des ententes amiables. Certes, la loi d'expropriation règle ces questions de façon stricte. Mais elle ne le fait que pour protéger l'exproprié face aux prétentions unilatérales de la puissance publique. Les règles qu'elle pose sont donc impératives pour l'administration et pour le juge statuant par acte d'autorité. Mais elles ne sont pas d'ordre public, et les droits qu'elles donnent à l'exproprié ne sont pas plus inaliénables que la propriété privée elle-même, dont le droit à indemnité découle directement. Il doit donc être possible d'y déroger par convention, sous réserve des règles générales sur la lésion et les vices de la volonté.

Ceci admis, le contrat d'expropriation doit pouvoir porter non seulement sur le montant de l'indemnité, sur sa forme[101], et sur le délai de paiement, mais aussi sur d'autres questions relatives à l'exécution de l'expropriation, notamment sur l'époque de la prise de possession des immeubles par l'expropriant.

101. Sauf stipulation contraire, le contrat d'expropriation produit tous les effets d'un prononcé d'estimation. C'est ainsi, notamment, qu'il fait courir les délais à l'expiration desquels l'expropriant ne pourra plus renoncer à l'expropriation[102] et devra payer l'indemnité[103].

---

[100] La plupart des auteurs s'en tiennent à cette raison de forme, en négligeant la raison de fond, qui est pour nous la plus importante.

[101] La loi autorise en général la réparation en nature moyennant l'accord de l'exproprié. Voir, par exemple: LF expr. art. 18, et loi vaudoise, art. 13 al. 1.

[102] LF expr., art. 14. Loi vaudoise, art. 41.

[103] LF expr., art. 88. Loi vaudoise, art. 21.

102. La fixation de l'indemnité par accord amiable peut évidemment créer des inégalités de traitement entre expropriés. Il peut notamment se produire qu'après avoir accepté un arrangement, un exproprié apprenne qu'un autre propriétaire a obtenu davantage que lui, soit par jugement d'estimation, soit par l'effet d'un accord plus favorable. Mais le principe de la sécurité des conventions doit ici l'emporter sur le souci de l'égalité de traitement. Si le propriétaire qui se sent après coup lésé par l'accord amiable auquel il avait souscrit pouvait le remettre en question en invoquant le principe de l'égalité devant la loi, la procédure conventionnelle perdrait tout son sens et toute son efficacité. Ici comme partout, celui qui s'engage par contrat prend un certain risque et doit le supporter. On ne pourrait concevoir l'annulation d'un accord définitif qu'au cas où se trouveraient réalisées les conditions de la lésion, du dol ou de l'erreur.

§ 3. Après ouverture de la procédure, mais avant décision d'expropriation

103. A ce stade-là, un accord amiable est en fait concevable soit sur le principe et l'étendue de l'expropriation, soit sur l'indemnité et les questions connexes, soit sur ces deux points à la fois.

104. Si l'accord ne porte que sur l'indemnité et l'exécution de l'expropriation, il est nécessairement affecté d'une condition suspensive et ne deviendra exécutoire qu'une fois l'expropriation décrétée ou convenue par un arrangement séparé.

A cette différence près, un tel accord aura tous les caractères et tous les effets du contrat dont nous venons de parler sous § 2. En effet, il ne s'en distingue ni par son objet, ni quant au moment de son exécution[104].

---

[104] Dans ce sens, ATF 52 I 34 ss., JdT 1926 I 628 ss., cons. 2. Une telle convention, dit le Tribunal fédéral, constitue une transaction tenant lieu de jugement dans un procès en matière d'expropriation.

105. Si l'accord porte uniquement sur le principe et l'étendue de l'expropriation, sans que les parties parviennent à s'entendre sur l'indemnité et les questions connexes, il nous paraît difficile d'y voir un véritable contrat. En effet, un tel accord signifie uniquement que l'exproprié renonce à faire opposition à l'expropriation. Le droit d'expropriation découlera ensuite soit de la loi directement, soit d'une décision d'expropriation, lorsque la loi l'exige. De plus, et en l'absence d'entente entre parties, toutes les conséquences de l'expropriation seront déterminées par jugement, comme s'il n'y avait pas eu d'accord sur le principe même de la cession.

106. La question devient plus délicate lorsque l'accord est exhaustif, en ce sens qu'il porte sur le principe de la cession, sur son étendue, sur l'indemnité et sur toutes les autres modalités de l'opération.

Peut-on encore, dans cette hypothèse, parler d'expropriation? La seule différence avec la vente de gré à gré dont nous avons parlé au § 1 ci-dessus, c'est que la procédure d'expropriation a été formellement ouverte. Mais cette circonstance suffit-elle à transformer la nature de l'accord? On pourrait sérieusement en douter, en considérant que la procédure d'expropriation s'ouvre par un acte unilatéral de l'expropriant (le dépôt des plans auprès d'une autorité publique[105]), et que cet acte ne signifie encore rien quant à la légitimité de l'expropriation.

Matériellement, une convention de ce genre a tous les caractères d'une vente et devrait donc obéir aux dispositions du droit civil sur la vente immobilière, à moins qu'une disposition expresse de la loi ne la soumette à d'autres règles et ne lui attribue d'autres effets, en l'assimilant à une expropriation dans la forme.

---

[105] En droit fédéral, auprès du président de la Commission d'estimation (art. 29 LF expr.) et, en droit vaudois, auprès du greffe municipal de la commune où se trouvent les immeubles à exproprier (loi de 1917, art. 65).

A notre avis, la validité de tels accords dépend donc d'une base légale, sans laquelle il y aurait violation illicite des règles du droit civil sur la vente immobilière. Cette base existe en droit fédéral, mais uniquement pour les accords conclus sous l'autorité du président de la commission d'estimation, dans le cadre de la procédure de conciliation[106]. En droit vaudois, elle fait totalement défaut[107].

Lorsqu'elle existe, cette base légale a un double effet juridique. D'une part, elle permet aux parties de se soustraire aux règles du droit civil sur la vente immobilière. D'autre part, elle attribue à la cession conventionnelle tous les effets – de droit public – d'une véritable expropriation. C'est parce que l'acte produira des effets de droit public qu'il faut y voir un contrat de droit administratif, et non pour la simple raison qu'il est intervenu après ouverture de la procédure d'expropriation, comme on l'admet généralement.

107. Seuls les accords de ce genre, qui portent à la fois sur le principe de la cession et sur l'indemnité, méritent le nom de contrats d'expropriation. Lorsque la loi les prévoit, l'Etat dispose de deux procédés juridiques pour acquérir des

---

[106] Art. 48 et 49 LF expr. En dehors de l'audience de conciliation, le droit fédéral ne prévoit d'entente directe entre parties que sur l'indemnité (art. 54 LF expr.). Sous l'empire de l'ancienne loi fédérale d'expropriation, du 1er mai 1850, le Tribunal fédéral avait à vrai dire considéré un accord extrajudiciaire qui portait à la fois sur le principe de la cession et sur l'indemnité comme un contrat de droit public relevant du droit d'expropriation, et cela sans même soulever la question de la base légale (ATF 52 I 34 ss., JdT 1926 I 628 ss.).

[107] Nous mettons donc très sérieusement en doute la pratique vaudoise, qui, en marge de la loi, admet des expropriations amiables et conventionnelles, selon une procédure simplifiée et sans observation de la forme authentique. On trouvera une description détaillée de cette pratique dans l'ouvrage de Louis Hegg, Le cadastre vaudois, 1949, pp. 139/140.

Remarquons au surplus qu'il y a une contradiction dans les termes à parler d'expropriation conventionnelle.

immeubles de gré à gré: d'une part le contrat de vente du droit privé et, d'autre part, le contrat d'expropriation, qui est en réalité une vente de droit public.

Contrairement à l'opinion courante, nous pensons que, même après ouverture de la procédure d'expropriation, l'expropriant peut encore procéder par contrat civil, si l'autre partie y consent et accepte de renoncer aux droits qui découleraient pour elle de la loi d'expropriation. Mais, à ce stade-là, il faut présumer que la volonté des parties était de conclure un contrat d'expropriation. On ne considérera donc leur accord comme un contrat civil que si elles lui ont expressément donné ce caractère, en le désignant comme tel ou en se référant au code des obligations[108].

108. En conclusion, nous établissons pour notre part une distinction essentielle entre la simple transaction sur l'indemnité et les questions connexes, d'une part, et le véritable contrat d'expropriation, portant à la fois sur la cession et sur l'indemnité, d'autre part.

Le véritable contrat d'expropriation est ainsi un acte de droit public, parce que destiné à produire des effets de cette nature. Il suppose une base légale, parce que constituant un mode particulier de transfert de la propriété immobilière.

Chapitre VII

Conventions en matière de police des constructions

109. Les lois et règlements de police des constructions constituent, par excellence, une réglementation impérative de droit public qui ne devrait logiquement laisser aucune place pour des contrats entre l'administration et les propriétaires. Et pourtant, la pratique offre dans ce domaine

[108] Dans le cas qui a fait l'objet de l'arrêt ATF 52 I 34 (JdT 1926 I 628), les parties avaient parlé de vente, mais elles s'étaient référées à la loi d'expropriation «en ce qui concerne le mode de paiement de l'indemnité, les effets de ce paiement, etc.» Leur intention était donc indubitablement de conclure une convention de droit public, et non une vente civile.

d'assez nombreux exemples de conventions. Que faut-il donc en penser?

Pour en juger, il y a lieu de distinguer différents cas, ce que nous ferons dans les paragraphes suivants.

§ 1. Dérogations aux alignements avec convention de précarité

110. Dans l'application des règles destinées à préparer par des alignements l'exécution d'ouvrages publics, notamment la construction ou l'élargissement de routes ou de rues, il arrive que l'administration autorise la transformation ou la reconstruction partielle de bâtiments existants – voire de nouvelles constructions – bien qu'il y ait empiétement sur les alignements en vigueur, mais en stipulant dans une convention qu'au moment de l'expropriation, la plus-value consécutive à ces travaux ne donnera pas droit à indemnité[109].

Il arrive même que, pour éviter toute contestation ultérieure, la convention fixe la valeur de l'immeuble (ou de la partie d'immeuble) qui, n'étant pas touché par l'alignement, donnera droit à indemnité en cas d'expropriation. Si, d'après le texte de la convention, cette estimation se fait *ne varietur*, elle équivaut à une limitation forfaitaire de l'indemnité d'expropriation.

111. En tant qu'elles accordent une dérogation aux règles de police des constructions, de telles conventions supposent évidemment une base légale, en raison du caractère impératif de ces règles.

En tant qu'elles touchent au droit du propriétaire de recevoir une indemnité en cas d'expropriation, elles sont en principe licites même sans base légale, ce droit étant aliénable puisque l'exproprié peut y renoncer partiellement par accord amiable en cours de procédure d'expropriation[110].

---

[109] Voir, par exemple, l'art. 28 de la loi vaudoise du 5 février 1941 sur la police des constructions (en abrégé: LPC).

[110] Voir plus haut, ch. 99/100.

Toutefois, l'administration ne saurait demander au propriétaire davantage ni autre chose que ce qu'exige et justifie le but des règles à appliquer. Sa capacité contractuelle se trouve en effet limitée par ce but[111] non seulement quant aux engagements qu'elle peut prendre, mais aussi quant à ce qu'elle peut se faire promettre. Cette restriction s'impose pour la raison notamment que la volonté du propriétaire n'est en fait pas entièrement libre, dominée qu'elle est par la menace d'une décision refusant la dérogation. C'est pourquoi l'administration ne peut valablement se faire promettre que ce qu'elle pourrait exiger unilatéralement en vertu de son pouvoir d'appréciation[112]. Celui-ci étant limité par son but, le pouvoir contractuel de l'autorité doit aussi rester dans la même limite.

Ces considérations nous conduisent à mettre très sérieusement en doute la validité des conventions qui, dans des cas de ce genre, fixent définitivement l'indemnité à laquelle le propriétaire aura droit en cas d'expropriation. Le but des alignements préparatoires étant d'empêcher les constructions qui augmenteraient le coût de l'expropriation, il est légitime de faire dépendre la dérogation de la renonciation du propriétaire à toute indemnité pour les travaux contraires à l'alignement. Il est également admissible de fixer la valeur de l'immeuble, à titre conservatoire, avant l'exécution de ces travaux. A notre avis, l'administration outrepasse en revanche ses pouvoirs en demandant au propriétaire de renoncer d'avance à toute indemnité dépassant cette valeur, car le but des alignements n'est pas de protéger l'Etat contre des circonstances extérieures qui auraient pour effet d'augmenter le coût de l'expropriation (hausse des prix, par exemple).

112. Dans la mesure où elles sont licites, les conventions de ce premier type constituent des actes de droit administratif, vu qu'elles ont pour objet des pouvoirs et des droits

---

[111] Voir plus haut, ch. 19 et 24.

[112] Dans le même sens, Speiser, op. cit., pp. 38/39.

de nature publique: d'une part le pouvoir de l'administration d'accorder une dérogation et, d'autre part, le droit du propriétaire à une indemnité en cas d'expropriation. On peut en revanche se demander si ce sont bien des contrats, ou s'il ne s'agit pas plutôt de décisions administratives affectées d'une charge. Mais la question n'a ici pas grande importance car, après exécution des travaux autorisés par la dérogation, il ne reste de toute façon que l'engagement du propriétaire renonçant à toute indemnité d'expropriation du fait de ces travaux.

§ 2. Autres conventions de précarité

113. Il arrive aussi que, saisie d'un projet de construction conforme à la réglementation en vigueur, mais contraire à ses intentions pour l'avenir, l'administration accorde le permis de bâtir, mais en amenant le propriétaire à signer une convention par laquelle il s'engage à démolir son bâtiment sans indemnité au cas où les intentions de l'autorité se réaliseraient en la forme d'un nouveau plan d'extension ou d'un projet d'ouvrage public entraînant des expropriations.

114. De telles conventions sont à notre avis illégales, et par conséquent nulles et de nul effet. En effet, le propriétaire a le droit d'obtenir un permis de bâtir inconditionnel et définitif lorsque son projet ne heurte sur aucun point la réglementation en vigueur. L'administration ne peut porter atteinte à ce droit que dans les cas et selon la procédure prévus par la loi. On ne saurait admettre qu'elle le restreigne par convention à l'occasion d'une demande de permis de bâtir, car à ce moment-là le propriétaire n'est pas en mesure de s'engager librement, exposé qu'il est au refus du permis qu'il sollicite[113].

---

[113] La Commission vaudoise de recours en matière de police des constructions en a jugé ainsi (RDAF 1957, pp. 153/155), dans un prononcé que nous critiquerons cependant plus loin sur un autre point (note 276).

§ 3. *Dérogations avec contre-partie*

115. Lorsqu'elle est saisie d'un projet de construction dérogeant à la réglementation en vigueur, l'administration subordonne souvent le permis de bâtir soit à l'engagement pris par le propriétaire de ne pas utiliser entièrement, sur d'autres points, les facultés que lui donne la loi[114], soit à la cession gratuite d'une parcelle de terrain ou à d'autres prestations en faveur de la collectivité.

116. Dans le premier cas, il n'y a pas à proprement parler de convention, en dépit des marchandages qui interviennent souvent entre l'autorité et le propriétaire. L'administration agit ici en vertu de son pouvoir exécutif, et la condition dont elle fait dépendre la dérogation n'est qu'une modalité de la décision qu'elle prend au sujet du permis de bâtir.

117. Lorsqu'il y a cession gratuite de terrain ou autre prestation de la part du propriétaire, on se rapproche beaucoup de l'arrangement conventionnel. Mais, s'il y a contrat, celui-ci doit être considéré comme illégal, et par conséquent nul, car l'administration ne saurait valablement négocier son pouvoir exécutif en échange d'avantages patrimoniaux, même s'il s'agit d'avantages indirectement favorables à l'intérêt public. Ou bien la dérogation se justifie au regard des règles de police des constructions et de leur but, dans quel cas l'autorité peut – et doit même – y consentir, sans autre contre-partie que certaines concessions du propriétaire quant au projet de construction en cause. Ou bien la dérogation n'est en elle-même pas justifiée, dans quel cas l'autorité doit la refuser et faillirait à ses devoirs fondamentaux en y consentant pour la seule raison que le propriétaire offre en contre-partie des avantages patrimoniaux[115].

---

[114] Par exemple, une dérogation en hauteur est subordonnée à une augmentation de la distance aux voisins ou entre bâtiments, par rapport aux minima que fixe la règlementation en vigueur.

[115] Dans les communes vaudoises, cette pratique est très répandue, et il arrive même que le règlement communal la consacre

§ 4. *Passage de chemins privés au domaine public*

118. On rencontre enfin des conventions qui ont pour objet de réaliser à l'amiable le passage de chemins privés au domaine public. Plutôt que de procéder par expropriation, avec prélèvement de contributions de plus-values, ou d'appliquer les procédures spéciales qu'instituent parfois les lois sur la police des constructions[116], les communes préfèrent autant que possible procéder par arrangements amiables, lorsqu'elles parviennent à se mettre d'accord avec tous les propriétaires intéressés.

Selon ces conventions, les propriétaires acceptent de céder gratuitement la voie privée existante, avec le terrain qui permettra de l'élargir, puis ils s'engagent à participer pour une somme déterminée aux frais d'amélioration et d'élargissement de la chaussée,tandis que la comm une s'oblige à exécuter ces travaux, puis à faire passer le chemin au domaine public.

119. Qu'il y ait là un véritable contrat, on ne saurait guère le contester. D'une part, en effet, l'acte se forme par l'accord de tous les intéressés. D'autre part, il est destiné à les lier réciproquement.

On peut en revanche avoir des hésitations quant à la nature de ce contrat. En tant qu'il conduit en dehors de toute procédure d'expropriation à un transfert de propriété privée, il apparaît comme un contrat civil[117]. Mais en tant qu'il impose aux propriétaires le paiement de participations

---

expressément. Ainsi, le règlement lausannois concernant le plan d'extension dispose à son art. 111 que la Municipalité peut autoriser des dérogations aux prescriptions réglementaires, en exigeant comme contre-partie une cession gratuite de terrain au domaine public.

Nous avons, pour notre part, de sérieux doutes quant à la légalité de telles prescriptions réglementaires.

[116] En droit vaudois: art. 32 à 34 LPC. Voir en outre: J. Matile, Le transfert des voies privées au domaine public en droit vaudois, RDAF 1956, pp. 289 ss.

[117] Voir plus haut, ch. 97/98.

destinées à remplacer les contributions légales de plus-value, il se présente plutôt comme une convention de droit public[118]. Et ce caractère est encore accentué par l'engagement que prend l'administration de faire passer le chemin au domaine public, avec toutes les obligations d'entretien qui en résultent pour elle.

A tout prendre, nous inclinons donc à voir là un contrat de droit administratif, dont la validité reste cependant subordonnée à la forme authentique en tant qu'il y a cession d'immeuble, et à la ratification de l'autorité compétente en tant qu'il doit y avoir passage de cet immeuble au domaine public.

120. Quant à la légalité matérielle de ces conventions, il n'y a guère de raison de la mettre en doute, à la condition toutefois qu'il n'y ait pas de dérogation à une disposition impérative de la loi. Certes, de tels arrangements peuvent avoir quelques inconvénients du point de vue de l'égalité de traitement, mais ils n'en présentent pas davantage que la procédure de transfert forcé qui se prête aussi à l'adoption de solutions différentes d'un cas à l'autre.

Chapitre VIII

Les conventions fiscales[119]

121. Toutes sortes d'arrangements interviennent souvent entre le fisc et le contribuable, au sujet des conditions et de l'étendue de l'assujetissement, ou en ce qui concerne le calcul et le montant de l'impôt lui-même. Juridiquement, ces arrangements sont loin d'avoir tous le même caractère, et l'on aurait tort d'y voir toujours de véritables contrats. Une analyse minutieuse s'impose, qui conduit à distinguer la transaction de procédure, la pré-taxation et la convention fiscale proprement dite.

---

[118] Dans ce sens, RDAF 1956, pp. 164/167.

[119] Nous nous référons à la bibliographie spéciale que M. Imboden donne à ce sujet dans son rapport (p. 192a, note 585).

§ 1. *La transaction de procédure*

122. Il peut arriver qu'*en cours de procédure de taxation*, un arrangement intervienne entre le fisc et le contribuable, qui établissent d'un commun accord les faits déterminants et, par conséquent, le montant d'impôt à payer, en convenant – expressément ou tacitement – que cet accord les liera.

De tels arrangements ne dérogent pas nécessairement à la loi. Portant sur des points contestés et contestables – en fait ou en droit – ils réalisent un compromis propre à épargner aux deux parties les longueurs, les frais et les risques d'une procédure contradictoire devant l'autorité de recours. Ils tendent à une application raisonnable et équitable de la loi, sans créer de véritable privilège en faveur du contribuable.

123. En théorie pure, on pourrait à vrai dire douter très sérieusement de la légalité de ces arrangements, en partant de ce double principe que la loi d'impôt doit s'appliquer d'office, et que l'autorité fiscale a le devoir de rechercher, puis d'imposer dans chaque cas la solution à ses yeux la plus conforme à la loi, en prenant le risque d'être ensuite désavouée par l'autorité de recours. Mais une telle rigueur ne conduit pas nécessairement à une bonne application de la loi. A la longue, elle indispose le contribuable et l'incite à la fraude, au lieu de susciter en lui un esprit de loyale collaboration.

Les finances publiques n'y gagnent rien, ni finalement l'égalité de tous les citoyens devant l'impôt. Dans les cas-limite et face à un contribuable honnête, l'autorité fiscale fait encore son devoir et n'excède pas ses pouvoirs en recherchant une transaction raisonnable dans le cadre de la loi, sans faire de favoritisme. A cette condition, on doit admettre la légalité, et par conséquent la validité, d'une telle transaction, même si la loi n'en prévoit pas la possibilité[120].

---

[120] Dans le même sens, mais à propos d'un cas à vrai dire très particulier: ATF 70 I 129 ss., JdT 1945 I 59 ss., cons. 4.

124. Faut-il alors voir là un véritable contrat? On doit plutôt admettre que la transaction remplace une décision de taxation définitive, qu'elle en a les caractères, et qu'elle en produit par conséquent tous les effets, ni plus, ni moins[120bis]. Sauf disposition contraire de la loi, l'accord des parties ne porte que sur un point: la renonciation à user de la procédure de réclamation et de recours. Mais la transaction ne «lie» pas davantage les parties qu'une décision de taxation passée en force ou un prononcé sur recours. L'arrangement peut par conséquent être remis en question s'il survient une circonstance propre à justifier une revision de la taxation, ou une taxation intermédiaire, selon la loi. En effet, ce sont là des pouvoirs auxquels l'autorité fiscale ne saurait renoncer d'avance, à moins que la loi ne le lui permette expressément.

Pour les mêmes raisons d'analogie avec la décision de taxation définitive, l'arrangement qui intervient en cours de procédure ne vaut que pour les faits et pour la période qui se trouvaient en cause. Il demeure sans effet pour les taxations suivantes[121], ou pour d'autres impôts[121bis].

§ 2. La pré-taxation

125. Bien souvent, le contribuable désire être fixé d'avance, et avec certitude, sur les conséquences fiscales d'un certain acte qu'il s'apprête à accomplir dans sa vie privée ou professionnelle (changement de domicile ou d'emploi, acceptation d'une donation, rédaction d'un testament, importation ou vente d'une marchandise, etc.). Plutôt que de consulter un homme de loi, dont l'avis n'aura jamais que la valeur d'une opinion personnelle, du moins dans les cas

---

[120bis] Le bordereau notifié sur la base d'un tel accord a force exécutoire: Archives de droit fiscal suisse, vol. 17, p. 355.

[121] Dans le même sens: ATF 83 I 26, JdT 1949 I 505 et RDAF 1949, pp. 303 ss. – Dans ce dernier arrêt (cons. 2), le TF admet que les transactions de ce genre sont licites même si la loi ne les prévoit pas.

[121bis] Dans ce sens: RDAF, 1951, pp. 228/229.

douteux, le contribuable s'adresse à l'autorité fiscale elle-même, en lui soumettant tous les éléments d'un cas qui est encore hypothétique, et en lui demandant de se prononcer officiellement sur ce cas.

126. Dans l'esprit du contribuable, qui désire une certitude avant d'agir, la réponse qu'il obtient devrait lier l'administration. Il y aurait là une sorte d'arrangement contractuel empêchant le fisc de se déjuger au moment où, d'hypothèse qu'il était, le cas deviendrait réalité.

On ne saurait cependant admettre ici l'existence d'un véritable contrat, car il ne s'agit pas d'un acte se formant par le commun accord des parties. En tranchant le cas hypothétique qui lui est soumis, l'autorité fiscale se borne à appliquer la loi, sans rien y changer ni rien y ajouter, comme si le cas était réel[122]. Elle rend un prononcé semblable à une décision de taxation[123], mais avec cette particularité que sa décision se trouve affectée d'une condition suspensive: la réalisation du cas envisagé. Si ce prononcé de *taxation préalable* ou de *pré-taxation* lie l'administration, ce ne peut donc être que dans les mêmes conditions et dans les mêmes limites que la taxation elle-même, c'est-à-dire par l'effet de la force de chose jugée et sous réserve de revision.

127. Ceci établi, il s'agit de savoir si l'autorité fiscale a, sans base légale, le pouvoir de procéder à une pré-taxation produisant ces effets-là, ou s'il faut qu'elle y soit habilitée par la loi[124]. Une habilitation légale nous paraît nécessaire,

[122] Si le contribuable entend non seulement se renseigner sur l'application de la loi, mais encore obtenir la garantie d'un traitement de faveur pour l'avenir, on tombe dans le cas de la convention fiscale proprement dite, dont il sera question au § 3.

[123] L'administration fédérale des contributions s'est implicitement ralliée à cette interprétation dans un prononcé du 28 juin 1955 (Archives de droit fiscal suisse, vol. 24, pp. 141 ss., cons. 1), où elle admet en matière d'impôt sur le chiffre d'affaires que la pré-taxation est une décision susceptible de réclamation, si elle porte sur un cas et des faits précis, bien qu'hypothétiques.

[124] Il est en fait très rare que la loi institue une pré-taxation. On peut toutefois citer, à titre d'exemple, l'art. 8 du règlement

car seule la loi peut donner à une autorité publique le pouvoir de rendre des décisions produisant cet effet particulier que constitue l'autorité de la chose jugée. D'autre part, on ne saurait admettre que, sans y être autorisée, l'autorité fiscale aliène pour l'avenir la liberté de jugement et d'appréciation des circonstances que comprend son pouvoir exécutif.

Enfin, la pré-taxation soulève, quant à la durée de ses effets, une question qui est essentielle et qu'on serait bien embarrassé de résoudre si elle n'était pas réglée par la loi. On ne saurait en effet admettre que – le cas de revision mis à part – une pré-taxation lie indéfiniment l'administration. Elle ne se justifie et ne mérite d'être assimilée à une taxation que si le cas envisagé devient réel dans un délai relativement court, qui doit être connu d'avance et par conséquent fixé par règle générale[125]. A défaut d'un tel délai, le contribuable pourrait, par des pré-taxations, empêcher à tout jamais une évolution de la pratique et de la jurisprudence en sa défaveur.

Aussi bien y a-t-il là une raison de plus de ne pas considérer la pré-taxation comme un contrat.

128. En l'absence d'habilitation légale, quelle est donc la portée juridique de la pré-taxation? Elle ne lie pas à proprement parler le fisc, puisqu'elle ne produit ni les effets d'un contrat, ni ceux d'un prononcé légalement revêtu de l'autorité de la chose jugée. A défaut d'une complète certi-

---

d'exécution de la loi fédérale sur les douanes (RS vol. 6, p. 517), qui concerne à vrai dire un cas très particulier. Dans le prononcé cité à la note précédente, l'administration fédérale des contributions a d'autre part admis que l'art. 5 al. 1 litt. a) de l'Arrêté instituant un impôt sur le chiffre d'affaires lui donnait le pouvoir de procéder à une pré-taxation. L'interprétation donnée à cette disposition peut paraître discutable, mais le dit prononcé témoigne du souci de l'administration de pouvoir s'appuyer sur la loi pour rendre de telles décisions.

[125] En matière de droits de douane, la disposition citée dans la note précédente fixe un délai de trois mois.

tude, elle donne cependant au contribuable une certaine garantie qui est d'abord d'ordre moral, mais qui peut aussi trouver une consécration juridique. Strictement, la pré-taxation intervenant en marge de la loi n'est pas autre chose qu'une information, mais une information qui doit être sérieuse, sincère et loyale, à tel point que le fisc ne saurait ensuite la renier sans se rendre coupable d'arbitraire.

Si, d'une part, le contribuable a sur la base de cette information accompli de bonne foi un acte auquel il aurait sans cela renoncé et si, d'autre part, l'administration n'a pas d'impérieuses raisons de revenir sur son opinion, elle agirait de façon arbitraire en s'écartant de la pré-taxation au moment où, le cas étant devenu réel, elle doit se prononcer définitivement.

C'est sur ce terrain-là, et non pas en faisant intervenir artificiellement l'idée de contrat, qu'il faut chercher à concilier ici les exigences de la légalité avec le désir – en lui-même compréhensible – qu'a le contribuable d'être parfois renseigné de façon certaine sur les conséquences fiscales de ses agissements. Cette solution a le mérite d'être très souple et de permettre toutes les nuances, en ceci notamment que plus le fait imposable aura suivi de près la pré-taxation, plus il se justifiera de qualifier d'arbitraire un éventuel changement d'opinion de l'autorité fiscale.

§ 3. La convention fiscale proprement dite

129. Reste à parler d'une troisième catégorie d'arrangements: ceux qui, pour une période plus ou moins longue, donnent à un contribuable déterminé l'assurance qu'en dérogation à la loi, il bénéficiera d'un régime fiscal de faveur. A la différence des transactions examinées au § 1 de ce chapitre, ces arrangements-là valent non seulement pour la période de taxation en cours, ou pour des faits imposables déjà réalisés, mais aussi pour l'avenir. Ils se distinguent d'autre part de la pré-taxation en ce qu'ils ne portent pas nécessairement sur des faits précis et bien définis, mais en quelque sorte sur la situation abstraite et générale du con-

tribuable. Tantôt ils fixent un impôt forfaitaire invariable, dans quel cas ils remplacent pour l'avenir toute décision de taxation. Tantôt ils établissent des règles spéciales d'assiette, de taux ou de charge maximum, dans quel cas des taxations devront se faire, mais sur la base de la réglementation contractuelle. Enfin, ces arrangements se distinguent à la fois de la simple transaction et de la pré-taxation en ce qu'ils instituent un régime fiscal de faveur en dérogeant à la loi.

130. Dans l'esprit des parties aussi bien que par leur contenu, leur mode de formation et les effets recherchés, ces arrangements se présentent le plus souvent comme de véritables contrats, bien que certains auteurs leur contestent ce caractère[126]. En effet, ils s'établissent à la suite de pourparlers, et par l'accord des parties. D'autre part, ce sont des actes créateurs – et non pas simplement déclaratifs – qui ont pour objet de fixer en dehors de la loi les obligations du contribuable en cause. Enfin, ces arrangements sont destinés à lier les parties l'une envers l'autre, pour un avenir plus ou moins long.

Ce sont donc bien des contrats et – ce que personne ne conteste – des contrats de droit public[127], étant donné qu'ils se rapportent à des obligations et à des pouvoirs de nature publique. Ils ont en effet pour objet, d'une part, de fixer une dette d'impôt, qui est une obligation de droit public, et, d'autre part, de restreindre le pouvoir fiscal de la col-

---

[126] C'est notamment le cas de Blumenstein, System des Steuerrechts, 1945, pp. 182 ss. Cet auteur, et ceux qui partagent sur ce point ses idées, admettent cependant que la convention fiscale n'est parfaite qu'avec l'accord du contribuable, et qu'elle lie ensuite les parties de façon telle que le fisc ne saurait la modifier unilatéralement. Dire cependant qu'il ne s'agit pas d'un contrat, mais d'un acte unilatéral, c'est se payer de mots et ouvrir un débat bien inutile.

[127] Voir, notamment, ATF 29 II 424 ss. Kellerhals, op. cit., p. 40. – Benkö (op. cit., pp. 60 ss.) estime au contraire qu'il peut y avoir des conventions fiscales de droit privé.

lectivité signataire, c'est-à-dire son pouvoir de puissance publique.

131. Telle que nous venons de la définir, la convention fiscale n'est admissible et juridiquement valable qu'à la condition d'être prévue par la loi. C'est aujourd'hui l'avis de la doctrine quasi-unanime[128], et l'on ne peut que s'y rallier. En effet, la loi fiscale constitue par excellence une réglementation impérative, à laquelle l'administration ne saurait déroger sans l'autorisation du législateur lui-même.

Le Tribunal fédéral s'en tient lui aussi à ce principe[129], mais en faisant cependant une exception pour des conventions régissant des cas tout à fait particuliers auxquels le législateur n'aurait pas songé et qu'il aurait vraisemblablement réglés de la même façon que l'arrangement conclu par l'administration[130]. Le contrat pourrait donc être un moyen valable de remédier à une lacune de la loi.

Si elle est en principe nécessaire, l'habilitation légale peut cependant être implicite[131] et résulter notamment d'une disposition autorisant de façon générale l'administration à consentir des exonérations totales ou partielles à certaines institutions d'intérêt public[132]. Même si elle ne parle pas expressément de contrats, une telle disposition donne à l'autorité fiscale une liberté d'appréciation qui permet selon nous des arrangements conventionnels. Cela re-

---

[128] Blumenstein, op. cit., pp. 183/185. Speiser, op. cit., p. 50. Jedlicka, op. cit., p. 65. F. Benkö, Der Steuervertrag, thèse, Zürich, 1931, pp. 33 et 49. En droit français, Péquignot, op. cit., p. 234.

En sens contraire: Kellerhals, op. cit., p. 40.

[129] Zbl., 1944, p. 92 (arrêt W. c/ Obwalden, du 20 décembre 1943).

[130] ATF 57 I 351 ss., 359/360.

[131] Ce n'est pas l'avis de tous les auteurs. Blumenstein, notamment, exige une base légale expresse.

[132] Une base valable peut aussi résider dans les usages internationaux relatifs à l'immunité fiscale du personnel des représentations diplomatiques et consulaires et des institutions internationales. Dans le même sens: Kellerhals, op. cit., pp. 70/71.

vient à dire qu'une base légale est nécessaire non pas tant pour procéder par contrat que pour établir – par convention ou de toute autre manière – un régime fiscal particulier en faveur d'un contribuable déterminé.

132. Si, dans ce sens du moins, une base légale est ainsi nécessaire, ce n'est cependant pas une condition suffisante. On doit encore exiger que la convention fiscale respecte l'égalité devant la loi[133], à défaut de quoi elle créerait un privilège contraire à ce principe constitutionnel. Elle ne satisfait à cette exigence que si elle se justifie par des motifs en rapport avec le caractère et les effets de l'impôt, ou par des considérations d'intérêt public.

Des allègements fiscaux se conçoivent, par exemple, en faveur d'institutions privées qui contribuent déjà, par leur activité même, à soulager l'Etat dans l'une de ses tâches, ou en faveur d'entreprises dont la création ou le développement intéresse la collectivité parce qu'elles contribuent à son essor économique.

On doit en revanche condamner les conventions fiscales qui ont pour seul but de retenir ou d'attirer un gros contribuable. Dans ce cas, en effet, seuls se trouvent en cause les intérêts financiers de l'Etat, et ils ne suffisent pas à justifier un privilège fiscal. En outre, de tels arrangements n'avantagent que les contribuables aptes à déplacer aisément leur siège ou leur domicile, ce qui est injuste pour les autres. Lorsque l'Etat constate que ses impôts sont lourds au point de faire fuir certaines catégories de contribuables, c'est en modifiant la loi elle-même, c'est-à-dire par des mesures générales, qu'il doit remédier à cette situation, et non par des conventions favorisant quelques contribuables en particulier.

133. C'est pour faire disparaître ces conventions-là que la plupart des cantons suisses ont conclu en 1948 un «con-

---

[133] Blumenstein, op. cit., p. 184. Benkö, op. cit., p. 83. Kellerhals (op. cit., p. 40) se contente de cette condition-là, sans exiger de base légale.

cordat sur l'interdiction des arrangements fiscaux»[134]. Bien que discutable sur certains points, cette réglementation intercantonale a le mérite de faire mieux respecter en fait les principes de la légalité et de l'égalité devant la loi dans un domaine où l'on s'en écartait trop souvent.

134. En doctrine, les conventions fiscales dépourvues de base légale sont généralement considérées comme nulles et de nul effet[135], c'est-à-dire comme inexistantes.

A première vue, le Tribunal fédéral semble ne pas aller aussi loin. Faisant intervenir ici les règles de la bonne foi, il admet en effet que l'autorité fiscale ne peut que se départir pour l'avenir d'une convention illicite, mais qu'elle ne saurait remettre en cause après coup les impôts déjà payés en exécution de cette convention. C'est toutefois en appliquant les règles sur la force de chose jugée des décisions de taxation et sur le rappel d'impôt que le Tribunal fédéral aboutit à cette solution, et non point en contestant la nullité des conventions illicites. Il estime en effet qu'une fois l'impôt calculé et payé sur la base de la convention, il y a taxation passée en force et que cette taxation ne peut plus être remise en cause en dehors des cas de revision généralement admis. Les règles de la bonne foi interviennent alors en ceci qu'elles empêchent l'autorité fiscale d'invoquer comme motif de revision la soustraction d'impôt qui s'est produite en exécution de la convention illicite[136].

Cette jurisprudence mérite approbation.

---

[134] ROLF 1949, p. 1459. Ce concordat a fait l'objet de divers commentaires de la part de Blumenstein, dans les Archives de droit fiscal suisse, vol. 17, pp. 305 à 323, de Wackernagel, dans Zbl. 1950, pp. 297 à 306 et de Zwahlen, dans RDAF 1950, pp. 245 à 256. Il a en outre suscité une thèse de E. Schmidt, Bâle 1955.

[135] Fleiner, Institutionen, pp. 211/212. Blumenstein, op. cit., p. 183. Jedlicka, op. cit., p. 65.

[136] Zbl., 1944, pp. 92/93 (arrêt W. c/ Obwald, du 20 décembre 1943). ATF 70 I 129 ss., JdT 1945 I 59 ss., cons. 7.

Chapitre IX

L'acte d'engagement du fonctionnaire

135. L'un des cas qui ont donné lieu aux plus vives discussions quant à l'existence, à la définition et aux caractéristiques du contrat de droit administratif est bien celui de l'engagement du fonctionnaire. Faut-il y voir un acte de droit civil, ou au contraire un acte de droit public? Et si l'on opte pour cette seconde solution, s'agit-il d'un contrat, d'un pur acte unilatéral, d'un «acte administratif par soumission» selon la terminologie d'O. Mayer, d'un acte administratif bilatéral au sens où l'entendait W. Jellinek, ou encore d'un acte-condition tel que le définit la doctrine française?

Ce serait sortir du cadre de la présente étude que de vouloir engager ici une discussion approfondie sur ce double problème, qui a déjà fait l'objet en 1929 des débats de la Société suisse des juristes[137].

Sans reprendre tout ce qui a déjà été dit à ce sujet, nous irons directement à l'essentiel et au cœur du problème, en nous limitant aux explications nécessaires à la compréhension de notre propre position.

136. Un premier point paraît aujourd'hui acquis, chez nous tout au moins[138]: c'est que les fonctionnaires et em-

---

[137] Nous rappelons les rapports présentés à cette occasion par A. Imhof, de Bâle, et par R. Secrétan, de Lausanne. Pour la doctrine suisse plus récente, voir notamment les études de H. Nawiasky et H. Nef dans «Personalprobleme der öffentlichen Verwaltung», Veröffentlichungen der schweizerischen Verwaltungskurse, 1944, et celle de C. Narbel, Les droits acquis des fonctionnaires, thèse, Lausanne, 1957 (on trouvera dans cette thèse une bibliographie très complète de la question).

[138] En doctrine, cette conception s'est imposée dès le début du siècle environ. En revanche, le Tribunal fédéral ne s'y est complètement rallié qu'à partir de 1920 (ATF 46 I 143, JdT 1920 I 381, cons. 2), après être resté longtemps fidèle à la théorie allemande des rapports de droit mixte.

ployés publics sont liés à leur employeur par un rapport de droit public, hormi les cas – d'ailleurs exceptionnels – où l'Etat se soumet volontairement et expressément au droit privé, en engageant du personnel par contrat de droit civil[139].

En revanche, la controverse se poursuit et ne cesse de rebondir quant à la question de savoir si l'acte d'engagement constitue un acte unilatéral, ou au contraire un contrat de droit administratif. Après avoir triomphé en Allemagne sous l'influence d'Otto Mayer, la thèse de l'acte unilatéral semblait s'être définitivement imposée dans notre pays. Défendue notamment par Fleiner[140], par Giacometti[141] et par Ruck[142], cette thèse était devenue celle du Tribunal fédéral[143]. Mais un revirement se dessine depuis quelques années en faveur de la thèse contractuelle[144], en même temps que l'on voit réapparaître, sous une nouvelle forme, la vieille théorie des rapports de droit mixte. Nawiasky voudrait en effet séparer dans l'engagement du fonctionnaire deux actes de natures différentes: l'acte attributif de fonction, qui serait un acte unilatéral, et l'acte réglant les rapports de service, qui aurait un caractère contractuel.

137. En discutant de ce problème, la doctrine allemande – et suisse-allemande – s'est avant tout attachée au fait que l'acte d'engagement suppose l'accord du fonctionnaire,

---

[139] Cette possibilité se trouve consacrée par des lois récentes, notamment par la loi vaudoise du 9 juin 1947 sur le statut général des fonctions publiques cantonales, art. 5. Voir en outre l'étude de H. Nef (note 137 ci-dessus) qui est entièrement consacrée au problème du choix entre l'engagement de droit public et l'engagement par contrat civil.

[140] Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923, p. 250.

[141] Über die Grenzziehung... (voir note 13 ci-dessus), p. 12. Dans cette étude, Giacometti se rallie à la solution de l'acte administratif par soumission, qu'il qualifie de définitive.

[142] Op. cit., vol. I, p. 83. C'est aussi l'opinion de Speiser, op. cit., pp. 31/32, et de Kellerhals, op. cit., pp. 25/27.

[143] Voir notamment ATF 66 I 313.

[144] Nawiasky, loc. cit., p. 15. Baechi, op. cit., p. 111. Oeschger, op. cit., pp. 68 ss.

et elle s'est demandé quel était l'effet juridique de cet accord. Suivant qu'on y voyait un élément constitutif de l'acte, ou au contraire une simple condition de validité, on parlait de contrat ou, au contraire, d'acte unilatéral par soumission[145].

Mais le vrai problème n'est pas là. Ainsi que nous l'avons déjà souligné dans la première partie de ce rapport[146], le contrat se caractérise non seulement par le fait qu'il naît du commun accord des parties, mais aussi par son effet obligatoire bilatéral. S'ils sont tous deux essentiels, ces deux caractères ne découlent pas nécessairement l'un de l'autre. En d'autres termes, la circonstance qu'un acte administratif suppose l'accord de l'administré ne signifie pas encore que cet acte produira un effet obligatoire bilatéral et méritera par conséquent le nom de contrat. Il faut encore que les parties aient voulu cet effet, ou que la loi l'ait prescrit comme conséquence de leur accord.

138. Il y a donc deux problèmes à distinguer: celui de la formation de l'acte, plus spécialement du rôle juridique de l'accord du fonctionnaire dans cette formation, et celui des effets de l'acte. Ces deux problèmes, la doctrine de langue allemande paraît les avoir confondus. Elle s'est surtout attachée au premier en s'imaginant probablement – mais à tort – que la solution à lui donner résoudrait en même temps le second.

Or, ce second problème doit se résoudre pour lui-même. Il s'agit de savoir si l'Etat entend placer ses fonctionnaires dans une situation purement statutaire, en se réservant de modifier en tout temps leur statut, même à l'égard de ceux qui sont déjà en charge, ou s'il veut au contraire s'engager individuellement envers chacun d'eux à maintenir la situation qui lui est faite au moment de l'engagement.

Dans le premier cas, on ne saurait parler de contrat, vu

---

[145] Ou encore d'acte administratif bilatéral, selon la théorie de W. Jellinek (voir plus haut, ch. 71).

[146] Ch. 75 et 80.

que la réglementation établie au moment de la nomination ne lie pas les deux parties. Et, l'idée de contrat étant alors écartée, peu importe en définitive que l'on appelle l'acte de nomination acte unilatéral par soumission, acte administratif bilatéral, ou acte-condition. Quant aux effets de la nomination, ce n'est plus qu'une question d'étiquette.

Dans le second cas, en revanche, mais dans ce cas seulement, l'acte de nomination a tous les caractères d'un engagement contractuel et peut donc être considéré comme un contrat de droit administratif.

139. En droit positif, le choix entre ces deux solutions dépend du texte, subsidiairement de l'interprétation, des lois en vigueur et de l'acte d'engagement lui-même. En droit désirable, c'est une question d'opportunité et de politique législative plus qu'un problème de doctrine juridique à résoudre en théorie pure.

En effet, chacune de ces deux solutions a ses avantages et ses inconvénients. Le procédé statutaire a le double mérite de réaliser une parfaite égalité de traitement entre tous les fonctionnaires, quelle que soit l'époque de leur entrée en fonctions, et de permettre une constante adaptation de leur statut aux exigences changeantes de l'intérêt public, notamment aux possibilités financières de l'Etat. Il a en revanche le défaut de créer une certaine insécurité juridique dans la situation des fonctionnaires, en les exposant à des modifications défavorables de leur statut. En fait, cependant, ce défaut n'est pas aussi grave qu'on pourrait le penser théoriquement, car d'évidentes raisons politiques retiendront toujours le législateur de toucher, sans de solides raisons, et même sans nécessité, aux avantages précédemment accordés aux fonctionnaires. Au surplus, l'insécurité créée par le procédé statutaire n'est pas plus grande que celle qui existe en fait dans les relations d'emploi privé: ces relations reposent bien sur un contrat, mais le délai pour donner congé est si court que l'employeur peut juridiquement modifier en tout temps la situation de son personnel.

Appliqué aux fonctionnaires, le procédé contractuel crée en leur faveur une plus grande stabilité juridique, mais il a le double défaut d'ouvrir la porte à de nombreuses inégalités de traitement et de lier l'Etat là où l'intérêt public exige une certaine souplesse.

140. C'est pourquoi nous serions enclin à donner la préférence au procédé statutaire sur le procédé contractuel, dont l'usage devrait rester exceptionnel. C'est, on le sait, la solution du droit positif français. Selon l'article 5 d'une loi du 19 octobre 1946, «le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire», mais la jurisprudence admet à titre exceptionnel que l'Etat engage certains agents par contrat spécial de droit public[147].

Chez nous, telle est aussi la position du Tribunal fédéral qui, sauf disposition contraire de la loi, estime que le fonctionnaire n'a aucun droit au maintien de la législation et des avantages en vigueur au moment de sa nomination[148]. Notre cour suprême admet cependant que, par une clause de l'acte de nomination, l'Etat peut donner au fonctionnaire l'assurance que, sur tel ou tel point, sa situation sera intangible[149]. De telles promesses créent un droit acquis et ont donc des effets contractuels.

---

[147] C'était du moins admis jusqu'à la loi de 1946 (Duez et Debeyre, op. cit., pp. 744/746). Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, la doctrine considère qu'il n'est plus possible de déroger au statut légal par des conventions particulières de droit public, et que les «agents contractuels» ne sont plus des fonctionnaires, mais des employés liés à l'Etat par un contrat civil (voir notamment Waline, op. cit., pp. 755/756).

[148] ATF 50 I 69 ss., JdT 1924 I 312 ss., cons. 6. ATF 70 I 10 ss., 22 (cons. 3 litt. b).

[149] ATF 66 I 313 et 70 I 23. Voir aussi l'arrêt Ladame, dans Semaine judiciaire, 1944, p. 550. On trouvera au surplus une analyse détaillée de cette jurisprudence du Tribunal fédéral dans la thèse précitée de Narbel, pp. 71 ss.

141. Le recours exceptionnel au procédé contractuel se conçoit, par exemple, lorsque l'Etat fait appel, pour un poste important, à une personne particulièrement qualifiée qui subordonne son accord à certaines assurances. L'intérêt public peut alors justifier que l'Etat prenne des engagements contractuels pour obtenir la collaboration qui lui est nécessaire.

Dans de tels cas, il se produira parfois que le fonctionnaire se trouve en partie dans une situation statutaire, et en partie dans une situation contractuelle, si bien que l'acte de nomination aura un caractère hybride, des éléments contractuels venant s'imbriquer dans l'acte-condition.

Ainsi qu'on le verra plus loin, un phénomène semblable se produit communément dans le cas de la concession, d'après la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral. Si on le considère comme naturel dans ce cas, pourquoi ne pas l'admettre aussi à propos de la situation du fonctionnaire, à titre exceptionnel tout au moins?

Chapitre X

La naturalisation

142. On s'étonnera peut-être de nous voir parler ici de la naturalisation. N'est-ce pas là une institution bien définie, et sans rapport avec notre problème?

Il s'est pourtant trouvé des auteurs – dans la doctrine allemande tout particulièrement[150] – pour y voir un contrat de droit public, en raison du fait que cet acte suppose l'accord de la personne naturalisée et se présente donc, en un certain sens, sous la forme d'un acte bilatéral.

---

[150] On trouvera un exposé détaillé de cette position doctrinale dans la thèse de Kurt Ehrlich, Über Staatsangehörigkeit, zugleich ein Beitrag zur Theorie des öffentlich-rechtlichen Vertrages und der subjektiven öffentlichen Rechte, Zürich, 1929, pp. 49 ss. La thèse contractuelle a été défendue par d'éminents publicistes tels que Laband, G. Jellinek et Kelsen.

143. Ceux qui ont pu soutenir cette thèse ont commis l'erreur que nous avons déjà dénoncée à propos de la nomination du fonctionnaire: ils ont confondu le problème de la formation de l'acte administratif et celui de ses effets.

S'il est vrai que la naturalisation n'intervient parfois qu'à la requête, et par conséquent avec l'accord, de la personne naturalisée, elle n'a en revanche pas pour effet d'établir un rapport d'obligation liant les parties comme le fait un contrat. Elle a bien pour objet de conférer la nationalité à une personne qui ne la possédait pas encore, et en cela elle apparaît comme un acte créateur. Mais c'est uniquement la loi, et non pas l'acte de naturalisation, qui détermine le contenu du droit de cité, c'est-à-dire les droits et les obligations qui en découlent, ainsi que les conditions dans lesquelles il pourra être retiré ou se perdre de plein droit. Bien plus, la réglementation en vigueur au moment de la naturalisation ne lie pas les parties comme ce serait le cas d'une réglementation contractuelle. L'Etat garde le pouvoir de modifier en tout temps le statut du droit de cité, et cela à l'égard de tous les citoyens, y compris des personnes précédemment naturalisées. C'est cela qui est décisif et qui distingue la naturalisation d'un contrat, notamment du contrat d'adhésion avec lequel on pourrait être à première vue tenté de la comparer[150bis].

144. La naturalisation apparaît en définitive comme un simple acte attributif d'une situation statutaire. C'est un des cas où la théorie française de l'acte-condition s'applique fort bien et trouve une entière justification, car elle rend compte de façon logique et cohérente d'une situation qui n'est ni celle du contrat, ni celle de l'acte d'autorité purement unilatéral.

[150bis] Sont également d'avis qu'il ne s'agit pas d'un contrat: Speiser, op. cit., p. 30 et Kellerhals, op. cit., p. 27.

Chapitre XI

Les relations des services publics avec leurs usagers

145. Lorsqu'un particulier monte dans un chemin de fer d'Etat ou dans un tramway municipal, s'abonne au téléphone, consigne un télégramme, expédie une lettre par la poste, se fait ravitailler en eau, en gaz ou en électricité par les services communaux, se baigne à la plage municipale, entre dans un hôpital public pour s'y faire soigner, ou place ses enfants à l'école officielle, quelle va être sa situation juridique à l'égard de l'établissement dont il utilise les services? Cette situation est-elle régie par le droit public, ou au contraire par le droit privé? Et repose-t-elle sur un contrat, ou s'agit-il au contraire d'une situation statutaire?

A cette double question d'une importance pratique pourtant considérable, ni la législation, ni la doctrine, ni la jurisprudence n'ont jusqu'à maintenant apporté de solution claire, précise et incontestée, pas plus en Allemagne ou en France que dans notre pays.

§ 1. La situation actuelle

146. Par l'effet d'une analogie à première vue décisive avec le cas des entreprises privées qui rendent des services semblables, on admit pendant longtemps que les relations de ces services publics avec leurs usagers s'établissaient par contrat de droit privé. C'est aujourd'hui encore la solution retenue en France par une partie de la doctrine et par la jurisprudence, tant civile qu'administrative[151], mais uniquement pour les services publics à caractère industriel ou commercial, et à la condition que le contrat ne contienne pas

---

[151] Waline (op. cit., p. 496, et Traité de droit administratif, 6e éd., pp. 415/417, où la question est plus développée) est resté fidèle à cette solution traditionnelle, qui est en revanche combattue par Duez et Debeyre (op. cit., pp. 552/553), après l'avoir été autrefois par Duguit et Jèze.

de clauses exorbitantes du droit commun. S'il s'y trouve de telles clauses, le contrat devient administratif. Quant aux services publics sans caractère industriel ou commercial, tels que la police ou la justice, le droit français place leurs usagers dans une situation légale et réglementaire de droit public.

147. En Allemagne, puis en Suisse[152], la doctrine dominante en vint très tôt à l'idée que le droit public devait s'appliquer à l'activité de tous les services publics, qu'ils aient ou non un caractère industriel ou commercial, et que la situation de l'usager n'était pas contractuelle, mais légale et réglementaire.

Cette double idée est cependant loin de s'être complètement imposée en pratique et en jurisprudence. C'est ainsi notamment que le Tribunal fédéral a préféré adopter une solution intermédiaire et nuancée[153], qui l'a entraîné dans une casuistique incertaine et souvent décevante. Cette solution repose sur l'idée que, pour l'aménagement des relations avec leurs usagers, les services publics auraient le choix entre une réglementation de droit public et le contrat civil. La question serait alors de déterminer, dans chaque cas, quel mode on a choisi. Mais ce n'est pas toujours chose facile, car on trouve souvent des circonstances et des indices tout à fait contradictoires. Aussi le Tribunal fédéral a-t-il dû finalement définir les éléments à considérer comme déterminants. Ce qui est décisif, d'après sa plus récente jurisprudence, c'est la façon d'établir les conditions de livraison ou d'utilisation. «Si elles sont fixées d'avance dans des pres-

---

[152] Fleiner, Institutionen, pp. 335 ss. Giacometti, Über die Grenzziehung, pp. 38 ss.

[153] Cette solution est défendue par Ruck, op. cit., vol. I pp. 76/78, qui considère cependant le procédé de droit public comme le plus normal et le plus désirable. C'est aussi la solution de la jurisprudence allemande actuelle (voir Forsthoff, op. cit., pp. 318 ss.). Voir aussi Oeschger, op. cit., pp. 127/128. Pour cet auteur, il y a toujours contrat, mais tantôt de droit civil, tantôt de droit administratif.

criptions obligatoires, de telle sorte que, sans autre possibilité, elles s'appliquent de manière égale dans d'égales circonstances, il s'agit d'un rapport de droit public. Si, au contraire, la réglementation de l'activité du service industriel administratif permet aux parties d'arrêter différemment, suivant les cas, des conditions essentielles de leurs rapports par des conventions particulières, on entre dans le domaine du droit privé, l'accord intervenu étant le résultat de négociations où l'offre et la demande, ainsi que des concessions réciproques entrent en jeu.»[154]

148. Cette jurisprudence appelle aussitôt deux remarques. La première, c'est qu'elle paraît exclure ici l'emploi du contrat de droit public, sans qu'on sache d'ailleurs pourquoi. Elle admet en effet l'existence d'un contrat civil dès que les conditions d'utilisation du service public résultent d'un débat et d'un accord entre parties. La seconde remarque, c'est que le critère appliqué est loin d'être convaincant. D'une part, en effet, le procédé consistant à fixer les conditions de livraison par réglementation générale et immuable ne relève pas nécessairement du droit public; bien des entreprises privées l'utilisent aussi, en traitant avec leurs clients par contrat d'adhésion. D'autre part, la possibilité de déroger par des accords particuliers à une réglementation générale ne suffit pas à donner un caractère de droit privé aux relations qui font l'objet de cette réglementation, car c'est là une situation qui se présente aussi dans des domaines relevant incontestablement du droit public (contrat d'expropriation, par exemple).

Déjà très discutable en lui-même, ce critère jurisprudentiel est en outre faussé dans son application par l'intervention de considérations qui lui sont étrangères. Ainsi, des

[154] ATF 76 II 103 ss., JdT 1950 I 258 ss., cons. 3 (le cons. 2 rappelle l'évolution de la doctrine). Plus récemment: ATF 83 I 119 ss., cons. 2 *in fine*. Jurisprudence antérieure: ATF 34 II 792 ss. ATF 38 I 63, JdT 1913 I 155. ATF 41 I 240 ss., 249. ATF 44 II 308 ss., JdT 1919 I 354 ss. ATF 47 I 249 ss., JdT 1922 I 110 ss. ATF 52 I 44 ss., 51.

raisons historiques font que l'on qualifie de relations contractuelles de droit privé les relations entre les Chemins de fer fédéraux et leurs clients[155], tandis que les usagers des postes, télégraphes et téléphones se trouveraient, d'après la conception actuelle, dans une situation statutaire de droit public[156]. A vrai dire, les motifs historiques invoqués pour les Chemins de fer fédéraux et, parfois, pour d'autres cas[157], cachent peut-être une autre explication qui ne se manifeste pas ouvertement dans la jurisprudence, mais que l'on y sent à l'état sous-jacent et qui contribue, elle aussi, à fausser l'application du critère traditionnel. C'est que le juge semble hésiter à opter pour le droit public s'agissant d'activités dont l'Etat n'a pas le monopole complet et que des entreprises privées exercent aussi, en traitant avec leurs clients selon le droit civil.

149. La solution casuistique de notre jurisprudence a en tout cas le gros défaut d'être très incertaine et de créer par conséquent l'insécurité juridique, parce que fondée sur des critères imprécis et d'un maniement malaisé. Lorsque survient un litige entre un service public à caractère industriel ou commercial et l'un de ses usagers, on se trouve le plus souvent dans une grande incertitude quant au droit applicable et quant à la juridiction compétente, avant même de pouvoir aborder les questions de fond. Or, le Droit faillit à sa mission essentielle lorsqu'il laisse une telle situation se produire dans tout un domaine de la vie des individus.

150. Mais ce reproche d'ordre pratique n'est pas le seul qu'on puisse adresser à la solution jurisprudentielle, qui péche aussi par des défauts de fond, en ceci principalement qu'elle laisse implicitement à l'Etat le choix entre le procédé contractuel de droit privé et le procédé réglementaire de

[155] ATF 60 II 421 ss., JdT 1935 I 558 ss., cons. 1, litt. b). Fleiner, Schw. Bundesstaatsrecht, p. 492.

[156] Fleiner, Schw. Bundesstaatsrecht, p. 503. Ruck, op. cit., vol. II, p. 305. Pour les téléphones: JAAC, vol. 17, No 146.

[157] Voir, par exemple, Zbl. 1949, pp. 385/388 (Service communal d'électricité qui s'était créé par rachat d'une entreprise privée).

droit public. Or, le premier de ces deux procédés n'est en lui-même guère approprié aux situations dont il s'agit et, pour les raisons que l'on va voir, il devrait par principe céder le pas au second.

§ 2. *Recherche d'une solution*

151. A l'époque où la solution civiliste faisait règle, on y voyait volontiers un moyen de mieux protéger les intérêts de l'administré. Le contrat de droit privé, pensait-on, permet à l'usager de traiter d'égal à égal avec le service public, puis d'exiger de celui-ci le respect des conditions convenues, et enfin de s'adresser en cas de litige à un juge tout à fait indépendant, le juge civil.

Or, la réalité est bien éloignée de ces avantages théoriques. En fait, et tout en prétendant traiter par contrat civil, le service public fixe unilatéralement les conditions et les modalités de ses prestations, l'abonné n'ayant d'autre solution que de les accepter ou de les refuser en bloc. Le plus souvent, il doit s'incliner et signer bon gré mal gré, car il s'agit pour lui d'obtenir des services essentiels qu'il ne peut – en fait ou en droit – se procurer ailleurs. Loin de tenir compte de tous les intérêts en présence, les conditions qui lui sont ainsi imposées précisent davantage ses obligations que ses droits, mais donnent en revanche des pouvoirs étendus à l'administration, tout en limitant ses obligations[158]. Quant aux avantages que procure l'immutabilité du contrat civil, ils se réduisent souvent à néant par l'effet d'une clause autorisant le service à modifier en tout temps les conditions de livraison, notamment les tarifs, avec effet immédiat pour tous les abonnés. La protection du juge civil reste enfin illusoire, car, pour chaque abonné isolément, les intérêts en jeu sont rarement assez importants pour justifier un procès, avec tous ses frais et surtout tous ses risques.

---

[158] Que penser, par exemple, de la clause assez répandue par laquelle un Service communal de distribution d'eau ou d'électricité se libère de toute responsabilité en cas d'interruption de la fourniture, quelle que soit la cause de l'interruption ?

En définitive, le contrat civil n'est le plus souvent qu'une fiction, et ses avantages une illusion. Dans certains cas, ce n'est même qu'un paravent contre l'arbitraire et l'abus de pouvoir.

Certes, des situations semblables se présentent – malheureusement – dans les relations entre particuliers. Mais ce n'est pas une raison pour que l'Etat use des mêmes procédés. Ce qui peut être à la rigueur toléré dans les relations d'affaires – là surtout où une concurrence effective vient limiter les abus – n'est pas nécessairement digne d'une administration publique. Lorsqu'il s'agit d'autre part de relations contractuelles entre particuliers, les abus auxquels la partie en fait la plus faible risquerait d'être exposée peuvent être combattus par cet arbitre que constitue l'Etat, sous forme de règles impératives de droit civil ou de prescriptions protectrices de droit public.

152. Si le procédé du contrat civil est loin d'avoir, pour l'administré, les avantages qu'on lui attribuait autrefois, il a d'autre part le défaut fondamental de ne pas être adapté à la situation dont il s'agit.

Lorsque, mettant à contribution son organisation et les deniers publics, l'Etat estime opportun de créer une entreprise, non pas seulement pour en tirer des profits, mais avec la prétention de satisfaire un besoin essentiel de ses administrés[159], il se charge envers eux d'une obligation géné-

[159] La discussion qui va intervenir dans les pages suivantes ne concerne évidemment que l'hypothèse où il y a, dans ce sens là, un véritable «service public». Lorsque l'Etat exploite une entreprise à des fins purement financières, ou pour des raisons générales d'ordre économique ou politique, sans avoir pour but principal de procurer directement à ses administrés des biens ou des services dont ils ont un besoin essentiel (régies fiscales ou entreprises nationalisées, par exemple), il n'y a aucune raison d'écarter le droit civil quant aux relations de l'entreprise avec ses clients.

Certes, il ne sera pas toujours facile de déterminer si l'on se trouve en présence d'un véritable service public ou, au contraire, d'une entreprise purement commerciale. Mais les cas-limite ne seront pas si nombreux qu'on pourrait le penser. Au surplus la

rale de droit public, celle de les servir au mieux de leurs intérêts. C'est d'ailleurs ce qu'exprime fort bien l'expression «service public», qui n'a pas d'équivalent en allemand. Le corollaire de cette obligation de droit public, c'est, pour chaque administré, le droit d'utiliser le service non pas, certes, sans aucune restriction et à n'importe quelles conditions, mais dans les limites du possible et à des conditions équitables en même temps qu'adaptées au but du service.

Or, le procédé du contrat civil ne convient pas à cette situation, car il permet à l'administration d'agir en vertu d'une volonté autonome proprement inconciliable avec les obligations générales de droit public qui découlent de la création même du service public. En raison de ces obligations, le procédé normal et le plus judicieux est celui de la réglementation générale de droit public. Inversément, le droit de l'administré à l'utilisation du service resterait une enveloppe vide de tout contenu si l'exercice n'en était pas réglé abstraitement par un statut obligatoire pour le service, c'est-à-dire par un statut de droit public.

153. C'est ce qu'avait très bien montré Fleiner, en admettant lui aussi un droit de l'administré à l'utilisation des services publics, et en soutenant qu'en raison de ce droit, l'usager se trouvait par principe dans une situation réglementaire de droit public[160]. On sait d'autre part qu'en France, ce droit de l'administré aux prestations du service public est non seulement reconnu en doctrine, mais encore

---

distinction à faire n'est pas nouvelle en droit suisse, puisqu'elle intervient déjà à l'art. 61 al. 2 CO.

Dans les circonstances actuelles et en tenant compte du rôle de l'Etat moderne, nous considérons pour notre part comme de véritables services publics, et non comme des entreprises commerciales, tous les établissements dont nous avons donné l'exemple au début de ce chapitre (ch. 145). Dans tous ces cas, en effet, c'est avant tout pour procurer directement à ses administrés des biens ou des services essentiels que l'Etat se fait entrepreneur. Le fait que ces activités s'exercent selon des procédés de gestion commerciale ne suffit pas à leur enlever le caractère de véritables services publics.

[160] Institutionen, pp. 335/336.

sanctionné par le recours pour excès de pouvoir et par une action en dommages-intérêts à la fois[161]. Il est d'autant plus surprenant que, contre l'avis d'une partie de la doctrine, la jurisprudence française en soit restée, pour les services à caractère industriel ou commercial, à la solution contractuelle de droit civil.

154. Pour nous, les relations entre le service public et l'usager sont naturellement et nécessairement des relations de droit public, parce qu'elles se rapportent à une tâche d'administration publique et qu'elles reposent sur un droit de nature publique: le droit de tout administré à l'utilisation du service. Et c'est le procédé réglementaire, plutôt que le procédé contractuel, qui convient le mieux à ces relations, du moins comme procédé normal et principal, étant donné qu'un très grand nombre d'administrés y participent, et cela dans des circonstances semblables qui permettent une réglementation uniforme, avec l'égalité de traitement qu'elle assure. En fait, d'ailleurs, tous les services publics fixent leurs conditions d'utilisation ou de livraison dans des règlements, plutôt que de les établir de cas en cas, car cela correspond bien à la nature des choses[162].

L'application du droit privé ne se justifie et ne peut être admise que pour les entreprises et les activités commerciales dont l'Etat se charge à des fins purement économiques ou financières, sans aucune idée de service public.

155. On pourrait à première vue penser que le procédé statutaire de droit public est défavorable à l'administré, en le soumettant à l'autorité de l'Etat et en le plaçant dans une situation précaire.

---

[161] Duez et Debeyre, op. cit., pp. 548/549. Waline, 6e éd., pp. 414/415.

[162] Chez nous, cette manière de voir semble s'imposer de plus en plus. Le Conseil d'Etat du canton de Zurich l'a adoptée avec conviction dans un prononcé fortement motivé du 21 mars 1951 (Zbl. 1951, pp. 434 ss.). Dans le même sens: Kellerhals, op. cit., pp. 39 et 43.

Certes, ce procédé permet à l'Etat de changer en tout temps la situation des usagers, par simple modification des règlements du service. Mais on a vu plus haut que l'Etat se réservait en fait ce pouvoir même lorsqu'il prétend traiter par contrat civil. Or, tant qu'à en arriver là, il est infiniment préférable, pour l'administré, que tout se passe sous l'autorité du droit public. S'il s'agit en effet de relations civiles, le règlement d'utilisation du service dépend, quant à son contenu, d'un pouvoir quasi-arbitraire de l'administration, qui peut y prescrire à peu près ce qu'elle veut[163]. S'il s'agit au contraire de relations de droit public, le règlement d'utilisation devient un règlement administratif et doit de ce fait se plier aux exigences du droit public, pour la forme aussi bien que pour le fond. Quant à la forme, il doit émaner d'une autorité investie du pouvoir réglementaire, recevoir suivant les cas (règlements communaux, par exemple) l'approbation de l'autorité administrative supérieure, et faire enfin l'objet de la publicité exigée par la loi. Quant au fond, il doit respecter les principes généraux du droit public, notamment le principe de l'égalité devant la loi, avec toutes les règles qui en découlent d'après la jurisprudence. De plus, s'il s'agit d'un règlement administratif, tout administré peut en exiger le respect et l'application en sa faveur, ce qui n'est pas le cas d'un règlement qui formulerait simplement les conditions générales d'un contrat civil.

Ainsi, le procédé de droit public s'impose non seulement pour des raisons dogmatiques, mais aussi parce que mieux adapté aux circonstances et le plus apte à protéger l'administré contre tout abus.

156. Il peut cependant se présenter des cas où une réglementation individuelle se révèle opportune, voire nécessaire. Cette réglementation individuelle pourrait prendre la

---

[163] Sous réserve évidemment des règles impératives du droit des obligations, qui sont cependant très rares pour les contrats dont il s'agit.

forme d'une simple décision administrative dérogeant à la réglementation générale, sans effet contractuel. Mais il arrive cependant, dans des cas spéciaux, que l'administré ait le besoin légitime d'obtenir non seulement des conditions spéciales, mais aussi la sécurité que seul le contrat peut lui assurer. Citons, à titre d'exemple, le cas d'une industrie qui ferait une très forte consommation de courant électrique et dont la politique des prix dépendrait du coût de ce courant. Dans une telle hypothèse, un contrat spécial serait tout à fait à sa place[164].

S'agira-t-il alors d'un contrat civil, ou au contraire d'un contrat administratif? Cette dernière solution nous paraît s'imposer[165], et cela pour plusieurs raisons. La première est d'ordre dogmatique et découle des critères proposés dans la première partie de ce rapport: un tel contrat relèverait du droit public parce qu'ayant pour objet l'exercice d'un droit *public* subjectif de l'administré, le droit à l'utilisation

---

[164] Le procédé contractuel se conçoit aussi lorsque l'Etat se charge d'une activité de service public pour un temps limité, dans des circonstances extraordinaires, et en faveur d'un cercle restreint d'administrés. Il ne se justifierait alors pas d'établir une réglementation générale, et le procédé contractuel s'imposerait tout naturellement.

De cette remarque, on peut rapprocher le célèbre arrêt Wäffler c/ Confédération (ATF 55 II 107 ss., JdT 1929 I 461 ss.). A l'époque de la révolution russe, la demanderesse avait déposé diverses valeurs auprès de la Légation suisse à St-Petersbourg, pour les mettre en sûreté. Appelé à qualifier le contrat qui s'était ainsi formé, le Tribunal fédéral l'a considéré comme un contrat de droit public, en relevant que la Confédération avait agi pour venir en aide à ses ressortissants, c'est-à-dire en exécution d'une tâche d'administration publique (cons. 3).

Cet arrêt correspond donc à la thèse que nous défendons ici. Voir en outre, au sujet de cas semblables, JAAC, vol. 5, N° 2, et vol. 8, N° 21.

[165] Dans le même sens: Zbl. 1955, p. 322 (prononcé sur recours du Conseil d'Etat de Lucerne). Voir aussi ATF 73 I 171 ss.: le Tribunal qualifie de contrat de droit public la convention extra-statutaire par laquelle une Caisse publique de pension maintient l'affiliation d'un fonctionnaire qui a quitté le service de l'Etat.

du service. De plus, le contrat civil permettrait à l'administration de commettre des inégalités de traitement en avantageant indûment certains usagers, à la faveur et sous le couvert de son autonomie contractuelle de droit civil. Au contraire, si elle reste sur le terrain du droit public bien que procédant par contrats, elle doit respecter l'égalité devant la loi, ce qui l'empêchera, à circonstances égales, de refuser aux uns ce qu'elle a accordé aux autres. A cela s'ajoute enfin une raison d'ordre pratique. Etant donné que, sur les points non touchés par le contrat, la réglementation générale de droit public continuera à faire règle, l'usager se trouverait pour une part dans une situation de droit privé et pour l'autre dans une situation de droit public si l'on qualifiait de contrat civil la convention dont il bénéficie. Or, il en résulterait de sérieuses complications, notamment quant à la juridiction compétente en cas de litige.

157. Nous aboutissons ainsi à la conclusion qu'en dépit de toute intention contraire des parties, les relations entre les services publics et leurs usagers doivent être considérées comme des relations de droit public. Normalement, l'usager se trouve dans une situation statutaire, et non dans une situation contractuelle. On peut toutefois concevoir et admettre, dans des cas spéciaux, des arrangements de nature contractuelle. Il s'agit alors de contrats de droit administratif, et non de contrats civils.

Chapitre XII

La concession

§ 1. Définition et terminologie

158. Avec la nomination du fonctionnaire, la concession constitue l'acte administratif dont la nature juridique a le plus préoccupé la doctrine et la jurisprudence, cela dès le siècle dernier, et sans qu'on en soit encore arrivé à la moindre unité de vues, du moins dans notre pays.

Avant d'aborder le fond du problème, il convient de s'arrêter à quelques questions de terminologie et de définition, pour bien préciser de quoi il s'agit[166]. C'est d'autant plus nécessaire qu'il règne dans la pratique administrative, et même dans la législation, une assez grande confusion quant au sens juridique du terme concession.

159. En Suisse, les auteurs et la jurisprudence s'en tiennent généralement à la notion relativement étroite, mais assez précise, qui se dégage de la doctrine allemande classique, telle que notamment représentée par Fleiner. Selon cette doctrine, la concession est un acte administratif conférant à un particulier l'exercice d'un droit qui appartient en exclusivité à l'Etat (au sens large du terme), soit par nature, soit en vertu de la constitution ou de la loi. Il peut s'agir d'un monopole légal (postes, chemins de fer, exploitation de la force hydraulique) ou d'un droit régalien au sens historique du terme (droit de chasse, de pêche ou de mine), ou encore du droit d'user du domaine public dans une mesure qui excède l'usage commun[167].

Ainsi définie, la concession est un acte juridique créateur, puisqu'elle investit le concessionnaire d'un pouvoir ou d'un droit nouveau. C'est en cela surtout que la concession se distingue de la simple autorisation de police[168], avec laquelle on la confond trop souvent dans la pratique administrative. Acte simplement déclaratif, l'autorisation n'a en effet pas d'autre objet que de constater, dans un cas donné,

---

[166] On trouvera un bon aperçu des différents sens du terme concession, et des divers types de concessions, dans l'étude de J. Sillig, Contribution à l'étude du régime juridique des concessions en droit suisse, thèse, Lausanne, 1946.

[167] Fleiner, Institutionen, pp. 341 ss. et 380/381. Ruck, op. cit., vol. I, p. 104.

[168] Dans la pratique, l'autorisation s'appelle aussi permission, ou permis. Mais ce dernier terme sert aussi à désigner des actes qui se rapprochent en réalité davantage de la concession que de l'autorisation de police, comme le permis de chasse ou de pêche lorsque l'Etat l'accorde en vertu d'un droit régalien.

que toutes les conditions de police dont la loi fait dépendre une certaine activité privée se trouvent réalisées, et qu'il n'y a donc pas d'obstacle de droit public à l'exercice de cette activité. Mais celle-ci s'exerce ensuite en vertu d'un droit préexistant de l'administré (droit de propriété dans le cas du permis de bâtir, liberté du commerce et de l'industrie dans le cas d'une autorisation relative à l'exercice d'une profession, liberté d'établissement dans le cas du permis de séjour délivré à un Confédéré, etc.), et non pas en vertu d'un droit nouveau que créerait l'autorisation.

Cette différence a notamment pour conséquence que l'octroi d'une concession dépend le plus souvent – mais à vrai dire pas toujours – d'un large pouvoir discrétionnaire de l'administration, en ce qui concerne tant le choix du concessionnaire que les modalités de la concession. En matière de simple autorisation, en revanche, l'administration agit en vertu d'une compétence liée, à tel point que l'administré pourra – en vertu de son droit préexistant – exiger que l'autorisation lui soit délivrée, s'il satisfait à toutes les exigences légales.

160. En droit français, la notion de concession n'est pas foncièrement différente de celle du droit allemand traditionnel, mais elle est un peu plus large. En effet, elle englobe non seulement des actes destinés à conférer à un particulier l'exercice d'un droit appartenant en propre à l'Etat, comme la concession de mines[169], d'occupation du domaine public[170], ou de production d'énergie électrique[171], mais elle s'étend en outre à l'acte par lequel l'Etat charge un particulier de créer et de faire fonctionner un service public, alors même qu'il s'agirait d'une activité dont l'Etat n'a pas juridiquement le monopole. C'est là l'objet de la «concession

---

[169] Duez et Debeyre, op. cit., pp. 607/608.

[170] Duez et Debeyre, op. cit., pp. 800/801. Waline, op. cit., pp. 842/845.

[171] Duez et Debeyre, op. cit., pp. 615/619.

de service public»[172], qui s'utilise, par exemple, pour la distribution de l'eau, du gaz ou de l'électricité, ainsi que pour les transports en commun et l'enlèvement des ordures ménagères dans les villes.

Chez nous comme en France, il arrive fréquemment que des communes confèrent des tâches de ce genre à des entreprises privés. Elles le font par des conventions qui ressemblent fort, par leur objet et par leur contenu, aux concessions de service public du droit français, mais qui n'en portent que rarement le nom[173]. La nature juridique de ces conventions est souvent incertaine, et cela pour les parties elles-mêmes, qui ne savent pas très bien s'il faut y voir des actes de droit public ou de simples contrats civils. Bien souvent, on y trouve pourtant des clauses accordant au partenaire de l'administration un droit d'usage extraordinaire sur le domaine public, ce qui leur donne – en partie tout au moins – le caractère de concessions *stricto sensu*.

161. Dans la discussion qui va suivre, nous envisagerons avant tout les concessions au sens strict, y compris les concessions sur le domaine public[174].

---

[172] Duez et Debeyre, op. cit., pp. 554 ss. Le plus souvent, la concession de service public se combine avec une concession sur le domaine public, l'activité concédée exigeant de par sa nature même une utilisation extraordinaire de ce domaine.

[173] C'est parfois le cas en Suisse romande, où l'influence de la terminologie française se fait sentir.

[174] Nous ne saurions nous engager ici dans le vaste problème des usages spéciaux du domaine public et de leurs diverses modalités. Nous renvoyons à ce sujet le lecteur à la thèse de R. Meyer, Du droit de l'Etat sur le domaine public et des utilisations privatives de ce domaine par les particuliers, Lausanne, 1953. On y trouvera un bon aperçu de la doctrine et de la jurisprudence en Allemagne, en France et en Suisse.

Comme cet auteur, nous admettons que, sauf disposition contraire de la loi, l'administrateur du domaine public peut autoriser des utilisations excédant l'usage commun en accordant à des particuliers soit des permissions précaires et révocables, soit des concessions à caractère contractuel. Telle est aussi l'opinion de Ruck (op. cit., vol. I, pp. 148/151). Ce second procédé se justifie, et ré-

§ 2. *Nature juridique de la concession dans la doctrine et la jurisprudence*

162. On admet aujourd'hui sans discussion que la concession constitue un acte de droit administratif, comme la nomination du fonctionnaire.

En appliquant le double critère proposé dans la première partie de cette étude[175], on ne peut que se rallier à cette opinion. Dans le cas de la concession *stricto sensu* (c'est-à-dire au sens de la doctrine allemande), en effet, on se trouve en présence d'un acte qui relève du droit administratif, parce qu'il a pour objet même un droit, un pouvoir ou une chose de nature publique. Quant à la concession de service public du droit français, il faut la considérer comme un acte de droit administratif, même lorsqu'elle se rapporte à une activité dont l'Etat n'a pas juridiquement le monopole. Si, dans cette hypothèse, il n'y a en effet pas concession d'un droit ou d'un pouvoir de nature publique, l'acte a cependant pour objet d'associer un particulier à l'exécution d'une tâche d'administration publique. Il concerne donc directement l'intérêt général, ce qui suffit à en faire un acte de droit administratif d'après notre double critère.

163. S'il est admis que la concession constitue un acte de droit administratif, la question reste en revanche très discutée, du moins chez nous, de savoir s'il s'agit ou non d'un contrat.

En droit français, il y a longtemps que les opinions et

---

pond même à une nécessité, lorsque l'utilisation dont il s'agit a le caractère d'un service public (transports en commun, service de taxis, distribution d'eau, de gaz ou d'électricité, etc.) ou lorsque, même sans avoir ce caractère, elle suppose de coûteuses installations sur le domaine public (panneaux de sociétés d'affichage, par exemple).

Au cours de notre enquête, on nous a signalé de nombreuses concessions ou «conventions» de ce genre, ce qui montre bien que le procédé contractuel a ici sa raison d'être, parce que répondant à un besoin.

[175] Ch. 66.

la jurisprudence sont fixées sur ce point, spécialement pour la concession de service public. Après avoir été qualifiée jusqu'à la fin du XIXe siècle de pur contrat, cette institution est aujourd'hui considérée en France comme un acte complexe, qui comprend à la fois des éléments «règlementaires» et des éléments contractuels[176]. Les clauses réglementaires sont établies unilatéralement par l'administration, qui peut les modifier en tout temps sans l'accord du concessionnaire. Elles concernent principalement l'organisation ou le fonctionnement du service. Au contraire, les clauses contractuelles sont établies d'un commun accord entre parties et les lient l'une envers l'autre. Elles se rapportent principalement à la situation économique du concessionnaire et consacrent un certain équilibre financier qui ne pourra être rompu ni modifié sans l'accord des deux parties. Il y a cependant une certaine interdépendance entre ces deux éléments de la concession, en ceci que toute modification unilatérale des clauses réglementaires permet au concessionnaire d'exiger une compensation (indemnité, subvention supplémentaire, allègement fiscal, etc.), si cette modification a pour effet de rompre l'équilibre financier primitivement convenu. De ce fait, la concession apparaît essentiellement comme un contrat.

De même, et après quelques hésitations de la doctrine, on admet aujourd'hui en France que les concessions d'occupation du domaine public, au sens le plus large de cette expression (voies publiques, halles, cimetières, abattoirs, ports) constituent des contrats[177].

164. Dans la doctrine allemande et, par contre-coup, dans notre pays, la conception longtemps dominante et aujourd'hui encore très répandue fait de la concession non pas un contrat, mais un acte unilatéral de puissance publique, ou plus exactement un acte administratif par soumission, puis-

---

[176] Duez et Debeyre, op. cit., pp. 555/556. Péquignot, op. cit., pp. 292/294.

[177] Duez et Debeyre, op. cit., p. 800. Waline, op. cit., p. 842.

qu'il y faut l'accord du concessionnaire[178]. C'est là une position purement dogmatique, qui repose sur le postulat que le contrat est impossible et impensable dans les relations de droit public. Aussi n'est-elle d'aucun secours pour résoudre les délicates questions qui se posent en pratique quant aux effets de la concession, notamment la question de l'effet obligatoire bilatéral.

165. Cette constatation devait entraîner la jurisprudence du Tribunal fédéral dans une intéressante évolution. Pendant longtemps, notre haute cour appliqua sans réserve la théorie allemande traditionnelle en traitant la concession non pas comme un acte bilatéral se formant par le commun accord des parties, mais comme un acte unilatéral de puissance publique par lequel le concessionnaire se soumet à la volonté de l'Etat[179]. Le Tribunal fédéral ne s'était toutefois rallié à cette conception que pour pouvoir qualifier la concession d'acte de droit public, ce qui lui eût paru difficile s'il y avait vu un contrat.

Puis, à partir des années 20, on vit notre cour suprême tempérer progressivement cette conception dogmatique en admettant qu'en dépit de son caractère unilatéral, la concession créait, entre l'autorité concédante et le concessionnaire, un rapport juridique comparable au rapport né d'un contrat, en ce qu'il en résulte pour les parties des droits et des obligations réciproques[180].

---

[178] Fleiner, Institutionen, pp. 346 et 380. Ruck, op. cit., vol. I, p. 104. Speiser, op. cit., pp. 40/41. Kellerhals, op. cit., p. 44. Reprenant une ancienne idée de la doctrine allemande, ces deux auteurs admettent cependant qu'en marge de la concession proprement dite, les parties peuvent prendre certains arrangements contractuels.

[179] Voir par exemple, pour la concession de force hydraulique, ATF 43 II 443 ss., JdT 1917 I 618 ss., cons. 2. ATF 47 I 222, JdT 1921 II 102, cons. 2. ATF 50 I 397 ss., JdT 1925 I 467 ss., cons. 2. ATF 53 I 83 ss., JdT 1927 I 280 ss., cons. 2.

Pour la concession de pêche: ATF 63 II 46 ss., cons. 1.

[180] ATF 48 I 197 ss., JdT 1923 I 206 ss., cons. 4. ATF 57 I 329 ss., 334/335. ATF 65 I 290 ss., JdT 1940 I 53 ss., cons. 5 *in fine*.

Dans sa jurisprudence la plus récente, enfin, le Tribunal fédéral analyse la concession en un acte complexe, qui comprend, d'une part, l'application par acte unilatéral de règles générales préexistantes et, d'autre part, «des clauses fixées par l'acte de concession lui-même et fondées sur un accord passé entre l'autorité concédante et le concessionnaire, le cas échéant après des pourparlers entre eux»[181]. Il y aurait donc, dans la concession, des éléments contractuels et des éléments non contractuels.

§ 3. Recherche d'une solution

166. Pour résoudre ce difficile problème de la nature de la concession, il faut éviter toute logomachie en même temps que la pure abstraction dogmatique. Il faut voir l'institution telle qu'elle est, et telle qu'elle doit être pour jouer son rôle, sans trop s'attacher aux questions d'étiquette ou de théorie pure. On ne résout rien, par exemple, en affirmant tout d'abord, pour des raisons dogmatiques, que la concession constitue un acte unilatéral de souveraineté, puis en admettant ensuite, par nécessité fonctionnelle, que cet acte lie les parties de la même façon qu'un contrat. De telles déclarations ne peuvent qu'obscurcir le problème.

167. Ainsi qu'on l'a déjà relevé à propos de la nomination du fonctionnaire, il faut d'autre part se garder de confondre la question de la formation de l'acte, et celle de ses effets, car ces deux questions ne dépendent pas nécessairement l'une de l'autre. C'est d'ailleurs la seconde qui est difficile, et non pas la première. De toute évidence, en effet, la concession n'est jamais parfaite et valable qu'avec l'accord du concessionnaire, ce qui suffit à en faire un acte bilatéral quant à sa formation. Peu importe, de ce point de vue, que le contenu en soit fixé unilatéralement par l'autorité concédante, ou qu'il résulte au contraire d'un véritable débat entre parties.

---

[181] ATF 80 I 239 ss., 246 (concession minière).

Dans les deux cas, c'est en vertu de la double acceptation de l'autorité concédante et du concessionnaire que la concession se forme.

168. La véritable question est de savoir si, et dans quelle mesure, la concession produit des effets obligatoires bilatéraux et lie les parties l'une envers l'autre comme le fait un contrat. Et cette question doit être examinée pour elle-même. Elle dépend, d'une part, de la nature intrinsèque de l'institution, c'est-à-dire de la fonction qui doit être la sienne, et, d'autre part, de la volonté des parties.

Or, de ces deux points de vue, on doit bien constater et reconnaître que, dans la plupart des cas sinon dans tous, la concession contient un élément contractuel, et que le plus souvent cet élément est même prédominant.

D'une part, en effet, les concessions les plus importantes et les plus répandues, telles que les concessions de chemin de fer, de force hydraulique, d'utilisation du domaine public ou de mines, ont pour fonction de servir de base juridique à des activités qui imposent au concessionnaire des prévisions à longue échéance et de gros investissements. Cela suppose une certaine stabilité juridique que seul un acte contractuel ou quasi-contractuel peut assurer. Aussi bien les parties ont-elles en fait la conviction et la volonté instinctives de se lier conventionnellement, ce qui apparaît notamment dans les termes qu'elles utilisent, en parlant par exemple de «contrat de concession» ou de «convention». Le plus souvent, c'est d'ailleurs dans l'intérêt de l'Etat lui-même que de se lier ainsi; car, à ce défaut, il aurait la plus grande peine à trouver des partenaires sérieux pour se charger de l'activité concédée.

169. Est-ce à dire que la concession soit toujours, et dans son entier, un acte contractuel, c'est-à-dire un acte générateur d'un engagement bilatéral? Certes pas. Il peut à vrai dire se produire que les relations entre parties se règlent entièrement par contrat; il en est par exemple ainsi dans le cas des conventions chargeant une entreprise privée de dis-

tribuer l'eau, le gaz et l'électricité sur le territoire d'une commune[182]. Le plus souvent, toutefois, les droits et les obligations des parties sont en partie déterminés par des dispositions générales et impersonnelles qui placent le concessionnaire dans une situation statutaire analogue à celle du fonctionnaire, avec cette conséquence que ces dispositions pouront être modifiées unilatéralement en cours de concession. Il peut même arriver que les relations entre parties soient entièrement réglées de cette façon-là, ce qui fait alors de la concession un acte simplement attributif d'un statut légal et réglementaire, c'est-à-dire un acte-condition au sens où l'entend la doctrine française[183]. Une telle situation se conçoit, par exemple, pour les permis de chasse ou de pêche, dont l'objet n'exige pas nécessairement cette stabilité juridique que procure le procédé contractuel.

Mais il faut ici prendre garde à une confusion de termes à laquelle peuvent prêter les solutions du droit français[184]. Lorsqu'on y parle des «clauses réglementaires» de la concession, on a en vue non pas une réglementation générale et impersonnelle à caractère statutaire, comme celle qui caractérise la situation du fonctionnaire, mais des clauses établies de cas en cas et que l'administration ne pourra modifier unilatéralement sans accorder une compensation financière au concessionnaire.

Les clauses dites réglementaires du droit français restent donc en un certain sens des clauses contractuelles, puisque leur modification, tout en s'imposant au concessionnaire même contre son gré, sont cependant subordonnées à un dédommagement.

170. Cette remarque nous conduit à la question centrale qui domine tout le débat et que de trop nombreux auteurs ont ignorée – ou éludée – en se perdant dans de vaines

---

[182] De façon générale, c'est le cas des concessions sur le domaine public.

[183] Voir plus haut, ch. 72/73.

[184] Voir plus haut, ch. 163.

querelles de mots. Cette question est de savoir sur quels points le concessionnaire se trouve au bénéfice d'une situation acquise (parce que contractuelle), à laquelle la collectivité concédante ne pourra porter atteinte sans compensation, même au nom de l'intérêt public, et quels sont au contraire les points à propos desquels le concessionnaire se trouve dans une situation simplement statutaire, et par conséquent susceptible d'être modifiée sans contre-partie.

D'après la jurisprudence récente du Tribunal fédéral[185], il y aurait situation contractuelle sur les points qui, en marge de la réglementation légale, ont été réglés d'un commun accord entre parties, après discussion et compte tenu de circonstances particulières.

Ce critère paraît insuffisant. Il a notamment le défaut de donner un caractère exceptionnel à l'élément contractuel de la concession, alors que l'idée évidente des parties est le plus souvent d'en faire un élément prédominant, même s'il n'y a pas entre elles pourparlers et discussion. Bien souvent, la concession s'établit comme se formerait un contrat d'adhésion; bien que le contenu de la concession soit établi unilatéralement par l'administration sans véritables pourparlers des parties, celles-ci entendent s'engager réciproquement. Il arrive même que, dans leur esprit, certaines des règles découlant de la loi ou empruntées à son texte soient destinées à les lier pour la durée de la concession.

Ceci étant, on créerait la clarté et la sécurité juridiques en posant ce double principe que, d'une part, ce qui est spécialement réglé dans la concession ou dans un acte annexe lie contractuellement les parties, même en cas de modification de la loi, tandis que les règles découlant d'une réglementation générale (loi ou règlement) placent le concessionnaire dans une situation statutaire et peuvent donc être modifiées en tout temps, sans compensation.

Mais ce double principe ne vaudrait que sous réserve de stipulations contraires et serait donc susceptible d'excep-

---

[185] ATF 80 I 239 ss., cons. 2 et 3.

tions. Sur certains points qu'elle règle spécialement, la concession pourrait réserver une future réglementation légale. Mais, sur d'autres points réglés par la loi, elle pourrait inversément donner des garanties au concessionnaire pour le cas de nouvelles mesures législatives. Cela ne serait cependant possible que dans les limites de la liberté contractuelle de l'Etat. C'est ainsi que la collectivité concédante ne saurait s'interdire par avance l'usage de son pouvoir de police, c'est-à-dire renoncer à prendre des mesures tendant à protéger la sécurité, la tranquillité ou la salubrité publiques.

Chapitre XIII

La délégation de tâches d'administration publique à des particuliers

§ 1. Introduction

171. Il arrive de plus en plus souvent qu'au lieu d'accomplir lui-même certaines tâches d'administration publique, en créant l'organisation nécessaire, l'Etat s'en décharge sur des particuliers ou des institutions privées, tout en se réservant des pouvoirs de surveillance plus ou moins étendus.

Dans certains cas, cette délégation se réalise au profit de personnes privées qui exercent l'activité dont il s'agit à titre professionnel et pour leur propre compte, au lieu de s'y livrer en qualité d'agents de l'Etat et pour le compte de celui-ci. Tel est par exemple le cas, dans de nombreux cantons, de l'instrumentation des actes authentiques par le notaire ou de l'activité du géomètre officiel, ou de cette branche de la police du feu que constituent le contrôle et le ramonage périodiques des cheminées[186].

Dans les cas de ce genre, la délégation a pour but principal de faire bénéficier l'Etat, et peut-être l'administré lui-même, des divers avantages de la gestion privée.

---

[186] Voir en outre les exemples plus particuliers que nous donnons plus loin, note 201.

Il arrive aussi que l'Etat confie l'une de ses tâches administratives à une autre collectivité publique, de même rang ou de rang inférieur, soit pour se décharger, soit pour bénéficier d'une organisation existante, soit encore pour que l'exécution de la loi se rapproche de l'administré.

172. Mais les délégations les plus importantes et les plus nombreuses interviennent aujourd'hui au profit d'associations ou d'institutions privées, dont l'Etat recherche – ou accepte – la collaboration pour bénéficier de leurs connaissances techniques et pour obtenir une meilleure compréhension de la part des milieux intéressés, que ces associations ou institutions groupent ou représentent. C'est, on le sait, pour l'application de la législation économique que cette collaboration a pris le plus d'extension, en vertu d'une tendance politique que consacre depuis 1947 l'art. 32 al. 3 de la Constitution fédérale et qui se manifeste dans une série de lois récentes[187]. Cette collaboration a également pris de l'importance en matière d'assurances sociales, plus spécialement pour l'assurance-vieillesse et survivants[188].

§ 2. Légalité de la délégation

173. Quant à leur validité, par rapport à la constitution et à la loi, de telles délégations se présentent très différemment suivant leur étendue et leur objet. Si le rôle du collaborateur de l'Etat se limite à des travaux matériels[189], à des études, à des enquêtes générales, voire à des pré-

---

[187] Par exemple: LF du 3 octobre 1951 sur l'agriculture (ROLF 1953, p. 1095), art. 120. AF du 22 juin 1951 sur les mesures propres à sauvegarder l'existence de l'industrie horlogère suisse (ROLF 1951, p. 1239), art. 9. On trouvera de nombreux autres exemples dans la thèse de H.-G. Giger, Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, Berne, 1951.

[188] LF du 20 décembre 1946, art. 53 ss.

[189] Par exemple: déblaiement des neiges sur les routes d'une commune, ou enlèvement des ordures ménagères dans une ville.

avis[190], la délégation paraît admissible même en l'absence de toute base constitutionnelle ou légale, car une collaboration de ce genre reste sans influence directe sur la situation juridique de l'administré et elle n'excède pas la liberté dont dispose l'administration quant à l'organisation de son travail.

174. Il en va très différemment lorsque la délégation porte sur l'exécution même de la loi, et qu'elle a pour objet un pouvoir de puissance publique, que ce soit le pouvoir d'édicter des prescriptions d'exécution, ou celui de prendre des décisions d'application de la loi, ou de prélever des taxes, ou d'exercer une quelconque contrainte. Dans de tels cas, une base légale est en tout cas nécessaire, car le pouvoir d'exécuter la loi est non pas un droit cessible ou aliénable, mais une compétence qui, de par sa nature même, ne peut normalement ni se transférer ni se déléguer. On ne saurait en tout cas invoquer le pouvoir d'organisation de l'autorité exécutive pour justifier une délégation en marge de la loi, car ce pouvoir se limite à la répartition des tâches au sein même de l'administration.

On pourrait même se demander si la délégation d'un pouvoir de puissance publique à un particulier ou à une association privée ne suppose pas une base constitutionnelle, étant donné que la constitution elle-même confie l'exécution des lois administratives à l'autorité exécutive. C'est là une question que le Tribunal fédéral a cependant laissée ouverte[191], non sans admettre qu'à défaut de certaines garanties pour l'administré, la délégation de pouvoirs à une association privée pourrait se heurter à l'article 4 Const. féd. Parmi ces garanties nécessaires, il faut à notre avis exiger pour le moins qu'un recours soit ouvert à l'ad-

---

[190] En matière de police du commerce et de législation économique, l'habitude se prend de plus en plus de consulter certaines associations professionnelles avant d'appliquer la loi à un cas concret.

[191] ATF 65 I 65 ss., JdT 1939 I 553 ss., cons. 3, litt. b.

ministré auprès d'une autorité publique contre les décisions de l'association privée, et que ce recours soit organisé de façon à assurer un examen sérieux et impartial de chaque cas contesté[192].

§ 3. *Délégations conventionnelles*

175. La délégation de tâches administratives à des particuliers ou à des associations privées se réalise tantôt par la loi elle-même, qui en fixe de façon exhaustive les conditions et les modalités, tantôt par acte individuel, tantôt enfin par une combinaison de ces deux procédés.

Dans le premier cas, il faut admettre, sauf disposition contraire de la loi, que le particulier ou l'association privée se trouve dans une situation statutaire et que sa désignation a le caractère non pas d'un contrat, mais d'un acte attributif de droit public, avec cette conséquence qu'une modification unilatérale du statut légal demeure possible en tout temps. Telle est, par exemple, la situation des notaires, là où ces «officiers publics» ne sont pas fonctionnaires, ou celle des caisses de compensation d'assurance-vieillesse et des associations qui les gèrent.

176. Lorsque la délégation se réalise par acte individuel, sans être préalablement réglée par la loi, elle prend souvent la forme d'une convention, qui en fixe les conditions et les modalités. Voici à ce sujet quelques exemples:

a) Selon l'article 21 al. 3 de la loi fédérale du 24 janvier 1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant[193], le contrôle de l'exécution des prescriptions de sécurité applicables aux installations à fort courant incombe – sauf pour les chemins de fer – à «un inspectorat spécial désigné par le Conseil fédéral». Celui-ci a confié cette tâche, en 1903 déjà, à l'Association suisse des électriciens,

---

[192] Peut-être devrait-on exiger aussi que l'Etat exerce un contrôle régulier et sérieux sur l'activité de son collaborateur privé, ce qui n'est en fait pas toujours le cas.

[193] RS vol. 4, p. 798.

à Zurich. C'est actuellement un arrêté du 29 décembre 1947[194] qui réalise la délégation dans son principe, les droits et les obligations de l'inspectorat étant en revanche définis dans une convention[195] entre le département fédéral des postes et des chemins de fer et l'Association suisse des électriciens[196].

b) En application de la loi fédérale sur l'agriculture (art. 59) et des dispositions qui la complètent[197], les cantons ont, par convention, chargé soit une association professionnelle, soit un groupe de fédérations laitières, d'organiser et d'entretenir un service d'inspection et de consultation en matière d'économie laitière. Ce service a notamment pour tâche de veiller à l'application de diverses prescriptions légales et réglementaires. Chose surprenante, ce sont ces conventions – et non des règlements publics – qui organisent des commissions de surveillances, des commissions pénales et des commissions de recours. Ces conventions n'ont pourtant pas été officiellement publiées.

c) Par contrat du 20 janvier 1947, la Confédération a chargé l'Association suisse des fabricants de machines de créer et de gérer un office chargé de coopérer à l'application de la loi fédérale du 6 avril 1939 sur la garantie contre les risques à l'exportation[198]. Cet office procède à l'examen préalable des demandes et intervient ensuite dans l'exécution

---

[194] RS vol. 4, p. 951.

[195] On trouvera le texte de cette convention dans le Recueil des lois et ordonnances fédérales concernant les installations électriques, édité par le département fédéral des postes et des chemins de fer, 5e éd., 1958.

[196] On rencontre d'autres délégations semblables, tant en droit fédéral que dans les cantons, pour l'application d'autres prescriptions techniques de police et de sécurité.

[197] Arrêté sur le statut du lait, du 29 septembre 1953 (ROLF 1953, p. 1132) et Ordonnance du 29 décembre 1954 sur le service d'inspection et de consultation en matière d'économie laitière (ROLF 1954, p. 1402), spécialement art. 2.

[198] RS vol. 10, p. 495.

des décisions accordant des garanties[199]. On remarquera que, dans ce cas, la délégation est dépourvue de toute base légale, la loi du 6 avril 1939 ne prévoyant pas le concours des associations[200].

d) Dans des localités ou des quartiers où le public doit pouvoir consigner des envois postaux sans qu'il se justifie cependant de créer un bureau en régie, l'administration fédérale des postes charge parfois un particulier, le plus souvent un commerçant, de gérer sous sa responsabilité à lui, et dans ses propres locaux, mais contre rétribution, un office destiné à l'ensemble du service postal ou seulement à l'expédition des colis et à la vente des timbres. Cela fait l'objet d'un contrat conclu pour une durée indéterminée, mais résiliable en tout temps moyennant préavis de trois mois[201].

---

[199] Pour plus de détails quant au rôle de cette association, voir les thèses de L. Killias (Zürich 1946) et de M. Osterwalder (Berne 1944) sur la garantie contre les risques à l'exportation par la Confédération.

[200] Le projet de nouvelle loi fédérale sur la garantie contre les risques à l'exportation, tel que présenté aux Chambres par Message du 13 mai 1958 (FF 1958 I 1021 ss.), prévoit en revanche que «des organisations de l'économie peuvent être appelées à collaborer à l'application de la présente loi» (art. 14).

[201] Notre enquête nous a révélé l'existence de très nombreuses conventions semblables à celles que nous venons de citer. Il s'agit par exemple de conventions conclues par des cantons avec:

– des institutions privées, concernant l'internement de buveurs ou, de façon plus générale, l'exécution de mesures de sûreté.

– des hôpitaux privés, qui se chargent de l'hospitalisation des indigents.

– des associations pour la lutte contre la tuberculose, qui se chargent de procéder dans la population à des examens radiophotographiques et à des vaccinations préventives.

– des institutions privées, qui se chargent du patronage des détenus libérés, ou de la surveillance d'adolescents placés par l'autorité tutélaire dans une autre famille que la leur.

– des caisses privées d'assurance-maladie, qui s'engagent à assurer à des conditions déterminées les personnes que la législation cantonale soumet à l'assurance-obligatoire.

177. Quant à leur nature, les conventions de ce genre ne font pour nous guère de doute. Il faut y voir des contrats de droit administratif, en raison de leur objet même qui est d'associer un particulier ou une association privée à l'exécution d'une tâche d'administration publique[202]. Ce caractère est plus évident encore lorsqu'il y a délégation d'un pouvoir de puissance publique, comme cela se produit dans les cas mentionnés sous lettres a) et b) ci-dessus[203].

On aura au surplus remarqué, par les précédents exemples, que ces contrats présentent souvent de grandes analo-

---

[202] Par conséquent, c'est selon nous à tort que le Tribunal fédéral a qualifié de contrat civil la convention par laquelle trois communes alpestres avaient chargé un médecin de donner des soins médicaux aux habitants de leur territoire et de faire des visites officielles régulières en plusieurs endroits déterminés (ATF 54 II 120 ss., JdT 1928 I 392 ss.). Ce contrat avait en effet pour objet l'exécution d'une tâche que les communes avaient manifestement considérée comme une tâche d'administration publique, aucun médecin ne voulant prendre le risque de s'installer à ses risques et périls dans les régions reculées et pauvres dont il s'agissait.

A plus forte raison a-t-on affaire à un contrat de droit administratif lorsque, par convention, l'Etat confie une tâche d'administration publique à une autre collectivité publique, de même rang ou de rang inférieur (ATF 67 I 277 ss.), ou encore dans le cas où deux collectivités publiques conviennent d'entreprendre en commun une œuvre d'administration publique (ATF 52 II 459 ss., JdT 1927 I 206 ss. ATF 58 II 444 ss.).

[203] Lorsque la convention ne délègue aucun pouvoir de puissance publique, et qu'elle a d'autre part pour objet une activité de nature commerciale, elle se rapproche évidemment des marchés de travaux publics que nous avons en principe considérés comme des contrats civils (voir plus haut, ch. 90). Il y aura donc des cas-limites, à propos desquels on pourra hésiter. Il en sera ainsi, par exemple, de la convention par laquelle une commune charge une entreprise privée du déblaiement des neiges sur la voie publique ou de l'enlèvement des ordures ménagères. Dans des cas de ce genre, la question sera de savoir si l'activité dont il s'agit touche en elle-même l'intérêt public au point qu'on doive la considérer comme une tâche administrative. S'il en est ainsi, on admettra qu'il y a contrat de droit administratif.

gies avec la concession, notamment la concession de service public selon la terminologie française.

178. Quant à la validité de ces conventions, elle dépend des principes posés plus haut[204]. Dès qu'il y a délégation d'un pouvoir de puissance publique, une base légale est à notre avis nécessaire.

D'aucuns iront jusqu'à se demander si, en principe et même avec une base légale, le contrat est un procédé admissible pour réaliser une telle délégation. La question appelle une distinction, suivant qu'il s'agit des effets de la délégation à l'égard de l'administré, ou de l'aménagement des relations internes entre l'Etat et son collaborateur privé.

A l'égard de l'administré qui se trouvera soumis à un pouvoir de puissance publique exercé par un particulier ou une association privée, la délégation ne peut se réaliser simplement par la convention liant l'Etat à son collaborateur privé, car cette convention – comme tout contrat – n'a et ne peut avoir d'effets qu'entre parties. A l'égard de l'administré, il faut un acte public (arrêté, décret, règlement). Un tel acte existe pour l'inspectorat des installations à fort courant; il fait en revanche défaut – du moins dans le canton de Vaud – dans le cas des conventions relatives à l'économie laitière, qui appellent de ce fait de très sérieuses réserves.

S'agissant en revanche de l'aménagement des relations internes entre l'Etat et son collaborateur privé, le procédé contractuel ne se heurte à aucune objection de principe. Il semble même assez indiqué lorsque, d'une part, la délégation appelle une réglementation individuelle parce que constituant une opération isolée et que, d'autre part, le mandataire de l'Etat assume des risques (aménagement de bureaux, engagement de personnel) justifiant une certaine sécurité juridique.

---

[204] Ch. 173/174.

§ 4. *Le contrat de stockage obligatoire*[205]

179. Pour assurer le ravitaillement du pays en période troublée, la loi fédérale du 30 septembre 1955 sur la défense nationale économique[206] autorise le Conseil fédéral à conclure des contrats par lesquels des particuliers s'engagent à constituer sur territoire suisse des stocks de marchandises déterminées, à leur vouer tous leurs soins, et à les compléter au fur et à mesure des prélèvements (art. 4 et 7)[207].

180. Ces contrats se présentent sans aucun doute comme des *actes administratifs*, et non comme des contrats civils.

Cela ressort tout d'abord de la loi elle-même (art. 33 et 34), qui soumet les contestations entre parties en première instance à une Commission spéciale, puis, en seconde instance, au Tribunal fédéral statuant sur recours de droit administratif[208].

Mais, d'après les critères proposés plus haut, cette solution s'imposerait même si la loi ne l'avait pas prescrite. En effet, ces contrats ont pour objet de faire directement participer des particuliers à l'exécution d'une tâche que la Confédération a entreprise dans l'intérêt général du pays, c'est-à-dire à l'exécution d'une tâche d'administration publique[209].

---

[205] M. Imboden ayant, dans son rapport (pp. 176a et ss.), procédé à une analyse détaillée de ce type de contrat, nous nous limiterons ici à quelques remarques générales.

[206] ROLF 1956, p. 89.

[207] De tels contrats étaient déjà prévus par la loi fédérale du 1er avril 1938 tendant à assurer l'approvisionnement du pays en marchandises indispensables (RS, vol. 10, p. 777). L'institution n'est donc pas nouvelle.

[208] On peut donc parler ici de contrat de droit administratif par détermination de la loi.

[209] C'est aussi pour ce motif que le Tribunal fédéral a considéré ces contrats comme des actes de droit public, cela sous l'empire de l'ancienne loi, qui n'ouvrait pas expressément la voie du recours de droit administratif comme le fait la loi actuelle (arrêt non publié du 19 décembre 1956, ERPAG Erdölprodukte A.G. c/ Confédération).

Dans un prononcé sur recours du 1er juillet 1954 (JAAC, vol.

Au lieu de constituer elle-même des stocks de marchandises pour assurer le ravitaillement du pays en période troublée, ce qui l'eût exposée à de gros risques et l'eût entraînée dans d'importantes dépenses, la Confédération a jugé plus expédient de recourir à la collaboration des entreprises privées.

Il s'agit donc bien d'un cas de délégation de tâches d'administration publique à des particuliers, ce qui explique pourquoi nous en parlons dans le présent chapitre.

181. Qu'on se trouve bien en présence d'un *véritable contrat*, et non d'un acte administratif unilatéral, le texte de la loi le montre déjà clairement.

Mais à cela s'ajoute le fait que, d'une part, cet acte se forme par l'accord des parties[210] et que, d'autre part, il est manifestement destiné à les lier l'une envers l'autre. Il a donc bien, en lui-même, le caractère d'une convention. Peu importe que, pour l'essentiel, les clauses soient fixées unilatéralement par l'administration, dans une sorte de contrat-type[211]. Juridiquement, l'administré garde en effet la

---

24, N° 147), le département fédéral de l'économie publique a, lui aussi, qualifié ces contrats de «conventions de droit public», comme si cela allait de soi. Il en a déduit que les peines conventionnelles avaient dans ce domaine le caractère de prestations de droit public.

[210] Par les facilités qu'elle accorde à ceux qui acceptent de constituer des réserves obligatoires (art. 10), et par les inconvénients auxquels elle expose ceux qui n'y consentent pas (art. 8), la loi exerce à vrai dire une contrainte indirecte sur les entreprises pour les amener à conclure des contrats de stockage. Nous nous rallions entièrement aux critiques que M. Imboden formule à ce sujet (pp. 180a/181a), mais nous pensons, comme lui, que cette contrainte indirecte ne suffit pas à enlever à ces conventions le caractère de véritables contrats.

[211] C'est en raison de cette circonstance que, dans l'arrêt ERPAG cité plus haut (note 209), le Tribunal fédéral a hésité à reconnaître dans cette institution un véritable contrat, se demandant s'il ne s'agissait pas plutôt d'un acte comparable à la nomination du fonctionnaire ou à la concession, c'est-à-dire d'un acte administratif par soumission.

liberté d'accepter ou de refuser l'offre qui lui est présentée, comme dans le cas du contrat d'adhésion, et c'est cela qui est déterminant.

182. Il convient de relever enfin que – sous réserve de recours – la loi (art. 25) donne à l'administration le pouvoir unilatéral de prendre des mesures coercitives et de prononcer des sanctions au cas où son cocontractant n'observerait pas les conditions stipulées. Il y a là une particularité qui vient encore corroborer le caractère administratif de ces conventions, et qui s'accorde – en principe tout au moins – avec les suggestions que nous présenterons plus loin[212] quant à l'exécution des contrats de droit public.

Chapitre XIV

L'allocation de subventions publiques[213]

§ 1. Le problème

183. Jusqu'à une époque très récente, on considérait comme allant de soi, en droit suisse, que l'allocation de subventions publiques se fait par acte administratif unilatéral, et non par contrat[214]. On partait de l'idée qu'en accordant des subventions, l'Etat accomplit un acte souverain, et que l'administré se trouve par conséquent lié à lui par un rap-

---

[212] Ch. 236 ss.

[213] Voir les études spéciales de Alfred Matti, Die Bundessubvention als Rechtsinstitut des schweizerischen Bundesrechtes, thèse, Zurich, 1929, D. Schindler, Die Bundessubventionen als Rechtsproblem, thèse, Zurich, 1951, et B. Kistler, Contribution à l'étude juridique des subventions fédérales, thèse, Lausanne, 1956, où l'on trouvera notamment une bonne bibliographie de la question.

[214] ATF 50 II 293 ss., JdT 1925 I 145 ss., cons. 1. ATF 62 II 291 ss., 298. JAAC, vol. 11, N° 29, et vol. 18, N° 94. Schindler, op. cit., p. 231.

En droit français, il est en revanche admis que l'octroi d'une subvention peut prendre la forme d'un véritable contrat: Duez et Debeyre, op. cit., p. 599.

port de subordination non-contractuel. On relevait, en outre, que l'Etat décide librement et unilatéralement du montant et des modalités de la subvention, l'administré ne pouvant que se soumettre à cette décision ou renoncer à l'aide des pouvoirs publics.

Cette vue reposait cependant sur un dogmatisme excessif et ne tenait pas assez compte de la réalité, qui se présente de façon beaucoup plus complexe. Il est exact que, dans de nombreux cas, l'allocation de subventions se fait par de simples décisions administratives unilatérales, qui sont tantôt des actes d'application de la loi, tantôt des décisions constitutives. Mais il est tout aussi certain que l'Etat accorde parfois des subventions en usant du procédé contractuel, et même en passant des contrats en bonne et due forme.

184. Ainsi, et pour prendre un exemple à la fois récent et largement connu, c'est par contrats que la Confédération a accordé d'importantes subventions à la société Réacteur S.A., pour lui permettre d'entreprendre dans l'intérêt du pays des expériences et des recherches en rapport avec l'utilisation pacifique de l'énergie atomique[215].

---

[215] Le Conseil fédéral a donné un résumé de ces contrats dans son Message du 26 avril 1957 concernant un article constitutionnel sur l'énergie atomique et la protection contre les radiations (FF 1957).

Comme autre exemple du même genre, on peut citer les contrats conclus pendant la dernière guerre entre la Confédération et la S.A. pour la saccharification du bois (à Domat-Ems), concernant la fabrication et la prise en charge de carburant de remplacement. (Voir, au sujet de ces contrats: W. Kägi, H. Zwahlen et A. Züblin, Gutachten über die Rechtsbeziehungen zwischen der Eidgenossenschaft, dem Kanton Graubünden und der Holzverzuckerungs A.G., Zürich, 1953; cette consultation admet qu'il s'agissait là de contrats de droit public.) Ces contrats n'étaient cependant pas de simples actes de subventionnement. Ils avaient aussi pour objet d'organiser une sorte de collaboration entre la Confédération et son cocontractant, en quoi ils appartenaient à la catégorie dont nous avons parlé au chapitre précédent.

La question à élucider n'est donc pas tant celle de l'existence de contrats de subventionnement, que de savoir dans quels cas il y a contrat à la base des relations entre l'Etat et le bénéficiaire de la subvention.

§ 2. Subventions non-contractuelles

185. Une analyse des diverses conditions dans lesquelles des subventions peuvent être accordées conduit à faire des distinctions essentielles[216] que la doctrine traditionnelle a eu le tort de méconnaître ou de sous-estimer, comme si toutes les subventions étaient du même type.

186. Une première distinction oppose les subventions qui, étant un but en elles-même, tendent simplement à venir en aide au subventionné, sans dépendre d'une certaine action de sa part[217], et les subventions qui ont au contraire pour cause juridique une action déterminée du bénéficiaire.

Dans la première de ces deux catégories, on trouve, par exemple, les secours d'assistance – qui sont des subventions au sens large –, ou les subventions périodiques et inconditionnelles dont bénéficient certaines institutions de bienfaisance ou d'utilité publique, ou encore l'aide financière accordée aux victimes d'un cataclysme pour leur permettre de subvenir à leurs premiers besoins, ou aux entreprises menacées dans leur existence en période de crise.

Les subventions de ce genre constituent des prestations unilatérales que l'Etat accorde par un acte souverain – du

---

[216] C'est un des principaux mérites de la thèse Kistler que d'avoir mis ces distinctions en évidence, sur la base d'une étude minutieuse de la législation et de la pratique fédérales. Les idées que nous présentons ici doivent beaucoup à ce travail d'analyse et de défrichement.

[217] Kistler estime que, dans cette éventualité, il n'y a pas subvention *stricto sensu.* Il limite en effet la notion de subvention aux cas où la prestation de l'Etat a pour cause juridique un certain «comportement» d'intérêt public du bénéficiaire (op. cit., pp. 11, 20/24). Mais il n'y a là qu'une question de terminologie sans importance quant au fond du problème.

pouvoir législatif ou de l'autorité exécutive – et qui, de par leur nature même, ne font normalement pas l'objet d'un contrat.

187. Le plus souvent, cependant, la subvention a pour cause juridique un certain comportement – actif ou passif – du subventionné, comportement qui sert l'intérêt public et dont l'Etat veut, de ce fait, prendre une partie des frais à sa charge.

Ainsi que Kistler l'a fort bien mis en évidence[218], le comportement qui est la cause juridique de la subvention est tantôt obligatoire, en vertu d'une obligation légale ou contractuelle préexistante, tantôt facultatif. Et, dans cette seconde hypothèse, il doit parfois précéder l'acte juridique qui alloue la subvention, alors que d'autres fois il n'interviendra qu'après cet acte.

Comme exemples de subventions pour comportement obligatoire, on peut citer celles que la Confédération verse parfois aux cantons lorsqu'elle les oblige à organiser l'exécution de certaines de ses lois, ou encore les subsides pour construction d'abris anti-aériens dans de nouveaux immeubles, ou enfin les allocations versées aux nouveaux officiers de l'Armée pour leur faciliter l'achat des uniformes qu'ils doivent se procurer à leurs frais. On remarquera, par ces exemples, que les subventions de ce type ont le caractère d'un dédommagement pour les frais consécutifs à l'exécution d'une obligation de droit public. Mais elles ne couvrent pas la totalité de ces frais, et elles ne sont même pas toujours proportionnées à la dépense effective. C'est en quoi elles se distinguent d'une indemnité à caractère de dommages-intérêts, telle que l'indemnité d'expropriation, par exemple.

188. Là encore, le procédé contractuel ne s'utilise guère. Tantôt la loi – ou le règlement – fixe de façon exhaustive et impérative les conditions et les modalités de la subven-

---

[218] Op. cit., pp. 25 ss.

tion, qui est alors allouée dans chaque cas d'espèce par une décision d'application purement déclarative. Tantôt, c'est l'autorité exécutive qui décide dans chaque cas, par un acte constitutif, du principe et du montant de la subvention, en vertu d'une habilitation générale de la loi ou d'un simple crédit budgétaire.

Dans les deux hypothèses, c'est bien par un acte unilatéral et souverain de l'Etat – loi ou décision administrative – que le droit à la subvention prend naissance. Le procédé contractuel n'aurait d'ailleurs guère de raison d'être pour de telles subventions. Il n'y a en effet pas échange de prestations, puisque le comportement du subventionné est déjà obligatoire en vertu d'un rapport de droit préexistant. Il n'y a de ce fait pas lieu pour les parties de se mettre d'accord sur leurs obligations réciproques et, d'autre part, le subventionné n'a pas besoin de cette sécurité que crée le contrat, puisque ses propres obligations, partant ses propres charges et décisions, ne dépendent pas de la subvention.

189. Restent les subventions qui ont pour cause juridique – et pour justification politique – un comportement facultatif, c'est-à-dire un comportement, actif ou passif, auquel le subventionné n'était pas juridiquement tenu en vertu d'une obligation indépendante et préexistante.

On doit ici faire une nouvelle distinction, suivant que la décision allouant la subvention est antérieure ou, au contraire, postérieure, au comportement qui en est la cause.

190. Si la décision allouant la subvention intervient après que le subventionné ait fait ce qu'il fallait pour l'obtenir, il ne saurait être question de contrat[219]. Dans ce cas, en effet, un accord n'aurait pas de sens, et c'est nécessairement par un acte unilatéral que la subvention est décidée. Il en est notamment ainsi dans l'hypothèse où, par une loi ou par un règlement, l'Etat a prévu d'avance une subvention de montant déterminé en faveur de personnes accomplissant

[219] Il faut cependant réserver l'hypothèse d'une transaction conventionnelle en cas de contestation quant au droit à la subvention.

telle action précise d'intérêt public[220]. C'est évidemment par une décision unilatérale – et déclarative – que la subvention sera ensuite allouée.

On pourrait à vrai dire soutenir que, dans cette hypothèse, la loi ou le règlement qui prévoit la subvention a le caractère d'une promesse publique, et qu'un lien contractuel ou quasi-contractuel se noue par conséquent avec le subventionné au moment où celui-ci accomplit l'acte donnant droit à la subvention. Si elle peut se justifier dans les relations de droit privé, une telle construction n'aurait cependant guère de raison d'être en droit public, lorsque l'offre de subvention prend la forme d'une loi ou d'un règlement avec force de loi. En effet, la loi donne à l'administré autant de sécurité et de garantie qu'un engagement contractuel, car on doit admettre que le principe de la non-rétroactivité interdit à l'Etat de modifier sa réglementation générale à l'égard de ceux qui ont déjà accompli l'acte dont dépend le droit à la subvention. D'autre part, une explication contractuelle serait boîteuse et artificielle en ceci que, dans l'hypothèse envisagée, il n'y a pas véritablement accord de volontés. Il faut donc admettre, dans cette hypothèse, que la subvention est due en vertu d'une obligation légale de l'Etat, et qu'elle est attribuée dans chaque cas d'espèce par une décision unilatérale déclarative, c'est-à-dire par une décision d'application de la loi.

§ 3. Les subventions contractuelles

191. Les choses se présentent tout autrement lorsque l'acte juridique qui alloue la subvention précède le comportement qui la justifie, et que cet acte détermine, d'un commun accord entre parties, d'une part le montant – ou les bases de calcul – de la subvention, et d'autre part ce que le subventionné aura à faire en contre-partie. Dans cette hypothèse, tous les éléments d'un contrat, et même d'un con-

[220] Citons, à titre d'exemple, les lois accordant une «prime» ou un «subside» pour la destruction d'animaux nuisibles.

trat synallagmatique, se trouvent réunis. Il y a accord de volontés portant sur des prestations réciproques, chacune des parties s'obligeant en raison de l'engagement pris par l'autre.

C'est ainsi que les choses se passent, le plus souvent tout au moins, pour les subventions fédérales en matière de corrections de cours d'eau[221], ou pour l'aide aux entreprises privées de chemin de fer et de navigation[222]. On peut aussi citer comme exemple l'allocation de subsides pour achats de camions utilisables par l'Armée[223].

192. Il peut à vrai dire se produire, dans des cas semblables, que les obligations du subventionné soient définies par la loi, et non par l'acte de subventionnement lui-même. Pour nous, il y a néanmoins contrat, si les deux parties entendent s'engager réciproquement, chacune d'elles ne s'obligeant qu'en raison de l'engagement pris par l'autre. Dans

---

[221] A son art. 5, le règlement d'exécution de la loi fédérale du 22 juin 1877 concernant la police des eaux dans les régions élevées (RS vol. 4, p. 975) dispose qu'en acceptant le subside fédéral promis, le canton assume l'obligation d'exécuter le travail conformément à la loi.

[222] A son article premier, l'Arrêté fédéral du 3 octobre 1951 (ROLF 1952, p. 81) parle de «convention fondée sur la législation fédérale relative à l'aide aux chemins de fer privés». Voir en outre G. Dreyer, L'aide aux chemins de fer privés et la notion de subvention fédérale, Zbl., 1944, pp. 289 ss. L'auteur estime que ces subventions sont accordées par décision administrative unilatérale, mais que cette décision crée cependant un droit en faveur du bénéficiaire (p. 293).

[223] Selon Arrêté du Conseil fédéral du 2 juin 1944 (RS vol. 5, p. 385). Bien que l'art. 3 du dit arrêté qualifie ces subsides de «contributions volontaires unilatérales», le Tribunal fédéral a admis, en matière fiscale, qu'il y avait là des obligations réciproques reposant sur un contrat (RDAF 1950, pp. 124 ss., 125).

On peut encore citer, dans un tout autre domaine, le cas d'un subside accordé, en application de la législation sur le ravitaillement du pays en blé, pour la reconstruction d'un moulin incendié. Il y a là un contrat, ainsi que la Division fédérale de justice l'a admis en parlant d'une promesse qui liait la Confédération, et tout en persistant à dire que la subvention reposait sur un acte administratif unilatéral (JAAC, vol. 18, N° 94).

cette hypothèse, le subventionné ne se trouve pas dans une situation statutaire, mais bel et bien dans une situation contractuelle, avec cette conséquence essentielle que les obligations définies dans la loi deviennent partie intégrante du contrat et ne pourront donc pas être modifiées unilatéralement. En d'autres termes, on se trouve en présence d'une situation semblable à celle que crée le contrat d'adhésion.

Les adversaires irréductibles du contrat de droit administratif ne manqueront pas de soutenir que, dans cette hypothèse, et même dans le cas où c'est l'acte de subventionnement qui définit les obligations des parties, cet acte reste un acte administratif unilatéral, mais subordonné à l'acceptation du subventionné et créateur d'un droit acquis pour ce dernier. Ces deux derniers points étant admis, pourquoi se refuser néanmoins à parler de contrat ?

193. Lorsque la loi donne à l'administration le pouvoir général d'allouer des subventions à des fins déterminées, mais sans en définir elle-même les conditions ni les bases de calcul, l'autorité exécutive dispose d'une liberté d'action qui lui permet soit de tout régler dans une ordonnance d'exécution et d'agir ensuite, dans chaque cas d'espèce, par décision d'application de cette ordonnance, soit de procéder par contrat.

Ce second procédé se justifie soit lorsque les bénéficiaires sont nécessairement peu nombreux, tout en constituant chacun un cas particulier appelant une réglementation spéciale, soit dans le cas où les obligations du subventionné sont telles qu'elles exigent, en contre-partie, la sécurité que donne le contrat[224]. Dans de telles circonstances, le procédé contractuel sera parfois le seul qui permette à l'Etat d'obtenir le concours de partenaires sérieux et qualifiés.

---

[224] En nous renseignant, lors de notre enquête, sur les contrats conclus avec la société Réacteur S.A., l'autorité fédérale relevait qu'on aurait pu, dans ce cas, procéder par décision administrative (*einseitige Verfügung*), mais qu'en raison de la nature même des problèmes à régler, les parties ont préféré se lier réciproquement en se servant du contrat. En raison des investissements qu'elle de-

194. On aboutit ainsi à la conclusion que, sans être le procédé normal pour l'allocation de subventions publiques, le contrat a cependant un rôle justifié à jouer dans ce domaine. On admettra l'existence d'un contrat – même si les parties n'ont pas usé de ce terme – lorsque l'acte individuel qui accorde la subvention oblige le bénéficiaire à un certain comportement – le plus souvent une certaine action – d'intérêt public, et s'il ressort des circonstances que le subventionné ne s'est ainsi engagé qu'en raison de la subvention promise.

195. De tels contrats apparaissent manifestement comme des conventions de droit administratif et non comme des contrats civils. A l'appui de cette affirmation, on pourrait se contenter de relever que, de l'avis aujourd'hui unanime de la doctrine[225] et de la jurisprudence[226], la subvention est elle-même une prestation de droit public, et que l'acte juridique qui y donne droit a donc le même caractère.

Mais cette justification ne serait pas suffisante, ni même valable, car il se pourrait qu'elle repose en réalité sur une pétition de principe. Fidèles à la théorie des deux sujets, la doctrine dominante et la jurisprudence considèrent en effet les subventions comme des prestations de droit public parce que l'Etat les accorde par un acte souverain et unilatéral plaçant le subventionné sous son autorité. Si c'est vraiment la nature juridique de l'acte attributif qui détermine celle de la subvention elle-même, on ne saurait faire intervenir la nature de la subvention pour qualifier l'acte attributif lorsqu'il prend l'aspect d'un contrat. Poussée jusqu'à ces

---

vait effectuer, et des risques qu'elle prenait, on comprend que la société subventionnée ait tenu à obtenir des garanties contractuelles.

[225] Fleiner, Institutionen, p. 127 et Schw. Bundesstaatsrecht, pp. 547, 562, 595 et 656. Matti, op. cit., pp. 44 ss. Schindler, op. cit., pp. 132 ss. Kistler, op. cit., pp. 32/40.

[226] ATF 50 II 293, JdT 1925 I 145. ATF 62 II 291. ATF 78 I 91, JdT 1953 I 57. ATF 80 I 101, JdT 1955 I 310. JAAC vol. 11, N° 35.

dernières conséquences, l'explication traditionnelle conduirait au contraire à dire que, lorsqu'il procède par contrat et renonce ainsi à agir par acte d'autorité, l'Etat se place sur le terrain du droit civil et que, de ce fait, la subvention cesse d'être une prestation de droit public[227].

Mais, ici très particulièrement, l'explication fondée sur la théorie des deux sujets n'est guère convaincante[228], et seule la théorie de l'intérêt public peut conduire à un résultat satisfaisant. Si la subvention se présente comme une prestation de droit public, c'est parce qu'elle tend à des fins d'intérêt général et constitue l'un des moyens dont dispose l'Etat pour accomplir ses tâches. Et c'est parce qu'elle est prestation de droit public qu'il faut qualifier de la même manière l'acte qui y donne droit, que cet acte soit unilatéral ou, au contraire, contractuel[228bis]. Ce caractère semble même particulièrement évident lorsque, en contre-partie de la subvention, le subventionné se charge d'une activité d'administration publique, ainsi que cela se produit précisément dans la plupart des cas où, selon nous, il y a contrat de subventionnement.

On se rapproche alors de la concession de service public, et tout ce que nous avons dit à ce propos pourrait être répété ici.

§ 4. La garantie contre les risques à l'exportation

196. La loi fédérale du 6 août 1939 sur la garantie contre les risques à l'exportation[229] prévoit à son article premier que

---

[227] Voir plus haut, ch. 8 et 13.

[228] Kistler (pp. 34 ss.) l'a très bien montré.

[228bis] Telle est en définitive l'opinion récente du Tribunal fédéral qui, après avoir rappelé la théorie du sujet comme s'il voulait l'appliquer, qualifie de contrat de droit public la convention par laquelle, dans l'intérêt général, un canton accorde un prêt à un chemin de fer privé (arrêt non publié canton des Grisons c/ communes de Coire et d'Arosa, du 10 juin 1948, cons. 3).

[229] RS vol. 10, p. 495. Cette loi est en revision et, par message du 13 mai 1958, le Conseil fédéral a présenté aux Chambres un nouveau texte destiné à la remplacer (FF 1958 I pp. 1021 ss.).

«lorsqu'un exportateur, en acceptant une commande venant de l'étranger, court un risque particulier pour le recouvrement de sa créance, la Confédération peut, en vue de maintenir et de développer les possibilités de travail et de promouvoir le commerce extérieur, lui en faciliter l'acceptation en lui accordant une garantie contre ce risque»[230].

La garantie consiste en ceci qu'en cas de perte provenant de la dépréciation de monnaies étrangères, de difficultés de transfert, de moratoire, ou de la défaillance de l'acheteur lorsque celui-ci est une collectivité publique (art. 3), l'exportateur reçoit de la Confédération une somme comprise entre le soixante-dix et le quatre-vingts pour cent de la perte subie (art. 4)[231]. Il doit évidemment prendre toutes précautions propres à prévenir des pertes (art. 5).

Il s'agit donc d'une aide financière accordée à des particuliers dans l'intérêt général, c'est-à-dire d'une aide très proche de la subvention proprement dite.

197. Si l'on s'accorde à dire qu'on se trouve ici sur le terrain du droit public[232], les avis sont en revanche partagés quant à la nature de l'acte accordant la garantie. Les uns y voient un contrat[233], d'autres au contraire une décision administrative[234].

C'est en tout cas un acte constitutif, la loi ne donnant à l'autorité que la faculté d'accorder la garantie, et le droit de l'exportateur à la couverture du risque ne prenant donc naissance qu'une fois sa demande acceptée.

---

[230] Le projet du 13 mai 1958 reprend textuellement ce premier article.

[231] Le projet du 13 mai 1958 ne fixe plus de minimum, mais porte le maximum à 85% du montant de la livraison.

[232] H. Herold, Die rechtliche Natur der Exportrisikogarantie, Zeitschrift für schw. Recht, vol. 64, pp. 371 s., spécialement pp. 373 ss. M. Osterwalder, Die Exportrisikogarantie des Bundes, thèse, Berne 1944, pp. 63 ss. Oeschger, op. cit., p. 169.

[233] Oeschger, op. cit., p. 172.

[234] Herold, op. cit., p. 381. Osterwalder, op. cit., pp. 70 ss. En nous renseignant sur cette institution lors de notre enquête,

D'autre part, la garantie n'intervient qu'avec l'accord de l'exportateur, qui reste entièrement libre de l'accepter ou de la refuser après avoir pris connaissance des conditions posées par l'autorité. Quant à sa formation, l'acte se présente donc comme un contrat, bien que son contenu résulte pour l'essentiel de la loi.

Il a aussi ce caractère en ce qui concerne ses effets, car en accordant la garantie, la Confédération prend un engagement qui la lie et doit la lier. Peu importe que l'exportateur ne soit de son côté pas tenu envers la Confédération d'effectuer l'exportation pour laquelle il voulait se couvrir. Cette circonstance ne fait qu'affecter l'obligation de l'Etat d'une condition suspensive, comme cela peut se produire pour le cautionnement[235], auquel la garantie contre les risques à l'exportation ressemble fort.

Si les partisans de l'acte unilatéral admettent que la Confédération est ainsi liée[236], on ne voit pas pourquoi ils se refusent à parler de contrat. Et s'ils entendent dire au contraire que l'exportateur se trouve dans une situation statutaire, leur thèse devient insoutenable, car la garantie perdrait son sens et n'atteindrait pas son but si la Confédération pouvait en cours d'exécution toucher aux droits de l'exportateur par une modification de la loi. Il s'agit là d'un cas où les exigences de la sécurité juridique sont telles que le contrat s'impose tout naturellement.

---

l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail s'est nettement prononcé en faveur de cette thèse. Quant au texte de la loi, il ne contient rien de décisif à ce sujet. On peut faire la même remarque à propos du projet du 13 mai 1958, qui parle tantôt de «décision de garantie» (art. 11), tantôt de «promesse de garantie» (art. 12).

[235] Art. 492 al. 2 CO.

[236] Osterwalder, qui repousse la thèse contractuelle par des arguments purement dogmatiques où l'on retrouve toute la théorie allemande de l'acte administratif par soumission (p. 71), consacre ensuite de longs développements à démontrer que l'exportateur n'en acquiert pas moins un véritable droit à la garantie et que la Confédération se trouve liée (pp. 77/81).

TROISIÈME PARTIE

Le régime juridique du contrat de droit administratif

Introduction

198. En parlant, dans les deux premières parties de cette étude, de l'existence, du rôle et de la définition du contrat de droit administratif, nous n'avons pas encore dépassé le stade des prolégomènes de ce vaste problème.

Il reste l'essentiel, qui est de déterminer le régime juridique du contrat de droit administratif, c'est-à-dire l'ensemble des règles qui en régissent la conclusion, la validité, l'exécution, la modification et la fin.

199. Alors qu'en France, ces questions-là font l'objet d'une abondante littérature et tiennent la plus grande place dans les ouvrages consacrés aux contrats administratifs[237], elles n'ont encore été que très peu étudiées chez nous et dans les pays de langue allemande. Les monographies qu'on y trouve au sujet du contrat de droit public traitent surtout – voire exclusivement – des questions examinées dans les deux premières parties du présent rapport. Elles ne font ensuite qu'effleurer le vaste problème du régime juridique de ces contrats[238], si même elles l'abordent.

200. Cette situation s'explique cependant fort bien. Les règles de droit ne peuvent guère sortir de toutes pièces d'un travail purement abstrait d'imagination et de création. Elles se forment et se précisent peu à peu, au gré des besoins

---

[237] Ces questions occupent plus des deux tiers des ouvrages de Péquignot et de Laubadère, auxquels nous nous sommes déjà abondamment référé.

[238] En dehors de quelques études traitant une partie de ce problème, telles que les thèses déjà citées de Kellerhals et de Grätzer, consacrées, la première, à la conclusion du contrat de droit public et, la seconde, à l'application de la *clausula rebus sic stantibus* à ces contrats.

et des expériences de la vie. Au fur et à mesure que de nouvelles situations et de nouveaux cas se présentent, c'est d'abord la jurisprudence qui, de tâtonnements en tâtonnements, recherche les meilleures solutions en partant de principes tout-à-fait généraux. Et c'est ensuite seulement que la doctrine, et le cas échéant le législateur, peuvent construire un système de règles cohérentes et complètes.

Or, s'agissant du contrat de droit administratif, ce lent travail d'élaboration est à peu près achevé en France, parce que ce pays connaît et pratique depuis cent-cinquante ans déjà ce qu'on y appelle aujourd'hui le contrat administratif. D'innombrables espèces s'y sont présentées, qui ont obligé le juge à chercher des solutions d'abord casuistiques, puis générales, et qui ont finalement permis à la doctrine de faire une synthèse et de construire un système. Cet effort de doctrine générale est d'ailleurs relativement récent, puisqu'il a commencé voici trente ans seulement avec l'œuvre de Jèze, qu'ont poursuivie après la dernière guerre Péquignot et Laubadère.

Si, en Allemagne et dans notre pays, ce travail n'en est encore qu'à ses débuts, voire aux premiers balbutiements, c'est que l'existence même d'un contrat de droit public y était jusqu'à maintenant contestée, du moins pour les relations entre l'Etat et les particuliers. Cette circonstance a eu deux conséquences, qui expliquent le retard de la doctrine. D'une part, les partisans du contrat de droit public se sont surtout attachés à en justifier l'existence, puis à le définir et à en tracer les limites, dans des démonstrations qui les ont en quelque sorte essoufflés[239]. D'autre part, tant que la jurisprudence restait elle-même réticente – comme elle le fut pendant longtemps – elle ne pouvait apporter les matériaux qui auraient ensuite permis à la doctrine de construire un système de règles applicables au contrat de droit administratif.

---

[239] Nous avons conscience de n'avoir pas échappé non plus à ce phénomène!

201. A ce stade de l'évolution, il serait aussi vain que présomptueux de vouloir du jour au lendemain, et dans l'abstraction pure, construire et proposer, quant au régime du contrat de droit administratif, un ensemble de règles aussi précises et aussi complètes que celles dont les codes civils modernes donnent l'exemple.

Tout ce que l'on peut faire d'utile et de raisonnable, dans le cadre de la présente étude, c'est d'une part, de chercher à résoudre quelques questions d'importance capitale, et, pour le surplus, de manifester des tendances propres à guider au besoin la jurisprudence, tout en servant de point de départ à des travaux portant chacun sur un ou deux points déterminés.

C'est sans autre ambition que nous allons parler dans les chapitres suivants de la conclusion, de l'exécution et de la fin des contrats de droit administratif.

202. Au préalable, nous nous arrêterons toutefois à deux questions générales qui dominent tout le problème, sans être d'ailleurs en rapport direct l'une avec l'autre: celle d'une éventuelle application par analogie des règles du droit civil, et celle de la classification des contrats de droit administratif.

Chapitre XV

Questions préalables

§ 1. Essai de classification des contrats de droit administratif

203. Pour le juriste, les classifications n'ont de sens que dans la mesure où, reposant sur des distinctions essentielles, elles conduisent à l'application de règles juridiques différentes pour chacune des catégories adoptées. En dehors de l'intérêt didactique qu'elles peuvent parfois présenter, elles n'ont en elles-même pas de raison d'être.

C'est en partant de cette idée que nous allons tenter d'établir ici une classification des contrats de droit adminis-

tratif. C'est dire que nous nous attacherons uniquement aux différences et aux particularités qui, logiquement et raisonnablement, doivent avoir de l'importance quant au régime juridique du contrat.

Si nous n'abordons ce problème de classification qu'au début de la troisième partie de notre étude, c'est que nous pouvons en discuter de façon beaucoup plus concrète et réaliste maintenant que nous connaissons les principaux cas de contrats de droit administratif et les particularités de chacun d'eux.

204. Si notre étude devait embrasser tous les contrats autres que les contrats civils, il y aurait lieu d'établir une première classification *d'après les parties contractantes.* On commencerait alors par mettre à part les conventions conclues entre Etats, puis, en droit interne, on classerait les contrats de droit public suivant qu'ils interviennent entre deux collectivités publiques, ou entre une collectivité publique et un particulier, ou encore entre deux particuliers[240]. Une telle classification aurait probablement sa raison d'être quant au régime du contrat de droit public, mais nous n'avons pas à nous y arrêter, puisque notre étude se limite aux conventions passées entre l'Etat et ses administrés.

205. Ce premier critère possible de classification étant ainsi mis à part, c'est tout naturellement d'après leur *objet* que nous allons chercher à classer les contrats dont nous nous occupons, c'est-à-dire d'après la nature, et surtout le contenu des droits et des obligations qu'ils sont destinés à créer, éteindre ou modifier.

De ce point de vue, les constatations faites au cours de la deuxième partie de ce rapport nous amènent à établir les catégories suivantes:

1. Nous avons tout d'abord rencontré des accords ou arrangements qui, intervenant au cours d'une procédure

---

[240] C'est la classification proposée par Kellerhals (op. cit., pp. 31 ss.), qui a cependant le tort d'écarter toutes les autres.

administrative ou judiciaire, sont destinés à remplacer le prononcé ou le jugement qui aurait normalement mis fin à cette procédure[241]. *Les conventions transactionnelles* forment évidemment une catégorie à part, vu que ce ne sont pas des actes proprement créateurs, et qu'elles produisent des effets semblables à ceux du jugement ou du prononcé qu'elles remplacent.

2. Nous avons ensuite trouvé des contrats de droit administratif qui avaient pour objet essentiel de procurer un avantage à un administré, sans que celui-ci ait à fournir de prestations touchant directement l'intérêt public.

Selon la nature de l'avantage procuré au co-contractant de l'Etat, on peut distinguer dans cette catégorie:

a) Les contrats (ou concessions) conférant à un particulier l'exercice d'un droit régalien ou un droit spécial d'utilisation du domaine public[242].

b) Les contrats relatifs à l'utilisation d'un service public, dans les cas exceptionnels où cette utilisation fait l'objet d'une convention[243];

c) Les contrats libérant l'administré de la stricte application d'une réglementation de droit public, comme la convention fiscale proprement dite[244] ou certaines conventions en matière de police des constructions[245];

d) Le contrat de subventionnement[246], lorsque la subvention a le caractère d'une simple aide ne dépendant pas d'une prestation d'intérêt public de l'administré;

e) La garantie contre les risques à l'exportation[247].

Pour les distinguer de ceux dont nous allons parler, nous appellerons les contrats de cette catégorie *contrats d'attri-*

---

[241] Contrat d'expropriation au sens usuel du terme (voir plus haut, ch. 99 ss.) et transaction de procédure en matière fiscale (voir plus haut, ch. 122 ss.).

[242] Voir plus haut, ch. 159, 161 (note 174) et 169.

[243] Voir plus haut, ch. 145 ss., spécialement 156 et 157.

[244] Voir plus haut, ch. 129 ss.

[245] Voir plus haut, ch. 110 ss. et 118 ss.

[246] Voir plus haut, ch. 191 ss.

[247] Voir plus haut, ch. 196/197.

bution, puisqu'ils ont pour objet d'attribuer un certain avantage à l'administré.

3. Mais, de tous les contrats de droit administratif qui nous sont apparus, les plus nombreux et les plus importants ont pour objet de faire participer ou collaborer directement un administré à l'exécution d'une tâche d'administration publique[248]. Ils se caractérisent donc en ceci que le cocontractant de l'Etat s'oblige à une prestation touchant directement à l'intérêt public, ce qui n'était pas le cas des contrats d'attribution. Appartiennent à cette catégorie:

a) Le contrat de fonction publique, dans les cas exceptionnels où l'engagement du fonctionnaire se fait par contrat de droit administratif[249];

b) La concession, dès qu'elle prend le caractère d'une concession de service public au sens le plus large de cette expression[250];

c) Les délégations conventionnelles de tâches d'administration publique[251];

d) La plupart des contrats de subventionnement[252];

e) Les marchés de fournitures et de travaux publics, dans les cas exceptionnels où il faut y voir des contrats de droit administratif[253];

f) Le contrat de stockage obligatoire[254].

---

[248] En France, Péquignot (op. cit., p. 178) soutient que tous les contrats administratifs ont en réalité pour objet de faire collaborer un particulier au fonctionnement d'un service public. C'est là une opinion fort discutable, car on trouve même en France des contrats administratifs qui n'ont pas cet objet (par exemple, le contrat d'emprunt public, ou les contrats relatifs à l'utilisation du domaine public).

[249] Voir plus haut, ch. 135 ss., spécialement ch. 140/141.

[250] Voir plus haut, ch. 158 ss., spécialement ch. 160.

[251] Voir plus haut, ch. 171 ss., spécialement ch. 175 ss. C'est dans cette catégorie que la pratique offre les plus nombreux exemples de contrats de droit administratif.

[252] Voir plus haut, ch. 183 ss., spécialement 191 ss.

[253] Voir plus haut, ch. 90.

[254] Voir plus haut, ch. 179 ss.

Pour les distinguer des contrats d'attribution, nous appellerons ces contrats: *contrats de collaboration.*

206. La distinction que nous proposons d'établir entre les contrats d'attribution et les contrats de collaboration se manifeste notamment sur les deux points suivants:

1. Dans le cas du contrat d'attribution, c'est la prestation de l'Etat qui est essentielle, celle de l'administré n'étant que la contre-partie ou en quelque sorte la conséquence de l'avantage concédé. En cas de contrat de collaboration, c'est au contraire la prestation de l'administré qui est essentielle, celle de l'Etat n'étant que la contre-partie du service rendu par le particulier qui accepte de collaborer à une tâche d'administration publique.

2. Dans le cas du contrat d'attribution, c'est par les droits conférés à l'administré, et non par les obligations assumées par lui, que l'intérêt public se trouve directement en jeu. Dans le cas du contrat de collaboration, au contraire, ce sont les obligations imposées à l'administré quant à la tâche dont il se charge qui ont le plus d'importance pour l'intérêt public.

Ces deux différences de nature doivent logiquement se traduire par des différences de régime juridique. C'est ce que l'on verra plus loin.

207. Les deux catégories fondamentales que nous tentons ainsi d'établir ne sont à vrai dire pas aussi distinctes en fait qu'on pourrait le penser en théorie. On rencontre en effet des contrats de droit administratif qui semblent chevaucher sur les deux catégories, en ce qu'ils chargent un administré d'une tâche d'administration publique tout en lui conférant certains avantages, ou inversement. Nous l'avons d'ailleurs admis d'emblée en mentionnant, par exemple, la concession et le contrat de subventionnement dans les deux catégories.

Dans de tels cas, il faudra rechercher l'élément prédominant du contrat pour déterminer s'il s'agit essentiellement d'un contrat d'attribution, ou, au contraire, d'un contrat de collaboration, ce qui aura notamment de l'im-

portance pour l'interprétation de la convention. Ainsi, une concession de service public peut prévoir des allègements fiscaux sans cesser pour autant d'être un contrat de collaboration. Mais inversement une convention fiscale peut obliger le contribuable à rendre quelques services à l'administration publique sans perdre cependant son caractère de contrat d'attribution. Tout dépend de la question de savoir quelle est l'obligation principale et essentielle.

§ 2. Application subsidiaire du droit privé

208. Aussi longtemps qu'une codification – sans doute très lointaine encore – du droit administratif n'aura pas défini de façon complète le régime du contrat de droit public, la question se posera de savoir si, et jusqu'à quel point, on peut admettre ici une application subsidiaire et par analogie des règles du droit civil.

209. Contrairement à une ancienne tendance[254bis] qui aurait voulu faire du droit administratif un corps de règles entièrement autonomes et totalement indépendantes du droit privé, on admet de plus en plus aujourd'hui que les règles civiles peuvent à certaines conditions s'appliquer par analogie, et subsidiairement, à des situations relevant du droit public. Il en est notamment ainsi lorsque ces règles expriment des principes généraux de justice et d'équité qui s'imposent par eux-mêmes, dans tous les domaines du droit.

C'est, par exemple, ce qui a amené le Tribunal Fédéral à faire intervenir en droit public, en cas de silence de la loi, les règles du code des obligations sur la prescription[255], la répétition de l'indû[256] et la compensation[257].

[254bis] Telle était notamment la position de W. Burckhardt (Festgabe Bundesgericht, 1924, pp. 45–49), qui estimait erroné d'appliquer par analogie aux actes administratifs les règles du droit civil sur les vices de la volonté et la conclusion du contrat.

[255] ATF 71 I 204 ss., cons. 5 litt. c. ATF 78 I 86 ss., cons. 4, et 184 ss., 191/192. ATF 83 I 212 ss., cons. 5 et 6.

[256] ATF 78 I 86 ss., cons. 1, et 184 ss., cons. 3.

[257] ATF 72 I 372 ss., JdT 1947 I 561 ss., cons. 2.

Le droit privé peut aussi servir à compléter le droit public lorsque celui-ci accueille une institution ou pose une règle fondamentale en laissant cependant dans l'ombre les questions secondaires. C'est ainsi, par exemple, que les lois administratives qui instituent une responsabilité délictuelle de l'Etat et de ses agents renvoient expressément ou implicitement au Code des obligations pour tous les points qu'elles ne règlent pas spécialement[258]. Il faut également admettre, selon nous, que les dispositions du Code des obligations sur l'enrichissement illégitime peuvent s'appliquer par analogie aux conditions et à l'étendue de la répétition de l'indû, lorsqu'une loi administrative prévoit sans autre précision que des subsides perçus à tort doivent être restitués[259].

210. Cette tendance favorable à l'application subsidiaire et analogique du droit privé en cas de lacune du droit public écrit se justifie tout particulièrement dans le cas du contrat de droit administratif. En dépit des particularités qu'il peut présenter lorsqu'il intervient dans les relations de droit public, le contrat reste en effet, dans ses éléments essentiels, une institution unique qui obéit nécessairement à un certain nombre de règles générales. Or, c'est en droit privé que ces règles générales ont jusqu'à maintenant trouvé leur expression la plus parfaite et la plus complète, car c'est dans ce domaine du droit que le contrat joue le plus grand rôle, et qu'il intervient depuis le plus longtemps. Il est donc tout naturel de s'inspirer de la législation civile, considérée comme l'expression d'un droit commun, tant et aussi longtemps que le droit administratif ne sera pas lui-même codifié, dans sa partie générale notamment.

---

[258] C'est ce que fait, par exemple, la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, art. 9 (FF 1958, vol. I, p. 677).

[259] Dans un récent arrêt qui est sur ce point très surprenant, voire très critiquable, le Tribunal fédéral n'a cependant pas admis cette thèse: ATF 83 I 212 ss., cons. 9.

Cette attitude est aujourd'hui celle qu'adoptent, avec plus ou moins de nuances et de réserves, ceux qui ont cherché à définir le régime du contrat de droit public après en avoir admis l'existence[260]. Elle se manifeste d'autre part dans la pratique administrative, en ceci notamment que bien des contrats de droit public renvoient expressément à certaines dispositions du Code des obligations[261].

Même en France, où l'autonomie du droit administratif s'est pourtant affirmée beaucoup plus tôt et beaucoup plus complètement que partout ailleurs, le droit civil a de tout temps joué et continue à jouer le rôle d'une réglementation supplétive pour les contrats administratifs. Sans l'appliquer aveuglément et automatiquement, le Conseil d'Etat s'en inspire dans toute la mesure où cela lui paraît juste et raisonnable, compte tenu des particularités du contrat de droit public[262].

211. Aussi bien va-t-il de soi qu'application subsidiaire et par analogie du droit civil ne signifie pas application automatique et nécessaire chaque fois que ni la loi administrative, ni le contrat lui-même n'apportent de réponse à une question quelconque. Cette solution aurait évidemment le double avantage de la simplicité et de la sécurité. Mais elle équivaudrait à nier en définitive l'existence du contrat de droit administratif. Elle aurait surtout le défaut de ne pas tenir compte des particularités pourtant réelles et essentielles de ce contrat.

Appliquer le droit civil à titre subsidiaire et par analogie, c'est le faire intervenir dans les cas et dans la mesure seulement où – en l'absence de dispositions ou de clauses directement applicables – il prescrit des règles conçues pour des situations réellement analogues et comparables, dans tous

---

[260] Jedlicka, op. cit., p. 114. Kellerhals, op. cit. (dans son ensemble). Forsthoff, op. cit., pp. 227 et 228.

[261] C'est aussi la tendance des autorités administratives de recours: JAAC vol. 14, N° 58, et vol. 15, N° 80.

[262] Voir à ce sujet Péquignot, op. cit., pp. 184/185.

leurs éléments essentiels. Il faut en revanche renoncer aux solutions du droit civil, ou les amender, lorsqu'elles se révèlent mal adaptées aux particularités du contrat de droit administratif, parce que conçues pour des situations essentiellement différentes.

212. Quelles sont alors les particularités du contrat de droit administratif qui feront dans certains cas obstacle à l'application subsidiaire du droit civil? Ce sont:

a) d'une part, le fait que l'une des parties au contrat est une administration publique qui n'intervient pas en vertu de sa capacité civile, mais en vertu d'une compétence de droit public et qui, pour cette raison, ne peut agir ni avec la même liberté, ni de la même façon qu'une personne privée;

b) d'autre part, le fait que le contrat touche par son objet même à l'intérêt public, ce qui est de toute importance pour son exécution.

De ces deux particularités, la seconde est sans doute la plus lourde de conséquences. Comme elle se manifeste surtout au stade de l'exécution, c'est à ce sujet qu'interviendront les dérogations sinon les plus nombreuses, du moins les plus caractéristiques, aux règles du droit civil. Certains auteurs vont même jusqu'à soustraire tout le régime de l'exécution aux règles du droit privé, dont ils ne préconisent l'application par analogie que pour la conclusion du contrat[263].

C'est à notre avis se montrer trop restrictif, ainsi que nous allons le faire voir dans les trois chapitres suivants, en examinant les plus importantes questions qui peuvent se poser quant à la conclusion du contrat, d'une part, et au sujet de son exécution, d'autre part.

---

[263] Telle est notamment l'attitude de Forsthoff, op. cit., pp. 227/228. Quant à Kellerhals, il n'examine les possibilités d'application du droit civil que pour la conclusion du contrat de droit public, sans étudier le régime de l'exécution.

Chapitre XVI

Conclusion et conditions de validité du contrat de droit administratif

§ 1. *Introduction*

213. Conformément aux principes posés dans le chapitre précédent, on peut admettre l'application par analogie de la plupart des dispositions du droit civil sur la conclusion et les conditions de validité du contrat, lorsque la législation de droit public n'a pas posé de règles particulières.

Cette remarque concerne notamment:

a) L'offre et l'acceptation

214. Bien que les règles admises à ce sujet en droit civil aient été conçues avant tout pour les relations d'affaires, elles sont assez souples pour s'adapter et pour convenir aux circonstances qui sont celles de la conclusion des contrats de droit administratif[264]. Au surplus, ces circonstances sont telles qu'il y aura rarement une offre au sens technique et restrictif du terme, c'est-à-dire une proposition faite avec l'intention de se lier et formulée de façon telle que la perfection du contrat ne dépende plus que d'une acceptation pure et simple. Le plus souvent, les parties à un futur contrat de droit administratif ne procèdent pas par offre suivie d'acceptation. Elles traitent avec l'idée qu'aucune d'elles ne sera liée tant que l'autre n'aura pas donné son accord définitif.

D'autre part, des exigences de forme et de procédure viendront paralyser l'application des règles conçues pour les contrats verbaux. On verra plus loin que la validité des contrats de droit administratif est souvent subordonnée à

---

[264] Même en droit français, où la tendance est à l'autonomie du droit administratif, on admet que les règles du droit civil concernant l'offre et l'acceptation s'appliquent aux contrats de l'administration: Laubadère, op. cit., vol. I, p. 175.

la forme écrite[265]. Lorsqu'il en est ainsi, l'acceptation tacite (art. 6 CO) n'est évidemment pas possible.

b) Les vices du consentement

215. En fait, les cas de vices du consentement seront rares dans les relations entre l'Etat et les particuliers, mais il peut cependant s'en présenter.

Ici plus encore qu'au sujet de l'offre et de l'acceptation, les règles du droit privé doivent être considérées comme exprimant des principes tout-à-fait généraux qui méritent de s'appliquer aussi bien aux contrats de droit administratif qu'aux contrats civils[266].

Mais l'interprétation de ces règles ne sera pas nécessairement la même en droit public qu'en droit civil, car il ne peut s'agir que d'une application par analogie. C'est ainsi, par exemple, que l'article 24 ch. 1 et ch. 4 CO, se comprendra autrement, et peut-être même plus largement, car, en cas d'erreur de l'administration, ce n'est pas la loyauté commerciale qui doit intervenir pour déterminer si l'erreur est essentielle ou non, mais bien plutôt les exigences naturelles et évidentes de l'intérêt public en jeu[267]. Pour les contrats que nous avons appelés contrats de collaboration, notamment, une erreur sur les qualités et les aptitudes du cocontractant de l'Etat apparaîtra comme essentielle, si elle est de nature à compromettre la bonne exécution de la tâche d'administration publique qui fait l'objet du contrat. Pour tous les contrats de cette catégorie, il faut d'ailleurs présumer que l'Etat s'engage *intuitu personae*, et qu'une erreur sur la personne est par conséquent essentielle.

---

[265] Voir plus loin, ch. 225 à 227.

[266] C'est ce qu'admet aussi le droit français: Laubadère, op. cit., vol. I, pp. 202 ss. et Waline, op. cit., p. 524.

[267] Kellerhals, op. cit., p. 102, soutient même que l'erreur sur les motifs doit intervenir en droit public chaque fois qu'elle a des conséquences préjudiciables à l'intérêt public. Nous n'irions pas aussi loin.

216. Au sujet de la conclusion du contrat et de ses conditions de validité, trois questions demandent une discussion plus approfondie: celles de la capacité contractuelle des autorités administratives, de la nécessité d'une base légale, et enfin des conditions de forme. Ces questions feront l'objet des trois paragraphes qui suivent.

§ 2. La capacité contractuelle des autorités administratives

217. Pour le particulier qui intervient en qualité de partie à un contrat de droit administratif, la question de la capacité contractuelle ne soulève pas de difficulté particulière. Elle dépend du droit civil, qui est ici directement applicable bien que l'acte à conclure relève lui-même du droit public.

Du côté de l'administration, le problème est en revanche plus complexe, car il y a deux questions à distinguer: celle de la capacité contractuelle de la collectivité publique qui sera partie au contrat, et celle de l'autorité compétente pour conclure la convention.

Sur le premier de ces deux points, il faut admettre – en vertu des thèses adoptées dans la première partie de la présente étude – que toute collectivité publique a en principe le pouvoir de conclure des contrats administratifs, dans le cadre de ses attributions et dans les limites fixées quant à l'objet de tels contrats. Le plus souvent, ce problème de capacité se confondra donc avec celui de la licéité de l'objet de la convention.

218. En ce qui concerne l'autorité compétente pour conclure le contrat au nom de la collectivité publique, une certaine confusion paraît régner chez nous dans la pratique administrative, à en juger par bien des exemples qui sont apparus au cours de notre enquête. On fait parfois intervenir l'autorité législative, alors que rien ne l'exigeait juridiquement[268]. Dans d'autres cas, le contrat est, au con-

[268] Cette habitude provient probablement d'une confusion avec les traités internationaux et les concordats intercantonaux, qui sont

traire, définitivement conclu par une autorité inférieure, qui n'en avait manifestement pas le pouvoir.

La conclusion d'un contrat de droit public est un acte d'administration qui relève normalement de l'autorité exécutive. Dans notre pays, où les pouvoirs d'exécution et d'administration incombent en principe au collège gouvernemental, on doit donc admettre que, sauf disposition contraire de la loi, le pouvoir de conclure des contrats de droit administratif appartient à ce collège, et à lui seul[269].

219. Il en sera autrement lorsque le contrat a pour objet une question dans la compétence générale d'une autorité inférieure. Cette autorité aura alors qualité pour contracter, à la condition bien évidemment qu'il s'agisse d'un cas où l'emploi du contrat de droit administratif est juridiquement possible, soit en vertu de la loi, soit en vertu de la nature même des questions à régler. C'est ainsi, par exemple, que l'autorité compétente pour allouer des subventions dans un certain domaine a, selon nous, qualité pour agir par contrat de droit administratif, si les conditions d'emploi de ce procédé sont par ailleurs réalisées.

De lege ferenda, la ratification – ou l'approbation préalable – de l'autorité administrative supérieure nous paraît dans de tels cas très souhaitable, notamment dans les domaines où le procédé contractuel comporte des risques particuliers d'inégalité de traitement. L'autorité supérieure pourra en effet veiller à ce que le contrat prévu, ou déjà

---

soumis chez nous à la ratification de l'autorité législative. (En droit fédéral, art. 85 ch. 5 de la constitution. En droit vaudois, art. 52 al. 2 de la constitution. Voir en outre Giacometti, Das Staatsrecht der schw. Kantone, 1941, p. 484.)

[269] En droit français, où le pouvoir d'agir par actes individuels à l'égard des particuliers appartient au ministre pour l'Etat, au préfet pour le département, et au maire pour la commune, c'est à ces magistrats qu'appartient en principe le pouvoir de conclure des contrats administratifs: Laubadère, op. cit., vol. I, pp. 167/171 et Péquignot, op. cit., pp. 192 ss. *Mutatis mutandis*, c'est donc la solution que nous préconisons ici.

conclu sous réserve de ratification, ne contienne rien de contraire au principe de l'égalité devant la loi. En elle-même, la conclusion du contrat en deux instances administratives constitue une certaine garantie contre l'arbitraire et le favoritisme.

Quant à l'intervention de l'autorité législative – ou de l'assemblée délibérante dans les communes – elle ne s'impose, en dehors des cas où la loi la prévoit, que s'il s'agit de déroger à la réglementation légale dans un cas où la dérogation n'était pas prévue d'avance.

220. Comme sanction de l'incompétence[270], il faut admettre la nullité, et non la simple annulabilité. Les règles de compétence sont en effet d'ordre public, et l'on ne saurait admettre que l'acte d'un agent incompétent puisse lier l'Etat et engager l'intérêt public. Ces règles sont d'ailleurs légales et par conséquent publiées; ce ne sont donc pas de simples règles internes qui seraient dépourvues d'effets à l'égard de l'administré et, par conséquent, sur la validité du contrat. Au surplus, le cocontractant de l'administration pourra suivant les circonstances prétendre à une indemnité s'il subit un préjudice et qu'il était de bonne foi. L'agent public qui conclut un contrat au mépris des règles de compétence commet en effet un acte illicite engageant sa responsabilité ou celle de l'Etat, ou encore les deux à la fois suivant la collectivité publique dont il s'agit.

La même solution s'impose lorsque la loi exige, pour les contrats d'un type déterminé, l'autorisation préalable ou la ratification ultérieure du contrat par une autorité supérieure. A défaut de l'autorisation ou de la ratification légales, le contrat doit être tenu pour nul et de nul effet.

221. Il en va en revanche autrement lorsque l'autorité compétente a conclu le contrat sans disposer des crédits budgétaires nécessaires. Le contrat n'en est pas moins valable, car les règles budgétaires n'ont qu'une portée interne

[270] En dehors du cas, bien évidemment, où le vice serait couvert par la ratification ultérieure de l'autorité compétente.

et n'ont donc pas d'effets en dehors de l'administration[271]. L'absence de crédit budgétaire n'aura d'autre conséquence que d'exposer l'autorité fautive à des sanctions disciplinaires – s'il s'agit d'une autorité inférieure – ou d'engager sa responsabilité pécuniaire envers l'Etat lui-même. Mais cette sorte d'irrégularité n'aura aucun effet sur la validité du contrat[272].

§ 3. Nécessité d'une base légale ?

222. A l'époque où, en Allemagne et chez nous, la doctrine dominante se montrait tout-à-fait réticente à l'endroit du contrat de droit public, une opinion très répandue n'admettait ce contrat que dans les cas expressément prévus par la loi. On voyait là une règle absolue, du moins pour les relations entre l'Etat et les particuliers[273], où l'on considérait le procédé contractuel comme anormal, et par conséquent exceptionnel.

La position de principe que nous avons adoptée dans la première partie de cette étude nous conduit à rejeter cette règle en tant que règle absolue et valable dans tous les cas. Mais il ressort aussi de nos discussions précédentes qu'une base légale est parfois nécessaire. C'est donc à une solution nuancée que nous aboutissons sur ce point.

223. Une base légale est nécessaire dans les deux hypothèses suivantes:

a) d'une part, lorsque le contrat a pour objet de déroger dans un cas d'espèce à une réglementation impérative de droit public[274];

---

[271] Fleiner, Schw. Bundesstaatsrecht, pp. 685 ss. Giacometti, Das Staatsrecht der schw. Kantone, p. 328. ATF 72 I 279 ss.

[272] C'est aussi la solution admise en droit français, où le budget a pourtant un tout autre caractère juridique que chez nous. Laubadère, op. cit., vol. I, p. 144. Laferrière et Waline, Traité élémentaire de science et de législation financières, 1952, p. 154.

[273] Fleiner, Institutionen, p. 211. Ruck, op. cit., vol. I, p. 123. Jedlicka, op. cit., p. 111. ATF 41 II 314.

[274] Conventions fiscales (voir plus haut, ch. 131), dérogations conventionnelles en matière de police des constructions (voir plus

b) d'autre part, lorsque le contrat a pour objet de déléguer à un particulier des pouvoirs de nature publique, notamment des pouvoirs en rapport avec l'exécution d'une loi administrative[275]. Lorsque la loi confère à l'administration un pouvoir de puissance publique, c'est en effet pour qu'elle l'exerce elle-même. Un tel pouvoir doit être considéré comme incessible et non susceptible de délégation, sauf disposition légale autorisant expressément la cession ou la délégation.

224. Et encore faut-il faire une distinction que l'on méconnaît généralement entre la base légale exigée par l'objet du contrat, et celle qui serait nécessaire pour procéder par convention plutôt que par acte administratif unilatéral. Dans les deux hypothèses envisagées ci-dessus, ce n'est le plus souvent pas pour agir par convention que l'administration a besoin d'une base légale, mais pour réaliser ce qu'elle a l'intention de faire. Voudrait-elle procéder par acte unilatéral pour atteindre le même résultat qu'il lui faudrait aussi une base légale[276].

Mais si cette base existe, et dans des termes qui n'imposent pas un procédé juridique plutôt qu'un autre, le contrat nous paraît en principe admissible même si la loi ne le prévoit pas expressément.

Dans le cas, par exemple, où la loi permet à l'autorité exécutive de faire appel à la collaboration d'associations privées pour l'application d'une réglementation de police,

---

haut, ch. 111) et contrats d'expropriation autres que les conventions transactionnelles (voir plus haut, ch. 106).

[275] Voir plus haut, ch. 173/174 et 178.

[276] La commission vaudoise de recours en matière de police des constructions confond ces deux questions, lorsqu'elle affirme de façon toute générale, dans un récent prononcé, que le contrat de droit public suppose une base légale (RDAF 1957, pp. 153/155). La nullité de la convention en cause tenait non pas à l'absence de disposition légale autorisant le procédé contractuel, mais au fait que cette convention se heurtait à une réglementation impérative de la loi.

cette collaboration peut s'organiser et se régler par contrat de droit administratif aussi bien que par acte unilatéral[277].

Le procédé contractuel ne doit être en lui-même autorisé par la loi que dans les cas où il engagerait l'Etat et l'intérêt public davantage que ne le ferait un acte unilatéral.

§ 4. Conditions de forme et de procédure

225. La première question à résoudre ici est de savoir si, comme les contrats civils, les conventions de droit administratif ne sont soumises à aucune forme particulière, sauf disposition contraire de la loi[278], ou s'il faut au contraire en subordonner la validité à l'observation de la *forme écrite.*

A ce sujet, les avis sont partagés. Certains auteurs ne voient aucune raison de s'écarter sur ce point des principes du droit civil, d'autant moins que la forme écrite n'est pas une condition de validité des actes administratifs en général[279].

Comme en droit privé, une forme spéciale ne serait donc nécessaire que dans les cas expressément prévus par la loi, et les contrats de droit administratif pourraient donc en principe se conclure verbalement. Telle est la solution du droit positif français, qui a cependant multiplié les règles exigeant une forme particulière, à tel point que la plupart des contrats administratifs doivent se faire par écrit et que les exceptions finissent presque par renverser le principe[280].

Sans toujours préciser s'ils voient là une règle de droit positif ou un simple postulat de droit désirable, d'autres soutiennent au contraire que les contrats de droit administratif doivent en principe se conclure par écrit, sauf disposition contraire de la loi[281]. Ces auteurs avancent des

---

[277] Sous réserve de ce que nous disons plus haut, ch. 178.

[278] Art. 11 CO.

[279] Telle est, par exemple, l'opinion de Forsthoff, op. cit., pp. 227/228.

[280] Laubadère, op. cit., vol. I, pp. 239 ss.

[281] Jedlicka, op. cit., p. 114. Ruck, op. cit., vol. I, p. 125. Kellerhals, op. cit., p. 82.

arguments qui ne manquent pas de poids. Ils relèvent tout d'abord qu'à la différence des innombrables contrats courants de la vie des affaires, les conventions de droit public sont d'une nature telle – quant à leur objet – que le besoin ne se fait guère sentir d'en faciliter la conclusion rapide en supprimant toute exigence de forme[282]. Le contrat de droit administratif mettant toujours et par définition en cause l'intérêt public, il demanderait d'autre part une sécurité et une précision que la forme écrite peut seule procurer. Cette forme serait au surplus indispensable chaque fois que le contrat doit être ratifié par l'autorité supérieure, ce qui est fréquemment le cas.

226. En droit positif, la forme écrite nous paraît en tout cas nécessaire lorsque la convention a pour objet de substituer un régime spécial à une réglementation de droit public (convention fiscale, ou convention en matière de police des constructions, à supposer qu'elles soient en elles-mêmes licites). En effet, on ne saurait admettre sans porter gravement atteinte à la sécurité du droit que les règles de la loi administrative – qui sont *écrites* – puissent être écartées dans un cas d'espèce, et pour l'avenir, par un simple arrangement verbal. Pour les mêmes raisons, les conventions transactionnelles doivent aussi se faire par écrit.

La forme écrite nous paraît s'imposer en outre pour les conventions dont l'objet – principal ou accessoire – comprend une délégation de pouvoir administratif ou la cession d'un droit de nature publique. Si, en droit privé, la cession de créance doit être constatée par écrit[283], à plus forte raison doit-on exiger la même forme lorsque l'Etat délègue ses pouvoirs ou cède l'exercice d'un droit régalien.

---

[282] En droit français, les contrats administratifs qui peuvent se conclure verbalement présentent une grande analogie avec les contrats les plus courants de la vie des affaires. Ce ne seraient d'ailleurs pas des contrats de droit public selon les critères retenus dans la première partie de cette étude. En effet, il s'agit avant tout de contrats de vente ou d'entreprise dont l'exécution est immédiate.

[283] Art. 165 CO.

227. En droit désirable, nous irions plus loin encore en proposant de prescrire la forme écrite pour tous les contrats que nous avons appelés contrats de collaboration. Leur objet étant en effet d'associer directement un particulier à une tâche d'administration publique, les conventions de cette catégorie ont trop d'importance pour que l'Etat puisse raisonnablement se dispenser de fixer par écrit les droits, et surtout les obligations, de son partenaire. Ce sont au surplus des contrats qui sortent de l'ordinaire, par leur durée comme par leur objet, si bien qu'on ne saurait sur quoi se fonder pour remédier en cas de contestation à l'absence de stipulations écrites. Enfin, les conventions de ce genre interviennent dans des circonstances telles que l'exigence de la forme écrite n'en compliquerait pas la conclusion au point de l'entraver.

En définitive, la convention verbale ne serait possible, dans notre idée, que pour les contrats d'attribution, et à la condition qu'ils n'entraînent ni délégation d'un pouvoir administratif, ni cession d'un droit de nature publique. La forme écrite ne serait, par exemple, pas nécessaire pour les contrats entre les services publics et leurs usagers, lorsqu'il y a là contrat de droit administratif, ou pour les conventions relatives à l'utilisation du domaine public.

228. Indépendamment de la forme du contrat lui-même, on peut se demander si les conventions de droit administratif – ou du moins certaines d'entre elles – ne devraient pas être publiées, avant ou après la conclusion. Cette formalité aurait notamment l'avantage de renseigner le public sur des conventions à l'exécution desquelles il est parfois directement intéressé. La publication retiendrait d'autre part l'administration de conclure des conventions trop favorables pour certains administrés; ce serait donc un moyen indirect de sauvegarder l'égalité devant la loi.

Ainsi qu'on l'a déjà relevé plus haut[284], la publication s'impose en tout cas, sous peine de nullité, lorsque la con-

[284] Ch. 178.

vention a pour objet de déléguer des pouvoirs de puissance publique à une institution privée ou à une autre collectivité publique, à moins que la délégation elle-même soit décrétée par un acte public et que la convention règle simplement les relations internes entre l'Etat et son mandataire.

Pour le surplus, on ne saurait évidemment faire de la publication une règle générale à observer pour tous les contrats de droit administratif. Ce serait dans bien des cas une complication inutile, et qui porterait atteinte sans raison suffisante aux légitimes intérêts d'affaire du partenaire de l'Etat. *De lege ferenda,* il nous paraîtrait cependant désirable de donner une certaine publicité aux conventions qui intéressent une grande part de la population. Nous pensons, par exemple, à des contrats tels que les concessions de chemin de fer, ou aux conventions qui allouent d'importantes subventions à des entreprises ou à des institutions chargées de tâches importantes d'intérêt général.

Chapitre XVII

L'exécution du contrat et les conséquences de l'inexécution

§ 1. Introduction

229. C'est surtout au stade de l'exécution que le contrat de droit administratif présente des particularités qui le distinguent du contrat civil et qui appellent, sur certains points tout au moins, un régime juridique *sui generis.* C'est à ce stade, en effet, que se trouve effectivement en jeu l'intérêt public attaché par définition à ce type de contrat.

C'est en outre à ce stade que va se manifester de la façon la plus frappante la distinction que nous avons faite entre les contrats d'attribution et les contrats de collaboration[285].

230. En cas de contrat d'attribution, en effet, l'intérêt public se trouve engagé de façon négative, en ce sens qu'il

[285] Voir plus haut, ch. 205 et 206.

pourrait pâtir du maintien et de l'exercice des droits conférés au cocontractant de l'Etat. Suivant les circonstances, c'est donc l'exécution de la convention qui pourrait porter préjudice à l'intérêt public, et non son inexécution. Si l'administré n'exécute pas ses obligations – du moins ses obligations principales – l'Etat ne sera lésé que dans ses intérêts financiers. Ainsi, une convention autorisant une entreprise de transport à utiliser la voie publique dans une mesure qui excède l'usage commun risque, suivant l'évolution du trafic, de léser l'intérêt public du fait de son exécution, et non pas en cas d'inexécution de l'obligation principale de l'entreprise, c'est-à-dire en cas de non-paiement des redevances auxquelles elle s'est engagée. Il en va de même dans le cas du contrat par lequel les Services industriels d'une ville assureraient à une entreprise, à des conditions spéciales, la fourniture d'importantes quantités d'énergie électrique. Suivant l'évolution de la consommation ou de la production de l'électricité, un tel contrat pourrait avoir des conséquences préjudiciables à l'intérêt public, en compromettant le ravitaillement du reste de la population.

Au contraire, les contrats de collaboration engagent l'intérêt public de façon positive. Ce qui importe avant tout, pour l'Etat, c'est qu'en toutes circonstances son partenaire accomplisse de la façon la plus conforme à l'intérêt général la tâche d'administration publique dont il s'est chargé. C'est par conséquent l'inexécution des obligations du cocontractant de l'Etat qui pourrait léser l'intérêt public. Cette particularité apparaît avec évidence dans le cas du contrat de collaboration par excellence que constitue la concession de service public, au sens où l'entend le droit français.

231. Ainsi que nous l'avons déjà relevé[286], la distinction entre contrat d'attribution et contrat de collaboration n'est à vrai dire pas absolue, puisqu'il existe en fait des conventions comportant des éléments empruntés à chacun de ces

[286] Voir plus haut, ch. 207.

deux types. Mais elle nous aidera néanmoins dans la recherche des solutions à apporter aux principaux problèmes qui se posent à propos de l'exécution des contrats de droit administratif. Ces problèmes concernent l'interprétation du contrat, les pouvoirs généraux de l'administration, les conséquences de l'inexécution, et enfin la mutabilité de la convention. Ce dernier problème a une telle importance, que nous lui consacrerons un chapitre spécial.

§ 2. L'interprétation du contrat

232. Comme toute convention, le contrat de droit administratif doit en principe s'interpréter d'après la commune intention des parties. Si, au stade de l'exécution, des divergences surviennent entre les contractants quant au contenu exact de leurs obligations réciproques, c'est donc d'après la volonté qu'ils ont manifestée au moment de la conclusion qu'il faudra chercher à résoudre le conflit. Le contrat administratif ne mériterait plus d'être appelé contrat si l'on rejetait ce principe général d'interprétation, qui est un des éléments intrinsèques et essentiels de cette institution juridique[287]. C'est dire qu'en règle générale, les méthodes d'interprétation admises en droit civil doivent s'appliquer aux contrats de droit administratif.

233. S'il reste primordial, ce principe ne vaut cependant pas de façon absolue. On doit en effet lui apporter un correctif – ou du moins un complément – en posant une présomption dérivant de la nature même du contrat administratif. Dans le doute, on présumera, d'une part, que l'administration, consciente de ses devoirs généraux, a voulu la solution la plus favorable à l'intérêt public, dans le cadre de

---

[287] Même en droit français, la jurisprudence reconnaît la primauté de ce principe fondamental, bien qu'elle se fasse du contrat administratif une conception très indépendante des notions traditionnelles du droit civil. Laubadère, op. cit., vol. II, pp. 12 ss. Péquignot, op. cit., pp. 267/268.

la loi servant de base à son action et, d'autre part, que l'administré a accepté cette solution, parce que se rendant compte des servitudes inhérentes à toute opération qui met en jeu le bien commun.

Autrement dit, en marge et en complément de la commune intention manifestée par les parties, l'intérêt public auquel touche le contrat jouera un rôle important dans l'interprétation de ce dernier.

Cela ne signifie cependant pas, beaucoup s'en faut, que l'on doive toujours et systématiquement préférer l'interprétation la plus favorable à l'administration, comme si la volonté de cette dernière était nécessairement prépondérante[288]. Sur tous les points qui ne touchent pas directement à l'intérêt public, et pour les clauses purement pécuniaires notamment, l'intention présumée de l'administré vaudra autant, voire davantage, que celle de l'administration, car ici les intérêts des parties ont la même valeur et sont également dignes de protection. Et même sur les points qui touchent directement à l'intérêt public, l'interprétation la plus favorable à l'Etat ne s'imposera que dans la mesure où, au moment de la conclusion, l'administré devait et pouvait raisonnablement s'attendre à cette interprétation.

On doit en effet appliquer ici les *règles de la bonne foi*, dont la doctrine[289] et la jurisprudence[290] admettent de plus en plus, et avec raison, qu'elles valent en droit public aussi bien qu'en droit privé. Ces règles apportent un important

---

[288] Péquignot nous paraît donc aller trop loin lorsqu'il déclare (op. cit., p. 260) que le «contrat administratif n'apparaît pas comme la combinaison de deux volontés égales», mais «comme la manifestation d'une volonté prépondérante, à quoi une autre volonté se contente d'adhérer».

[289] Fleiner, Institutionen, pp. 199/200. Baumann, Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht, thèse, Zurich, 1952. E. Ruck, Treu und Glauben in der öffentlichen Verwaltung, dans Festgabe für A. Simonius, 1955.

[290] ATF 61 I 65 ss., 75 (interprétation d'une concession). ATF 72 I 75 ss., JdT 1946 I 596 ss., cons. 1 *in fine* et ATF 78 I 203 ss., 206 (en matière d'impôts). ATF 76 I 187 ss., JdT 1951 I 194 ss.

tempérament au principe d'interprétation qui consisterait à admettre en toutes circonstances la prédominance de la volonté présumée de l'administration. Elles empêchent notamment l'intérêt public de prévaloir, comme critère d'interprétation, lorsque ce critère conduirait à des exigences que l'administré ne pouvait raisonnablement prévoir, ou qui excédent ce que l'équité permet de lui demander, compte tenu des avantages que lui apportait la convention. Si, au stade de l'exécution, l'intérêt public exige davantage ou autre chose que ne le stipulait le contrat, c'est par voie de revision[291] qu'il faudra remédier à cette situation, et non par simple interprétation.

234. Sous ces réserves, le but d'intérêt public aura un rôle particulièrement important à jouer dans l'interprétation des contrats de collaboration[292]. Leur objet étant par définition d'associer directement un particulier ou une institution privée à l'exécution d'une tâche d'administration publique, ces contrats ont en effet pour caractéristique de lier en quelque sorte les parties par un but commun qui domine leurs stipulations. Certes, chacun des contractants peut avoir au-delà de ce but commun et immédiat des visées qui lui sont propres. Ce sera même souvent le cas du partenaire privé, qui recherchera finalement le profit ou – s'il s'agit d'une association professionnelle – l'intérêt indirect de ses membres. Mais ces fins dernières doivent s'effacer devant la tâche d'administration publique à laquelle le particulier accepte de participer et qu'il fait en quelque sorte sienne, avec tout ce que cela comporte. Dans le doute quant au sens du contrat, et sous réserve des règles de la bonne foi, c'est donc d'après les exigences normales de cette tâche qu'il faudra déterminer l'exacte portée des obligations stipulées par les parties.

---

[291] Voir plus loin, chap. XVIII, ch. 250 ss.

[292] En droit français, ce facteur d'interprétation est largement reconnu et appliqué. Voir Laubadère, op. cit., vol. II, pp. 18 ss. Péquignot, op. cit., pp. 239, 260, 271 ss., 604/609.

235. Ces quelques principes d'interprétation distinguent le contrat administratif du contrat civil, d'une part, et de l'acte administratif unilatéral, d'autre part.

Dans le cas du contrat civil, les volontés des parties sont présumées d'égale valeur, et il n'y a aucune raison de reconnaître une prédominance quelconque à celle de l'un des contractants. Dans le cas du contrat administratif, au contraire, le fait que l'intérêt public se trouve en jeu rompt cette égalité dans la mesure que l'on vient de voir.

Quant à l'acte administratif unilatéral, il s'interprète en principe d'après ce qu'a voulu ou pu vouloir l'administration, en exécution de la volonté – évidemment déterminante au premier chef – qu'exprime la loi. Il en est ainsi même dans le cas où la validité de l'acte est subordonnée à l'acceptation de l'administré. La volonté présumée de ce dernier ne joue donc pas de rôle pour l'interprétation, alors qu'elle intervient toujours dans le cas du contrat administratif, en dépit de la prédominance – toute relative – de l'intérêt public. C'est d'ailleurs un des principaux défauts de la théorie de l'acte unilatéral par soumission, théorie qui reconnaît à l'administration et à sa volonté une complète primauté, dans des cas où la réalité et la simple équité voudraient au contraire que l'on tienne aussi compte des intérêts de l'administré, et de ce qu'il a voulu ou pu vouloir au moment où il s'est «soumis».

§ 3. Les pouvoirs généraux de l'administration

236. Indépendamment des droits et des pouvoirs que le contrat lui confère expréssément, l'administration doit disposer de pouvoirs généraux qui ont leur justification, en même temps que leur fondement naturel, dans la nécessité de faire en sorte que le contrat s'exécute de façon conforme à l'intérêt public. Ces pouvoirs généraux, il faut les admettre même s'ils ne sont formellement prévus ni par la loi, ni par la convention. Ils sont en effet inhérents à tout acte de droit public, et l'administration n'y renonce pas en procédant par contrat plutôt que par décision unilatérale.

Si l'usage du procédé contractuel avait pour effet de dépouiller l'Etat de ses prérogatives générales de puissance publique, il faudrait condamner ce procédé et le bannir de la pratique administrative.

Sous réserve de ce que nous dirons plus loin de la mutabilité du contrat de droit administratif, on doit toutefois admettre que ces pouvoirs généraux ne peuvent s'exercer que dans le cadre des stipulations de la convention. A défaut de cette limite essentielle, l'administré se trouverait privé de la sécurité juridique que doit lui procurer le procédé contractuel, et le contrat de droit administratif n'aurait plus du contrat que le nom.

Ces pouvoirs généraux consistent, d'une part, en un pouvoir de contrôle et, d'autre part, dans un pouvoir d'intervention directe quant aux modalités d'exécution.

1. Pouvoir de contrôle et de surveillance

237. Sur tous les points qui touchent directement à l'intérêt public, l'administration ne saurait laisser le contrat s'exécuter au gré de son cocontractant, ni demeurer passive jusqu'au moment où, de façon peut-être irrémédiable, l'exécution se révélerait contraire aux exigences du bien commun. Elle a au contraire le devoir, et par conséquent le droit, de suivre attentivement l'exécution, et cela par tous les moyens de surveillance qui lui paraissent appropriés, afin de pouvoir prévenir, ou en tout cas arrêter, tout ce qui serait contraire aux obligations de l'autre partie, telles qu'il faut les comprendre d'après l'objet et le but du contrat. L'administré ne saurait s'opposer à cette surveillance pour la raison qu'elle ne serait pas expressément prévue par le contrat. En effet, toute personne qui dispose à titre dérivé d'un droit ou d'une chose de nature publique, ou qui accepte de collaborer à un titre quelconque à une tâche de l'Etat, doit savoir qu'il se trouve naturellement et nécessairement soumis à une sorte de pouvoir hiérarchique inhérent au droit qui lui est concédé ou à la tâche dont il se charge.

Ce pouvoir de surveillance est depuis longtemps consacré en droit français[293], où il apparaît comme l'une des caractéristiques du contrat administratif, par opposition au simple contrat civil de l'Etat. Chez nous aussi, la jurisprudence a tendance à l'admettre, en matière de concession par exemple[294].

238. Il va cependant de soi que ce pouvoir général n'aura ni le même objet ni la même étendue pour tous les contrats de droit administratif. En effet, il varie et doit se définir d'après les conséquences qu'une mauvaise exécution de la convention aurait pour l'intérêt public. Il sera notamment très différent suivant qu'il s'agit de contrats d'attribution ou, au contraire, de contrats de collaboration. Pour les premiers, la surveillance de l'Etat a pour but d'empêcher que l'autre partie n'excède ses droits de façon préjudiciable à l'intérêt public qui se trouve en jeu[295]. Pour les seconds, la surveillance de l'administration tendra avant tout à faire en sorte que le partenaire de l'Etat exécute scrupuleusement ses obligations et accomplisse bien la tâche dont il s'est chargé.

2. *Pouvoir d'intervention directe*

239. Si l'Etat ne disposait que d'un pouvoir de surveillance au sens restreint du terme, il se trouverait parfois dans l'impossibilité d'agir à temps pour sauvegarder efficacement l'intérêt public. Aussi faut-il lui reconnaître un pouvoir général d'intervention directe lui permettant de faire acte d'autorité, et de prendre des décisions administratives exécutoires, pour contraindre son cocontractant à exécuter ses obligations de la façon la plus conforme à l'intérêt public, dans le cadre des stipulations de la convention.

---

[293] Jèze, op. cit., vol. I, p. 431. Laubadère, op. cit., vol. II, pp. 325 ss. Péquignot, op. cit., pp. 306 ss.

[294] ATF 50 I 397, JdT 1925 I 467.

[295] Ce pouvoir de surveillance sera même inexistant pour certains contrats d'attribution qui ne mettent pas directement en cause l'intérêt public.

Si l'administré estime que les exigences de l'administration excédaient ses obligations contractuelles, il pourra – en prouvant un préjudice – saisir après coup le juge du contrat pour obtenir des dommages-intérêts. Dans ce cas, l'Etat répondra du dommage en vertu d'une responsabilité contractuelle que l'on doit admettre même sans base légale, et qui échappe par conséquent aux règles souvent très restrictives de notre droit public quant à la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle des collectivités publiques. Le fondement de cette responsabilité réside dans le fait qu'en formulant d'autorité des exigences excessives par rapport aux stipulations de la convention, l'Etat a porté atteinte à la situation contractuelle de son partenaire.

Ainsi se trouveront finalement conciliées, sur le plan patrimonial tout au moins, les exigences de l'intérêt public et celles de la sécurité juridique que tout contrat doit assurer.

240. Comme le pouvoir de surveillance, ce pouvoir d'intervention directe sera plus ou moins étendu suivant l'objet du contrat. Il ne se justifie en effet qu'en rapport avec l'exécution des obligations qui touchent directement à l'intérêt public, et l'on ne saurait l'admettre pour les autres obligations de l'administré, notamment pour ses obligations pécuniaires. C'est dire qu'il jouera un rôle beaucoup plus important pour les contrats de collaboration que pour les contrats d'attribution, car les premiers obligent principalement l'administré à exécuter une tâche d'administration publique, alors que les seconds lui imposent surtout des obligations pécuniaires.

§ 4. Les conséquences de l'inexécution

241. On sait qu'en droit privé, les sanctions indirectes tiennent une très grande place parmi les sanctions auxquelles s'expose le débiteur défaillant. Les sanctions directes, qui tendent à l'exécution forcée de l'obligation, ne peuvent en effet pas s'appliquer dans tous les cas, du moins

pas avec la même facilité. Si elles sont aisées et courantes pour les dettes d'argent, qui s'y prêtent fort bien, elles s'appliquent déjà moins facilement lorsque l'obligation a pour objet un transfert de propriété ou de possession, et elles sont d'un emploi beaucoup plus difficile encore, voire impossible, pour les obligations de faire ou de ne pas faire. D'où l'importance, en droit civil, des sanctions indirectes, que ce soient les sanctions pécuniaires[296] (dommages-intérêts et amende conventionnelle) ou les sanctions résolutoires[297] (faculté pour le créancier de se départir du contrat en cas de défaillance de son débiteur).

De plus, le droit civil subordonne en principe les sanctions directes à l'intervention du juge[298], ce qui entraîne des complications et des délais propres à enlever parfois à ces sanctions une partie de leur utilité, ou en tout cas de leur efficacité.

S'agissant enfin de contrats synallagmatiques parfaits, la loi civile restreint le droit du créancier à l'exécution directe en obligeant ce dernier à exécuter, ou à offrir d'exécuter tout d'abord sa propre obligation, et en ouvrant par conséquent au débiteur l'*exceptio non adimpleti contractus*[299].

242. Si elle peut donner satisfaction pour les obligations civiles, cette réglementation ne convient pas aussi bien, beaucoup s'en faut, aux obligations découlant du contrat de droit administratif. En tant qu'elles touchent directement à l'intérêt public – ce qui est par exemple le cas de l'obligation principale du concessionnaire de service public ou de celle du délégataire d'un pouvoir de puissance publique – ces obligations doivent s'exécuter à tout prix, inconditionnellement et sans délai, au besoin par contrainte, car il y va du bien commun.

---

[296] Art. 97 al. 1, 98 al. 1 et 2, 99, 103, 106, 109 al. 2 CO.

[297] Art. 83 al. 2, 107, 108, et 109 CO.

[298] Art. 98 al. 1 et 3 CO. Voir aussi, et par exemple, l'art. 585 al. 2 du code de procédure civile du canton de Vaud.

[299] Art. 82 CO.

C'est dire qu'ici, les sanctions directes doivent tenir la première place. Il faut même les faciliter et les développer de façon à les rendre toujours efficaces, sans que le cocontractant de l'administration puisse en retarder ou en paralyser l'application, par des exceptions ou des procédés dilatoires.

Les sanctions indirectes ne peuvent jouer qu'un rôle subsidiaire, car elles ne seront le plus souvent qu'un pis aller peu satisfaisant pour l'intérêt public. Si élevés soient-ils, des dommages-intérêts ne répareront pas le tort causé à la collectivité par la défaillance du cocontractant. Quant aux sanctions résolutoires, elles n'arrangeront rien en cas d'inexécution d'une obligation portant sur l'accomplissement d'une tâche d'administration publique que l'Etat avait confiée à un particulier parce qu'il lui paraissait difficile de l'entreprendre lui-même. Après résolution du contrat, l'administration devrait en pareil cas soit se charger elle-même de la tâche en cause, soit trouver un nouveau partenaire privé, ce qui n'irait pas sans des délais et des heurts préjudiciables à la bonne marche du service public.

243. En France, des considérations de ce genre ont amené la jurisprudence à construire peu à peu, pour les contrats administratifs, un système de sanctions qui diffère profondément des règles du droit civil sur l'inexécution des obligations, et qui constitue l'une des caractéristiques essentielles de ces contrats[300].

En substance, ce système original se ramène aux principes suivants:

a) Le régime des sanctions n'est pas le même pour les deux parties, car seules les obligations de l'administré touchent directement à l'intérêt public, et méritent par conséquent d'être renforcées par des sanctions particulières.

---

[300] Jèze, op. cit., vol. III, pp. 849 ss. Laubadère, op. cit., vol. II, pp. 131 à 179 et 193 à 202. Péquignot, op. cit., pp. 320 à 362. On trouvera, chez ces auteurs, d'amples précisions que nous ne pouvons exposer ici.

b) En cas de défaillance de son cocontractant, l'administration peut non seulement exiger une réparation et, si elle le juge opportun, user dans les cas graves de sanctions résolutoires, mais elle a en outre – et surtout – la faculté de recourir d'abord à des mesures coercitives consistant à exécuter elle-même, ou à faire exécuter par un tiers, aux frais et risques de son cocontractant, l'obligation dont l'exécution est en défaut. Dans les cas prévus par la loi, l'administration dispose en outre de véritables sanctions pénales (peines disciplinaires).

c) Après mise en demeure, l'administration peut en principe appliquer toutes ces sanctions elle-même, en usant de ce que le droit français appelle le «privilège du préalable», c'est-à-dire par une décision unilatérale et exécutoire. S'il estime que cette décision porte atteinte à ses droits ou qu'elle n'est pas légale, l'administré a bien la faculté de saisir le juge, mais après coup seulement, et sans pouvoir toujours demander l'annulation ou la modification des mesures prises. S'agissant de sanctions coercitives ou résolutoires, il n'obtiendra dans bien des cas – si le juge lui donne raison – que des dommages-intérêts réparant le préjudice que lui ont causé les mesures reconnues injustifiées.

d) En cas de défaillance de l'administration, son cocontractant ne peut de lui-même prendre aucune sanction. La jurisprudence lui refuse l'*exceptio non adimpleti contractus* et ne l'autorise pas non plus à se départir du contrat. Sauf au cas où les agissements de l'administration rendraient proprement impossible l'exécution des obligations de l'administré, celui-ci n'a d'autre faculté que de saisir le juge, tout en continuant à exécuter ses propres obligations.

e) Une fois saisi par l'administré, le juge ne peut pas prononcer n'importe quelles sanctions. Il n'a notamment pas le pouvoir de contraindre directement l'administration à s'exécuter, du moins lorsqu'il s'agit d'obligations non pécuniaires. Il peut en revanche allouer des dommages-intérêts et, dans certains cas, prononcer lui-même la résiliation du contrat aux torts de l'administration.

244. A première vue, ce système original de sanctions différentielles fait la part si belle à l'administration et rompt à ce point l'égalité des parties qu'il paraît enlever au contrat administratif français le caractère d'un contrat digne de ce nom.

Mais, à y regarder de plus près, on doit bien reconnaître qu'il n'y a pas atteinte à l'essentiel du contrat, car les droits des deux parties restent néanmoins de la même valeur et gardent la même force. En dépit du privilège du préalable dont jouit l'administration, et bien que disposant de sanctions moins nombreuses et moins faciles à mettre en œuvre, l'administré est protégé dans les droits qu'il tient du contrat, puisqu'il pourra toujours, et à tout le moins, obtenir pleine réparation du préjudice que lui causerait une quelconque atteinte à ces droits.

245. Ceci dit pour prévenir d'éventuelles objections dogmatiques, les solutions françaises méritent à notre avis d'être approuvées, et par conséquent suivies, sinon dans toutes leurs particularités, du moins quant à leur tendance générale. Elles ont en effet l'avantage de tenir compte des exigences de l'intérêt public, sans y sacrifier cependant la sécurité juridique que doit créer le contrat.

De toute façon, et pour les raisons exposées au début de ce paragraphe, on ne saurait appliquer ici les règles du droit privé sans rien y changer. L'analogie n'étant pas complète, en cas d'inexécution, entre le contrat qui lie deux particuliers et celui qui, étant conclu par l'Etat, met en outre directement en jeu l'intérêt public, une adaptation de ces règles se révèle indispensable. En l'état actuel de la législation, c'est à la jurisprudence à y procéder, et à faire œuvre en partie créatrice.

246. Dans cette adaptation, la distinction que nous avons faite entre les contrats d'attribution et les contrats de collaboration, a son rôle à jouer, et même un rôle important. Les dérogations aux règles du droit civil seront nécessairement moins nombreuses pour les premiers que pour les

seconds, car les principales obligations qui découlent pour l'administré d'un contrat du premier type ne touchent pas directement l'intérêt public.

247. Pour les *contrats d'attribution*, rien ne s'oppose à ce que le cocontractant de l'administration se prévale le cas échéant de l'*exceptio non adimpleti contractus*, ou à ce qu'il résilie de lui-même le contrat, après mise en demeure, en cas de défaillance grave de l'autre partie.

Quant à l'administration, il ne se justifie de ne la mettre ici au bénéfice du privilège du préalable, pour l'application de sanctions coercitives notamment, que dans le cas où l'administré excède ses droits au mépris de l'intérêt public ou n'exécute pas une obligation accessoire qui touche directement au bien commun. Dans le cas, par exemple, du contrat créant un droit d'usage spécial sur une voie publique, on admettra que l'administration applique par acte d'autorité des sanctions directes si, excédant ses droits ou négligeant certaines de ses obligations, le cocontractant entrave indûment la circulation ou met en péril la sécurité publique.

248. Pour les *contrats de collaboration*, au contraire, les dérogations au droit commun seront fréquentes, car ici, et par définition, les obligations de l'administré touchent directement à l'intérêt public. Elles doivent donc s'exécuter coûte que coûte, et souvent sans délai. A cette fin, on devrait admettre, chez nous comme en droit français, que l'administration puisse au besoin appliquer d'autorité des sanctions coercitives[301], même si le contrat ne les prévoit

---

[301] En droit positif suisse, des règles reposant sur les mêmes idées existent en matière de stockage obligatoire (voir plus haut, ch. 179 à 182). L'art. 25 de la loi du 30 septembre 1955 prévoit en effet qu'en cas d'inobservation des conditions imposées par le contrat, «les services administratifs fédéraux peuvent en exiger l'exécution par la contrainte et prendre des mesures subrogatoires, ainsi qu'ordonner des saisies provisoires par précaution, infliger aux personnes en faute des amendes disciplinaires de deux cents francs au plus,

pas expressément[302], et que l'administré ne puisse de son côté se soustraire à ses obligations fondamentales en usant de l'*exceptio non adimpleti contractus* ou en mettant fin au contrat, parce que l'administration serait en demeure pour l'exécution de ses propres obligations.

Même pour les contrats de collaboration, cependant, les dérogations au droit commun ne se justifient et ne doivent donc intervenir que dans les cas et dans la mesure où l'exige l'intérêt public que le contrat met directement en jeu. Il ne saurait notamment être question de les appliquer pour protéger les seuls intérêts financiers de l'Etat.

249. Dans les cas où l'administration mésuserait de ses pouvoirs d'action directe, elle engagerait sa responsabilité contractuelle et devrait par conséquent réparer le préjudice ainsi causé à son cocontractant. Il y a là une garantie pour l'administré, en même temps qu'un frein pour l'administration, qui ne prendra le risque d'un désaveu judiciaire et d'un dédommagement à payer que dans les cas où l'intérêt public l'y pousse impérieusement.

---

leur retirer des autorisations ou refuser l'octroi de permis à titre temporaire, leur imposer des restrictions spéciales de vente et d'achat, réduire des attributions et révoquer des subsides ou autres privilèges».

Si on peut l'approuver dans sa tendance, cette disposition va cependant beaucoup trop loin en ce qu'elle donne à l'administration des pouvoirs indéfinis, et qu'elle ne réserve pas le droit de l'administré à des dommages-intérêts en cas de mesures injustifiées. Il faut cependant relever que l'art. 34 de la même loi ouvre à l'administré le recours de droit administratif au Tribunal fédéral, qui veillera sans doute à une application mesurée et juste de ces règles rigoureuses.

[302] Des sanctions disciplinaires ne sont en revanche admissibles que dans les cas prévus par la loi.

Chapitre XVIII

La mutabilité du contrat de droit administratif

250. De l'avis unanime[303], le contrat de droit public doit en principe obéir comme tout autre contrat à la règle *pacta sunt servanda*, sans quoi il ne mériterait pas son nom et remplirait mal sa fonction. Il s'agit là d'une règle supérieure de droit naturel qui s'impose dans toutes les branches du droit et vaut pour toutes les conventions, quand bien même aucun texte légal ne la consacrerait.

La question se pose néanmoins de savoir si, pour les contrats de droit administratif, cette règle doit dans certains cas plus ou moins exceptionnels s'effacer devant les exigences de l'intérêt public, ou s'il faut ici comme ailleurs lui attribuer une portée quasi-absolue.

251. En Allemagne et dans notre pays, on a généralement cherché à résoudre ce problème en s'inspirant de la *clausula rebus sic stantibus*, telle qu'appliquée en droit civil et en droit international.

En France, au contraire, doctrine et jurisprudence ont imaginé et progressivement mis au point une construction aussi originale qu'ingénieuse, qui répond à toutes les hypothèses concevables et constitue l'un des éléments marquants de la théorie française du contrat administratif.

§ 1. Application de la clausula rebus sic stantibus[304]

252. Ceux qui ont cru trouver une solution dans la théorie générale de la *clausula rebus sic stantibus* ont rarement ap-

---

[303] Fleiner, Institutionen, p. 214. Apelt, op. cit., pp. 49/50. Jedlicka, op. cit., pp. 115/116. Ruck, op. cit., vol. I, p. 126. ATF 66 I 299 ss., cons. 2 litt. b. JAAC, vol. 9, N° 129, vol. 11 N° 29, vol. 18 N° 94. Arrêt non publié du Tribunal fédéral, canton des Grisons c/ communes de Coire et d'Arosa, du 10 juin 1948, cons. 4.

[304] Concernant la théorie civiliste de la *clausula rebus sic stantibus*, nous nous référons plus particulièrement aux deux rapports

profondi le problème autant qu'il méritait de l'être[305]. Les uns se contentent d'affirmer que cette théorie doit s'appliquer en droit public comme en droit civil[306], et de façon aussi restrictive. Les autres estiment au contraire qu'il faut user plus largement de la *clausula* lorsqu'il s'agit de contrats de droit public, cela pour tenir compte des exigences changeantes de l'intérêt public[307].

Chez nous, le Tribunal fédéral s'est montré favorable à cette application extensive. A propos d'un contrat conclu entre la Confédération et un canton en matière d'administration militaire[308], il est allé jusqu'à déclarer qu'une convention de droit public devait être annulée ou modifiée lorsque, par l'effet de circonstances nouvelles, son exécution se heurterait à des prescriptions impératives ou sortirait des limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Suivant le sens qu'on lui donne, cette formule pourrait aller si loin qu'il ne resterait pas grand chose du principe *pacta sunt servanda.*

253. La plupart des partisans d'une application extensive de la *clausula* se sont contentés de poser ce postulat, sans chercher à préciser jusqu'à quel point, ni à quelles conditions, le contrat de droit public devait échapper à la rigueur des principes du droit commun[309].

---

présentés en 1942 à la Société suisse des juristes par Henri Deschenaux et Hans Merz, sous le titre: La revision des contrats par le juge.

[305] Nous rappelons toutefois la thèse, déjà signalée plus haut, de P. Grätzer, Die clausula rebus sic stantibus beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, Zurich, 1953.

[306] Jedlicka, op. cit., p. 126 (pour les contrats entre l'Etat et les particuliers). Kellerhals, op. cit., pp. 51/52.

[307] Apelt, op. cit., pp. 218 ss. Speiser, op. cit., p. 29. Jedlicka, op. cit., p. 126 (pour les contrats entre collectivités publiques seulement). Forsthoff, op. cit., pp. 228/229.

[308] ATF 67 I 277 ss., cons. 7.

[309] Grätzer, op. cit., a cependant cherché à résoudre ces questions.

Or, à elle seule, la théorie générale de la *clausula* ne résout rien, car elle est trop incertaine dans ses fondements et trop imprécise dans ses effets pour qu'on puisse en déduire directement des règles utilisables quant au problème qui nous occupe ici. S'y référer, c'est simplement admettre que le contrat de droit administratif doit dans certains cas échapper à la rigueur du principe *pacta sunt servanda*. Mais encore s'agit-il de définir ces cas, et de dire sous quelle forme l'atteinte au contrat se justifie. Or, sur ces deux points, les solutions – d'ailleurs très incertaines – du droit civil ne se transposent pas aussi facilement qu'on pourrait le penser dans le domaine du droit administratif.

254. Dans leur majorité, les civilistes font reposer la *clausula* sur les règles très générales de la bonne foi et de l'abus de droit. Mais, à elles seules, ces règles ne font guère avancer le problème, et celui qui s'en contente avoue son impuissance à préciser le sens exact de la *clausula*[310]. De plus, ces règles ne suffisent guère à résoudre certaines des situations qui peuvent se présenter à propos du contrat administratif. Qu'on songe, par exemple, au concessionnaire d'une entreprise de tramways à qui l'administration demanderait de supprimer la plus rentable de ses lignes et de la remplacer par des trolleybus pour faciliter la circulation automobile sur une artère à grand trafic. En refusant de céder, ce concessionnaire commettrait-il davantage un abus de droit que le propriétaire qui s'oppose à l'expropriation dont on le menace ?

Pour certains civilistes[311], d'autre part, la *clausula* vise les seuls changements de circonstances qui ont pour effet de rompre l'économie du contrat, en créant entre les pres-

---

[310] Dans son rapport de 1942 à la Société suisse des juristes, Merz reconnaît que, sur cette seule base, la *clausula* reste une notion très vague. Aussi bien s'en remet-il finalement au juge du soin de décider dans chaque cas si, et comment, elle mérite de s'appliquer.

[311] C'est notamment le cas de Deschenaux, dans son rapport de 1942 à la Société suisse des juristes (pp. 562a ss.).

tations réciproques des parties un déséquilibre qui dépasse le risque assumé par elles. La théorie de la *clausula* reposerait ainsi sur un principe supérieur de justice commutative auquel tout contrat devrait naturellement obéir. En droit civil déjà, cette conception a le défaut de ne pas embrasser tous les cas qui peuvent se présenter, car elle ne s'applique qu'aux contrats patrimoniaux synallagmatiques, et elle n'envisage que les changements de circonstances qui causent un tort matériel à l'une des parties. A plus forte raison ne saurait-on s'en contenter en droit administratif, où le besoin de porter atteinte au contrat viendra le plus souvent d'une lésion de l'intérêt public, et non d'un dommage financier.

Plutôt que la *clausula* ainsi comprise, ce sont les règles du droit privé sur la résiliation ou la modification du contrat pour de justes motifs qu'il faudrait chercher à appliquer par analogie[312]. Nous allons d'ailleurs retrouver dans les solutions du droit français les idées qui sont à la base de certaines de ces règles.

§ 2. La théorie française de la mutabilité

255. C'est en marge du droit civil, et en partant des caractéristiques essentielles du contrat administratif, que la doctrine et la jurisprudence françaises ont peu à peu construit leur théorie de la «mutabilité».

Manifestement destinée à concilier les exigences de l'intérêt public et celles de la sécurité juridique qui est le propre du contrat, cette théorie repose sur les deux idées suivantes:

1. Même lorsqu'elle procède par contrat, l'administration ne peut pas renoncer et ne renonce pas à son pouvoir général de sauvegarder en toutes circonstances le bien commun. Elle ne saurait, en d'autres termes, «se décharger de la mission qui pèse sur elle, et sur elle seule, d'assurer la bonne marche des services publics»[313]. Par conséquent, elle «ne doit

[312] Par exemple: art. 269, 291, 336 et 352/353 CO.

[313] Péquignot, op. cit., p. 367.

pas être indéfiniment liée par des contrats devenus inutiles ou par des stipulations contractuelles devenues inadaptées aux besoins du service»[314]. Il faut lui reconnaître un pouvoir général de modifier ou de résilier unilatéralement le contrat qu'un changement de circonstances rend d'une manière ou d'une autre préjudiciable à l'intérêt public.

2. S'il est unilatéral et s'écarte en cela de la notion de contrat selon le droit commun, ce pouvoir a cependant une importante contre-partie qui protège les droits de l'administré et qui rétablit, sous une autre forme, la sécurité inhérente à l'idée même de contrat. Cette contre-partie, c'est la théorie de l'équilibre financier ou de l'«équation financière»[315], qui permet à l'administré de prétendre à certaines conditions au maintien des avantages matériels sur lesquels il comptait et pouvait compter de bonne foi, dans les limites du risque assumé. Bien que ses auteurs la fondent simplement sur l'équité[316] et ne soient pas enclins à y voir une conséquence indirecte des obligations contractuelles de l'administration[317], cette théorie ne semble cependant pas étrangère à l'idée de fidélité au contrat.

256. De ces deux principes, le droit français a déduit les règles suivantes[318]:

---

[314] Laubadère, op. cit., vol. II, p. 335.

[315] Péquignot, op. cit., pp. 448 ss. Laubadère, op. cit., vol. II, pp. 32 ss.

[316] Péquignot, op. cit., p. 448. Laubadère, op. cit., vol. II, p. 38.

[317] Péquignot (op. cit., pp. 455/457) reconnaît l'intérêt de la théorie qui fonde ce droit de l'administré sur des considérations contractuelles. Mais il préfère, pour sa part, faire intervenir ici la théorie générale de la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat, qu'il fonde comme beaucoup d'auteurs français sur le principe de l'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques.

Voir en outre note 321 ci-dessous.

[318] Dans le cadre restreint de la présente étude, nous ne pouvons qu'exposer l'essentiel de ces règles, sans entrer ni dans leurs nombreux détails, ni dans les multiples nuances qu'elles comportent. Il importe de relever toutefois que l'application de ces règles varie beaucoup suivant le type de contrat administratif. Elle n'est pas

1. En cas de changement de circonstances affectant les besoins ou les exigences du service public, l'administration peut apporter des *modifications unilatérales*[319] aux clauses du contrat, même si celui-ci ne l'y autorise pas expressément. Loin d'être discrétionnaire, ce pouvoir a cependant d'étroites limites qui résultent de sa justification même. Il ne peut s'exercer que sur les clauses touchant au fonctionnement et aux besoins du service public, à l'exclusion des clauses purement financières, c'est-à-dire des clauses relatives à la rétribution de l'administré. D'autre part, les modifications décrétées par l'administration ne doivent pas bouleverser le contrat au point de le dénaturer, soit en en changeant complètement l'objet, soit en en détruisant l'économie générale.

2. En vertu d'un pouvoir semblable qui existe même si les parties ne l'ont pas expressément prévu, l'administration peut aller jusqu'à mettre fin prématurément au contrat par une *résiliation unilatérale*[320], indépendamment de toute faute du cocontractant, lorsqu'il serait contraire aux besoins ou aux exigences du service public de maintenir la convention en vigueur.

3. Ce double pouvoir de modification et de résiliation unilatérales ne peut cependant s'exercer que contre *indemnité*[321]. Sauf stipulation contraire, et s'il subit un préjudice,

---

la même, par exemple, pour la concession de service public, ou pour les marchés de fourniture, ou encore pour les contrats d'emprunts publics.

Pour toutes ces nuances, nous renvoyons aux auteurs cités dans les notes suivantes.

[319] Péquignot, op. cit., pp. 366 ss. Laubadère, op. cit., vol. II, pp. 329/340. Waline, op. cit., p. 527.

[320] Péquignot, op. cit., pp. 390 ss. Laubadère, op. cit., vol. III, pp. 153 ss. Waline, op. cit., p. 554.

[321] Péquignot, op. cit., pp. 468 ss. Waline, op. cit., p. 555. Laubadère, op. cit., vol. II, p. 340, vol. III, pp. 62 ss. et 163 ss. Pour ce dernier auteur, l'obligation d'indemniser découle à la fois de la théorie de l'équilibre financier et d'une responsabilité contractuelle sans faute de l'administration (vol. II, p. 340 et vol. III, p. 63).

l'administré a droit à une réparation complète. L'indemnité doit donc couvrir non seulement la perte subie (*damnum emergens*), mais aussi le manque à gagner (*lucrum cessans*). Telle est du moins la solution de principe, qui comporte des exceptions. En cas de résiliation unilatérale, par exemple, la jurisprudence n'accorde pas la réparation du gain manqué lorsque des circonstances étrangères au service public, tels que des faits de guerre, ont rendu la résiliation inévitable[322]. D'autre part, les règles à appliquer sont beaucoup plus nuancées lorsque le contrat se trouve modifié par l'effet d'une mesure générale, notamment d'une loi, et que la modification est par conséquent indirecte[323]. Dans ce cas, la jurisprudence a tendance à faire une double distinction, suivant que la mesure générale touche à l'objet même du contrat ou ne fait qu'en modifier les conditions d'exécution, et suivant qu'elle émane de la collectivité publique qui était partie au contrat ou, au contraire, d'une autre collectivité publique.

4. Fondées sur les exigences de l'intérêt public, ces trois premières règles trouvent un complément dans la théorie administrative de *l'imprévision*, qui tend avant tout à sauvegarder les intérêts de l'administré, mais qui, en lui facilitant l'exécution de ses obligations, sert indirectement l'intérêt public. Applicable aux contrats administratifs de longue durée, cette théorie s'exprime dans la définition suivante, que nous empruntons à Laubadère[324] : «Lorsque des circonstances indépendantes de la volonté du cocontractant et imprévisibles lors de la conclusion du contrat administratif viennent en bouleverser l'économie sans pour autant rendre

---

[322] Laubadère, op. cit., vol. III, p. 165.

[323] Péquignot, op. cit., pp. 480 ss. Laubadère, op. cit., vol. III, pp. 37 ss.

[324] Op. cit., vol. III, p. 72. On trouvera à cet endroit une bibliographie très complète concernant la théorie administrative de l'imprévision, qui a fait l'objet en France d'une abondante littérature. Voir en outre Péquignot, op. cit., pp. 502 ss., et Waline, op. cit., pp. 545/549 et 551.

impossible son exécution et entraînent un déficit pour le cocontractant, celui-ci, tout en demeurant strictement tenu de poursuivre l'exécution de ses obligations, a droit à ce que l'administration contractante vienne l'aider à surmonter la difficulté survenue en prenant à sa charge une partie du déficit provoqué par ces circonstances».

Bien que cette définition ne le précise pas, si ce n'est lorsqu'elle parle d'un événement qui bouleverse l'économie du contrat, il faut évidemment que le déficit subi par l'administré soit non seulement la conséquence de circonstances imprévisibles, mais encore qu'il dépasse les limites de l'aléa normal, compte tenu de l'objet du contrat.

Lorsque l'état d'imprévision se trouve réalisé, l'administré a droit non pas à une réparation intégrale, mais à une «aide», qui ne remplacera en tout cas pas la perte de gain et qui ne couvrira même pas tout le déficit, la jurisprudence estimant que le cocontractant doit en supporter une part, à vrai dire minime. Cette restriction s'explique principalement par les deux idées suivantes[325]: d'une part, l'un des buts de l'aide est de permettre à l'administré de continuer à exécuter le contrat, ce qu'il peut faire même s'il doit supporter pendant quelque temps un léger déficit; d'autre part, tout contrat de longue durée ayant un caractère plus ou moins aléatoire, on déchargerait l'administré de tout risque en compensant la totalité du déficit, ce qui serait contraire à l'équité.

Les droits de l'administré sont donc beaucoup moins étendus en cas d'imprévision que dans l'hypothèse où l'administration a fait usage de son pouvoir de modification ou de résiliation unilatérales.

257. Telles sont les principales règles qui, en droit français, donnent au contrat administratif un certain caractère de mutabilité et en font par conséquent une institution différente du contrat civil.

---

[325] Péquignot, op. cit., p. 540.

§ 3. *Conclusion*

258. A première vue, les solutions françaises s'écartent à tel point de la notion traditionnelle du contrat qu'on est fortement tenté soit de les repousser, parce qu'inconciliables avec le principe *pacta sunt servanda*, soit de considérer le contrat administratif français comme ne méritant plus d'appartenir à la noble famille des conventions.

On aurait cependant tort de se contenter d'un jugement aussi sommaire et aussi hâtif. Empreintes de réalisme et d'équité tout à la fois, ces solutions s'imposent à l'attention et méritent adhésion, dans leurs tendances générales sinon dans toutes leurs modalités.

Elles ont ce premier avantage de concilier les exigences de l'intérêt public avec la rigidité du contrat. En cela, elles répondent à l'une des principales objections de la doctrine allemande contre l'idée même de contrat de droit administratif[326].

Et cette conciliation, le droit français la réalise sans toucher cependant à l'effet essentiel du contrat, qui est de créer des droits acquis, c'est-à-dire des droits auxquels il ne peut être porté atteinte que contre pleine et juste indemnité.

259. On rétorquera peut-être que les droits nés d'un contrat digne de ce nom sont absolument intangibles et que, même contre indemnité, l'une des parties ne saurait y toucher sans l'accord de l'autre.

Mais le droit civil a lui aussi prévu des dérogations à ce principe, et cela dans des cas qui se rapprochent précisément des situations où la mutabilité du contrat administratif se justifie.

Ainsi, l'employeur peut exiger de l'employé plus d'ouvrage que n'en prévoyait le contrat de travail, sous réserve des règles de la bonne foi, et à charge pour lui de fournir une rémunération supplémentaire[327]. L'exemple a ceci d'intéressant qu'il s'agit là d'un contrat de collaboration, comme

---

[326] Voir plus haut, ch. 32 ss.

[327] Art. 336 CO.

le sont la plupart des contrats de droit administratif selon les définitions auxquelles nous nous sommes arrêtés.

On peut aussi mentionner les règles relatives au bail[328], qui permettent la résiliation anticipée du contrat par l'une des parties, en cas de circonstances graves qui en rendraient l'exécution intolérable; l'autre partie a alors droit à un dédommagement complet. A notre connaissance, personne n'a jamais soutenu qu'en raison de ces règles, le bail cessait d'être un véritable contrat. Si nous avons pris ce second exemple, c'est que le bail est un contrat de durée, comme le sont ceux des contrats de droit administratif pour lesquels se pose le plus souvent le problème de l'adaptation aux circonstances.

Enfin, la théorie administrative de l'imprévision, telle que la consacre le droit français, trouve un équivalent frappant dans les règles de notre droit privé sur le contrat d'entreprise[329]. Or, cette théorie vise surtout des contrats administratifs qui, par leur objet, présentent de grandes analogies avec le contrat d'entreprise[329 bis].

260. Tempérée par toutes les réserves et conditions dont l'entoure – avec raison – le droit français, la mutabilité du contrat administratif n'a donc rien de si extraordinaire, puisqu'elle repose sur des idées dont on trouve bien des manifestations dans notre droit privé. Appliquée par analogie, et de façon extensive dans la mesure où le contrat de droit administratif engage l'intérêt public, notre législation civile fournirait d'excellents points d'appui aux positivistes intransigeants, qui hésiteraient probablement à retenir les solutions françaises en l'absence de toute règle écrite.

261. Il est vrai que, chez nous, la jurisprudence étend la garantie constitutionnelle de la propriété à tous les

---

[328] Art. 269 et 291 CO. Voir aussi art. 404 CO (mandat).

[329] Art. 373 al. 2 CO. C'est sur cette disposition, on le sait, qu'on s'est souvent appuyé chez nous pour introduire en droit privé la théorie générale de la *clausula rebus sic stantibus.*

[329 bis] Concession de service public et marché de travaux publics.

droits acquis patrimoniaux, y compris les droits découlant d'un contrat passé avec l'Etat, par exemple d'une concession[330]. Or, la garantie constitutionnelle rend la propriété inviolable et ne tolère que les exceptions prévues par la loi[331]. On pourrait dès lors se demander si, en droit suisse, il ne faut pas une base légale – ou du moins une clause du contrat[332] – pour que l'administration ait le pouvoir de porter atteinte aux droits de son cocontractant, même contre indemnité.

Nous pensons, pour notre part, que l'exigence d'une base légale ne se justifie que pour la propriété *stricto sensu*, qui n'est pas créée mais simplement reconnue par l'Etat, et pour les autres droits patrimoniaux que l'individu tient d'une tierce personne. Elle ne nous paraît en revanche pas nécessaire pour les droits que l'Etat a lui-même constitués par un acte créateur tel qu'un contrat. Pour ces derniers droits, une atteinte devrait être possible à la double condition seulement qu'il y ait motif suffisant d'intérêt public et dédommagement complet[333], la base légale étant remplacée par une clause implicite qui nous semble découler de la nature même du contrat de droit administratif. Celui qui traite avec l'Etat en engageant directement l'intérêt public doit comprendre et savoir que ses droits trouveront une limite naturelle et nécessaire dans les exigences du bien commun, ce qui l'obligera suivant les circonstances à subir le «fait du Prince» et à tolérer que ses droits contractuels se transforment en une prétention à indemnité.

---

[330] ATF 74 I 465 ss., cons. 3 litt. a) et b), et la jurisprudence citée dans cet arrêt.

[331] Voir, par exemple, art. 6 de la constitution vaudoise.

[332] Voir, à ce sujet, ATF 81 I 81 ss., 87/88.

[333] Grätzer, op. cit., pp. 92/95, aboutit aux mêmes conclusions pour les contrats de droit public entre l'Etat et les administrés. Il n'admet cependant la revision ou la résiliation du contrat par l'administration que pour d'*importants* motifs d'intérêt public. Quant au droit à indemnité de l'administré, il le déduit à la fois de la garantie de la propriété et de l'égalité devant la loi.

262. Du point de vue de la sécurité du droit, le contrat de droit administratif créera ainsi une situation moins satisfaisante que la convention civile. Mais, grâce au droit à indemnité qu'on doit lui reconnaître, l'administré jouit en tout cas d'une complète sécurité financière. Et c'est bien cette sécurité-là qu'il recherche avant tout lorsqu'il traite par contrat avec une administration publique. Au surplus, les atteintes portées dans l'intérêt public à un contrat de droit administratif resteront forcément exceptionnelles, d'autant plus que l'obligation d'indemniser intégralement son cocontractant retiendra l'administration d'user trop facilement de son pouvoir unilatéral de modification ou de résiliation du contrat.

Ce pouvoir, nous sommes en conclusion d'avis de l'admettre chez nous, même en cas de silence de la loi et du contrat, dans la mesure, dans les limites et aux conditions que le droit français a fort bien définies par une lente évolution jurisprudentielle[334]. En contre-partie, on doit reconnaître au cocontractant un droit à la réparation intégrale du dommage résultant pour lui de la modification ou de la résiliation unilatérale du contrat, compte tenu cependant du risque qu'il assumait normalement[335].

---

[334] Le Tribunal fédéral a, lui aussi, reconnu ce pouvoir (ATF 67 I 277 ss., cons. 7). Le Tribunal cantonal vaudois en a fait autant, en l'absence de tout texte législatif et de toute clause du contrat, à propos d'une convention relative au domaine public; il est même allé jusqu'à déclarer que l'administration manquerait à ses devoirs en maintenant en vigueur une convention dont l'intérêt public exigerait la suppression (JdT 1937 III 70 ss., 77). Si, dans cet arrêt, la cour vaudoise a soulevé sans la trancher la question de savoir si l'administré avait droit à la réparation du préjudice consécutif à la résiliation, c'est que le demandeur n'avait pas déposé de conclusion à ce sujet, son action tendant uniquement à faire dire au juge que la résiliation prononcée unilatéralement par l'administration était illégale.

[335] Nous réservons cependant le cas où la modification du contrat résulterait indirectement de l'entrée en vigueur d'une nouvelle législation impérative de droit public. C'est là un vaste problème que nous ne pouvons traiter dans le cadre de ce rapport, car il

263. Pour le surplus, le contrat de droit administratif doit obéir comme le contrat civil au principe d'immutabilité, avec les exceptions que lui apporte le droit privé. La seule réserve à faire, c'est que dans la mesure où elles mettent directement en jeu l'intérêt public, les obligations du cocontractant de l'administration doivent s'exécuter à tout prix, sauf impossibilité, la *clausula* devant, en d'autres termes, conduire à la revision du contrat plutôt qu'à son annulation, comme la théorie française de l'imprévision.

---

touche à bien d'autres domaines du droit public (responsabilité de l'Etat à raison du dommage causé par la loi, rétroactivité des lois, théorie de la quasi-expropriation, etc.). Malgré l'objet très limité de sa thèse, Grätzer n'examine lui-même ce problème que de façon sommaire (pp. 87/90).

Considérations finales

264. Etant donné l'objet de cette étude, on ne saurait la conclure par des thèses, telles qu'on en présente souvent dans les rapports destinés à la Société suisse des juristes. Les questions à examiner étaient trop nombreuses, et trop variées, pour que cela fût possible. Ce ne serait d'ailleurs guère opportun, car les solutions proposées – ou plutôt esquissées – en cours de discussion sont pour la plupart si nuancées qu'on les déformerait en les ramenant à quelques sentences sommaires et catégoriques. Au surplus, notre ambition ne pouvait pas être d'aboutir à des règles aptes à passer telles quelles dans la loi, comme s'il s'était agi de préparer une réforme législative sur des points limités et précis. En entreprenant ce travail, nous avions pour seul but de procéder à une première exploration dans un domaine à peine défriché, puis de suggérer des idées et de manifester des tendances propres à orienter la pratique administrative, la jurisprudence et l'évolution de la doctrine.

C'est donc par quelques réflexions générales, et non par des thèses, que se terminera cette étude.

265. Quant à la *notion* et au *rôle du contrat de droit administratif*, les idées que nous avons développées surprendront maint lecteur par la place relativement large qu'elles font à cette institution. Elles s'écartent en effet de l'opinion traditionnelle, qui ne reconnaît à l'administration que deux moyens normaux d'agir de cas en cas à l'égard des particuliers: l'acte unilatéral de droit public ou décision administrative, qui est un acte d'application de la loi, et le contrat de droit privé, auquel l'Etat peut toujours recourir en vertu de la capacité civile que comprend sa personnalité juridique.

Grâce à son apparente simplicité, la position traditionnelle paraît très séduisante, mais à la réflexion et face à la réalité, elle devient peu convaincante, voire contradictoire. Lorsque l'administration agit selon le droit public, on l'enferme dans une série de principes rigoureux, afin de sauve-

garder à la fois l'intérêt public et les droits de l'individu, mais on l'oblige d'autre part à se servir d'un procédé – l'acte unilatéral – qui va souvent à fin contraire, parce que ne donnant à l'administré qu'une sécurité juridique très relative tout en empêchant parfois l'administration de créer une situation opportune et juste. On admet en revanche qu'en vertu de sa capacité civile, l'Etat peut tout faire, à la seule condition de ne pas enfreindre les règles impératives de la loi, et sans avoir à respecter les principes généraux du droit public, ce qui lui permet de compromettre le bien commun en s'engageant comme un particulier, et de se soustraire aux devoirs généraux qu'il assume envers le citoyen.

Il n'est donc judicieux ni de laisser toute liberté d'action à l'administration lorsqu'elle procède par contrat civil, ni de lui interdire en principe d'user du contrat lorsqu'elle agit selon le droit public. L'obliger à choisir entre le contrat civil et la décision administrative, c'est l'enfermer dans une alternative artificielle et peu satisfaisante, parce que trop éloignée des réalités et des besoins légitimes de l'action administrative. Cela ne peut conduire qu'à des anomalies, et à des injustices.

266. Pour éviter ces difficultés, il faut partir du principe que, lorsqu'il agit directement à des fins d'intérêt général, l'Etat se trouve nécessairement soumis au droit public et à ses exigences fondamentales, sans pouvoir y échapper en usant de sa capacité civile pour se réfugier dans la zone libre du droit privé. Mais on doit d'autre part admettre que, tout en restant sur le terrain du droit public, et dans les limites tracées par les principes généraux de ce droit, l'Etat peut à certaines conditions se servir du contrat, car cela répond parfois à un besoin légitime tant pour l'intérêt public que pour l'administré.

Cette double idée nous a tout d'abord conduit à définir le contrat de droit administratif[336] – par rapport au contrat

[336] Voir plus haut, ch. 58 ss., spécialement ch. 66.

civil – non pas d'après un critère volontariste, qui permettrait à l'Etat de se soustraire abusivement aux exigences du droit public en optant pour la convention de droit privé, mais d'après l'objet du contrat, c'est-à-dire d'après un critère dont l'application ne dépend pas d'un choix discrétionnaire de l'administration.

Les mêmes idées nous ont d'autre part fait dire que, dans l'exécution de ses tâches d'administration publique, l'Etat ne pouvait procéder par contrat qu'à la double condition de ne pas commettre d'inégalité de traitement et de respecter non seulement les règles impératives, mais aussi le but de la loi qui lui donne le pouvoir d'agir. En dehors des cas où il gère son patrimoine privé ou financier, ce n'est en effet pas en vertu de sa capacité civile que l'Etat peut contracter, mais dans l'exercice de ses pouvoirs d'administration publique, tels qu'ils résultent de la loi et avec les servitudes générales qui les grèvent. Ces réserves de principe ont évidemment pour conséquence de restreindre le champ d'application du contrat de droit public, surtout dans le domaine de la police administrative, où les pouvoirs de l'administration ont toujours un but déterminé d'ordre public et se trouvent définis dans la loi par de multiples règles impératives. Même dans ce domaine, cependant, la loi laisse parfois une suffisante liberté d'appréciation et d'action à l'autorité exécutive pour que le contrat reste utilisable.

267. Cette liberté d'appréciation, l'opinion traditionnelle voudrait qu'elle ne s'exerce jamais que par acte unilatéral. On doit pourtant bien constater que, dans de nombreux cas, l'administration en use pour négocier avec l'administré, en vue d'aboutir à une solution qui tienne équitablement compte de tous les intérêts en jeu, dans le cadre de la loi, de son but, et de ses exigences. On doit d'autre part reconnaître que l'administré a souvent un besoin légitime de sécurité juridique. Pour lui procurer cette sécurité, l'opinion traditionnelle admet alors que la décision administrative crée parfois des droits acquis, en liant l'administration

comme le ferait une convention. Mais on ne précise pas quand il en est ainsi. On s'en remet au juge et à son sens de l'équité, en lui suggérant d'appliquer des théories vagues et incertaines, comme celle de la bonne foi ou de la balance des intérêts en présence. Cette solution n'en est pas une, car elle laisse l'administré dans la plus complète incertitude quant à la stabilité de la situation créée par la décision administrative.

C'est pour remédier à cette fâcheuse incertitude, ou du moins pour l'atténuer, que nous avons étendu le champ du contrat de droit administratif par empiètement sur le domaine traditionnel de la décision administrative[337], tout en adoptant par ailleurs la catégorie intermédiaire de l'acte-condition[338], telle que l'a imaginée la doctrine française.

268. En ce qui concerne le *régime juridique du contrat de droit administratif*, notre position s'écarte aussi des opinions généralement admises chez nous.

D'aucuns s'étonneront sans doute des pouvoirs que nous attribuons à l'administration pour contraindre directement son partenaire à exécuter ses obligations[339], et plus encore des tendances que nous manifestons quant à la mutabilité du contrat de droit administratif[340]. On nous dira qu'ainsi conçu, ce prétendu contrat n'en est plus un, car il fait la part trop belle à l'administration, au mépris du principe *pacta sunt servanda.*

Mais d'autres nous reprocheront au contraire de faire la part trop belle à l'administré, en lui reconnaissant un droit à indemnité dans des cas où la théorie traditionnelle de la décision administrative ne l'admettrait peut-être pas.

S'il en est ainsi, c'est que le contrat de droit administratif constitue une institution intermédiaire entre le contrat civil et la décision administrative.

---

[337] Voir plus haut, ch. 74 ss., spécialement ch. 80.
[338] Voir plus haut, ch. 72/73 et 82/83.
[339] Voir plus haut, ch. 236 ss. et 245 ss.
[340] Voir plus haut, ch. 250 ss., spécialement ch. 258 ss.

Il s'apparente au contrat civil quant à sa formation, et surtout en ce qu'il crée des droits acquis auxquels l'administration ne pourra porter atteinte, fût-ce pour des raisons valables d'intérêt public, que contre indemnité.

Mais notre contrat se distingue du contrat civil et se rapproche de la décision administrative en ce que, d'une part, il ne dépouille pas l'administration de tout pouvoir d'action directe au stade de l'exécution et que, d'autre part, il se prête dans certains cas à une modification, voire à une résiliation unilatérales de la part de l'Etat.

269. Etant propre à concilier les exigences de la sécurité du droit avec celles de l'intérêt public, cette institution intermédiaire a sa raison d'être dans les relations entre l'Etat et les particuliers. Elle répond à un besoin que ne satisfont pleinement ni le contrat civil, ni la décision administrative unilatérale.

Peu importe au surplus le nom qu'on donne à cette institution intermédiaire, une fois qu'on en a admis les caractères et les effets particuliers. Si, pour éviter toute confusion compromettante avec le contrat civil, et pour ne pas renier certaines positions dogmatiques, on préfère parler d'acte administratif bilatéral, ou de décision administrative par soumission, ou encore d'acte de souveraineté créant des droits acquis, on ne changera rien à la nature intrinsèque de l'institution. Arrivé à ce point-là, le débat n'est plus que vaine logomachie.

Si nous choisissons le terme de contrat, c'est pour mettre l'accent sur les engagements que prend l'Etat dans les cas où intervient cette institution intermédiaire. Les expressions d'acte souverain, ou d'acte administratif par soumission, marquent au contraire la prédominance des pouvoirs de l'Etat, et rejettent dans l'ombre les droits que de tels actes font naître pour l'individu.

270. En étendant comme nous l'avons fait le domaine du contrat de droit public, et en adoptant cette institution intermédiaire que constitue le contrat de droit adminis-

tratif, nous avons en définitive conscience de protéger l'individu face à la puissance publique, par des règles propres à concilier les droits des particuliers avec les exigences du bien commun. N'est-ce pas là le but, et le rôle, du droit public en général, et du droit administratif en particulier?

Principaux ouvrages cités

(Cette liste n'est pas une véritable bibliographie. Simplement destinée à faciliter la lecture de nos références, elle ne contient que les ouvrages cités en abrégé, et à plusieurs reprises, dans les notes de bas de pages.)

Apelt, W.: Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Leipzig 1920.

Baechi, Walter: Verwaltungsakt auf Unterwerfung, zweiseitiger Verwaltungsakt oder Vertrag? Thèse, Zurich 1934.

Benkö, Franz: Der Steuervertrag, thèse, Zurich 1931.

Blumenstein, Ernst: System des Steuerrechts, Zurich, 1945.

Bonnard, Roger: Précis de droit administratif, 3e éd., Paris 1940.

Burckhardt, Walther: Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht, dans Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens dem schweizerischen Bundesgerichte dargebracht von der juristischen Fakultät der Universität Bern, 1924, pp. 1 à 92.

Duez, Paul et Debeyre, Guy: Traité de droit administratif, Paris 1952.

Fleiner, Fritz: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen, 1923.

– Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8e éd., réimpression pour la Suisse, Zurich 1939.

Fleiner/Giacometti: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zurich 1949.

Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 3e éd., Munich et Berlin 1953.

Giacometti, Z.: Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts, Tübingen 1924.

– Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941.

Giese, Friedrich: Allgemeines Verwaltungsrecht, 3e éd., Tübingen 1952.

Grätzer, Paul: Die clausula rebus sic stantibus beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, thèse, Zurich 1953.

Jedlicka, Georg: Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht, thèse, Zurich 1928.

Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3e éd., Berlin 1931.

Jèze, Gaston: Théorie générale des contrats de l'administration, 3 vol., Paris 1934–1936 (tomes IV, V et VI des Principes généraux du droit administratif).

Kellerhals, P.: Der öffentlich-rechtliche Vertrag, insbesondere die Anwendung von Zivilrecht auf dessen Vertragsabschluß, thèse (manuscrite), Bâle 1948.

Kistler, Bruno: Contribution à l'étude juridique des subventions fédérales, thèse, Lausanne 1956.

Laferrière, Julien et Waline, Marcel: Traité élémentaire de science et de législation financières, Paris 1952.

de Laubadère, André: Traité théorique et pratique des contrats administratifs, 3 vol., Paris 1956.

Layer, Max: Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, Graz et Leipzig 1916.

Matti, Alfred: Die Bundessubvention als Rechtsinstitut des schweizerischen Bundesrechts, thèse, Zurich 1929.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 2e/3e éd., 1917/1924, Munich et Leipzig.

Narbel, Claude: Les droits acquis des fonctionnaires, thèse, Lausanne 1957.

Nebinger, Robert: Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2e éd., Stuttgart 1949.

Oeschger, Kurt: Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, thèse, St. Gall 1954.

Osterwalder, Max: Die Export-Risikogarantie des Bundes, thèse, Berne 1944.

Péquignot, Georges: Théorie générale du contrat administratif, Paris 1945.

Ruck, Erwin: Schweizerisches Verwaltungsrecht, 3e éd., 2 vol., Zurich 1951 et 1953.

Schindler, D.: Die Bundessubventionen als Rechtsproblem, thèse, Zurich 1951.

Speiser, Ruth: Über öffentlich-rechtliche Verträge im Verwaltungsrecht, thèse (manuscrite), Bâle 1922.

Tosetti, M.: I Contratti d'Espropriazione con speciale riguardo al diritto svizzero, thèse, Berne 1928.

von Turegg: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Berlin 1950.

Waline, Marcel: Droit administratif (collection des Traités Sirey), 7e éd., Paris 1957 (et 6e éd., Paris 1952).

Notre rapport était déjà sous presses lorsque nous avons eu connaissance d'une récente publication allemande:

Salzwedel, Jürgen: Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Berlin 1958.