Qu'est-ce que la technique contractuelle ?

- **Afin de répondre aux attentes des praticiens, nous intégrons une nouvelle rubrique portant sur la technique contractuelle.**
- **Les différents thèmes abordés chaque mois permettront aux contractants de maitriser certains aspects formels et rédactionnels des contrats publics et d'assurer une certaine sécurité juridique.**

Auteur

Yves Claisse, avocat à la Cour, spécialiste en droit public, Selarl Claisse et associés

Mots clés

Élaboration du contrat • Légistique • Liberté contractuelle • Rédaction •

L'idée d'une chronique dédiée à la «Technique contractuelle» est née d'un double constat et d'une conviction. «L'ascension du contrat, comme mode de production des normes et comme procédé d'action publique, constitue l'un des traits les plus remarquables des dernières décennies.» Il n'y a rien à rajouter ni à retrancher à la formule de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, dans son éditorial au rapport public 2008 de la Haute assemblée[1], sauf à élargir le propos en constatant que la promotion de l'administration contractuelle[2], répondant à des aspirations à moins d'autorité dans les relations avec les administrés et à plus de souplesse dans la conduite des politiques publiques, a fini par conduire, sur le plan juridique, à l'affirmation de la liberté contractuelle des personnes publiques.

Depuis plus d'une trentaine d'années en effet, le statut de la liberté contractuelle a été constamment renforcé sous l'influence convergente du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel. Le Conseil d'État a tout d'abord jugé que la liberté contractuelle constituait un principe général du droit[3], aussi bien pour les personnes privées[4] que pour les personnes publiques[5]. De même, il considère que la liberté contractuelle constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative sur le référé-liberté[6].

(1) Conseil d'État, «Le contrat, mode d'action publique et de production de normes», Rapport public 2008, La Documentation française, *p. 7 et s.*

(2) R. Denoix-de Saint-Marc, «L'administration contractuelle», AJDA *2003, p. 971 ; L. Richer, «La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques»,* AJDA *2003, p. 973.*

(3) CE 7 février 1986, Asso. FO Consommateurs, req. n°35331 : Lebon *p.31 — CE 20 janvier 1989, Sté GBA Berry-Loire, req. n°49756:* Lebon *p.26 — CE sect. 28 janvier 1998, Sté Borg Warner, req. n°138650:* Lebon *p.20;* CJEG *1998 p.306, concl. C. Bergeal et p.269, note F Moderne.*

(4) CE 27 avril 1998, Cornette de Saint-Cyr, req. n° 184473 : Lebon *p. 178 ;* AJDA *1998, p. 831, concl. C. Maugüe ;* RFDA *1998, p. 640.*

(5) CE 20 mars 2000, Mayer et Richer, req. n° 202295 : AJDA *2000, p. 756, obs. Y. Jegouzo — CE 15 décembre 2000, Banque de France c/Grosjman, req. n° 203331.*

(6) CE ord. 12 novembre 2001, Cne de Montreuil-Bellay, req. n°239840 : Lebon *p. 551 ;* BJCP *n° 20, p. 77 ;* DA *2002, n° 41, note Lombard.*

Au sommaire le mois prochain

La langue du contrat

- Les personnes publiques peuvent-elles conclure des conventions en langue étrangères ?
- Les « clauses de définition » : notion, intérêt, portée

Après quelques hésitations, le Conseil constitutionnel a reconnu explicitement la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle[7].

On peut s'interroger sur ces fondements[8], mettre en évidence la singularité de la notion en droit administratif[9], voire dénoncer le «dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs»[10]. Dans la pratique, les personnes publiques, au premier rang desquelles figurent les collectivités[11], ont la faculté de se donner leur propre loi. Et pourtant, dans le même temps, les textes communautaires et le législateur national n'ont cessé d'accroître les contraintes auxquelles les contrats des personnes publiques sont soumis tant en ce qui concerne les procédures de passation, qui ont pour effet de restreindre la liberté dans le choix du cocontractant, la détermination du contenu des accords qui limite la liberté dans la rédaction, qu'à travers le contrôle de leur exécution ou l'ouverture de nouvelles voies de recours devant le juge[12]. D'où notre conviction: dans un contexte de liberté de plus en plus encadrée et contrôlée, l'outil contractuel doit être mieux maîtrisé.

C'est à cette préoccupation que nous voudrions répondre au fil des chroniques mensuelles, en axant notre propos sur la technique au sens donné par le Grand Robert de la langue française «d'ensemble de procédés méthodiques, plus ou moins régularisés et structurés, fondés sur des connaissances scientifiques et destinés à obtenir un résultat, satisfaire des besoins, selon une finalité et une ustensilité»[13].

Nous nous attacherons donc à l'élaboration des contrats, à déterminer les meilleures modalités de passation, de rédaction, de construction, de formalisation d'un accord. Il ne s'agira pas de résoudre les problèmes qui peuvent surgir au cours de l'exécution ou de la terminaison d'une convention mais de chercher le meilleur moyen de les éviter par une rédaction habile et la connaissance des risques que telle initiative ou telle stipulation emporte. Pour une fois le juriste ne se fera pas «thérapeute» mais d'abord et en premier lieu «hygiéniste»[14].

L'expression technique contractuelle est ici employée au singulier car il ne sera pas traité distinctement des différents contrats, même si on pourra, de temps en temps, y trouver intérêt. Nous voudrions en effet tracer les contours de bonnes pratiques utilisables par tous ceux qui se servent de l'instrument contractuel quel que soit le type retenu ou l'opération visée. Nous partirons des questions indispensables que le rédacteur d'un contrat doit se poser et résoudre avant de prendre la plume:

- quelle est la marge de manœuvre dont je dispose dans un domaine - les contrats de l'administration où des clauses stipulées de bonne foi sont parfois remises en cause et privées d'effets plusieurs années après? ;
- comment rendre mon texte efficace, l'imprécision ou le défaut de cohérence d'une convention pouvant justifier sa résiliation pour intérêt général[15] ? ;
- comment écrire ce que je veux dire, pour limiter, autant que faire se peut les aléas de l'interprétation?

L'ambition est immense: garantir, par la connaissance du champ du possible et la maîtrise des aspects formels et rédactionnels, la sécurité contractuelle à laquelle aspirent la personne publique et son cocontractant. Gageons, plus modestement, qu'au fil des numéros, la chronique devienne une «boîte à idées» et une «boîte à outils». ■

(7) Cons. const. 19 décembre 2000, n° 2000-437 DC ; sur cette question : A. Duffy, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », RDP 2006, p. 1569 ; F. Moderne, «La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ?», RFDA 2006, p. 2.

(8) En droit français, moins la liberté d'entreprendre, chère au droit communautaire, que la liberté individuelle, les droits civils et la libre administration des collectivités territoriales.

(9) F.-X. Fort, « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », Mélanges Guibal, Contrats publics, vol. 1, p. 27 et s., Université de Montpellier I.

(10) Titre de la contribution de S. Nicinski aux Mélanges Guibal, Contrats publics, vol. 1, p. 45 et s., Université de Montpellier 1.

(11) Collectivités territoriales pour lesquelles les lois de décentralisation ont mis fin à l'obligation d'utiliser des contrats et clauses types et ont supprimé la tutelle qui était exercée sur leurs actes. Sur cette « tutelle technique » et son « allégement » : Y. Claisse, «Commentaire d'un avis du Conseil d'État du 5 janvier 1988», Les Grands avis du Conseil d'État, Dalloz, 1re éd., n°28, p.277.

(12) C Maugüe, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », AJDA 1998, p. 694 ; B. Stirn, « La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif », AJDA 1998, p. 673.

(13) S'agissant de l'élaboration des lois et plus largement de l'ensemble des normes unilatérales, cette technique a un nom : la « légistique ». Voir par ex. D. Rémy, Légistique (l'art de faire les lois), Romillat, 1994, C. Bergeal, Savoir rédiger un texte normatif (loi, décret, arrêté, circulaire), 1997, Berger-Levrault.

(14) Pour reprendre la comparaison employée par J.-M. Mousseron, Technique contractuelle, ed. Françis Lefebvre, 1988, p. 17.

(15) CE 10 juillet 1996, M. Coisne, req. n° 140606, concl. inédites C. Chantepy.