



Le régime juridique des contrats de la personne publique sous l'Ancien Régime

André Carboneill

► **To cite this version:**

André Carboneill. Le régime juridique des contrats de la personne publique sous l'Ancien Régime. Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2006, pp.23-38. hal-02543096

HAL Id: hal-02543096

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02543096>

Submitted on 15 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE REGIME JURIDIQUE DES CONTRATS DE LA PERSONNE PUBLIQUE SOUS L'ANCIEN REGIME.

Par André CARBONEILL

Maître de conférences à la Faculté de Droit et d'économie de La Réunion

« Le droit administratif actuel se lie sous plusieurs rapports au droit administratif ancien : il a hérité de celui-ci des règlements qui étaient le fruit de l'expérience, et qui continuent de régir, par un certain nombre de leurs dispositions, diverses branches des services publics. Une portion de ces anciens règlements a été expressément rappelée et maintenue par les lois positives. Une autre portion continue de fait à subsister, à être appliquée, et conserve sa vigueur, par cela seul qu'elle n'a été abrogée ni spécialement, ni en principe, par la législation récente. »

De Gérando, Institutes du droit administratif français, t.1, p. 82.

« Il existe, dans le cadre de la cité, tout un droit de l'administration, un véritable droit avant la lettre »

Rigaudière, Saint Flour, ville d'Auvergne au Bas Moyen Age. Etude d'histoire administrative et financière, Paris, PUF 1982, t.II, p.652.

Pendant de nombreuses années tout un courant doctrinal s'est plu à considérer que le droit administratif ne remontait pas au-delà du XIX^e siècle. Fils de la Révolution, il serait la conséquence de la séparation des pouvoirs, fondement de l'ordre constitutionnel remplaçant les conceptions absolutistes de la monarchie¹. Le Conseil d'Etat, né de la loi du 22 pluviôse an VIII, aurait de la sorte élaboré un « droit nouveau » en établissant des règles détachées du « droit commun », consacrant toute une série de privilèges plus ou moins exorbitants de l'administration.

Le droit administratif n'aurait pas d'histoire puisque antérieurement à la Révolution l'administration se serait trouvée sous tutelle judiciaire des Parlements.

¹ Ce qui semble être bien loin de la position d'Alexis de Tocqueville, lequel, en 1856, dans *L'ancien Régime et la Révolution*, plus particulièrement dans son livre deuxième ne consacrait pas moins de 5 chapitres démontrant que centralisation administrative, tutelle administrative, justice administrative et garantie des fonctionnaires, bien loin d'être l'œuvre de la Révolution ou de l'Empire étaient des institutions d'Ancien Régime.

Encore, le doyen Hauriou ne retrace la formation de ce droit que depuis l'an VIII, concédant toutefois, timidement, qu'il y a de l'erreur « quant à l'affirmation de la nouveauté de ce droit »¹. Il est vrai, cependant, que si les juristes d'Ancien Régime appliquent à l'administration de véritables règles de droit, ils n'admettent pas pour autant de façon formelle l'autonomie du contrat administratif².

Par ailleurs, un autre facteur militant en faveur de cette conception doit peut être, être recherché dans la rupture dans nos facultés de droit entre l'étude de l'Histoire du Droit et le Droit positif, dont la conséquence, trop souvent d'actualité, fait écrire non sans un certain humour à Michel Humbert que celle-ci « n'a pas même pour vocation de fournir aux divers cours de droit positif leur entrée en matière souvent nécessaire : une présentation historique du thème... Aussi, l'historien du droit ne réclame-t-il pas le rôle majestueux de l'appariteur introduisant le cours d'une discipline fondamentale. Plus modeste et plus espiègle, l'enseignement historique dessine sur les cartes des études un détour. Il est une incitation à partir, pour un court moment, vers l'école buissonnière »³, riche pourtant d'enseignements.

Depuis la loi du 24 mai 1872, le Conseil d'Etat « statut souverainement » sur le contentieux administratif, à telle enseigne qu'à compter de la III^e République, sa jurisprudence formera le droit administratif, droit prétorien s'il en est.

N'y aurait-il dès lors, sous l'Ancien Régime, aucune place pour le droit administratif, alors même que le terme d'administration dans son acception technique n'apparaît qu'à l'extrême fin du XVIII^e siècle ?

Telle n'est pas la position développée par Albert Rigaudière : « Il existe, dans le cadre de la cité, tout un droit de l'administration, un véritable droit avant la lettre »⁴ ; partant, l'autonomie du droit administratif était de fait acquise, le pouvoir royal mettant en avant des notions aussi fondamentales que l'intérêt général ou encore le respect des droits des administrés.

Il n'est en effet, aujourd'hui, contesté par personne que sous l'Ancien Régime s'est élaboré un véritable corps de règles relatives à l'administration, en dépit du fait que l'autonomie de ce corps n'a pas été proclamée de façon formelle.

En est-il ainsi des contrats de la personne publique, le procédé contractuel se perdant dans la nuit des temps ?

Quelle est l'ampleur du fait contractuel ? Quelles traces en trouve-t-on ? Dans quels domaines ? S'agit-il de contrats de fourniture ou de délégation ? De

¹ *Répertoire du Droit administratif*, t. XIV, Paris, Dupond, pp.18 à 28.

² J.L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{er} éd. 1985, 294 p.

³ Michel HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 6^e édition, Précis Dalloz, collection Droit public et science politique, 436 p., p.VII.

⁴ A. RIGAUDIERE, *Saint Flour, ville d'Auvergne au Bas Moyen Age. Etude d'histoire administrative et financière*, Paris, PUF 1982, t.II, p.652.

contrats entre particuliers et pouvoirs publics ou de pouvoirs publics entre eux ? Quel est le régime de ces contrats ? Obéissent ils au droit commun ou au contraire sont ils exorbitants ? L'administration agit elle par voie unilatérale ? Quid de la résolution des conflits ? Concernent ils l'Etat royal ? Les municipalités ? Les Provinces ? Quel est le champ d'application du contrat ?

Sur ce dernier point, deux domaines, depuis le Moyen Age et jusqu'à la Révolution formeront l'essentiel, à savoir les tâches administratives et les travaux publics.

Le régime seigneurial constituera le point de départ de notre réflexion, tant sa généralisation consacrera la dislocation de l'organisation administrative léguée par l'Empire carolingien. Point de départ encore, tant nous partageons la thèse selon laquelle « la place largement faite aux pouvoirs de l'administration dans le droit actuel des contrats administratifs devait dériver de l'autorité seigneuriale »¹

Dans le double but de s'assurer davantage de zèle de ceux pris à leur service d'une part et d'aménager les modalités de rémunération d'autre part, les tâches administratives seront concédées en « fief » : les seigneurs ne se contentent pas de désigner leurs auxiliaires. Ainsi, en contre partie d'un service –essentiellement l'exercice de prérogatives de puissance publique- les seigneurs attribuent des terres de rapport, des revenus, tels la part de redevances ou de taxes à percevoir : il s'agit là de la concession de « fiefs en fonctions ». Cette pratique n'est du reste pas réservée aux seigneurs et à leurs auxiliaires. Ils ne font que reproduire par là le schéma qui les lie à leur suzerain puisqu'en principe ils tiennent les prérogatives de puissance publique qu'ils exercent sur leurs domaines et sur leurs hommes de la concession d'un « fief en terre »².

Aux côtés de ces inféodations, nombre de ces tâches administratives seront confiées à un censitaire ou à un fermier qui vont s'engager à verser régulièrement au seigneur des sommes déterminées. Ainsi en sera-t-il de la perception des redevances ou encore de l'exploitation d'installations assorties d'un monopole.

La pratique de l'affermage, déjà utilisée par les rois capétiens pour attribuer les fonctions de prévôt, présente l'avantage de la souplesse : elle permet tout à la fois de limiter la durée de l'engagement et d'organiser des enchères permettant de découvrir le plus offrant, d'où un intérêt financier évident.

S'il y a là avantage pour le trésor royal, le risque cependant, et Saint Louis en prendra conscience, consiste dans l'exploitation de la population. Pour pallier à cet inconvénient il sera obligé de prendre des mesures pour l'adjudication des prévôtés ; ainsi, celle de Paris sera confiée en « garde », c'est-à-dire en régie à Etienne Boileau, ancêtre du poète, procédé se généralisant peu à peu au détriment de l'adjudication.

Sans pour autant déflorer le sujet à ce stade, deux traits remarquables quant au régime juridique de ces diverses concessions vont persister et sous-tendre le

¹ F.P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz 1968, 587 p., n°1033.

² J.L. MESTRE, *Introduction historique...*, op.cit. pp. 45-48.

particularisme du droit des contrats administratifs : il s'agit en tout premier lieu de la situation éminente du seigneur concédant vis-à-vis de son concessionnaire et en second lieu de faire peser des effets sur ces tiers à l'acte que sont les sujets du seigneur, j'ai parlé des administrés.

Les autorités municipales ne seront pas en reste et vont recourir à de nombreuses reprises à la concession en organisant des adjudications publiques dans des domaines aussi variés que les fonctions de trésorier, la perception d'une redevance particulière, le service d'une banalité, la garde des prisonniers ou encore les fonctions de « banniers » (gardes). A l'exemple des seigneurs, elles tenteront d'obtenir les conditions financières les plus avantageuses.

Parfois cependant, dans des domaines très particuliers, lorsque la personnalité du concessionnaire est un élément déterminant, elles traiteront de gré à gré offrant des conditions favorables tant de rémunération que de logement. C'est ainsi qu'à la fin du XIII^e siècle, les consuls d'Alès voulant organiser l'enseignement du droit, entreront directement en discussion avec canonistes et légistes¹

Aux côtés de la concession des tâches administratives, nombre de contrats porteront sur la réalisation de travaux publics. De la sorte, en 1424, le Duc de Bretagne voulant faire réparer certaines fortifications de la ville de Rennes chargera son chambellan et le maître de son hôtel de traiter avec les entrepreneurs, d'acheter eux-mêmes les matériaux nécessaires, et de contrôler personnellement le déroulement des travaux².

De même, aux fins d'éviter l'impopularité des corvées, nombre d'autorités municipales mettront aux enchères l'exécution de certains travaux, quelques « menus ouvrages » faisant là encore l'objet d'un traitement de gré à gré.

Quant aux procédures, en matière de concession, la procédure ordinaire utilisée sera celle de l'adjudication, adjudication régie par des usages.

Au Moyen Age les autorités déterminent scrupuleusement les droits et obligations de l'adjudicataire. En cas de travaux à exécuter il sera parfois demandé un devis sommaire. Quand il s'agira de l'affermage de la levée d'un impôt, une mise à prix sera fixée, c'est-à-dire un montant minimum de la « rente » du « loyer ». Elle portera parfois le nom de « baptême ».

La publicité sera orale à « cry public » ou « son de trompes ». La plupart du temps trois criées seront requises. Le crieur public, agent municipal, faisait le tour de la cité, enregistrant les offres présentées tout en les communiquant aux intéressés.

A compter du XIV^e siècle les enchérisseurs seront convoqués en l'Hôtel de Ville et les opérations se dérouleront en deux temps : en tout premier lieu les enchères au cours desquelles les candidats présentent leurs « surdites », puis, à l'issue d'une ou deux semaines, les « surenchères » et « l'ensaisinement » du

¹ J.L. MESTRE, *Introduction historique...*, op. cit., p.78.

² J.L. MESTRE, *Introduction historique...*, op. cit., p.79.

vainqueur. Ces ultimes enchères revêtent une importance particulière. Elles doivent être annoncées avant l'extinction d'une chandelle. C'est ainsi qu'à Dijon il convenait de « traoyer » ou de « cartroyer sus », c'est-à-dire faire une offre supérieure du tiers ou du quart de la dernière enchère¹.

Pour stimuler les candidats, le jeu de primes est fréquent : le superinquantus ou le subre-inquant. Chaque enchérisseur reçoit une rémunération correspondant à une fraction de sa surenchère, laquelle s'élève au fur et à mesure pour atteindre parfois la moitié.

Le vainqueur sera « le plus offrant » en cas d'affermage de la perception d'une recette municipale, « le moins disant » quant il conviendra d'effectuer des travaux ou de remplir un emploi municipal.

Il reste que le dernier enchérisseur peut se dédire en versant un dédommagement à la municipalité pour sa « folle enchère » ; dans ce cas, son prédécesseur sera investi, sauf à se dédire dans les mêmes formes.

Les autorités municipales gardent cependant la possibilité de refuser de passer le contrat, principalement en cas de défaut de solvabilité du soumissionnaire ou de ses cautions. Cette faculté de refus jouera encore quand les autorités estimeront que les enchères n'ont pas entraîné la manifestation d'offres sensiblement plus avantageuses que la mise à prix. Par ailleurs, en l'absence de caution, le soumissionnaire sera réputé avoir fait une « folle enchère ».

Ce panorama brossé, notre questionnement essentiel dans cette contribution sera le régime juridique des contrats de la personne publique.

En tout premier lieu il convient de souligner que les modalités de conclusion de tels contrats par les administrateurs municipaux ou royaux seront modifiées sous l'influence des droits savants². Pour autant, l'adjudication, procédure très courante au Moyen Age, ne sera pas affectée par la découverte des compilations de Justinien. L'*auctio* est évoquée dans un petit nombre de textes épars. Le mot romain *subhastatio*, signifiant « enchères » va se généraliser. Un certain nombre de règles antiques vont être transposées.

Ainsi en sera-t-il des documents municipaux faisant défense aux maires, échevins ou consuls de prendre part à l'adjudication de la levée d'impositions municipales, simple transposition de la règle contenue dans le Digeste faisant interdiction aux décurions de percevoir l'impôt de la cité, de peur de fraudes³.

Encore, en 1383, les débiteurs du roi seront exclus de l'affermage des aides, à l'instar des relicataires des deniers publics à Rome, par crainte d'insolvabilité⁴.

¹ J.L. MESTRE *Introduction historique...*, op. cit. p. 79.

² J.L. MESTRE, *introduction historique...*, op. cit. p. 126.

³ D. 50.2.6.2.

⁴ D. 39.4.9.2 et 3.

De même, les ententes illicites entre enchérisseurs, conduisant à de véritables monopoles, seront prohibées, suivant en cela les solutions préconisées par le Digeste, titre 59, Livre IV.

Le droit romain permettra aussi de dégager un certain nombre de règles relatives au cautionnement. En effet, en droit coutumier, les « plèges » étaient des « cautions d'influence », alors que la conception romaine s'avère plus contraignante : les cautions s'engagent à payer la dette de celui qu'elles assistent. Le pouvoir royal fera une stricte application de la règle pour les cautions des adjudicataires des prévôtés qui s'engagent non seulement à régler la dette, mais promettent encore de renoncer à toutes exceptions, sont soumis à la contrainte par corps ainsi qu'au risque de voir leurs biens saisis et vendus.

Une interrogation se fait jour : comment le régime juridique de ces concessions royales et seigneuriales a-t-il donné peu à peu naissance au régime juridique des contrats administratifs ?

Nous tenterons d'apporter quelques éléments de réponse au travers de l'analyse de la validité et de l'exécution des contrats pour démontrer combien ils sont exorbitants du droit commun (I) avant que d'envisager les garanties apportées aux parties en présence (II).

I/ DES CONTRATS EXORBITANTS DU DROIT COMMUN

Validité et exécution des contrats retiendront tour à tour notre attention (A), conduisant à mettre en avant la situation éminente du seigneur concédant (B).

A/ Validité et exécution du contrat

1°/ Leur validité

Pour que de tels contrats puissent avoir une force obligatoire, encore faut-il qu'ils soient conclus par des administrateurs régulièrement investis de leurs fonctions.

Ceci posé, un certain nombre de conditions de forme et de fond se devront d'être respectées.

Au regard du respect des conditions de forme, dans les villes de commune et de consulat les contrats devront être conclus par les autorités de la cité, suivant les procédures prévues par les règlements municipaux imposant notamment le recours à l'adjudication.

S'agissant de villes de syndicat ou de simples franchises, les accords rédigés par les représentants de la population doivent être confirmés par le seigneur. C'est ainsi que le Parlement de Paris annulera en 1366 une vente consentie par la ville de Nevers, les procureurs ayant traité au nom de celle-ci n'ayant été désignés que par

un très petit nombre d'habitants, le seigneur n'ayant autorisé ni leur réunion, ni la vente elle-même¹.

Au regard des conditions de fond, commencent à transparaître un certain nombre de règles exorbitantes, dérogoires au droit commun, assurant par là la prééminence de la personne publique.

C'est ainsi que par transposition des règles de protection des mineurs les contrats conclus par le pouvoir royal et par les communautés d'habitants sont rescindables si entachés de lésion.

De même, à l'instar du droit romain mettant en avant la supériorité de l'utilité publique sur les conventions privées², tous les contrats passés par les administrateurs doivent respecter les règles de droit public suivant l'adage « il est impossible de renoncer au droit public ». De la sorte, le Parlement de Toulouse sera conduit à déclarer nulles et imprescriptibles les transactions par lesquelles certaines cités ont adopté des règles contraires au principe de la réalité de l'impôt direct prévalant en Languedoc, alors que dans le même temps il n'y aura nulle contestation de la validité des clauses qui dans les concessions de services seigneuriaux ou royaux imposaient des obligations aux administrés ou stipulaient en leur faveur.

A décharge, force est de constater que les juristes médiévaux distinguaient mal le contrat du statut. Ainsi, on trouve chez Bartole une formule justifiant de telles dispositions qui sont aujourd'hui considérées comme étant de nature réglementaire : « Le contrat conclu par celui qui a le pouvoir de légiférer a force de loi ».

2°/ Leur exécution

Au regard de l'exécution de tels contrats, les dispositions du droit romain seront encore reprises sur les effets de survenances d'événements imprévisibles. Tel sera par exemple le cas des adjudicataires dans l'exercice d'une fonction publique ou de la gestion d'un service d'intérêt collectif, qui éprouvent d'extrêmes difficultés à tenir leurs engagements financiers envers les autorités publiques par suite de circonstances imprévisibles. On peut en effet imaginer l'hypothèse où des circonstances vont réduire les profits qu'ils pensaient tirer de leurs activités. Les textes romains évoquaient cette situation à propos du louage d'un fonds de terre ; le fermier bénéficiait d'une remise de la rente lorsqu'un cas de force majeure avait considérablement réduit la récolte et lorsque, concomitamment, nous y reviendrons plus tard, le préjudice était intolérable, encore qu'il existait là une règle de compensation entre les bonnes et les mauvaises récoltes, conduisant à tenir compte des récoltes des années antérieures³.

De telles solutions sont sans conteste équitables pour le preneur alors qu'elles présentent d'évidence un risque pour le bailleur tenu de partager les risques, tenu de

¹ J.L.MESTRE, *Introduction...*, op. cit. p. 127.

² C.J. 12.62.3 et D. 2.14.38.

³ D. 19.2.15.2 à 7 et 19.2. 25. 6 / C.J. 4.65.8.

partager les pertes exceptionnelles et nullement les gains exceptionnels. Au regard de ces considérations nombre d'arrêts du Parlement de Paris vont au XIII^e siècle, rejeter de telles demandes en réduction de rente. Il faudra attendre le XIV^e siècle pour entrevoir un assouplissement conduisant à un rapprochement des règles romaines, sous l'influence du droit canonique¹, reprises par la doctrine. Ainsi, Bartole estimera qu'il s'agit là d'une règle impérative ne pouvant être écartée par une stipulation contraire, ne devant pas jouer en « cas fortuit » (ex. la peste), mais en cas « extraordinaire ».

Appliquant cette règle les clauses des affermages des prévôtés royales vont exclure « les demandes de dommages pour raison de guerre, par mer ou par terre », sans pour autant interdire aux adjudicataires de s'adresser au roi qui jugera au cas par cas d'une diminution des « loyers ». Les autorités municipales auront la même attitude. La jurade de Bordeaux remettra des fermages à des fermiers d'impôts victimes de la guerre, ayant accompli « un bon service » ; les consuls de Moulins accorderont un rabais aux adjudicataires des péages levés sur les ponts qui se rompent par « fortune d'eau ou de glace » ; les comptes des « miseurs » de Rennes font état, à la fin du XV^e siècle, de la liste des calamités pouvant être invoquées par les fermiers d'impôts : on y trouve pèle mèle un hiver glacial suivi d'inondations, un été trop sec, la guerre, le brigandage ou encore la peste ; en Anjou, certaines plaintes d'adjudicataires des taxes levées sur le vin avanceront pour asseoir leur demande d'indemnité que celui-ci est « si fors que le peuple nen bevait que bien po » ; de même en est il en Bretagne...le tout donnant lieu à des enquêtes transcrites « sur d'impressionnants rouleaux pouvant atteindre un mètre et plus de long »².

Encore, les plaintes de fermiers troublés de la jouissance de leurs droits par des initiatives des auteurs de leur concession. L'article 30 des statuts de Saint Omer, en 1447 y font expressément référence : postérieurement à l'adjudication d'une ferme le maire et les échevins ne pourront faire « aucunes réservations, restrictions, deffenses ou estatus » au préjudice de celle-ci ; de la sorte, ils ne sauraient « défendre cervoises étrangères » au détriment des fermiers des droits sur boissons.

Cependant, dans la plupart des cas, les adjudicataires des prévôtés royales s'engagent à ne rien demander pour le préjudice que pourrait leur causer une « deffense qui soit faite du Roy pour cause de guerre, ne pour autre deffense, établissement ou ban pour le profit du royaume ou de la baillie ».

Dans les pays de droit écrit, les entrepreneurs sont tenus des vices de leur construction pendant 15 ans après la réception sur le fondement d'une loi du code de Justinien relative « aux ouvrages publics »³.

Quoiqu'il en soit, l'adjudicataire sera tenu de remplir les engagements préétablis, d'exécuter les travaux prévus et d'assurer son service dans les conditions

¹ X.3.18.3.

² J.L. MESTRE, *Introduction historique...*, op. cit. p. 128 s.

³ 8.11.8.

indiquées tel le versement du « loyer » aux termes fixés en cas d'affermé d'une recette municipale.

Il reste, néanmoins, que le « bail » lui reconnaît certains droits à l'encontre des administrés : prélever des pierres dans les lieux qu'il choisit en cas de travaux publics ou encore faire payer des taxes selon les tarifs prévus. A défaut, il pourra obtenir que les contrevenants soient condamnés à l'indemniser.

En contrepartie, les administrés obtiendront certaines garanties : le concessionnaire se doit d'assurer en permanence son service « chaque jour, toutefois et heures que besoing et nécessité sera » note la formule de Douai.

Le concessionnaire engage encore sa responsabilité vis-à-vis des usagers ; c'est ainsi que le fermier d'un bac du consulat d'Agde devra indemniser en argent les marchands qui ont trop attendu leur passage, dès lors qu'il n'entretient pas assez de bateaux ou ne recrute pas assez de bateliers.

Deux traits caractéristiques vont marquer les concessions seigneuriales. En tout premier lieu la plupart des dispositions relatives aux concessions ont un caractère réglementaire. Très souvent deux actes sont juxtaposés dans les registres par les autorités municipales : pour exemple, il n'est pas rare que l'acte octroyant la banalité d'une boucherie reproduise les mesures de police concernant l'exercice de la profession de boucher et transcrive tout autant les conditions financières faites à l'adjudicataire.

En second lieu apparaît très nettement la situation éminente du concédant : les administrateurs municipaux exercent autorité sur leurs concessionnaires et sur ceux avec qui ils ont librement traité. Non seulement ils donnent des ordres, mais encore ils contrôlent ! A Perpignan les consuls iront jusqu'à indiquer au maître d'école les ouvrages qu'il doit commenter et les sujets des leçons ; ailleurs, les consuls se réserveront la fourniture des matériaux et le choix des manœuvres qui assistent le maçon chargé de la réalisation des travaux publics. Parfois encore un rôle essentiel sera joué par ces comptables de la cité que sont les « miseurs » : ils se prononcent sur les propositions des soumissionnaires et, une fois les marchés conclus, assument la direction des travaux, se chargent du choix et de l'achat des matériaux nécessaires au chantier, visitent celui-ci et surveillent les constructions.

Cette situation éminente se retrouvera au niveau des sanctions en cas de manquement des co- contractants : toujours à Perpignan les consuls se réservent le droit d'infliger des amendes au maître d'école et de le révoquer en cas de négligence avérée ; à Saint Flour les entrepreneurs de travaux publics ne seront payés qu'après la « visite » de leur ouvrage.

De telles dispositions quant à l'exécution des contrats publics nous laissent entrevoir à quel point ils s'avèrent exorbitants du droit commun, notamment au regard de la situation éminente du seigneur concédant.

B/ La situation éminente du seigneur concédant

Dès le Moyen Age, le seigneur concédant ou le roi gardent une situation éminente par rapport à leur concessionnaire.

Ainsi, le concédant sera-t-il juge des contestations que pourront entraîner l'inféodation, l'accensement ou l'affermage des droits seigneuriaux ou royaux.

Le seigneur qui concède un fief exerce la « justice féodale » : il connaît des litiges ayant trait à ce fief, il connaît des conflits l'opposant à son vassal. Il peut sanctionner des manquements, user de contrainte, procéder à la saisie féodale (c'est-à-dire reprendre provisoirement le fief en main et s'octroyer les profits jusqu'à réparation du vassal), reprendre définitivement le fief par le biais de la commise si le vassal a gravement manqué à ses devoirs...

Dans le bail à cens ou l'affermage le seigneur pourra infliger une amende au censitaire ou au fermier tendant à verser son dû, la sanction du feudataire ou du censitaire se trouvant le plus souvent prononcée par le seigneur au sein de sa cour réunissant selon la qualité du mis en cause, soit l'ensembles des vassaux, soit quelques tenanciers.

Le concédant exerce encore une surveillance sur son fermier ou son vassal : il lui donne des ordres, peut résilier la concession sans justifier d'une faute.

Les concessionnaires des mines font l'objet d'un contrôle : le « règlement sur les mines » du Duc de Savoie en 1531 « confirme et complète le droit antérieur » et accorde de très larges pouvoirs au juge ducal. Il appartiendra à ce dernier de régler les contestations, de s'assurer du versement des redevances, de « vérifier la bonne marche des exploitations » ; un règlement antérieur du Duc René II de Lorraine avait confié au juge le soin d'accorder les concessions, de surveiller les prix, de vérifier que les chantiers concédés ne soient pas abandonnés, d'enregistrer les transferts de parts en cas de cessions de titres par les concessionnaires....

Plus précisément, concernant l'enregistrement des cessions de titres, l'autorisation sera obligatoire lorsque le fief ou la censive portent sur des fonctions administratives ou sur des monopoles seigneuriaux ou encore lorsqu'ils consistent en des domaines.

L'autorisation sera encore requise en cas d'affermage : le fermier de la prévôté de Louviers, en 1529, s'engage à ne s'associer quiconque pour la gestion de sa charge si ce n'est en vertu d'une « licence spéciale ».

Ces règles affirment indubitablement la supériorité du seigneur à l'égard de ceux auxquels il concède une partie des prérogatives publiques qu'il détient. Les mêmes pouvoirs seront reconnus au roi et à ses représentants directs.

En effet, qu'il soit question d'un contrat d'exécution d'un ouvrage public ou de la gestion d'un service, les administrateurs royaux ou municipaux disposent de pouvoirs exorbitants. A la fin de l'Ancien Régime, avec l'affermissement des règles administratives, de tels pouvoirs dérivent de la prééminence dont avaient disposé, au Moyen Age, les titulaires de la puissance publique à l'égard de leurs

concessionnaires. Ces administrateurs assujettissent les co-contractants à leur volonté : ils veillent en permanence à la bonne exécution des engagements pris, ils exercent un pouvoir de direction donnant des ordres aux entrepreneurs d'ouvrages publics dont la précision augmente avec l'affermissement de la compétence des ingénieurs des Ponts et Chaussées, ordres pouvant aller jusqu'à contenir des « modifications d'ouvrages », ils imposent encore unilatéralement un surcroît de travail aux entrepreneurs, cette possibilité exorbitante étant parfois inscrite dans des stipulations contractuelles, obligeant même l'entrepreneur à « faire tous les ouvrages d'augmentation qui seront reconnus nécessaires et de se conformer aux changements qu'il sera jugé convenable de faire à ceux portés sur le devis ». En cas d'oubli d'une telle clause dans les dispositions contractuelles les administrateurs imposeront dans les faits « les augmentations d'ouvrages jugées nécessaires par l'administration » moyennant dédommagement.

Quoiqu'il en soit, l'entrepreneur n'est pas en mesure de s'opposer à ce qui lui est prescrit.

Les administrateurs pourront résilier le contrat de leur propre chef « en cas de nécessité ou d'utilité », clause parfois insérée au contrat ; ils auront toute liberté de prendre une décision unilatérale. La résiliation du contrat sera la sanction encourue pour non exécution rigoureuse des obligations de co-contractant, résiliation à laquelle vont s'ajouter dommages et intérêts, amende, mise en régie et réadjudication pour folle enchère. De telles sanctions seront tantôt prononcées par des instances juridictionnelles, mais le plus souvent par les administrateurs eux-mêmes, soit de leur propre chef, soit en vertu d'une clause contractuelle.

On le voit, les co-contractants de l'administration, les entrepreneurs d'ouvrages publics en particulier, les concessionnaires de services subissent une situation dérogatoire au droit commun les plaçant entièrement au service de la puissance publique.

Cette situation dérogatoire s'accompagne de nombreuses garanties, certaines au profit du concédant, d'autres en faveur des concessionnaires.

II/ LES GARANTIES DES ADMINISTRATIONS ROYALES ET MUNICIPALES ENVERS LES CO-CONTRACTANTS

Il importe à présent d'examiner les garanties respectives des parties contractantes sous deux angles : en tout premier lieu les garanties des administrations royales et municipales envers les co-contractants (A) puis pour terminer, les garanties reconnues aux co-contractants de l'administration (B).

A/ Les garanties des administrations royales et municipales envers les cocontractants

Les garanties octroyées aux administrations royales et municipales à l'égard de leurs co-contractants visent essentiellement ceux à qui sont confiés l'exécution d'un ouvrage public ou la gestion d'un service.

Au tout premier chef les administrations traitent avec ceux qui présentent le plus d'avantages pour elles.

Pour parvenir à ce but elles vont viser ceux qui font les offres financières les plus favorables en ayant recours au vieux procédé de l'adjudication. Sully l'imposera en 1608 pour tous les travaux payés avec l'argent du roi ; Colbert étendra la règle aux municipalités dès 1689. Les adjudications se dérouleront sur devis et après publicité. Plusieurs séances d'enchères stimuleront les concurrents. Elles auront lieu au rabais s'agissant de la réalisation d'un ouvrage public ou au plus offrant en cas d'affermage d'une levée d'imposition. Agents royaux et administrateurs municipaux ne seront aucunement autorisés à présenter des offres, pas plus que les relicataires des deniers publics. Les ententes entre enchérisseurs seront interdites bien que dans la pratique les collusions entre concessionnaires, les accords secrets avec les administrateurs ou encore les offres d'entrepreneurs incapables ne soient pas rares.

Au XVIII^e siècle les directeurs des Ponts et Chaussées vont recommander à leurs ingénieurs de traiter avec les entrepreneurs connus pour leur compétence et leur honnêteté et d'écarter les autres soumissionnaires, quitte à rendre les adjudications fictives. Ce choix du co-contractant répond à l'évident souci de recherche du maximum de garanties. A cet effet, le recours à l'adjudication peut être écarté quand la prise en compte de la personnalité du co-contractant paraît essentielle : « les emplois qui exigent quelques talents et la confiance publique ne doivent pas être exposés aux enchères » : pour exemple, les administrateurs municipaux choisissent de confier à tel ou tel par contrat les fonctions de médecin communal, de sage femme, d'expert, de telle ou telle tâche spéciale lorsque « l'idoineté de la personne est la première des conditions ».

En second lieu, diverses garanties s'inscrivent au moment de la conclusion du contrat :

Le co-contractant engage ses biens, meubles et immeubles, ces derniers grevés d'une hypothèque de plein droit ;

Il s'expose à la contrainte par corps ;

Le sort des cautions s'avère des plus rigoureux : elles s'engagent comme « principal et solidaire payeur », renonçant expressément à tout privilège ;

En cas de lésion l'administration pourra faire rescinder le contrat tel un mineur ;

Le plus souvent, en cas de défaillance de son co-contractant, elle aura la faculté de contraindre l'avant dernier soumissionnaire à prendre sa place ;

En cas d'acomptes le solde ne sera réglé que postérieurement à la réception des travaux ;

A la réception des experts vérifieront la bonne exécution ; si l'ouvrage est agréé à la deuxième réception l'entrepreneur sera libéré des cas fortuits mais restera

tenu d'une garantie contre les vices cachés sur le fondement des dispositions du code de Justinien prévoyant une garantie de 15 ans *in operibus publicis*¹.

B/ Les garanties reconnues aux co-contractants de l'administration

Les garanties reconnues aux co-contractants de l'administration sont essentiellement de deux sortes : d'une part des garanties ordinaires, d'autre part des garanties en cas de circonstances imprévues. Il s'agit dans cette dernière hypothèse de l'imprévision.

Les co-contractants de l'administration sont placés dans une situation rigoureuse. Il reste qu'ils pourront prétendre à indemnisation dans un nombre non négligeable de circonstances. Ce droit à indemnité procède, dès le Moyen Age, d'un sentiment d'équité. Plus tard il répondra à la préoccupation de ménager les entrepreneurs ou les concessionnaires de services publics considérés comme d'utiles collaborateurs.

Ces considérations vont varier selon les époques.

Au XVII^e siècle les effets en seront minimes pour l'exécution des travaux publics passés par le pouvoir royal. Au XVIII^e siècle, au contraire, les directeurs des Ponts et Chaussées prendront soin de préserver les intérêts des entrepreneurs publics avec qui ils ont l'habitude de travailler, et ce en raison de leur compétence. C'est véritablement en cette toute fin d'Ancien Régime que les droits à indemnité des entrepreneurs d'ouvrages publics et des concessionnaires de services publics seront largement consacrés.

Consécration qui visera un certain nombre d'hypothèses :

En cas de faute de l'administration, mais il ne s'agit là que de l'application d'un principe général du droit.

Même en l'absence de faute, ce qui est plus original. Ainsi en cas « d'augmentations d'ouvrages » imposées au co-contractant, l'augmentation des dépenses devant être intégralement remboursée.

En cas de résiliation unilatérale du contrat il y aura dédommagement s'il n'y a pas de défaillance du co-contractant.

Le co-contractant aura encore droit à indemnité si les administrateurs ont pris des mesures lui ayant directement porté préjudice, hypothèse dite de « non jouissance » en Provence. Nous pouvons à cet effet relater le cas du concessionnaire de la fabrication de chandelles de la ville d'Aix victime de la hausse des prix de la viande décidée par les consuls. Il reçoit à prix réduit toute la graisse des animaux tués à l'abattoir. La hausse des prix faisant baisser la consommation de la viande, il doit acheter la graisse aux bouchers d'autres communautés à un prix supérieur pour pouvoir fabriquer toutes les chandelles nécessaires aux habitants, tel qu'exigé dans son bail. Il aura en conséquence droit au remboursement de ce surcroît de dépense provoqué par une mesure émanant des autorités ayant traité avec lui.

¹ C.J. 8.11.8.

Le co-contractant recevra enfin un dédommagement quand il aura exécuté de sa propre initiative des prestations supplémentaires dont la nécessité ou l'utilité sont reconnues par l'administration.

Les évènements imprévus ouvriront droit à indemnité. De la sorte, l'entrepreneur d'ouvrages publics se verra intégralement dédommagé des sujétions imposées par des circonstances non envisagées par les auteurs du devis, circonstances telles qu'éboulements, glissements de terrain...

Dans la généralité de Paris l'administration ira jusqu'à se substituer aux entrepreneurs pour dédommager les ouvriers des journées de travail perdues du fait de circonstances extérieures ou encore versera une indemnité aux familles des victimes d'accidents de chantier.

Dans l'hypothèse où les circonstances seraient incertaines, mal établies par l'entrepreneur, Perronet, Directeur de l'Ecole des Ponts et Chaussées préconise qu'il « ne doit rien être accordé sur ces sortes de demandes que dans le cas d'une lésion d'outre moitié¹ sur le prix de l'adjudication, et dans celui seulement où on ne peut le taxer d'avoir occasionné ces augmentations de prix par des fausses manœuvres ou par négligence ».

En pratique cependant, les pouvoirs publics se montrent plus bienveillants envers les entrepreneurs victimes de la conjoncture économique, même si le déficit n'atteint pas la moitié du devis.

La bienveillance sera variable à l'égard des concessionnaires des services publics, à telle enseigne que les administrateurs provençaux reprocheront au Conseil du Roi d'élaborer une « jurisprudence flottante », d'écouter trop facilement les plaintes et « adjugeant des indemnités pour des pertes peu considérables ». Ils préféreront la jurisprudence de la Cour des Aides d'Aix, du reste non défavorable aux concessionnaires, se basant sur des textes romains préfigurant la jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat en matière d'imprévision.

Ainsi, pour qu'un droit à indemnité soit ouvert au fermier il conviendra de conjuguer plusieurs conditions : la survenance d'un évènement « imprévu produit par une force majeure que l'on ne puisse pas imputer au fermier et à laquelle le fermier ne puisse pas résister...entraînant une perte considérable », c'est-à-dire un évènement ne rentrant pas dans la prévision des parties lors de la conclusion du bail, « un cas fortuit extraordinaire » tel la guerre, la peste ou encore les intempéries désastreuses.

Si l'évènement était prévisible, l'adjudicataire aurait dû en tenir compte en soumettant ses propositions aux consuls ; le droit à indemnité ne sera pas ouvert.

Dans les cas fortuits non imputables à une faute du fermier, la jurisprudence ne prendra pas en considération les pertes que le fermier subit en traitant avec des fournisseurs peu dignes de confiance.

¹ L'outre moitié est une référence au Digeste (textes relatifs au louage d'un fonds de terre).

Qu'entend on par « perte intolérable » ?

Il semble que le déficit doive s'apprécier après compensation des profits et des pertes survenues pendant toute la durée du bail.

A la fin de l'Ancien Régime sera jugée intolérable la perte dont le montant excède celui du bénéfice que le fermier aurait pu légitimement escompter¹. Néanmoins, le fermier victime de ces circonstances sera tenu d'assurer son service jusqu'au terme de son bail en raison même de la notion d'intérêt public.

Un certain nombre d'aménagements financiers seront mis en place : des secours immédiats par les administrateurs municipaux sous forme de remise de rente, d'augmentation des prix de vente fixés au bail ou encore secours provisoires soumis à restitution par le fermier au terme de son bail si la perte est jugée tolérable ; dans le cas contraire, le montant de ces secours ou des avantages sera imputé sur l'indemnité définitive.

Quoiqu'il en soit, l'indemnité ne sera jamais intégrale, une part du déficit restant à la charge du fermier en raison du caractère spéculatif de l'affermage, avec une indulgence particulière pour le concessionnaire se conduisant avec « intelligence et économie » : « ce serait une fausse économie et une sévérité outrée de refuser tous secours dans les cas qui peuvent le mériter, parce que ce serait s'exposer à ne plus trouver de fermiers ». Outre cette raison, il semble surtout que ce soit l'équité qui soit mise en avant dès la fin de l'Ancien Régime, n'étant « pas juste qu'un seul paye les charges d'une universalité ».

Saint Denis, le 20 avril 2004

¹ Antérieurement on évoque la « lésion d'outre moitié », c'est-à-dire la perte de plus de la moitié du montant de la rente que le fermier devait verser à la collectivité publique.

