

FINANCEMENT & CONTRATS PUBLICS

*Sous la direction de
Guylain Clamour et Philippe Terneyre*

ÉDITIONS DU

CREAM

SERVICE FAIT ET CONTRATS PUBLICS

Des avances sur loyers dans les montages locatifs complexes

PHILIPPE DELELIS

Avocat Associé – Jones Day

L'une des grandes familles d'optimisation du coût global des investissements publics est composée des schémas locatifs, lesquels peuvent prendre des formes assez variées. On les appelle « complexes » dès lors qu'ils reposent sur deux ou plusieurs contrats articulés entre eux⁵⁰. Les montages locatifs complexes permettent la réalisation de l'opération elle-même : les banques vont accepter de financer l'opération et, à titre de sûreté, se feront céder, sous le régime Dailly⁵¹, les créances que leur emprunteur détient sur l'administration, c'est-à-dire les loyers convenus.

Lorsque le montage locatif permet le financement de la construction, se pose souvent la question du rythme de versement des loyers. En effet, il arrive que, soit parce qu'elle bénéficie de disponibilités budgétaires à court terme, soit parce qu'elle veut réduire le coût financier d'un projet, soit encore pour ces deux raisons simultanément, la personne publique souhaite verser une partie de ces loyers d'avance. Il a pu arriver, dans ce cas, qu'un comptable public ou un juriste d'Etat – hélas sans lien d'hérédité

⁵⁰ N. Symchowicz, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, Ed. du Moniteur, 2^e éd. 2009.

⁵¹ Code monétaire et financier, art. L. 313-23 et s.

spirituelle avec les géniaux légistes royaux d'antan – oppose à ce versement d'avance la règle du service fait.

Or, cette règle n'interdit nullement le versement de loyers d'avance. C'est la dénaturer que le prétendre. Il a donc semblé utile de faire un point sur cette question de droit de la comptabilité publique croisée au droit des contrats administratifs et même, on le verra, au droit administratif général et au droit constitutionnel.

Les montages locatifs complexes

Tout d'abord, quels sont les montages contractuels concernés par la problématique des avances sur loyers ? Ils sont assez nombreux.

C'est d'abord le cas des montages dits aller-retour qui, comme on le sait, sont nés de la pratique : une autorisation d'occupation temporaire du domaine public (AOT) à l'aller et une convention de mise à disposition (CMD) au retour. Cette dernière est fondamentalement un bail un peu sophistiqué puisqu'il comprend en outre, le plus souvent, des prestations de services. On sait que le Conseil d'Etat a validé ce type de montage – et posé les conditions de leur mise en œuvre – par un avis du 31 janvier 1995⁵². Ils continuent à être utilisés : c'est sur ce schéma que le nouvel immeuble des archives diplomatiques a été construit, même si la Cour des Comptes a estimé que l'opération avait été onéreuse (mais il ne fallait pas imposer les résultats du marché de maîtrise d'œuvre : ce n'est pas le montage qui est responsable du surcoût). Cette structure AOT-CMD sert aussi pour certains PPP universitaires sans investisseurs privés, développés par la Caisse des Dépôts.

⁵² CE, Sect. Intérieur et Travaux publics, avis n° 356 960 du 31 janv. 1995.

Toujours dans le champ de la pratique, on pourrait ajouter le BEFA, bail en l'état futur d'achèvement, développé sans texte sur le modèle de la VEFA et dont on trouve une trace dans l'arrêt *Sergic* du Conseil d'Etat, trace fugace car le juge administratif n'était pas compétent pour connaître de ce contrat, l'administration n'étant pas maître d'ouvrage⁵³.

C'est aussi le cas des montages locatifs « légaux » inspirés de l'AOT-CMD et qui ont servi de support aux premiers PPP : l'AOT-LOA de la loi d'orientation pour la sécurité intérieure n°2002-1094 du 29 août 2002 et pour la justice (n°2002-1138 du 9 septembre 2002), support contractuel étendu à la défense par la loi de programmation militaire n°2003-73 du 27 janvier 2003⁵⁴. Ce même schéma a servi de base au bail emphytéotique hospitalier (l'AOT étant remplacée par un BEA) de l'ordonnance n°2003-850 du 4 septembre 2003, renommé « administratif » depuis car, de fait, son régime n'est guère différent du BEA de droit commun si l'on excepte l'obligatoire convention non dissociable (« retour ») par laquelle la personne publique prend à bail l'ouvrage construit⁵⁵.

Enfin, il faut noter que le contrat de partenariat de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 constitue une sorte de simplification des montages locatifs complexes. En effet, il rassemble plusieurs opérations juridiques en un seul contrat. Mais lorsque le titulaire a des droits réels sur l'ouvrage qu'il construit, l'opération de mise à disposition de cet ouvrage peut s'analyser

⁵³ CE, 12 oct. 1988, *Min. Aff. Sociales c. SERGIC*, n° 82053, publié au Recueil Lebon ; note E. Fatôme, CJEG 1990, p. 122.

⁵⁴ Dispositions désormais codifiées au Code général de la propriété des personnes publiques, art. L.2122-15.

⁵⁵ Dispositions désormais codifiées au Code de la santé publique, art. L.6148-2 et s.

comme une location à l'administration (assortie par ailleurs de prestations de maintenance), même si l'administration fiscale a refusé de dissocier les opérations dont le titulaire a la charge et voit dans le contrat de partenariat une prestation de service globale. Il reste que l'on parle souvent (et improprement), en matière de contrats de partenariat, de « loyers » pour désigner les flux de redevance dus par l'administration au titre de la mise à disposition de l'ouvrage ou de l'équipement objet du contrat. En tout état de cause, la question des avances sur « loyers » ou sur redevances se pose dans les mêmes termes qu'en matière de montages complexes, et sans doute avec plus d'acuité.

En effet, en matière de contrats de partenariat (et de BEA hospitaliers), l'article L. 313-29-2 du Code monétaire et financier plafonne l'acceptation de la cession de créance à 80% de la rémunération du titulaire au titre des coûts d'investissement et de financement (i.e. au titre des « loyers financiers » pourrait-on dire). Pour éviter que ne subsiste une tranche de dette « projet »⁵⁶ en phase d'exploitation, l'habitude s'est prise, lorsque cela était possible, de faire verser une première échéance importante de loyer par l'administration, soit en période de construction, rarement, soit, plus souvent, à la livraison (ou dans les deux ans suivant celle-ci) de façon à ce que, dans la pratique, 100% de la dette en période d'exploitation fasse l'objet d'une cession Dailly acceptée, ce qui réduit très sensiblement le coût du projet puisque les banques n'ont plus, alors, qu'une contrepartie publique.

⁵⁶ Dette garantie par une simple cession Dailly mais non acceptée par la personne publique : le prêteur reste en risque sur le titulaire du contrat et non sur la personne publique. Son risque étant plus élevé, le coût du crédit est également plus cher sur cette tranche.

Au cœur de l'ensemble de ces montages se situe l'engagement de l'administration de verser de loyers sur la durée du contrat. Autrement dit, dans le contrat de louage – fût-il administratif – le preneur s'engage à verser un montant de loyer global au bailleur représentant sa jouissance de la chose pendant une durée déterminée. Le rythme de versement de ces loyers, lui, relève de la liberté contractuelle : il peut être constant, progressif ou dégressif, à terme échu ou à échoir. Cette liberté contractuelle – des personnes publiques en l'espèce – ne peut être restreinte que par la loi⁵⁷ et elle a désormais valeur constitutionnelle, y compris en ce qui concerne les contrats administratifs⁵⁸.

Or, ici, aucun texte législatif ni aucun principe général du droit ne s'oppose à la mise en œuvre de la liberté contractuelle en matière de fixation du rythme de versement des loyers.

La règle du service fait serait supposée s'opposer au versement de loyers d'avance convenus dans un contrat ? Balivernes !

Pour cela, il faudrait que cette règle soit de nature législative et d'ordre public, ou qu'elle ait au moins la valeur d'un principe général du droit – lui aussi d'ordre public –, ce qui n'est pas le cas. Le rythme de versement des loyers est librement convenu⁵⁹.

⁵⁷ CE Sect., 28 janv. 1998, *Sté Borg Warner*, n°138650, CJEG 1998, p. 279, note F. Moderne. Les publicistes, habitués à la hiérarchie des normes (unilatérales), ont quelquefois des difficultés à concevoir que le contrat puisse déroger à la loi dès lors qu'elle n'est pas d'ordre public ou relative aux bonnes mœurs (C. Civ., art. 6 *a contrario*) et avoir la même force que celle-ci entre les parties (C. Civ., art 1134).

⁵⁸ C. Const., 20 nov. 2006, déc. 2006-543 DC ; 16 juill. 2009, déc. 2009-584 DC.

⁵⁹ Pour des applications pratiques récentes, v. par exemple : pour un contrat de crédit-bail prévoyant que chaque trimestre commencé et dû et que les loyers seront versés sur une période irrévocable : CAA Bordeaux 26 mars 2013, *Garde des Sceaux, ministre de la justice*, n° 11BX01637 ; sur une indemnité d'un contrat de location d'ordinateurs égale à l'intégralité des loyers à échoir sur la durée du

Pour cela, encore, il faudrait alternativement que le loyer ne soit pas la contrepartie d'une location sur une durée convenue mais un paiement partiel de durées partielles de jouissance de la chose louée. Or, la durée et le loyer sont également substantiels au contrat de louage. On a pu dire que la durée était « l'essence même »⁶⁰ du contrat de louage de chose. C'est sur cette durée que le loyer doit être payé, particulièrement lorsqu'il s'agit de loyers financiers, c'est-à-dire couvrant les coûts de construction et de financement : si la durée n'est pas respectée, notamment pour cause de résiliation anticipée, les loyers seront quand même dus sous forme indemnitaire⁶¹.

La règle du service fait

La règle du service fait, édictée par le seul règlement général sur la comptabilité publique, interdit, en principe, les paiements des dépenses publiques avant que les bénéficiaires aient exécutés les prestations qui en sont les contreparties.

Première approche

Comme on n'ose pas la qualifier de principe général du droit – ce qu'elle n'est pas – on appelle la règle du service fait, dans la littérature administrative, « *règle fondamentale de la comptabilité publique* », « *pilier fondamental du droit de la comptabilité publique* »⁶², « *pièce maîtresse du droit public financier* »⁶³, etc. Les

contrat : CAA Douai, 21 fév. 2012, *Sté Grenke Location*, n° 10DA00480, solution identique pour un crédit-bail portant sur des photocopieurs : CAA Versailles, 22 oct. 2009, *Sté BNP Paribas Lease Group*, n° 08VE01673.

⁶⁰ R. Rouquette, *Notion de Durée*, Droit des marchés publics, Ed. du Moniteur, IV.210.1.1.

⁶¹ Mêmes exemples qu'en note 59.

⁶² P. Lefebvre, *Une règle d'or de la comptabilité publique : le paiement après service fait*, Rev. Trésor 1995, p. 667.

expressions ne manquent pas pour dire son importance, même si cela ne dit rien sur à sa portée ni son insertion dans la hiérarchie des normes.

Formalisée pour la première fois au moment de l'édification du droit budgétaire et comptable « moderne », sous la Restauration, par l'ordonnance du 14 septembre 1822, reprise par le décret du 31 mai 1862 sur la comptabilité publique, son expression a peu varié dans les deux dernières versions du règlement général : celui de 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique (dit « RGCP ») et celui de 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique (dit « GBCP »)⁶⁴ :

Décret n°62-1587 du 29 déc. 1962 modifié (en vigueur jusqu'au 31 déc. 2012)	Décret n° 2012-1246 du 7 nov. 2012 (en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2013)
Art. 13 : « <i>En ce qui concerne la validité de la créance, le contrôle porte sur : La justification du service fait (...)</i> »	Art. 20 : « <i>Le contrôle des comptes publics sur la validité de la dette porte sur : 1° La justification du service fait ; (...)</i> »
Art. 33 : « <i>Le paiement est l'acte par lequel l'organisme public se libère de sa dette. Sous réserve des exceptions prévues par les lois ou règlements, les paiements ne peuvent intervenir avant, soit l'échéance de la dette, soit l'exécution du service, soit la décision individuelle d'attribution de subventions ou d'allocations. Toutefois, selon les règles propres à chaque catégorie d'organisme public, des acomptes et avances peuvent être consentis au personnel ainsi qu'aux entrepreneurs et fournisseurs.</i> »	Art.33 : <i>Idem</i>

⁶³ P. Amselek, *Une institution en clair-obscur : la règle du service fait*. Mélanges en l'honneur de P.- M. Gaudemet, Economica, 1984, p. 421.

⁶⁴ On sait que, par une facétie dont ils ont seuls le secret, les comptables publics aiment à réviser leur loi fondamentale une année en « 2 » : peut-être un discret hommage à la comptabilité en partie double ?

Naturellement, aucun texte ne définit ce qu'est le « service fait ». Mais la notion même de « service » trahit l'origine de cette expression : le service dont il est question est celui du fonctionnaire, ou plus généralement de l'agent public : c'est une « réglementation déjà ancienne et confirmée par le statut général comme par les principes de la comptabilité publique »⁶⁵. Le fonctionnaire fait son service, on le paye, il ne le fait pas... en principe, on ne le paye pas. C'est d'ailleurs en matière de fonction publique que la règle du service fait donne lieu à l'essentiel de la jurisprudence et des écrits doctrinaux. Mais, même en matière de fonction publique, la règle est tout sauf simple : le service partiellement fait, le service mal fait, le service impossible etc. donnent lieu à des discussions montrant que la notion n'est pas aussi manichéenne qu'il y paraît⁶⁶.

Le professeur Amselek a pu parler à son sujet d' « institution en clair-obscur »⁶⁷. En clair-obscur... L'un des plus grands spécialistes des finances publiques s'interroge sur la portée de la règle mais de nombreux fonctionnaires ne s'interrogent plus guère, hélas !

Un comptable public a même pu parler à son sujet de « règle d'or »⁶⁸. Mais de deux choses l'une : soit la règle est d'or, et par conséquent parfaitement intelligible, soit elle est en clair-obscur et on aura alors du mal à percevoir la lumière du métal jaune...

⁶⁵ A. Plantey, *La Fonction Publique, Traité Général*, Litec, 2^e éd. 2001, n° 1235

⁶⁶ D. Jean-Pierre, *Rémunération des fonctionnaires territoriaux*, JCCT, n° 25 et s. ; R. Denoix de Saint-Marc, *Les retenues sur traitement pour absence ou insuffisance de service fait*, AJDA 1977, p. 596 ; O. Négrin, *Le versement de la rémunération. La règle du service fait*, JCP A 2009, 2012.

⁶⁷ P. Amselek, *Une institution en clair-obscur : la règle du service fait*, *loc. cit.*

⁶⁸ P. Lefebvre, *loc. cit.*, p. 667

Pour le Professeur Amselek, « *la règle du service fait n'a pas normalement d'incidence sur l'existence même des dettes publiques, mais sur leur exigibilité. (...) lorsque l'Etat passe un contrat stipulant le versement d'un prix en rémunération de certaines contreprestations du cocontractant, il se trouve bien endetté dès la signature du contrat ; il est, dès ce moment, titulaire d'une obligation pécuniaire, en même temps que son cocontractant devient titulaire d'obligations en nature. La dette publique existe dès cet instant, mais elle ne deviendra exigible qu'après l'accomplissement des obligations du co-contractant : ce dernier n'a droit au paiement de sa créance – et la personne publique corrélativement l'obligation de payer sa dette – qu'après service fait* »⁶⁹.

Mais pour les comptables publics, existence ou exigibilité de la dette sont confondues, même si elles sont intellectuellement admises comme distinctes : « *la règle du service fait est un dispositif protecteur des deniers publics, qui permet de vérifier la réalité de la dette publique* »⁷⁰ ou encore : « *Cette opération [la vérification des justificatifs de service fait, NDA] consiste à établir l'existence juridique, la réalité de la dette de l'établissement* »⁷¹.

Pour autant, même dans l'analyse du Professeur Amselek (la règle du service fait ne conditionne pas l'existence de la dette), la régularité d'avances sur loyers qui seraient stipulées dans un contrat public serait sujette à question. En effet, après avoir rappelé l'équilibre des droits des cocontractants en droit civil, il indique : « *Cette exécution « trait pour trait » se trouve battue en brèche en raison de la règle du service fait, lorsqu'un personne publique est partie au contrat : ses obligations ne deviennent pas exi-*

⁶⁹ P. Amselek, *loc.cit.* p. 430

⁷⁰ P. Lefebvre, *loc. cit.* p. 667. Soulignement ajouté.

⁷¹ Circulaire Education Nationale / Finances n° 88-079 du 28 mars 1988. Soulignement ajouté.

gibles en même temps que celles de son cocontractant »⁷². Il souligne ensuite que « *les nécessités du commerce juridique* » ont obligé le législateur à tempérer cet aspect exorbitant du régime des contrats administratifs, notamment par le développement d'avances et d'acomptes dans les marchés publics.

Dans ces thèmes et variations sur le service fait, on ne se pose jamais – ou très peu – la question de la portée de cette règle et de son insertion dans l'ordonnement juridique d'ensemble. Et c'est pourtant là que réside la clé de la réponse à notre question sur le paiement des loyers d'avance.

Avant de revenir sur la portée de la règle du service fait, empruntons d'abord les chemins de traverse.

Exceptions, dérogations, aménagements...

Si la règle du service fait était aussi simple que d'aucuns le prétendent et si elle avait la valeur quasi-constitutionnelle (puisqu'il est question de protection des deniers publics) que les comptables publics lui prêtent sans le dire, alors on n'y toucherait qu'avec stupeur et tremblements.

Autrement dit, avec des textes de loi. Des explications circonstanciées. Et prudence...

Que nenni ! On le fait au mieux par voie réglementaire – qui est effectivement le niveau, dans la hiérarchie des normes, auquel cette supposée « règle d'or » se situe – mais aussi et surtout par de simples circulaires et autres directives émanant de la direction de la comptabilité publique ou visées par elle.

Au titre des aménagements textuels, on trouve naturellement le régime des avances du Code des marchés publics (art. 87 et sui-

⁷² P. Amselek, *loc. cit.* p. 431

vants⁷³), celui des avances sur frais de mission des fonctionnaires (décret n°2006-781 du 3 juillet 2006, art. 3) et... c'est tout !

Pourtant, la liste des « aménagements » au principe est bien plus longue. Une circulaire du ministère de l'éducation nationale aux établissements publics locaux d'enseignement n°2005-022 du 2 février 2005⁷⁴ distingue ainsi « *les dérogations en vertu d'un texte réglementaire* » et « *les aménagements au principe* ».

Dans la première catégorie, outre les avances des marchés publics et sur frais de mission, mentionnés plus haut, la circulaire range irrégulièrement le conventionnement avec les agences de voyages puisque les textes alors en vigueur pour cette activité⁷⁵, pourtant cités par le texte, ne traitent nullement des avances à verser par l'administration mais de celles que les agences de voyage peuvent réclamer à leurs clients. Ce sont de simples circulaires qui ont permis le recours par les administrations aux agences de voyages, et les ont autorisées à verser les avances que ces agences demandaient⁷⁶.

De la même manière, la circulaire en question considère fausement comme une dérogation réglementaire le paiement à la commande d'ouvrages achetés à l'unité qui, là encore, a été

⁷³ Les acomptes (art. 91) correspondent à des paiements à l'avancement : ils ne dérogent donc pas à la règle du service fait entendue dans sa plus stricte acception.

⁷⁴ Modifiant la circulaire du 28 mars 1988 précitée, BO n° 6, 10 févr. 2005. Les circulaires budgétaires et comptables aux EPLE sont très intéressantes car très didactiques : les chefs d'établissements scolaires ne sont pas, à l'origine, formés pour administrer des établissements publics.

⁷⁵ L. n° 92-645 du 13 juillet 1992 et D. n° 94-490 du 15 juin 1994.

⁷⁶ Par ex. Circ. Education Nationale / Finances n° 97-193 du 11 septembre 1997.

autorisé par de simples instructions de la direction de la comptabilité publique⁷⁷.

La circulaire de 2005 aux EPLE donne ensuite la longue liste des « *aménagements au principe* » qui ne résultent d'aucun texte (ou, plus exactement, aucun autre texte que la circulaire elle-même) : abonnements et avances sur consommation de fourniture d'eau, de gaz et d'électricité, abonnements à des revues et périodiques, primes d'assurance, abonnements téléphoniques, arrhes et acomptes en vue de la réservation de salles de réunion ou d'hébergement, dépenses informatiques relatives aux logiciels et progiciels (mise à jour, assistance, droit d'utilisation, extension de licence), achats de tickets-route d'essence, et, surtout : « *contrats de maintenance, location (redevances de location trimestrielles, semestrielles ou annuelles à terme à échoir) dans la mesure où ces contrats ouvrent à l'établissement un droit à prestation de la part du cocontractant* ».

Ainsi donc, la règle du service fait, présentée comme indépassable par les comptables publics, peut souffrir de si nombreux « aménagements » par le biais d'une vulgaire circulaire. Comment cela est-il simplement possible ? Comment cette longue liste a-t-elle pu être établie ? Il y a une réponse sociologique et une réponse juridique à ces questions.

Hiérarchie des normes

Sociologie

La première explication à la longue liste des aménagements au principe simplement instaurés par voie de circulaire est de na-

⁷⁷ Instruction DGCP n° 90-122-B1-M0-M9 du 7 novembre 1990 modifiée par l'instruction DGCP n° 01-082-B1 du 4 septembre 2001.

ture sociologique : la direction de la comptabilité publique a compris le dernier alinéa de l'article 33 du RGCP de 1962 (et désormais du GBCP de 2012) précité⁷⁸ comme habilitant le ministre des finances à déroger à la règle du service fait et à régler la matière, non seulement pour l'Etat mais aussi pour les collectivités locales puisqu'il s'agit de donner des consignes au réseau des comptables publics⁷⁹.

Cette croyance dans l'habilitation de la direction de la comptabilité publique à déroger à la règle du service fait est tellement forte que l'on lit cette phrase incroyable dans une circulaire Education / Finances n° 97-193 du 11 septembre 1997 : *« il est admis que des dérogations à la règle du paiement après service fait peuvent être autorisées, par la direction de la comptabilité publique, bureau D4, sur demande ponctuelle de l'ordonnateur de l'EPLÉ. »*

Il est admis... par qui ? Par le chef du bureau D4 ? Nulle part dans le RGCP ou le GBCP, décrets en Conseil d'Etat, on ne trouve d'habilitation du seul ministre des finances à déroger à ses dispositions. Aux termes de l'article 33 précité, hors le cas des dérogations législatives et réglementaires (al. 2) seules les *« règles propres à chaque catégorie d'organisme public »* (al. 3) peuvent justifier des avances ou acomptes. Or, on voit bien que ce ne sont pas ces règles qui ont commandé la liste des très nombreux *« aménagements »* admis par voie de circulaire, mais la nature des prestations en cause (les abonnements, par exemple, se payent toujours d'avance et l'administration évidemment

⁷⁸ *« Toutefois, selon les règles propres à chaque catégorie d'organisme public, des acomptes et avances peuvent être consentis au personnel ainsi qu'aux entrepreneurs et fournisseurs ».*

⁷⁹ Instruction codificatrice DGCP n° 05-003 MO du 24 janvier 2005 relative au paiement à la commande par les collectivités locales et leurs établissements publics.

dans l'incapacité économique et juridique de faire modifier le système de facturation des prestataires).

Droit

Cette première explication sociologique à l'usage des circulaires, pour réelle qu'elle soit, est naturellement juridiquement insuffisante. Car s'il est établi que la « règle d'or » n'a pas la portée supra-réglementaire que les comptables aiment à lui voir (alors que, dans le même temps, ils l'aménagent par voie infra-réglementaire), elle a *quand même* valeur réglementaire.

Dès lors, toute modification de la portée de l'article 33 du RGCP ou du GBCP opérée par voie de circulaire serait nécessairement illégale à raison de l'incompétence de son auteur et de la méconnaissance de la hiérarchie des normes⁸⁰.

Fichtre ! L'abîme n'est pas loin ; le vertige nous saisit avec presque autant de force qu'à la contemplation du compte des Découverts du Trésor où la loi de règlement « transporte » solennellement chaque année, depuis l'époque du Baron Louis, les déficits des budgets exécutés...

Ressaisissons-nous. Regardons attentivement la liste des soi-disant « aménagements » à la règle. Qu'ont donc en commun l'abonnement à l'eau, l'électricité, le gaz, l'abonnement aux revues et périodiques, les assurances, la réservation de salles, etc. ?

Ce point commun, c'est le contrat.

L'administration conclut avec tous ces prestataires des contrats, qui reçoivent ou non la qualification de marchés publics, et qui comportent des avances, des acomptes, des paiements à terme à

⁸⁰ CE Sect., 18 déc. 2002, *Mme Duvignères*, GAJA n° 110, Dalloz, 18^e éd. 2011.

échoir et non à terme échu. Lorsqu'elle est en mesure d'appliquer ses CCAG, l'administration évite tout cela soigneusement mais lorsqu'elle ne peut pas, elle doit choisir entre accepter les conditions financières du cocontractant ou ne pas être livrée du tout. Le contrat de maintenance ou de location comprenant des termes à échoir est d'ailleurs expressément visé dans la circulaire du 2 février 2005 précitée.

Le contrat, il faut souvent le rappeler, est la loi des parties. Le Conseil d'Etat accorde d'ailleurs au principe de l'alinéa 1^{er} de l'article 1134 du code civil⁸¹ la valeur de principe général du droit⁸².

Bien sûr, dans la sphère administrative, l'exigence de « légalement former » les conventions est plus exigeante que dans la sphère privée : il faut respecter des conditions de compétence, et de procédure particulièrement lourdes mais, lorsque c'est ces conditions ont été respectées, le contrat « devient » la loi. Dès lors, les dispositions inférieures dans la hiérarchie des normes (comme la règle du service fait) n'ont plus prise sur elle : il n'est pas juridiquement fondé de vouloir les opposer.

On objectera de l'autonomie du droit de la comptabilité publique qui pourrait conduire le comptable public, légitimement soucieux de sa responsabilité personnelle, à refuser d'exécuter un contrat même « légal »⁸³. L'administration cocontractante engagerait alors sa responsabilité contractuelle, comme elle le fait en cas de refus d'exécution d'un contrat pour insuffisance de

⁸¹ « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.* »

⁸² CE Ass., 29 juin 2001, *M. Berton*, n° 222600.

⁸³ P. Amsselek, *Les refus des comptables publics d'exécuter les ordres de paiement et le juge de l'excès de pouvoir*, AJDA 1973, p. 172. Il se trouve de surcroît que l'absence de service fait est l'un des rares cas dans lesquels le comptable public peut refuser de déférer à la réquisition de l'ordonnateur.

crédits⁸⁴, autre règle majeure de la comptabilité publique empêchant (cette fois à coup sûr) le comptable de payer. Par conséquent, si, par fausse interprétation de portée de la règle du service fait, un comptable public refusait d'honorer un mandat émis en exécution d'un contrat légalement formé (et le comptable n'est pas juge de la légalité des contrats ni, plus généralement, des pièces justificatives qui lui sont soumises⁸⁵), alors le cocontractant de l'administration aurait droit au paiement des sommes dues assorties des intérêts moratoires prévus au contrat⁸⁶.

Mais on espère ici avoir convaincu qu'une avance sur loyer prévue dans un contrat de location n'était pas contraire à la règle du service fait pour la simple raison que le rythme de versement des loyers relève de la liberté contractuelle des personnes publiques. D'une part, l'avance est juridiquement fondée et parfaitement causée et, d'autre part, elle fait partie de l'équilibre général du contrat convenu entre les parties : le paiement du loyer sur l'ensemble de la durée du contrat.

⁸⁴ Depuis toujours : CE, 6 févr. 1874, *Foucaux*, Rec. p. 143 ; CE 16 oct. 1968, *OPHLM de la Seine*, AJDA 1969, p. 119, cités par L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 8^e éd. 2012, n° 506.

⁸⁵ X. Domino et A. Bretonneau, *Le comptable public, ni chambre d'enregistrement, ni juge de la légalité*, AJDA 2012, p. 698 ; G. Eckert, *Quel contrôle exerce le comptable public lors du paiement d'un marché public ?* Note sous CE Sect., 8 févr. 2012, *Min Budget*, n° 340 698, *Contrats Marchés publ.* 2012, comm. 110.

⁸⁶ On notera au passage que l'un des axes du « choc de simplification » voulu par le Président de la République, pourrait consister à mettre fin à cette ridicule revendication d'autonomie des différentes branches du droit les unes vis-à-vis des autres. L'autonomie était tolérable avec un droit simple et un Etat modeste, elle est source d'inefficacité et de destruction de valeur dans un Etat – et une Europe – omniprésents (à défaut d'être omnipotents) et producteur de normes effrayantes par leur volume, leur précision et leur dynamique. Suggestion d'un prochain thème de colloque : « Epistémologie du droit et efficacité de l'Etat »...

Au surplus, d'un point de vue plus pragmatique, on a vu que la DGCP elle-même avait admis ces avances sur loyers dans ses circulaires cosignées avec les ordonnateurs. Enfin, l'Etat a admis ces mêmes avances depuis 2004 dans certains des contrats de partenariat qu'il a signés, en conformité d'ailleurs avec la doctrine de la MAPPP sur le sujet⁸⁷.

*

⁸⁷ MAPPP, *Les Contrats de partenariat. Guide méthodologique*, version du 7 févr. 2011, pp. 34, 90, 128 et 130.