

Fiche introductive
**SOURCES DU DROIT ADMINISTRATIF DES CONTRATS ET
IDENTIFICATION DU CONTRAT ADMINISTRATIF**

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

- Référence 1 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 22 mai 2019, Société Royal Cinéma
- Référence 2 :** CE, avis 22 mai 2019, Société Royal Cinéma, n°428040
- Référence 3 :** Conclusions du rapporteur public sur TC 13 septembre 2021, Société Cadres en mission c/ Société SNCF, n° 4224
- Référence 4 :** TC 13 septembre 2021, Société Cadres en mission c/ Société SNCF, n° 4224
- Référence 5 :** TC 10 janvier 2022, Régie Autonome des Transports Parisiens (RATP) c/ Société Alstom Transport SA, n° 4230
- Référence 6 :** Conclusions du rapporteur public sur TC, 2 novembre 2020, Société Eveha
- Référence 7 :** TC, 2 novembre 2020 Société Eveha, n°4196
- Référence 8 :** Conclusions sur CE, 20 juillet 2022, ONF, n°457616
- Référence 9 :** CE, 20 juillet 2022, ONF, n°457616

DÉCISIONS DU CORPUS

- CE, 31 juillet 1912, Société des Granits porphyroïdes des Vosges,
- CE, Sect., 20 avril 1956, Époux Bertin,
- CE, 13 oct. 1961, Éts Campanon-Rey,
- CE, sect., 19 janv. 1973, Soc. d'exploitation électrique de la rivière du Sant,
- CE, Section, 30 mai 1975, Société d'équipement de la région montpelliéraine,
- CE, 18 juin 1976, Dame Culard,
- CE, Sect., 18 février 1977, Hervouët,
- CE, Sect., 20 janvier 1978, Syndicat national de l'enseignement technique agricole public,
- CE, 8 mars 1985, Les amis de la terre,
- CE, Ass., 8 janvier 1988, Ministre chargé du plan et de l'Aménagement du territoire c. Comm. urb. de Strasbourg,
- CE, Sect., 23 juin 1995, Ministre de la culture et de la francophonie c. Association Défense Tuileries,
- CE, 25 octobre 1996, Association Estuaire-Ecologie,
- CE, avis, 29 juillet 2002, Sté MAJ Blanchisserie de Pantin,
- CE, 21 mars 2007, Commune de Boulogne-Billancourt,
- TC, 8 juill. 1963, Société Entreprise Peyrot,
- TC, 21 mars 1983, Union des assurances de Paris,
- TC, 10 mai 1993, Société Wanner Isofi Isolation,
- TC, 25 mars 1996, Préfet de la Région Rhône-Alpes c. Conseil des Prud'hommes de Lyon,

TC, 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance c. Mutuelle des architectes français,

TC, 9 mars 2015, Mme Rispal c. Société des autoroutes du sud de la France.

EXERCICES SUGGÉRÉS :

Épreuve théorique : dissertation

- *Les contrats administratifs entre personnes privées*

Épreuve pratique : Cas pratique

Une convention a été signée entre la Métropole Aix-Marseille-Provence et Marseille Aménagement. L'objet du contrat est de concéder la réalisation d'une zone d'aménagement concerté dénommée « *Sous le Soleil* ».

Marseille Aménagement est une société privée d'aménagement, régie par l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme, qui a été créée à l'initiative du département des Bouches-du-Rhône, de la Ville de Marseille et de la Métropole qui en sont actionnaires et qui assurent un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services.

Après avoir consulté neuf opérateurs commerciaux, Marseille Aménagement a conclu avec la société commerciale Combines et C^{ie} une promesse de vente portant sur un terrain destiné à recevoir les bâtiments et ouvrages de la zone d'aménagement. Cette promesse prévoit notamment que :

- la propriété des terrains objets de l'opération d'aménagement « *Sous le Soleil I* » sera transférée à la société Combines et C^{ie} à compter du jour de la réalisation de la vente par acte authentique ;
- la société Combines et C^{ie} s'engage à réaliser, dans le respect de la vocation de la zone d'aménagement concerté, un programme de constructions comportant des ouvrages destinés à accueillir des commerces, des activités de services et de loisirs, des restaurants, un hôtel, des bureaux ainsi qu'un parc de stationnement en sous-sol.

La société Pigeon qui n'a pas été consultée lors de l'attribution mais qui est concurrente de la société Combines et C^{ie} introduit un recours en contestation de validité de la promesse de vente précédemment évoquée.

M. Dieu, le président de la chambre des contrats administratifs du tribunal administratif de Marseille, vous accueille pour votre première affectation en tant que conseiller de Tribunal Administratif. Il vous confie ce dossier à inscrire au rôle de votre première audience.

1/ Lors de la séance d'instruction M. Dieu vous interroge sur l'opportunité de soulever un moyen d'ordre public tiré de l'incompétence du juge administratif. Pour lui répondre vous examinerez si l'ordre administratif est compétent au regard de trois fondements : une disposition législative d'attribution de compétence, l'existence d'un mandat explicite et la théorie de l'entité transparente.

2/ M. Pouhal d'Anlamain, le rapporteur public de la formation de jugement, vous interroge sur l'existence d'un non-lieu -ce qui lui éviterait de traiter l'affaire- car il résulte des mesures d'instruction qu'en dépit de plusieurs avenants de prolongation la promesse n'a pas été prolongée et ne s'est pas concrétisée par un acte authentique de vente car les conditions suspensives n'ont pas été levées. Néanmoins, il n'est pas contesté que la société Combines et C^{ie} a exposé des frais d'études à hauteur de 14 M €.

Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE 22 mai 2019, Société Royal Cinéma

Pendant longtemps, vous avez refusé avec fermeté aux tiers la faculté de former un recours contre un contrat administratif. Cette interdiction de principe ne connaissait que des tempéraments limités : vous n'aviez ainsi accepté d'y déroger que pour reconnaître aux tiers la possibilité de contester les clauses réglementaires d'un contrat (Ass. 10 juillet 1996, *Cayzeele*, n° 138536, Rec., p. 274), et pour accorder aux concurrents évincés le droit de contester le contrat lui-même (Ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisations*, n° 291545, Rec., p. 360).

Mais en dehors de ces exceptions, le contrat demeurait à l'abri des contestations formées par d'autres personnes que les parties à celui-ci. Tel n'était pas le cas, en revanche, des actes détachables du contrat, et notamment de la délibération du conseil municipal, départemental ou régional autorisant l'exécutif à signer le contrat. Par votre décision du 4 août 1905, *Martin* (n° 14220, Rec., p. 749), vous aviez admis qu'ils puissent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir formé par les tiers. Plus tard, vous avez reconnu à ces tiers la faculté d'assortir leurs conclusions à fins d'annulation de cette délibération de conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la collectivité publique de tirer les conséquences d'une éventuelle annulation de l'acte détachable en résiliant le contrat illégalement signé (10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, n° 248950, Rec., p. 501 ; 21 février 2011, *Société Ophrys*, n° 337349, Rec., p. 54).

Cet état du droit a été entièrement rebattu par votre décision d'Assemblée du 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne* (n° 358994, Rec., p.70), qui a scellé à la fois l'abandon de la jurisprudence *Martin* et l'élargissement de la voie de recours ouverte par la décision *Société Tropic Travaux Signalisations*. Pour ce qui est du contrat proprement dit, il peut désormais être contesté par tous les tiers, dans le cadre d'un recours de pleine juridiction, pourvu qu'ils soient susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat ou par ses clauses. En toute hypothèse, cette faculté est ouverte aux membres de l'assemblée délibérante de la collectivité publique qui autorise la signature du contrat, ainsi qu'au préfet dans le cadre du déféré préfectoral.

Pour ce qui est de la délibération autorisant la signature du contrat, elle n'est plus susceptible en tant que telle de faire l'objet d'un recours à l'initiative des tiers. Sa légalité ne peut plus être mise en cause qu'à l'occasion d'un recours de pleine juridiction dirigé contre le contrat, y compris pour les membres de l'assemblée délibérante de la collectivité publique qui signe celui-ci. Il n'en va différemment que pour le préfet agissant dans le cadre du déféré : pour lui, la délibération autorisant la signature du contrat peut être contestée dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir tant que le contrat n'a pas été conclu.

Ce cadre jurisprudentiel est-il applicable à la délibération en vertu de laquelle une collectivité publique accorde une subvention lorsque, conformément aux dispositions de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, cette dernière a conclu avec l'organisme de droit privé qui bénéficie de l'aide une convention définissant l'objet, le montant, les modalités de versement et les conditions d'application de celle-ci ?

Telle est, en substance, la question que vous pose la cour administrative d'appel de Bordeaux dans le cadre de la demande d'avis dont vous êtes saisis. Cette demande est formulée à l'occasion d'un litige portant sur l'attribution par la commune de Mont-de-Marsan d'une subvention de 1,5 millions d'euros au bénéfice de la société Le Club, en vue de la création en centre-ville d'un cinéma multiplex comportant huit salles, ainsi que le permet l'article L. 2251-4 du CGCT.

Par une délibération du 19 décembre 2014, le conseil municipal a approuvé l'attribution de cette subvention, précisé qu'elle serait versée sur trois exercices budgétaires à raison de 3 00 000 euros en 2015, 600 000 euros en 2016 et 600 000 euros en 2017, et enfin autorisé le maire à signer l'acte dénommé « convention » figurant en annexe et définissant les modalités d'attribution de la subvention. Cet acte a quant à lui été signé le 6 janvier 2015.

La société Royal Cinéma, qui exploite le seul cinéma implanté sur le territoire de la commune, ainsi que M. Michel Romanello, son président en exercice, ont saisi le tribunal administratif de Pau de conclusions tendant, d'une part, à l'annulation de la délibération du 19 décembre 2014, et d'autre part, à l'annulation de l'acte dénommé convention du 6 janvier 2015.

Des conclusions à fins d'annulation de la délibération du 19 décembre 2014 ont également été présentées par l'association de contribuables « *Un Marsan Autrement* », ainsi que par Mme Céline Piot, conseillère municipale. Après avoir joint les requêtes, le tribunal a jugé irrecevables les conclusions tendant à l'annulation de la délibération du 19 décembre 2014, au motif que cette dernière constituait un acte détachable de la convention ne pouvant plus faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir en vertu de la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*. Par ailleurs, le tribunal a rejeté sur le fond les conclusions à fins d'annulation de l'acte signé le 6 janvier 2015, qu'il a regardé comme une convention.

Saisie en appel par la société Le Club et par M. Romanello, la cour administrative d'appel de Bordeaux a sursis à statuer sur le litige aux fins de vous poser la question suivante : le régime de recours contentieux défini par la décision *Département de Tarn-et-Garonne* est-il applicable lorsque le litige porte sur une convention ayant pour objet l'octroi d'une subvention à la demande du bénéficiaire et dont les conditions d'attribution et les modalités de versement sont unilatéralement déterminées par la décision ou la délibération préalable d'une collectivité publique ?

Compte tenu de l'état de votre jurisprudence, vous n'aurez pas d'hésitation à répondre à cette question par la négative. Certes, il résulte de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 que : « *L'autorité administrative (...) qui attribue une subvention doit, lorsque cette subvention dépasse un seuil défini par décret, conclure une convention avec l'organisme de droit privé qui en bénéficie, définissant l'objet, le montant, les modalités de versement et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée (...)* ». Ainsi, lorsqu'elles excèdent le seuil de 23 000 euros prévu à l'article 1^{er} du décret du 6 juin 2001, les subventions accordées par les collectivités publiques doivent donner lieu à l'établissement d'un acte que la loi qualifie de convention.

Toutefois, le fait que le législateur ait eu recours à ce terme ne vous a jamais fait perdre de vue que, par essence, l'attribution

d'une subvention est un acte fondamentalement unilatéral, à travers lequel se manifeste la seule volonté de l'administration. Tel est l'avis très largement partagé en doctrine : Georges Dupuis indique ainsi que la décision de subventionner entre dans la définition de l'acte unilatéral, en ce sens qu'il s'agit d'une « *décision dont la valeur juridique est indépendante du consentement de ses destinataires* » (« *Définition de l'acte unilatéral* », Mélanges Charles Eisenmann, Cujas 1975, p. 205). Et pour Louis Renouard, les décisions par lesquelles des personnes publiques accordent des subventions relèvent d'une autre catégorie d'actes que celle des contrats puisque « *c'est par un acte unilatéral qu'une collectivité accorde une subvention, alors que le contrat suppose le consentement de deux parties* » (« *Les contrats de subvention* », ACCP, n° 28/2003, pp. 28-33).

Votre position n'est pas différente. De la même manière, vous excluez de voir un accord de volontés, c'est-à-dire un contrat, dans l'acte par lequel une collectivité publique accorde une subvention, quelle qu'en soit la forme. Vous jugez ainsi que, même lorsqu'elle donne lieu à la conclusion d'un acte dénommé convention en application de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000, une décision portant attribution d'une subvention reste un acte unilatéral.

Tel est ce que vous avez jugé par une décision du 5 juillet 2010, *Chambre du commerce et de l'industrie de l'Indre* (n° 308615, Rec., p. 238), dans laquelle étaient en cause des décisions ordonnant le remboursement de subventions accordées par plusieurs communes dans le cadre, précisément, d'actes qui se présentaient comme des conventions. Vous avez alors affirmé que l'attribution d'une subvention par une personne publique crée des droits au profit de son bénéficiaire, à tout le moins dans la mesure où le bénéficiaire de la subvention respecte les conditions mises à son octroi. Il en va ainsi, avez-vous précisé, « *que ces conditions découlent des normes qui (...) régissent [la subvention], qu'elles aient été fixées par la personne publique dans sa décision d'octroi, qu'elles aient fait l'objet d'une convention signée avec le bénéficiaire, ou encore qu'elles découlent implicitement mais nécessairement de l'objet même de la subvention* ».

A vos yeux, donc, le régime de protection des droits conférés par les actes des personnes publiques octroyant des subventions est, en toute hypothèse, celui des actes unilatéraux. Lorsqu'un acte dénommé convention a été pris en application de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000, les éléments qui y figurent ne doivent dès lors pas être regardés comme les clauses d'un contrat, mais comme des conditions assortissant la décision unilatérale d'accorder une aide.

Cette ligne a encore été réaffirmée dans une décision du 26 juillet 2011, *EARL Le Patis Maillet* (n° 324523, Rec., p. 419), dans laquelle vous aviez à statuer sur un jugement ayant rejeté les conclusions tendant à ce que L'État soit condamné à verser à des agriculteurs une indemnité en réparation du préjudice résultant de la modification d'un contrat d'agriculture durable. Vous avez alors jugé que la signature par L'État d'un tel contrat, lequel avait pour seul objet d'octroyer des aides en contrepartie d'engagements agro-environnementaux, créait des droits au profit de l'exploitant qui en bénéficiait. Vous en avez déduit que le titulaire d'un contrat d'agriculture durable ne pouvait pas rechercher la responsabilité contractuelle de l'État à raison de la non-exécution de ce contrat, mais uniquement sa responsabilité quasi-délictuelle en mettant en évidence l'existence d'une faute.

Vous avez donc clairement pris le parti de considérer que, lorsqu'il a pour seul objet l'attribution d'une subvention, et notamment d'en définir l'objet, le montant, les modalités de versement et les conditions d'application, un acte est par nature unilatéral, quand bien même il se présente comme une convention.

Dans ces conditions, il faut admettre que l'acte dénommé convention qui est édicté en application de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 en vue de préciser l'objet, le montant, les modalités de versement et les conditions d'attribution d'une subvention, ne s'analyse pas comme un contrat. Partant, la délibération autorisant la signature de cet acte n'a pas la nature d'un acte détachable d'un contrat et elle échappe à l'application du régime contentieux défini par la décision *Département de Tarn-et-Garonne*.

Il n'y a ainsi qu'un acte unilatéral, consistant dans la décision d'octroyer une subvention, laquelle est constituée par l'acte établi en application de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 et la délibération qui en autorise la signature, pris ensemble. Cette décision ne peut faire l'objet que d'un recours pour excès de pouvoir dans les conditions de droit commun, lequel pourra viser soit les deux actes pris ensemble, soit uniquement l'un d'entre eux, pour autant qu'il soit divisible de l'autre.

Pour en revenir à la question directement posée par la cour administrative d'appel de Bordeaux, nous vous invitons donc à juger que le régime contentieux défini par la décision d'Assemblée *Département de Tarn-et-Garonne* n'est pas applicable aux actes édictés en application de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000, quand bien même la loi les présente comme ayant la nature de convention.

Si vous nous suivez en ce sens, vous choisirez la voie qui permet de maintenir le prétoire du juge le plus largement ouvert aux personnes qui entendent contester l'attribution de subventions publiques. En particulier, vous rendrez possible la saisine du juge par les justiciables qui ne peuvent pas se prévaloir d'une lésion suffisamment directe et certaine de leurs intérêts au sens de la décision *Département de Tarn-et-Garonne*, mais qui possèdent néanmoins une qualité particulière justifiant de leur reconnaître un intérêt pour agir à l'encontre d'une décision portant attribution d'une subvention. En particulier, vous maintiendrez ouverte une voie de recours à l'égard d'une telle décision pour les contribuables locaux, lesquels ont qualité pour agir à l'égard des décisions qui emportent des conséquences financières sur le budget d'une collectivité territoriale (10 février 2017, *Ville de Paris*, n° 395433, Rec., p. 39).

Vous opterez également pour la solution qui permet aux justiciables d'invoquer la palette de moyens la plus étendue, sans qu'il y ait lieu de se demander, ainsi que le prescrit la décision *Département de Tarn-et-Garonne*, si leur qualité leur permet de se prévaloir de tels ou tels vices particuliers.

Enfin, si vous lui donnez la portée que nous proposons, votre avis ne préjugera pas du régime contentieux qui pourrait être appliqué dans l'hypothèse où un contrat ayant un objet autre ou plus large que celui d'accorder ou une subvention ou d'en préciser les conditions comporterait des clauses prévoyant l'attribution d'une aide.

Référence 2 : CE 22 mai 2019, Société Royal Cinéma, n°428040

Vu la procédure suivante :

Par un arrêt n° 16BX00581 du 8 février 2019, enregistré le 15 février 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la cour administrative d'appel de Bordeaux, avant de statuer sur la requête de la société par actions simplifiée Royal Cinéma et de M. C...D...tendant à l'annulation du jugement n° 1500281, 1500363, 1500364, 1501380, 1501446 du 29 décembre 2015 du tribunal administratif de Pau en tant qu'il a rejeté leurs demandes tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la délibération du 19 décembre 2014 du conseil municipal de Mont-de-Marsan attribuant à la société Le Club une subvention de 1 500 000 euros et autorisant le maire à signer la convention définissant les modalités d'attribution de cette subvention ainsi qu'à l'annulation de cette convention signée le 6 janvier 2015, a décidé, par application des dispositions de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, de transmettre le dossier de cette requête au Conseil d'État, en soumettant à son examen la question suivante :

Le régime de recours contentieux ouvert par la décision du 4 avril 2014 du Conseil d'État, statuant au contentieux, département de Tarn-et-Garonne, n° 358994, à tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses, qui le rend recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non-réglementaires qui en sont divisibles, est-il applicable lorsque le litige porte sur une convention ayant pour objet l'octroi d'une subvention à la demande du bénéficiaire et dont les conditions d'attribution et les modalités de versement sont unilatéralement déterminées par la décision ou la délibération préalable d'une collectivité publique

Vu :

- la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 ;
- le décret n° 2001-495 du 6 juin 2001 ;
- le code de justice administrative ;

REND L'AVIS SUIVANT

1. Aux termes de l'article 9-1 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leur relations avec les administrations : " Constituent des subventions, au sens de la présente loi, les contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires. / Ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent ".

2. Aux termes de l'article 10 de cette même loi : " (...). / L'autorité administrative ou l'organisme chargé de la gestion d'un service public industriel et commercial mentionné au premier alinéa de l'article 9-1 qui attribue une subvention doit, lorsque cette subvention dépasse un seuil défini par décret, conclure une convention avec l'organisme de droit privé qui en bénéficie, définissant l'objet, le montant, les modalités de versement et les

conditions d'utilisation de la subvention attribuée. Cette disposition ne s'applique pas aux organismes qui bénéficient de subventions pour l'amélioration, la construction, l'acquisition et l'amélioration des logements locatifs sociaux prévues au livre III du code de la construction et de l'habitation ". En vertu de l'article 1er du décret du 6 juin 2001 pris pour l'application de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 et relatif à la transparence financière des aides octroyées par les personnes publiques, l'obligation de conclure une convention s'applique aux subventions dont le montant annuel dépasse la somme de 23 000 euros.

3. Une décision qui a pour objet l'attribution d'une subvention constitue un acte unilatéral qui crée des droits au profit de son bénéficiaire ; de tels droits ne sont ainsi créés que dans la mesure où le bénéficiaire de la subvention respecte les conditions mises à son octroi, que ces conditions découlent des normes qui la régissent, qu'elles aient été fixées par la personne publique dans sa décision d'octroi, qu'elles aient fait l'objet d'une convention signée avec le bénéficiaire, ou encore qu'elles découlent implicitement mais nécessairement de l'objet même de la subvention.

4. Indépendamment des actions indemnitaires qui peuvent être engagées contre la personne publique, les recours relatifs à une subvention, qu'ils aient en particulier pour objet la décision même de l'octroyer, quelle qu'en soit la forme, les conditions mises à son octroi par cette décision ou par la convention conclue en application des dispositions précitées de la loi du 12 avril 2000, ou encore les décisions de la personne publique auxquelles elle est susceptible de donner lieu, notamment les décisions par lesquelles la personne publique modifie le montant ou les conditions d'octroi de la subvention, cesse de la verser ou demande le remboursement des sommes déjà versées, ne peuvent être portés que devant le juge de l'excès de pouvoir, par le bénéficiaire de la subvention ou par des tiers qui disposent d'un intérêt leur donnant qualité à agir. Un tel recours pour excès de pouvoir peut être assorti d'une demande de suspension de la décision litigieuse, présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative.

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur TC 13 septembre 2021, Société Cadres en mission c/ Société SNCF, n° 4224

Le portage salarial est l'opération par laquelle un travailleur appelé le « porté » confie à une société de portage la facturation et la gestion administrative de missions effectuées auprès d'une entreprise utilisatrice (le client) moyennant le paiement par la première d'un salaire. Initialement prévu par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 puis instauré par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, il est actuellement régi par les articles L. 1254-1 à L. 1254-31 du code du travail, issus de l'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015.

UN MARCHÉ UNIQUE DE PORTAGE SALARIAL

Le salarié porté doit justifier d'une expertise, d'une qualification et d'une autonomie qui lui permettent de rechercher lui-même ses clients et de convenir avec eux des conditions d'exécution de sa prestation et de son prix

Aux termes de l'article L. 1254-3 du code du travail, « l'entreprise cliente ne peut avoir recours à un salarié porté que pour l'exécution d'une tâche occasionnelle ne relevant pas de son activité normale et permanente ou pour une prestation ponctuelle nécessitant une expertise dont elle ne dispose pas ».

La SNCF en a fait cependant une pratique régulière car elle a signé un premier accord-cadre sur le portage salarial en 2013, renouvelé l'expérience en 2017 et poursuivi en engageant la procédure négociée avec mise en concurrence préalable en vue d'un troisième accord-cadre, objet de votre saisine. Entreprise publique exerçant l'une des activités d'opérateur de réseaux mentionnées à l'article L. 1212-3 du code de la commande publique, soit celle d'exploiter un « réseau destiné à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer », la SNCF est une entité adjudicatrice au sens de ce code.

En tant que telle, elle peut passer librement ses marchés selon la procédure avec négociation prévue par l'article L. 2124-3 du même code.

Le contentieux noué à l'occasion de cette procédure relève, en application de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, des juridictions administratives ou judiciaires, selon la nature du contrat. Dans les deux ordres de juridiction les critères de recevabilité des recours et les procédures sont semblables. En particulier, les articles non codifiés de l'ordonnance n° 2009-515 appliqués par les juridictions judiciaires comme les dispositions issues de cette ordonnance et insérées dans le code de justice administrative prévoient la possibilité pour les candidats évincés d'engager un référé pré-contractuel en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

La saisine du tribunal, qu'il soit judiciaire ou administratif, fait obstacle à la signature du contrat jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle.

QUEL JUGE DU RÉFÉRÉ PRÉ-CONTRACTUEL COMPÉTENT ?

En décembre 2020 la SNCF, agissant en son nom et pour son compte ainsi qu'au nom et pour le compte de ses filiales SNCF réseau, SNCF Gares & Connexions, SNCF Voyageurs et Fret SNCF, a lancé un avis d'appel à la commande publique en vue de la conclusion d'un accord-cadre pour « répondre au besoin de :
— diffusion d'avis de mission auprès du vivier de consultants de la société de portage salarial ;
— contractualisation pour donner suite à l'apport d'un consultant par SNCF. »

Selon les termes du cahier des charges, l'accord-cadre devait définir « les modalités d'échange d'informations nécessaires à la bonne exécution du contrat, les modalités de mise à disposition des consultants et de suivi des prestations, les taux de frais de gestion appliqués par les sociétés de prestation de service, le calcul du prix d'achat de la prestation, le suivi qualité, le reporting, les modalités de facturation ». Il fixait donc toutes les stipulations contractuelles, ne donnait pas lieu à des marchés subséquents et l'émission ultérieure de bons de commandes, effectuée sans négociation ni remise en concurrence des titulaires, ne devait correspondre qu'à l'exécution du contrat.

Le projet d'accord-cadre, rédigé en se fondant sur le bilan des deux accords-cadres précédents, prévoit que les missions, qui couvrent les 150 métiers revendiqués par la SNCF, seront réparties comme suit entre la SNCF et ses filiales : 52 % pour SNCF Réseau, 32 % pour SNCF Voyageurs, 12 % pour la SNCF, 3% pour SNCF Gares & Connexions et 1 % pour Fret SNCF. Cadres en mission, candidate évincée, a, le 16 mars 2021, saisi le tribunal judiciaire de Paris d'un référé pré-contractuel demandant notamment qu'il soit fait injonction à la SNCF de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en reprenant la procédure dans son intégralité et que l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure litigieuse soient

suspendues. Par jugement du 7 mai 2021 cette juridiction vous renvoie l'affaire pour que vous jugiez si elle relève ou non de sa compétence.

Entre-temps, le tribunal administratif de Paris, saisi d'un référé pré-contractuel par un autre candidat malheureux, a suspendu la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, ce qui a conduit la SNCF à engager une seconde procédure conclue le 1er juin 2021 avec les sociétés de portage qu'elle avait retenues en premier lieu. Il en résulte que le juge des référés que vous jugerez compétent ne pourra que constater qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la première procédure. Mais il vous revient au préalable de dire devant quel ordre de juridiction les litiges qui la concernent peuvent être utilement présentés.

Les parties au contrat sont la SNCF, les filiales au nom desquelles celle-ci devait signer l'accord-cadre et les candidates, soit des personnes privées exclusivement. Celui-ci est donc présumé de droit privé. D'autre part, l'article 5 de l'ordonnance 2009-515 prévoit que le référé pré-contractuel est porté devant les juridictions judiciaires. Cependant, comme il a été dit, l'article L. 551-5 du code de justice administrative prévoit la possibilité d'engager un référé pré-contractuel semblable, de sorte que l'article 5 de l'ordonnance ne nous guide pas dans la détermination de l'ordre juridictionnel compétent.

LE CRITÈRE DU BÉNÉFICIAIRE MAJORITAIRE

La partie au contrat qui, selon le cahier des charges, sera non seulement la principale destinataire mais celle pour laquelle seront effectuées plus de la moitié des prestations est SNCF Réseau. Or aux termes de l'article L. 2111-9-4 du code des transports, les contrats conclus par SNCF Réseau pour l'exécution de ses missions en application du code de la commande publique sont des contrats administratifs. Comme il ne peut être envisagé qu'un même contrat soit à la fois administratif et de droit privé, il y a lieu d'en déduire que l'accord-cadre passé au nom de la SNCF et de ses filiales, parce qu'il porte majoritairement sur des prestations destinées à une personne morale de droit privé dont les contrats sont administratifs par détermination de la loi, est un contrat administratif relevant comme tel de la compétence des juridictions administratives.

Par ces motifs, nous concluons à la compétence des juridictions administratives.

Référence 4 : TC 13 septembre 2021, Société Cadres en mission c/ Société SNCF, n° 4224

Vu, enregistrée à son secrétariat, l'expédition du jugement du 7 mai 2021 par lequel le tribunal judiciaire de Paris, statuant sur la demande de la SAS Cadres en mission tendant à ce qu'il soit enjoint à la SNCF de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en reprenant dans son intégralité la procédure d'attribution de l'accord-cadre à bons de commandes multi-attributaire en vue de réaliser des prestations de portage salarial et à ce que soit suspendu l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure litigieuse, et notamment la décision de rejet de l'offre de la société requérante, a renvoyé au Tribunal, par application de l'article 35 du décret n° 2015-233 du 27 février 2015, le soin de décider sur la question de compétence ; Vu, enregistré le 28 juin 2021, le mémoire produit par la SA SNCF, tendant à ce que la juridiction administrative soit déclarée compétente pour connaître de la procédure de la passation de l'accord-cadre en cause, conclu par plusieurs entités dont, pour l'une d'entre elles, une disposition législative indique que les contrats conclus en application du code de la commande publique

sont des contrats administratifs, et à ce qu'il soit indiqué que, pour les contrats subséquents, seuls les contrats conclus par SNCF Réseau revêtent un caractère administratif ;

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;
Vu la loi du 24 mai 1872 ;
Vu le décret n° 2015-233 du 27 février 2015 ;
Vu le code de la commande publique ;
Vu le code de procédure civile ;
Vu le code des transports ;
Vu l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ;

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 7 décembre 2020, la société nationale SNCF a lancé une consultation, selon la procédure négociée prévue par les articles L. 2124-3 et R. 2124-4 du code de la commande publique, pour la conclusion d'un accord-cadre à bons de commande multi-attributaire portant sur des prestations de portage salarial, pour son compte ainsi que pour celui de quatre filiales du groupe SNCF (SNCF Voyageurs, SNCF Réseau, SNCF Gares et Connexions et Fret SNCF). La SAS Cadres en mission, qui a fait acte de candidature, s'est vu opposer une décision de rejet de son offre le 6 mars 2021. Elle a assigné la SNCF devant le tribunal judiciaire de Paris sur le fondement des articles 1441-1 et suivants du code de procédure civile, afin qu'il soit enjoint à la SNCF de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en reprenant la procédure dans son intégralité et que soit suspendu l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure litigieuse, et notamment la décision de rejet de l'offre de la société requérante. Estimant que ce litige soulevait une difficulté sérieuse, le tribunal judiciaire de Paris a saisi le Tribunal des conflits sur le fondement de l'article 35 du décret du 27 février 2015.

2. La passation et l'attribution des contrats passés en application du code de la commande publique sont susceptibles de donner lieu à une procédure de référé précontractuel qui, selon que le contrat revêt un caractère administratif ou privé, doit être intentée devant le juge administratif ou devant le juge judiciaire. Il appartient au juge du référé précontractuel saisi de déterminer si, eu égard à la nature du contrat en cause, il l'a été à bon droit.

3. D'une part, aux termes de l'article L. 1212-1 du code de la commande publique : " Les entités adjudicatrices sont : 1° Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies aux articles L. 1212-3 et L. 1212-4; 2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies aux articles L. 1212-3 et L. 1212-4 ; ... ". Aux termes de l'article L. 1212-3 du même code : " Sont des activités d'opérateur de réseaux : ... 4° Les activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramway, trolleybus, autobus, autocar, câble ou tout système automatique, ou les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux ; ... ".

4. D'autre part, aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique : " En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par des entités adjudicatrices des contrats de droit privé ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, les personnes ayant intérêt à conclure l'un de ces contrats et susceptibles d'être lésées par ce manquement peuvent saisir le juge avant la conclusion du contrat. / La demande est portée devant la juridiction judiciaire ".

5. Enfin, aux termes de l'article L. 2111-9-4 du code des transports : " Sont des contrats administratifs, les contrats suivants conclus par la société SNCF Réseau pour l'exécution de ses missions prévues à l'article L. 2111-9 : 1° Contrats conclus en application du code de la commande publique ; ... ".

6. La SNCF est une société anonyme qui, au sens du code de la commande publique, est une entité adjudicatrice. La procédure de passation de l'accord-cadre en cause a été lancée par la SNCF en son nom et pour son compte, ainsi que pour celui de quatre filiales, parmi lesquelles figure SNCF Réseau. Cet accord-cadre est majoritairement destiné à répondre aux besoins de SNCF Réseau, l'un des bénéficiaires des prestations de portage salarial faisant l'objet de la passation de l'accord-cadre. Si SNCF Réseau est désormais elle aussi une société anonyme, il résulte de l'article L. 2111-9-4 du code des transports que les contrats que conclut cette société pour l'exercice de ses missions prévues à l'article L. 2111-9 du même code sont des contrats administratifs par détermination de la loi.

7. Ce contrat de la commande publique, passé par une entité adjudicatrice au nom et pour le compte de plusieurs sociétés, et destiné majoritairement à répondre aux besoins de l'une de ces sociétés dont les contrats passés en application du code de la commande publique sont des contrats administratifs par détermination de la loi, revêt lui-même un caractère administratif.

8. Il résulte de ce qui précède que le présent litige ressortit à la compétence de la juridiction administrative.

Référence 5 : TC 10 janvier 2022, Régie Autonome des Transports Parisiens (RATP) c/ Société Alstom Transport SA, n° 4230

Vu, enregistrée à son secrétariat, l'expédition de la décision du 7 juillet 2021 par laquelle la Cour de cassation, statuant sur le pourvoi de la Régie Autonome des Transports Parisiens (RATP) contre le jugement rendu le 17 décembre 2020 par le président du tribunal judiciaire de Paris, dans le litige l'opposant à la société Alstom Transport SA, a renvoyé au Tribunal, par application de l'article 35 du décret n° 2015-233 du 27 février 2015, le soin de décider sur la question de compétence ;

Vu, enregistrés les 17 septembre et 3 novembre 2021, les mémoires produits par la RATP, tendant à ce que la juridiction administrative soit déclarée compétente pour connaître de la procédure de passation de l'accord-cadre en cause, la qualification de contrat administratif du marché public concerné résultant des dispositions mêmes de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 qui lui était applicable et, en tout état de cause, la nature administrative de ce contrat se déduisant des clauses exorbitantes du droit commun qu'il comporte ;

Vu, enregistré le 26 octobre 2021, le mémoire produit par la société Alstom Transport SA, tendant à ce que la juridiction judiciaire soit déclarée compétente pour connaître de la procédure de passation de l'accord-cadre en cause, le contrat dont la procédure de passation est contestée n'étant pas un contrat administratif par détermination de la loi mais un contrat de droit privé selon les critères jurisprudentiels de droit commun ;

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;
Vu la loi du 24 mai 1872 ;
Vu le décret n° 2015-233 du 27 février 2015 ;
Vu le code de procédure civile ;
Vu l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ;
Vu l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 26 juin 2018, la RATP, établissement public à caractère industriel et commercial agissant en qualité de coordonnateur d'un groupement de commandes conclu avec SNCF Mobilités, établissement public à caractère industriel et commercial auquel a succédé le 1er janvier 2020 la société SNCF Voyageurs, a lancé une procédure négociée avec mise en concurrence préalable pour la passation d'un accord-cadre à bons de commande relatif à l'étude et la fourniture de matériels roulants à destination de la ligne B du RER. La société Alstom Transport, invitée à participer aux négociations et qui a remis une offre finale le 22 juin 2019, a assigné la RATP devant le président du tribunal judiciaire de Paris en demandant l'annulation de toutes les décisions se rapportant à la procédure de passation et qu'il soit enjoint à la RATP et à SNCF Voyageurs de se conformer à leurs obligations de publicité et de mise en concurrence. Par un jugement du 17 décembre 2020, le juge des référés précontractuels du tribunal judiciaire de Paris, après avoir écarté l'exception d'incompétence au profit du juge administratif, a adressé au groupement formé par la RATP et SNCF Voyageurs, s'il entendait poursuivre la procédure de passation, des injonctions relatives à la méthode d'analyse des offres et à l'information des candidats. Saisie d'un pourvoi de la RATP contre ce jugement, la Cour de cassation, estimant que ce litige soulevait une difficulté sérieuse, a saisi le Tribunal des conflits sur le fondement de l'article 35 du décret du 27 février 2015.

2. La passation et l'attribution des contrats passés en application du code de la commande publique sont susceptibles de donner lieu à une procédure de référé précontractuel qui, selon que le contrat revêtira un caractère administratif ou privé, doit être intentée devant le juge administratif ou devant le juge judiciaire. Il appartient au juge du référé précontractuel saisi de déterminer si, eu égard à la nature du contrat en cause, il l'a été à bon droit.

3. Aux termes de l'article 3 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, alors applicable : " Les marchés relevant de la présente ordonnance passés par des personnes publiques sont des contrats administratifs ".

4. Aux termes par ailleurs de l'article 28 de la même ordonnance : " I - Des groupements de commandes peuvent être constitués entre des acheteurs afin de passer conjointement un ou plusieurs marchés publics... / II. - La convention constitutive du groupement, signée par ses membres, définit les règles de fonctionnement du groupement. Elle peut confier à l'un ou plusieurs de ses membres la charge de mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du marché public au nom et pour le compte des autres membres. / ".

5. Dans le cadre d'un groupement de commandes constitué entre des acheteurs publics et des acheteurs privés en vue de passer chacun un ou plusieurs marchés publics et confiant à l'un d'entre eux le soin de conduire la procédure de passation, et où, l'un des acheteurs membres du groupement étant une personne publique, le marché qu'il est susceptible de conclure sera un contrat administratif par application de l'article 3 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, le juge du référé précontractuel compétent pour connaître de la procédure est le juge administratif, sans préjudice de la compétence du juge judiciaire pour connaître des litiges postérieurs à la conclusion de ceux de ces contrats qui revêtent un caractère de droit privé.

6. Le groupement mentionné au point 1, constitué en vue de la passation d'un marché par chaque membre du groupement, confié au coordonnateur du groupement le soin " de coordonner et organiser la passation du contrat (...) ". La RATP, membre de ce

groupement, est un établissement public et les marchés qu'elle est susceptible de conclure sont des contrats administratifs. Il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que le juge administratif est compétent pour connaître de la procédure de passation litigieuse.

7. Dès lors le présent litige ressortit à la compétence de la juridiction administrative.

Référence 6 : Conclusions du rapporteur public sur TC, 2 novembre 2020, Société Eveha

La communauté d'agglomération du Pays d'Aix a confié à la société publique locale d'aménagement (SPLA) Pays d'Aix territoires la réalisation d'une zone d'aménagement au lieu-dit La Burlière sur la commune de Trets, site archéologique connu depuis le XIXe siècle.

En raison de la superficie de la future ZAC et des connaissances scientifiques acquises sur ce site, le préfet de région a désigné l'Institut national d'archéologie préventive (INRAP) pour effectuer un diagnostic d'archéologie préventive qui a mis en évidence la présence, sur 7 de ses 23 hectares, de vestiges de différentes occupations à l'époque néolithique dont la conservation aurait été menacée par le projet d'aménagement.

Il a donc prescrit la réalisation de fouilles, que la SPLA a confiées à l'INRAP à l'issue de la procédure d'attribution conclue par un marché signé le 10 mars 2017. La société EVEHA, concurrente écartée par la SPLA, a saisi le tribunal administratif de Marseille en réclamant l'annulation du marché et l'indemnisation de son préjudice. Sa requête ayant été rejetée, elle a formé appel du jugement. La cour administrative d'appel soulève d'office un moyen tiré de l'incompétence des juridictions administratives et renvoie l'affaire devant vous en application de l'article 35 du décret du 27 février 2015.

Le litige porte sur un contrat entre une personne publique, l'INRAP, et une personne privée, la SPLA Pays d'Aix territoires. Car bien que leur capital soit entièrement public, les SPLA sont des sociétés anonymes régies par le Livre II du code de commerce. Créées par des collectivités territoriales ou par des groupements de collectivités territoriales, elles sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement et des études préalables. Leur cadre d'intervention est fixé par le code général des collectivités territoriales et par le code de l'urbanisme.

En l'absence de critère organique, il y a lieu d'examiner si le contrat passé entre deux entités, l'une publique l'autre privée, est administratif en raison de ses clauses ou de son objet.

Le contrat ne peut être administratif en raison de ses clauses. Soulignant que le contrat contient des stipulations qui reconnaissent à la SPLA le pouvoir exorbitant du droit commun de le résilier unilatéralement pour motif d'intérêt général, l'arrêt évoque la possibilité qu'une telle clause exorbitante en fasse un contrat administratif. Mais en l'espèce, l'inégalité bénéficie, non pas à la personne publique qu'est l'INRAP, mais à la SPLA personne privée. Or votre jurisprudence ne lie le caractère administratif du contrat à l'existence d'une clause exorbitante que lorsque la personne publique contractante est susceptible d'en tirer avantage, comme vous l'avez récemment jugé par votre arrêt du 13 octobre 2014, Société AXA France IARD.

En revanche le contrat est administratif en raison de son objet. Le contrat est relatif à l'exécution d'un service public.

Pour dire si les fouilles archéologiques constituent un service public, c'est-à-dire, comme l'a jugé le Conseil d'État dans l'arrêt

Époux Bertin, une activité assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public, une évocation du cadre juridique de l'archéologie préventive paraît nécessaire.

L'archéologie préventive a été conçue et mise en œuvre à partir des années 1970 afin de réduire la part des découvertes fortuites susceptibles de peser sur les opérations d'aménagement et d'urbanisme mais aussi sur les conditions dans lesquelles s'opère le recueil d'informations sur les vestiges archéologiques.

En signant et ratifiant la Convention de Malte du 16 janvier 1992 pour la protection du patrimoine archéologique, la France s'est engagée à accroître les moyens matériels de l'archéologie préventive en prenant toutes dispositions utiles pour que lors des grands travaux d'aménagement publics ou privés soit prévue la prise en charge complète du coût de toute opération archéologique nécessairement liée à ces travaux et en faisant figurer dans le budget de ces travaux, au même titre que les études d'impact environnemental ou d'aménagement du territoire, les études et prospections archéologiques préalables, les documents scientifiques de synthèse et la publication des découvertes.

Deux lois, des 17 janvier 2001 et 1er août 2003, sont à l'origine des dispositions du code du patrimoine qui régissent actuellement l'archéologie préventive. La première consacre l'archéologie préventive comme une activité de service public à caractère scientifique dont l'État est le garant. Pour la mettre en œuvre elle crée l'INRAP, auquel elle attribue l'exclusivité des diagnostics et des fouilles à la demande de l'État, éventuellement en association avec d'autres institutions de recherches archéologiques et des collectivités territoriales.

La seconde met fin à ce monopole en ouvrant les opérations de fouilles aux entreprises privées préalablement agréées à cet effet, mais continue de réserver les diagnostics à l'INRAP et aux collectivités territoriales.

Le code du patrimoine dispose donc que l'archéologie préventive relève de missions de service public et que « l'État veille à la conciliation des exigences respectives de la recherche scientifique, de la conservation du patrimoine et du développement économique et social ».

Ainsi, en amont des diagnostics et des fouilles, le préfet de région, assisté des services régionaux de l'archéologie et d'une commission interrégionale de la recherche archéologique, peut délimiter les zones géographiques dans lesquelles les projets d'aménagement sont présumés faire l'objet de prescriptions archéologiques avant toute réalisation. Ces décisions relèvent de ses missions de police administrative, tandis que les diagnostics et les fouilles sont des activités économiques comme l'a jugé le Conseil d'État.

C'est ensuite à l'aménageur d'assurer les opérations de fouilles pour l'ensemble du projet d'aménagement. Il assume donc la maîtrise d'ouvrage des fouilles elles-mêmes, ce qui lui permet de choisir l'opérateur : INRAP, service territorial d'archéologie ou entreprise privée. Mais lorsque aucun autre opérateur ne s'est porté candidat ou ne remplit les conditions pour réaliser les fouilles, l'INRAP est tenu d'y procéder.

L'État exerce, en application de l'article L. 522-1 du code du patrimoine une mission de contrôle et d'évaluation des opérations prescrites, incluant le pouvoir de mettre l'opérateur en demeure de se conformer aux instructions du service régional d'archéologie, dont le non-respect peut entraîner le retrait de l'autorisation des fouilles qui lui avait été délivré.

À l'issue des opérations, un rapport de fouilles est obligatoirement remis à l'État et à l'INRAP qui sont libres de les utiliser à des fins d'études et de diffusion scientifique. De même, les objets mobiliers provenant des opérations d'archéologie sont remis à l'État.

Il s'agit donc indiscutablement d'une mission de service public dont les conditions sont définies par un contrat conclu entre une personne privée et une personne publique. Par conséquent, ce contrat est un contrat administratif relevant de la compétence des juridictions administratives.

Il l'est aussi pour une autre raison tenant à son objet, la réalisation de travaux publics.

Vous avez jugé dans un arrêt Effimieff du 28 mars 1955 que la reconstruction d'immeubles appartenant à des particuliers par une personne publique à laquelle était assignée une mission de service public, constituait une opération de travail public.

En l'espèce, les travaux de fouille sont des opérations immobilières effectuées pour une société de droit privé par une personne publique, à laquelle est assignée une mission d'archéologie préventive qui, aux termes de l'article L. 522-1 du code du patrimoine, relève des missions de service public.

Cependant, les deux conditions étant cumulatives, si la SPLA Pays d'Aix territoires avait attribué les fouilles à la société EVEHA, en l'absence d'intervention d'une personne publique et malgré les fins d'intérêt général auxquelles répond l'archéologie préventive, l'objet du contrat n'aurait pu être une opération de travaux publics.

Vous avez en effet jugé dans votre arrêt du 11 décembre 2017, Commune de Cap-Breton que sauf stipulations ou conditions particulières « le titulaire d'une convention conclue avec une collectivité publique pour la réalisation d'une opération d'aménagement ne saurait être regardé comme un mandataire de cette collectivité ». Par conséquent, il ne pourrait être soutenu, en l'absence de ces conditions, qu'une SPLA contracte en tant que mandataire des collectivités territoriales qui l'ont constituée.

Par ces motifs, nous concluons que la contestation du contrat passé entre la SLPA Pays d'Aix territoires et l'INRAP relève de la compétence des juridictions administratives.

Référence 6 : TC, 2 novembre 2020 Société Eveha, n° 4196

Vu, enregistrée à son secrétariat le 19 juin 2020, l'expédition de l'arrêt du 15 juin 2020 par lequel la cour administrative d'appel de Marseille, saisie de la requête de la société Eveha demandant l'annulation du jugement du tribunal administratif de Marseille du 6 novembre 2018 ayant rejeté sa demande tendant à l'annulation du marché passé le 10 mars 2017 entre la société publique locale d'aménagement (SPLA) Pays d'Aix territoires et l'Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP) en vue de la réalisation des fouilles d'archéologie préventive préalables aux travaux de la zone d'aménagement concerté de la Burlière et à la condamnation de la société à lui verser une indemnité de 115 874 euros en réparation du préjudice résultant de son éviction du marché, a renvoyé au Tribunal, par application de l'article 35 du décret du 27 février 2015, le soin de décider sur la question de compétence ;

Vu, enregistré le 20 juillet 2020, le mémoire présenté pour l'Institut national de recherches archéologiques préventives

(INRAP), tendant à ce que la juridiction administrative soit déclarée compétente, par les motifs que le contrat en cause, passé entre une personne morale de droit privé et une personne morale de droit public, a pour objet l'exécution de fouilles archéologiques préventives qui relèvent directement de la mission de service public confiée à l'INRAP ; que le régime applicable à l'exécution des contrats de fouilles est exorbitant du droit commun ; que le contrat en cause, en se référant au cahier des clauses administratives générales des marchés publics de prestations intellectuelles, comporte des clauses exorbitantes du droit commun ; que les fouilles réalisées par l'établissement public dans le cadre de sa mission de service public présentent le caractère de travaux publics ;

Vu, enregistré le 28 août 2020, le mémoire présenté pour la société publique locale d'aménagement (SPLA) Pays d'Aix territoires, tendant à ce que la juridiction administrative soit déclarée compétente, par les motifs que le contrat, conclu entre une personne privée et une personne publique, a pour objet l'exécution même d'une mission de service public, que la personne privée contractante a agi pour le compte d'une personne publique et que le régime applicable au contrat justifie qu'il soit régi par le droit public ;

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;
Vu la loi du 24 mai 1872 ;
Vu le décret n° 2015-233 du 27 février 2015 ;
Vu le code du patrimoine ;
Vu le code de l'urbanisme ;
Vu la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 ;
Vu l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;

Considérant ce qui suit :

1. La communauté d'agglomération du Pays d'Aix a conclu, le 21 octobre 2010, avec la société publique locale d'aménagement (SPLA) Pays d'Aix territoires, qui revêt la forme d'une société anonyme en vertu de l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme, une concession d'aménagement destinée à la réalisation de la zone d'aménagement concerté de la Burlière, sur le territoire de la commune de Trets. Par un arrêté du 27 octobre 2015, le préfet de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur a prescrit la réalisation de fouilles d'archéologie préventive sur ce site. La SPLA Pays d'Aix territoires a engagé une procédure d'attribution du contrat de réalisation de ces fouilles. Après qu'une première procédure a été déclarée sans suite en raison de l'avis négatif émis par la direction régionale des affaires culturelles sur le projet scientifique du candidat retenu, une nouvelle procédure a été engagée le 21 octobre 2016 pour la passation de ce contrat. Par lettre du 8 février 2017, la SPLA Pays d'Aix territoires a notifié à la société Eveha le rejet de son offre, classée seconde, et l'a informée de l'attribution à l'Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP) du contrat, qui a été conclu le 10 mars 2017. La société Eveha a saisi le tribunal administratif de Marseille d'une demande relative à l'attribution de ce contrat. Par un jugement du 6 novembre 2018, le tribunal administratif a rejeté cette demande. Par un arrêt du 15 juin 2020, la cour administrative d'appel de Marseille, saisie en appel par la société Eveha, a renvoyé au Tribunal, par application de l'article 35 du décret du 27 février 2015, le soin de décider sur la question de compétence.

2. En vertu de l'article L. 521-1 du code du patrimoine, l'archéologie préventive " relève de missions de service public " et a pour objet " d'assurer, à terre et sous les eaux, dans les délais appropriés, la détection, la conservation ou la sauvegarde par l'étude scientifique des éléments du patrimoine archéologique affectés ou susceptibles d'être affectés par les travaux publics ou privés concourant à l'aménagement " ainsi que " l'interprétation et

la diffusion des résultats obtenus ". Il appartient à l'Etat, selon l'article L. 522-1 du même code, de veiller " à la cohérence et au bon fonctionnement du service public de l'archéologie préventive " et d'exercer " la maîtrise scientifique des opérations d'archéologie préventive ". En particulier, les dispositions de l'article L. 522-1 prévoient que l'Etat : " 1° Prescrit les mesures visant à la détection, à la conservation ou à la sauvegarde par l'étude scientifique du patrimoine archéologique ; / 2° Désigne le responsable scientifique de toute opération ; / 3° Assure le contrôle scientifique et technique et évalue ces opérations ; / 4° Est destinataire de l'ensemble des données scientifiques afférentes aux opérations ".

3. Aux termes de l'article L. 523-1 du code du patrimoine : " Sous réserve des cas prévus à l'article L. 523-4, les diagnostics d'archéologie préventive sont confiés à un établissement public national à caractère administratif qui les exécute conformément aux décisions délivrées et aux prescriptions imposées par l'Etat et sous la surveillance de ses représentants, en application des dispositions du présent livre. / L'établissement public réalise des fouilles d'archéologie préventive dans les conditions définies aux articles L. 523-8 à L. 523-10 (...) ". Cet établissement public administratif est, ainsi que l'indique l'article R. 545-24 du même code, l'Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP). Par ailleurs, l'article L. 523-4 du même code détermine les conditions dans lesquelles les services archéologiques qui dépendent d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales peuvent aussi établir des diagnostics d'archéologie préventive.

4. S'agissant des opérations de fouilles d'archéologie préventive, l'article L. 523-8 du même code dispose que : " L'Etat assure la maîtrise scientifique des opérations de fouilles d'archéologie préventive mentionnées à l'article L. 522-1. Leur réalisation incombe à la personne projetant d'exécuter les travaux ayant donné lieu à la prescription. Celle-ci fait appel, pour la mise en oeuvre des opérations de fouilles terrestres et subaquatiques, soit à l'établissement public mentionné à l'article L. 523-1, soit à un service archéologique territorial, soit, dès lors que sa compétence scientifique est garantie par un agrément délivré par l'Etat, à toute autre personne de droit public ou privé. / Lorsque la personne projetant d'exécuter les travaux est une personne privée, l'opérateur de fouilles ne peut être contrôlé, directement ou indirectement, ni par cette personne ni par l'un de ses actionnaires (...) ". En vertu de l'article L. 523-8-1 du même code, l'agrément pour la réalisation de fouilles, prévu pour les personnes visées à l'article L. 523-8 autres que l'établissement public ou les services territoriaux, est délivré par l'Etat pour cinq ans. Selon l'article L. 523-9 du même code, " I. - Lorsqu'une prescription de fouilles est notifiée à la personne qui projette d'exécuter les travaux, celle-ci sollicite les offres d'un ou plusieurs opérateurs mentionnés au premier alinéa de l'article L. 523-8. La prescription de fouilles est assortie d'un cahier des charges scientifique dont le contenu est fixé par voie réglementaire / (...) Préalablement au choix de l'opérateur par la personne projetant d'exécuter les travaux, celle-ci transmet à l'Etat l'ensemble des offres recevables au titre de la consultation. L'Etat procède à la vérification de leur conformité aux prescriptions de fouilles édictées en application de l'article L. 522-2, évalue le volet scientifique et s'assure de l'adéquation entre les projets et les moyens prévus par l'opérateur. / II. - Le contrat passé entre la personne projetant d'exécuter les travaux et la personne chargée de la réalisation des fouilles rappelle le prix et les moyens techniques et humains mis en oeuvre et fixe les délais de réalisation de ces fouilles, ainsi que les indemnités dues en cas de dépassement de ces délais. Le projet scientifique d'intervention est une partie intégrante du contrat. La mise en oeuvre du contrat est subordonnée à la délivrance de l'autorisation de fouilles par l'Etat. / L'opérateur exécute les fouilles conformément aux

décisions prises et aux prescriptions imposées par l'État et sous la surveillance de ses représentants, en application des dispositions du présent livre. / (...) ". En vertu de l'article L. 523-10 du même code, lorsque aucun autre opérateur ne s'est porté candidat ou ne remplit les conditions pour réaliser les fouilles, l'INRAP est tenu d'y procéder à la demande de la personne projetant d'exécuter les travaux.

5. Si un contrat passé entre une personne publique et une personne privée qui comporte une clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs, est un contrat administratif, la circonstance que le contrat litigieux, passé entre la SPLA Pays d'Aix territoires et l'INRAP, comporte des clauses conférant à la SPLA des prérogatives particulières, notamment le pouvoir de résilier unilatéralement le contrat pour motif d'intérêt général, n'est pas de nature à faire regarder ce contrat comme administratif, dès lors que les prérogatives en cause sont reconnues à la personne privée contractante et non à la personne publique.

6. Toutefois, il résulte des dispositions précédemment citées que le législateur a entendu créer un service public de l'archéologie préventive et a notamment, dans ce cadre, chargé l'INRAP de réaliser des diagnostics d'archéologie préventive et d'effectuer, dans les conditions prévues par le code du patrimoine, des fouilles. Il suit de là que le contrat par lequel la personne projetant d'exécuter les travaux qui ont donné lieu à la prescription, par l'Etat, de réaliser des fouilles d'archéologie préventive confié à l'INRAP, établissement public, le soin de réaliser ces opérations de fouilles a pour objet l'exécution même de la mission de service public de l'archéologie préventive et que ces opérations de fouilles, dès lors qu'elles sont effectuées par cet établissement public dans le cadre de cette mission de service public, présentent le caractère de travaux publics.

7. Il résulte de ce qui précède que le litige relève de la compétence de la juridiction administrative.

Référence 8 : Conclusions sur CE, 20 juillet 2022, ONF, n°457616

Le pourvoi qui vient d'être appelé vous conduit sur l'île de La Réunion et, en son sein, dans la forêt domaniale littorale située sur le territoire de la commune de Saint-Philippe. La gestion de cette forêt est concédée par l'Etat à l'Office national des forêts (ONF) en application d'un décret du 10 mars 1967.

Il va vous permettre de vous prononcer sur l'ordre de juridiction compétent pour régler un litige relatif à un contrat signé entre l'ONF et un requérant occupant - ou censé occuper - d'une parcelle de cette forêt, question que vous avez peu rencontrée, alors que le nombre de concessions de ce type n'est pas négligeable : à La Réunion, un certain nombre d'occupations irrégulières du domaine forestier ont, en effet, trouvé un règlement via la signature de concessions, qui d'après les chiffres de l'ONF, seraient au nombre de 1 100 dont 316 à des fins d'habitation.

1. Par une convention conclue en 2014, l'ONF a autorisé M. F... à occuper un terrain d'une superficie de 900 m². Cette convention était conclue pour une durée de neuf ans et mettait à la charge de l'occupant une redevance annuelle de 396 euros. Mais moins de trois ans après sa signature, par une lettre du 4 octobre 2016, le directeur régional de l'ONF l'a résiliée, au motif que M. F... ne résidait plus sur le terrain concédé.

Après le rejet implicite de ses recours gracieux, celui-ci a saisi le tribunal administratif de La Réunion, qui a regardé sa demande comme contestant la validité de la mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles, et l'a rejetée. La cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté son appel et M. F... se pourvoit en cassation.

Le TA comme la CAA ont considéré que la juridiction administrative était compétente pour connaître de ce litige et c'est le point qui nous a conduit à vous soumettre cette affaire, pour vous proposer de retenir la solution inverse.

2. Le domaine concerné, à savoir un bois d'une personne publique relevant du régime forestier de l'Etat, appartient au domaine privé, ainsi que le jugeait déjà le TC (25 juin 1973, ONF, n° 1979, au Recueil p. 847) et ainsi que le retient désormais le code général de la propriété des personnes publiques en son article L. 2212-1.

Dans ses conclusions sur la décision Société Bowling du Hainaut et Société Bowling de Saint-Amand-les-Eaux (CE, 15 mars 2017, n° 393407, aux Tables), Romain Victor dresse un panorama de la jurisprudence relative à la ligne de partage applicable pour déterminer la compétence entre les deux ordres de juridiction en matière de domaine privé, en rappelant habilement qu'elle a été « fluctuante et reste délicate à tracer ». Ainsi, relève traditionnellement de la compétence de la juridiction administrative les recours dirigés contre des délibérations de conseils municipaux décidant la cession d'un bien du domaine privé, autorisant l'acquisition d'un bien destiné à faire partie du domaine privé, refusant de vendre une parcelle du domaine privé à un requérant ou autorisant la conclusion d'un bail emphytéotique, constitutif de droits réels immobiliers.

« Au fil des ans – relève-t-il - vous aviez toutefois étendu le champ de compétence de l'ordre administratif en vous reconnaissant compétent pour connaître, indépendamment d'actes de disposition, de simples actes de gestion du domaine privé », en se référant à la décision Commune de Pontoy du 5 décembre 2005 (CE, n° 270948).

« Sans nécessairement régler toutes les questions », la décision du Tribunal des Conflits SARL Brasserie du Théâtre c/ Commune de Reims du 22 novembre 2010 (n° 3764, au Recueil), est venue « remettre un peu d'ordre en abandonnant la décision Commune de Pontoy tout en maintenant le surplus de votre jurisprudence attribuant compétence au juge administratif pour connaître de tous les actes de disposition ».

Cette décision retient, en effet, que ressortit à la compétence de la juridiction judiciaire la contestation par une personne privée de l'acte, délibération ou décision du maire, par lequel une commune ou son représentant gestionnaire du domaine privé initie avec cette personne, conduit ou termine une relation contractuelle, quelle qu'en soit la forme, dont l'objet est la valorisation ou la protection de ce domaine et qui n'affecte ni son périmètre, ni sa consistance, dès lors qu'une telle contestation ne met en cause que des rapports de droit privé.

Mais elle rappelle aussi, dans la lignée classique de la jurisprudence Société des granits porphyroïdes des Vosges de 1912, que le juge administratif est compétent lorsque la convention d'occupation litigieuse comporte une ou plusieurs clauses exorbitantes du droit commun. La qualification d'une telle clause a parfois été regardée avec une certaine circonspection à ce pupitre, car elle comporte la difficulté d'un contenu variable selon les évolutions du droit privé lui-même : s'il y a exorbitance, c'est qu'il y a ailleurs une référence à laquelle on déroge en quelque sorte, et cette référence est évolutive.

La grille en quatre points dessinée par le Professeur André de Laubadère demeure instructive. La clause exorbitante peut soit résulter de certaines références inscrites par les Conclusions Pdt Dacosta sur la décision ONF du 19 novembre 2010, n° 331837, au Recueil, parties dans le contrat, soit correspondre fréquemment à celle de prérogative exorbitante, soit être une clause impossible en droit privé ou seulement inhabituelle, soit enfin portant la « marque » du droit public, du fait de son contenu ou de son but.

Alors que dans ses conclusions sur la décision Société granits porphyroïdes des Vosges, Léon Blum indique que « quand il s'agit de contrat, il faut rechercher, non pas en vue de quel objet ce contrat est passé, mais ce qu'est ce contrat de par sa nature même », plus d'un siècle après, la définition laisse aujourd'hui une part importante à l'aspect finaliste : depuis la décision du TC du 13 octobre 2014, Axa France Iard (n° 3963, au Recueil), une telle clause est celle « qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs ». Ce qui résonne un peu comme une tautologie est ainsi justifié par un souci d'intérêt général.

Cette définition a ainsi conduit le Tribunal des conflits à juger que la circonstance qu'un contrat, passé entre une personne privée et une personne publique, comporte des clauses conférant à la personne privée des prérogatives particulières, notamment le pouvoir de résilier unilatéralement le contrat pour motif d'intérêt général, n'est pas de nature à faire regarder ce contrat comme administratif, dès lors que les prérogatives en cause sont reconnues à la personne privée contractante et non à la personne publique (TC, 2 novembre 2020, Société Eveha, n° 4196).

Et une seule clause de ce type suffit à conférer au contrat un caractère administratif. Vous avez déjà rencontré cette question à deux reprises s'agissant précisément de convention d'occupation forestière et ce, déjà à La Réunion : en 2010 (19 novembre 2010, n° 331837, au Recueil) nous y reviendrons, et en 2017 (29 mars 2017, n° 403257, aux Tables sur un autre point). Cette seconde décision, que nous évoquons parce qu'elles sont rares sur le sujet, n'apporte toutefois pas d'élément déterminant pour ce qui nous intéresse aujourd'hui : il s'agissait, en effet, d'un pourvoi en cassation contre une décision rendue en référé « mesures utiles » (L. 521-3 du CJA), portant sur une convention d'occupation du domaine privé de l'Etat dans la forêt de Sainte-Rose pour l'exploitation d'un établissement de restauration. Ce litige n'était pas manifestement in-susceptible de se rattacher à la compétence du juge administratif, comme l'indiquait Benoît Bonhert dans ses conclusions « au sens où l'entend votre décision M. P... du 22 octobre 2010 (n° 335051, au Recueil) », ce qui suffisait à justifier l'intervention du juge des référés.

3. En l'espèce, la cour s'est bien référée à la jurisprudence Brasserie du théâtre précitée et a estimé être en présence de plusieurs clauses exorbitantes du droit commun. Le pourvoi critique cette appréciation pour chacune des quatre clauses ainsi mises en exergue. Avant de les examiner, précisons que le contrôle que vous exercez revêt une certaine spécificité. C'est, en effet, sous l'angle de l'erreur de droit que vous vous prononcez s'agissant d'une question de compétence d'un ordre de juridiction (voir par ex. : 1er mars 2000, Commune de Morestel, n° 192790, aux Tables ; 19 novembre 2010, ONF c/ Girard-M..., n° 331837, au Recueil).

Dans ses conclusions sur cette dernière décision, le Président Dacosta souligne que vous examinez directement en cassation le contenu du contrat et que c'est au vu de votre propre interprétation des clauses que vous déterminez si les juges du fond ont commis ou non une erreur de droit sur la compétence, tout en

n'omettant pas de relever que vous aviez déjà constaté une absence de dénaturation (12 décembre 2003, Commune du Lamentin, n° 256561, aux Tables).

La lecture de la décision ONF de 2010 témoigne de ce que vous avez retenu un contrôle particulier, en trois temps :

- vous avez analysé d'abord directement le contenu des clauses, sans vous référer aux énonciations de l'arrêt, étant précisé que vous avez vérifié, in fine, pour répondre aux moyens, si aucune dénaturation de la portée des clauses n'avait été commise,
- vous opérez ensuite un contrôle de la qualification de clause exorbitante apportée par les juges du fond,
- puis vous contrôlez l'erreur de droit qui en résulte éventuellement sur l'ordre de juridiction compétent, mais cette dernière étape découle très directement de l'étape précédente.

Ceci étant précisé, il faut, au stade de la cassation, répondre aux moyens du pourvoi, qui ciblent non pas toutes les clauses, mais les quatre clauses retenues par la cour comme ayant un caractère exorbitant.

La clause retenue à titre principal par la cour – qui a cru nécessaire d'ajouter par un « au surplus » l'existence d'autres clauses exorbitantes – porte sur l'article 8 de la convention, relatif à la résiliation unilatérale. La cour a relevé qu'elle autorisait notamment l'ONF, en l'absence de tout manquement commis par l'occupant à ses obligations contractuelles, à prononcer de plein droit la résiliation du contrat en cas de remise du terrain au service des domaines dans le cadre d'une procédure foncière engagée par l'ONF, l'État et la commune concernant les terrains concédés situés en zone constructible, dès signature du contrat de vente.

Pourtant, votre décision Commune de Lamentin (12 décembre 2003, n° 256561, aux Tables) n'a pas regardé une clause de résiliation unilatérale comme exorbitante, y compris en l'absence de manquement aux obligations contractuelles. Et le Tribunal des conflits a ensuite expressément jugé qu'une clause permettant au propriétaire de reprendre la jouissance de l'immeuble à tout moment et pour tout motif, sans indemnité, ne constituait pas nécessairement une clause exorbitante du droit commun (TC, 20 février 2008, V..., n° 3623, aux Tables sur ce point).

Or, la résiliation de plein droit prévue à l'article 8 correspond à trois hypothèses : le manquement par le concessionnaire à une obligation contractuelle, la remise du terrain au service des domaines, le décès du concessionnaire. L'hypothèse retenue par la cour de l'absence de manquement aux obligations contractuelles correspond à l'un de ces trois cas, à savoir une remise du terrain au service des domaines dans le cadre de la procédure foncière engagée par l'ONF, l'État et la commune concernant les terrains concédés situés en zone constructible, dès signature du contrat de vente. Autrement dit, cette résiliation ne peut s'exercer qu'en cas de changement de propriétaire. Elle ne peut ainsi pas être mobilisée en cas de projet de mise en valeur de la parcelle qui serait souhaitée par l'ONF. Il s'agit dans cette hypothèse de vendre la parcelle boisée, mais située en zone constructible, en vue de la réalisation d'une opération de promotion immobilière.

Cela ne nous paraît pas exorbitant du droit commun.

Elle ressemble ainsi fortement à une hypothèse que vous avez eu à connaître avec votre décision ONF de 2010, dans laquelle vous avez exclu le caractère exorbitant pour une clause au contenu similaire.

Certes, ainsi que le souligne le mémoire en défense, le préavis de la résiliation est ici plus court que dans certains précédents (TC V... précitée et avant elle, TC 15 janvier 1979, X...n° 02109, Rec.

p. 665) mais cela n'est pas le critère déterminant de ces jurisprudences et ne nous semble pas devoir rétroagir sur l'analyse de l'objet de la clause, qui n'est pas la poursuite d'un intérêt général mais une étape nécessaire dans une procédure de vente.

Cette première clause ne constitue ainsi pas, selon nous, une clause exorbitante.

Les deux clauses suivantes, figurant à l'article 2 de la convention, portent, d'une part, sur l'obligation de maintenir la parcelle en bon état, faute de quoi l'ONF est en droit de faire exécuter aux frais du concessionnaire les travaux nécessaires, d'autre part, sur la possibilité pour ses agents de contrôler la bonne exécution de la convention.

La première constitue le pendant d'obligations qui s'imposent classiquement au preneur d'un bail, tenu de conserver la chose louée dans l'état dans lequel il l'a trouvée. Des clauses exigeant de maintenir le bien en bon état et de faire supporter à l'occupant d'éventuels frais de remise en état se rencontrent dans les baux de droit privé. Et la possibilité de faire exécuter les travaux aux frais du débiteur d'une obligation est prévue quant à elle à l'article 1222 du code civil.

Nous nous sommes davantage interrogée sur les clauses liées au pouvoir de contrôle des agents de l'ONF. De façon générale, les précédents jurisprudentiels portent sur le contrôle des pièces comptables relatives à l'activité exercée par le concessionnaire et tout dépend en réalité de leur objet et de leur intensité :

- soit elles ont pour seul but un contrôle léger, par exemple permettre au gestionnaire du domaine de s'assurer que le montant des redevances versées correspond à celui qui est prévu au contrat, dans l'hypothèse où le contrat prévoit le versement de sommes en proportion du chiffre d'affaires réalisé par l'occupant (voir en ce sens pour le contrôle comptable d'une buvette par l'ONF : Cass., 3e civ., 13 mars 2002, n° 00-18.218, Bull.civ.II) : dans ce cas, la clause n'a pas de caractère exorbitant,

- soit il s'agit d'un véritable contrôle de la comptabilité traduisant un droit de regard sur la gestion de l'exploitant, qui confère un caractère exorbitant à la clause, comme vous l'avez retenu avec la décision ONF de 2010.

En l'espèce, la clause permet aux agents de l'ONF de contrôler la bonne exécution de la convention, sans plus de précision. Nous l'interprétons comme leur permettant de veiller à ce que l'objet de la concession – une résidence – soit bien respecté et, à vrai dire, nous ne voyons pas bien ce qui pourrait être contrôlé de façon plus « intrusive » pour un tel objet, contrairement à l'hypothèse d'une activité commerciale.

Ces clauses de l'article 2 ne nous paraissent donc pas non plus relever de la qualification de clause exorbitante.

Enfin, la quatrième clause concerne, en vertu de l'article 3, l'interdiction de procéder à l'abattage, la coupe, l'élagage ou la plantation d'arbres sur la parcelle sans l'accord préalable de l'ONF. Elle prévoit également qu'en cas d'accord, les travaux concernés demeureront à la charge de l'occupant.

Ce type de clause peut, en théorie, correspondre à deux objectifs différents : soit valoriser au mieux le domaine et en tirer le plus grand profit, soit préserver le domaine forestier au sens de l'article L. 121-3 du code forestier, ce qui correspondrait alors à un but d'intérêt général dépassant l'intérêt de l'ONF. Le code forestier³ contient d'ailleurs des dispositions pénales qui répriment les coupes abusives pour assurer la protection de cet intérêt général.

Mais, dans les baux de droit privé, le preneur ne peut pas modifier comme il l'entend la substance du bien pris à bail, et il est permis de douter qu'un locataire aurait le droit, à l'insu du bailleur, de couper les arbres de la parcelle qu'il loue. De manière générale, et ainsi que le retient la jurisprudence judiciaire, le preneur doit rendre la chose louée dans l'état dans laquelle on la lui a donnée, en la restituant sans modification.

En l'espèce, ce n'est pas la composante d'intérêt général qui prédomine à la lecture de la convention, l'objectif étant, ainsi que l'indique l'article 2, de veiller à la préservation du patrimoine forestier.

Nous relevons, à titre confortatif, d'une part que le terrain litigieux est en grande partie déboisé et n'apparaît pas comme un enjeu en termes de biodiversité, d'autre part, que la lettre de résiliation mentionne qu'il sera prochainement mis en vente, ce qui témoigne au moins d'un intérêt distendu à son égard.

Au total, nous pensons donc qu'aucune des clauses relevées par la cour ne justifiaient de déceler un caractère exorbitant de droit commun, avec les conséquences qui s'y attachent. Elles visent à garantir les intérêts domaniaux de l'Etat, en régissant les conditions de vente et d'entretien de son domaine privé.

Compte tenu de l'appréciation au moins pour partie téléologique de ces clauses, il ne nous semble pas qu'un intérêt général justifie qu'un régime exorbitant de droit commun soit appliqué au regard de l'objet de ces conventions et du cadre qu'elles déterminent.

Nous vous proposons donc d'annuler l'arrêt pour erreur de qualification juridique sur ces clauses et, partant, erreur de droit sur l'ordre de juridiction compétent. Si vous ne nous suiviez pas, ne serait-ce que sur une seule des quatre clauses, ceci suffirait, comme nous l'avons dit, à valider le raisonnement de la cour sur la compétence du juge administratif en regardant, le cas échéant, comme inopérants, les moyens relatifs aux motifs de l'arrêt portant sur les autres clauses que vous estimeriez non exorbitantes, puisque l'arrêt retient des motifs surabondants. Nous relevons, à cet égard, que le Président Dacosta suggérait, dans ses conclusions sur la décision ONF de 2010, d'appliquer la solution dégagée, en matière d'excès de pouvoir, par votre décision de Section Commune de Barcarès (22 avril 2005), c'est-à-dire, puisque l'existence d'une clause exorbitante suffit à fonder la compétence du juge administratif, censurer les motifs erronés sur les autres clauses tout en confirmant la solution. Une rédaction exhaustive de ce type n'a toutefois pas été retenue par la décision ONF de 2010, malgré l'intérêt que pourrait avoir une telle motivation plus précise, pour ne pas laisser subsister un motif erroné retenu par les juges du fond, y compris s'agissant d'une question de compétence.

Nous précisons enfin brièvement – si vous deviez regarder le juge administratif compétent – que les autres moyens nous paraissent infondés :

- l'arrêt est suffisamment motivé, contrairement à ce qui est soutenu ;

- la cour n'a pas dénaturé les faits en estimant que le requérant n'occupait plus les lieux, au regard des pièces du dossier qui lui étaient soumises et sont particulièrement légères (une photographie produite par l'ONF d'une part, une facture d'achat de fournitures d'aménagement produite par M. F... d'autre part, et il n'y a donc nulle erreur grossière à avoir statué comme la cour l'a fait)

- enfin, elle n'a ni dénaturé les faits ni commis d'erreur de droit en jugeant que la résiliation pouvait intervenir au seul motif que la parcelle ne servait plus à l'habitation principale, puisque l'article 1er de la convention prévoit que le concessionnaire doit habiter

effectivement et personnellement sur le terrain et que l'article 8 autorise la résiliation en cas de méconnaissance de cette obligation.

Mais, si vous nous suivez pour annuler l'arrêt, vous réglerez alors l'affaire au fond, en annulant le jugement du TA et en rejetant la demande du requérant comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître, étant précisé qu'aucune autre clause du contrat ne renverse cette appréciation. Si tel n'avait pas été le cas, le contrôle particulier visant, in fine, à définir la compétence du juge, vous aurait conduit, au stade du règlement au fond, voire à celui de la cassation, à relever d'office le moyen tiré de ce qu'une autre clause présente le caractère de clause exorbitante.

Vous pourrez enfin rejeter, dans les circonstances de l'espèce, les conclusions des parties tendant à l'application de l'article L. 761-1 du CJA. Tel est le sens de nos conclusions.

Référence 9 : CE, 20 juillet 2022, ONF, n° 457616

Vu la procédure suivante :

M. B... A... C... a demandé au tribunal administratif de La Réunion d'annuler la décision du 4 octobre 2016 par laquelle le directeur régional de l'Office national des forêts (ONF) a prononcé la résiliation de la convention du 17 février 2014 par laquelle il avait été autorisé à occuper un terrain de 900 m² cadastré AY 0248, situé dans la forêt domaniale littorale de Saint-Philippe, pour une durée de 9 ans à compter du 1er janvier 2014. Par un jugement n° 1700273 du 6 juin 2019, le tribunal administratif de La Réunion a rejeté sa demande.

Par un arrêt n° 19BX03044 du 16 juillet 2021, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel formé par M. A... C... contre ce jugement.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 18 octobre 2021 et 19 janvier 2022 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, M. A... C... demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son appel ;

3°) de mettre à la charge de l'Office national des forêts la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu :

- le code forestier ;

- le code général de la propriété des personnes publiques ;

- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par une convention du 17 février 2014, l'Office national des forêts (ONF) a autorisé M. A... C... à occuper, pour une durée de neuf ans à compter du 1er janvier 2014, un terrain situé sur le territoire de la commune de Saint-Philippe à La Réunion afin d'y établir son habitation principale. Par lettre du 4 octobre 2016, le directeur régional de l'ONF a toutefois résilié cette convention au motif que M. A... C... n'habitait pas le terrain concédé. Après rejet implicite

de ses recours gracieux adressés au préfet de La Réunion et au directeur régional de l'ONF, M. A... C... a saisi le tribunal administratif de La Réunion d'une demande tendant à l'annulation de la décision de résiliation de la convention. Par un jugement du 6 juin 2019, ce tribunal a rejeté sa demande, regardée comme contestant la validité de la mesure de résiliation du 4 octobre 2016 et tendant à la reprise des relations contractuelles. Par l'arrêt attaqué du 16 juillet 2021, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel formé par M. A... C... contre ce jugement.

2. La contestation par une personne privée de l'acte par lequel une personne publique, gestionnaire du domaine privé, initie avec cette personne privée, conduit ou termine une relation contractuelle, quelle qu'en soit la forme, dont l'objet est la valorisation ou la protection de ce domaine et qui n'affecte ni son périmètre ni sa consistance, ne met en cause que des rapports de droit privé et relève donc de la compétence du juge judiciaire. Le juge administratif est toutefois compétent lorsque le contrat litigieux comporte une clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs.

3. Pour juger que le contrat en litige comprenait des clauses impliquant qu'il relève du régime des contrats administratifs, et en déduire que le contentieux relatif à sa résiliation relevait de la compétence du juge administratif, la cour administrative d'appel de Bordeaux s'est fondée, en premier lieu, sur les stipulations de son article 8, permettant à l'ONF de résilier le contrat sans indemnité ni préavis dans le cas où il déciderait d'engager une procédure de cession de cette parcelle, en deuxième lieu, sur celles de son article 2 prévoyant la possibilité pour l'ONF, d'une part, de faire réaliser des travaux de remise en état du terrain aux frais du concessionnaire et, d'autre part, habilitant ses agents à contrôler la bonne exécution par l'intéressé des obligations lui incombant et, en troisième lieu, sur les stipulations de l'article 3 de la convention, lequel interdisait au concessionnaire d'élaguer, d'abattre ou d'enlever un arbre sans l'accord écrit de l'ONF, autorisant l'établissement public à procéder à des coupes d'arbres sur le terrain et soumettait la plantation d'arbres à autorisation écrite de l'Office. Aucune de ces clauses ne justifie toutefois que, dans l'intérêt général, cette convention relève du régime exorbitant des contrats administratifs. Dès lors, en statuant comme elle l'a fait, la cour administrative d'appel de Bordeaux a inexactement qualifié ces stipulations de la convention conclue entre l'ONF et M. A... C... et commis une erreur de droit en retenant la compétence de la juridiction administrative. Il s'ensuit que le requérant est fondé, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens du pourvoi, à demander l'annulation de l'arrêt qu'il attaque.

4. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

5. Il résulte de ce qui a été dit au point 3 et de l'absence d'autre clause justifiant que, dans l'intérêt général, la convention en litige relève du régime exorbitant des contrats administratifs, que la contestation de la résiliation de cette convention ressortit à la compétence du juge judiciaire.

6. Il résulte de ce qui précède que c'est à tort que le tribunal administratif de La Réunion, s'est estimé compétent pour connaître de la demande de M. A... C... Par suite, il y a lieu, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens de la requête d'appel, d'annuler le jugement attaqué et, statuant par la voie de l'évocation, de rejeter la demande de M. A... C... comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître.