

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

BIBLIOGRAPHIE

- Sur les sources

- DELVOLVE (P.), « Constitution et contrats publics », *Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 469.
GAUDEMET (Y.), « Le contrat administratif, un contrat hors-la-loi », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17 (en ligne sur le site du Conseil).
MARCUS (L.), *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouv. bibl. des thèses, 2010.
MARTIN (J.), *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, thèse droit Paris-2, 2008.
ODENT (R.), *Contentieux administratif*, tome n°1, Dalloz 2007, p 10 et s.
WALINE (M.), « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'Etat », in *Etudes juridiques offertes à L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE*, Dalloz, 1964, pp. 634-645.

- Sur l'identification du contrat administratif

- BRUNET (P.), « Le conflit des qualifications : le cas des actes réglementaires en forme de conventions », *Revue des contrats*, 2005/2, p. 434.
DANTONEL-COR (N.), « Le critère de la clause exorbitante : un Janus à double visage », *JCP A* 2008, n° 2047.
DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.), ODINET (G.), « Fin du splendide isolement : l'abandon de la jurisprudence Peyrot », *AJDA* 2015, chron. p. 1204.
FATÔME (E.), « A propos des contrats administratifs recueillis et poursuivis par des personnes privées », *Mélanges JEGOUZO*, Dalloz, 2009, p. 455.
FLOGAÏTIS (S.), « Contrat et acte administratif unilatéral », *L'Etat de droit, mélanges en l'honneur de G. BRAIBANT*, p. 229.
LAUBADÈRE (A. de), « Administration et contrat », *Mélanges BRETHE de la GRESSAYE*, 1960, p. 453.
MOLLION (G.), « La théorie de l'accessoire dans les contrats publics », *Contrats-Marchés publics*, 2009, n°8-9, pp. 9-14.
MOREAU (J.), « La naissance de la clause exorbitante du droit commun comme critère du contrat administratif », *Mélanges F. BURDEAU*, Litec, 2008, p. 197.
ROMI (R.), « La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux, Archaïsme paradoxal ou technique d'avenir ? », *AJDA* 1989 pp. 9-14.

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, 6 juillet 2020, Société Huet Location c/ Cité de la musique
Référence 4 : TC, 6 juillet 2020 Société Huet Location c/ Cité de la musique, n°4191
Référence 5 : Conclusions du rapporteur public sur TC, 2 novembre 2020, Société Eveha
Référence 6 : TC, 2 novembre 2020 Société Eveha, n°4196

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. Poil Dans la Main, 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 déferé 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 déferé : 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

Des observations, enregistrées le 22 mars 2019, ont été présentées par le Centre national du cinéma et de l'image animée.

Des observations, enregistrées le 10 avril 2019, ont été présentées par la commune de Mont-de-Marsan.

Des observations, enregistrées le 15 avril 2019, ont été présentées par la société " Le Club ".

La demande d'avis a été communiquée au ministre de l'intérieur, à l'association " Un Marsan autrement " et à Mme B...A..., qui n'ont pas produit de mémoire.

Vu les autres pièces du dossier ;

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.

5. Le présent avis sera notifié à la cour administrative d'appel de Bordeaux, au ministre de l'intérieur, à la commune de Mont-de-Marsan, à la société Le Club, à la société par actions simplifiée Royal Cinéma, à M. C...D..., à Mme B...A..., à l'association " Un Marsan autrement " et à la présidente du Centre national du cinéma et de l'image animée.

Il sera publié au journal officiel de la République française.

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur TC, 6 juillet 2020, Société Huet location c/ Cité de la musique, n°4191

Replacée dans le contexte de sa jurisprudence, comparée à la vôtre, et lue à la lumière des conclusions de son rapporteur public (G. Pellissier), la difficulté sérieuse sur laquelle se fonde la décision de renvoi du conseil d'État paraît moins porter sur la juridiction compétente au cas d'espèce, qui fait peu de doute, que sur les indices de l'association transparente, et sur leur révision éventuelle.

Les demandes de la société Huet Location sont dirigées contre l'établissement public de la Cité de la musique – Philharmonie de Paris, institué par le décret n°2015-1178 du 24 septembre 2015.

Mais elles le sont au titre des droits et obligations transmis à cet établissement par l'association dénommée Philharmonie de Paris, à la dissolution de cette dernière (art. 31 du décret). Cette association régie par la loi du 1er juillet 1901, a été créée au début de l'année 2011 entre l'Etat et la ville de Paris (auxquelles se sont ajoutées au moins deux personnes physiques) pour assurer la maîtrise d'ouvrage de la construction de la Philharmonie dans le parc de la Villette et son exploitation. Elle a signé avec un groupement d'entreprises un marché de travaux pour la construction, la maintenance et l'entretien du bâtiment. C'est elle qui devait payer les sommes dues à la société Huet Location en tant que sous-traitante de l'une des sociétés du groupement d'entreprises.

Ce schéma de paiement correspond, dans le cadre d'une sous-traitance de droit commun, à la délégation par l'entrepreneur au maître de l'ouvrage du paiement des sommes dues au sous-traitant, comme le prévoit l'article 14 de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, ou bien, dans le cas d'un marché public ou d'un marché passé par une entreprise publique qui n'est pas un acheteur soumis au code de la commande public, au paiement direct par le maître d'ouvrage du sous-traitant qu'il a accepté, en application, respectivement, de l'article L. 2193-11 du code de la commande publique ou de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975. La société a saisi le tribunal administratif de Paris puis la cour administrative d'appel de Paris afin d'obtenir le paiement des sommes qu'elle estime lui rester dues.

1 L'établissement a également reçu, par l'art. 30 du décret, dévolution des biens, droits et obligations de l'établissement public de la Cité de la musique, institué par le décret n°95-1300 du 19 décembre 1995.

Vous jugez que « l'action en paiement direct introduite par la société sous-traitante à l'encontre du maître de l'ouvrage, qui l'a acceptée, relève de la compétence de la juridiction judiciaire » lorsque le marché principal est un contrat de droit privé (TC, 20 juin 2005, société Interface, n° 3440, p. 663) et ressortit à celle du juge administratif lorsqu'il s'agit d'un marché public (TC, 2 juin 2008, société Aravis enrobage, n° 3642, p. 554).

En l'espèce, le marché de travaux a été conclu, formellement, entre des personnes privées : l'association Philharmonie de Paris et le groupement d'entreprises. Pour sa qualification comme contrat administratif manque donc en principe le critère organique normalement requis pour cette qualification (par exemple : TC 15 octobre 2012 imprimerie Chirat, n°3868, T. 612, 619, 652, 840).

Cependant, le contrat conclu par une association avec une autre personne privée peut également revêtir un caractère administratif si l'association a agi en qualité de mandataire d'une personne publique ou si elle est regardée comme transparente.

Sur ce dernier point, la motivation de la décision de renvoi du Conseil d'Etat est très explicite sur la question qui naît dans cette affaire du raisonnement suivi par la cour administrative d'appel de Paris pour apprécier le caractère éventuellement transparent de l'association, au regard des différences qui apparaissent dans la formulation de votre jurisprudence par rapport à celle du Conseil d'Etat.

Le conseil d'Etat juge (21 mars 2007, commune de Boulogne-Billancourt, n°281796, p. 130) que « lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle

l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme « transparente » et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs ».

Cette décision consacre une appellation n'apparaissant jusque-là que dans les résumés du recueil Lebon et les commentaires de la doctrine, pour une association d'un type pathologique dont la jurisprudence avait déjà identifié le caractère fictif ou au moins l'absence d'autonomie effective sur la base d'un faisceau d'indices tirés des conditions de sa création, de son objet, de son financement et de l'influence des représentants de la collectivité en son sein (CE 11 mai 1987, Divier, n°62549, p. 167 ; 2 juin 1989, Union autonome intercatégorielle de la caisse des dépôts et consignations, n°103556, T. 494, 722 ; 5 décembre 2005, Département de la Dordogne, n°259748, p. 552).

Le motif de principe et de synthèse de la décision commune de Boulogne-Billancourt n'envisage que le cas du contrôle d'une association ou d'une autre personne morale de droit privé par une personne publique, au singulier, sans pour autant utiliser l'adjectif « seule » qui exclurait par principe d'autres cas de figure, lesquels ne se sont pas rencontrés jusqu'ici dans la jurisprudence administrative.

L'adjectif « seul » y est apparu cependant, dans la décision du 24 juin 2011, société Atexo, n° 347429, T. 843, 1021, 1111, par laquelle le conseil d'Etat vous a renvoyé une affaire mettant en cause l'association Marchés publics d'Aquitaine, fondée par trois collectivités publiques et en rassemblant plus de trois cents, associées à des personnes privées.

Mais vous l'avez alors explicitement neutralisé ou à tout le moins équilibré en réservant expressément comme susceptible de caractériser un cas de transparence la situation du contrôle d'une association par une personne publique « seule ou conjointement avec d'autres ». En effet, vous avez, par votre décision du 2 avril 2012 Société Atexo, n°3841, p. 507, écarté la transparence de l'association au motif « qu'aucun des membres de cette association, qui regroupe également des personnes privées, n'en contrôle, seul ou conjointement avec d'autres personnes publiques, l'organisation et le fonctionnement ni ne lui procure l'essentiel de ses ressources ».

Vous avez repris la même alternative, incluant l'hypothèse du contrôle par une personne publique « seule ou conjointement » avec d'autres, dans votre décision du 16 novembre 2016, société Claf Accompagnement, n°4032, T. 598.

D'où, dans la présente affaire où la cour administrative d'appel de Paris s'est précisément fondée sur la stricte égalité entre l'Etat et la ville de Paris au sein de l'association pour constater que ni l'un ni l'autre ne détenait « seul » la majorité des voix dans les organes de l'association et ne fournissait une part majoritaire de ses ressources, et en déduire que l'association ne peut être regardée comme transparente, les interrogations du conseil d'Etat sur le sens, la portée, voire l'actualité de votre jurisprudence.

Comme l'a souligné Gilles Pellissier dans ses conclusions à fin de renvoi, la réponse à ces interrogations doit être guidée par les critères, que nous venons de voir rapidement, mais aussi les effets et les finalités de la qualification d'association transparente.

Cependant, derrière les doutes du conseil d'Etat, il n'y a pas seulement la question de savoir si une association peut être transparente à l'égard de plusieurs personnes publiques, il y a aussi celle de savoir si la transparence d'une association à l'égard d'une personne publique seule peut se déduire d'un contrôle conjoint, à plusieurs, de l'association. Il s'agit de deux questions différentes, qui n'appellent pas une réponse identique.

Pour reprendre brièvement le panorama très complet présenté par G. Pellissier, la « transparence produit des effets très importants puisqu'elle conduit à substituer intégralement la collectivité publique à l'association, pour l'application de toutes les règles de droit auxquelles elle peut être soumise comme pour ses obligations juridiques.

Ainsi, les contrats conclus par l'association transparente sont regardés comme conclus par la collectivité, ce qui entraîne notamment leur qualification de contrats administratifs s'ils en remplissent les critères matériels (décision CE, Cne de Boulogne-Billancourt, précitée; TC, 16 novembre 2015, Société Claf Accompagnement c/Association Plie Paris Nord-Est, précitée); les fautes commises par l'association engagent la responsabilité extra-contractuelle de la collectivité (CE, 16 février 1977, Dame Archegay, p. 88; Sect, 2 février 1979, Min de l'agriculture c/ Gauthier, p. 39; pour la responsabilité d'un département du fait des fautes commises par un comité d'expansion économique : CE, 5 décembre 2005, Département de la Dordogne, n° 259748, p. 552 ; a contrario : Sect, 21 mars 1980, Vanderiele, n° 2199, p. 161, avec les conclusions du pdt Labetoulle); les agents qu'elle emploie seront regardés comme employés par la collectivité, et se verront appliquer les règles d'inéligibilité applicables aux agents de la collectivité (Sect, 26 janvier 1990, élections municipales de Chantilly, p. 20 ; 21 juin 1996, élections municipales de Senonches, T. 900) ou bénéficieront de la prise en compte de cet emploi lors de leur intégration dans la fonction publique (CE, 14 octobre 2009, Tramini, n° 299554, T. 800); les décisions qu'elle prend seront regardées comme prises par l'exécutif de la collectivité (CE, 11 mai 1987, Divier, n° 62459, p. 167). Les effets de cette qualification peuvent aller jusqu'à la reconnaissance d'une gestion de fait et exposer les exécutifs locaux à l'engagement de leur responsabilité financière (Cour des Comptes, 26 mai 1992, Médecin e.a. (dit affaire de l'ass. Nice-Communication), GAJF n° 40) ou pénale, la juridiction judiciaire recourant également à la notion de personne morale fictive, en général pour appréhender des tentatives de contournement de la règle de droit, par exemple de mise en concurrence (Crim, 7 novembre 2012, n° 11-82961, bull. N° 243) ».

La requalification d'une association en association transparente vise ainsi « à rétablir l'adéquation entre la réalité d'une organisation administrative et son régime juridique, adéquation rompue par la personnalisation artificielle d'un service en réalité dépourvu de l'autonomie inhérente à la personnalité juridique ». Il s'agit pour le juge de ne pas se laisser abuser par les apparences, dans le cas aberrant d'organismes dont la personnalité juridique est en réalité fictive, et dont les décisions, prises en apparence par leurs organes de direction, sont en réalité des décisions des personnes publiques qui se dissimulent (à peine, souvent) derrière elles, afin d'empêcher le détournement recherché par un tel montage, qui vise à faire échapper au droit public ce qui devrait en relever, ou a au moins cet effet.

Si le champ d'application de la notion se limitait à l'exécution des contrats, voire à la matière des obligations civiles plus largement, on pourrait concevoir la transparence d'une association à l'égard de plusieurs personnes publiques prises ensemble, au titre d'une responsabilité conjointe et solidaire, qu'elle soit contractuelle ou extra-contractuelle. Mais « il est beaucoup plus difficile d'envisager que les personnels de l'association soient employés par plusieurs personnes publiques ou qu'elles soient propriétaires indivises de biens » et, plus largement, que l'activité de l'association soit réattribuée sans aucune incidence sur son exercice à deux personnes publiques, ou plus, en même temps. Outre la complexité qui découlerait alors nécessairement, par elle-même, de la pluralité, ces collectivités distinctes sont par hypothèse dotées de volonté et d'intérêts propres à chacune, et peuvent être soumises à des régimes juridiques différents. La qualification d'association transparente paraît donc bien « impliquer que l'ensemble des droits et obligations de cette personne morale puisse être attribués à une seule personne morale de droit public ».

Et c'est bien le sens de la formulation que vous avez retenue dans vos décisions Atexo et Claf : c'est le singulier que vous avez employé pour rechercher si aucun des membres en contrôlait l'organisation et le fonctionnement et lui fournissait l'essentiel de ses ressources, parce que la requalification d'une association transparente s'attache à rechercher la personne publique à laquelle pourraient être réattribués les actes, biens, droits et obligations de l'association.

Pour autant, cela n'implique pas nécessairement que l'examen des indices de cette requalification se fasse exclusivement personne publique par personne publique, prise isolément. Lorsqu'aucune personne publique ne contrôle seule ni ne finance pour l'essentiel de ses ressources une association, il y a certainement une forte présomption que l'association est un vrai groupement de personnes aux intérêts distincts à la fois les uns des autres et des siens, et qu'il s'agit d'une organisation dotée d'une réelle autonomie.

Mais il ne serait pas cohérent avec la finalité pragmatique et réaliste de la théorie de la transparence de s'en tenir toujours, de manière absolue, par principe, indépendamment d'une analyse factuelle de la situation concrète de l'association et de ses membres, à ce premier abord de bon aloi – alors même que ce serait plus simple.

La jurisprudence, en réalité, ne veut pas fermer les yeux sur la transparence, quand celle-ci se manifeste derrière les apparences. Dans ces conditions, il paraît naturel et avisé que vous ayez réservé le cas où une personne publique déterminée peut se dissimuler derrière plusieurs qui agissent conjointement, y compris dans le cas d'une stricte égalité de pouvoir fonctionnel et financier entre deux personnes publiques ayant constitué ensemble une association.

On peut en effet imaginer au moins trois situations litigieuses :

1/ D'abord la pluralité purement formelle. Dans cette situation, les personnes publiques qui, ensemble, contrôlent l'association ne se distinguent que formellement, c'est-à-dire juridiquement, mais pas autrement, notamment pas par les intérêts ou la volonté, unis en réalité dans une sorte de « monothéisme » juridique.

L'hypothèse ainsi formulée peut paraître mystérieuse, mais elle n'est pas purement d'école. La loi du 31 décembre 1975 a distingué à Paris, malgré un territoire, une population et un électoralat identiques, deux collectivités territoriales à la personnalité morale distincte et au budget distinct, le département de Paris et la commune de Paris, mais qui au contraire des départements et régions d'outre-mer avaient la même assemblée délibérante, le même exécutif (réserve faite du préfet de police dans ses attributions municipales), les mêmes services, pour l'essentiel, et pour une part les mêmes personnels, en particulier dans les bureaux qui élaborent et mettent en œuvre les décisions de la collectivité.

Serait peu pensable, dans ces conditions, une autonomie véritable de l'une par rapport à l'autre. La fiction juridique distinguant ces deux personnes morales a pris fin le 1er janvier 2019, mais cette solution pourrait resurgir pour d'autres territoires, même si la formule de la collectivité territoriale unique à statut particulier et cumul de compétences paraît avoir repris l'ascendant. Surtout, elle peut conduire dans des contentieux en cours ou encore à naître à examiner avec circonspection la réalité des institutions dans lesquelles la commune et le département de Paris ont pu se trouver associés dans la période, y compris lorsqu'ils l'ont été à stricte égalité.

2/ Ensuite, le contrôle indirect. On peut envisager aussi le montage dans lequel une collectivité publique contrôlerait seule l'organisation et le fonctionnement d'une association en combinant son poids propre, apparemment minoritaire, au sein de cette association et celui d'une autre personne morale de droit public qui devrait elle-même être regardée comme se trouvant sous son propre contrôle.

3/ Enfin, la pluralité de complaisance. On ne peut complètement exclure qu'une collectivité en convainque d'autres de créer ensemble, contrôler ensemble et financer ensemble, une association factice à seule fin de lui permettre en réalité essentiellement à elle de contourner les règles du droit public dans l'exercice de telle ou telle activité. Si la prépondérance de l'une des collectivités n'est pas évidente, ce sera, pour identifier la collectivité cachée derrière l'association, la situation la plus difficile à établir, la plus subjective à apprécier, mais elle n'est pas à écarter d'emblée ; elle peut se présenter, peut-être, dans certaines configurations d'affinité politique ou de rapports de force locaux.

Je vous invite donc à confirmer l'énoncé de votre jurisprudence, en maintenant le critère du contrôle par une personne publique "seule ou conjointement avec d'autres", qui réserve le cas de la prépondérance d'une collectivité obtenue grâce au soutien d'autres membres. La requalification pour transparence doit rester exceptionnelle, et se faire encore plus rarement en présence d'un contrôle conjoint par plusieurs personnes, mais elle ne peut pas être exclue par avance et par principe dans ce cas.

Au regard de cette jurisprudence inchangée, l'association Philharmonie de Paris ne devrait pas être regardée comme transparente. L'État et la ville de Paris l'ont créée dans le but d'assurer la maîtrise d'ouvrage de la construction du bâtiment, d'en assurer l'exploitation, et de conclure à cette fin tous les contrats nécessaires à sa mission (article 2 des statuts). En prévoyant (art. 15) la création d'un établissement de coopération culturelle réunissant les deux membres fondateurs et ayant pour

objet d'accomplir les mêmes missions et buts que l'association, avec dissolution de plein droit de l'association et transfert universel de son patrimoine à l'établissement, l'association revêt tous les caractères d'une association de « préfiguration » d'une solution pérenne – et plus régulière peut être.

Les représentants de l'État et ceux de la ville de Paris siégeaient en nombre égal (5 et 5) à son conseil d'administration (tel que désigné par résolution du 15 avril 2011), de manière très prépondérante, pris ensemble, par rapport aux deux personnes physiques (le président et le trésorier), et se trouvaient dans la même situation, en nombre de voix, à l'Assemblée générale ; la Philharmonie de Paris était subventionnée à 45 % par l'État, 45 % par la ville de Paris et 10 % par la région d'Ile-de-France (chambre régionale des comptes d'Ile-de-France, rapport d'observations définitif, « contrôle de la Philharmonie de Paris, années 2006 et suivantes », p.28) mais ni l'État ni la ville ne pouvait contrôler l'association seul ; aucun des deux ne contrôlait l'autre évidemment ; les intérêts de chacun à l'affaire étaient certains mais restaient distincts.

L'association a donc bien été un authentique outil de collaboration entre deux collectivités publiques destiné à répondre à un besoin fonctionnel temporaire. Si cette association a exercé une mission de service public, ainsi que vous l'avez déjà jugé (5 septembre 2016, *Nouvel c/ association Philharmonie de Paris*, n°4069, p. 588), il n'y a pas lieu, eu égard à ses conditions de création, d'organisation, de fonctionnement et de financement de la qualifier d'association transparente.

Et aucun élément du dossier ne peut par ailleurs être interprété comme faisant apparaître néanmoins un mandat donné par l'État ou la ville de Paris en vue de passer pour leur compte, et non pour son propre compte, les contrats nécessaires à l'exercice de ses missions. La propriété du bâtiment qu'elle a fait construire puis sa transmission, à sa dissolution, à un établissement public tiers, prévue par ses statuts et effectivement réalisée en faveur de la Cité de la musique – Philharmonie de Paris, est d'ailleurs une donnée majeure en sens contraire à l'idée d'un mandat implicite.

Il s'avère ainsi que le marché principal a été conclu entre un groupement privé d'entreprises et une association qui ne peut être regardée comme transparente à l'égard d'une personne publique ni comme ayant reçu mandat d'elle. Il s'agit dès lors d'un contrat de droit privé, et la demande en paiement formée par le sous-traitant à l'encontre du maître d'ouvrage relève de la compétence judiciaire. Tel est le sens de mes conclusions.

Référence 4 : TC, 6 juillet 2020, Société Huret Location c/ Cité de la musique, n°4191

Vu, enregistrée à son secrétariat, le 28 février 2020, l'expédition de la décision du 28 février 2020 par laquelle le Conseil d'État, saisi du pourvoi formé par la société Huret Location tendant à l'annulation de l'arrêt rendu le 5 mars 2019 par la cour administrative d'appel de Paris dans le litige l'opposant à l'association la Philharmonie de Paris, a renvoyé au Tribunal en application de l'article 35 du décret n° 2015-233 du 27 février 2015, le soin de décider sur la question de la compétence ;

Vu le mémoire, enregistré le 30 mars 2020, présenté par l'établissement public Cité de la musique - Philharmonie de Paris, venant aux droits et obligations de l'association Philharmonie de Paris, qui conclut à la compétence de la juridiction judiciaire pour

connaître de l'action directe du sous-traitant par le motif que le marché de travaux a été passé par une association autonome agissant pour son propre compte ;

Vu le mémoire, enregistré le 14 mai 2020, présenté par la société Huet Location qui conclut à la compétence de la juridiction administrative par les motifs que l'association Philharmonie de Paris, contrôlée et financée conjointement par l'État et la ville de Paris, est transparente et que, subsidiairement, elle a agi au nom et pour le compte de ces deux personnes publiques ;

Vu les pièces desquelles il résulte que la saisine du Tribunal des conflits a été notifiée à la ministre de la transition écologique et solidaire et au ministre de la culture, qui n'ont pas produit de mémoire ;

Vu les autres pièces du dossier ;

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 ;

Considérant ce qui suit :

1. L'association Philharmonie de Paris, aux droits de laquelle vient l'établissement public de la Cité de la musique-Philharmonie de Paris qui lui a succédé en 2015, a signé, le 25 janvier 2011, avec un groupement d'entreprises constitué par les sociétés Bouygues Bâtiment Île-de-France, Belgo-Metal et Kyotec Group, un marché de travaux pour la construction, la maintenance et l'entretien d'un équipement musical dénommé la Philharmonie sur le site du parc de la Villette à Paris. Par un acte spécial en date du 19 février 2015, l'association Philharmonie de Paris a accepté l'intervention de la société Huet Location en tant que sous-traitante de la société Belgo-Metal pour la « pose de tôles pare fumée + cheminements pompier + garde-corps ». Par le même acte, la société Belgo-Metal a délégué au maître d'ouvrage, l'association Philharmonie de Paris, le paiement à la société Huet Location des sommes dues au titre de la sous-traitance. La société Huet Location, estimant que seuls 20 000 euros lui avaient été payés sur les 150 000 euros prévus à l'acte du 19 février 2015, a demandé au tribunal administratif de Paris de condamner la Philharmonie de Paris à lui verser une somme de 130 000 euros, augmentée des intérêts au taux légal. Par un jugement du 18 mai 2017, le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître. Par arrêt du 5 mars 2019, la cour administrative d'appel de Paris a rejeté sa requête en annulation de ce jugement. La société Huet Location a formé un pourvoi contre cet arrêt. Par une décision du 28 février 2020, le Conseil d'État a renvoyé au Tribunal, par application de l'article 35 du décret du 27 février 2015, le soin de décider sur la question de la compétence.

2. Si l'association Philharmonie de Paris, créée à l'initiative de l'État et de la ville de Paris pour assurer la maîtrise d'ouvrage de la construction d'un équipement culturel et son exploitation, a exercé une mission de service public, elle était une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 dont aucune de ces personnes publiques ne contrôlait, seule ou conjointement avec l'autre, l'organisation et le fonctionnement ni ne lui procurait l'essentiel de ses ressources ; par ailleurs, elle n'a pas agi au nom et pour le compte de ces dernières mais en son nom et pour son propre compte.

3. Le marché signé entre l'association Philharmonie de Paris et le groupement d'entreprises est dès lors un contrat de droit privé et

la demande en paiement formé par le sous-traitant à l'encontre du maître d'ouvrage qui l'a accepté relève de la compétence de la juridiction judiciaire.

D E C I D E :

Article 1er : La juridiction judiciaire est compétente pour connaître du litige opposant la société Huet Location à l'association Philharmonie de Paris.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la société Huet Location, à l'établissement public Cité de la musique - Philharmonie de Paris, venant aux droits et obligations de l'association Philharmonie de Paris, à la ministre de la transition écologique et au ministre de la culture.

Référence 5 : 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 XIX^e 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 du 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 SPLA 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 les pièces desquelles il résulte que la saisine du Tribunal des conflits a été communiquée à la société Eveha, au ministre de l'action et des comptes publics et au ministre de la culture, qui n'ont pas produit de mémoire ;

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 œuvre 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 œuvre 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'Etat 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 confie 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.

DECIDE :

Article 1er : La juridiction administrative est compétente pour connaître du litige.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la société Eveha, à la société publique locale d'aménagement Pays d'Aix territoires, à l'Institut national de recherches archéologiques préventives, au ministre de l'économie, des finances et de la relance et à la ministre de la culture.