



HAL
open science

**“ Ententes dans les marchés publics des lycées
d’Ile-de-France : compétence administrative! ” [TC, 16
novembre 2015, Région Ile-de-France, req. n° 4035]**

Pierre Bourdon

► **To cite this version:**

Pierre Bourdon. “ Ententes dans les marchés publics des lycées d’Ile-de-France : compétence administrative! ” [TC, 16 novembre 2015, Région Ile-de-France, req. n° 4035]. Lexbase Hebdo - Edition publique, 2016, 399. halshs-04331088

HAL Id: halshs-04331088

<https://shs.hal.science/halshs-04331088>

Submitted on 8 Dec 2023

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

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

Lexbase Hebdo édition publique n°399 du 7 janvier 2016

[Contrats administratifs] Jurisprudence

Ententes dans les marchés publics des lycées d'Ile-de-France : compétence administrative !

N° Lexbase : N0685BWB



par *Pierre Bourdon, Maître de conférences, Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon-Sorbonne*

Réf. : *T. confl.*, 16 novembre 2015, n° 4035 (N° Lexbase : [A1459NYP](#))

La décision n° 4035 rendue par le Tribunal des conflits le 16 novembre 2015 est intéressante à au moins deux points de vue. D'une part, elle intéresse les pouvoirs du préfet dans la procédure de conflit. Le Tribunal des conflits n'a pas remis en cause la régularité du pouvoir du préfet de dessaisir la juridiction judiciaire. D'autre part, la décision intéresse le contentieux des contrats administratifs. Le Tribunal a tranché en faveur de la compétence du juge administratif pour connaître de l'action d'une personne publique tendant à engager la responsabilité des personnes ayant commis des irrégularités au cours de la formation d'un contrat administratif. Il en va ainsi alors même que les personnes poursuivies n'auraient finalement jamais conclu de contrat avec la personne publique poursuivante.

Deux grandes séries d'affaires relatives à des marchés publics illégaux ont eu un écho contentieux particulièrement important au cours des vingt dernières années. La première série concerne les marchés publics de construction des lignes ferroviaires à grande vitesse (LGV) des réseaux Nord, Sud-Est et Atlantique. La seconde série concerne les marchés de rénovation des lycées de la région Ile-de-France. La décision rapportée concerne justement cette seconde série, les marchés de rénovation des lycées franciliens.

Au premier chef, cette décision apporte des précisions utiles sur la répartition du contentieux entre le juge administratif et le juge judiciaire au sujet des marchés publics conclus après une entente illicite entre les concurrents à l'obtention de ces marchés. L'objet de cette affaire, concernant la répartition du contentieux entre les juges administratif et judiciaire, amènera aussi à évoquer la jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Le contexte de l'affaire est le suivant. La loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 (N° Lexbase : L5399HUI), modifiée par la loi n° 85-97 du 25 janvier 1985, modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales, a confié aux régions une compétence dans la gestion, l'entretien et la construction des lycées. Entre 1988 et 1997, la région Ile-de-France a élaboré et mis en œuvre un programme de rénovation et de reconstruction des lycées de son ressort. Au total, 241 marchés publics (101 marchés de travaux publics, 59 marchés de conception-rénovation et 81 marchés de grosses réparations) ont été conclus pour un montant total d'environ 23,3 milliards de francs de l'époque, soit un peu plus de 3,55 milliards d'euros. Cependant, en octobre 1996, des élus au conseil régional d'Ile-de-France ont dénoncé au procureur de la République de Paris des irrégularités dans la passation des marchés (suspensions de corruption d'élus et d'ententes illicites entre opérateurs). En avril 1997, la chambre régionale des comptes (CRC) d'Ile-de-France a confirmé ces irrégularités dans des observations définitives adressées au procureur de Paris. Il s'est ensuivi une procédure qui a pris trois dimensions : l'une pénale, l'autre administrative, la dernière pécuniaire.

Sur le plan pénal, une information judiciaire a été ouverte par le procureur de la République de Paris en juin 1997 pour les chefs de faux, usage de faux, favoritisme, recel et ententes. Le 26 octobre 2005, le tribunal correctionnel de Paris a condamné plusieurs responsables, fonctionnaires et mandataires de la région Ile-de-France. La cour d'appel de Paris a confirmé ce jugement dans un arrêt du 27 février 2007, tandis que la Cour de cassation a rejeté un pourvoi par une décision du 20 février 2008 (1).

En parallèle, sur le plan administratif, des sanctions ont été prises contre les entreprises attributaires. Ainsi, par une décision du 9 mai 2007, le Conseil de la concurrence, devenu depuis l'Autorité de la concurrence, a prononcé des amendes. Les sanctions ont presque toutes été confirmées par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 3 juillet 2008 (2), tandis que la Cour de cassation a rejeté un pourvoi par une décision du 13 octobre 2009 (3).

Finalement, et toujours en parallèle, la région Ile-de-France a poursuivi les entreprises et les préposés des entreprises auteurs des irrégularités ayant affecté les marchés publics de rénovation des lycées franciliens. L'objectif de cette action en responsabilité était d'obtenir des dommages et intérêts de la part des entreprises et de leurs préposés. C'est cette action qui a conduit le Tribunal des conflits à rendre sa décision du 16 novembre 2015. En effet, au mois de février 2010, la région Ile-de-France a d'abord assigné les entreprises et leurs préposés devant le tribunal de grande instance de Paris. Mais par un jugement du 17 décembre 2013, le tribunal a estimé que l'action de la région était prescrite (4). Au mois de janvier 2014, la région a interjeté appel devant la cour d'appel de Paris. Le 6 octobre 2014, le préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, a présenté un déclinatoire de compétence. Selon le déclinatoire, le juge judiciaire n'était pas compétent, l'action en responsabilité contre les auteurs d'ententes au cours de la procédure de passation d'un marché public relevant du juge administratif. Par un arrêt du 24 juin 2015, la cour d'appel de Paris a rejeté le déclinatoire (5). Par un arrêté du 8 juillet 2015, le préfet a élevé le conflit devant le Tribunal des conflits.

Pour trancher le problème de compétence entre juges administratif et judiciaire, le Tribunal des conflits a dû répondre à deux questions de droit.

La première question concernait la procédure de conflit. Le pouvoir du préfet lui permettant de dessaisir la juridiction judiciaire devant laquelle une action est engagée porte-t-il atteinte aux règles fondamentales du procès ? Une réponse positive à cette première question aurait pu faire obstacle à la saisine du Tribunal des conflits par le préfet. L'affaire serait immédiatement retournée devant la cour d'appel de Paris. Mais le Tribunal a répondu négativement à cette première question.

La seconde question allait permettre d'orienter le litige vers le bon juge. Un litige relatif à la responsabilité des auteurs d'irrégularités ayant affecté la conclusion d'un contrat administratif relève-t-il de la juridiction administrative, quand bien même ces auteurs n'auraient pas contracté avec l'administration ? Le Tribunal a répondu positivement à cette seconde question. En conséquence, l'arrêté de conflit du préfet a été confirmé par le Tribunal. Le jugement du tribunal de grande instance de Paris du 17 décembre 2013 et l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 24 juin 2015 ont quant à eux été "*déclarés nuls et non avenue*". Ce faisant, le Tribunal des conflits a implicitement renvoyé la région Ile-de-France à saisir le tribunal administratif.

Deux autres points de la décision du Tribunal des conflits concernant des moyens de régularité de la procédure de conflit, soulevés par les entreprises et leurs préposés, ne seront pas traités dans le détail dans le présent commentaire.

En premier lieu, le Tribunal a rejeté un moyen concernant les visas des textes mentionnés dans l'arrêté de conflit du préfet. Le Tribunal a estimé que l'irrégularité des visas était sans incidence sur la procédure de conflit (cf. point n° 2 de la décision).

En second lieu, le Tribunal a rejeté un moyen concernant la circonstance que la cour d'appel de Paris ayant déjà rendu un arrêt définitif dans cette affaire (cf. l'arrêt du 27 février 2007 cité *supra*), le Tribunal des conflits ne pouvait plus être saisi. Mais cet arrêt avait été rendu dans le cadre du volet pénal de la procédure, alors qu'était ici en cause la dimension pécuniaire. Le Tribunal a donc estimé que l'arrêt de la cour d'appel de Paris était sans incidence (cf. point 4 de la décision).

Au demeurant, la décision n° 4035 rendue par le Tribunal des conflits le 16 novembre 2015 statue sur la régularité des pouvoirs du préfet dans la procédure de conflit (I). Elle affirme également la compétence du juge administratif pour connaître des actions indemnitaires liées à la formation d'un contrat administratif (II).

I — La régularité des pouvoirs du préfet dans la procédure de conflit

Dans l'affaire ici commentée, le Tribunal des conflits était saisi d'un moyen concernant le pouvoir du préfet de dessaisir la juridiction judiciaire (A). Le Tribunal n'a pas remis en cause ce pouvoir du point de vue de sa régularité (B).

A — Le pouvoir du préfet de dessaisir la juridiction judiciaire

La loi des 16-24 août 1790, tout en séparant les autorités administratives et judiciaires, ne réglait toutefois pas la question des conflits de compétence entre ces autorités. Des textes ultérieurs ont prévu des règles en la matière.

Dans un premier temps, les lois des 7-14 octobre 1790 et 21 fructidor an III ont prévu une procédure administrative. Les conflits étaient tranchés par l'exécutif. Le lendemain de l'entrée en vigueur de la Constitution de l'an VIII (le 25 décembre 1799), un règlement du 5 nivôse an VIII a prévu que le Conseil d'Etat tranche désormais les conflits... "*sous la direction des consuls*", et donc de l'exécutif, comme le voulait l'article 52 de la Constitution de l'an VIII.

Ce n'est que dans un second temps, avec la Constitution de la deuxième République (4 novembre 1848) que le Tribunal des conflits a été créé pour éviter l'arbitraire éventuel de l'exécutif. Le Second Empire verra la restauration de l'ancienne procédure administrative dirigée par le Conseil d'Etat. La loi du 24 mai 1872, portant réorganisation du Conseil d'Etat (N° Lexbase : L4875HTQ), fera renaître le Tribunal des conflits qui n'a plus jamais disparu depuis lors.

Plusieurs procédures permettent de renvoyer une affaire au Tribunal des conflits afin qu'il tranche les conflits de compétence entre juridictions. L'une d'elles est mieux connue sous le nom de "*procédure de conflit positif*". Cette procédure a été créée par l'ordonnance du 1er juin 1828, sur les conflits d'attribution, quand le traitement des conflits était encore nettement dominé par l'exécutif. La procédure de conflit positif est essentiellement administrative. Et elle l'est restée, malgré la création du Tribunal des conflits, ce qui, à tout le moins, pose question. En effet, il revient au préfet de demander au juge judiciaire de se dessaisir d'une affaire (par un acte dénommé "déclinatoire de compétence"). Si le juge refuse, le préfet peut élever le conflit devant le Tribunal des conflits (par un acte dénommé "arrêt de conflit").

En l'espèce, le déclinatoire du préfet du 6 octobre 2014 avait été rejeté par la cour d'appel de Paris à l'occasion d'un arrêt du 24 juin 2015. Le préfet avait élevé le conflit devant le Tribunal des conflits par un arrêt du 8 juillet suivant.

Il faut relever que la procédure de conflit positif tend à se juridictionnaliser. Depuis la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (N° Lexbase : L938617R), et son décret d'application n° 2015-233 du 27 février 2015, relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles (N° Lexbase : L047218Y), ce n'est plus le ministre de la Justice qui transmet les pièces du dossier au Tribunal des conflits, mais le greffe de la juridiction judiciaire. Toutefois, cette nouvelle modalité ne concerne que les procédures ayant fait l'objet d'un déclinatoire de compétence après le 1er avril 2015 (cf. article 50 du décret). En l'espèce, le déclinatoire du préfet était antérieur à cette date. C'était donc au ministre de la Justice de saisir le Tribunal et non au greffe de la cour d'appel de Paris. Cependant, le greffe de la cour d'appel de Paris avait transmis les pièces du dossier au Tribunal des conflits. Le Tribunal a néanmoins considéré que la saisine par le greffe de la cour et non par le ministre était une irrégularité sans incidence, car elle n'était pas imputable au préfet (cf. point 2 de la décision).

Il faut ajouter que le Tribunal des conflits s'est lui-même juridictionnalisé un peu plus avec la réforme de 2015. Désormais, le ministre de la Justice ne le préside plus. Le Tribunal est dorénavant présidé par l'un de ses huit membres, lesquels sont, pour mémoire, quatre conseillers d'Etat et quatre conseillers à la Cour de cassation. Le président du Tribunal des conflits est élu par ses pairs tous les trois ans et "*issu alternativement du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*" (cf. article 13 de la loi).

Cette juridictionnalisation accrue du traitement des conflits de compétence entre juridictions administrative et judiciaire n'a toutefois pas eu de conséquence dans la décision du 16 novembre 2015 ici commentée. Le Tribunal des conflits a affirmé la régularité du dessaisissement de la juridiction judiciaire par le préfet.

B — La régularité du dessaisissement de la juridiction judiciaire par le préfet

Les entreprises et leurs préposés poursuivis par la région Ile-de-France soutenaient que l'élévation du conflit par le préfet violait, d'une part, le droit au procès équitable protégé, d'une part, par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (N° Lexbase : L7558AIR) et, d'autre part, le principe de loyauté procédurale (ou "principe d'estoppel", comme on l'appelle parfois dans le droit anglo-saxon).

En effet, parmi les autorités non juridictionnelles, seul le préfet peut saisir le Tribunal des conflits. Le problème ne vient pas tant ici de la circonstance que le préfet dépende du pouvoir exécutif. La difficulté réside plutôt dans les liens étroits qu'entretient le préfet, représentant de l'Etat, avec les collectivités territoriales et, notamment, avec les régions. Ces liens sont notamment financiers. Derrière le préfet, l'on peut donc entrevoir la région Ile-de-France, partie au procès. Le pouvoir de dessaisissement de la juridiction judiciaire par le préfet pose alors des questions d'impartialité et d'égalité des armes entre les parties au procès.

En outre, le préfet n'avait mis en œuvre ce pouvoir de dessaisissement qu'en appel, après que le tribunal de grande instance de Paris avait rendu un jugement défavorable à la région Ile-de-France. Le préfet aurait-il agi de la sorte, en appel, si le jugement de première instance avait été favorable à la région ? Le pouvoir de dessaisissement de la juridiction judiciaire par le préfet, en appel, pose alors des questions de loyauté.

Ce pouvoir du préfet avait déjà été critiqué devant le Tribunal des conflits sous l'angle de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Mais le Tribunal avait rejeté un tel moyen en le qualifiant d'"inopérant" (6). Dans la présente affaire, le moyen n'a pas été considéré comme inopérant. Le Tribunal des conflits en a examiné le bien-fondé. Mais le Tribunal l'a cependant rejeté.

Le Tribunal des conflits a répondu en trois temps au moyen tiré de la violation de l'article 6 et du principe de loyauté (cf. point 3 de la décision).

Tout d'abord, le Tribunal a relevé que la répartition des compétences entre les juridictions administrative et judiciaire est "*en principe, par elle-même, sans incidence sur les droits garantis par l'article 6 de la Convention européenne*". Autrement dit, le Tribunal rappelle que le dualisme juridictionnel n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme. D'ailleurs, l'on se souvient que, dans son arrêt "Kress", la Cour européenne a consacré l'existence de la juridiction administrative française au rang de symbole de l'Etat de droit : "*La création et l'existence même de la juridiction administrative peuvent être saluées comme l'une des conquêtes les plus éminentes d'un Etat de droit*" (7).

Ensuite, le Tribunal a confronté directement l'article 6 de la Convention et les pouvoirs du préfet. Le moyen a été rejeté sur ce point car le Tribunal n'a vu aucune opposition entre l'un et les autres. Pour rejeter le moyen, le Tribunal s'est référé à "*l'ordonnance du 1er juin 1828 sur les conflits d'attribution*" qui a, la première, prévu la procédure de conflit positif. Cette ordonnance est pourtant abrogée. Mais le Tribunal a certainement voulu donner un appui historique à sa décision. Il s'est aussi référé à la loi du 24 mai 1872, dans sa rédaction issue de la loi du 16 février 2015, qui, actuellement, prévoit la procédure de conflit positif. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel, saisi en vue du contrôle de constitutionnalité de la loi du 16 février 2015, n'a pas censuré les pouvoirs du préfet, alors que la jurisprudence du Conseil protège le droit au procès équitable par le biais de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (N° Lexbase : L1363A9D) (8). Certes, le Conseil n'avait pas été saisi à propos de la constitutionnalité des pouvoirs du préfet. Mais dans le neuvième considérant de sa décision du 12 février 2015, le Conseil a indiqué qu'"*il n'y a pas lieu, pour [lui], de soulever d'office aucune question de constitutionnalité*" (9).

Enfin, le Tribunal a écarté "*le principe de loyauté procédurale ou estoppel*" en le considérant comme inopérant, "*eu égard aux fonctions du Tribunal, qui se limitent à déterminer l'ordre de juridiction compétent pour connaître d'un litige*". Implicitement, le Tribunal des conflits a renvoyé à d'autres autorités, juridictionnelles ou législatives, le soin d'apprécier le bien-fondé de la critique relative au principe de loyauté.

Cette réponse en trois temps du Tribunal des conflits peut susciter des interrogations. D'une part, même si l'on peut comprendre que le Tribunal refuse d'apprécier la loyauté de la procédure de conflit positif, un malaise demeure lorsque, comme en l'espèce, le déclinatoire de compétence et l'arrêté de conflit sont pris en appel, alors que le juge de première instance a rejeté l'action indemnitaire de l'administration. D'autre part, même en admettant la conformité de la procédure de conflit positif au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'on peut se demander si le pouvoir du préfet est suffisamment encadré. Or, la Cour européenne des droits de l'Homme

a tout récemment jugé, dans son arrêt "Renard", qu'un "*mécanisme de renvoi*" ne doit pas être "*arbitraire*" (10).

Quoi qu'il en soit, le Tribunal des conflits n'a pas remis en cause les pouvoirs du préfet dans le cadre de la procédure de conflit positif. Statuant par la suite sur la question de compétence proprement dite, le Tribunal a même consacré la thèse soutenue par le préfet, à savoir la compétence de la juridiction administrative pour connaître de toute action indemnitaire liée à la formation d'un contrat administratif.

II — La compétence du juge administratif pour connaître des actions indemnitaires liées à la formation d'un contrat administratif

Par la décision ici commentée, le Tribunal des conflits a consacré la compétence du juge du contrat administratif (A) pour statuer sur le préjudice causé à la personne publique ayant conclu un tel contrat (B).

A — Le juge administratif, juge du contrat administratif

La réponse à la question de compétence donnée par le Tribunal des conflits dans la décision ici commentée a pour point de départ, pour fondement, la règle selon laquelle "*la connaissance*" "*d'un contrat administratif [...] relève de la juridiction administrative*" (cf. point 6 de la décision).

L'une des caractéristiques du contrat administratif est, en effet, sa soumission au droit administratif et la compétence du juge administratif pour en connaître. La définition du contrat administratif a d'abord été esquissée par le législateur. Dès la loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800), les tout nouveaux conseils de préfecture (qui deviendront tribunaux administratifs en 1953 (11)) se sont vus attribuer une compétence pour connaître des litiges relatifs aux marchés de travaux publics. La jurisprudence a par la suite précisé deux critères (cumulatifs) de qualification du contrat administratif, à savoir :

- un critère organique (externe), la présence d'une personne publique parmi les cocontractants (12) ;
- un critère matériel (interne), la présence dans le contrat, soit d'une clause exorbitante du droit commun (13), soit d'un objet relatif à l'exécution même du service public (14).

Il est finalement revenu à la doctrine, notamment sous la plume de Gaston Jèze, de mettre en avant ce qui apparaissait alors comme une théorie du contrat administratif.

Dans les années récentes, le juge (notamment le Tribunal des conflits) et le législateur ont eu tendance à faire prévaloir le critère organique, tout en ayant une approche, une conception, souple du critère matériel du contrat administratif. Ainsi, la décision "Berkani" a fait de l'ensemble des contrats des agents des services publics administratifs (SPA) des contrats administratifs, peu importe la contribution de l'agent au service public (15). Très récemment, le Tribunal des conflits est revenu sur sa jurisprudence "Peyrot", laquelle était pourtant plus que cinquantenaire (16). La décision "Rispal" retient désormais que le contrat de construction d'une autoroute conclu entre deux personnes privées n'est pas un contrat administratif, peu importe l'importance des autoroutes pour l'Etat et le service public (17). Dans ces décisions récentes, le critère organique a tendance à primer sur le critère matériel. Le législateur en fait de même. La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF) (N° Lexbase : L0256AWE), a fait des contrats des personnes publiques passés en application du Code des marchés publics des contrats administratifs, peu importe le contenu de ces contrats. L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics (N° Lexbase : L9077KBS), va plus loin encore. Les contrats des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) de l'Etat étaient jusque-là exclus du champ d'application du Code des marchés publics. Ils en font désormais partie en vertu de l'ordonnance. Ici encore, le critère organique domine.

La décision du 16 novembre 2015 s'inscrit dans cette tendance à faire prévaloir le critère organique du contrat administratif, à savoir la présence d'une personne publique. Le Tribunal des conflits a, en effet, consacré la compétence du juge administratif pour connaître de l'action d'une personne publique tendant à l'indemnisation du préjudice qu'elle a subi dans le cadre de la conclusion d'un contrat administratif.

B — Le juge administratif, juge du préjudice causé à la personne publique ayant conclu un contrat administratif

Les entreprises et préposés poursuivis par la région Ile-de-France avançaient deux arguments en faveur de la compétence du juge judiciaire pour connaître de l'action d'une personne publique tendant à l'indemnisation du préjudice qu'elle a subi dans le cadre de la conclusion d'un contrat administratif.

Premier argument : l'action de la région tend au versement d'une indemnité par des personnes privées. Or, le

juge judiciaire est, en principe, le juge des personnes privées. A cet égard, le Tribunal des conflits juge de façon constante *"qu'en l'absence d'une disposition législative contraire, il n'appartient pas à la juridiction administrative de statuer sur la responsabilité [extra-contractuelle] qu'une personne privée peut avoir eu à l'égard d'une collectivité administrative"* (18).

Second argument : aucun contrat administratif n'avait été conclu entre la région Ile-de-France et les entreprises et préposés poursuivis. Il fallait donc forcer la théorie du contrat administratif pour admettre la compétence du juge malgré l'inexistence matérielle d'un contrat.

Toutefois, le Tribunal des conflits n'a-t-il pas jugé, dès 2005, *"que les litiges opposant une personne morale de droit public à une entreprise ayant répondu à un appel d'offres préalable à la passation d'un marché public, nés à l'occasion du déroulement de la procédure de passation de ce marché public, relèvent, comme ceux relatifs à l'exécution d'un tel marché, de la compétence des juridictions administratives"* (19). Certes, cette règle était dans cette affaire appliquée à une rupture brutale des négociations contractuelles par la personne privée. Mais ne pouvait-elle pas être appliquée à d'autres litiges précontractuels (ou para-contractuels) ?

C'est le choix qu'a effectué le Conseil d'Etat dans sa décision "Campenon-Bernard" rendue fin 2007. En l'espèce, le litige concernait la passation d'un marché public dans le cadre des travaux d'interconnexion des LGV Nord, Sud-Est et Atlantique. Une entente avait été établie entre les concurrents avant la passation du marché. La SNCF avait poursuivi les auteurs de l'entente en vue d'obtenir le versement d'une indemnité de leur part. Le Conseil d'Etat avait admis la compétence de la juridiction administrative, alors même que l'action portait sur une période antérieure à la conclusion du marché. Le Conseil avait estimé *"que les litiges nés à l'occasion du déroulement de la procédure de passation d'un marché public relèvent, comme ceux relatifs à l'exécution d'un tel marché, de la compétence des juridictions administratives, que ces litiges présentent ou non un caractère contractuel"* (20). Ce faisant, le Conseil d'Etat admettait que la règle énoncée par le Tribunal des conflits en 2005 s'applique à tout litige précontractuel (ou para-contractuel).

La Cour de cassation a elle-même avalisé ce choix du Conseil d'Etat dans une décision rendue le 18 juin 2014 - témoignant, à cette occasion, d'une bonne entente entre les juridictions administrative et judiciaire. En l'occurrence, le litige concernait la passation d'un marché public dans le cadre des travaux de construction de la ligne ferroviaire dite "Eole" sur laquelle circulent aujourd'hui les trains de la ligne E du RER. Attaqué par la SNCF devant la juridiction administrative en raison d'une entente, un entrepreneur avait saisi la juridiction judiciaire pour se plaindre du *"choix de la SNCF de porter abusivement son action devant le juge administratif"*. La SNCF avait soulevé une exception d'incompétence au profit des juridictions administratives. Le tribunal de grande instance de Paris l'avait admise et s'était déclaré incompétent. Par un arrêt du 29 mars 2013, la cour d'appel de Paris avait confirmé l'ordonnance d'incompétence du tribunal de grande instance. La Cour de cassation a confirmé l'incompétence en reprenant, mot pour mot, le considérant de principe de la décision "Campenon-Bernard" (21).

Dans sa décision ici commentée, le Tribunal des conflits confirme implicitement les jurisprudences administrative et judiciaire. Il estime, dans un considérant de principe, *"que les litiges relatifs à la responsabilité de personnes auxquelles sont imputés des comportements susceptibles d'avoir altéré les stipulations d'un contrat administratif [...] et d'avoir ainsi causé un préjudice à la personne publique qui a conclu ce contrat, relèvent de la compétence de la juridiction administrative"* (cf. point 6 de la décision).

En même temps, le Tribunal des conflits fait progresser la jurisprudence. Dans les décisions de 2005 (Tribunal des conflits), de 2007 (Conseil d'Etat) et de 2014 (Cour de cassation), la personne privée poursuivie allait conclure un contrat administratif (2005), ou avait conclu un tel contrat (2007 et 2014). Dans la présente affaire, l'action de la région Ile-de-France est dirigée contre des personnes privées, entreprises ou préposés, qui n'allaient pas conclure de contrat administratif et n'ont donc pas conclu un tel contrat. Toutefois, les comportements de ces personnes sont *"susceptibles d'avoir altéré [...] un contrat administratif"*. Autrement dit, les personnes privées poursuivies ne sont pas dépourvues de tout lien avec un contrat administratif. Ce lien est organique. Les personnes privées sont susceptibles d'avoir *"causé un préjudice à la personne publique qui a conclu ce contrat"*. L'organique prévaut encore !

On pourrait critiquer la décision ici commentée du point de vue de la sécurité juridique. A l'issue de la lecture de cette décision, la compétence du juge administratif semble mal délimitée. Il est aussi vrai que les principes classiques de la théorie du contrat administratif, et notamment les critères organique et matériels, ne suffisent pas à comprendre la décision du Tribunal. Toutefois, cette décision n'est pas incompréhensible au regard de la politique jurisprudentielle menée depuis au moins dix ans par le Tribunal des conflits, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation.

Cette politique jurisprudentielle est d'ailleurs conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel issue de sa décision "Conseil de la concurrence". Elle admet *"dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé"* (22). Un bloc de

compétence est bel et bien formé ici au profit du juge administratif. Celui-ci connaissait déjà de la responsabilité des concurrents devenus cocontractants (jurisprudence "Campeon-Bernard"). La décision ici commentée ne procède finalement qu'à une extension limitée aux concurrents qui ne sont pas devenus cocontractants.

En fin de compte, si l'on peut émettre quelques réserves sur la décision du 16 novembre 2015 en ce qui concerne la régularité des pouvoirs du préfet, le Tribunal des conflits a contrebalancé en même temps cet inconvénient du dualisme juridictionnel en favorisant l'unité du contentieux. C'est, en somme, une décision assez équilibrée.

- (1) Cass. crim., 20 février 2008, n° 02-82.676, FS-P+F (N° Lexbase : A0475D7Q).
- (2) CA Paris, 1ère ch., sect. H, 3 juillet 2008, n° 2007/10 671 (N° Lexbase : A5258D9M).
- (3) Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-18.224, FS-P+B (N° Lexbase : A0889EMU).
- (4) TGI Paris, 6ème ch., 17 décembre 2013, n° 10/03 480 (N° Lexbase : A6112MDQ).
- (5) CA Paris, pôle 5, 4ème ch., 24 juin 2015, n° 14/01 570 (N° Lexbase : A6817NL3).
- (6) T. confl., 15 janvier 1990, n° 2607 (N° Lexbase : A8287BDB), Rec., p. 386.
- (7) CEDH, 7 juin 2001, Req. 39 594/98 (N° Lexbase : A2964AUC), point 69.
- (8) Cons. const., décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005 (N° Lexbase : A1146DGK), Rec. CC, p. 41.
- (9) Cons. const., décision n° 2015-710 DC du 12 février 2015 (N° Lexbase : A2991NBE).
- (10) CEDH, 17 septembre 2015, Req. 3569/12 (N° Lexbase : A1090NP3), point 22.
- (11) Décret n° 53-934 du 30 septembre 1953, portant réforme du contentieux administratif (N° Lexbase : L1147G8Y).
- (12) T. confl., 21 mars 1983, n° 2256 (N° Lexbase : A6677A7G), Rec., p. 537.
- (13) CE, 6 février 1903, n° 7496 (N° Lexbase : A4032B7H), Rec., p. 94 ; cf. pro. CE Sect., 20 avril 1956, n° 98 637 (N° Lexbase : A8010AYC), Rec., p. 167 ; CE Sect., 20 avril 1956, n° 33 961 (N° Lexbase : A8023AYS), Rec., p. 168.
- (14) CE, 31 juillet 1912, n° 30 701 (N° Lexbase : A6681A7L), Rec., p. 909 ; cf. pro. T. confl., 13 octobre 2014, n° 3963 (N° Lexbase : A6721MYL), Rec., p. 471.
- (15) T. confl., 25 mars 1996, n° 3000 (N° Lexbase : A2712ATM), Rec., p. 535.
- (16) T. confl., 8 juillet 1963, n° 1804 (N° Lexbase : A8175BD7), Rec., p. 787.
- (17) T. confl., 9 mars 2015, n° 3984 (N° Lexbase : A9541NCD), Rec., à paraître.
- (18) T. confl., 12 avril 1976, n° 2014 (N° Lexbase : A8229BD7) Rec., p. 698 ; cf. T. confl., 15 juin 2015, n° 4006 (N° Lexbase : A1538NLK), Rec., à paraître.
- (19) T. confl., 23 mai 2005, n° 3450 (N° Lexbase : A1193DPU), Rec., p. 658.
- (20) CE, 19 décembre 2007, n° 268 918, 269 280, 269 293 (N° Lexbase : A1460D3H), Rec., p. 507.
- (21) Cass. civ. 1, 18 juin 2014, n° 13-19.408, F-D (N° Lexbase : A5786MRQ).
- (22) Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 (N° Lexbase : A8153ACX), Rec. CC, p. 8.