

Un contrat passé par une personne publique et soumis au code des marchés publics a-t-il, par voie de conséquence, le caractère de contrat administratif ?  
(T. confl., 5 juill. 1999, Commune de Sauve c/ Sté Gestetner, Req. n° 3142 ; T. confl., 5 juill. 1999, Union des groupements d'achats publics (UGAP) c/ Sté SNC Activ. CSA, Req. n° 3167)

Gilbert Orsoni, Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille

Une question commune se trouvait posée au travers des saisines du tribunal des conflits donnant lieu aux deux décisions du 5 juillet 1999, celle de savoir si un contrat passé par une personne publique et soumis au code des marchés publics se voyait, par voie de conséquence, conférer le caractère de contrat administratif.

A cette question qui méritait d'être posée et dont la réponse n'allait pas de soi (les décisions du tribunal des conflits furent rendues contrairement aux conclusions du commissaire du gouvernement R. Schwartz), le tribunal des conflits devait privilégier l'approche traditionnelle de la notion de contrat administratif et ne pas faire place à ce qui eût constitué en quelque sorte la consécration d'un troisième critère permettant de caractériser celui-ci, après la clause exorbitante et la participation à l'exécution du service public, dès lors bien entendu que l'un des contractants est une personne publique.

Dans la première espèce, après que le tribunal de grande instance de Nîmes se fut reconnu incompétent par un jugement du 28 mai 1997 pour connaître des obligations résultant des contrats passés entre la Société Gestetner et la Commune de Sauve, le tribunal administratif de Montpellier, par jugement du 8 octobre 1998 renvoya au tribunal des conflits le soin de trancher de la compétence relativement à ces contrats de fourniture de matériels de reprographie et de photocopie.

L'argumentation de la commune tendant à ce que soit reconnue la compétence du juge administratif reposait sur le fait qu'étant soumis au code des marchés publics, ces contrats, à ce titre, étaient des contrats administratifs - telle était aussi l'approche du tribunal de grande instance de Nîmes ce qui avait conduit à sa déclaration d'incompétence. Argumentation rejetée par le tribunal des conflits pour qui la circonstance qu'il s'agisse de contrats soumis au code des marchés publics ne suffit pas, à elle seule, à leur conférer le caractère de contrats administratifs alors (c'est le rappel des critères traditionnels) « qu'ils ne faisaient pas participer la personne privée cocontractante à l'exécution du service public et ne comportaient aucune clause exorbitante du droit commun ».

Dans la deuxième espèce, le déclinatoire de compétence présenté le 28 septembre 1998 par le préfet du Haut-Rhin, tendant à déclarer incompétente la juridiction de l'ordre judiciaire concernant les contrats passés par l'Union des groupements d'achats publics (UGAP) avec ses fournisseurs, se fondait sur leur soumission au code des marchés publics donc à un régime exorbitant du droit commun ce qui leur aurait conféré le caractère de contrats administratifs. D'autant que le marché litigieux comportait une clause exorbitante contenue dans le cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de fournitures courantes et services : il s'agissait du pouvoir de résiliation unilatérale dont dispose la personne publique y compris en l'absence de tout manquement du titulaire du marché à ses obligations contractuelles.

La décision du tribunal des conflits est cette fois, effectivement, de considérer que la compétence est celle des juridictions administratives, le contrat étant bien un contrat

administratif :

- d'abord parce que, bien que l'UGAP soit un établissement public à caractère industriel et commercial, elle agit non pour ses besoins propres, mais pour ceux de la puissance publique concernée, son cocontractant ne sachant dès lors être regardé comme l'usager d'un service public industriel et commercial ;

- ensuite et surtout, alors que la circonstance que les achats effectués par l'UGAP soient soumis au code des marchés publics ne saurait, à elle seule, leur conférer le caractère de contrats administratifs (est reprise ici l'affirmation déjà soulignée dans l'espèce *Commune de Sauve c/ Sté Gestetner*) parce que le marché se réfère à un cahier des charges qui lui-même comprend une clause exorbitante du droit commun. Constitue en effet une telle clause « le fait de prévoir au profit de la personne publique contractante un pouvoir de résiliation unilatérale du contrat en l'absence de tout manquement du titulaire de ce dernier à ses obligations contractuelles ».

La réponse du tribunal des conflits à la question posée est donc claire. Par elle-même, la soumission d'un contrat au code des marchés publics ne suffit pas à en faire un contrat administratif. La jurisprudence traditionnelle se trouve donc confirmée et l'on ne saurait voir apparaître, pour l'instant, de troisième critère au contrat administratif après ceux de la clause exorbitante et de la participation du cocontractant à l'exécution du service public (la référence à un « régime exorbitant du droit commun » exprimée par l'arrêt de sect. du CE, 19 janv. 1973, *Sté d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, Rec. p. 48 n'ayant pas eu les suites attendues).

Il demeure que si la jurisprudence traditionnelle paraît confortée, reconnaître que le fait pour le contrat de renvoyer à un cahier des clauses administratives générales tel celui applicable aux marchés publics de fournitures courantes et de services lequel contient une clause exorbitante du droit commun (Cf. 2<sup>e</sup> espèce) revient à considérer ce contrat comme administratif. Ce qui implique que dans un très grand nombre de cas l'association marché public - contrat administratif se verra effective. Mais nullement automatique. On comprend les arguments développés en faveur du refus de cette automaticité (Cf. F. Raynaud et P. Fombeur, AJDA 1999. 559) : la soumission au régime des marchés publics est imposée aux cocontractants alors que dans le régime de la clause exorbitante apparaît la volonté des parties de se soumettre ou non à un régime de droit public ; la qualification de contrat administratif dépendrait du montant du marché ; les collectivités publiques qui le souhaiteraient ne pourraient plus se maintenir exclusivement sur le terrain des « rapports de particuliers à particuliers ».

Sans méconnaître la portée de pareils arguments on peut se demander néanmoins si la référence à un « bloc de compétence » administratif s'agissant de marchés publics (comme il en existe à propos de travaux publics) que faciliterait la reprise du raisonnement du commissaire du gouvernement Schwartz exposant que plusieurs dispositions du code des marchés publics pouvaient être regardées comme des clauses exorbitantes du droit commun, n'aboutirait pas à une simplification du système et à un surcroît de cohérence, la coexistence marché public - contrat de droit privé n'allant pas toujours, intellectuellement et logiquement, de soi.

**Mots clés :**

COMPETENCE ADMINISTRATIVE \* Marché public \* Marché de fournitures \* Service public