

Est un contrat de droit privé le marché, conclu entre deux personnes privées en marge des travaux de construction d'une autoroute, et relatif à la construction des bureaux destinés à abriter l'exploitant

Philippe Terneyre

En principe, les « marchés publics » passés entre deux personnes de droit privé - y compris si l'une de celles-ci est étroitement contrôlée par une personne publique - sont des contrats de droit privé relevant du juge judiciaire, quand bien même leur objet est relatif à un service public ou à des « travaux publics » et/ou s'ils contiennent des clauses exorbitantes (le droit français d'application du droit communautaire des marchés publics, qui couvre les marchés publics de droit public comme ceux de droit privé, ne change justement rien à ce principe).

Toutefois *par dérogation* au principe, on sait, entre autres exceptions, que parce que *la construction des routes nationales*- traditionnellement exécutée en régie directe - a le caractère de travaux publics et appartient *par nature* à l'Etat, *les marchés passés par le maître de l'ouvrage pour cette exécution* (que celui-ci soit une personne publique ou une personne privée agissant en pareil cas pour le compte de l'Etat) *sont soumis aux règles du droit public* (CE, 8 juill. 1963, *Sté entreprise Peyrot*, Lebon, p. 787 ; 12 nov. 1984, *SEM du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines*, Lebon, tables, p. 532) et ce, que le maître d'ouvrage de droit privé soit une société d'économie mixte ou une société commerciale de droit commun (CE, 3 mars 1989, *Sté AREA*, Lebon, p. 69, concl. E. Guillaume ; D. 1990. *Somm.* 67, obs. P. Terneyre 📄). Et il en va ainsi qu'il s'agisse de la construction d'une autoroute, d'une route nationale « ordinaire » ou à grande circulation, d'un tunnel (CE, 24 avr. 1968, *Sté française du tunnel sous le Mont-Blanc*, Lebon, p. 255), d'un « pont-restaurant » au-dessus d'une autoroute (CE, 15 janv. 1982, *JCP* 1982.II.19880, rapp. J.-C. Lecante ; Cass. 1re civ., 10 mai 1983, *Bull. civ.* I, n° 145) ou de travaux hydrauliques relatifs à la récupération des eaux pluviales, « connexes et nécessaires à la construction d'une autoroute » (CAA Lyon, 19 nov. 1992, *Sté ASF*, Lebon, tables, p. 1102).

A la lecture rapide de ces solutions, on pourrait alors être tenté de conclure que *tous* les marchés des sociétés privées chargées de la construction et de l'exploitation des autoroutes passés avec d'autres personnes privées sont des marchés publics de droit public ; en d'autres termes, qu'il existerait un « bloc de compétence administrative » pour le contentieux de la construction des autoroutes. Deux autres arrêts pourraient d'ailleurs confirmer cette thèse. Le premier, récent (CE, 6 juill. 1994, *Sté ANEF*, Req. n° 156 701), qui décide que de telles sociétés « ont pour activité l'exécution d'une mission de service public administratif » qu'elles exercent « selon des règles de droit public » ; « leur profession n'est, dès lors, pas au nombre de celles mentionnées au code de commerce dont la nature est commerciale ». Le second, plus ancien, implicite et discuté (T. confl., 15 janv. 1979, *Paysan c/ Sté ASF*, *JCP* 1980.II.19453, note Y. Brard ; D. 1979. *IR.* 266, obs. P. Delvolvé), selon lequel, lorsqu'une société d'autoroutes donne en location à titre précaire à un particulier un terrain apporté par l'Etat ne faisant pas partie du domaine public, ce contrat passé entre deux personnes privées peut être de droit public s'il contient des clauses exorbitantes du droit commun.

L'intérêt de l'arrêt ici commenté - annoncé par d'autres décisions - est d'infirmer cette thèse du bloc de compétence et de confirmer le principe de la nature de droit privé des conventions passées entre deux personnes privées. De fait, dans une décision en date du 2 mars 1987 (*CFA c/ Sté ASF*, *Quot. jur.* 30 juin 1987, p. 8, note F. Moderne), le Tribunal des conflits avait déjà affirmé, s'agissant d'une convention passée entre une société d'autoroutes et un groupement foncier agricole permettant à la société d'extraire, stocker et traiter des matériaux (pourtant) nécessaires à la construction de l'autoroute, que cette convention ne faisait « en rien participer le GFA à l'exécution même du travail public confié à la société ASF »

et, qu'en conséquence, ce contrat ressortissait à la compétence des tribunaux judiciaires. Dans le présent arrêt du 9 févr. 1994 - où un litige opposait une société d'autoroutes à des constructeurs à propos de désordres affectant un ensemble immobilier à usage de bureau et d'entrepôt réalisé par ces constructeurs et destiné à abriter la direction de l'exploitation de l'autoroute -, le Conseil d'Etat décide également que *ces marchés de construction conclus entre des personnes privées et portant sur des travaux ne concernant pas directement les ouvrages principaux ou accessoires de l'autoroute et réalisés hors de l'emprise de cette dernière* étaient soumis aux règles du droit privé et ce, quand bien même ils contiendraient des clauses exorbitantes du droit commun (référence au CCAG-travaux) et que les ouvrages reviendraient à l'Etat au terme de la concession.

En d'autres termes, dès l'instant où le cocontractant privé de la société d'autoroutes ne participe pas à l'exécution même du travail public confié au concessionnaire ou si l'objet du marché n'est pas relatif à la construction même de l'autoroute ou à ses ouvrages accessoires compris dans son emprise, les marchés « publics » de construction, de fournitures ou de services des sociétés d'autoroutes avec des cocontractants privés sont des contrats de droit privé et ce, même s'ils contiennent des clauses exorbitantes. Le critère organique est ainsi confirmé par-delà l'objet « par nature » de droit public de la construction des routes nationales, de même que sont confirmées les difficultés d'application de la dualité de juridictions s'agissant, par exemple, ... de la construction des autoroutes.

Mots clés :

CONTRAT ADMINISTRATIF * Clause exorbitante du droit commun * Marché public * Autoroute
* Construction * Emprise