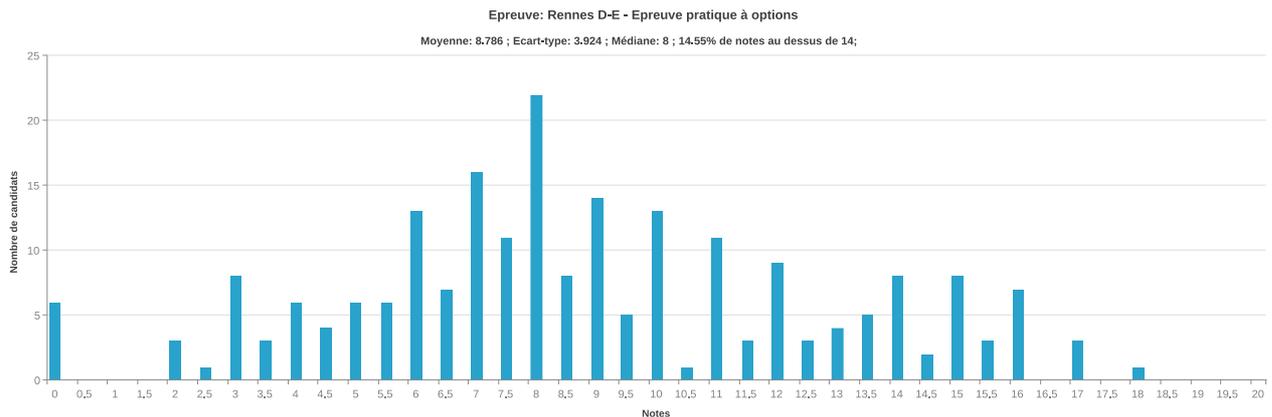


# Rapport de jury Épreuve de droit public

## I – Statistiques



## II - Rapport

### 1. Remarques générales sur l'épreuve

L'épreuve de droit public a donné lieu à un commentaire d'une décision du Tribunal des conflits relative à la qualification d'un contrat administratif par la mobilisation successive du critère de la clause exorbitante de droit commun – dont le juge donne une lecture innovante – et du critère de l'objet de service public du contrat – dont le juge fait une application classique. Ce sujet a permis à la fois de mesurer les bonnes copies qui ont su comprendre, mettre en ordre et restituer clairement la qualification d'un contrat administratif, et de discriminer les excellentes copies qui ont su analyser la portée de cette jurisprudence qui complète désormais l'identification de la clause exorbitante.

Parmi les éléments méthodologiques attendus, nous insisterons sur l'importance de produire un plan structuré et rigoureux comprenant des titres qualifiés et complets (le qualificatif étant le révélateur d'une idée, qui peut bien sûr se formuler d'une autre manière, et le caractère complet devant permettre d'identifier clairement le contenu de la partie ou du paragraphe), en précisant que nous avons admis plusieurs types de plans (l'important étant qu'il soit justifié par le candidat) et que les plans avec l'ambition d'une grande originalité ne sont pas les plus efficaces pour ce type de sujet. Le plan retenu doit être la réponse argumentée au problème de droit identifié par le candidat. Concernant le problème de droit, rappelons qu'il s'agit de la question posée au juge, et qu'on dit du problème de droit qu'il doit permettre à lui seul d'identifier une seule décision parmi toutes ; par conséquent une formulation trop générale comme celle d'une copie citée ici « la question qui se pose est de savoir quand est-ce qu'un contrat peut être qualifié un contrat de contrat administratif ? » est à proscrire. Un problème de droit n'est pas une problématique : les candidats peuvent en proposer une mais c'est le problème de droit qui est le principal élément attendu.

Nous insisterons également sur la double nécessité dans chaque paragraphe à la fois de citer le texte commenté (en recourant à des références par exemple à un numéro de considérant) et de restituer dans chaque paragraphe des connaissances attendues pour la compréhension du commentaire.

Parmi les critiques générales que l'on peut formuler, on regrettera des accroches plates ou paraphrasées qui n'offrent pas une porte d'entrée séduisante dans le devoir (par exemple « la décision ici présente est une décision du tribunal des conflits, rendu le 2 novembre 2020 et publié au recueil Lebon. » ; « le caractère administratif ou non d'un acte est toujours compliqué à saisir »). On a apprécié l'effort de certaines copies à produire des titres adéquates et on mentionnera deux contre-exemples de ce qu'il ne faut pas faire : « 1A un rappel législatif bienvenu » ou « 2B une solution rendue critiquable ».

Le jury met également en garde les futurs candidats contre la tentative de « remplissage » qui est parfois esquissée dans certaines copies. Les développements hors sujet n'apportent strictement aucun point. Par exemple, les développements parfois substantiels trouvés dans certaines copies sur la procédure législative des fouilles archéologiques et le droit de l'archéologie préventive, ou sur la neutralité et la laïcité dans le fonctionnement des services publics, n'ont pas été appréciés.

## 2. Correction indicative

Commentaire de la décision **Tribunal des Conflits, 2 novembre 2020, n° C4196, publiée au Recueil Lebon.**

Les contrats conclus par les personnes publiques sont un instrument central de l'action administrative. Cependant, leur qualification de contrat administratif ou de contrat privé n'est pas évidente et dépend de nombreux critères qui, en dépit de leur ancienneté, sont régulièrement précisés et renouvelés par une jurisprudence contrainte de s'adapter aux évolutions normatives, notamment sous l'impulsion du droit européen de la concurrence. Ces questions de qualification déterminent la compétence contentieuse soit du juge administratif soit du juge judiciaire, sous la houlette du Tribunal des conflits, juge répartiteur du contentieux entre les deux ordres juridictionnels.

Le 21 octobre 2010, la communauté d'agglomération du Pays d'Aix, un établissement public de coopération intercommunale, a conclu avec une société publique locale d'aménagement (SPLA), société privée, une concession d'aménagement pour réaliser une zone d'aménagement concertée. Dans le cadre de ce projet, le Préfet de la région PACA a prescrit le 27 octobre 2015 la réalisation de fouilles d'archéologie préventive. La SPLA a donc engagé une procédure d'attribution du contrat de réalisation de ces fouilles. A l'issue de cette procédure, le contrat a été attribué à l'Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP) et a été conclu le 10 mars 2017. La société Eveha, candidat déçu à l'obtention de ce contrat, a contesté son attribution à l'INRAP.

La société Eveha a saisi le tribunal administratif de Marseille d'un recours relatif à l'attribution de ce contrat. Le 6 novembre 2018, le tribunal administratif a rejeté sa demande. La société Eveha a formé appel de ce jugement. Le 15 juin 2020, la Cour administrative de Marseille a renvoyé au Tribunal des conflits la question de déterminer la compétence juridictionnelle pour connaître de ce contrat.

Le Tribunal des Conflits peut être saisi de plusieurs manières, pour un conflit positif, un conflit négatif, un conflit de décisions, une prévention de conflit, une durée excessive de procédure, en vertu du décret n° 2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles qui a réformé la procédure devant le juge répartiteur.

En l'espèce, il s'agit d'une procédure de prévention de conflit : précisément, le Tribunal peut être saisi par toute juridiction saisie d'un litige présentant une difficulté de compétence et mettant en jeu la séparation des ordres de juridiction. La Cour administrative de Marseille a donc transmis sa décision et les conclusions des parties au Tribunal, celles-ci ne sont pas mentionnées par la présente décision. Il s'agit donc simplement pour la juridiction de déterminer la nature du contrat.

Il s'agit ici pour le Tribunal des Conflits de procéder à la qualification d'un contrat conclu entre une société privée concessionnaire et un titulaire public du contrat, en déterminant si la nature particulière des parties dans un tel contrat s'oppose à la reconnaissance d'une clause exorbitante de droit commun ou si elle favorise la reconnaissance d'une mission de service public et, partant, sa nature administrative.

Le Tribunal des conflits procède à un raisonnement en deux temps pour qualifier ce contrat original par la nature des parties co-contractantes (l'entité adjudicatrice étant une personne privée particulière et le titulaire étant une personne publique également particulière). Il juge d'abord que l'attribution d'un pouvoir de résiliation unilatéral du contrat ne peut pas être regardé comme une clause exorbitante dans la mesure où il est détenu par une personne privée. Le contrat doit donc être regardé comme un contrat de droit privé de ce point de vue.

Il juge ensuite que le titulaire du contrat litigieux étant une personne publique chargée d'une mission de service public, l'objet du contrat permet de le regarder comme un contrat administratif de ce point de vue.

En se fondant sur la nature particulière des parties dans le contrat en cause, le TC conclut à la nature administrative du contrat litigieux et renvoie à la compétence du juge administratif pour en connaître.

Tenant compte de la nature singulière des parties, le juge répartiteur commence par écarter de façon étonnante l'identification d'une clause exorbitante de droit commun (1) avant de déduire la nature administrative du contrat de la mission de service public qui est confiée à l'INRAP (2).

## **1. L'innovante lecture de la clause exorbitante de droit commun**

### **A. La nécessaire recherche d'une qualification du contrat en application des critères jurisprudentiels**

Afin d'identifier un contrat administratif, la logique commande de commencer préalablement par envisager, au besoin pour l'écarter, une qualification législative du contrat en question : il pourrait s'agir d'un marché public (critère du prix cumulé au critère du besoin) mais le code de la commande publique ne serait pas applicable car la qualification légale administrative visée à l'article 6 CPP « s'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs ». Le silence de la décision sur ce point oriente naturellement vers une qualification jurisprudentielle du contrat.

En particulier, c'est l'occasion de préciser que les deux cocontractants sont des personnes originales dans cette relation contractuelle : l'entité adjudicatrice est une personne privée spéciale (les SPLA sont des sociétés privées au sens de l'article L. 327-1 c. urba visé au considérant 1, mais leur capital est détenu en totalité par des personnes publiques. Par conséquent, la théorie de la transparence aurait pu être mobilisée par le Tribunal des Conflits, qui n'en fait rien et s'en tient à leur nature privée. Dans ce contexte de qualification ce silence est étonnant, mais il sera déterminant pour la suite de la qualification.

Par ailleurs, le contractant choisi pour exécuter le contrat est une personne publique, étant entendu que dans cette hypothèse les personnes publiques peuvent tout à fait candidater à la commande publique mais à la condition de ne pas tirer parti de leur position particulière pour fausser le libre jeu de la concurrence *CE, avis, 2000, Sté Jean-Louis Bernard consultants*.

Il faut donc poursuivre la qualification en application des critères jurisprudentiels, dont le premier est celui de la présence d'une clause exorbitante de droit commun.

### **B. L'interprétation renouvelée de la clause exorbitante de droit commun**

Le critère jurisprudentiel de la clause exorbitante de droit commun a été posé de longue date par la jurisprudence *CE, 1912, Sté des granits porphyroïdes des Vosges*.

On peut en retenir la définition suivante : sont des clauses exorbitantes de droit commun celles qui attribuent un pouvoir exorbitant à l'Administration (prérogatives unilatérales de modification, de résiliation ou de contrôle par exemple) ou qui font peser sur le cocontractant des obligations exorbitantes du droit commun, les deux ayant pour effet de confier à l'un des cocontractants des droits et obligations « étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales » *CE, 1950, Stein*.

La difficulté de cette dernière définition tenait à ce que de telles clauses pouvaient se retrouver en droit privé. Le Tribunal des Conflits avait donc procédé à une nouvelle définition de la clause exorbitante de droit commun dans la célèbre jurisprudence *TC, 2014, Sté Axa France IARD* : il s'agit désormais de celle qui, non seulement attribue un pouvoir particulier à l'Administration et porte la marque de la puissance publique mais le fait de surcroît à des fins d'intérêt général.

Fidèle à ce resserrement de la notion de clause EDC, le Tribunal des conflits précise ici sa définition en la réservant aux personnes publiques au considérant 5 (« *la circonstance que le contrat litigieux comporte des clauses [exorbitantes] 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 cocontractante et non à la personne publique* »). C'est là la première portée majeure de cette décision que de préciser le champ de la clause EDC.

En l'absence d'une telle clause, le juge ne conclut donc pas encore à ce stade à la nature administrative du contrat, il va mobiliser un autre élément pour y parvenir, celui de la mission de service public.

## **2. La présence déterminante d'une mission de service public**

#### A. *Le recours central à l'objet de service public du contrat*

L'objet de service public du contrat est le deuxième critère de qualification des contrats administratifs, consacré par la jurisprudence *CE, 1956, Epoux Bertin* relative au contrat ayant pour objet de procéder à la délégation d'un service public à un gestionnaire tiers.

Afin de qualifier une activité de service public, il faut soit recourir à une qualification législative, soit recourir à une qualification jurisprudentielle. Si la qualification jurisprudentielle du service public repose sur les décisions *CE, 1963, Narcy* et *CE, 2001, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, c'est bien en l'espèce d'une qualification législative qu'il est question ici. En effet les considérants 2, 3 et 4 visent les dispositions du code du patrimoine qui confient ce service public à l'INRAP.

C'est donc d'un objet de service public dont il est question ici puisque le contrat litigieux a vocation à déléguer le SP de l'archéologie préventive à l'INRAP : « *le contrat par lequel la personne projetant d'exécuter les travaux [...] confie à l'INRAP [...] le soin de réaliser ces opérations de fouille a pour objet l'exécution même de la mission de service public de l'archéologie préventive* » considérant 6.

On peut préciser que l'objet de service public est entendu largement par le juge administratif : il peut s'agir de déléguer la mission de SP, de faire participer le cocontractant au service public, ou encore de considérer que le contrat lui-même est une modalité d'exécution du service *CE, 1974, Sté la maison des isolants de France*.

On le voit, la nature d'établissement public de l'INRAP et sa mission de service public est bien déterminante sur la nature du contrat, alors même que cette qualité de personne morale de droit public n'a pas eu d'incidence sur la procédure d'attribution du contrat qui fait pourtant l'objet du litige. Si ce raisonnement peut sembler circulaire, il n'en demeure pas moins cohérent. Le TC conclut donc à la nature administrative du contrat.

#### B. *La conséquence de la mission de service public sur la nature des travaux réalisés.*

En guise de conclusion de sa qualification de contrat administratif et en s'appuyant sur l'objet de service public du contrat, le Tribunal des Conflits va prolonger son raisonnement dans le champ des travaux réalisés. En effet, le juge considère que les opérations qui seront réalisées dans le cadre de l'exécution du contrat en cause « *présentent le caractère de travaux publics* » au considérant 6. Cette précision n'étant pas nécessairement attendue dans cette décision et le tribunal est probablement allé plus loin que ce qui était demandé par les parties, en toutes hypothèses afin de tarir le contentieux qui pourrait naître de l'interprétation de sa décision.

Les travaux publics se définissent de deux manières dont, pour celle qui concerne les faits, les opérations sur des immeubles publics comme privés réalisés par une personne publique dans le cadre d'une mission de service public *TC, 1955, Effimieff reproduit en annexe du sujet*. La similitude entre les faits de la décision de 1955 et ceux de la décision commentée confirme la cohérence de la jurisprudence du tribunal des conflits sur les conséquences à tirer de la nature administrative d'un contrat conclu par une personne privée.

---