

[Jurisprudence] Rappels du Tribunal des conflits sur la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire s'agissant des contrats de la commande publique

Réf. : T. confl., 13 septembre 2021, n° 4224 ([N° Lexbase : A469347X](#))

N9051BYU



par Marie-Cécile Haize et Inès Fresko, Avocates au barreau de Paris , le 13-10-2021

Mots clés : commande publique • compétence • filiales

Dans un arrêt rendu le 13 septembre 2021, le Tribunal des conflits juge qu'un contrat de la commande publique conclu par une personne morale de droit privée - entité adjudicatrice - , destiné majoritairement à répondre aux besoins de l'une de ses filiales dont les contrats de la commande publique sont des contrats administratifs par détermination de la loi est un contrat de la commande publique de nature administrative, relevant de la compétence de la juridiction administrative.

Saisi par le tribunal judiciaire de Paris d'un litige soulevé par un candidat évincé de la passation d'un accord-cadre de prestations de portage salarial lancé par la SNCF, le Tribunal des conflits rappelle dans l'arrêt rapporté la distinction entre les contrats de la commande publique de nature privée et de nature administrative, ainsi que les conséquences de cette distinction en termes de compétences juridictionnelles (I). Il se prononce, à cette occasion, sur l'application de ces règles au groupe SNCF ainsi qu'à sa filiale SNCF Réseau, désormais personnes morales de droit privé (sociétés anonymes) depuis le 1er janvier 2020 [\[1\]](#) (II).

I. Cohabitation des contrats de la commande publique de nature privée et de nature administrative : rapprochements et distinctions

A. Des contrats de la commande publique de nature différente

Selon l'article L. 2 du Code de la commande publique ([N° Lexbase : L4461LRN](#)), constitue un contrat de la commande publique « les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques ».

Si les contrats de la commande publique doivent, en conséquence, suivre les règles, pour leur passation, du code de la commande publique, leur nature – administrative ou privée – varie selon que le contrat en question répond à différents critères :

- **Soit un contrat de la commande publique est qualifié d'administratif par la loi** ; tel est le cas, par exemple, des contrats de partenariat, qui sont qualifiés explicitement d'administratifs par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ([N° Lexbase : L2584DZQ](#)) [2], ou encore des marchés publics s'ils sont conclus par une personne publique et « en raison de leur objet ou de leurs clauses » [3]. Tel est également le cas de contrats de la commande publique conclus par des entités particulières [4] ;

- **Soit – et en l'absence de qualification par la loi – un contrat de la commande publique est administratif s'il répond au critère organique et, au moins, à un critère matériel posé par la jurisprudence :**

a) **Critère organique** : le contrat est conclu par une personne publique, ou par une personne privée agissant comme le mandant d'une personne publique [5] ;

b) **Critère matériel** :

- le contrat comporte des clauses exorbitantes du droit commun [6] ou relève d'un régime exorbitant du droit commun [7] ;

- le contrat est relatif à l'organisation du service public [8] ou confie à un tiers l'exécution du service public [9].

Un contrat qui ne serait pas qualifié d'administratif par la loi ne peut, en conséquence, être de nature administrative s'il n'est pas à minima conclu avec une personne publique ou son mandant (critère organique), en sus de devoir remplir au moins un des critères matériels énoncés ci-dessus.

Cette solution est, somme toute, logique, un contrat conclu entre personnes privées étant étranger à l'administration [10].

Conséquence de cette solution, **un contrat qui ne serait pas administratif par détermination de la loi, ou conclu par une personne publique, ne peut être regardé comme administratif, quand bien même il comporte des clauses exorbitantes de droit commun [11], relève d'un but d'intérêt général, ou ... est soumis au Code de la commande publique.**

C'est ainsi que le Tribunal des conflits a pu considérer, dans une décision du 17 décembre 2001, que :

« Considérant que les marchés passés avec les deux entreprises, par la société Lyon Parc Auto, maître de l'ouvrage, agissant pour son propre compte et non pour le compte de la communauté urbaine de Lyon sont des contrats de droit privé ; que la seule circonstance qu'ils sont soumis au Code des marchés publics ne saurait leur conférer le caractère de contrats administratifs alors qu'ils ne faisaient pas participer les personnes privées à l'exécution d'un service public et ne comportaient aucune clause exorbitante du droit commun ; que, par suite, il appartient aux juridictions de l'ordre judiciaire de connaître des demandes de la société Lyon Parc Auto dirigées contre les sociétés GFC et Intrafor qui ont pour seul fondement un éventuel manquement à leurs obligations contractuelles » [12].

B. Entraînant une répartition des compétences juridictionnelles distinctes

De la nature du contrat, administrative ou privée, découle naturellement la compétence juridictionnelle.

C'est ainsi sans surprise qu'un contrat de la commande publique de nature administrative relève du juge administratif, alors qu'un contrat de la commande publique de nature privée échoit à la juridiction judiciaire [13].

Au-delà de la compétence juridictionnelle, existe, entre les contrats de la commande publique administratifs et privés, une divergence sensible relative aux recours possibles.

En effet, les contrats de la commande publique administratif peuvent faire l'objet de :

- référés pré-contractuels [14], par les personnes « qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées » par des manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence, à condition que les manquements « aient été susceptibles d'avoir lésé ou risquent de léser l'entreprise, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente » [15], et ce afin d'obtenir la suspension ou l'annulation de la passation du contrat ;
- référés contractuels [16] par les mêmes personnes, afin d'obtenir l'annulation du contrat, étant précisé que les manquements pouvant être invoqués sont limités [17] ;
- mais également des recours en contestation du contrat, dits « Tarn-et-Garonne » [18] par « 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 pourrait alors évoquer « des manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction », en vue d'obtenir la résiliation, voire l'annulation du contrat.

S'agissant des contrats de la commande publique de nature privée, si ceux-ci bénéficient, certes, des recours en référé précontractuels et contractuels, en vertu des articles 2, 5 et 11 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (**N° Lexbase : L15481E3**) [19], la voie du recours « Tarn-et-Garonne » est fermée [20].

Au surplus, il peut sembler plus complexe dans la pratique de porter devant la juridiction judiciaire un contentieux d'un contrat de la commande publique, les règles contentieuses étant différentes, et la Cour de cassation n'étant pas toujours en phase avec le Conseil d'Etat dans ses décisions [21].

II. Une nature administrative du contrat de la commande publique objet du litige par détermination de la loi

Dans ses conclusions sur l'arrêt commenté, le rapporteur public – Anne Berriat – suit le raisonnement exposé au point I. ci-dessus.

D'abord, elle analyse qui sont les acheteurs, à savoir différentes entités au sein du groupe SNCF. Elle constate leur nature privée (sociétés anonymes), depuis l'ordonnance n° 2019-552 du 3 juin 2019, portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF ([N° Lexbase : L3903LQM](#)) réorganisant le groupe public [\[22\]](#) ;

Elle en déduit, nécessairement mais implicitement, que le contrat, dès lors qu'il n'est pas conclu par au moins une personne publique, doit être *a priori* regardé comme étant de nature privée : « Les parties au contrat sont la SNCF, les filiales au nom desquelles celle-ci devait signer l'accord-cadre et les candidates, soit des personnes privées exclusivement. Celui-ci est donc présumé de droit privé ». Effectivement, si aucune personne publique n'est cocontractante, un contrat ne peut être regardé comme administratif, le critère organique de définition d'un contrat public faisant défaut. Et ce, quand bien même il s'agirait d'un contrat de la commande publique, ou que le contrat contiendrait des clauses exorbitantes du droit commun [\[23\]](#).

Toutefois, elle renverse sa présomption du caractère privé du contrat, par une analyse in concreto des prestations fournies par le contrat. C'est ainsi qu'elle constate que le contrat conclu – qui portait sur du portage-salarial – avait vocation à répondre aux besoins de différentes entités au sein du groupe SNCF selon la répartition suivante : la société-mère SNCF (12 %), et ses filiales, [SNCF Réseau \(52 %\)](#), [SNCF Voyageurs \(32 %\)](#), [SNCF Gares & Connexions \(3 %\)](#), [Fret SNCF \(1 %\)](#). **Elle en déduit que le contrat a principalement pour vocation de répondre au besoin de SNCF Réseau.**

Or, par détermination de la, et plus précisément en vertu de l'article L. 2111-9-4 du Code des transports ([N° Lexbase : L7034LQL](#)), « **sont des contrats administratifs les contrats (...) conclus par la société SNCF Réseau** pour l'exécution de ses missions », dont les « contrats conclus en application du code de la commande publique ».

Elle fait, ensuite, prévaloir la théorie de l'attractivité des contrats administratifs : le caractère administratif de la part du contrat conclu au bénéfice de SNCF Réseau, de 52 % du contrat total, entraîne l'administrativité de l'ensemble des autres part du contrat dont la nature aurait pu être privée : « Comme il ne peut être envisagé qu'un même contrat soit à la fois administratif et de droit privé, il y a lieu d'en déduire que l'accord-cadre passé au nom de la SNCF et de ses filiales, parce qu'il porte majoritairement sur des prestations destinées à une personne morale de droit privée dont les contrats sont administratifs par détermination de la loi, est un contrat administratif ».

Et en conclut qu'il s'agit d'une compétence du juge administratif.

Suivant cette analyse, le Tribunal des conflits juge que ce contrat de la commande publique « passé par une entité adjudicatrice » (à savoir la société-mère SNCF) « au nom et pour le compte de plusieurs sociétés » (à savoir ses filiales SNCF Réseau, SNCF Voyageurs, SNCF Gares & Connexions et Fret SNCF), et « destiné majoritairement à répondre aux besoins de l'une de ces sociétés dont les contrats passés en application du code de la commande publique sont des contrats administratifs par détermination de la loi » (à savoir SNCF Réseau), « **revêt lui-même un caractère administratif** », **relavant de la compétence du juge administratif.**

En conclusion, la nature administrative ou privée d'un contrat de la commande publique doit faire l'objet d'une analyse fine et au cas par cas sur la base des critères dégagés par la jurisprudence, et ce préalablement à l'introduction de tout recours contentieux. **Une vigilance particulière sur ce point est nécessaire, dès lors que cette nature administrative ou privée détermine non seulement la juridiction compétente, mais également les voies de recours ouvertes à l'encontre dudit contrat.**

Rappelons, à cet égard, que les candidats évincés à une procédure de passation d'un contrat de la commande publique de nature privée sont d'emblée placés dans une situation moins favorable que les candidats évincés à une procédure de passation d'un contrat de la commande publique de nature administrative, puisque la **voie du recours « Tarn-et-Garonne » leur est fermée d'office**, et qu'ils portent leur litige devant la juridiction judiciaire, moins coutumière des contrats de la commande publique que la juridiction administrative. Le Conseil

constitutionnel n'y voyant pas de méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, cette situation est amenée à perdurer [24].

-
- [1] Par l'effet de l'ordonnance n° 2019-552 du 3 juin 2019 portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF.
- [2] Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, sur les contrats de partenariat, art. 1.
- [3] CCP, art. L. 6 ([N° Lexbase : L4463LRQ](#)) : « S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs, sous réserve de ceux mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie. Les contrats mentionnés dans ces livres, conclus par des personnes morales de droit public, peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses ».
- [4] Les contrats conclus par la société TELT sont ainsi, en vertu de l'article 10 de l'accord le gouvernement de la république italienne et le gouvernement de la république française pour la réalisation et l'exploitation d'une nouvelle ligne ferroviaire Lyon Turin du 30 janvier 2012 des contrats administratifs.
- [5] À titre d'exemple, tel est le cas des contrats de police aéroportuaire passés par la société Aéroports de Paris, cette dernière agissant ici pour le compte de l'Etat (CE, 3 juin 2009, n° 323594 [N° Lexbase : A7257EHA](#)).
- [6] Tel est le cas, par exemple, des contrats (CE, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, n° 30701 [N° Lexbase : A6681A7L](#)).
- [7] CE, Sect., 19 janvier 1973, n° 82338 ([N° Lexbase : A6680A7K](#)).
- [8] CE, 20 avril 1956, n° 98637 ([N° Lexbase : A8010AYC](#)).
- [9] T. confl., 4 juin 1968, n° 01917 ([N° Lexbase : A8433BDP](#)).
- [10] « Un contrat conclu entre particuliers ne saurait être un contrat administratif puisqu'il n'est même pas un contrat de l'Administration », A. de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. 1, LGDJ, 1re éd., 1956, n° 34, p. 55.
- [11] T. confl., 26 mars 1990, n° 02596 ([N° Lexbase : A9448BDA](#)).
- [12] T. confl., 17 décembre 2001, n° 3262 ([N° Lexbase : A8876ND4](#)).
- [13] F. Brenet, *Qualification jurisprudentielle du contrat administratif*, fascicule 695, Lexis Nexis.
- [14] CJA, art. L. 551-1 ([N° Lexbase : L3270KG9](#)) et suiv.
- [15] CE, 3 octobre 2008, n° 305420 ([N° Lexbase : A5971EAE](#)).
- [16] CJA, art. L. 551-13 ([N° Lexbase : L1581IEB](#)) et suiv.
- [17] Fiche de la DAJ, *Les recours contentieux liés à la passation des contrats de la commande publique*.
- [18] CE, Ass., 4 avril 2014, n° 358994 ([N° Lexbase : A6449MIP](#)).
- [19] Voir également S. Braconnier, P. Peyret et L. Levain, *Panorama des recours ouverts à l'encontre des contrats privés de la commande publique*, août 2013, Revue Contrats et Marchés Pub.
- [20] Le Conseil constitutionnel a pu préciser, sur ce point, que les candidats évincés d'un contrat privé de la commande publique sont dans une situation différente des candidats évincés d'un contrat administratif de la commande publique, le principe d'égalité devant la loi n'étant, dès lors, pas méconnu (Cons. const., décision n° 2020-857 QPC du 2 octobre 2020 [N° Lexbase : A49413WW](#)).
- [21] À titre d'exemple, la Cour de cassation a pu considérer que les marchés de services dits « non prioritaires » ne pouvaient donner lieu à un référé précontractuel (Cass. soc., 14 décembre 2011, n° 10-20.378, FS-P+B [N° Lexbase : A4683H8X](#)).
- [22] Ordonnance n° 2019-552 du 3 juin 2019 portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF.
- [23] Voir point I. A ci-dessus.
- [24] Cons. const., décision n° 2020-857 QPC du 2 octobre 2020 ([N° Lexbase : A49413WW](#)).

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable