

Faculté de droit et de science politique

Licence en droit

L2

Série 2

## Cours de Droit administratif

Jean-François Brisson, Professeur

Travaux dirigés

Séance n°1

### **Le partage du contentieux de l'activité administrative**

Consultation juridique :

Depuis plusieurs mois, les plus hauts magistrats de l'ordre judiciaire vont le siège du Premier Ministre pour se plaindre de l'élargissement continu de la compétence des juridictions administratives notamment dans le contentieux économique.

En stage au Secrétariat général du Gouvernement, votre chef de service vous demande d'étudier la faisabilité d'un projet de loi visant à transférer à la juridiction judiciaire le contentieux des actions en justice intéressant les personnes publiques et soulevant des atteintes au droit de la concurrence.

Votre rapport devra notamment envisager la question des actions en responsabilité exercées par les personnes publiques contre les pratiques anticoncurrentielles des entreprises candidates à l'attribution d'un contrat administratif mais également les actions dirigées contre les personnes publiques notamment quand elles attribuent par voie contractuelle et en violation du droit de la concurrence l'exécution d'une mission de service public à une entreprise privée.

Le projet de loi ayant pour objet de renverser des jurisprudences établies du Tribunal des conflits et du Conseil d'Etat, votre chef de service a insisté particulièrement sur la qualité des arguments à avancer et s'interroge sur la conformité à la Constitution d'un tel projet.

**SUR LE TRANSFERT A LA JURIDICTION JUDICIAIRE DU CONTROLE DES DECISIONS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE :**

15. Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ;

16. Considérant cependant que, dans la mise en oeuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, 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 ;

17. Considérant que, si le conseil de la concurrence, organisme administratif, est appelé à jouer un rôle important dans l'application de certaines règles relatives au droit de la concurrence, il n'en demeure pas moins que le juge pénal participe également à la répression des pratiques anticoncurrentielles sans préjudice de celle d'autres infractions intéressant le droit de la concurrence ; qu'à des titres divers le juge civil ou commercial est appelé à connaître d'actions en responsabilité ou en nullité fondées sur le droit de la concurrence ; que la loi présentement examinée tend à unifier sous l'autorité de la cour de cassation l'ensemble de ce contentieux spécifique et ainsi à éviter ou à supprimer des divergences qui pourraient apparaître dans l'application et dans l'interprétation du droit de la concurrence ;

18. Considérant dès lors que cet aménagement précis et limité des règles de compétence juridictionnelle, justifié par les nécessités d'une bonne administration de la justice, ne méconnaît pas le principe fondamental ci-dessus analysé tel qu'il est reconnu par les lois de la République ;

---

**Tribunal des conflits, N° 02578 6 juin 1989, Affaire dite de la Ville de Pamiers**

---

Considérant que par délibération du 10 mars 1988, le conseil municipal de Pamiers, décidant de substituer, pour le service public de distribution de l'eau, un mode d'exploitation à un autre, résilia le contrat de gérance liant la ville à la Société d'exploitation et de distribution d'eau (SAEDE) et conclut un contrat d'affermage avec la société lyonnaise des eaux (SLE) ; que, parallèlement à une requête qu'elle avait déposée devant la juridiction administrative pour obtenir tant l'annulation de cette délibération que le sursis à son exécution, la SAEDE, estimant avoir été victime de pratiques anticoncurrentielles, a formé devant le Conseil de la concurrence des recours, l'un, enregistré sous le n° C. 154, aux fins de mesures conservatoires et pour qu'il soit joint aux parties de revenir à l'état antérieur, l'autre, enregistré sous le n° C. 158, aux

mêmes fins et, en outre, au fond pour qu'il soit fait droit aux prétentions de la SAEDE en remédiant à une situation prohibée par les articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986.

Sur la compétence :

Considérant qu'il résulte de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 que les règles qui y sont définies ne s'appliquent aux personnes publiques qu'autant que celles-ci se livrent à des activités de production, de distribution et de services ; que l'organisation du service public de la distribution de l'eau à laquelle procède un conseil municipal n'est pas constitutive d'une telle activité ; que l'acte juridique de dévolution de l'exécution de ce service n'est pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché, et qu'il n'appartient en conséquence qu'aux juridictions de l'ordre intéressé de vérifier la validité de cet acte au regard des dispositions de l'article 9 de l'ordonnance susvisée ;

Article 1er : L'arrêté de conflit du préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris, en date du 3 février 1989 est confirmé.

Article 2 : La procédure suivie devant la Cour d'appel de Paris et l'arrêt rendu le 19 janvier 1989 par ladite Cour d'appel sont déclarés nuls et non avenue.

**60. Service public de distribution d'eau. Application de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 aux activités des personnes publiques. Organisation du service public et dévolution de son exécution. Compétence administrative**

Tribunal des conflits 6 juin 1989, Société d'exploitation et de distribution d'eau (S.A.E.D.E.) c. S.A. Lyonnaise des eaux et ville de Pamiers. R.F.D.A. 1989.457, concl. STIRN ;

A.J.D.A. 1989.467 chr. E. HONORAT et E. BAPTISTE, p. 431, note M. BAZEX, p. 468 ; G.P., S.J., éd. E, 1989 II 15644, note Ph. TERNEYRE.

Lorsque, le 10 mars 1988, le conseil municipal de Pamiers a décidé de résilier le contrat de gérance pour la distribution d'eau, qui liait la ville à la S.A.E.D.E. et de conclure un contrat d'affermage avec la S.L.E., il n'imaginait certainement pas le débat juridique que son initiative allait provoquer. En saisissant le Conseil de la Concurrence, instauré par l'ordonnance n° 86.1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986, de ce qu'elle estimait être une pratique anticoncurrentielle, la S.A.E.D.E. posait en effet le problème général de l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques.

Saisi d'une demande au fond (tendant à ce que soit constatée la nullité du contrat d'affermage) et d'une demande de mesures conservatoires, le Conseil de la Concurrence s'est estimé incompétent pour en connaître au regard de l'article 53 de l'ordonnance. Saisie de deux recours en réformation, la Cour d'appel de Paris admet au contraire la compétence du conseil et la sienne propre et décide, à titre conservatoire, la suspension des effets des mesures prises par la ville de Pamiers (C.A. Paris 30 juin 1988, G.P. 2 oct. 1988.3, note RICHER ; G.P. 7 déc. 1988.4, étude BOUTARD-LABARDE ; A.J.D.A. 1988.754, note BAZEC ; R.F.D.A. 1989.80, note CHAPUS ; D. 1989, chr. 67, étude LLORENS et SOLER-COUTEAUX). Le préfet de Paris décide alors d'élever le conflit, ce qui conduit à la présente décision du Tribunal des conflits.

L'affaire présente un intérêt sur le plan procédural (l'arrêté de conflit est recevable dès lors que la déclaration de compétence a été adressée à la Cour d'appel avant arrêt définitif). Elle a perdu tout intérêt concret immédiat (à la suite des élections municipales, la ville de Pamiers a décidé de poursuivre ses relations contractuelles avec la S.A.E.D.E.). Mais elle pose le problème du contrôle des activités économiques des personnes publiques : sur le fond, sont-elles régies par les dispositions de l'ordonnance de 1986 ? Si oui, relèvent-elles de la compétence du

Conseil de la concurrence, donc du contrôle de la Cour d'appel de Paris et du juge judiciaire ?

En répondant positivement à ces deux questions, la Cour d'appel de Paris provoquait un important transfert de compétence au profit du juge judiciaire dans un domaine particulièrement sensible et sur un fondement légal moins évident qu'elle ne l'affirmait.

Le Tribunal des conflits n'a pas repris ce raisonnement ; il a reconnu la compétence en la matière du juge administratif au terme d'une démarche beaucoup plus classique.

Le régime de la concurrence défini par l'ordonnance de 1986 ne s'applique aux activités des personnes publiques que pour autant qu'il s'agit d'activités de production, de distribution et de services. L'organisation du service public n'est pas constitutive d'une telle activité ; l'acte juridique de dévolution de l'exécution du service ne réalise pas une action sur le marché au sens de l'ordonnance ; par contre il est soumis au contrôle du juge intéressé, en l'espèce du juge administratif, s'agissant d'une décision prise dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique. La motivation n'est pas toujours heureuse mais son sens est clair et ramène à des données classiques du droit administratif.

L'organisation d'un service public, qu'il soit administratif ou industriel et commercial, relève toujours d'un régime de droit public sous le contrôle du juge administratif. La solution est traditionnelle et le Tribunal des conflits ne fait que la rappeler. La Cour de Justice des Communautés Européennes a d'ailleurs admis le même raisonnement pour l'application du droit communautaire de la concurrence (C.J.C.E. 4 mai 1988, BODSON c. Pompes funèbres, J.C.P. 1988, éd. G.II, 21145, obs. BOUTARD-LABARDE).

*A contrario*, on peut admettre que le fonctionnement de services publics constitue des activités de production, de distribution et de services entrant dans le champ de l'article 53 de l'ordonnance. La solution n'est pas contestable pour les services auxquels la jurisprudence reconnaît un caractère industriel et commercial (ce qui est normalement le cas d'un service de distribution d'eau). Bien que le Tribunal des conflits ne se soit pas prononcé sur ce point mais conformément aux conclusions du commissaire du Gouvernement STIRN, il ne semble pas que la même solution puisse être étendue à des services publics administratifs, à supposer qu'ils n'exercent pas de prérogatives de puissance publique. Par conséquent, seules les activités de droit privé des personnes publiques sont soumises au Conseil de la Concurrence et il ne résulte de l'ordonnance de 1986 aucun bouleversement dans la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction.

3 novembre 1997

## 3 novembre 1997 - Société Yonne Funéraire, Société Intermarbres, Société Million et Marais

Contrôle des actes de dévolution des services publics au regard du droit de la concurrence

### Analyse

**Les actes de dévolution des services publics peuvent être contestés sur le fondement des articles 7, 8, 9 et 10 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, alors en vigueur, relative à la liberté des prix et de la concurrence. Ce contrôle ne s'applique pas aux contrats conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance (Sect., 3 nov. 1997, Société Yonne Funéraire, Société Intermarbres, Société Million et Marais).**

Saisi de trois renvois préjudiciels de l'autorité judiciaire, le Conseil d'Etat a été amené à se prononcer sur la question de l'application aux actes de dévolution du service public de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, alors en vigueur, dont les dispositions ont depuis été reprises dans le code de commerce. Cette ordonnance interdisait les pratiques anticoncurrentielles, et confiait le soin de les réprimer au Conseil de la concurrence, transformé depuis lors en Autorité de la concurrence, dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris. L'article 53 de l'ordonnance disposait que « les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques », notamment, avait ajouté la loi du 8 février 1995, « dans le cadre des conventions de délégation de service public ».

Ces dispositions, non dépourvues d'ambiguïté, avaient tout d'abord suscité un débat sur le partage de compétence entre les juges administratif et judiciaire. Ce débat a été tranché par un arrêt du Tribunal des conflits du 6 juin 1989 (Préfet de la région Ile-de-France c/ Cour d'appel de Paris, plus connu sous le nom « Ville de Pamiers », p. 293). Se fondant sur les dispositions de l'article 53 de l'ordonnance, interprété à la lumière des principes dégagés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987, le Tribunal des conflits a indiqué que la cour d'appel de Paris n'était juge, de par la loi, que des décisions du Conseil de la concurrence, dont le contrôle ne portait que sur les pratiques anticoncurrentielles auxquelles se livrent des opérateurs économiques, de droit privé ou public, et qu'en revanche, seule la juridiction administrative avait compétence pour apprécier la légalité d'un acte administratif, comme celui régissant ou portant dévolution d'un service public.

Appelé à se prononcer sur l'application des dispositions de l'ordonnance de 1986 aux actes de dévolution d'un service public, le Conseil d'Etat avait dans un premier temps (23 juill. 1993, Compagnie générale des eaux, p. 225) repris à la lettre les motifs de la décision Ville de Pamiers du Tribunal des conflits, en estimant que ces règles ne s'appliquaient aux personnes publiques que pour autant qu'elles se livraient à des activités de production, de distribution et de services. Constatant que l'acte de dévolution d'un service public ne peut être assimilé à de telles activités et ne saurait, par lui-même, être susceptible de restreindre ou de fausser la concurrence, il en avait déduit que l'invocation de l'ordonnance de 1986 était inopérante à l'encontre d'un tel acte.

Les trois décisions rendues par la Section du contentieux le 3 novembre 1997 rompent avec ce raisonnement. Deux éléments fondent cette évolution. D'une part, la décision du Tribunal des conflits, rendue sur une pure question de compétence, ne déterminait pas sur le fond le périmètre du droit applicable. L'article 53 de l'ordonnance concernait les agissements des personnes publiques lorsqu'elles se comportent comme des opérateurs économiques, mais demeurerait sans conséquence sur la consistance du bloc de légalité dont le respect s'impose aux actes de l'administration. D'autre part, le postulat selon lequel l'acte juridique de dévolution d'un service public n'aurait par lui-même aucune incidence sur le jeu de la concurrence semblait pour le moins fragile.

Le Conseil d'Etat a donc jugé qu'il appartient au juge administratif de s'assurer que les actes de dévolution des services publics respectent l'ensemble des normes composant le bloc de légalité, y compris celles qui résultaient alors des articles 7, 8, 9 et 10 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Si ces dispositions semblent surtout concerner directement les entreprises privées, elles imposent néanmoins une règle plus générale qui interdit à l'autorité publique de prendre une décision plaçant une entreprise en situation d'abuser d'une position dominante. La logique de cette solution est identique à celle qui a conduit l'Assemblée du contentieux, dans l'affaire Société Lambda (6 déc. 1996, p. 465), à annuler une décision au motif qu'elle plaçait un agent public en situation d'être sanctionné au regard de la loi pénale.

En l'espèce, l'exercice de ce contrôle n'a pas conduit à l'annulation des actes de dévolution du service public des

pompes funèbres qui étaient contestés. Il a également été l'occasion de préciser que le moyen tiré de la méconnaissance de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 ne pouvait être invoqué à l'encontre des contrats conclus antérieurement à son entrée en vigueur.

Ces décisions renouvellent très sensiblement le contrôle opéré par le juge administratif sur les actes de dévolution du service public. Elles permettent d'assurer une meilleure cohérence de l'ordre juridique en complétant le contrôle déjà exercé au regard du droit communautaire de la concurrence et notamment des articles 82 et 86 du traité de Rome (Sect., 8 nov. 1996, Fédération française des sociétés d'assurance et autres, p. 441) et celui, qui intervient a posteriori, de l'autorité alors dénommée Conseil de la concurrence. Elles ont été complétées depuis lors par d'autres décisions précisant les modalités de ce contrôle et les critères pertinents permettant d'apprécier le contenu de la notion d'abus de position dominante dans le contexte spécifique des services publics, qui doit combiner les exigences du marché avec celles de l'intérêt général.

---

### **Tribunal des conflits, 16 novembre 2015, Région Ile-de-France**

---

Considérant qu'au cours des années 1988 à 1997, la région Ile-de-France a conclu des marchés publics en vue de la rénovation et de la reconstruction des lycées dont elle assurait la gestion, l'entretien et la construction en vertu de la loi du 22 juillet 1983 ; qu'à la suite d'une information ouverte par le procureur de la République de Paris le 3 juin 1997, la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 27 février 2007, devenu irrévocable, a confirmé la condamnation, prononcée par jugement du tribunal correctionnel de Paris en date du 26 octobre 2005, à l'encontre notamment de divers préposés d'entreprises attributaires des marchés, pour participation personnelle et déterminante à une entente anticoncurrentielle, et condamné les intéressés à verser à la région une somme de 100 000 € au titre du préjudice moral ; que, par arrêt du 3 juillet 2008, lui aussi devenu irrévocable, la cour d'appel de Paris a rejeté le recours de diverses entreprises attributaires des marchés contre la décision du Conseil de la concurrence du 9 mai 2007 les condamnant à des amendes sur le fondement de l'article L. 420-1 du code de commerce pour entente dans l'attribution de ces marchés ;

que, par assignations délivrées au mois de février 2010, la région Ile-de-France a saisi le tribunal de grande instance de Paris d'une demande tendant, dans le dernier état de ses écritures, à la condamnation de M. N. et de vingt-quatre autres personnes physiques ou morales à lui verser in solidum la somme de 232 134 173,40 € avec intérêts de droit à compter du 7 juillet 1997, en réparation du préjudice matériel que lui auraient causé les ententes illicites nouées à l'occasion du programme de rénovation des lycées ; que, par jugement du 17 décembre 2013, le tribunal de grande instance de Paris a déclaré prescrite l'action en indemnisation formée par la région et déclaré irrecevables ses demandes en indemnisation formées envers l'ensemble des défendeurs ; que le 22 janvier 2014, la région Ile-de-France a interjeté appel de ce jugement ; que, par arrêté du 6 octobre 2014, le préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris a formé un déclinatoire de compétence ; que, par arrêt du 24 juin 2015, la cour d'appel de Paris a rejeté le déclinatoire de compétence et s'est déclarée compétente pour connaître du litige ; que le préfet a élevé le conflit par arrêté du 8 juillet 2015 ;

#### *Sur la compétence :*

Considérant que les litiges relatifs à la responsabilité de personnes auxquelles sont imputés des comportements susceptibles d'avoir altéré les stipulations d'un contrat administratif, notamment ses clauses financières, dont la connaissance relève de la juridiction administrative, et d'avoir ainsi causé un préjudice à la personne publique qui a conclu ce contrat, relèvent de la compétence de la juridiction administrative ;

Considérant que le présent litige a pour objet l'engagement de la responsabilité de sociétés et de leurs préposés en raison d'agissements susceptibles d'avoir conduit la région Ile-de-France à passer des marchés publics à des conditions de prix désavantageuses et tend à la réparation du préjudice qui résulterait de la différence entre les termes des marchés publics effectivement conclus et ceux auxquels ils auraient dû l'être dans des conditions normales de concurrence ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus qu'un tel litige relève de la compétence de la juridiction administrative ; qu'il suit de là que c'est à bon droit que le préfet a élevé le conflit

Décide

:

Article 1<sup>er</sup> : L'arrêté de conflit pris le 8 juillet 2015 par le préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris, est confirmé.

Article 2 : Sont déclarés nuls et nonavenus la procédure engagée par la région Ile-de-France contre M. Naudin et autres devant le tribunal de grande instance de Paris, le jugement de cette juridiction du 17 décembre 2013, de même que la procédure engagée devant la cour d'appel de Paris et l'arrêt de cette cour en date du 24 juin 2015.

---







**Stéphane Braconnier Quand un simple prétexte se substitue aux principes AJDA 2015 p.2401**

Avec sa décision du 16 novembre 2015, *Région Ile-de-France* (n° 4035), rendue aux conclusions contraires du rapporteur public Michel Girard, le Tribunal des conflits tourne malheureusement le dos à cette logique vertueuse et fait voler en éclats, en une brassée de mots (« 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 »), les principes de répartition des compétences juridictionnelles que l'on croyait les mieux établis et que des générations d'étudiants doivent désormais considérer comme caducs.

Désormais, en effet, quelle que soit la nature du fait générateur (« tout comportement ») ou la qualité du défendeur, et indépendamment du lien qu'elle entretient avec la « gestion publique », l'action extracontractuelle dirigée par l'administration contre des personnes privées, en l'espèce une action en indemnisation de pratiques anticoncurrentielles, peut relever du juge administratif si un contrat administratif surgit, même de manière lointaine, dans son orbite.

L'assertion de René Chapus selon laquelle « ce sont assurément les tribunaux judiciaires qui sont normalement compétents pour connaître des actions engagées contre les personnes privées ordinaires » est ainsi ignorée, comme le sont l'idée selon laquelle « le juge administratif ne peut connaître que des activités de l'administration » (*Traité de droit administratif*, t. 1, § 515) et le principe posé par Raymond Odent, en vertu duquel la détermination du juge compétent dépend du point de savoir « si la solution du litige met en cause des questions de droit public ou de droit privé ».

Peu importe, donc, la nature profonde du litige et des règles qui paraissent devoir lui être appliquées. La simple « altération » des stipulations d'un contrat administratif par un quelconque comportement efface le fait que l'action indemnitaire, initiée en dehors de tout contrat, trouve sa source dans la méconnaissance de règles éminemment commerciales et soit dirigée contre des personnes physiques et des entreprises dont certaines n'ont même pas conclu, *in fine*, de contrat avec l'administration...

Ce dernier point est d'ailleurs crucial pour comprendre que la décision du 16 novembre 2015 ne peut même pas être comprise, ce qui eût été un pis-aller, comme le prolongement de l'arrêt du Conseil d'Etat *Campenon Bernard* de 2007 (19 déc., n° 268918, *Société Campenon Bernard c/ SNCF*, Lebon  ; AJDA 2008. 814 , note J.-D. Dreyfus  ; RFDA 2008. 109, note F. Moderne ) , dont les fondements juridiques étaient déjà apparus singulièrement approximatifs. Mais au moins avait-on affaire, dans ce dernier arrêt, confirmé de manière assez surprenante par la Cour de cassation (Civ. 1<sup>re</sup>, 18 juin 2014, n° 13-19.408, AJDA 2015. 352 , note G. Berlioz et M. Durupty ) , à une action dirigée contre une entreprise à raison d'agissements commis lors de la passation d'un marché public finalement conclu avec la personne publique demanderesse. Ici, le contrat n'est que le lointain prétexte à la compétence administrative. Un simple prétexte qui, au final, se substitue à des critères et principes établis de longue date. La sécurité et la rigueur juridiques en sortent profondément meurtries

---

**Conclusions Michel Girard sur TC 16 novembre 2015 Région Ile de France**

---

**III / De la compétence au fond pour juger de l'indemnisation du préjudice matériel né de délits pénaux d'entente commis à l'occasion de la négociation et la passation de marchés publics de travaux entre des entreprises privées et une collectivité publique territoriale.**

La motivation de l'arrêté d'élévation du conflit peut légitimement servir de fil conducteur à la recherche qui vous est proposée. Le raisonnement juridique qui y est retenu pourrait être ainsi résumé:

1/ les contrats à l'occasion desquels des faits d'entente anti-concurrentielle ont été commis au

préjudice de la Région «Île de France» sont des contrats administratifs par définition et par destination,

2/ quand bien même les manœuvres anti-concurrentielles auraient été commises bien en amont de la négociation des dits contrats, hors de la zone proprement contractuelle, elles ont eu pour objet et pour effet direct de vicier le consentement de la collectivité publique (dol direct ou incident) et doivent donc réintégrer le giron contractuel, au titre du déroulement de la passation du marché public litigieux,

3/ cette revendication, au profit du Juge administratif, d'une règle d'unicité du Juge de la réparation du préjudice contractuel public doit prendre le pas sur le principe jurisprudentiel suivant lequel, sauf texte explicite spécial, le Juge administratif doit s'abstenir de statuer sur la responsabilité qu'une personne privée peut avoir encourue à l'égard d'une personne publique.

#### **A/ la nature des contrats qualifiés «marchés d'entreprise de travaux publics ou marchés de travaux publics»**

A n'en pas douter les divers marchés passés par la Région Île de France pour l'entretien, la rénovation ou la construction des Lycées d'enseignement secondaire pendant la période considérée étaient tous des contrats administratifs.

#### **B/ de l'applicabilité de la jurisprudence «Campenon-Bernard» et «Dumez».**

Le cœur du débat tient à cette motivation:

*«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...que ces litiges présentent ou non un caractère contractuel»* retenue par le Conseil d'Etat dans ses arrêts de principe Société Campenon-Bernard du 19 décembre 2007 et Société Dumez et autres du 19 mars 2008, rejoint en cela par la 1ère Chambre civile de la Cour de Cassation en son arrêt SNCF / VINCI du 18 juin 2014.

Très rudement critiquée par le Professeur Braconnier lors de sa survenue, cette jurisprudence mérite à la fois des égards mais doit également se voir imposer, par votre Tribunal, de strictes limites.

#### **a/ des limites à poser au regard des parties au contrat administratif:**

La première difficulté de fond tient en effet à la délimitation des parties au contrat et l'espèce soumise est singulière qui voit en effet la région réclamer son dû à ses cocontractants directs de l'époque, (ceux qui auraient gravement vicié son consentement au point de lui imposer de contracter à un prix plus élevé que nécessaire) mais également à une cohorte de personnes privées (à l'exception notable de ses propres fonctionnaires ou élus pourtant notablement compromis, sinon initiateurs des malversations) ayant eu des responsabilités dans les entreprises soumissionnaires et ayant été des acteurs efficaces de l'entente illicite mais n'étant pas directement parties au contrat.

A cet égard une limite stricte doit être posée que la J.P. Campenon-Bernard ne peut franchir sauf à renier votre Jurisprudence Société Etablissement MEHUT (T.C. 12 avril 1976, Rec. P698) réitérée régulièrement depuis ( T.C. 14 mai 1990 Commune de Crespierre, n° 02615; T.C. 13 avril 2015, Province des Îles Loyauté, n° 3993; T.C. 15 juin 2015, Département du Lot / M. Wolff, n° 4006) au terme de laquelle vous affirmez qu' *«en l'absence d'une disposition législative contraire, il n'appartient pas à la juridiction administrative de statuer sur la responsabilité (délictuelle ou quasi délictuelle) qu'une personne privée peut avoir eu à l'égard d'une personne publique»*.

Quand bien même il pourrait être objecté que ces personnes privées ont pu, à certains égards, participer à l'exécution de marchés de travaux publics ou à des opérations de travaux publics, cette objection ne résisterait pas à l'analyse du rôle majoritairement technico-commercial des personnes visées qui ne sont que de simples préposés agissant sur instructions ou ordres de leur dirigeants de droit et non de manière autonome face à la personne publique contractante, leur action ne pouvant, à elle seule et isolément, déterminer l'entente frauduleuse et le dol.

La solution qui consisterait à scinder ce contentieux en réservant à la juridiction civile le sort des personnes physiques pour confier aux juridictions administratives le jugement des personnes morales n'aurait pas d'effet simplificateur et pourrait même conduire à des contrariétés de décisions. Et «quid» alors du problème de la solidarité au paiement des condamnations à réparations que réclame pourtant la Région ?

Ceci est d'autant plus vrai que la Région Île de France est «à la peine» pour la détermination de son préjudice matériel et qu'ayant procédé par sondages et évaluation globale, elle n'est pas en mesure



d'identifier clairement ses contradicteurs personnes physiques pour leur attribuer une part précise de son préjudice à la mesure de leurs agissements frauduleux avérés à son égard.

Qui mieux que la juridiction civile qui a déjà connu du fond des infractions pénales et commerciales commises tant par les personnes morales que par les personnes physiques, peut prétendre appréhender, après le préjudice moral déjà «forfaitisé», le préjudice matériel de la collectivité publique dont le comportement contractuel n'a pas été vicié que par les seules parties privées....?

b/ du dol.

Le fondement juridique essentiel des arrêts Campenon-Bernard et Dumez tient au rattachement forcé des manœuvres antérieures à la passation des marchés publics au giron contractuel au terme d'une analyse subtile et extensive du dol qui manifesterait la violation ou la manipulation du consentement de la personne publique trompée par son cocontractant privé.

On pourrait à la limite accepter le principe global d'un tel raisonnement qui puise directement à votre jurisprudence *T.C. 23 mai 2005, Département de la Savoie-SPTV / Société Aptalys*, n° 3450 au terme de laquelle «*les litiges opposant une personne morale de droit public à une entreprise ayant répondu à un appel d'offre 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*».

L'espèce qui vous était soumise était cependant très circonscrite qui vous voyait reconnaître, à juste titre, la compétence administrative dans un litige où la partie privée liée par une négociation en cours dans le cadre d'un marché négocié, entendait brutalement se dérober sans justification contractuelle avérée.

Les arrêts Campenon-Bernard et Dumez franchissent un autre seuil pour tenter d'appréhender, au titre du contrat lui-même, des comportements commerciaux illicites et pouvant même revêtir les apparences d'infractions à caractère pénal ou commercial commises au préjudice d'une personne publique, au nom du dol, qu'il soit principal ou incident. Cette prise de position a fait l'objet de vives critiques (AJDA 2007 p1978, chronique du Professeur Laurent RICHER).

Mais au delà du problème de la preuve de ces actes dolosifs et de la pertinence de la notion de dol incident relevées par les auteurs de doctrine, se pose l'inévitable question du propre comportement de la partie contractante publique, notamment lorsqu'il n'est pas exempt de toute critique voire même, comme en l'espèce, lorsque la partie contractante publique est, par ses agents ou ses élus à l'initiative voire bénéficiaire direct des manœuvres dolosives dont elle entend obtenir réparation.

Nous sommes bien au delà d'une espèce SNCF / Société des chantiers modernes et autres qu'ont connu les juridictions administratives et en dernier lieu le Conseil d'Etat en son arrêt du 19 décembre 2007, où se posait la question de l'éventuelle connaissance qu'aurait pu avoir la SNCF du fait de son expérience, d'une entente née en amont du contrat.

Au cas qui vous occupe aujourd'hui la personne morale de droit public, réellement victime d'actes délictueux, l'est tout autant voire même principalement du fait de ses propres agents et élus qui ont directement initié le principe des ententes commerciales illicites et en ont tiré de larges profits personnels ou fonctionnels, comme l'a jugé définitivement la Cour d'appel de Paris le 27 juillet 2007.

A cet égard nous ne sommes plus en présence d'un dol principal, voire incident mais d'un dol qu'on pourrait aisément qualifier de **dol provoqué ou dol de connivence: sommes-nous alors encore en présence d'un véritable dol pouvant fonder une compétence d'attraction de la juridiction administrative?**

Ne serait-il d'ailleurs pas possible d'opposer à la Région Île de France l'adage «*nemo auditur suam propriam turpitudinem allégans*» en limitation à ses prétentions au dol véritable ?

Sans chevaucher la critique virulente du même Professeur Braconnier ( R.D.P. 2008-4-008) suivant laquelle il y a lieu de craindre «la conception dissymétrique de la moralité administrative dans laquelle la mauvaise foi de l'administré est plus sévèrement appréciée par les juridictions administratives que celle de l'administration», force est de reconnaître que la cohérence jurisprudentielle penche indubitablement pour un regroupement justifié de l'ensemble du contentieux pénal, commercial et civil des ententes frauduleuses devant un unique ordre de juridiction qui serait celui qui a d'ores et déjà tranché, au fond, de la responsabilité pénale et commerciale de celles et ceux à qui indemnisation d'un préjudice matériel est désormais demandée.

Si la recherche souhaitable d'une unicité du juge de la réparation des préjudices des personnes morales de droit publiques, flouées ou non dans leur démarche contractuelle selon leur degré de connivence, a un sens il faut impérativement la replacer sous l'autorité d'un principe d'indivisibilité de l'action publique ou commerciale répressive et de l'action à fins civiles réparatrice.

*c/de l'indivisibilité du contentieux de l'entente et de son pendant indemnitaire.*

La formule retenue dans la motivation de l'arrêt Dumez selon laquelle la compétence administrative doit être reconnue pour tous les litiges nés à l'occasion de la passation ou de l'exécution d'un marché public, **que ces litiges présentent ou non un caractère contractuel pose un véritable problème s'il s'agit véritablement d'englober la responsabilité délictuelle des personnes en cause.**

Dépassant la simple question des personnes physiques ou morales dont le sort ne pourrait être dissocié arbitrairement sans crainte de distorsions jurisprudentielles, il convient d'observer qu'une telle proposition ne contredit pas seulement la stricte séparation des sphères de jugement pénale et administrative mais vient surtout heurter un bloc de compétence reconnu par la loi et le Conseil constitutionnel au profit de la justice judiciaire.

En effet la force d'attraction centripète du dol associé directement au vice du consentement au contrat public ne peut faire oublier que ce dol prend concrètement et uniquement sa source dans des infractions pénales ou commerciales qui sont de la compétence légale des juridictions judiciaires ou dont le contentieux d'appel été légalement attribué à la Cour d'appel de Paris.

Certaines parties à la présente instance et la Cour d'appel de Paris dans son arrêt déféré du 24 juin 2015 rappellent à juste raison qu'un bloc de compétence a été créé au profit des juridictions judiciaires au regard des pratiques anti-concurrentielles par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 qui a conféré à la juridiction civile la connaissance de l'appel des décisions du Conseil de la concurrence et, à travers les dispositions spécifiques de l'article L 420-7 du code de commerce issues de l'ordonnance 2004-1173 du 4 novembre 2004 qui attribuent à certains tribunaux de commerce, de grande instance et Cours d'appel spécialement désignés par décret en Conseil d'Etat, «*sous réserve des règles de partage de compétence entre les ordres de juridiction*» les litiges relatifs à l'application des règles contenues dans les articles L 420-1 à 420-5 ainsi que dans les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté Européenne.

Une telle attribution expresse qui concerne précisément les faits dont s'est plainte la Région Île de France est difficilement contestable, même avec le concours de la «réserve sur le partage de compétence». Elle l'est d'autant moins que le Conseil constitutionnel avait validé ce bloc de compétence suivant sa décision citée du 23 janvier 1987, antérieure ou juste concomitante des faits qui nous occupent:

«Si le Conseil de la concurrence est appelé à jouer un rôle important dans l'application de certaines règles relatives au droit de la concurrence, il n'en demeure pas moins que le juge pénal participe également à la répression des pratiques anti-concurrentielles sans préjudice de celle des autres infractions intéressant le droit de la concurrence; qu'à ces titres divers, le juge civil ou commercial est appelé à connaître les actions en responsabilité ou en nullité fondées sur le droit de la concurrence; **que la loi présentement examinée tend à unifier sous le contrôle de la Cour de Cassation l'ensemble de ce contentieux spécifique, et ainsi éviter ou supprimer des divergences qui pourraient apparaître dans l'application et dans l'interprétation du droit de la concurrence.**»

Votre Tribunal avait lui-même reconnu cette compétence judiciaire au terme de sa décision Coopérative de consommation des adhérents de la Mutuelle assurance des instituteurs de France / UGAP, 4 novembre 1991, n° 02676, retenant de manière expresse, dans le sens privé-public: «*considérant que l'assignation et les conclusions déposées...tendent à obtenir réparation du préjudice causé à la demanderesse par certaines pratiques commerciales imputées à cet établissement public industriel et commercial, et de nature, selon elle, à fausser le jeu de la concurrence au regard, tant du droit interne que du droit communautaire; qu'une telle demande ressortit à la juridiction judiciaire;*»

Une semblable option résulte encore de vos arrêts des 19 janvier 1998, Préfet d'Île de France, Préfet de Paris / L'union Française de l'express, n° 03084, 15 janvier 2007, Préfet de la Région Île de France, Société Alpha Flight services / aéroport de Paris, n° 3568 et 4 mai 2009, Préfet de région Île de France, Préfet de Paris, société Editions J.P. Gisserot / Centre des monuments nationaux, n° 3714.

La particularité de ces espèces tient au fait que les personnes publiques n'étaient pas en demande mais en défense sur le terrain indemnitaire et que votre Tribunal a précisé que la compétence judiciaire se justifiait au surplus car les activités en cause, génératrices de dommages aux tiers privés, ne

«constituaient pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique».

On ne saurait être plus clair sur la définition d'un bloc de compétence dont le périmètre n'a que peu varié depuis 1987 et dont la remise en cause, au nom de la définition nouvelle d'une unicité nécessaire de jugement dans la réparation des préjudices des personnes publiques, victimes réelles ou feintes d'actes anti-concurrentiels, n'apparaît nullement justifiée.

Si donc le cap de la jurisprudence Campenon-Bernard et Dumez peut être maintenu, ce ne peut être qu'au prix d'une limitation stricte des «bords» tirés par la nef des juridictions administratives en direction des écueils de la matière pénale et commerciale, au regard des infractions aux règles protégeant la libre concurrence.

PAR CES MOTIFS NOUS CONCLUONS:

**Au rejet des prétentions de M. le Préfet de Paris et à l'annulation de son arrêté d'élévation du conflit de compétence du 8 juillet 2015, l'instance indemnitaire suivie par la Région Île de France devant être poursuivie devant les Juridictions de l'ordre judiciaire.**

---

### **Conseil d'Etat, 6 décembre 2007 Société Campenon Bernard**

---

Sur le moyen tiré de l'incompétence de la juridiction administrative :

Considérant que, pour confirmer le jugement du tribunal administratif de Paris déclarant six sociétés de travaux publics solidairement responsables des conséquences dommageables subies par la SNCF en raison du dol commis lors de la passation du marché de travaux du lot 43-C du TGV Nord, la cour administrative d'appel de Paris a estimé, dans l'arrêt attaqué, que le marché conclu par la SNCF en vue de la réalisation du lot 43-C était un contrat administratif, que le litige, mettant en cause les conditions dans lesquelles le marché a été attribué et formé, relevait de la compétence de la juridiction administrative et qu'ainsi le tribunal administratif de Paris avait, à bon droit, rejeté l'exception d'incompétence soulevée par la société Nord France Boutonnat ;

Considérant que, dans son pourvoi provoqué, la société Nord France Boutonnat soutient que l'action en responsabilité fondée sur des manoeuvres dolosives tendant à induire une personne en erreur en vue de la déterminer à passer un contrat n'a pas de caractère contractuel, que l'action tendant à engager la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle de personnes privées ressortit à la seule compétence des juridictions de l'ordre judiciaire et que c'est, dès lors, à tort que la cour administrative d'appel de Paris a jugé que l'exception d'incompétence des juridictions de l'ordre administratif soulevée par la société avait été à bon droit rejetée par les premiers juges ;

Considérant 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 ;

Considérant que le présent litige a pour objet l'engagement de la responsabilité de sociétés en raison d'agissements dolosifs susceptibles d'avoir conduit une personne publique à contracter avec elles à des conditions de prix désavantageuses et tend à la réparation d'un préjudice né des stipulations du contrat lui-même et résultant de la différence éventuelle entre les termes du marché de travaux publics effectivement conclu et ceux auxquels il aurait dû l'être dans des conditions normales ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus qu'ainsi que l'a jugé à bon droit la cour administrative d'appel de Paris un tel litige relève de la compétence des juridictions administratives, alors même qu'il met en cause une méconnaissance par les sociétés de leur obligation de respecter les règles de la concurrence et non une faute contractuelle ;

La compétence suit le fond. Par cette formule lapidaire des générations d'enseignants ont trouvé - ou cru trouver - le moyen mnémotechnique d'initier des générations d'étudiants au fondement et à l'étendue de la compétence de la juridiction administrative, lorsque celle-ci ne découle pas clairement d'un texte. A vrai dire, cette formule est le raccourci d'un raisonnement plus complexe et occulte l'élément déterminant de cette compétence. Plus précisément, en effet, elle signifie que le juge administratif est compétent lorsque le litige relève d'une gestion publique et c'est cette dernière qui entraîne normalement (lorsqu'elle ne la révèle pas) l'application des règles du droit administratif. Il reste, et René Chapus le souligne bien (*Droit administratif général*, Montchrestien, tome 1, n° 977), que le côté approximatif de la formule est acceptable car elle se vérifie généralement dans la pratique.

Cependant le moment est peut-être venu, tout en rendant hommage aux services rendus, de congédier notre formule devenue à bien des égards partiellement fautive et dangereuse. Fausse pour partie, car ce qui fut pendant longtemps un phénomène marginal, à savoir l'application du droit privé par le juge administratif, est devenu aujourd'hui courant, voire banal, dès lors que l'on admet que les dispositions du Code pénal, du Code de la concurrence, de celui de la consommation, etc., sont plutôt rattachées au droit privé, même si on voit se développer dans ces matières un droit en quelque sorte hermaphrodite. Alors, comment expliquer par notre seule formule, sur le terrain de la compétence, les arrêts *Sté Lambda*, *Sté Million et Marais*, *Sté des eaux du Nord* pour ne prendre que ceux-là ? Partiellement inexacte, la formule suivant laquelle la compétence suit le fond est devenue en plus dangereuse, car elle fournit une recette facile, voire un alibi, à ceux qui estiment que le juge administratif est systématiquement incompétent dès lors que la règle de fond applicable au litige relève du droit privé ou d'un droit susceptible de lui être rattaché plus ou moins artificiellement. Elle est donc de nature à perturber sérieusement la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction à un moment où l'ordonnancement juridique qui s'impose à l'administration est constitué de normes qui ne sont plus nécessairement de nature administrative.

On approcherait semble-t-il de plus près la vérité en enseignant que la compétence, vue du côté du juge administratif, suit la notion. C'est parce que dans un litige donné se trouve en cause une notion clef du droit administratif : agent public, acte administratif unilatéral, contrat administratif, domaine public, ouvrage public, faute de service, responsabilité d'une personne publique, service public administratif, etc., que le juge administratif est compétent, sauf textes ou solutions jurisprudentielles incontestées contraires, sans qu'il y ait à prendre en considération la nature (quelle nature au juste ?) du droit applicable à la solution du litige. Certes, la définition des notions clefs du droit administratif peut faire quelquefois problème, mais on conviendra que, pour la plupart d'entre elles, la jurisprudence et les textes font qu'elles ne soulèvent plus aujourd'hui de difficultés majeures lorsqu'il s'agit de les identifier.

---

## **Infractions au droit de la concurrence et marchés publics . - Vers une concentration du contentieux indemnitaire entre les mains du juge judiciaire ?**

Etude par Stéphane Braconnier, JCP éd G, 2012, n°842

1. - L'affaire des marchés publics des TGV Nord, Rhône-Alpes et interconnexion, a alimenté, de 1997 à 2009, la réflexion sur les conséquences indemnitaires attachées aux infractions aux règles de la concurrence commises dans le cadre de la passation des marchés publicsNote 1.

Après avoir obtenu, devant le Conseil de la concurrence, la condamnation des entreprises impliquéesNote 2, la SNCF a engagé, aux fins d'indemnisation, leur responsabilité devant la juridiction administrative. Cette action a donné lieu, in fine, à un jugement, à beaucoup d'égards critiquable, du tribunal administratif de ParisNote 3.

En dépit des nombreuses incertitudes planant, depuis l'origine de l'action initiée par la SNCF, sur la compétence de la juridiction administrative, le Conseil d'État a nettement cristallisé celle-ci dans un arrêt Campenon-Bernard du 19 décembre 2007Note 4. S'appuyant, en substance, sur le fait qu'un « marché public » se trouvait à l'origine de l'affaire, le Conseil d'État a ainsi entendu réserver au juge administratif l'évaluation des conséquences indemnitaires attachées aux infractions aux règles de la concurrence constatées, et sanctionnées, dans ce cadre, par le juge de la concurrence. Peu importe, selon le Conseil d'État, que l'action indemnitaire extracontractuelle soit initiée par un établissement public industriel et commercial et soit dirigée contre des personnes morales de droit privé. Ladite action doit relever de la juridiction administrative parce qu'elle est arrimée à des marchés publics, dans lesquels elle trouve son origine et sa raison d'être. Ces marchés effacent, d'une certaine manière, tous les éléments, pourtant nombreux, qui pourraient attirer l'action devant le juge judiciaire : qualité des parties, caractère extracontractuel de l'action, infractions aux règles de la concurrence, etc.

2. - La netteté de l'affirmation de la compétence du juge administratif tranche toutefois avec la jurisprudence, plus nuancée, du Tribunal des conflits<sup>Note 5</sup> et, surtout, de la Cour de cassation<sup>Note 6</sup> qui, de manière assez nette, ont paru vouloir affirmer la compétence du juge judiciaire pour connaître, sans restriction, des litiges, notamment indemnitaires, engagés contre des personnes privées par des personnes publiques. Force est ainsi d'admettre que, prise dans sa globalité, la jurisprudence se révèle hésitante sur ce point et que la jurisprudence du Conseil d'État, qui fait prévaloir, de manière extensive, la compétence administrative, repose, à bien y réfléchir, sur des fondements fragiles.

3. - Il résulte, en effet, de la décision n° 86-224 DC du Conseil constitutionnel<sup>Note 7</sup> que la compétence de principe de la juridiction administrative pour « l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle » bénéficie d'une valeur constitutionnelle. Il est toutefois loisible au « législateur, 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 ».

4. - Si la règle, ainsi posée par le Conseil, permet de fixer une clé de répartition utile, celle-ci n'empêche pas la perpétuation d'un système plutôt « byzantin » de distribution des compétences entre les ordres de juridiction. Cet état de fait transparait, notamment, en matière de répression et d'indemnisation des pratiques anticoncurrentielles dont peuvent être victimes les personnes publiques dans le cadre de la passation de leurs marchés publics. En cette matière, trouvent en effet à s'appliquer deux niveaux de compétences.

Pour la constatation et la répression des pratiques anticoncurrentielles, s'impose la compétence de l'Autorité de la concurrence et celle, en appel, de la chambre spécialisée de la cour d'appel de Paris, fixée par la loi (C. com., art. L. 462-1 et s.), prévalent.

En revanche, pour la constatation et la « répression » des infractions aux règles de publicité et mise en concurrence commises par les pouvoirs adjudicateurs, ainsi que pour l'indemnisation des infractions au droit de la concurrence commises par les opérateurs économiques dans le cadre de la passation de marchés publics, la compétence de la juridiction administrative, qui découle de l'administrativité des « contrats conclus en application du Code des marchés publics » (L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001, art. 2 [loi MURCEF]) et que le Conseil d'État a entendu, en 2007<sup>Note 8</sup> étendre à tous les contrats « à procédure », paraît devoir prévaloir.

En d'autres termes, le juge judiciaire serait juge de la concurrence, là où le juge administratif serait, de manière générale et dans le cadre de tous les marchés passés par des personnes publiques, juge des fautes affectant la mise en concurrence<sup>Note 9</sup>.

5. - Or, cette prévalence générale du juge administratif sur tous les litiges, contractuels ou extracontractuels, afférents à la mise en concurrence des marchés publics, se révèle pour le moins fragile en raison, d'une part, de l'extension des effets attachés à la notion de « marché public » sur laquelle il repose (1) ; en raison, d'autre part, de la neutralisation de la notion de « lien contractuel » à laquelle il procède (2).

1. L'extension des effets attachés à la notion de « marché public »

[...]

B. - La présence d'un marché public

10. - Le Conseil d'État a, dans la décision Campenon-Bernard, posé, de manière claire et tranchée, la compétence de la juridiction administrative pour juger de la responsabilité que les personnes privées encourent à l'égard des personnes publiques en matière de pratiques anticoncurrentielles commises dans le cadre de la passation de marchés publics. Or, cette compétence n'était pas particulièrement évidente en 2007. Elle l'est encore moins aujourd'hui, surtout si elle est analysée à l'aune des décisions précitées du Tribunal des conflits et de la Cour de cassation.

Dans la décision Campenon-Bernard, le Conseil d'État a ainsi considéré 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 ; (...) que le présent litige a pour objet l'engagement de la

responsabilité de sociétés en raison d'agissements dolosifs susceptibles d'avoir conduit une personne publique à contracter avec elles à des conditions de prix désavantageuses et tend à la réparation d'un préjudice né des stipulations du contrat lui-même et résultant de la différence éventuelle entre les termes du marché de travaux publics effectivement conclu et ceux auxquels il aurait dû l'être dans des conditions normales ; (...) un tel litige relève de la compétence des juridictions administratives, alors même qu'il met en cause une méconnaissance par les sociétés de leur obligation de respecter les règles de la concurrence et non une faute contractuelle ».

11. - Ce faisant, la Haute juridiction administrative a neutralisé tant le caractère extracontractuel du litige indemnitaire, que les aspects organiques de ce dernier, engagé par un EPIC national, largement « baigné » dans une « ambiance » de droit privé, à l'encontre d'un opérateur économique privé. L'existence d'un marché public a ainsi suffi à tirer vers le droit public et la compétence du juge administratif un litige pourtant ancré, en raison de sa nature et de ses protagonistes, dans le droit privé et la compétence du juge judiciaire. Le Conseil s'est d'ailleurs déterminé ainsi, alors que, dans ses conclusions, le rapporteur public, Nicolas Boulouis, avait proposé de renvoyer la question de compétence, sérieuse à ses yeux, au Tribunal des conflits.

12. - L'interprétation extensive retenue en 2007, et confirmée par le Conseil d'État dans sa décision Société Dumez (Note 19,) semble fondée sur le caractère « non détachable » du litige indemnitaire de la procédure de passation du marché public, pour laquelle le juge administratif dispose d'une compétence fixée par l'article 2-I de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, en vertu duquel « Les marchés passés en application du Code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs. ». Autrement dit, c'est parce que les marchés publics sont des contrats administratifs par détermination de la loi que le juge administratif est compétent pour juger des conséquences indemnitaires attachées à la commission, par des opérateurs économiques privés, d'infractions aux règles de la concurrence.

Le caractère extensif de cette solution peut, certes, se prévaloir de la jurisprudence du Tribunal des conflits qui, dans une décision du 23 mai 2005 Note 20, a lui-même estimé que « les litiges opposant une personne morale de droit public à une entreprise ayant répondu à un appel d'offre 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 ».

13. - La survenance du litige dans le cadre d'une procédure de « marché public » suffirait donc à emporter, pour toutes les questions y afférant, la compétence administrative.

(...)

## 2. La neutralisation de la notion de « lien contractuel »

21. - La fragilité de la solution de 2007 tient principalement, ainsi que cela a été vu supra, à l'absence de situation de droit public susceptible de fonder la compétence du juge administratif. Mais, plus encore, cette fragilité apparaît d'autant plus prégnante, que même la présence d'un « contrat passé en application du Code des marchés publics » au sens de l'article 2-I de la loi MURCEF, n'est pas en mesure d'effacer totalement la compétence du juge judiciaire, notamment pour statuer sur un litige fondé sur l'invocation d'une pratique anticoncurrentielle, fût-elle commise par une personne publique. Ainsi, l'existence même d'un lien contractuel susceptible de rattacher le litige au droit administratif et à la compétence du juge administratif paraît faire défaut.

### A. - L'absence de rattachement du litige à un lien contractuel

22. - La logique de la décision du Tribunal des conflits Société Éditions Jean-Paul Gisserot du 4 mai 2009 Note 24 nous semble en dissidence, sur ce point précis, avec la solution retenue par le Conseil d'État en 2007 et 2008.

Le Tribunal estime ainsi que les agissements d'un établissement public, contestés par le titulaire d'un marché public sur le fondement de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles, peuvent relever de la compétence de l'Autorité de la concurrence. En effet, « en matière de marchés publics, lesquels ne traduisent pas la mise en oeuvre de prérogatives de puissance publique, la compétence du juge administratif en qualité de juge du contrat, résultant de l'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris, pour statuer sur

les litiges fondés sur l'invocation des pratiques anticoncurrentielles, notamment définies aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du Code de commerce ou relevant des dispositions prévues aux articles 81 et 82 du Traité instituant la Communauté européenne ».

23. - Cette décision admet donc, à l'invitation de son rapporteur public, Mathias Guyomar, et compte tenu de la coexistence des deux blocs légaux de compétence juridictionnelle, une compétence complémentaire de la juridiction administrative pour les litiges liés au contrat et du Conseil de la concurrence, c'est-à-dire de l'ordre judiciaire, pour les litiges « fondés sur l'invocation des pratiques anticoncurrentielles »<sup>Note 25</sup>. En d'autres termes, dans la décision Gisserot, le Tribunal des conflits limite la compétence administrative née de la loi MURCEF, dont on a vu par ailleurs qu'elle ne pouvait s'appliquer aux marchés de la SNCF, aux seuls litiges relevant du « juge du contrat », c'est-à-dire aux seuls litiges de nature contractuelle.

24. - Or, les fautes nées de pratiques anticoncurrentielles, spécialement d'ententes, sont, par nature, des fautes non contractuelles, puisque les comportements fautifs ne se rattachent pas à l'exécution des marchés<sup>Note 26</sup> et interviennent, par nature, avant la signature du marché<sup>Note 27</sup>. Partant, les litiges indemnitaires auxquels elles peuvent donner lieu sont des litiges extracontractuels. Fondés sur l'invocation de ces fautes, ces litiges paraissent donc devoir relever, au regard de la décision Gisserot, de la juridiction judiciaire.

(...)

L'arrêt Gisserot paraît remettre en cause [l'] approche extensive de la compétence du juge administratif. La décision peut, en effet, être lue comme décidant que les litiges fondés sur l'invocation d'une pratique anticoncurrentielle ne sont jamais de la compétence du juge du contrat et échappe nécessairement, par ricochet, à la compétence du juge administratif. L'invocation d'une pratique anticoncurrentielle commise dans la phase précontractuelle suffirait, en d'autres termes, à écarter la compétence du juge du contrat, et donc celle du juge administratif lorsqu'est en cause un marché public.

27. - La question est donc de savoir ce qui relève ou non des « litiges contractuels ». Or, ainsi que cela a déjà été dit, le Conseil d'État a retenu, dans les affaires Campenon-Bernard et Dumez, une conception élargie de ces litiges, qu'il a étendue à tous les actes anticoncurrentiels commis dans le cadre de la procédure de passation des marchés publics et même, plus largement, de tous les « marchés » passés par des personnes publiques, indépendamment de leur soumission au Code des marchés publics et de l'application de la loi MURCEF ou des critères d'identification du contrat administratif. Faisant prévaloir une attractivité contractuelle quasiment irrésistible, le Conseil d'État considère ainsi que tout litige relatif à la passation d'un contrat est contractuel, même si le fait générateur est extracontractuel, par exemple une pratique anticoncurrentielle. Or, par la généralité des termes qu'elles emploient, les décisions précitées du Tribunal des conflits et de la Cour de cassation pourraient inciter le Conseil d'État à revenir à une interprétation plus rigoureuse, et donc moins extensive, de sa propre compétence.

B. - Le litige intéresse des opérateurs tiers au contrat

28. - L'assimilation à laquelle a procédé le Conseil d'État en 2007 peut, à l'extrême limite, se comprendre, dès lors que le litige indemnitaire né, en l'espèce, des pratiques anticoncurrentielles opposait la SNCF à l'opérateur économique attributaire d'un des lots objets de l'appel d'offres ayant donné lieu à l'entente anticoncurrentielle. En revanche, cette extension perd tout son sens lorsque la personne publique dirige son action indemnitaire contre des opérateurs économiques qui, certes, ont participé à l'entente, mais n'ont pas répondu à l'appel d'offres organisé en vue de la passation du marché auquel se rattache le litige. Dans ce cas, le caractère contractuel du litige indemnitaire devient transparent et la compétence administrative perd tout fondement. L'arrêt Campenon-Bernard ne peut, en d'autres termes, être interprété comme emportant la compétence administrative pour juger de tous les litiges indemnitaires afférant à des pratiques anticoncurrentielles nées dans le cadre de marchés publics. La solution extensive retenue ne peut être étendue aux litiges indemnitaires dirigés contre des entreprises n'ayant pas remporté le marché à l'issue de la procédure de mise en concurrence, ni, a fortiori, contre des entreprises n'ayant pas participé à cette mise en concurrence.

Conseils bibliographiques :

La décision du 23 janvier 1987 (CC, n°86-224 DC) ainsi que l'arrêt du Conseil d'Etat Million et Marais font l'objet d'un commentaire au GAJA.