

Tribunal des conflits

Affaire 3984

Mme R. c/ Société des autoroutes du Sud de la France

(Renvoi de la cour administrative d'appel de Paris)

Rapporteur : Y. Maunand

Séance du 9 février 2015

La question qui vous a été renvoyée par la cour administrative d'appel de Paris porte sur la nature du contrat par lequel une société concessionnaire d'autoroute confie à une personne privée la réalisation d'une œuvre d'art à implanter sur une aire de service d'une autoroute. Elle vous conduira à réexaminer votre jurisprudence issue de votre décision du 8 juillet 1963 Société entreprise Peyrot.

Dans le cadre de l'obligation, imposée aux sociétés d'autoroutes par l'arrêté du 18 juin 1980, de consacrer 1/1000^{ème} du montant des travaux de construction d'une liaison autoroutière à des œuvres d'art, la Société des Autoroutes du Sud de la France avait conclu, le 23 avril 1990, avec Mme R., sculptrice, un contrat lui confiant la réalisation de trois esquisses en vue de l'implantation d'une sculpture monumentale sur une aire de service de la future autoroute A 89, près de Clermont-Ferrand. La réalisation de l'œuvre d'art définitive était subordonnée à ce que la Société des Autoroutes du Sud de la France soit retenue comme concessionnaire de l'autoroute A 89 et à ce qu'elle choisisse l'une des trois esquisses proposées par l'artiste. Alors que la Société des Autoroutes du Sud de la France s'était vue attribuer la concession de l'autoroute par décret du 7 février 1992, elle a finalement informé Mme R., le 7 juin 2005, de sa décision d'abandonner le projet de sculpture sur l'autoroute au motif qu'il n'était pas compatible avec celui du conseil général. Mme R. a alors saisi le juge judiciaire afin d'obtenir l'indemnisation des préjudices subis du fait de la résiliation de la convention conclue en 1990. Mais la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 17 février 2010, a écarté la compétence de la juridiction judiciaire : elle a regardé le contrat conclu avec la Société des Autoroutes du Sud de la France comme ayant un caractère administratif au motif que la sculpture dont la réalisation avait été confiée à Mme R. était un ouvrage accessoire à l'autoroute. Mme R. a alors saisi le tribunal administratif de Paris qui a rejeté sa demande d'indemnisation par un jugement du 23 janvier 2013. Mais la cour administrative d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 21 octobre 2014, a regardé la convention du 23 avril 1990

comme un contrat de droit privé au motif qu'il avait été conclu entre deux personnes privées et qu'à la date de sa conclusion, la Société des Autoroutes du Sud de la France n'était pas concessionnaire de l'autoroute A 89. Constatant que la Cour de cassation avait décliné la compétence de l'ordre judiciaire, la cour administrative d'appel vous a régulièrement renvoyé la question de compétence pour prévenir un conflit négatif en application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849.

****Se pose une première question sur la qualité au titre de laquelle la Société des Autoroutes du Sud de la France a conclu le contrat en litige.**

Nous ne croyons pas possible de suivre le raisonnement de la cour administrative d'appel de Paris qui s'est fondée sur la circonstance qu'au moment de la conclusion, en 1990, du contrat entre Mme R. et la Société des Autoroutes du Sud de la France, cette dernière n'avait pas encore la qualité de concessionnaire de l'autoroute A 89. En effet, si la Société des Autoroutes du Sud de la France ne se verra attribuer cette concession qu'en 1992, néanmoins, le contrat a été conclu pour le cas où elle en deviendrait la titulaire. Il avait pour objet de lui permettre de remplir les obligations pesant sur elle, en matière d'investissements culturels, en sa qualité de concessionnaire de l'autoroute A 89. Le contrat était d'ailleurs assorti d'une condition résolutoire en cas de choix d'un autre concessionnaire. C'est donc en qualité de concessionnaire de l'autoroute A 89 que la Société des Autoroutes du Sud de la France a passé le contrat litigieux avec Mme R.

****Se pose alors une deuxième question relative à la qualification d'un contrat de travaux conclu par une société concessionnaire d'autoroute avec une personne privée.**

La réponse en est fournie par votre décision du 8 juillet 1963 Société entreprise Peyrot, 01804, au recueil p. 787. Alors même que le critère organique du contrat administratif impose que l'un des cocontractants soit une personne publique, vous avez posé le principe du caractère administratif de tout contrat de travaux conclu par un concessionnaire d'autoroute pour la construction d'une telle voie.

Votre décision Société entreprise Peyrot fonde la qualification de droit administratif des contrats de travaux autoroutiers non pas sur une notion de mandat tacite mais sur l'objet de ces contrats puisqu'elle rappelle que « la construction des routes nationales a le caractère de

travaux publics et appartient par nature à l'Etat ». Comme le soulignait le commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'Etat, M. Guillaume, dans ses conclusions sur la décision de section du Conseil d'Etat du 3 mars 1989 Société des Autoroutes de la région Rhône-Alpes, 79532, au recueil p. 69, cette jurisprudence a pour objet « de défendre l'unité du régime des travaux publics face aux démembrements de l'action administrative dans un domaine qui relève fondamentalement de l'Etat ».

Mais aujourd'hui, le contexte des travaux autoroutiers a évolué puisque la part de l'intervention de l'Etat dans leur réalisation s'est réduite : alors que dans les années 60, d'une part, la plupart des travaux routiers réalisés sur les autoroutes étaient assurés par l'Etat, et que, d'autre part, les sociétés concessionnaires étaient des sociétés d'économie mixte qu'il contrôlait, aujourd'hui, la majorité des autoroutes est concédée et les concessions ont été confiées à des sociétés de droit privé sans contrôle de l'Etat.

Par ailleurs, votre jurisprudence Société Entreprise Peyrot n'a pas été étendue en dehors du champ des travaux autoroutiers et routiers (ainsi si votre décision du 10 mai 1993 Société Wanner Isofi Isolation, 02840, au recueil p. 399, qualifie de droit administratif le contrat de travaux conclu par une société privée chargée de la construction et de l'exploitation d'une centrale nucléaire, elle ne fait pas application de votre jurisprudence Société entreprise Peyrot mais utilise la théorie du mandat tacite en regardant le marché comme passé pour le compte d'EDF). Or, la spécificité des travaux autoroutiers par rapport à d'autres travaux qui ne sont pas soumis au même régime de droit public, dès lors que sont en cause des contrats conclus par des personnes privées, n'est pas évidente. On voit mal pourquoi les contrats portant sur les travaux routiers des sociétés concessionnaires d'autoroute sont administratifs mais pas ceux, par exemple, passés par la SNCF lorsqu'elle était une société concessionnaire de l'Etat (voir votre décision du 17 janvier 1972 SNCF c/ Entreprise Solon et Barrault, 1966, au recueil p. 944), ou ceux conclus par des sociétés d'économie mixte pour des travaux d'urbanisme ou d'aménagement du territoire (voir la décision de section du Conseil d'Etat du 5 mai 1972 Société d'équipement de l'Indre c/ Allain, 79470, au recueil p. 341, ou votre décision du 25 juin 1973 Société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de Paris-La Villette, 1981, au recueil p. 846).

Il nous semble donc utile de réexaminer la pertinence de votre jurisprudence issue de votre décision Société entreprise Peyrot. (Vous pouvez voir pour son analyse critique l'article

du professeur Philippe Terneyre à la RJEP de juin 2011 n° 687 comm. 29, « Pourquoi les marchés de travaux des sociétés concessionnaires d'autoroutes conclus avec des entreprises privées devraient-ils relever « par nature » de la compétence de la juridiction administrative ? »). Il s'agit de savoir si la nature des travaux autoroutiers exige une qualification administrative de tous les contrats conclus pour leur réalisation.

Tout d'abord on peut relever qu'une telle qualification est sans incidence sur trois questions :

-tout d'abord, cette qualification est sans effet sur les règles de passation de ces contrats. Ces derniers ne relèvent pas du code des marchés publics dans la mesure où les concessionnaires n'entrent pas dans son champ d'application : voir en ce sens la décision du Conseil d'Etat du 19 novembre 2004 Société National Westminster Bank, 231103, aux tables p. 765. Ils demeureront en revanche, en application des dispositions des cahiers des charges annexés aux concessions, soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence issues de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

-ensuite, les travaux resteront des travaux publics en application des critères dégagés par la décision du Conseil d'Etat du 10 juin 1921 Commune de Monségur, au recueil p. 573.

-s'agissant du droit au recours, le transfert du contentieux au juge judiciaire est sans incidence dès lors que ce dernier connaît aussi le référé contractuel et précontractuel. Par ailleurs, les concessionnaires d'autoroute soumettent déjà leurs litiges contractuels au juge judiciaire pour toutes les prestations autres que les travaux. Cela leur permettrait en outre de recourir à l'arbitrage que la décision de section précitée du Conseil d'Etat du 3 mars 1989 Société des Autoroutes de la région Rhône-Alpes a en principe exclu pour les contrats administratifs.

En revanche, la qualification de droit privé des contrats de travaux aura des incidences sur leur exécution puisqu'elle les fera sortir du régime des contrats administratifs. En effet, même dans le silence du contrat, il ressort de la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, qu'en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique peut apporter unilatéralement, dans l'intérêt général, des modifications à ses contrats (voir pour une réaffirmation récente de ce principe la décision du Conseil d'Etat du 27 octobre

2010 Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, 318617, aux tables p. 660), elle peut aussi les résilier unilatéralement (voir par exemple la décision du Conseil d'Etat du 4 juin 2014 Commune d'Aubigny-les-Pothées, 368895, à mentionner aux tables). Au contraire, le cocontractant est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure, et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat (voir en ce sens la décision du Conseil d'Etat du 8 octobre 2014 Société Grenke Location, 370644, à publier au recueil). Le caractère privé des contrats de travaux modifiera donc les pouvoirs du concessionnaire d'autoroute. Néanmoins, la nature des travaux autoroutiers ne justifie pas que les concessionnaires bénéficient de pouvoirs exorbitants du droit commun pour assurer leur bonne exécution, pas plus que lorsque la société Aéroports de Paris, par exemple, passe des contrats pour l'extension des aéroports qu'elle gère. En outre, rien n'interdira aux sociétés d'autoroute d'introduire dans leurs contrats de travaux les clauses de substitution dont elles auraient besoin pour s'assurer de la bonne exécution de leurs contrats relevant du droit privé. Il nous semble donc que la nature des travaux autoroutiers n'impose pas une qualification administrative des contrats portant sur leur réalisation.

Nous avons d'autant moins de doute sur le fait qu'aujourd'hui, vous n'adopteriez pas la même analyse des contrats de travaux des sociétés d'autoroute que votre jurisprudence récente s'est engagée sur la voie de la simplification des règles de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction en matière de contrats conclus par les personnes privées délégataires de service public avec d'autres personnes privées. Vous avez ainsi institué une présomption en vertu de laquelle le concessionnaire privé est regardé comme agissant pour son propre compte ce qui conduit à qualifier, en principe, ses contrats de contrats de droit privé : vous pouvez voir sur cette présomption votre décision du 9 juillet 2012 Compagnie générale des eaux c/ ministre de l'écologie et du développement durable, 3834, aux tables p. 653.

Néanmoins, ces éléments ne sont pas nécessairement suffisants pour que vous abandonniez la règle de compétence posée par votre décision Société entreprise Peyrot pour deux raisons :

-d'une part, cette jurisprudence a été constamment réaffirmée depuis 1963. Si elle est restée cantonnée aux contrats de travaux routiers, son champ a été, dans cette limite, entendu extensivement :

-tout d'abord, elle a été étendue à tous les concessionnaires d'autoroutes, y compris lorsque, comme aujourd'hui, il s'agit de sociétés privées sans participation publique : vous pouvez voir en ce sens la décision de section précitée du Conseil d'Etat du 3 mars 1989 Société des Autoroutes de la région Rhône-Alpes.

-cette jurisprudence a ensuite été transposée aux travaux portant sur les routes nationales et les ouvrages d'art qui en sont indissociables : vous pouvez voir en ce sens la décision du Conseil d'Etat du 24 avril 1968 Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont Blanc, 70188, au recueil p. 256, et votre décision du 12 novembre 1984 Société d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines, 2356, aux tables p. 533.

-enfin, la notion de travaux routiers a été entendue de façon relativement extensive.

-d'autre part, votre jurisprudence ne semble pas soulever de difficulté aux sociétés d'autoroutes, à tel point que, dans la présente instance, la Société des Autoroutes du Sud de la France vous demande de confirmer la compétence de la juridiction administrative.

Néanmoins, l'abandon de votre jurisprudence Société entreprise Peyrot nous semble opportune car elle permettrait de constituer un bloc de compétence en faveur du juge judiciaire pour tous les contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroute, en dehors de la concession elle-même, et s'inscrirait dans le sens de l'évolution de votre jurisprudence récente en matière contractuelle.

En revanche, une telle évolution, à raison de la modification du régime d'exécution des contrats qu'elle entraînerait, soulève une difficulté pour les contrats conclus antérieurement à votre éventuel changement de jurisprudence. Dans la mesure où tout revirement de jurisprudence est rétroactif puisqu'il se borne à révéler un état de la règle qui est censé toujours avoir existé, au jour de la lecture de votre décision tous les contrats de travaux des sociétés d'autoroutes seraient regardés comme des contrats de droit privé, sans que ne puisse jouer le principe posé par votre décision du 16 octobre 2006 Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français, 3506, au recueil p. 639, selon lequel la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu. Un changement de qualification des contrats ferait ainsi perdre aux concessionnaires leurs pouvoirs d'exécution

sur leurs cocontractants sans qu'ils aient pu introduire les clauses de substitution nécessaires. Mais cette modification aurait des effets encore plus redoutables sur les litiges en cours. Outre le changement de juge qu'il imposerait en cours d'instance, il pourrait rendre irrégulières des mesures d'exécution régulièrement prises sous le régime des contrats administratifs.

****Pour pallier ces inconvénients, vous pourriez envisager une modulation des effets dans le temps de votre revirement de votre jurisprudence.**

Jusqu'à présent vos changements de jurisprudence ont tous été d'application immédiate : vous pouvez voir par exemple votre décision du 25 mars 1996 dite Berkani, 03000, au recueil p. 535, qui a modifié la qualification des contrats des agents des personnes morales de droit public travaillant pour le compte d'un service public administratif.

Une modulation dans le temps d'un revirement de votre jurisprudence soulève plusieurs questions :

***la première porte sur la possibilité même pour votre juridiction de prendre une telle mesure.** Il nous semble que rien ne s'y oppose :

-d'une part, l'absence de disposition en ce sens n'est pas un obstacle puisque tant la Cour de cassation, dans un arrêt de son assemblée plénière du 21 décembre 2006 (n° 00-20493, Bull. 2006, Ass. plén, n° 15), que le Conseil d'Etat, dans sa décision d'assemblée du 16 juillet 2007 Société Tropic Travaux Signalisation, 291545, au recueil p. 360, l'ont adoptée sans texte.

-d'autre part, votre rôle particulier de juridiction chargée de trancher les questions de répartition de compétences entre les deux ordres de juridiction ne nous semble pas un obstacle à une éventuelle modulation des effets de votre jurisprudence. On peut même estimer que le souci de bonne administration de la justice qui gouverne l'intervention de votre juridiction va dans ce sens.

***la deuxième question porte sur les critères d'utilisation de la modulation des effets de vos décisions** dans la mesure où doit demeurer le principe de l'application immédiate de la règle jurisprudentielle nouvelle à tous les litiges. Vous pourriez vous inspirer des approches déjà adoptées par les autres cours suprêmes. La modulation n'est ainsi utilisée par la Cour de justice de l'Union européenne qu'en cas d'« impérieuses considérations de

sécurité juridique » (voir son arrêt du 27 février 1985 Société des produits du maïs (aff 112/83)), par la Cour de cassation en cas d'atteinte au droit du requérant à un procès équitable, et par le Conseil d'Etat en cas d'atteinte au droit au recours ou en raison de l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours.

***la troisième question porte sur les modalités d'application d'une telle modulation** : pouvez-vous l'utiliser d'office ou devez-vous en informer au préalable les parties ? Votre rôle spécifique de répartition des compétences nous semble conduire à faire relever une telle modulation de votre office sans que le caractère contradictoire de la procédure n'impose une communication aux parties.

***la dernière question a trait à l'application d'une modulation des effets de votre décision si vous choisissiez d'abandonner la qualification de droit public des contrats de travaux des concessionnaires d'autoroute** :

-sur le principe d'abord d'une telle modulation, il nous semble que votre décision entrerait dans son champ non pas à raison d'une atteinte au droit au recours, puisqu'elle se bornerait à modifier le juge compétent, mais en raison de l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours, eu égard aux modifications résultant de la qualification de droit privé sur l'exécution des contrats déjà conclus.

-sur l'étendue de la modulation, il nous semble qu'elle devrait porter non seulement sur les litiges en cours mais aussi sur les contrats déjà conclus à la date de votre décision dans la mesure où la nature juridique du contrat est nécessairement un élément pris en compte par les parties au moment de sa conclusion.

Nous vous proposons donc de qualifier désormais les contrats de travaux conclus par les sociétés concessionnaires d'autoroute de contrats de droit privé car passés entre deux personnes privées mais de n'appliquer cette nouvelle qualification qu'aux contrats signés après la lecture de votre décision.

****Si vous nous suivez, il faut appliquer ces principes à la qualification du contrat conclu entre la Société des Autoroutes du Sud de la France et Mme R.**

Le contrat en litige a été conclu par une société concessionnaire d'autoroute avec une personne privée et porte sur des travaux bien que soit en cause la réalisation d'une sculpture : vous pouvez voir en ce sens votre décision du 17 décembre 2001 Hartmann et association Prisme, 3274, au recueil p. 763. Ce contrat étant antérieur à votre changement de jurisprudence, les principes dégagés par votre décision Société entreprise Peyrot demeurerait applicables.

Il faut alors s'interroger sur l'existence d'un lien suffisant entre ces travaux et l'ouvrage autoroutier.

Certes, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt du 17 février 2010, a jugé, à propos du contrat de Mme R., que la réalisation d'une sculpture pour une aire d'autoroute était un ouvrage accessoire à l'autoroute et a écarté en conséquence la compétence du juge judiciaire. Elle s'est ainsi inscrite dans l'approche relativement extensive de la notion de travaux autoroutiers retenue par votre jurisprudence récente, comme par celle du Conseil d'Etat. Initialement limitée aux travaux concernant les ouvrages de l'autoroute réalisés sur son emprise, la jurisprudence en a élargi le champ en utilisant deux critères alternatifs tenant au lien soit fonctionnel, soit physique entretenu par les travaux avec l'ouvrage autoroutier :

-le critère fonctionnel a ainsi été utilisé pour regarder comme des travaux autoroutiers ceux qui, bien que réalisés hors de l'emprise de l'autoroute, avaient pour objet de limiter le bruit de cette dernière (c'est votre décision du 4 novembre 1996 Mme Espinosa c/ Société Escota, 2990, au recueil p. 553), ou étaient relatifs aux logements du personnel appelé à intervenir en urgence sur les autoroutes (c'est la décision du Conseil d'Etat du 23 décembre 2011 Société des Autoroutes Paris-Rhin-Rhône, 340348, aux tables p. 846).

-le critère physique a conduit le Conseil d'Etat, dans sa décision du 12 janvier 2011 Société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France, 332136, aux tables p. 844, à juger que le marché conclu par un concessionnaire d'autoroute pour l'installation de fibres optiques sur le réseau d'autoroutes avait le caractère d'un marché de travaux publics, sans mentionner si ces fibres étaient aussi destinées à sa propre communication.

Deux raisons peuvent vous conduire à adopter l'analyse de la Cour de cassation :

-d'une part, la réalisation de la sculpture résulte des obligations d'investissements culturels imposées par l'Etat aux sociétés d'autoroute par l'arrêté du 18 juin 1980 ;

-d'autre part, la sculpture devait être installée dans l'emprise de l'autoroute pour répondre aux besoins de ses usagers.

Néanmoins, une telle analyse nous semble élargir de façon trop importante le champ de votre jurisprudence Société entreprise Peyrot. En effet, la réalisation d'une œuvre d'art à installer sur une aire de service d'une autoroute n'est en rien indispensable, ni même utile au bon fonctionnement de l'ouvrage. Rien ne justifie que de tels travaux entrent dans le champ du droit administratif. Nous vous proposons donc de regarder le contrat conclu entre la Société des Autoroutes du Sud de la France et Mme R. comme ne portant pas sur des travaux présentant un lien suffisamment direct avec l'ouvrage autoroutier. Si vous nous suivez, vous le regarderez comme un contrat de droit privé.

Par ces motifs, nous concluons :

-à la compétence de la juridiction judiciaire pour connaître du litige relatif au contrat conclu entre la Société des Autoroutes du Sud de la France et Mme R.,

-et au rejet des conclusions présentées par la Société des Autoroutes du Sud de la France au titre de l'article 75 de la loi du 10 juillet 1991.