

Tribunal des Conflits

N°3813

Conflit sur renvoi de la cour d'appel
de Paris

UGAP

C/

Eurl C2 Conseils et formation

Séance du 17 octobre 2011

Rapporteur : Mme Hubac

Commissaire du gouvernement : M. Boccon-Gibod

Conclusions du commissaire du gouvernement

L'Union des groupements d'achat public (UGAP) est un établissement public industriel et commercial dont le rôle de centrale d'achat public généraliste est bien connu. Son statut est fixé par le décret n° 85-801 du 30 juillet 1985, dont l'article 17 disposait, dans sa rédaction applicable à la date des faits ici examinés : « *tous les achats effectués par l'établissement sont soumis aux règles édictées par les livres Ier et II du code des marchés publics* » cela sous des réserves ici non pertinentes.

Dans sa rédaction résultant du décret n° 2005-436 du 9 mai 2005 le même article 17 dit purement et simplement de l'établissement qu'il est « *soumis aux dispositions du code des marchés publics applicables à l'Etat* ».

L'UGAP a conclu les 15 et 25 mars 2004 avec la société *C2 Conseils et Formation*, également appelée *C... C... Consultants*, un marché expressément qualifié, selon son intitulé, de « *marché public conclu en vertu de l'article 28 du code des marchés publics* ».

Ce marché à bons de commande portait sur la fourniture de prestations de formation à destination du personnel de l'UGAP. Il prenait effet le 25 mars 2004 et devait durer jusqu'au 31 décembre 2005.

A l'expiration de cette période, la société C2 Conseils et Formation a constaté que le volume d'affaires apporté par les commandes ensuite passées était inférieur au minimum contractuellement garanti de 53.820 euros TTC. Elle a en conséquence, par requête du 14 septembre 2006, saisi le tribunal administratif de Melun pour obtenir le règlement de la différence entre ce minimum et le chiffre d'affaires effectivement réalisé.

Par jugement du 1^{er} décembre 2006, le juge administratif s'est cependant dit incompétent pour connaître de l'exécution d'un contrat qu'il a qualifié de droit privé, comme conclu par l'UGAP pour ses besoins propres et non en tant que centrale d'achat, motif pour lequel il ne s'est pas arrêté aux dispositions de l'article 17 précité du décret statutaire de l'UGAP.

L'UGAP a déféré cette décision à la cour administrative d'appel de Paris qui, par arrêt du 31 décembre 2007, a dit la requête irrecevable au motif, que la décision attaquée ne lui faisait pas grief, la requête de la société C2 Conseils et Formation ayant été rejetée¹.

La société C2 Conseils et Formation, qui n'avait, quant à elle, exercé aucun recours contre la décision du tribunal administratif, a saisi le tribunal de commerce de Meaux. Par jugement du 7 octobre 2008, ce tribunal, après avoir écarté l'exception d'incompétence soulevée par l'UGAP, a fait droit, au fond, à la demande de la société demanderesse.

Par arrêt du 18 février 2011, la cour d'appel de Paris, saisie par l'UGAP, a cependant, au vu des clauses exorbitantes du droit commun figurant dans le contrat soumis à son examen, dit qu'il revenait à la juridiction administrative de statuer sur les litiges nés de son exécution.

Sur le constat du caractère définitif de la décision d'incompétence du tribunal administratif de Melun, elle a, au visa de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849, renvoyé devant vous la question de la compétence, et a sursis à statuer sur les demandes des parties jusqu'à votre décision.

Votre saisine, conforme au texte visé par la cour d'appel est régulière.

Au fond

Il ne peut se déduire de la seule qualité d'EPIC de l'UGAP que les conventions conclues par cet établissement avec une personne de droit privé revêtent un caractère administratif.

Vous avez déjà jugé que le fournisseur privé, cocontractant de l'UGAP, vendeur d'une marchandise ou d'une prestation à une personne publique par le truchement de l'UGAP ne peut être regardé comme l'utilisateur d'un service public, circonstance qui aurait justifié la compétence du juge administratif au cas de litige né de l'exécution du contrat (TC 5 juillet 1999, *UGAP c/ Société SNC Activ CSA*, n° 3167 ; TC 22 octobre 2001, *Société BNP Paribas c/ UGAP*, n° 3254).

La situation est cependant ici différente, puisque l'UGAP est considérée non pas dans son rôle de centrale d'achat mais en tant que telle, agissant comme partie à un contrat n'intéressant qu'elle et son cocontractant.

Votre jurisprudence, permet de dire :

¹ Motif en réalité erroné au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle doit être admis le recours exercé contre une décision qui rejette les conclusions du demandeur comme portées devant un ordre de juridiction incompétent pour en connaître (CE, 17 juillet 2009, *Ministère de l'économie des finances et de l'industrie c/ M B...*, n° 288559).

1° que la passation d'un contrat selon les règles des marchés publics ne suffit pas à lui conférer un caractère administratif, dès lors qu'il n'a pas pour objet l'exécution d'un service public ou ne comporte pas de clause exorbitante du droit commun (TC 18 décembre 1933, *Commune du Razès*, Rec. p. 1250 ; TC 5 juillet 1999, *Commune de Sauve c/ Société Gestetner*, n° 3142).

2° qu'en revanche, un tel contrat revêt nécessairement un caractère administratif s'il contient une clause exorbitante du droit commun, par exemple la faculté, pour la personne publique, de résiliation unilatérale y compris en l'absence de tout manquement du titulaire du marché à ses obligations contractuelles. Vous l'avez notamment jugé à propos des affaires déjà citées intéressant l'UGAP.

Il n'est pas indifférent que la cour d'appel ait, dans l'espèce ici examinée, relevé l'existence d'une clause exorbitante du droit commun analogue à celle qui vient d'être citée puisque l'article 6-4 du cahier des charges particulières permet à l'UGAP d'annuler unilatéralement une session de formation montée par la société C2 Conseils et Formation en l'absence de tout manquement de sa part à ses obligations contractuelles.

Cette seule circonstance devrait donc conduire à opiner en faveur de la juridiction administrative, sauf à ne pas le regarder comme une clause exorbitante du droit commun, comme vous y invitent les écritures de la société C2 Conseils et Formation.

Mais il faut maintenant prendre en compte l'importante modification, en forme de simplification, apportée par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite loi Murcef, dont l'article 2 dispose que « *Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs* ».

Ainsi, en vertu de cet article, la nature d'un contrat se détermine, avant même d'examiner son objet ou son contenu, par le seul fait qu'il est passé en application du code des marchés publics.

Il est bien établi que sont visés par l'article 2 de la loi Murcef tous les marchés qui entrent dans le champ d'application du code des marchés publics, que les procédures définies par ce code aient été mises en œuvre ou non.

Autrement dit :

- d'une part, en application de votre jurisprudence constante déjà rappelée, un marché conclu selon l'une des procédures prévues par le code des marchés publics, alors même que ce marché n'entre pas dans le champ d'application de ce code, ne revêt pas un caractère administratif par le seul fait de son mode de passation ;

- tandis, d'autre part et en vertu de la loi Murcef, qu'un contrat conclu en méconnaissance des dispositions du même code reste administratif dès lors qu'il entre dans le champ d'application du code des marchés publics.

Ce dernier critère résulte très clairement tant de l'avis du Conseil d'Etat en date du 29 juillet

2002 (*Société MAJ blanchisserie de Pantin*, n° 246921) que de votre jurisprudence, qu'il s'agisse de contrats d'assurance (TC 24 avril 2006, *OPHLM de Montrouge c/ Société mutuelle d'assurance des collectivités locales*, n° 3503), ou de la facturation présentée à l'Etat par France Télécom (TC 19 mars 2007, *société France Télécom*, n° 3594), ou encore, □ propos de location, par une personne publique, de matériel de photocopie (TC 17 décembre 2007, *Société Lixxbail c/ Etat*, n° 3651), opérations dont vous avez dit qu'elles ressortissaient à la compétence du juge administratif dès lors qu'elles reposaient sur un contrat soumis au code des marchés publics.

La Cour de cassation n'a pas appliqué une solution différente à propos de contrats d'assurance conclus par une commune (Cass. civ. 1^{ère}, 23 janvier 2007, Bull. civ.I n° 40), qu'elle a qualifiés d'administratifs au visa des articles 1 et 2 du code des marchés publics et de l'article 2 de la loi Murcef.

Cette analyse n'est pas remise en cause par les éditions successives de 2004 et de 2006 du code des marchés publics.

Il paraît dès lors suffisant de relever que l'UGAP est un établissement soumis, sans distinction, par l'article 17 de son décret statutaire, au code des marchés publics, code au demeurant expressément visé par le contrat litigieux. Peu importe à cet égard que le contrat fasse référence, par le visa de l'article 73-I 1° relatif au marché à bons de commande, au code issu du décret du 7 mars 2001, alors que le code en vigueur était celui résultant du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004, le principe restant celui d'une soumission de l'établissement au code des marchés publics.

Il s'en déduit que le contrat conclu entre l'UGAP et la société C2 Conseils et Formation est indiscutablement administratif non seulement parce qu'il contient, selon la cour d'appel, une clause exorbitante du droit commun, mais encore, plus simplement, parce qu'il est soumis aux dispositions du code des marchés publics.

La question qui se pose à votre Tribunal n'est pas de qualifier le contrat, mais de préciser le motif pour lequel il doit être qualifié d'administratif : faut-il viser la loi Murcef ou bien s'en tenir □ l'existence d'une clause exorbitante du droit commun ?

Deux raisons militent en faveur du visa de l'article 2 de la loi Murcef :

- la première est d'ordre logique : il se justifie, avant d'entrer dans le détail des clauses dont on pourrait tirer la qualification d'un contrat, de vérifier si ledit contrat ne revêt pas une nature administrative par détermination de la loi. En l'espèce, le constat de la soumission de ce contrat au code des marchés publics conduit à conclure à la qualification administrative sans qu'il soit besoin de pousser plus loin l'examen ;

- la seconde répond à l'esprit même de la loi Murcef qui est d'unifier les contentieux relatifs aux marchés publics par la définition d'un bloc de compétence résultant de la seule soumission d'un contrat au code des marchés publics, sans entrer dans le détail de ses clauses.

Il s'agissait, selon le rapport de la Commission des finances du Sénat, de mettre un terme □

la confusion né de votre jurisprudence précitée *Commune de Sauve* du 5 juillet 1999 selon laquelle, nous l'avons vu, la soumission de contrats aux règles du code des marchés publics, ne saurait leur conférer à elle seule le caractère de contrats administratifs, dès lors qu'ils ne contiennent aucune clause exorbitante du droit commun².

Votre décision en faveur de la primauté du critère défini par la loi Murcef irait donc dans le sens de la simplification voulue par le législateur.

Cette analyse est conforme à celle de l'UGAP qui, par son conseil, la SCP Lyon-Caen et Thiriez conclut à la compétence de la juridiction administrative en se réservant seulement de viser non seulement les dispositions de la loi Murcef mais aussi l'existence d'une clause exorbitante du droit commun.

Elle est en revanche contestée par la société C2 Conseils et Formation, dont le conseil discute de manière en réalité peu convaincante l'existence d'une clause exorbitante du droit commun, étant rappelé que l'UGAP s'est réservé le droit d'annuler unilatéralement une session de formation montée par la société C2 Conseils et Formation, et s'abstient de tirer les conclusions qui viennent d'être dites de la soumission du contrat au code des marchés publics, de sorte que son argumentation ne peut qu'être écartée.

* *
*

Nous avons en conséquence l'honneur de conclure :

- à la compétence de la juridiction de l'ordre administratif ;
- à la nullité de la procédure suivie devant la cour d'appel de Paris à l'exception de l'arrêt rendu le 8 février 2011 ;
- à la nullité du jugement du tribunal administratif de Melun en date du 1^{er} décembre 2006 et au renvoi de la cause et des parties devant ce tribunal.

² Rapport n° 336 de M. Philippe Marini, au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation du Sénat, p. 22, séance du 23 mai 2001.