

NEWSLETTER N°5 – MARS 2016

Sommaire :

- ∞ Les évolutions législatives récentes et en cours
- ∞ Actualités du cabinet
- ∞ Cour de cassation, 17 février 2016, n°14-26.632 : une réduction du champ d'application des contrats de droit public ?

∞ Les évolutions législatives récentes et en cours

1/ Une réforme en profondeur du droit des obligations :

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1^{er} octobre 2016.

2/ La transposition de la directive « concession » :

Le 26 février 2014, le Parlement et le Conseil de l'Union européenne ont adopté la directive 2014/23/Union européenne sur l'attribution des contrats de concession (JOUE du 28 mars 2014), et dont l'objet est de mettre en place un cadre régissant l'attribution des contrats de concession. Le texte doit être transposé en droit interne au plus tard le 18 avril 2016. La loi 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, a habilité le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures de transposition de niveau législatif. Dans le cadre de l'adoption de cette ordonnance, le Gouvernement a organisé une procédure de consultation, invitant ainsi les personnes intéressées à se prononcer sur son projet de texte.

3/ Le projet de loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages :

déposé à l'Assemblée nationale le 26 mars 2014, il est actuellement présenté aux députés dans le cadre d'une deuxième lecture. 40 ans après la loi de 1976

sur la protection de la nature, le Gouvernement entend donner force de loi à une vision actualisée et élargie de la préservation et de la mise en valeur du capital naturel. Dans ce cadre, il souhaite renouveler et simplifier la gouvernance des politiques en faveur de la biodiversité au niveau national et régional en instituant une nouvelle entité, l'Agence française pour la biodiversité, qui aura vocation notamment à se substituer à l'Office national de l'eau et des milieux aquatiques, l'Atelier technique des espaces naturels, l'Agence des aires marines protégées et l'établissement des Parcs nationaux de France.

Par ailleurs, malgré quelques atermoiements, ce projet de loi vise à inscrire dans le code civil, le principe du pollueur payeur tel qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation, dans sa décision du 25 septembre 2012 (n°10-82-938) relative à la responsabilisation de l'entreprise TOTAL dans le naufrage de l'Erika et à la reconnaissance du préjudice écologique. Ainsi, le projet de loi prévoit d'insérer dans le code civil une nouvelle disposition, qui précisera :

« Toute personne qui cause un dommage grave et durable à l'environnement est tenue de le réparer ».

Le Cabinet UWILL vous tiendra informé de ces évolutions en cours.

Réforme territoriale, quels défis pour les services eau, Assainissement, déchets ?

La nouvelle organisation territoriale décidée par le Gouvernement en 2012 entraîne, dans le cadre des lois MAPTAM (Loi 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles) et NOTRE (Loi 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République) la mise en œuvre de transferts des compétences relatives à l'eau, à l'assainissement et aux déchets aux établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre.

La redistribution des compétences intervient concomitamment avec la redéfinition du périmètre de l'intercommunalité, et donc, une réorganisation profonde des services compétents.

Comment mettre en œuvre ces nouvelles dispositions législatives, tout en poursuivant la politique environnementale existante ?

L'AFITE (Association française des ingénieurs et techniciens de l'environnement) a organisé, le 22 mars 2016, un colloque en partenariat avec l'AMF (Association des maires de France) qui visait à évoquer l'ensemble de ces questions.

Maître William Azan est intervenu lors de ce colloque. Il a ainsi soulevé les points juridiques et opérationnels essentiels à prendre en compte par les élus lors des transferts et redistributions de compétences, afin de limiter au maximum les

risques contentieux. Ainsi, il apparaît que tout transfert de compétence doit passer par :

- Au plan patrimonial, il paraît impératif de d'envisager toutes les questions de responsabilité qui peuvent se poser et de renégocier, éventuellement, les contrats d'assurance sous l'angle de différents audits. Par ailleurs, les biens et équipements nécessaires à la mise en œuvre des compétences transférées étant soumis au régime de la domanialité publique, il est indispensable d'en dresser un inventaire, qui tiendra compte de leur statut. Un tel document doit pouvoir être établi de manière contradictoire entre les collectivités territoriales concernées en identifiant strictement les propriétaires des différents équipements.

- Au plan financier, le redécoupage territorial et les transferts de compétence devraient être précédés d'une étude d'impact portant notamment sur les capacités de financement des collectivités territoriales concernées, la qualité du service transféré et la mise en place de tarifications attractives. Un pacte financier relatif aux partages des taxes locales (et éventuellement de la DGF) pourrait même être envisagé.

Pour en savoir plus :

<http://www.afite.org/docs/events/13351-reformes-territ-22-mars-2016.pdf>

William AZAN est rentré au Comité d'orientation de l'Association Droit et Croissance en charge des questions énergétiques et environnementales

L'Association Droit et Croissance est un laboratoire de recherche indépendant dont l'ambition est de favoriser la croissance en France par une meilleure efficacité du droit sur le plan économique.

Nous partageons avec l'Association une même conviction : l'innovation juridique est un levier de la

réindustrialisation des territoires, dans le respect des engagements environnementaux de la France.

Nous vous tiendrons régulièrement informés des travaux de l'Association.

Cour de cassation, 17 février 2016, n°14-26.632 : une réduction du champ d'application des contrats de droit public ?

Claire BOSSEBOEUF-HAUTEFAYE, Élève avocat – Docteur en droit



Le 17 février 2016, dans un pourvoi n°14-26.632, la Cour de cassation a fait une application de la définition de la clause exorbitante du droit commun posée par le Tribunal des conflits en 2014 (Tribunal des conflits, 13 octobre 2014, *Axa France IARD*, n°C3963), réaffirmant ainsi les contours de la notion de contrat administratif.

On rappelle en effet qu'en principe, en dehors des contrats conclus entre deux personnes publiques qui bénéficient d'une présomption « d'administrativité » (Tribunal des conflits, 21 mars 1983, *UAP*, n°02256), les contrats entre une personne privée et une personne publique sont administratifs si, en dehors de toute qualification législative, ils remplissent un certain nombre de critères jurisprudentiels et alternatifs.

En l'espèce, le centre communal d'action sociale de Louvres (CCAS), établissement public administratif, a souscrit en 2007 un contrat de bail avec l'Association nationale d'équipements sociaux (ANRES). Ce contrat portait, moyennant le paiement de redevances mobilières et immobilières annuelles, sur un immeuble à usage de résidence pour personnes âgées.

Le CCAS a confié la gestion de cet immeuble à l'association ANRES gestion, devenue GES association, dans le cadre d'une délégation de service public.

En 2011, l'ANRES a fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire et son mandataire judiciaire a assigné le CCAS en paiement des arriérés de redevance. Le CCAS a alors soulevé l'incompétence du juge judiciaire, en invoquant le caractère administratif du contrat.

La Cour d'appel de Versailles, dans une décision du 15 septembre 2014, a accueilli ce moyen.

Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la satisfaction ou non de deux critères essentiels en matière de qualification des contrats administratifs : le critère du service public et le critère de la clause exorbitante de droit commun.

Il en ressort que le contrat litigieux, conclu uniquement pour les besoins du service et ne disposant d'aucune clause exorbitante du droit commun ne remplit pas les critères du contrat administratif.

La Haute Cour a donc censuré le déclinatoire de compétence de la Cour d'appel de Versailles. Ainsi, alors qu'elle semble restreindre le critère du service public (I) et refuser au contrat l'existence d'une clause exorbitante du droit commun (II), on peut se demander si la Cour de cassation ne contribue pas, avec cet arrêt, à réduire le champ des contrats administratifs ?

Il apparaît en fait que, sur l'un et l'autre de ces critères, elle ne fait qu'une application rigoureuse d'une jurisprudence ancrée dans la durée.

1/ La restriction du critère du service public : le contrat conclu « pour les besoins du service » n'est pas administratif

En principe, un contrat conclu entre une personne publique et une personne privée est un contrat administratif en ce qu'il constitue un acte de gestion publique, cette caractéristique relevant soit de son objet, soit de ses clauses, soit de son régime.

S'agissant de l'objet du contrat, trois catégories de contrats administratifs existent, soit par détermination de la loi, soit par qualification jurisprudentielle :

- Les contrats de travaux publics, dont le caractère administratif découle en principe de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, article qui a été abrogé « par mégarde » par l'ordonnance 2006-460 du 21 avril 2006. Il reste que la compétence du juge administratif en matière de travaux publics a été réaffirmée par le Conseil d'État, dans une décision du 7 août 2008, *Société anonyme de gestion des eaux de Paris* (req. n°289329) ;

- Les contrats d'occupation du domaine public qui sont administratifs en vertu, notamment de la loi (article L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques), mais surtout en vertu du principe logique selon lequel la gestion du domaine public de l'administration est une activité de gestion publique.

- Les contrats ayant trait au service public. Dans ce sens, la jurisprudence a consacré l'administrativité des contrats qui confient l'exécution du service public au cocontractant de l'administration, ce qui est le cas de la délégation de service public (Conseil d'État, 20 avril 1956, *Époux Bertin*, n°98637 et Conseil d'État, 4 mars 1910, *Thérond*), qui associent le cocontractant de l'administration à l'exécution d'un service public (Conseil d'État, 4 juin 1954, *Affortit et Vingtain*), ou qui constituent une modalité même de l'accomplissement de la mission de service public de l'administration (Conseil d'État, 26 juin 1974, *Société « La maison des isolants de France »*, req. n°80940).

Cependant, quand il s'agit du critère du service public,

« *Le diagnostic peut être incertain, controversable ou variable en conséquence, notamment, de la difficulté à délimiter la consistance de la mission du service public en cause* » (CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 15^{ème} édition, 2001, p. 560).

Ainsi en est-il des contrats qui, comme il le paraît en l'espèce, sont conclus « *pour les besoins du service public* ». La première mention de ce type de contrat est apparue dans la jurisprudence du Conseil d'État, dans une décision du 11 mai 1956 (*Société des transports Gondrand*, *Rec.*, p. 202). Elle a été réutilisée par le Tribunal des conflits pour clore le débat sur la nature des contrats relatifs à la gestion et à l'exploitation d'appareils de télévision mis à la disposition des patients d'hôpitaux : dans un arrêt du 8 juin 2014, *Codiam* (req. n°90818), le Conseil d'État avait considéré que ce type de contrat avait pour objet de faire participer le cocontractant de l'administration à une mission de service public.

Alors que peu après, le Tribunal des conflits jugeait que le même type de contrat conclu dans un établissement pénitentiaire n'était conclu que « *pour les besoins du service* » et n'avait pas le caractère d'un contrat administratif (Tribunal des conflits, 23 novembre 1998, *Bergas*, req. n°03124), le juge administratif persistait dans sa jurisprudence de 1994, sans jamais trancher, par contre, sur la question essentielle de la définition de ce type de contrat. Le Tribunal des conflits a semblé mettre fin au débat en 2007, dans son arrêt *SA Codiam* (21 mai 2007, req. n°3609).

Pourtant, dans une décision du 7 mars 2014, le Conseil d'État a maintenu son interprétation, consacrant même une activité de service public (req. n°372897, commentaire J. HARDY, *AJDA* 2014, p. 1497). Il en ressort donc une sorte de « bras de fer » entre le Conseil d'État (décision de 2014) et le Tribunal des conflits qui a rendu plusieurs décisions ponctuelles

dans la lignée de sa jurisprudence (voir notamment Tribunal des conflits, 17 avril 2000, req. n°3168 ; Tribunal des conflits, 9 février 2015, req. n°3982) sur cette question, qui découle pourtant de la propre jurisprudence du Conseil d'État (décision précitée du Conseil d'État du 11 mai 1956, *Société des transports Gondrand*).

En l'espèce, il apparaît que la Cour de cassation s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence du juge des conflits : le contrat de bail relatif à un immeuble dont la gestion sera par suite, confiée par l'administration à un délégataire de service public ne saurait constituer un contrat relatif à l'exécution du service public. La Cour tranche dans ce sens alors même que l'immeuble en cause est destiné à accueillir un service public d'hébergement de personnes âgées : le contrat de bail en cause, qui se situe « en amont » de la mise en œuvre de ce service public, ne contribue pas à son exécution. Il est bien un contrat « *conclu pour les besoins du service* ».

Cependant, comme l'avait souligné le Conseil d'État en 1956, et comme le rappelle de le Tribunal des conflits dans sa jurisprudence précitée, le fait que le contrat soit conclu « *pour les besoins du service* » ne l'exclut pas d'emblée de la catégorie des contrats administratifs. Encore faut-il qu'il ne dispose pas d'une clause exorbitante du droit commun.

II/ La contribution à la redéfinition des contours de la clause exorbitante du droit commun

La clause exorbitante du droit commun apparaît ici comme un critère subsidiaire de qualification du contrat, en référence non à son importance par rapport aux autres critères de l'administrativité des contrats (le critère de la clause exorbitante du droit commun n'est en effet pas moins important que le critère du service public), mais surtout par rapport à l'ordre dans lequel le juge se pose les questions permettant de qualifier le contrat.

Car la clause exorbitante du droit commun est un critère essentiel de la qualification du contrat administratif, qui a connu ses heures de gloire notamment au début du XX^{ème} siècle, durant la période dite de « crise du service public » : ainsi le Conseil d'État a reconnu son existence de manière implicite dans le célèbre arrêt du 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (req. n° 30701), avant de la consacrer officiellement dans son arrêt du 7 mars 1923, *Sieur Isofoglu* (req. n°3963).

« Toujours en vigueur », le critère de la clause exorbitante du droit commun a longtemps été difficile à définir, à tel point qu'il a été dit qu'il est un critère qui « *s'identifie plus qu'il ne se définit* » (François

BRENET, in Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA et Pascale GONOD (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, tome 2, p. 233), en ce sens qu'elle permet l'incarnation de la puissance publique.

Sur ce point, la jurisprudence a longtemps considéré qu'il s'agit de la clause qui confère à la personne publique des droits ou met à la charge de son cocontractant des obligations « *étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales* » (Conseil d'État, 20 octobre 1950, *Stein*, req. n°86949 ; et Tribunal des conflits, 15 novembre 1999, *Commune de Bourisp*, req. n°03144). Il en est ressorti une forme de définition « négative » de la clause exorbitante du droit commun, dans le sens où elle est la clause qui apparaissait comme impossible, illicite ou inusuelle en droit privé.

Depuis 2014 la clause exorbitante du droit commun fait l'objet d'une définition nouvelle, le Tribunal des conflits ayant considéré :

Est exorbitante une « *clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs* » (Tribunal des conflits, 13 octobre 2014, *Axa France IARD*, n°C3963).

Dans sa décision, le Tribunal des conflits ne faisait pas littéralement mention du terme « clause exorbitante du droit commun », ce que la Cour de cassation fait, quant à elle, dans l'espèce commentée. Cette nouvelle définition qui inclut le terme « notamment » pourrait amener à se demander si une clause pourrait être regardée comme exorbitante de droit commun lorsqu'elle impose des sujétions, non à la personne privée co-contractante, mais à l'administration elle-même. Il pourrait en être ainsi, par exemple, des clauses qui, dans les contrats d'avances remboursables consenties par certaines structures publiques visent à transformer ces avances en subventions si les mensualités dues n'ont pas été remboursées dans un certain délai.

Comme on peut le voir, ce type de clause pourrait avoir un lien direct avec l'intérêt général, qui apparaît aujourd'hui au cœur de la définition de la

clause exorbitante du droit commun posée par la jurisprudence.

Une telle possibilité ne devrait pas être considérée comme inopérante, et certains auteurs ne l'ont pas exclue (LESSI Jean, « Les habits neufs de la clause exorbitante », *AJDA*, 2014, p. 2180). Et c'est bien sur cette question qu'a eu à se positionner, en l'espèce, la Cour de cassation (et avant elle, la Cour d'appel de Versailles). Le contrat de bail conclu en 2007 entre le CCAS de Louvres et l'ANRES précisant en effet, dans son article 4, que :

« *Compte tenu de la spécificité des locaux donnés à bail, le locataire n'aura pas la possibilité de donner congé au cours du bail et que si, contrairement à cet engagement, il entendait y mettre fin, il serait tenu au paiement des redevances jusqu'au terme prévu, lesdites redevances devenant alors immédiatement exigibles* ».

Et la Cour de préciser que :

« *En statuant ainsi, alors que la clause litigieuse ne conférait un avantage qu'à la personne privée bailleuse, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

Il est vrai qu'en l'espèce, il paraît difficile de rattacher la clause en question à un quelconque intérêt général. Est-ce à dire que si, une telle clause disposait d'un lien avec l'intérêt général, elle serait recevable à être qualifiée de clause exorbitante du droit commun ? La Cour de cassation a cassé partiellement l'arrêt, renvoyant à la Cour d'appel le soin de se prononcer une nouvelle fois sur l'exception d'incompétence soulevée par le CCAS. La découverte par la Cour d'appel d'une autre clause exorbitante du droit commun au sein du contrat litigieux n'est pas exclue.

Cependant, ce qui semble exclu, c'est la consécration d'une clause exorbitante du droit commun qui imposerait des sujétions à l'administration... en effet, s'agissant d'un arrêt publié au bulletin et sur le site de la Cour de cassation, il y a tout lieu de penser que, s'inscrivant dans la droite ligne de la jurisprudence administrative et du Tribunal des conflits, il permet rajouter encore un élément de définition à la clause exorbitante du droit commun.

Claire BOSSEBOEUF-HAUTEFAYE