

**L'élément organique comme critère de qualification du contrat administratif  
A propos de l'arrêt CE Section du contentieux du 3 juin 2009, OPAC du Rhône,  
n° 324405 \***

Dr. OUSIDHOUM Youcef  
Département de droit privé,  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,  
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia- Algérie.

د. أوسيدهوم يوسف  
قسم القانون الخاص،  
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد  
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

**Résumé :**

*Nature du contrat de fourniture passé par une personne publique agissant pour le compte d'une personne privée, selon les règles du code des marchés publics.*

Le Conseil d'Etat a estimé, dans l'arrêt objet de ce commentaire, que le contrat de fourniture passé par une personne publique agissant comme mandataire, pour le compte, et au titre des besoins propres d'une personne privée est un contrat de droit privé. Ainsi, le Conseil d'Etat, saisi en appel, s'est basé sur des critères objectifs liés essentiellement à la nature propre du contrat.

**Mots clés :**

Contrat privé, marché public, mandataire, procédure de passation, personne morale de droit privé.

**The organic element as criterion of qualification of the administrative contract  
About the judgment SC litigation section of 3 June 2009, OPAC of the Rhone,  
n° 324405**

**Abstract:**

*Nature of supply contract concluded by a public person acting for private one, according to the rules of public procurement code.*

The Council of State ruled, in the commented judgment, that a supply contract concluded by a public person acting as representative for the account and for private person's needs is a private law contract. So, the Council of State, seized in appeal, judged on the basis of objective criteria, especially on the nature of the contract.

**Key words:**

Private contract, procurement, representative, signing procedure, legal person of private law.

\* Article reçu le 18/09/2016, expertisé le 04/10/2016, rendu publiable le 27/11/2016.

العنصر العضوي كمعيار لتكييف العقد الإداري : حول قرار مجلس الدولة  
الفرنسي، قسم المنازعات، الصادر في 3 جوان 2009، المكتب العام للتهيئة والبناء،  
رقم 324405

الملخص:

طبيعة عقد التوريد من قبل شخص عام يتصرف نيابة عن شخص عادي، وفقا لقواعد قانون المشتريات العامة، حكم مجلس الدولة في الحكم موضوع هذا التعليق، أن عقد التوريد من قبل هيئة عامة تعمل كوكيل نيابة وفي إطار الاحتياجات المحددة للأشخاص الخاصة هو عقد يخضع لقواعد القانون الخاص. وهكذا، فقد استند مجلس الدولة إلى معايير موضوعية ذات الصلة مع طبيعة العقد.

الكلمات المفتاحية:

عقد خاص، صفة عمومية، إجراءات الشراء، وكيل، شخص القانون الخاص.

### Sommaire:

Malgré sa permanence dans la qualification des contrats administratifs et la détermination de la juridiction compétente, le critère organique est affecté par la montée en puissance de certaines variables de droit privé – comme la théorie du mandat –, sous l'influence de la complication des rapports contractuels entre les personnes morales publiques et privées.

### Note :

Dans le système juridique français, le problème du partage des compétences entre juge administratif et juge judiciaire est d'actualité. Les textes en la matière ont d'ailleurs soulevé de nombreuses questions et l'arrêt du Conseil d'État du 3 juin 2009 suscite quelques réflexions.

Certes, cet arrêt n'apporte pas d'éléments nouveaux en ce qui concerne la qualification de la nature des contrats. Cependant, reprenant une erreur de qualification commise par le juge des référés, il permet d'expliquer une question compliquée.

1. Les faits de l'espèce sont simples à rappeler :

L'OPAC du Rhône, agissant en tant que mandataire pour le compte de son mandant la S. A. d'HLM Gabriel Rosset, personne morale de droit privé, a lancé une procédure d'appel d'offres portant sur l'attribution d'un marché à bons de commande, consistant en la location de matériels permettant la sécurisation d'appartements inoccupés ou d'immeubles d'habitation avant réhabilitation ou démolition.

La Société Sitex, lésée par la procédure d'appel d'offres engagée par l'Office – à propos des règles de publicité et de mise en concurrence –, intente alors un recours

contentieux en annulation devant le juge des référés du tribunal administratif de Lyon.

Celui-ci, dans une ordonnance du 7 janvier 2009, intervient et annule la procédure de passation du marché, objet du litige, ainsi que les décisions de l'OPAC du Rhône relatives à sa dévolution, conformément à l'article L. 551 du Code de justice administrative. Il invite l'Office à reprendre au stade initial de l'examen des offres soumises, la procédure engagée pour le compte de la S. A. d'HLM Gabriel Rosset.

Le 23 janvier 2009, soit moins de deux mois après, l'OPAC du Rhône interjette appel de cette décision devant le Conseil d'État statuant au contentieux.

**2.** Un double problème d'interprétation se pose au juge suprême :

- au niveau de la recevabilité matérielle du recours, c'est-à-dire la compétence d'un ordre de juridiction, celui de l'applicabilité de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, ainsi que de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

- au niveau du fond, celui de l'interprétation des dispositions de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001, dite « loi Murcef », fixant les personnes entrant dans le champ d'application du code des marchés publics, ainsi que la validité des critères applicables aux contrats des marchés publics (*critères organique et matériel*) et leur portée.

**3.** Les solutions données par le juge suprême sont dépourvues de toute ambiguïté et fournissent un éclairage intéressant sur les critères permettant la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions :

- le Conseil d'État estime en effet que « *le juge des référés du tribunal administratif de Lyon s'est prononcé sur des conclusions qui échappent à la compétence de la juridiction administrative* ». Ainsi, il reconnaît explicitement l'incompétence du juge administratif pour se prononcer sur le litige en question.

- cette incompétence de la juridiction administrative découle logiquement de considérations de fond évoquées par le juge suprême. En effet, pour fonder sa décision, le Conseil d'État met en avant deux critères de choix dans le partage des compétences entre juges judiciaires et juges administratifs, à savoir : *un critère organique*, lié à la personne morale intervenant dans la transaction, conformément aux dispositions de l'article 2 de la loi Murcef, ainsi qu'un *critère matériel*, s'attachant à la nature du contrat de fourniture conclu, soit privé, soit public.

Le problème de la compétence se pose donc en deux étapes :

- d'une part, le contrat de fourniture conclu par une personne publique, en qualité de mandataire, peut-il avoir une nature administrative puisqu'il fait intervenir une personne de droit public, même indirectement ?

- d'autre part, et en toute hypothèse, le contenu des articles 1<sup>er</sup> et 2<sup>nd</sup> du Code des marchés publics peut-il être considéré comme base unique et suffisante permettant le partage des compétences des juges ou faut-il rechercher d'autres éléments ou critères de partage ?

De prime abord, face à la multiplication et la complication des échanges et des rapports économiques, il apparaît que le juge suprême est appelé à jouer un rôle important dans la clarification des règles de partage.

Dans l'arrêt OPAC du Rhône du 3 juin 2009, il incombait au juge administratif la tâche de cerner les contours de la notion du contrat administratif pour décider de l'ordre de juridiction compétent. À la lumière de la jurisprudence antérieure, le juge semble faire appel à deux critères : un critère organique et un critère matériel. Si le critère organique garde relativement une certaine notoriété (I) pour permettre un tel partage, le critère matériel est cependant décisif (II).

## **I. Le critère organique : un élément important pour la détermination des compétences des juges**

Un contrat est qualifié d'administratif s'il est conclu au moins par une personne publique (A). Cependant, la présence de cette dernière dans le contrat est remise en cause et subit des atténuations apportées par une jurisprudence récente, dont celle du Conseil d'État du 3 juin 2009 (B).

### **A. Le marché public : un contrat administratif impliquant au moins une personne publique**

L'administration fait appel de plus en plus souvent aux contrats de marchés publics pour s'approvisionner en matières, fournitures ou services, pour le bon fonctionnement des services publics. Conformément à l'article 1<sup>er</sup> du Code des marchés publics, un marché public est un contrat conclu « *à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ». Pour être « administratif », un contrat doit impliquer une personne publique au moins (1). Si ce seuil est dépassé, la jurisprudence offre une présomption du caractère administratif du contrat (2).

#### **1. L'intervention d'une seule personne publique**

La participation d'une personne publique au contrat est nécessaire pour qualifier le contrat d'administratif, qui relèvera de la compétence du juge administratif. En revanche, ce principe implique que les contrats conclus entre personnes de droit privé sont, a priori, des contrats privés (TC 3 avril 1969, *Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés-Interlait*). Cette solution est considérée comme une règle législative affirmée par le Tribunal des conflits, dans sa décision du 26 juin 1989 - *S. A. Cie générale d'entreprise de chauffage*.

L'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite « loi Murcef », qualifie tous les marchés publics passés en application du Code des marchés publics de *contrats administratifs*. Le juge est resté attaché à cette condition que le législateur intègre aussitôt dans l'article 2 du Code des marchés publics. En effet, conformément à un critère organique, ce dernier dresse une liste limitative des personnes dotées de la puissance publique, à savoir l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics de l'État autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, et les établissements publics locaux, confiant ainsi au contrat son caractère administratif.

## 2. La présomption du caractère « administratif » du contrat

Un arrêt de principe du Tribunal des conflits du 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris (UPA)*, a mis en avant le critère organique et a étendu sa vision. Ainsi, un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif qui confère à la juridiction administrative une compétence pour statuer en matière des litiges portant sur les insuffisances aux obligations en découlant. Cette jurisprudence s'appuie sur le fait que de tels contrats sont « *normalement à la rencontre de deux gestions publiques* » (Labetoulle, *Conclusions sous Tribunal des conflits, AJDA*, 1983, p. 356).

Cependant, cette présomption est assortie d'une exception. En effet, le Tribunal des conflits souligne que cette règle est valable sous réserve que l'objet du contrat ne puisse faire naître entre les parties des rapports de droit privé et qui rendraient la compétence au juge judiciaire. Ainsi, le critère organique semble être quelque peu affaibli par cette exception et la présomption perd tout son sens. Néanmoins, on peut se demander si les rapports de droit privé sont toujours faciles à cerner. Il aurait paru logique que le juge suprême puisse expliquer et approfondir les éléments composant la notion des rapports privés. En présence de ce vide, le juge est allé rechercher les autres éléments traditionnels de la personne publique (clause exorbitante du droit commun et exécution d'un service public) pour décider de l'administrativité du contrat. À ce propos, et comme l'a souligné Mme Nadine Dantonel-Cor : « (...) *un contrat relatif au domaine privé (censé être de nature privée) est considéré comme administratif à partir du moment où il recèle des clauses exorbitantes.* » (Cf. Nadine, Dantonel-Cor, « Le critère de la clause exorbitante : un Janus à deux visages », in : *JCP A.*, n° 9, 25 février 2008, 2047).

En somme, la présomption du caractère administratif du contrat, impliquant deux personnes publiques, reste insuffisante en raison de la diversité de la nature des contrats. L'arrêt du Conseil d'État du 11 mai 1990, *Bureau d'aide sociale de Blénod-lès-Pont-à-Mousson*, en est un exemple : l'objet de la convention de location passée entre le BAS et l'office public d'HLM n'avait pas pour objet le service public assuré par le bureau social. Ainsi, échappe-t-il à la présomption d'administrativité. Dans le cas d'espèce, la pratique jurisprudentielle de présomption est adoptée par le juge des référés du tribunal administratif de Lyon qui confère la compétence de la juridiction administrative, en dépit de la présence d'une seule personne publique.

### **B. Le marché public : un contrat administratif devant impliquer directement une personne publique**

Un marché public ne peut être qualifié forcément de contrat administratif du fait de la soumission des parties (personnes publiques ou privées) au Code des marchés publics<sup>(1)</sup>. De plus, une personne publique agissant sur mandat d'une personne privée, ne signifie pas non plus que le marché public revêt un caractère administratif <sup>(2)</sup>.

#### **1. Les marchés soumis au Code des marchés publics**

« *Les marchés passés en application du Code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs.* » Par cet article 2 de la loi dite « Murcef » du 11 décembre 2001, le législateur a tenté de regrouper tous les marchés de fournitures,

de services et de travaux, objets d'incertitude (Cf. Morand-Deville, J., *Cours de droit administratif*, éd. Montchrestien, 10<sup>ème</sup> édition, 2007, p. 414), dans le contentieux administratif. Par cet article, ce dernier a voulu bâtir "une forteresse" solide de compétences intangibles au profit du juge administratif.

Cependant, cette mesure législative n'a pas empêché de supprimer toutes les incertitudes autour de la qualification des contrats qui sont tantôt administratifs, tantôt privés.

En effet, l'abondante jurisprudence en la matière et les décisions d'annulation pour incompetence d'ordre administratif montrent clairement que la forteresse présumée du juge administratif est véritablement « *assiégée par le juge judiciaire* ». (Expression empruntée à M. Franck Moderne, cité par Morand-Deville, J., *Cours de droit administratif*, éd. Montchrestien, *op.cit.*, p. 414).

Tel est le cas de l'arrêt du 3 juin 2009. Le Conseil d'État a jugé que la simple présence d'une personne publique et l'application des règles de passation d'un contrat de fourniture posées par le Code des marchés publics ne suffisent pas à lui accorder la qualité de contrat administratif. La soumission du marché litigieux aux règles posées par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relatives aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privés non soumises au Code des marchés publics, ne suffit pas non plus à qualifier le contrat d'administratif.

Cette solution est partagée par d'autres décisions jurisprudentielles. En effet, le Tribunal administratif de Versailles a jugé qu'un établissement public, industriel et commercial se soumettant volontairement aux dispositions du Code des marchés publics, ne permet pas de qualifier le contrat d'administratif (TA Versailles, 5 août 2004, *Commissariat à l'énergie atomique (CEA)-Société Sita Ile-de-France*, n° 0403518, *AJDA* 2005, p. 836). Par ailleurs, la Cour administrative de Douai a rendu une décision, le 22 décembre 2008, par laquelle le juge a considéré « *que le marché passé entre deux sociétés privées (...) est un contrat de droit privé ; que la seule circonstance que son mode de passation et ses conditions d'exécution doivent respecter les garanties prévues en matière de marchés publics ne saurait lui conférer le caractère de contrat administratif (...)* » (CAA Douai, 22 décembre 2008, *Société de secours minière du Pas-de-Calais*, n° 08DA00700). La jurisprudence a confirmé, au travers de ces décisions, que les personnes en question sont dépourvues du critère organique. D'ailleurs, cette position a été initialement prise par le Conseil d'État : en effet, par avis rendu le 29 juillet 2002, la Haute juridiction a souligné que « *les dispositions de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 ne visent pas les marchés conclus, à la seule initiative des parties, selon l'une des procédures prévues par le Code des marchés publics lorsque ces marchés n'entrent pas dans le champ d'application de ce Code* » (Avis CE 29 juillet 2002, *MAJ Blanchisseries de Pantin*, n° 246921).

Quand il définit des contrats administratifs, le législateur exige la nécessaire présence d'une personne publique (article 1<sup>er</sup> du Code des marchés publics). À travers cette jurisprudence, le juge réaffirme régulièrement l'importance du critère organique, s'agissant des contrats administratifs. Il refuse d'accepter que, sous certaines conditions, les contrats passés par des établissements de droit privé assurant

un service public présentent un caractère administratif (TC 26 juin 1989, *SA Cie générale d'entreprise de chauffage*).

On peut dire que le critère organique est nécessaire pour qualifier un contrat d'administratif. Cependant, il subit quelques atténuations, dont celle résultant de la théorie du mandat.

## 2. Une application de la théorie du mandat

Selon le Professeur Laurent Richer, « *un contrat signé entre deux personnes privées peut lier une personne privée et une personne publique si un des deux signataires agit comme représentant d'une personne publique. Rien ne s'oppose alors à la qualification comme contrat administratif étant donné qu'à travers le mandataire c'est le mandant qui consent* » (L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, éd. LGDJ, 5<sup>e</sup> édition, 2006, p. 121). Ainsi, si l'une des parties du contrat de marché public agit pour le compte d'une personne publique, le critère organique est considéré comme satisfait (CE 27 novembre 1987, *Société provençale d'équipement*).

Mais, tel n'est pas le cas en l'espèce : il ne s'agit pas d'un mandat classique où la personne publique mandate une personne privée pour la conclusion d'un contrat, mais plutôt d'un autre mandat que l'on peut qualifier d'« atypique ». En effet, l'OPAC du Rhône a lancé la procédure d'attribution d'un marché de fourniture, non pour son propre compte, mais pour le compte de la S.A. d'HLM Gabriel Rosset, personne morale de droit privé. La situation est donc inversée. La personne publique agit, dans l'espèce, sur mandat d'une personne privée, lequel mandat produit des effets. Si l'on s'inspire de l'approche « privatiste » du mandat, prévue par les articles 1984-1998 du Code civil, les règles régissant le mandant (dans le cas d'espèce, la S.A. d'HLM Rosset) sont applicables au mandataire (OPAC du Rhône). Les actes de ce dernier engagent le mandant S.A. d'HLM Rosset du moment où le mandataire a agi dans les limites de ses pouvoirs (V. L. Richer, *op.cit.*, p. 123 et s.), exactement comme si le marché de fourniture avait été passé par la S.A. d'HLM. Ainsi, le Conseil d'État a jugé « *qu'un tel contrat de fourniture, conclu par une personne publique agissant sur mandat et pour le compte d'une personne privée (...), est un contrat de droit privé* ».

L'expression « *sur mandat et pour le compte de* » est donc, dans cette jurisprudence, prise dans une acception particulière : elle signifie que l'établissement public a agi sur mandat, au lieu et place d'une personne de droit privé qui, à l'arrière-plan de la procédure du marché engagée, a fait conclure le marché. En d'autres termes, l'hypothèse est celle où la personne publique a joué, en fait, le rôle d'un intermédiaire de la personne privée qui a géré son action. De plus, cette expression atténue considérablement le critère organique. Le juge semble utiliser ce vocabulaire afin de justifier que le critère organique n'est pas suffisant pour qualifier un contrat administratif et qu'il convient de lui adjoindre un autre critère, à savoir : le critère matériel.

## II. Le critère matériel : un élément décisif pour la détermination des compétences du juge

De par son importance considérable, le juge administratif fait appel au critère organique en priorité. Cependant, la multiplication des intervenants et des rapports a rendu le droit administratif plus compliqué, d'où la nécessité d'examiner le contenu des opérations et marchés en question. De même, le critère matériel pèse d'un poids plus important.

Le juge adopte ainsi une approche plus globale (A) visant à clarifier la nature des rapports. En outre, l'élément de répartition de compétence l'oblige à suivre un certain type de raisonnement par itération (B).

### A. Une approche globale

En réalité, le Conseil d'État présente une position nuancée qui prévaut dans la jurisprudence : la compétence n'est pas uniquement fondée sur un critère formel (origine du contrat), mais sur un critère matériel (nature du litige). En d'autres termes, et selon le principe suivant lequel « la compétence suit le fond », la compétence varie selon la nature du contrat engagé. Si le marché conclu résulte d'un contrat de droit privé, la juridiction judiciaire est compétente pour statuer sur le litige.

Cette position jurisprudentielle confirme l'idée plus générale en droit français que le contentieux administratif ne comprend pas tout le contentieux relatif aux contrats administratifs et inversement, absorbe celui de certaines opérations qui émanent d'organismes de droit privé (*CE. 20 décembre 1935 Et. Vezia, Rec., p. 212 ; CE 13 mai 1938, Caisse primaire Aide et Protection, p. 417.*). Autrement dit, le critère adopté par le juge en cas de difficulté sur la compétence, est un critère, essentiellement mais non uniquement, matériel.

Le juge administratif complète et renforce cette position. Outre l'acte lui-même, il choisit de lier la compétence à la nature de l'organisme, partie effective dans le contrat de marché public : dans l'espèce, le marché de fourniture ayant impliqué directement une personne morale de droit privé, à savoir la S.A. d'HLM Gabriel Rosset. La qualité de la personne (personne de droit privé) va entraîner le litige dans la sphère de compétence du juge des personnes de droit privé, à savoir le juge judiciaire.

Dans une affaire similaire, il a été jugé sur le problème de la nature du contrat de marché, que la compétence est celle du juge judiciaire dès lors qu'une personne morale de droit privé a agi pour son propre compte et non pour le compte d'une personne morale de droit public. Ainsi, le marché est un contrat de droit privé (TC, 20 février 2006, n° 3498, *Guy X c/ Bureau d'études techniques BERIM : Juris-data n° 2006-293398*, M.C. Rouault, *JCP A.*, n° 10, 6 mars 2006, act. 178.).

Il serait logique que le juge suprême puisse approfondir ce type de raisonnement et expliquer l'extension des contours du critère organique qui agit, dans le cas d'espèce, dans le sens inverse. Or, il se borne à critiquer et remettre en cause la présomption d'administrativité ainsi que l'attitude du juge des référés du tribunal administratif par laquelle ont été annulés la passation du marché de fourniture et les décisions de l'OPAC relatives à la dévolution du marché.

## B. Un raisonnement en faisceau d'indices

L'arrêt OPAC du Rhône n'a fait qu'apporter quelques précisions complémentaires sans modifier l'état de la jurisprudence antérieure. Il est admis qu'un contrat passé entre deux personnes privées puisse être privé lorsqu'il résulte, à partir de plusieurs « *indices* », qu'un des intervenants, même public, a agi pour le compte d'une personne privée, ne permettant pas la réalisation directe d'un service public de logement. On se trouve dans le cas d'un mandat explicite, rendant transparente la personne publique intermédiaire, le véritable contractant étant la personne privée.

Les indices retenus dans l'arrêt du 3 juin 2009 ont été les suivants : la dépendance de la S.A. d'HLM aux services techniques de l'OPAC du Rhône pour la prise en charge de la procédure du marché ; l'existence d'un mandat et d'une action pour satisfaire les besoins propres de la personne privée, d'où le caractère privé du contrat.

Cette jurisprudence rend compte de la situation particulière de la S.A. d'HLM dont le statut privé ne serait qu'un leurre masquant une dépendance technique et des prérogatives concédées à une personne de droit public.

Dans l'espèce, pour déterminer la juridiction compétente, le juge adopte un raisonnement intégrant trois (3) éléments essentiels :

- si le marché public est soumis à l'article 2 de la « loi Murcef », conformément à une interprétation stricte du texte ;
- si une personne publique est impliquée directement dans le contrat de marché public, par référence à un critère organique ;
- enfin, se basant sur un critère matériel, si le contrat est de nature privée ou publique et que la nouvelle conception du « besoin propre » occupe, à côté de la clause exorbitante du droit commun et l'exécution d'un service public, une place de choix. Il n'en demeure pas moins que la priorité est donnée à l'objet du contrat pour qualifier l'accord, impliquant une personne publique.

Enfin, comme l'a noté M. le doyen Olivier Renard-Payen, s'agissant d'une décision relative aux contrats d'entretien, l'arrêt du 3 juin 2009, comme celui de la Cour de cassation du 20 février 2008, présente « *une vertu pédagogique* » pour le juge administratif « *appelé à manier des concepts parfois subtils pour déterminer sa compétence par rapport* » à celle du juge judiciaire. (Cf. Olivier Renard-Payen, « les travaux d'entretien et de réparation sur un immeuble d'habitation par un OPAC ont le caractère de travaux publics, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 février 2008, n° 06-21.835, *Société Advivo c/ Société Service Pro* », in : *JCP A.*, n° 29, 14 juillet 2008, 2174).