



La référence du droit en ligne



---

**La qualification des contrats administratifs**  
**(T.C., 5/07/1999, Commune de Sauve)**

# Table des matières

---

Table des matières .....	2
Introduction.....	3
I – Des contrats conclus entre une personne publique et une personne privée soumis au code des marchés publics.....	4
A – La présence d’une personne publique au contrat .....	4
1 - Une personne publique est partie au contrat .....	4
2 - Aucune personne publique n’est partie au contrat .....	4
B – Les effets de la soumission des contrats au code des marchés publics.....	6
1 - L’état ancien du droit .....	6
2 - L’état actuel du droit : la loi M.U.R.C.E.F.....	6
II – Les deux principaux critères alternatifs.....	7
A – La participation à l’exécution même du service public.....	7
1 - L’absence de délégation de l’exécution même du service public.....	7
2 - Les deux autres hypothèses de contrats relatifs à l’exécution même du service public .....	7
B – La clause exorbitante du droit commun .....	9
1 – La notion de clause exorbitante du droit commun .....	9
2 - L’absence de clause exorbitante du droit commun .....	9
T.C., 5/07/1999, Commune de Sauve.....	10

# Introduction

---

Dans son action, l'Administration utilise deux types de procédés : l'acte unilatéral et le contrat. Le premier lui permet de prendre des mesures sans le consentement d'autrui, autrement dit la volonté de l'Administration s'impose aux tiers. Dans le cas du contrat, en revanche, il y a accord de volontés. Cependant, tous les contrats passés par l'Administration ne sont pas des contrats administratifs. Il importe, dès lors, d'analyser la nature du contrat pour déterminer le droit applicable et le juge compétent. C'est ce type de problème qui oppose la société Gestetner et la commune de Sauve.

En effet, ces deux personnes concluent plusieurs contrats portant sur la location, l'entretien et la maintenance de matériels de reprographie et de photocopie, ainsi que sur la fourniture des produits consommables nécessaires à leur fonctionnement. Un contentieux survient. La société Gestetner saisit le tribunal de grande instance de Nîmes afin d'obtenir de la commune l'exécution de ses obligations contractuelles. Considérant qu'il s'agit de contrats administratifs, celui-ci se déclare incompétent le 28 novembre 1997. La commune de Sauve saisit, alors, le tribunal administratif de Montpellier pour faire déclarer la nullité de ces contrats. Par un jugement du 8 octobre 1998, le tribunal administratif renvoi l'affaire devant le Tribunal des conflits. Il s'agit là du renvoi prononcé par toute juridiction subordonnée afin d'éviter un conflit négatif, c'est-à-dire que les deux ordres de juridictions ne se déclarent incompétents. Ainsi, quand le juge judiciaire a décliné sa compétence et que le juge administratif s'estime lui-aussi incompétent, ce dernier doit renvoyer le problème au tribunal des conflits. Le 5 juillet 1999, le Tribunal des conflits juge que ces contrats sont de nature privée. Il appartient donc au juge judiciaire d'examiner cette affaire.

La qualification d'un contrat est parfois simple du fait que le législateur détermine si le contrat est administratif ou privé, on parle, alors, de contrats administratifs en vertu de la loi. Mais, le plus souvent, cette qualification législative n'existe pas. Il faut donc se tourner vers les critères dégagés par la jurisprudence. Le premier critère exige qu'une personne publique soit partie au contrat. D'application simple en l'espèce, ce critère fait l'objet de variantes dans certaines hypothèses. Ainsi, le juge pose une présomption d'administrativité des contrats conclus entre deux personnes publiques. Surtout, il admet que certains contrats sont administratifs, alors même qu'aucune personne publique n'est partie au contrat. A ce critère organique, le juge rajoute la réalisation de l'un des trois critères alternatifs. Ainsi, le contrat doit faire participer le co-contractant à l'exécution même du service public, contenir des clauses exorbitantes du droit commun, ou être soumis à un régime exorbitant du droit commun. En l'espèce, les contrats conclus entre la société Gestetner et la commune de Sauve ne remplissent aucun de ces critères. Quant à la soumission au code des marchés publics invoquée en l'espèce, bien qu'elle se rapproche du régime exorbitant, elle n'a aucune conséquence sur la qualification de ces contrats. La jurisprudence Commune de Sauve a, cependant, été abrogée, sur ce point par la loi MURCEF qui fait de ces contrats des contrats administratifs en vertu de la loi.

Il est, ainsi, possible d'étudier, dans une première partie, la soumission au code des marchés publics de contrats conclus entre une personne publique et une personne privée (I), et d'analyser, dans une seconde partie, les deux principaux critères alternatifs (II).

# I – Des contrats conclus entre une personne publique et une personne privée soumis au code des marchés publics

---

Ce contrat est passé entre une personne publique et une personne privée (A). Pour justifier le caractère administratif du contrat, la commune invoque le fait qu'il est soumis au code des marchés publics (B).

## A – La présence d'une personne publique au contrat

Ce principe connaît plusieurs situations (1) et admet une exception (2).

### 1 - Une personne publique est partie au contrat

Deux situations peuvent se présenter : un contrat peut être conclu entre deux personnes publiques, ou être passé entre une personne publique et une personne privée.

La première situation concerne les contrats conclus entre deux personnes publiques. Jusqu'en 1983, ces contrats étaient régis par les mêmes règles que celles s'appliquant aux contrats entre une personne publique et une personne privée. L'un des critères alternatifs devait être rempli. Depuis cette date, ces contrats bénéficient d'une présomption d'administrativité (TC, 21/03/1983, Union des Assurances de Paris). Cette présomption peut, cependant, être renversée lorsque le contrat fait naître entre les parties des rapports qui ne sont pas différents de ceux existant entre deux personnes privées. C'est le cas, par exemple, des contrats d'abonnement à l'électricité signés entre les communes et Electricité de France : ces contrats, en effet, ne font pas naître des rapports différents de ceux existant entre ce service public industriel et commercial et ses usagers privés (par exemple, une grande entreprise).

En l'espèce, le contrat est conclu entre une personne privée, la société Gestetner, et une personne publique, la commune de Sauve. Si, dans cette affaire, la commune a signé elle-même le contrat, il peut arriver que la personne publique délègue à un mandataire le soin de signer le contrat à sa place (C.E., sect., 2/06/1961, *Leduc*). Dans cette hypothèse, le contrat est matériellement signé par une autre personne, mais juridiquement c'est la personne publique qui est considérée comme partie au contrat. C'est exactement la même chose que lorsqu'une personne donne mandat à une autre pour aller voter à sa place en cas d'empêchement. Cette hypothèse de l'action « au nom de » doit, cependant, être bien distinguée de l'action « pour le compte de » dans le cas de contrats conclus entre deux personnes privées.

### 2 - Aucune personne publique n'est partie au contrat

Ces contrats sont normalement de droit privé, mais la jurisprudence admet que, lorsque l'une des personnes privées agit « pour le compte » d'une personne publique, le contrat est administratif. Il faut bien sûr en plus que l'un des critères alternatifs soit rempli. Cette solution s'explique par le fait que la personne publique est indirectement présente par le biais de la personne privée. Cette dernière ne fait que servir d'intermédiaire. L'action de la personne privée se fait au profit de la personne publique. De fait, le critère organique est indirectement rempli.

Consacrée a propos d'un contrat portant sur des travaux autoroutiers (TC, 8/07/1963, Société Entreprise Peyrot), cette jurisprudence fut, par la suite, appliquée à de multiples hypothèses. Ce qui caractérise la jurisprudence Société Entreprise Peyrot est le fait que, lorsque le contrat porte sur la construction des routes et des autoroutes, le contrat est toujours considéré comme conclu « pour le compte » d'une personne publique, car ce domaine appartient, par nature, à l'Etat. En revanche, dans les autres hypothèses, il y a lieu de rechercher concrètement en quoi l'une des deux personnes privées a agit « pour le compte » d'une personne publique.

Dans cette affaire, la commune de Sauve considère que la soumission du contrat au code des marchés publics en fait un contrat administratif.

## B – Les effets de la soumission des contrats au code des marchés publics

C'est un rejet que le Conseil d'Etat apporte à l'argument de la commune (1). L'état du droit a, cependant, évolué depuis 2001 avec la loi M.U.R.C.E.F. (2)

### 1 - L'état ancien du droit

La commune de Sauve considère que les contrats qu'elle a passé avec la société Gestetner sont soumis au code des marchés publics et qu'ils sont, de ce fait, des contrats administratifs en vertu de la jurisprudence sur le régime exorbitant du droit commun. Ce code contient, en effet, un ensemble de règles visant à encadrer l'action des personnes publiques lorsqu'elles passent des contrats. Ainsi, à la différence des personnes privées, les administration se doivent de respecter une procédure particulière lorsqu'elles passent des contrats. Le code des marchés publics fixe, à cette fin, des règles de publicité et de mise en concurrence, détermine les différentes procédures d'attribution (adjudication, appel d'offres, marché négocié), et définit les règles à respecter lors de leur exécution.

Pour la commune, le code des marchés publics s'apparente à un régime exorbitant du droit commun c'est-à-dire une régime auquel les contrats de droit privé ne sont pas soumis. La jurisprudence admet, en effet, qu'un contrat soumis à un régime exorbitant est un contrat administratif (C.E., sect., 19/01/1973, Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant). Ce critère se différencie de celui des clauses exorbitantes du droit commun par le fait qu'il s'agit de dispositions contenues dans les textes régissant le contrat, les lois ou les règlements, par exemple, alors que les clauses sont des disposition de nature contractuelle.

Malgré la proximité entre le régime exorbitant de droit commun et le code des marchés publics, le tribunal des conflits n'accueille pas l'argument de la commune. Cette solution peut s'expliquer par le fait que ces règles ne sont pas différentes de celles que les grandes entreprises respectent, dans les faits, lors de la passation de leur contrat. Pour réduire les coûts et s'assurer de la qualité des produits, ces dernières respectent parfois des règles proches de celles des marchés publics. Ce régime n'est donc pas spécifique aux administrations

Cette jurisprudence ne s'appliquera, cependant, que pendant deux ans.

### 2 - L'état actuel du droit : la loi M.U.R.C.E.F.

La loi M.U.R.C.E.F. (mesures urgentes sur les réformes économiques et financières) du 11 décembre 2001 fait des contrats soumis au code des marchés publics des contrats administratifs en vertu de la loi. Cette catégorie de contrats est donc enrichie d'un nouveau cas, après les contrats relatifs à l'exécution de travaux publics et les contrats comportant occupation du domaine public (décret-loi du 17 juin 1938). Si cette loi avait existé en 1999, les contrats de cette affaire auraient été qualifiés d'administratifs. En tout état de cause, cette loi abroge la jurisprudence Commune de Sauve sur ce point.

A ce stade, seul le critère organique est rempli. Il faut donc en venir à l'analyse des deux autres critères alternatifs, puisque celui du régime exorbitant a été écarté.

# II – Les deux principaux critères alternatifs

---

Pour parfaire la qualification des contrats, le Tribunal des conflits vérifie s'ils font participer la société Gestetner à l'exécution même du service public (A) et s'ils contiennent des clauses exorbitantes du droit commun (B). Mais, aucun de ces deux critères n'est satisfait.

## A – La participation à l'exécution même du service public

Il s'agit principalement des contrats de délégation de service public, hypothèse de l'arrêt étudiée (1). Mais, deux autres cas de figure méritent d'être notés (2).

### 1 - L'absence de délégation de l'exécution même du service public

C'est en 1956 que le Conseil d'Etat érige au rang de critère du contrat administratif la participation à l'exécution même du service public (C.E., sect., 20/04/1956, Epx. Bertin). Il peut s'agir d'un SPA (service public administratif) ou d'un SPIC. Cette participation doit être réelle, directe et immédiate. Par le contrat, la personne publique doit déléguer tout ou partie de l'exécution du service public. Cela ne sera pas le cas d'un contrat portant sur la fourniture de trombones. Dans cette hypothèse, la personne privée n'apporte aucune contribution réelle eu service public. Celui-ci reste à la charge de la personne publique. Le lien entre le contrat et le service public doit donc être suffisamment étroit. Ce critère laisse, ainsi, au juge administratif une certaine liberté d'appréciation.

E l'espèce, le Tribunal des conflits considère que ces contrats « ne faisaient pas participer la personne privée cocontractante à l'exécution du service public ». L'arrêt ne contient aucune information permettant d'analyser cette position. Mais, l'on peut la comprendre si l'on songe à l'objet de ce contrats : il s'agit de la location, de l'entretien de la maintenance de matériels de reprographie et de photocopie et de la fourniture des produits consommables nécessaires à leur fonctionnement. Ces contrats n'ont pour objet que la fourniture de biens et de services permettant de faire fonctionner le service public. Mais, l'exécution dudit service reste à la charge de la commune. En aucun cas, il ne s'agit de déléguer une partie de l'exécution du service.

Deux autres hypothèses méritent maintenant d'être relevées.

### 2 - Les deux autres hypothèses de contrats relatifs à l'exécution même du service public

La première hypothèse concerne les contrats d'engagements des personnels employés dans les SPA gérés par une personne publique. Par le passé, la jurisprudence appliquait le critère vu précédemment. N'étaient qualifiés d'administratifs que les contrats ayant pour objet de faire participer le cocontractant à l'exécution même du service public (C.E., sect., 4/06/1954, Vingtain et Affortit). En raison de ses difficultés d'application, ce critère fut abandonné au profit d'une position de principe en vertu de laquelle les contrats d'engagements des personnels employés dans les S.P.A., gérés par une personne publique, sont toujours des contrats administratifs (T.C., 25/03/1996, Berkani c/ C.R.O.U.S. de Lyon-Saint-Etienne).

C'est la même solution qu'a retenu le Conseil d'Etat au sujet des contrats conclus par une personne publique gestionnaire d'un S.P.A. et ses usagers. Ces contrats sont toujours des contrats administratifs, car ils constituent une modalité de l'exécution même du service public (C.E., sect., 20/04/1956, Cons. Grimouard).

Par ces deux derniers arrêts, le juge a posé une véritable présomption irréfutable d'administrativité, alors qu'en matière de délégation, il faut déterminer au cas par cas si le critère est rempli.

Il y a lieu, en revanche, à une appréciation au cas par cas s'agissant du dernier critère alternatif : la clause exorbitante du droit commun.

## B – La clause exorbitante du droit commun

Il faut, au préalable, définir cette notion (1), pour ensuite démontrer l'absence d'une telle clause en l'espèce (2).

### 1 – La notion de clause exorbitante du droit commun

C'est par un arrêt célèbre que le Conseil d'Etat érige la clause exorbitante au rang de critère contrat administratif (CE, 31/07/1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges). La clause exorbitante du droit commun se différencie du régime exorbitant du droit commun en ce qu'il s'agit de dispositions contenues dans le contrat et non hors du contrat. Elle peut se définir comme la « clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge 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 » (C.E., sect., 20/10/1950, *Sieur Stein*). Au terme des analyses du professeur Chapus, il faut, cependant, considérer qu'à côté des ces clauses qui ne se retrouvent pas dans les relations de droit privé, existent des clauses simplement inégalitaires qui confèrent « à la personne publique, une position de supériorité par rapport au cocontractant » : par exemple, la clause qui prévoit le contrôle par un syndicat intercommunal du personnel et des tarifs d'un restaurant, ou encore celle qui prévoit l'obligation pour ce dernier de lui communiquer ses résultats financiers, ... Il faut, enfin, préciser que ce principe ne s'applique pas s'agissant des contrats conclus entre les S.P.I.C. et leurs usagers.

Conformément à son habitude, le juge ne déclare un contrat de droit privé qu'après avoir vérifié qu'il ne contient pas de clauses exorbitantes, ce qu'il fait en l'espèce.

### 2 - L'absence de clause exorbitante du droit commun

Si le juge insiste parfois sur les raisons qui le poussent à qualifier une clause contractuelle de clause exorbitante du droit commun, aucune considération de ce type n'est à relever en l'espèce. Le tribunal des conflits se borne à relever que les contrats conclus entre la société Gestetner et la commune de Sauve ne comportaient aucune clause exorbitante du droit commun. La commune de Sauve semble, comme aurait pu le dire le commissaire du gouvernement Romieu, s'être placée « volontairement dans les conditions d'un particulier ... en effectuant une de ces opérations courantes que les particuliers font journellement, qui supposent des rapports contractuels de droit commun, et pour lesquels l'administration est réputée entendre agir comme un simple particulier ».

Au terme de cette analyse, l'on peut conclure qu'une personne publique est bien partie au contrat, mais aucun des critères alternatifs n'est rempli. Il s'agit donc de contrat de droit privé et le Tribunal des conflits renvoie l'affaire devant la juridiction judiciaire.

# T.C., 5/07/1999, Commune de Sauve

---

Vu, enregistrée à son secrétariat le 23 octobre 1998, l'expédition du jugement du 8 octobre 1998 par lequel le tribunal administratif de Montpellier, saisi d'une demande de la COMMUNE DE SAUVE tendant à faire déclarer la nullité des contrats conclus entre elle-même et la société Gestetner pour la fourniture de matériels de reprographie et de photocopie, a renvoyé au Tribunal, par application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 modifié, le soin de décider sur la question de la compétence ;

Vu le jugement du 28 novembre 1997, par lequel le tribunal de grande instance de Nîmes s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande formée par la société Gestetner contre la commune en exécution des obligations contractées par elle en vertu de ces contrats ;

Vu, enregistré le 29 janvier 1999, le mémoire présenté pour la commune tendant à ce que la juridiction administrative soit déclarée compétente pour connaître du litige par les motifs que les contrats litigieux par lesquels la société Gestetner assurait la location, l'entretien, la maintenance et la fourniture des consommables, étaient soumis au code des marchés publics et qu'ils étaient à ce titre des contrats administratifs ;

Considérant que la société Gestetner a conclu avec la COMMUNE DE SAUVE des contrats par lesquels elle mettait à sa disposition du matériel de reprographie dont elle s'engageait à assurer l'entretien et la maintenance, et assurait la fourniture des produits consommables nécessaires à son fonctionnement ; que le tribunal de grande instance de Nîmes, saisi par la société Gestetner d'une demande tendant à obtenir de la commune l'exécution de ses obligations contractuelles, s'est déclaré incompétent au motif que les contrats étaient des contrats administratifs ;

Considérant qu'à supposer que la passation des contrats de fourniture d'équipements conclus par la COMMUNE DE SAUVE ait été soumise, en raison de leur montant, au code des marchés publics, cette circonstance ne saurait leur conférer à elle seule le caractère de contrats administratifs, alors qu'ils ne faisaient pas participer la personne privée cocontractante à l'exécution du service public et ne comportaient aucune clause exorbitante du droit commun ;

**DECIDE** : Article 1er : La juridiction de l'ordre judiciaire est compétente pour connaître du litige opposant la COMMUNE DE SAUVE à la société Gestetner.  
Article 2 : Le jugement du tribunal de grande instance de Nîmes est déclaré nul et non avenue ; la cause et les parties sont renvoyées devant ce tribunal.  
Article 3 : La procédure suivie devant le tribunal administratif de Montpellier est déclarée nulle et non avenue, à l'exception du jugement rendu par ce tribunal le 8 octobre 1998.