

Cette formule est, certes, moins laconique que celle des arrêts ci-dessus cités. Mais la différence des termes employés n'en consacre pas moins le même principe de droit, parfaitement conforme, ainsi que nous le remarquons au début de nos observations, à la doctrine de la Cour de Cassation sur l'application immédiate des lois de forme et de procédure.

Henri BLIN,
Président de Chambre
honoraire
à la Cour de Cassation.

17481 COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE OU JUDICIAIRE.
— Société d'économie mixte ; 1^o Convention conclue avec un architecte ; 2^o Marché passé avec une société anonyme. Contrats de droit privé. Compétence judiciaire [Ed. G].

1^o Cons. d'Etat, sect., 5 mai 1972, Société d'Équipement de l'Indre et autre c. sieur Allain ; 2^o Cons. d'Etat, 3^e et 5^e s.-sect., 21 juillet 1972, Société « Entreprise Ossude ».

La décision par laquelle le conseil d'administration d'une société d'économie mixte décide de confier les fonctions d'architecte en chef d'une zone à urbaniser en priorité émane d'un organisme privé, n'ayant pas été prise dans le cadre d'une prérogative de puissance publique conférée à cette société. En prenant cette décision, la société n'agit pas non plus en qualité de mandataire de la ville, siège de la société. Ainsi cette décision ne peut être regardée comme une décision administrative. Il n'appartient pas, dès lors, à la juridiction administrative de connaître de la demande tendant à son annulation pour excès de pouvoir (1^{re} espèce).

Le litige relatif à l'exécution de marchés conclus, sous le régime de droit privé, entre une société d'économie mixte et une société anonyme, ne ressortit pas, alors même que ces contrats auraient eu pour objet l'exécution de travaux publics, à la compétence des juridictions administratives (2^e espèce).

La décision par laquelle un ministre donne son accord au choix par une société d'économie mixte d'un architecte, avant passation définitive avec celui-ci du contrat lui confiant cette mission, n'est pas un simple avis préalable à la décision de ladite société, mais un acte qui fait grief à un candidat à cette fonction dont la candidature n'a pas été retenue. Dès lors, le ministre n'est pas fondé à soutenir que le tribunal administratif a estimé à tort recevable la demande en annulation contre cette décision (1^{re} espèce).

ANNOTER : J.-Cl. Administratif, Fasc. 720.

1^{re} espèce : Cons. d'Etat, sect., 5 mai 1972.

LE CONSEIL D'ETAT ; — Considérant que la requête de la Société d'équipement de l'Indre et le recours du Ministre de l'Équipement et du Logement tendent à l'annulation du même jugement ; qu'il y a lieu de les joindre pour y être statué par une seule décision ; — *Sur la requête n° 79.470 de la Société d'Équipement de l'Indre* : — Considérant que la décision en date du 28 avril 1966, par laquelle le conseil d'administration de la Société d'économie mixte « Société d'équipement de l'Indre » a décidé de confier au sieur Lasry les fonctions d'architecte en chef de la zone à urbaniser en priorité n° 2 de Châteauroux, émane d'un organisme privé ; qu'elle n'a pas été prise dans le cadre d'une prérogative de puissance publique qui aurait été conférée à cette société ; qu'en prenant cette décision, la société d'économie mixte n'a pas non plus agi en qualité de mandataire de la ville de Châteauroux ; qu'ainsi la décision attaquée ne peut être regardée comme une décision administrative ; qu'il n'appartenait pas, dès lors, à la juridiction administrative de connaître de la demande du sieur Allain tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de ladite décision ; — *Sur le recours n° 79.485 du Ministre de l'Équipement et du Logement* : — *Sur l'intervention de la Société d'équipement de l'Indre* : — Consi-

dérant que cette société a intérêt au maintien des dispositions du jugement susvisé qui sont attaquées par le Ministre de l'Équipement et du Logement ; qu'ainsi son intervention est recevable ; — *Sur les conclusions du Ministre de l'Équipement et du Logement* : — Considérant que la décision par laquelle le ministre a donné son accord au choix, par la Société d'équipement de l'Indre, du sieur Lasry comme architecte, avant passation définitive avec celui-ci du contrat lui confiant cette mission, n'est pas un simple avis préalable à la décision de ladite société, mais un acte qui fait grief au sieur Allain, lequel était candidat à cette fonction, et dont la candidature n'a pas été retenue ; que, dès lors, le ministre n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif a estimé que la demande du sieur Allain dirigée contre cette décision était recevable ;

Décide : — *Article 1^{er}*. — L'intervention de la Société d'équipement de l'Indre, dans l'affaire enregistrée sous le n° 79.485, est admise ; — *Article 2*. — Le jugement susvisé du Tribunal administratif de Limoges, en date du 30 octobre 1969, est annulé en tant qu'il a déclaré recevable la demande du sieur Allain tendant à l'annulation de la désignation, par le Conseil d'administration de la Société d'équipement de l'Indre, du sieur Lasry comme architecte en chef de la zone à urbaniser en priorité n° 2 de Châteauroux ; — *Article 3*. — La demande susmentionnée présentée par le sieur Allain devant le Tribunal administratif de Limoges est rejetée comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître ; — *Article 4*. — Le recours susvisé du Ministre de l'Équipement et du Logement est rejeté ; — *Article 5*. — Les dépens exposés devant le Conseil d'Etat, et afférents à la requête de la Société d'équipement de l'Indre, sont mis à la charge du sieur Allain ; ceux afférents au recours du Ministre de l'Équipement et du Logement sont mis à la charge de l'Etat.

MM. Odent, prés., Bargue, rapp. ; M^{me} Questiaux, com. Gouv. ; M^e Boré, av.

2^e espèce : Cons. d'Etat, 3^e et 5^e s.-sect., 21 juillet 1972.

LE CONSEIL D'ETAT ; — Considérant que le litige qui a donné lieu à l'arbitrage déféré au Conseil d'Etat, relatif à l'exécution de marchés conclus, sous le régime de droit privé, entre une société d'économie mixte, la Compagnie nationale d'aménagement du Bas-Rhône et du Languedoc, et une société anonyme, la Société « Entreprise Ossude », ne ressortit pas, alors même que ces contrats auraient eu pour objet l'exécution de travaux publics, à la compétence des juridictions administratives ;

Décide : — *Article 1^{er}*. — La requête susvisée de la Société anonyme « Entreprise Ossude » est rejetée comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître ; — *Article 2*. — Les dépens sont mis à la charge de la Société anonyme « Entreprise Ossude ».

MM. Ordonneau, prés., Coudurier, rapp., Morisot, com. Gouv. ; M^e George et Labbé, av.

Observations. — Dans le domaine du droit de l'économie comme dans bien d'autres, le juge administratif semble prendre un malin plaisir à placer les « faiseurs de système » dans une situation embarrassante : après leur avoir donné, semble-t-il, quelque raison d'espérer qu'il allait désormais contrôler de manière plus approfondie les interventions des collectivités publiques en matière économique, en décidant notamment que des contrats passés par une société d'économie mixte à capitaux publics majoritaires et un cocontractant privé pouvaient avoir un caractère administratif (*Trib. Conflits*, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot* : *Rec. Lebon*, 787 ; *J.C.P.* 1963, II, 13375, note Auby ; *Grands Arrêts*, 510 ; *S.* 1963, 273, *concl. Lasry*, note Josse ; *D.* 1963, 534, *concl. Lasry*, note Josse ; *A.J.D.A.* 1963, 463, *chron. Gentot et Fourré* ; *R.D.P.* 1964, 767, note Fabre et Morin ; *Gaz. Pal.* 1964, 2, 58, note Blaevoet ; *C.J.E.G.* 1964, J. p. 30, note Carron), le Tribunal des Conflits a semblé remettre cette jurisprudence en question (17 janvier 1972, *S.N.C.F. c. Entreprise*

Solon et Barrault : *A.J.D.A.* 1972, 353, note Dufau ; *R.D.P.* 1972, 465, concl. Braibant (1).

Intervenant à quelques mois de distance, peu après cette décision du Tribunal des Conflits, les deux arrêts ci-dessus reproduits en confirment l'orientation : la règle selon laquelle les recours opposant une société d'économie mixte à un cocontractant privé sont de la compétence de la juridiction judiciaire, ne souffre guère d'exceptions.

Alors que certains commentateurs estimaient que l'arrêt *Société Entreprise Peyrot* « revêt une portée doctrinale bien plus grande que celle d'une simple solution d'espèce » (note Auby, précitée) et le considéraient comme un « tournant juridictionnel décisif » (note Josse, précitée), d'autres, très proches de la Haute Assemblée, soulignaient qu'il est « plus prudent, plus simple et probablement plus juste de voir dans la décision du 8 juillet une solution d'espèce fondée sur les pratiques mises en œuvre pour la construction des autoroutes sans en tirer aucune conséquence dans le domaine des relations avec les usagers, avec les tiers, avec le personnel, ni s'agissant d'autres sociétés du même type ayant un autre objet » (chronique Gentot et Fourré, précitée) ; M. le Président Odent semble se prononcer dans le même sens (*Cours de Contentieux administratif*, 1970-1971, p. 428). Les arrêts *Société d'Équipement de l'Indre* et *Société « Entreprise Ossude »* donnent raison aux interprétations les plus réservées.

Discutable dans son principe, leur solution commune contribue ainsi à introduire une certaine clarté dans les débats concernant les fondements et la portée de la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot*.

I. — a) Les hésitations de la doctrine à ce sujet (outre les notes citées, v. *J.-P. Colin*, La nature juridique des marchés de travaux passés par les sociétés d'économie mixte concessionnaires de travaux publics : *A.J.D.A.* 1966, 474) s'expliquent par la pluralité des critères qui semblaient avoir inspiré le Tribunal des Conflits et son Commissaire du Gouvernement, M. Lasry. Trois considérations essentielles peuvent être tenues pour avoir dicté la solution de l'arrêt de 1963 : le fait que la Société de l'Autoroute Estérel-Côte-d'Azur avait agi « pour le compte de l'Etat », voire comme son mandataire ; la constatation que « la construction des routes nationales (...) appartient par nature à l'Etat » ; enfin, plus largement, le climat de droit public entourant les opérations de cette société et, notamment, le caractère attractif de la notion de travail public. A vrai dire, les mêmes raisons auraient pu conduire le Conseil d'Etat à reconnaître sa compétence dans les espèces commentées.

La première de ces affaires, opposant la Société d'Équipement de l'Indre et le Ministre de l'Équipement et du Logement au sieur Allain, se présente, apparemment, de manière un peu différente de celle qui a donné lieu à l'arrêt *Société Entreprise Peyrot* : la demanderesse est une société d'économie mixte créée par la ville de Châteauroux dans le cadre de l'article 78-1 du Code de l'Urbanisme ainsi rédigé : « L'aménagement d'agglomérations nouvelles et de zones d'habitations ou de zones industrielles peut être réalisé par des établissements publics ou concédé à des sociétés d'économie mixte dont plus de 50 % du capital est détenu par des personnes morales de droit public et dont les statuts comportent des clauses types fixées par décret en Conseil d'Etat ». Elle fut chargée en 1966 d'étudier la réalisation d'une zone d'habitation de 63 hectares, succédant de ce fait à la ville de Châteauroux pour le contrat la liant au sieur Allain, architecte chargé d'établir le programme d'urbanisme de détail de cette zone. A la suite de circonstances sur lesquelles il n'est pas utile de s'étendre, le sieur Lasry fut préféré au sieur Allain. C'est la décision de la société — et l'approbation du Ministre — donnant la préférence au sieur Lasry qui a été attaquée devant le Tribunal administratif de Limoges, puis, en appel, devant le Conseil d'Etat.

Ce n'est donc pas le problème de la nature des contrats liant les deux architectes à la société que pose le litige, mais celui du caractère de la décision de contracter, acte détachable du contrat selon une jurisprudence constante du Conseil d'Etat (4 août 1905, *Martin* : *Rec. Lebon*, 749, concl. Romieu ; *Grands Arrêts*, 64 ; *S.* 1906, 3, 49, note Hauriou ; *D.* 1907, 3, 49, concl. Romieu ; *R.D.P.* 1906, 249, note Jeze ; — 7 février 1936, *Département de la Creuse* : *Rec. Lebon*, 171 ; *D.* 1937, 3, 27, note Blaevoet). Mais le Commissaire du Gouvernement, M^{me} Questiaux, avait proposé de prendre appui sur la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot*

pour admettre la compétence administrative. Les circonstances de cette affaire sont, en effet, très comparables à celles qui ont donné lieu à l'arrêt de 1963, et il est significatif que le Conseil d'Etat ait refusé de suivre son commissaire du Gouvernement sur ce terrain.

Le rapprochement entre l'affaire *Société Entreprise Peyrot* et celle qui oppose la Société « Entreprise Ossude », en tant qu'entrepreneur, à la Compagnie Nationale d'Aménagement de la Région du Bas-Rhône-Languedoc (C.N.A.R.B.R.L.), qui lui avait confié la réalisation d'importants travaux d'aménagement hydraulique, est encore plus évident. Cette compagnie a été créée par décret en 1955 en application de l'article 9 de la loi du 24 mai 1951 prévoyant que la mise en valeur de certaines régions pouvait être confiée à des sociétés d'économie mixte dans lesquelles les capitaux publics sont majoritaires. Le cahier des charges annexé au décret précise que les contrats qu'elle passe doivent respecter le cahier des clauses et conditions générales applicables aux marchés passés pour le compte du Ministre de l'Agriculture.

Le juge administratif n'avait guère besoin d'imagination pour admettre que les trois critères se trouvant à l'origine de la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* étaient présents dans ces deux affaires.

Si la notion de mandat, proposée par le Commissaire du Gouvernement Lasry en 1963, n'a pas été retenue, à juste titre, dans toute sa rigueur, par le Tribunal des Conflits, celui-ci n'en avait pas moins admis que la Société de l'Autoroute Estérel-Côte d'Azur agissait « pour le compte de l'Etat », sans toutefois préciser ce qu'il fallait entendre par là. Mais l'année suivante, la Cour d'appel de Paris, dans une espèce voisine, a considéré « qu'agit pour le compte d'une personne administrative le concessionnaire qui exécute des travaux publics au financement desquels l'Etat a contribué, sur lesquels il se réserve un contrôle et qui demeurent ou doivent devenir un jour sa propriété » (2 décembre 1964, *Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc* : *J.C.P.* 1965, II, 14357, note Auby ; *D.* 1965, 712, note Blaevoet ; — la juridiction administrative a admis sans difficulté sa compétence, *Cons. d'Etat*, 24 avril 1968 : *Rec. Lebon*, 256).

Ces conditions sont sans aucun doute réunies dans les espèces commentées : la Société d'Équipement de l'Indre, comme la C.N.A.R.B.R.L., sont des concessionnaires dont la mission essentielle est d'exécuter des travaux publics ; dans les deux cas, les collectivités publiques détiennent statutairement plus de la moitié du capital de la société (cette participation dépasse même 90 % pour la C.N.A.R.B.R.L.) ; les travaux effectués doivent être rétrocédés aux collectivités concédantes ; dans les deux hypothèses enfin, le contrôle de ces collectivités est particulièrement étroit : les statuts de la Société d'Équipement de l'Indre prévoient que les marchés qu'elle passe doivent contenir des clauses types approuvées par décret en Conseil d'Etat et exigent la présence d'un commissaire du Gouvernement auprès de son conseil d'administration ; de plus, au moment du litige, la concession ne lui avait même pas été accordée à titre définitif. Quant à la Compagnie d'Aménagement du Bas-Rhône, elle n'est pas plus indépendante par rapport à l'Etat que la Société à l'égard de la commune de Châteauroux : elle apparaît en fait comme un simple agent d'exécution du Ministre de l'Agriculture, qui, par l'entremise de la Direction générale du Génie rural et de l'Hydraulique agricole, détermine les travaux à exécuter, approuve la nomination des dirigeants, etc.

Si l'on objecte que l'élément déterminant qui est à l'origine de l'arrêt de 1963 n'est pas cette idée de mandat entendue dans un sens très large, mais la prise en considération de la nature des travaux à exécuter, il apparaît tout aussi concevable de transposer sa solution à nos deux arrêts. Il existe en effet la même différence entre un chemin rural et une autoroute qu'entre la construction d'un petit canal d'irrigation et les énormes travaux hydrauliques confiés à la C.N.A.R.B.R.L., qui constituent une des pièces maîtresses de l'aménagement volontariste du territoire, et, si l'on peut admettre que le chemin ou le petit canal puisse relever de la seule initiative privée, il n'y a plus de raison de l'admettre dans le cas de l'aménagement hydraulique de la région du Bas-Rhône que dans celui de l'autoroute de l'Estérel. Il en va de même des projets dont l'étude a été confiée à la Société d'Aménagement de l'Indre : la mise au point du plan d'urbanisme d'une ville est une tâche trop considérable pour ne pas être réputée entrer normalement dans les attributions des collectivités publiques.

On retrouve bien enfin, dans les affaires ayant donné lieu aux deux arrêts commentés, le même climat de droit public, tenant notamment au caractère attractif de la notion de travaux publics dont l'absence peut expliquer certaines décisions par lesquelles le juge administratif a refusé d'étendre le champ d'application

(1) La Cour de Cassation a rendu récemment des décisions allant dans le même sens : *Civ. 1^{re}*, 6 mai 1969, trois arrêts : *Bull. civ. I*, 133 ; *Gaz. Pal.* 1969, 2, 98 ; et *Civ. 1^{re}*, 2 février 1972, *Société Immobilière d'Économie mixte de Saint-Gratien*, non publié.

de la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* (cf. par exemple, *Cons. d'Etat* 13 décembre 1963, *Syndicat des Praticiens de l'Art dentaire du Département du Nord* : *Rec. Lebon*, 623 ; S. 1964, 57, *concl. Braibant* ; D. 1964, 55, *concl. Braibant* ; A.J.D.A. 1964, 43, *chron. Fourré et Mme Puybasset* ; ou *Trib. Conflits*, 3 mars 1969, *Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés « Interlait »* : *Rec. Lebon*, 682 ; A.J.D.A. 1969, 307, *concl. Kahn*, *note de Laubadère* ; R.D.P. 1969, 694, *note Waline* ; C.J.E.G. 1969, 31, *note A.C.*). Mais dans nos deux affaires, la présence de travaux publics, soit à titre exclusif (2^e espèce), soit de manière moins évidente mais néanmoins certaine (1^{re} espèce), ne fait aucun doute. Et, les développements précédents l'ont montré, les opérations effectuées par les deux sociétés d'économie mixte baignent dans une véritable atmosphère de droit public.

b) C'est donc par une interprétation particulièrement restrictive de la jurisprudence résultant de l'arrêt rendu par le Tribunal des Conflits en 1963 et des deux décisions relatives à la construction du tunnel du Mont-Blanc que le Conseil d'Etat a pu refuser d'en étendre l'application à nos deux espèces.

Certes, le premier de ces arrêts entre davantage dans la ligne de la jurisprudence *Montpeurt* (*Cons. d'Etat*, 31 juillet 1942 : *Rec. Lebon*, 239 ; J.C.P. 1942, II, 2046, *concl. Segalat*, *note Laroque* ; S. 1942, 3, 37, *concl. Segalat* ; D. 1942, 138, *concl. Segalat*, *note P.C.* ; R.D.P. 1943, 57, *concl. Segalat*, *note Bonnard* et *Magnier* (*Cons. d'Etat*, 13 janvier 1961 : *Rec. Lebon*, 33 ; R.D.P. 1961, 155, *concl. Fournier* ; A.J.D.A. 1961, 142, *note C.P.*) relative aux actes unilatéraux que dans celle de la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot*, et elle peut paraître constituer une application stricte de règles posées par ces arrêts : il n'est ni admis, ni contesté par les rédacteurs de l'arrêt que la Société d'Équipement de l'Indre gère un service public administratif, mais cette qualité ne paraît pas pouvoir être discutée. Mais, pour que la compétence de la juridiction administrative soit reconnue, il faut encore que la décision soit prise « dans le cadre d'une prérogative de « puissance publique » qui aurait été conférée à la personne morale de droit privé qui en est l'auteur. Cette condition n'était pas remplie en l'espèce.

Cependant, le Conseil d'Etat aurait pu se reconnaître compétent en admettant, comme Mme Questiaux le lui demandait, que la société, en évinçant le sieur Allain, avait agi « pour le compte de » la ville de Châteauroux. L'imputation de l'acte unilatéral d'une personne privée à une personne publique constitue en effet le second critère possible de la compétence administrative (v. *Jean-Paul Negrin*, l'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative, 1971, p. 163-168. — *Cons. d'Etat*, 30 novembre 1956, *Geslin* : *Rec. Lebon*, 454 ; A.J.D.A. 1957, II, 38. — *Cass. com.*, 12 mars 1952, *Etablissements Laurent* : J.C.P. Ed. G, 1952, IV, p. 69). Mais la Haute Assemblée, par un considérant très significatif, non seulement n'a pas estimé que tel était le cas, mais a limité considérablement les hypothèses où cette règle peut jouer : la société d'économie mixte devra désormais, semble-t-il, avoir « agi en qualité de mandataire » d'une personne publique.

En ne se reconnaissant pas non plus compétent dans l'affaire *Société Entreprise Ossude*, le Conseil d'Etat a adopté la même position : il ne suffit pas qu'une société d'économie mixte agisse « pour le compte de l'Etat » au même titre que le faisait la Société de l'Autoroute de l'Estérel-Côte d'Azur pour qu'un contrat soit réputé administratif. Là aussi, la seule exception qui subsiste sans doute encore à la règle selon laquelle une personne privée ne peut conclure un contrat administratif tient au mandat qui lui serait donné par une personne relevant du droit public (*Cons. d'Etat*, 30 janvier 1931, *Société Brossette* : *Rec. Lebon*, 123 ; — 24 février 1954, *Société des Ateliers de Construction Schwartz-Haumont* : A.J.D.A. 1954, IV, 189 ; — 2 juin 1961, *Leduc* : *Rec. Lebon*, 365 ; A.J.D.A. 1961, 345, *concl. Braibant*).

Mais l'arrêt *Société Entreprise Ossude* est encore plus riche d'enseignements. Les faits de la cause ne diffèrent guère des circonstances ayant donné lieu à la décision *Société Entreprise Peyrot* ; force est donc d'admettre que la Haute Assemblée, ou bien a découvert des différences déterminantes dans les nuances séparant les deux affaires, ou bien a décidé d'abandonner la solution de l'arrêt de 1963. Si l'on veut à toute force concilier les deux jurisprudences, il faut évidemment mettre l'accent sur la différence entre la « nature » des travaux qu'effectuait la Société de l'Autoroute Estérel-Côte d'Azur et celle des opérations confiées à la C.N.A.R.B.R.L. Outre que cette différence est bien tenue (v. *supra*), il faut noter que, même si l'on adopte cette explication, après dix ans, la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* est destinée à disparaître (c'est le danger de toute solution fondée sur la « nature des choses » ; cf. les conclusions *Matter* sur l'arrêt du *Bac d'Eloka*, *Trib. Conflits*, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest Africain* : *Rec. Lebon*, 91 ; *Grands Arrêts*, 159 ; S. 1924, 3, 34, *concl. Matter* ; D. 1921, 3, 1,

concl. Matter, qui n'ont pu fournir un critère précis en matière de services publics industriels et commerciaux).

En effet, si, en 1963, on pouvait prétendre que la construction des autoroutes appartenait « par nature » à l'Etat, il n'en va sûrement plus de même aujourd'hui, surtout après l'interprétation très restrictive que les arrêts S.N.C.F. c. *Entreprise Solon et Barrault* (précité) et *Société Entreprise Ossude* donnent de cette idée de « domaine naturel » des compétences des collectivités publiques. Si l'on suit leur raisonnement, il apparaît que relèvent par nature de ces collectivités les travaux qui leur sont dévolus traditionnellement du fait des « accidents de « l'Histoire » (*concl. Braibant sur Trib. Conflits*, 17 janvier 1972, S.N.C.F. c. *Entreprise Solon et Barrault*, précité) ; mais la tendance néo-libérale des pouvoirs publics depuis 1958 a, à notre avis, réparé l'accident historique en vertu duquel, depuis l'Antiquité, la construction des grandes routes appartient aux collectivités publiques. En 1963 déjà, on pouvait faire remarquer que la loi de 1955 permettait de concéder la construction et l'exploitation des autoroutes à des sociétés d'économie mixte « dans des cas exceptionnels », mais, aujourd'hui, le doute n'est plus possible : le décret du 12 mai 1970, en admettant que la concession soit accordée à des entreprises purement privées, remet profondément en cause la tradition historique sur laquelle s'appuyait la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot*. La construction des autoroutes n'appartient plus par nature à l'Etat, et si tel était le fondement de l'arrêt de 1963, il n'est plus possible, après l'intervention des décisions commentées et de l'arrêt S.N.C.F. du Tribunal des Conflits, de considérer que sa solution sera maintenue et, encore moins, étendue (contra : A. de *Laubadère*, *chronique générale de législation* : A.J.D.A. 1970, p. 420 et *suiv.*).

C'est en ce sens que les arrêts *Société d'Équipement de l'Indre* et *Société Entreprise Ossude* peuvent être considérés comme simplificateurs : ils sonnent le glas de la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot*.

II. — Il reste à se demander si un tel abandon doit être approuvé. Dans la mesure où il équivaut à une simplification des règles de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, on ne peut que s'y rallier : il semble que, désormais, les justiciables n'auront plus à se préoccuper des caractères propres à la société d'économie mixte avec laquelle ils ont contracté. Mais cette simplification ne paraît ni satisfaisante sur le terrain pratique, ni bénéfique sur le plan des principes. Revenant dix ans en arrière, la Haute Assemblée se prive en effet d'une instrument de contrôle prometteur dans le domaine des interventions économiques ou para-économiques de l'Etat et des collectivités publiques.

a) En confinant la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* à la situation transitoire qui caractérisait la concession des autoroutes entre 1955 et 1970, le juge administratif introduit une simplification plus apparente que réelle dans les règles de compétence. Sans doute réaffirme-t-il la priorité du critère organique dans toute sa rigueur — les termes utilisés par l'arrêt *Société Entreprise Ossude* sont, à cet égard, caractéristiques —, mais, du même coup, il supprime tous les espoirs d'unification réelle des règles de compétence que l'on pouvait avoir. D'une part, en effet, les marchés relatifs à des travaux publics relèvent toujours de la compétence de l'un ou de l'autre ordre de juridiction selon la nature juridique des personnes qui les ont conclus. D'autre part, la distinction entre le régime des actes unilatéraux et celui des contrats sort renforcée de ce mouvement qui tend à revenir sur les innovations des années 60.

Après avoir constaté — bien prématurément ! — la mort du critère organique, le Professeur Sabourin a exprimé, dans une étude récente (« Peut-on dresser le constat de décès du critère « organique en droit administratif français ? » : R.D.P. 1971, p. 589-640), ses « regrets éternels » pour la clarté qu'il introduisait dans le partage des compétences entre les deux ordres de juridiction. Ces regrets, qui n'ont plus leur raison d'être, au moins en matière contractuelle, peuvent sembler bien excessifs car cette simplicité est gagnée au détriment de la logique : un marché passé entre deux personnes privées sera toujours regardé comme une convention de droit privé (*Cons. d'Etat*, 18 octobre 1935, *Compagnie des Chemins de fer du Nord* : *Rec. Lebon*, 953 ; D. 1936, 3, 25, *note P.L.J.* ; — 19 décembre 1969, *Société d'H.L.M. de Charleville* : *Rec. Lebon*, *Tables*, 919 ; D. 1970, 91, *note Gabolde* ; — 21 juillet 1970, *Lachaud et Aubineau* : *Rec. Lebon*, 510) ; tandis que le même contrat sera administratif s'il est conclu avec une personne publique (*Cons. d'Etat*, 7 octobre 1966, *Ville de Bordeaux* : J.C.P. 1967, II, 15053. — *Cass. civ.* 24 mars 1969 : J.C.P. 1970, II, 16314, *note Carron* ; C.J.E.G. 1969, J., p. 542 ; v. les nombreux exemples donnés par P. Delvolvé, Les marchés des entreprises publiques : R.D.P. 1970, p. 287 et *suiv.* et J.-F. Prévost, A la recherche du critère du contrat administratif :

R.D.P. 1971, p. 817 et suiv.). Or, il peut parfaitement s'agir de contrats ayant le même objet et les mêmes caractères. L'affaire *Société d'Équipement de l'Indre* en est un exemple très typique : le contrat du sieur Allain avait été signé avec la ville de Châteauroux et transféré automatiquement, en vertu d'une de ses clauses, à la société d'économie mixte. Est-il raisonnable d'admettre que le changement de cocontractant transforme la nature juridique du contrat ? De la réponse à cette question ne dépendent pas seulement les problèmes de compétence ; ceux-ci ont toujours de graves répercussions sur le droit applicable. Ainsi, dans l'affaire *Ossude*, il s'agissait en réalité de savoir si une clause de renonciation à l'appel en matière d'arbitrage, contenue dans le contrat, était valable. Le juge administratif, qui considère la règle du double degré de juridiction comme un principe général de droit (*Cons. d'État*, 26 novembre 1963, *Ville de Conche* : *Rec. Lebon*, 787 ; — 4 février 1944, *Vernon* : *R.D.P.* 1944, 171, *concl. Chenot*, *note Jeze* ; *Rec. Penant*, 1947, 35, *note de Soto* ; — *Ass.*, 4 janvier 1957, *Lamborot* : *Rec. Lebon*, 12 ; *A.J.D.A.* 1957, II, 107, *concl. Chardeau*), ne l'aurait certainement pas admis, alors que les juridictions judiciaires se prononcent en sens inverse sur la base de l'article 1010 du Code de Procédure civile. Est-il raisonnable de faire ainsi deux poids et deux mesures ? La confrontation des arrêts *Interlait* (précité) et *F.O.R.M.A. (Trib. Conflits, 24 juin 1968, Société d'approvisionnements alimentaires* : *J.C.P.* 1969, II, 15764, *concl. Gégout*, *note Dufau* ; *D.* 1969, 116, *note Chevallier*) permet d'en douter.

Pour convaincre le juge de maintenir sa jurisprudence traditionnelle, M. le Commissaire du Gouvernement Braibant a fait valoir, au moins à deux reprises (*conclusions précitées sur Cons. d'État*, 13 décembre 1963, *Syndicats des Praticiens de l'Art dentaire du Département du Nord*, et *Trib. Conflits*, 17 janvier 1972, *S.N.C.F.*), des arguments fondés sur la stabilité souhaitable des règles de répartition des compétences et l'élément supplémentaire de complexité qu'une changement entraînerait. Cette argumentation, pour digne de considération qu'elle soit, n'apparaît convaincante que dans l'abstrait. En réalité, dans les cas concrets, il est nécessaire de ne pas faire de distinctions entre les problèmes ayant trait à des décisions unilatérales ou concernant la responsabilité et ceux relatifs aux contrats. (Du reste, dans l'affaire *S.N.C.F. c. Entreprise Solon et Barrault*, cette dichotomie a donné lieu à un partage délicat des compétences : l'action directe en responsabilité devant être portée devant la juridiction administrative, l'action en garantie devant les tribunaux judiciaires. De même, la différence faite par le Conseil d'État, dans l'arrêt *Société d'Équipement de l'Indre*, entre la décision prise par la société de contracter avec le sieur Lasry et celle par laquelle le Ministre a approuvé ce choix, ne conforte pas la thèse de M. Braibant).

On peut néanmoins faire valoir un argument dans ce sens qui, à première vue, apparaît assez fort : il n'appartient pas au juge de contrer le législateur, et lorsque celui-ci entend soumettre une action de l'Administration au droit privé (en en confiant la réalisation à un organisme formellement privé), on ne voit pas de quelle autorité le juge pourrait s'y opposer. Cette objection ne paraît cependant pas déterminante : d'une part, la juridiction administrative n'hésite pas à requalifier certains organismes lorsqu'elle l'estime nécessaire (exemple du *F.O.R.M.A.*, *arrêt précité*) ; d'autre part, s'y arrêter obligerait à revenir sur la jurisprudence *Montpeurt* (précité), *Bougen* (*Cons. d'État*, 2 avril 1943 : *Rec. Lebon*, 86 ; *Grands Arrêts*, 266 ; *J.C.P.* 1944, II, 2565, *note Celier* ; *S.* 1944, 3, 1, *concl. Lagrange*, *note Mestre* ; *D.* 1944, 52, *concl. Lagrange*, *note Donnedieu de Vabres*) qui semble fortement établie et n'est plus guère critiquée par la doctrine.

La différence entre décision unilatérale et contrat tient-elle, selon le mot du Professeur de Laubadère, dans sa note sous l'arrêt *Interlait* (précité), à ce que, « dans le cas de l'acte bilatéral figurent deux fois plus de personnes privées que dans « celui de l'acte unilatéral » ?... Ainsi que le faisait remarquer M. le Commissaire du Gouvernement Kahn dans ses conclusions

sur la même décision : « L'acte administratif, hier acte d'une « personne publique, est aujourd'hui l'acte accompli pour la « gestion d'un service administratif, et, dès lors qu'une personne « privée peut être investie de prérogatives qui, naguère encore, « étaient réservées aux personnes publiques, il importe peu, au « regard des faits comme au regard des principes, qu'elle les « exerce par la voie du contrat administratif ou par celle de « l'acte unilatéral ». Aussi semble-t-il plus sage d'aligner la solution à retenir pour les contrats sur celle adoptée en matière de décisions unilatérales et d'admettre que, sous certaines conditions, les personnes privées peuvent conclure des contrats administratifs (en ce sens, *v. J.-F. Prévost, article précité*, p. 837, quoique la méthode du « faisceau d'indices » qu'il retient paraît peu apte à fixer des critères certains).

b) C'est évidemment la détermination de ces conditions qui pose les problèmes les plus difficiles à résoudre. Il n'est pas question d'essayer de le faire dans le cadre de ce commentaire. Toutefois, il semble légitime d'admettre, en s'inspirant des propositions de M. Kahn, que les mêmes considérations devraient dicter les solutions adoptées en matière conventionnelle et lorsqu'il s'agit d'actes unilatéraux. Cela conduit à la suggestion suivante : un acte émanant d'une personne privée devrait être considéré comme administratif lorsque cette personne est investie d'une mission de service public et que cet acte est pris soit dans le cadre d'une prérogative de puissance publique qui lui serait conférée, soit en vue de l'exécution même du service public.

Si l'on fait application de ces critères à nos deux arrêts, il est clair que les solutions retenues auraient dû être radicalement contraires. Cela est évident pour l'arrêt *Société Entreprise Ossude* (et aussi, sans doute, pour la décision du Tribunal des Conflits dans l'affaire *S.N.C.F. c. Entreprise Solon et Barrault*) : la C.N.A.R.B.R.L. est en effet sans aucun doute investie d'une mission de service public : l'aménagement rural et hydraulique de toute une région ; et les travaux confiés à la société demanderesse avaient pour objet l'exécution même de cette mission puisqu'il s'agissait de la construction des châteaux d'eau, réservoirs, canalisations, etc..., indispensables à son accomplissement.

De même, dans l'affaire *Société d'Équipement de l'Indre*, s'il est établi que la décision prise par la société de préférer le sieur Lasry au sieur Allain ne l'a pas été dans le cadre d'une prérogative de puissance publique, il paraît raisonnable d'admettre que la désignation de l'architecte en chef d'une zone d'habitation de cette importance fait partie de l'objet même de la mission de service public (l'urbanisme) dont est chargée la société. Du reste, le contrat qui liera celle-ci à l'architecte définitivement choisi aura nécessairement, en fonction des mêmes critères, le caractère administratif, et il est bon que le même juge puisse se prononcer sur la situation de cet homme de l'art, dans son ensemble.

Les solutions inverses adoptées par le Conseil d'État ne semblent pas pouvoir être approuvées : non seulement elles ne nous paraissent pas logiques (*v. supra*), mais encore elles font peser de graves menaces sur l'avenir du contrôle par la juridiction administrative des interventions des collectivités publiques dans des matières aussi importantes que l'urbanisme, l'aménagement du territoire, et même la régularisation des marchés ou des prix, domaines dans lesquels on recourt chaque jour davantage à des procédés contractuels.

Le droit administratif de l'économie, que la majorité de la doctrine et de nombreux membres du Conseil d'État appellent de leurs vœux, reste, dans sa plus grande partie, à élaborer ; ce n'est certainement pas en refusant de connaître de toutes ces interventions, effectuées par personnes formellement privées interposées, que ces souhaits seront réalisés.

Alain PELLET,
Assistant à l'Université de Droit,
d'Économie et de Sciences sociales
de Paris.

LA SEMAINE JURIDIQUE

JURIS-CLASSEUR PERIODIQUE

EDITION

GENERALE

47^e ANNEE - 12 SEPTEMBRE 1973 N° 37

I. — DOCTRINE 2571

II. — JURISPRUDENCE . 17478-17481

III. — TEXTES 40798-40812

I. — DOCTRINE.

Les producteurs de vidéogrammes et leurs partenaires,

par M^{me} Denise GAUDEL, Avocat à la Cour d'appel de Paris. 2571

II. — JURISPRUDENCE.

Alsace et Lorraine.

— Procédure civile locale. Législation introduite dans ces départements. Textes modificatifs. Application immédiate. Loi de procédure. Décret du 9 septembre 1971. Cour d'appel saisie sur renvoi de cassation. Application (Colmar, aud. sol., 18 octobre 1972 et note par M. Jean-Jacques BURST, Maître de Conférences agrégé à la Faculté de Droit et des Sciences politiques de Strasbourg). 17479

Cassation (en matière pénale).

— Arrêts de la Chambre d'accusation. Pourvoi de la partie civile. Recevabilité (Cass. crim. 15 février 1973 et note par M. Henri BLIN, Président de Chambre honoraire à la Cour de Cassation). 17480

Compétence administrative ou judiciaire.

— Société d'économie mixte ; 1^o Convention conclue avec un architecte ; 2^o Marché passé avec une société anonyme. Contrats de droit privé. Compétence judiciaire (1^o Cons. d'Etat, Sect., 5 mai 1972 ; 2^o Cons. d'Etat, 3^o et 5^o s.-sect., 21 juillet 1972 et note par M. Alain PELLET, Assistant à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris). 17481

Contrats commerciaux.

— Contrat de fournitures exclusives. Obligation de faire et de livrer. Obligation de faits à caractères personnels (non). Art. 1142, C. civ. Application (non). Article 1184 C. civ. Application (oui). Possibilité de contraindre à l'exécution de l'obligation (Colmar, aud. sol., 18 octobre 1972 et note par M. Jean-Jacques BURST, Maître de Conférences, agrégé à la Faculté de Droit et des Sciences politiques de Strasbourg). 17479

Presse-Diffamation.

— Répression des discriminations raciales (L. 1^{er} juillet 1972). Associations ayant pour objet de combattre le racisme. Droit de se porter partie civile (art. 48-I, nouveau, L. 29 juillet 1881). Application aux poursuites en cours (Cass. crim. 15 février 1973 et note par M. Henri BLIN, Président de Chambre honoraire à la Cour de Cassation). 17480

Référés.

— Pouvoirs du juge. Urgence. Agissements de nature à créer un préjudice grave. Cessation de ses livraisons par un fournisseur (Colmar, aud. sol., 18 octobre 1972 et note par M. Jean-Jacques BURST, Maître de Conférences agrégé à la Faculté de Droit et des Sciences politiques de Strasbourg). 17479

Responsabilité civile.

— Agences de voyages ; 1^o Agence ayant agi comme si elle organisait le voyage. Apparence. Responsabilité enga-

gée ; 2^o Choix de mauvais chauffeurs Accident. Responsabilité de l'agence (Angers, aud. sol., 3 avril 1973 et note par M. René RODIERE, Professeur de Droit maritime et de Droit des transports à la Faculté de Droit de Paris). 17478

III. — TEXTES.

Accidents du travail.

— Agriculture. Salariés agricoles. Assurance. Cotisations. Recouvrement. Modalités (D. n° 73-802, 9 août 1973). 40812

Agriculture.

— Calamités agricoles. Départements intéressés (A. 12 juillet 1973, som.). 40798

Baux à loyers.

— Locaux d'habitation ou à usage professionnel (L. 1^{er} septembre 1948, art. 1^{er}, dernier alinéa). Application. Liste des communes (D. n° 75-553, 28 juin 1973, rectific.). 40809

Changes.

— Contrôle. Couvertures de change à terme. Constitution (Circ. 9 août 1973). 40805

— Contrôle. Exportations-Importations. Domiciliation. Paiement (Circ. 9 août 1973). 40804

— Contrôle. Exportations matérielles de moyens de paiement et de valeurs mobilières. Envois par colis postaux ou par la poste (A. 9 août 1973). 40801