

Tribunal des conflits**N° 3894****Conflit positif****La société Locam****c/****Le Collège interarmées de défense****L'agent judiciaire du Trésor****Séance du 14 janvier 2013****Lecture du 18 février 2013****Rapporteur : M. Ménéménis****CONCLUSIONS****Mme BATUT, Commissaire du Gouvernement**

Cette affaire ne devrait pas longtemps retenir votre attention compte tenu des décisions que vous avez déjà rendues et qui ont tranché la question de compétence posée à l'occasion de litiges nés de relations contractuelles nouées entre une personne publique et une personne privée, au regard des dispositions de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite loi Murcef (III).

Il nous semble toutefois opportun, après avoir dressé un état de la procédure (I), de s'arrêter sur les errements de ce dossier qui devraient permettre de s'assurer, même s'il n'y a aucune contestation sur ce point, de la régularité de la procédure de conflit (II).

I - Etat de la procédure

La société Locam a fait assigner le Centre interarmées de défense (CID) - devenu Ecole de guerre - devant le tribunal de grande instance de Paris en paiement d'un solde de loyers dont elle s'estime créancière au titre d'un contrat de location de divers matériels, assorti d'une option d'achat, conclu par elle le 27 mars 2006 avec ce service de l'Etat.

Par voie d'incident présenté avant toute défense au fond, le CID a soulevé l'incompétence du juge judiciaire au profit de la juridiction administrative, en soutenant que le contrat litigieux présentait les caractéristiques d'un marché public.

Le juge de la mise en état a rejeté l'exception de procédure par une ordonnance frappée d'appel, que la juridiction du second degré a confirmée par un arrêt rendu le 5 avril 2011.

Alors que l'incident était pendant devant la cour d'appel, la société Locam a mis en cause l'agent judiciaire du Trésor - désormais agent judiciaire de l'Etat - par une assignation dont le juge de la mise en état a ordonné la jonction avec l'instance initiale.

Après que la cour d'appel eut rendu sa décision, ce même juge a été saisi, de nouveau d'une exception d'incompétence au profit des juridictions administratives, émanant cette fois-ci de l'agent judiciaire du Trésor, et d'un déclinatoire de compétence présenté par le préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris.

Il a rejeté l'exception de procédure et le déclinatoire par une ordonnance du 1^{er} juin 2012, notifiée le 18 juin au préfet qui a élevé le conflit par arrêté du 29 juin.

Cet exposé conduit nécessairement à s'interroger sur la régularité de la procédure de conflit.

II - Régularité de la procédure de conflit

Il est incontestable que vous êtes en présence d'une décision passée en force de chose jugée, en l'occurrence l'arrêt du 5 avril 2011 de la cour d'appel de Paris, antérieur à la procédure de conflit, qui a définitivement retenu que les juridictions judiciaires étaient compétentes pour connaître du litige.

Or, nous savons que le préfet ne peut élever le conflit qu'aussi longtemps que l'autorité judiciaire ne s'est pas prononcée sur la compétence par un jugement ou un arrêt devenu définitif (*TC, 24 juillet 1947, Soc. des journaux et imprimeries de la Charente - TC, 11 octobre 1993, SCI du domaine de Saroît*).

Pour autant, dans l'affaire qui vous est soumise aujourd'hui, le préfet bénéficie sans nul doute des défaillances révélées par le déroulement de l'instance judiciaire.

La première observation qui s'impose est que cette instance a été bien mal engagée :

En effet, la société Locam a dirigé son action contre le CID qui est un service non personnalisé de l'Etat.

Elle aurait dû l'engager contre l'agent judiciaire du Trésor, par application de l'article 38 de la loi n° 55-366 du 3 avril 1955 (modifié), selon lequel toute action portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire et tendant à faire déclarer l'Etat créancier ou débiteur pour des causes étrangères à l'impôt et au domaine doit, sauf exception prévue par la loi, être intentée par ou contre l'agent judiciaire du Trésor (de l'Etat).

A ce stade du raisonnement, il est intéressant de se demander si, en amont de la question de compétence qui lui a été soumise, le juge de la mise en état pouvait mettre un terme à cette procédure irrégulière.

Ainsi, était-il en mesure de déclarer l'action irrecevable ? A cette question qui s'impose logiquement, nous pensons pouvoir répondre par la négative, et ce, pour trois raisons :

* La première, qui nous paraît à elle seule déterminante, procède de la règle posée par l'article 74 du code de procédure civile, selon laquelle les exceptions de procédure doivent, à peine d'irrecevabilité, être proposées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir.

L'examen d'une exception d'incompétence est donc un préalable obligé à celui de la fin de non-recevoir prise du défaut de qualité à agir.

La décision sur la compétence s'imposait donc avant toute appréciation de la

recevabilité de l'action.

* La deuxième raison est de nature fonctionnelle : si l'article 125, alinéa 2 du code de procédure civile permet au juge de relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité pour agir, en revanche, le juge de la mise en état, qui a des prérogatives très encadrées, ne dispose pas de cette faculté.

Certes, l'article 771 du code de procédure civile prévoit que ce juge statue sur les incidents mettant fin à l'instance (et tel est bien le cas d'une fin de non-recevoir lorsqu'elle est accueillie), mais la Cour de cassation, par une réponse faite le 13 novembre 2006 à une demande d'avis (*Bull. civ. avis, n° 10*), suivie depuis lors par ses différentes formations (*ex. 1^{ère} civ., 9 mars 2011, Bull. civ. I, n° 54*), a indiqué que les incidents visés par ce texte n'incluaient pas les fins de non-recevoir.

* La dernière raison, tout aussi déterminante, est dictée par les dispositions de l'article 38 de la loi du 3 avril 1955, desquelles il ressort que l'irrégularité de procédure résultant du défaut d'assignation initiale de l'agent judiciaire du Trésor n'est pas sanctionnée par une fin de non-recevoir, mais par la nullité de la procédure, ramenée en définitive à celle de l'acte introductif d'instance irrégulier.

Selon les énonciations de l'ordonnance du juge de la mise en état du 1^{er} juin 2012, la cour d'appel a été saisie de l'exception de nullité de l'assignation délivrée au CID mais, alors qu'elle aurait dû déclarer cette exception irrecevable pour n'avoir pas été présentée en même temps que l'exception d'incompétence qui lui était soumise, elle a considéré que la procédure avait été depuis lors régularisée par la mise en cause de l'agent judiciaire du Trésor.

Or, la Cour de cassation juge de façon constante que l'irrégularité d'une procédure engagée par ou contre une personne dépourvue de la personnalité juridique est une irrégularité de fond qui ne peut être couverte (*Cass. 2^{ème} civ., 11 septembre 2003, Bull. II, n° 253 - 3^{ème} civ., 15 décembre 2004, Bull. III, n° 238 - Com., 7 juillet 2009, n° 08-19.827 - Soc., 23 juin 2010, Bull. V, n° 148*).

Il s'en déduit que l'assignation de l'agent judiciaire du Trésor, jointe à la procédure principale et considérée dès lors comme valant régularisation de la procédure, ne pouvait produire un tel effet.

En définitive, de ces quelques observations, il ressort :

- qu'au stade de l'instruction de l'affaire devant le juge de la mise en état et en l'absence de moyen de défense régulièrement proposé et pris de la nullité de l'assignation initiale, le litige ne pouvait échapper au juge judiciaire que par la voie d'une décision d'incompétence,

- que la procédure suivie devant la juridiction judiciaire est affectée d'une irrégularité de fond qui ne pouvait être couverte, mais qu'en l'absence de toute décision ayant tiré les conséquences juridiques qui s'imposaient en l'état d'une telle situation, la procédure a toutes les apparences de la régularité.

Dans un tel contexte, la procédure de conflit apparaît régulière :

Pressentant la difficulté, le préfet a soutenu, dans son déclinatoire (p. 3, § 5), que l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 5 avril 2011, s'il "a autorité de la chose jugée à l'égard des parties au litige, ne saurait être opposé(e) au représentant de l'Etat, seul compétent en

matière de conflit d'attribution de compétence”.

Sans méconnaître les prérogatives de cette autorité, nous ne partageons pas entièrement son point de vue et préférons retenir ici que l'arrêt du 5 avril 2011 est, certes, définitif mais uniquement dans les rapports entre la société Locam et le CID.

En revanche et par application de l'article 1351 du code civil, ce même arrêt n'a pas, à défaut d'identité des parties, autorité de la chose jugée dans l'instance distincte, eût-elle été ensuite jointe à la précédente, engagée par la société Locam contre l'agent judiciaire du Trésor.

Dans cette seconde procédure, le préfet était donc en droit de présenter un déclinatoire de compétence.

La procédure de conflit apparaissant dès lors régulière, il reste à examiner son bien-fondé.

III - Compétence

Sur ce point, la solution nous paraît s'imposer d'évidence :

L'article 1^{er} - I du code des marchés publics dispose que les marchés publics sont des “contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services”.

Et la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 a simplifié la détermination du régime des contrats conclus entre personnes publiques et privées, en posant, en son article 2, le principe selon lequel “les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs”.

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

Ce critère résulte clairement d'un avis du Conseil d'Etat en date du 29 juillet 2002 (*Société MAJ blanchisserie de Pantin*, n° 246921) et vous avez retenu cette solution à plusieurs reprises, ainsi à propos d'un contrat d'assurances conclu par une personne morale de droit public (*TC, 22 mai 2006, OPHLM de la ville de Montrouge*, n° 3503), de la facturation présentée à l'Etat par France Télécom (*TC, 19 mars 2007, société France télécom*, n° 3594) ou encore à propos de la location, par une personne publique, de matériel de photocopie (*TC, 17 décembre 2007, société Lixbail c/ Etat*, n° 3651 - *TC, 14 novembre 2011, société O10C Business Solutions c/ commune de Roquebrussanne*, n° 3817).

La Cour de cassation a statué dans le même sens à propos de contrats d'assurances souscrits par des communes (*1^{ère} Civ., 23 janvier 2007, Bull. I, n° 40 - 2^{ème} civ., 24 mai 2012, Société SMACL assurances c/ commune de Caussade*, n° 11-20.097), ou encore d'un contrat d'entretien conclu par une personne morale de droit public (*1^{ère} Civ., 12 mai 2010, société Opac de Lille Métropole Habitat c/ société Océan*, n° 09-10.634).

Dans l'espèce ici examinée, le contrat constitue bien un marché public puisqu'il a été

conclu à titre onéreux entre un opérateur économique privé (la société Locam) et un pouvoir adjudicateur défini à l'article 2 du code des marchés publics (l'Etat) pour répondre à ses besoins en matière de fournitures de matériels.

Dès lors, nous vous proposons de retenir que, quelles que soient les modalités selon lesquelles ce contrat a été effectivement conclu - cette formule, empruntée à votre décision précitée du 14 novembre 2011 pourrait résumer également les arrêts rendus sur ce point par le Conseil d'Etat, tels ceux du 3 juin 2009 (*OPAC du Rhône*, n° 324405) et du 9 mai 2011 (*Commune de Chagny*, n° 331541) - le litige relatif à son exécution relève de la compétence de la juridiction administrative.

Si vous suivez notre proposition se posera la question de l'étendue de l'annulation de la procédure suivie devant la juridiction judiciaire.

Nous considérons que cette annulation doit concerner, non seulement la procédure engagée contre l'agent judiciaire du Trésor et l'ordonnance du juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Paris en date du 1^{er} juin 2012, mais également la procédure initiale, dirigée contre le CID ainsi que la procédure suivie sur l'incident formé par celui-ci et l'arrêt de la cour d'appel en date du 5 avril 2011.

En effet, les deux procédures ont été jointes, mais la jonction de deux instances ne crée pas une procédure unique, chacune d'elles conservant sa propre autonomie (*Cass. civ. 2, 26 octobre 2006, Bull. II, n° 296*).

Une annulation limitée à la procédure engagée contre l'agent judiciaire du Trésor et à l'ordonnance du 1^{er} juin 2012 laisserait donc intacte l'instance initiale couronnée par l'arrêt du 5 avril 2011 consacrant la compétence des juridictions judiciaires pour connaître du litige.

Nous concluons, par voie de conséquence,

- à la confirmation de l'arrêté de conflit pris le 29 juin 2012 par le préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris,

- à ce que soient déclarées nulles et non avenues la procédure engagée par la société Locam devant le tribunal de grande instance de Paris et toutes les décisions rendues dans le cadre de cette procédure judiciaire.

