

N° 339409
Mme Christine G...

Section du Contentieux

Séance du 24 juin 2011
Lecture du 11 juillet 2011

CONCLUSIONS

M. Nicolas BOULOUIS, rapporteur public

En 1990, La ville de Paris a concédé la gestion du Parc des Princes à la Société d'Exploitation Sports et Evènements (SESE). Celle-ci, début 1994, a sous-concédé à la Sté Coquelicot l'exclusivité de la vente, dans le stade et à ses abords immédiats, de produits dérivés liés aux manifestations qui y sont organisées. Se profile alors la Coupe du monde de football qui, en 1998, doit être organisée par la France. Dans cette perspective, le concédant et le concessionnaire signent le 15 avril 1997 une convention avec le comité français d'organisation (CFO) pour mettre le Parc des Princes à la disposition exclusive de ce dernier. Par ailleurs, la Fédération internationale de football association (FIFA) concède à la Société « Sony signature » l'exclusivité de la vente de produits dérivés de la Coupe du monde. Le résultat est, on l'aura compris, l'éviction de la Société Coquelicot d'un juteux marché puisque la Sté Sony signature se trouve titulaire d'une exclusivité dans et aux abords de tous les stades accueillant des matches de cette compétition, dont le parc des Princes.

La Société Coquelicot, gérée par Mme G... et qui a fait par la suite l'objet d'une liquidation judiciaire, entreprend alors de demander l'annulation de la décision de conclure la convention de 1997. Faute de lui reconnaître un intérêt pour agir, vous rejetez sa requête (24 septembre 2003, Sté Coquelicot Promotion, n° 203268). Elle tente par la suite d'obtenir réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi, ce sur trois terrains :

1°) responsabilité du concessionnaire dans l'exécution du sous-traité qui lui garantissait l'exclusivité ;

2°) responsabilité du concédant et du concessionnaire à avoir conclu la convention de 1997 avec le CFO ;

3°) responsabilité des mêmes à n'avoir pas respecté la concession en tant que celle-ci prévoyait l'agrément des sous-concessionnaires.

Ni le TA, ni la CAA de Paris n'ont été convaincus du bien fondé de son argumentation, l'un et l'autre s'accordant sur la compétence de la juridiction administrative pour en connaître, point de vue que nous ne partageons que partiellement, en l'état actuel du droit et qui constitue l'un des deux motifs du renvoi de cette affaire devant votre formation.

1. Nous commencerons précisément par la compétence du juge administratif à l'égard des conclusions relatives à la responsabilité du concessionnaire dans l'exécution du sous-traité, question qui on va le voir en commande d'autres.

S'agissant d'un litige entre deux personnes privées, la compétence du juge administratif ne peut résulter, en l'état actuel de la jurisprudence, que du cumul de deux conditions, requises pour l'application de l'article L. 84 du CDE et de l'art. 1er du décret du 17 juin 1938, codifiés à l'article L. 2331-1 du CG3P, ici applicable¹ : l'appartenance du Parc des Princes au domaine public et la qualité de concessionnaire de service public de la SESE.

Selon l'article L.2331-1 du CG3P, « *Sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs : 1° Aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires (...)* ».

L'appartenance du Parc des Princes au domaine public de la ville n'est pas contestée et vous ne disposez pas d'éléments suffisants pour remettre en cause la qualification opérée par les juges du fond. Rappelons néanmoins que votre décision d'Assemblée bien connue du 26 février 1965, Sté du Vélodrome du Parc des Princes (p. 133) a retenu la qualification de contrat administratif en raison de la présence de clauses exorbitantes et non de l'appartenance du vélodrome d'alors au domaine public².

La qualité de concessionnaire de service public de la SESE n'est pas une exigence du texte mais de l'interprétation qui en est donnée depuis l'arrêt du TC 10 juillet 1956, Société des steeple-chases de France (p. 587).

Or nous pensons que cette qualité fait défaut à la SESE, eu égard à l'objet du contrat.

Votre approche comme juge de cassation de cette question de compétence juridictionnelle gouvernée par la nature d'un contrat n'est pas définie, à notre connaissance dans un arrêt de principe. L'examen de la jurisprudence montre deux voies : celle où vous utilisez, à l'égard des faits ou des actes, les outils de jugement du bien fondé d'une décision juridictionnelle pour vous déterminer (voyez pour la notion de clause exorbitante du droit commun 12 décembre 2003, Commune du Lamentin, n° 256561, T p. 934 constatant l'absence de dénaturation par les juges du fond ou plus récemment 19 novembre 2010 Office national des forêts c/G..., n°331837 à mentionner au Recueil pour un contrôle de qualification), celle où vous déterminez avec votre propre lecture du dossier et en l'espèce du contrat (8 février 1999, Charbonnages de France, n°162074 T p. 705³).

Ces deux visions ne sont pas aussi opposées qu'il y paraît.

¹ S'agissant en effet d'une règle de compétence d'applicabilité immédiate, voir Par ex Sect 7 janvier 1949 Sté provençale de constructions navales p. 6 ; 6 juillet 1990 Compagnie diamantaire d'Anvers et Delcourt p 206

² Alors que le CDG Bertrand proposait de retenir en priorité ce critère à partir de l'idée que les manifestations sportives de grande audience faisaient partie du service public du développement du sport.

³ ou 1er mars 2000 Commune de Morestel Tp 1087 ; 21 avril 2000 Sté Foncier Immobilier Lyonnais T p 1282

D'une part la compétence de la juridiction administrative passe souvent par une qualification juridique qu'en matière contractuelle vous contrôlez de plus en plus (voir pour l'objet du contrat : 11 juillet 2008, Ville de Paris, n°312354 p. 270⁴).

D'autre part si le principe demeure d'une lecture souveraine des stipulations contractuelles par les juges du fond (Section, 5 janvier 1945, Erb, p. 7 ; Section, 10 avril 1992, SNCF c/Ville de Paris, p. 168⁵), est dénaturante toute lecture qui fait dire au texte clair ce qu'il ne dit pas, la latitude des juges du fond n'existant en réalité que s'il leur est nécessaire de faire appel à l'intention des parties ou à des éléments extérieurs pertinents pour qualifier ou appliquer le contrat (voir Sect. 3 décembre 2010 Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin, n°338272). Le contrôle de qualification s'opère donc en réalité après que le juge de cassation a fait sa propre lecture du contrat.⁶

Celui-ci stipule que le stade est affecté prioritairement à la pratique du football et du rugby et que les utilisateurs – à savoir la FFF, la FFR le Club PSG et, à l'époque, le Racing Paris 1 - devront pouvoir continuer à y disputer leurs compétitions. Pour le reste, sous réserve d'un droit de veto sous conditions de la ville, la SESE est libre d'utiliser le stade et gère les activités à caractère commercial liées ou non à la pratique du sport qu'il est possible de développer dans les lieux.

L'activité de gestion de cet équipement public est donc liée pour partie au sport, pour partie à l'organisation de spectacles.

Ecartons tout d'abord l'idée selon laquelle la gestion d'un équipement appartenant au domaine public serait en soi une activité de service public. Ce service public sans usager autre que l'occupant du domaine serait en effet d'un genre bien particulier⁷.

Constatons ensuite que l'affectation prioritaire à la pratique du football et du rugby n'a d'autre traduction que l'obligation d'accueillir les matches des 4 équipes que nous avons citées. Cela ne correspond donc pas à une activité de développement de la pratique sportive. Or c'est sous cette forme seulement que votre décision de Section du 13 juillet 1961, Ville de Toulouse c/TFC (p. 513) souvent citée a reconnu l'existence d'un service public. La pratique de ces deux sports est d'abord celle des professionnels des clubs résidents. Ce cas se distingue donc de ceux pour lesquels a été reconnue l'existence d'un service public et d'une délégation comme par exemple la gestion d'une base nautique (TC 12 décembre 2005, n° 3479, préfet de Seine-Maritime, D..., p. 669). Si l'on ajoute à ces considérations, l'appréciation que vous avez portée dans votre récente décision de Section Ville de Paris et Association Paris J. Bouin (3 décembre 2010) sur la convention entre la Ville et le stade J. Bouin, la qualification de

⁴ application à un contrat de partenariat 23 juillet 2010, M. L... et Syndicat national des entreprises de second œuvre du bâtiment, n° 326544, à publier au Recueil et pour une DSP 19 novembre 2010, M. D..., n° 320169, à mentionner aux Tables - et pour l'existence de clauses exorbitantes ONF c/ G... précité

⁵ RFDA 1993 p 79 concl D.Tabuteau

⁶ Quoique le résultat ne puisse être que rarement différent de celui auquel on arriverait comme juge de 1^{ère} instance ou juge du fond, il n'y a pas de raison théorique déterminante de ne pas utiliser comme juge de cassation des questions de compétence juridictionnelle les outils maniés comme juge du bien fondé des décisions juridictionnelles, lorsque c'est nécessaire (par exemple contrôle de qualification pour déterminer si un conteneur est une dépendance du domaine public ou un véhicule au sens de la loi de 1957 7 juin 1999 Office public d'habitations à loyers modérés d'Arcueil-Gentilly p).

⁷ voir sur ce point les conclusions de JHS sur *EURL Pharmacie de la gare Saint Charles* précité

concession de service public s'éloigne encore plus⁸. D'autant plus que l'on ne peut voir dans l'accueil des matches des deux équipes de France au Parc des princes un service public délégué par la Ville de Paris, qui ne l'assume ni ne l'assure en aucune manière. La qualification de concessionnaire de service public ne découle pas de ce que le cocontractant participe à l'exécution d'un service public abstraitement qualifié mais qu'il se voit déléguer par une personne publique donnée la gestion d'une activité dont cette personne est responsable⁹.

L'activité d'organisation de spectacles, sportifs ou non, pourrait-elle alors, enfin, tenir lieu de service public délégué ?

Ce n'est pas non plus notre sentiment.

Nous ne contestons pas que l'organisation de spectacles puisse poursuivre un but d'intérêt général. Votre jurisprudence comporte de nombreux arrêts en ce sens (Sect. 24 janvier 1944, L..., p. 26; Section, 12 juin 1959, Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie, p. 363 ; 8 juin 1994, D..., n° 143272, T p. 839; 2 juin 1995, Ville de Nice, n° 123647, T p. 685 et 1050, à propos du festival d'Antibes et Section, 6 avril 2007, n° 284736, Commune d'Aix-en-Provence et très récemment 18 mai 2011, Commune de Six-fours-les-plages, à publier au Recueil). Toutefois, pas plus que la restauration, qui n'est pas un service public au restaurant l'Orée du bois de Boulogne (12 mars 1999, Ville de Paris, T p. 778) alors qu'elle l'est dans un restaurant administratif ou une cantine scolaire (15 février 1993, Ministre de l'économie et des finances, p. 32 ; Assemblée, 5 juillet 1985, Ville d'Albi, p. 220), l'activité consistant à organiser des spectacles n'est en soi une activité de service public.

En raison des mêmes circonstances locales, il n'est pas ici justifié d'ériger les divertissements organisés au Parc des Princes en activité de service public. Il existe à Paris de très nombreux endroits de divertissement, suffisamment pour qu'une personne publique n'ait pas besoin d'assumer le type d'activités de loisirs organisés au parc des princes. La lecture du contrat ne montre d'ailleurs pas une volonté de la commune d'orienter l'action de son cocontractant en fonction de critères marquant l'existence d'une politique publique, d'un but d'intérêt général d'ordre artistique. Elle approuve certes le calendrier des manifestations et peut s'opposer à l'une d'entre elles mais elle ne contrôle ni la programmation, ni les tarifs, et si elle peut s'opposer pour tout motif, le contrat mentionne exclusivement les risques pour la pelouse ou les tribunes.

Au total, nous ne sommes donc pas convaincu de l'existence d'un service public délégué. Dans le rapport remis en novembre 2008 au Premier ministre, la « Commission Grands Stades Euro 2016 » chargée de réfléchir à la capacité de la France à disposer équipements nécessaires à la tenue de l'Euro 2016, présentait d'ailleurs la concession domaniale comme le mode de gestion de la quasi totalité des stades de football accueillant les clubs de Ligue 1. Seul le parc des princes était présenté comme géré par un contrat qualifié de DSP.

Le contrat de concession n'étant pas une concession de service public vous n'êtes donc pas compétents, en l'état du droit pour connaître de cet aspect du litige.

⁸ la présence d'un club de rugby professionnel sans autres contraintes que celles découlant de la mise à disposition des équipements sportifs ne caractérise pas à elle seule une mission de service public

⁹ « art. L1411-1 CGCT « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité. (...) »

Il y a toutefois lieu de se demander si cet état du droit ne pose pas sérieusement difficulté.

La 1^{ère} difficulté n'est pas nouvelle, mais elle s'est aggravée avec le CG3P. Il ne va pas de soi en effet que le mot « concessionnaires » vise, hier dans le code du domaine de l'Etat et le décret de 1938, aujourd'hui dans le CG3P, les concessionnaires de service public plutôt que les concessionnaires du domaine, sens qui vient plus immédiatement à l'esprit. Dans son commentaire de l'arrêt « Steeple-chases », le Pr Waline, assez critique, regrettait le « caractère amphibologique de cette détestable expression « concessionnaires » pour observer que l'arrêt ajoutait au texte du décret-loi de 1938. On ne trouve pas, dans les conclusions du Pdt Chardeau, d'autres raisons de cette restriction que la nécessité de ne pas soumettre au juge administratif un litige contractuel entre deux personnes privées portant, par exemple, sur les vestiaires ou les toilettes de l'hippodrome les jours de course. L'invocation du service public dont l'un des cocontractants serait investi n'a ainsi d'autre objectif que de restreindre la compétence du juge administratif. Le critère n'est pas illégitime en soi ; en juillet 1956 ce choix fait écho à un grand arrêt avant d'en annoncer un autre¹⁰ et aujourd'hui il a le mérite précieux de la stabilité. Mais, examinée du point de vue des seuls critères jurisprudentiels de qualification des contrats, la présence du service public est sans incidence, puisque le concessionnaire de service public n'agit pas pour le compte de la personne publique concédante dont il apparaîtrait comme le mandataire. Il ne joue donc pas le rôle de substitut au critère organique. Et la nouvelle codification des règles domaniales conduit à s'interroger sur cette stabilité et sur ces raisons. L'article L. 2331-1 du CG3P a repris les textes anciens en l'état, alors que le législateur avait habilité le gouvernement à codifier à droit non constant¹¹. On peut dès lors s'étonner qu'ait survécu à cette codification le mot concessionnaire avec le sens ancien, alors qu'en 2006 où il n'est plus question que de délégataires de service public, l'amphibologie regrettée par le Pr Waline ne peut plus jouer

La 2^{ème} difficulté vient de ce que cette stabilité s'est justement fissurée. Certes le TC et vous-mêmes avez encore récemment appliqué la jurisprudence « steeple-chases », du moins pour des litiges antérieurs à l'entrée en vigueur du CG3P (CE 24 janvier 1973, S..., n°87766 p. 65 ; TC, 15 mars 1999, S..., n°03080 p. 444 ; TC 21 mars 2005, Société Slibail énergie c/ville de Conflans-Sainte-Honorine, n°C3436 p. 653 ; TC, 12 décembre 2005, Association sportive de karting semurois, n°C3458 p. 668). Mais la Cour de cassation y est moins fidèle. Dans un arrêt du 6 mars 2001 (Bulletin 2001 I N° 61 p. 39), Sté White SAS, la 1^{ère} chambre civile s'en est explicitement écartée, jugeant que la simple occupation du domaine public suffisait à conférer au contrat un caractère administratif. Si elle ne paraît pas avoir renouvelé cette position (voir 28 janvier 2009, Société du Moulin-Bâteau n° 07-19750), contrairement à ce que certains auteurs ont pu croire¹², il y a là l'amorce sinon d'une contestation, à tout le moins d'une réflexion sur ce sujet.

A la vérité, et c'est la 3^{ème} difficulté, le tribunal des conflits lui-même pourrait bien avoir évolué. Dans un arrêt du 24 septembre 2001 Sté BE diffusion¹³, il a solennellement affirmé qu'il résultait des dispositions que nous avons citées que « relèvent de la compétence

¹⁰ Après CE Sect 20 avril 1956 B... et G... p 167 et 168 et avant CE Sect. 19 octobre 1956 Sté le Béton p 375

¹¹ Article 48 de la loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie

¹² Voir note note NF sous 1^{ère} civ 5 mars 2008 Sté navale du cap d'ail RDI 2008 n°4

¹³ 24 septembre 2001 SOCIETE B.E. DIFFUSION c / RATP n° 3221 p 747 Voir Ph. Yolka, « le juge administratif gardien du domaine public » CJEG 2002.217

des juridictions administratives les litiges relatifs à la passation, à l'exécution ou à la résiliation de contrats comportant occupation du domaine public ; que relèvent également des juridictions administratives, sous réserve de dispositions législatives spéciales, et sauf dans le cas de voie de fait ou dans celui où s'élève une contestation sérieuse en matière de propriété, les litiges nés de l'occupation sans titre du domaine public que celle-ci résulte de l'absence de tout titre d'occupation ou de l'expiration, pour quelque cause que ce soit, du titre précédemment détenu ; ». Quoique la première affirmation de principe paraisse clairement remettre en cause la ligne de partage adoptée depuis l'arrêt Steeple-chase, l'arrêt n'est pas fiché ce sens car il a surtout pour but d'affirmer la compétence exclusive du juge administratif pour les litiges nés de l'occupation sans titre du domaine public¹⁴. Mais il instille le doute et l'on peut se demander si l'arrêt BE diffusion ne rend pas le juge administratif compétent pour les litiges entre concessionnaires domaniaux et sous-concessionnaires lorsque le différend porte sur l'existence d'un titre.

Dans ces conditions, nous croyons nécessaire que sur le fondement de l'article 35 du décret du 26 octobre 1849, vous saisissiez le Tribunal des conflits de question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires avant de statuer sur le pourvoi en tant qu'il est dirigé contre la partie de l'arrêt ayant statué sur les conclusions de Mme G... relatives à l'exécution du sous-traité.

2. De ce que la concession n'est pas une délégation de service public, vous tirerez, quoi qu'il en soit de la répartition des compétences sur ce point, la conséquence que vous n'êtes pas compétent pour juger de la responsabilité quasi délictuelle de la SESE, sur le 2^{ème} terrain choisi, celui de la faute à avoir conclu la convention de 1997.

La SESE, personne morale de droit privé, agissant pour son propre compte, n'a pas, en concluant ce contrat, utilisé une prérogative de puissance publique à elle confiée pour l'exécution d'une mission de service public dont elle serait investie. Dans ces conditions nous ne voyons pas sur quoi pourrait se fonder votre compétence (Section 13 octobre 1978 ADASEA du Rhône, p. 368 et TC 6 novembre 1978, Bernardi, n°02087 p. 652; TC 25 janvier 1982, Mme C... c/Comité national pour la sécurité des usagers de l'électricité, n°020206 p. 449 ; Section, 23 mars 1983, S.A. Bureau Veritas et autres, n°33803 p. 134). Vous censurerez donc l'arrêt et le jugement.

Vous êtes bien compétent en revanche pour connaître de la même action en tant qu'elle est dirigée contre la Ville. La CAA a rejeté la demande en estimant que la signature de la convention, qu'elle soit ou non fautive au regard des différentes règles invoquées par Mme G..., était dépourvue de tout lien avec son préjudice qui trouvait sa cause dans l'exclusivité consentie dans un second temps à la Sté Sony signature par la FIFA.

La requérante reproche aux juges d'avoir ce faisant dénaturé les faits mais aussi commis une erreur de droit en considérant, en quelque sorte, que le contrat avec la Société Sony signature s'interposait entre la faute et le préjudice.

Pourtant, absolument rien dans la convention de 1997 ne porte le dommage dont se plaint la requérante. L'objet est la mise à la disposition du CFO des locaux. Que cette mise à disposition soit exclusive n'emporte pas nécessairement par elle-même la fin de l'activité de

¹⁴ suivant en cela la position affirmée par l'arrêt du 13 juillet 1961 Compagnie fermière du casino de Constantine

la Sté Coquelicot pendant la période de mise à disposition. On ne peut imputer à la Ville de Paris ni la méconnaissance des stipulations de la sous-concession, qui prévoyaient cette exclusivité et à laquelle elle n'est pas partie, ni la décision, à laquelle elle est totalement étrangère, de donner à « Sony signature » cette exclusivité.

Vous rejetterez donc les conclusions de la requête sur ce point.

3. Nous en venons au sort à réserver à l'arrêt en tant qu'il a rejeté les conclusions s'appuyant sur la méconnaissance du traité de concession.

Il était soutenu que le non-respect des stipulations de celui-ci était à l'origine du préjudice. Mme Gilles conteste, sur le terrain de l'erreur de droit, la réponse de principe qui lui a été faite et selon laquelle, tiers à cette convention, elle ne pouvait se prévaloir de sa violation.

Vous voilà donc à votre tour saisi, sur le pur plan des principes, de la question vertigineuse du droit des tiers à se prévaloir de l'inexécution d'un contrat. C'est la seconde raison de l'inscription de cette affaire au rôle de votre formation. A votre tour, car, comme vous le savez, dans un arrêt du 6 octobre 2006 (Cass. Ass. plén., 6 oct. 2006, consorts L... et autre c/société Myr'Ho SARL¹⁵ ; n° 05-13.255 ; Bull. civ. 2006, Ass. Plén., n° 9), l'assemblée plénière de la Cour de cassation a donné une réponse nouvelle à cette question ancienne, jugeant que « *Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* ».

Il serait présomptueux de notre part de vouloir exposer les termes d'un débat riche et complexe, dans lequel chaque notion – faute, inexécution contractuelle, causalité – mériterait un exposé précis. Disons de manière trop synthétique que cet arrêt est le fruit d'une évolution, qui n'est pas bornée au champ jurisprudentiel, dont les deux fils directeurs sont l'attention croissante portée au sort des victimes et la reconnaissance du fait contractuel dans la vie sociale.

Au soutien de cette attention, le juge a déployé des trésors d'inventivité, qui ne sont pas limités au domaine contractuel.

Dans ce domaine, les efforts ont d'abord consisté à dépasser une vision littérale de l'article 1165 C. civ et de l'effet relatif - laquelle ne distinguait pas opposabilité et caractère obligatoire – pour regarder le contrat comme un fait juridique et dans le même temps comme un instrument susceptible de remédier, le cas échéant, aux conséquences négatives de son existence extracontractuelle : la stipulation pour autrui implicite ou la théorie des chaînes ou groupes de contrats¹⁶ sont deux exemples d'extension de la responsabilité contractuelle. Parallèlement, de manière plus générale – et il nous semble que le développement de la réglementation de toutes les activités sociales et économiques a contribué à favoriser la mise

¹⁵ Voir entre autres D. 2006, p. 2825, note G. Viney ; JCP G 2006, II, 10181, avis Gariazzo et note M. Billiau ; RTD civ. 2007, p. 123, obs. P. Jourdain ;

¹⁶ qui tire de l'existence de liens matériels étroits entre différents contrats la conséquence d'une extension du domaine de la responsabilité contractuelle

en œuvre de cette idée - les tiers ont aussi été admis à demander réparation, sur un terrain quasi-délictuel¹⁷, du préjudice causé par un fait contractuel.

Cette seconde évolution portait en elle de redoutables questions théoriques. On comprend en effet qu'un même comportement puisse constituer tout à la fois une inexécution du contrat et une faute quasi-délictuelle par violation d'une obligation générale de prudence ou de sécurité extracontractuelles. Dans ces hypothèses, de superposition des fautes, il existe « *une faute délictuelle envisagée en elle-même indépendamment de tout point de vue contractuel* »¹⁸. Un immeuble est construit sans respect des règles de l'art, le tiers victime d'un défaut consécutif à ce manquement peut faire valoir une faute quasi-délictuelle, car le contrat s'est borné à rappeler l'exigence attendue du professionnel. Mais une conception plus radicale de la théorie du contrat comme fait juridique et social, peut ne pas se borner à ces hypothèses. Elle peut englober aussi des cas de confusion des fautes dans lesquels l'inexécution du contrat prise en elle-même est susceptible d'avoir des conséquences extracontractuelles préjudiciables, indépendamment de tout point de vue délictuel classique pourrait-on dire, ou à tout le moins peut être analysée comme telle.

Un immeuble est ruiné par un incendie. L'assureur du propriétaire tarde à indemniser son client et celui-ci ne procède à aucune réparation dans l'attente de l'indemnisation. Vient alors un second sinistre sur un immeuble attenant au 1^{er}, exclusivement dû à la ruine de celui-ci. La confusion des fautes permet d'indemniser la seconde victime, qui se prévalant de l'inexécution du contrat d'assurance, obtient sur un terrain quasi délictuel la condamnation de l'assureur de la 1^{ère} victime à réparer le préjudice qu'elle a subi (Civ. 2e, 10 mai 2007, n° 06-13269).

La Cour de Cassation a oscillé pendant plusieurs décennies entre la superposition des fautes, dont la chambre commerciale était le défenseur et la confusion des fautes, soutenue par les chambres civiles¹⁹ – surtout la 1^{ère}. Elle a finalement tranché dans le sens des chambres civiles fixant pour principe que l'inexécution d'une obligation contractuelle est en soi un comportement illicite intéressant les tiers et donc une faute quasi-délictuelle, quoique son rapport annuel comporte un commentaire semblant relativiser ce principe en fonction de la portée des obligations contractuelles²⁰.

L'arrêt a fait couler beaucoup d'encre, qui n'était pas toujours sympathique, une grande partie de la doctrine étant critique voire, très critique, comme elle l'avait été avec la jurisprudence des chambres civiles, avant 2006. Sa postérité est nombreuse, dans divers domaines du droit des contrats²¹.

L'arrêt invite à réfléchir aux solutions de la jurisprudence administrative.

¹⁷ Entre autres Cass. req., 17 décembre 1873 S. 1874.1.409, note Labbé ; 23 févr. 1897 : S. 1898, 1, p. 65 ; 9 mars 1936 Cass. req., 9 mars 1936 : DH 1936, p. 233 ; 8 mars 1937 (Cass. req., 8 mars 1937 : DH 1938, p. 76, note Savatier

¹⁸ Civ 1^{ère} 7 novembre 1962 Bull civ I 465 p 398

¹⁹ Entre autres 11 avril 1995 Bull civ I n°171 ; 18 juillet 2000 Bull Civ I n°221

²⁰ Rapport annuel p 399 et s.

²¹ Ce n'est toutefois pas la solution qui est prônée dans l'état actuel du projet de réforme du droit des obligations : Art 1342 du projet dit Catala « *Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci peut en demander réparation au débiteur sur le fondement des articles 1362 à 1366 (qui concernent la responsabilité contractuelle). Il est alors soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage. Il peut également obtenir réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, mais à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés aux articles 1352 à 1362* ».

Comme le rappelle le « Traité des contrats »²² sur le mode du commentaire de l'article 1165, la jurisprudence a eu maintes fois l'occasion d'affirmer le principe de la relativité des relations contractuelles, plusieurs arrêts montrant qu'un contrat ne peut ni profiter ni nuire aux tiers (voir en particulier Sect 22 mars 1957 R... p 204 ; 15 février 1961, G..., T p. 1092 ; 5 décembre 1962, Société « les gorges du Pont du Diable », p. 658 ; 18 mai 1962, B... ; 23 juin 1976 L... et commune de Vaux-sur-Mer, n°95896 p. 329 ; 5 février 1982, D...et autres, p. 53 ; 30 décembre 1998, Sté Laitière de Bellevue, T p. 822)²³.

Les contrats administratifs connaissent également les exceptions qui confirment le principe de relativité que sont l'action oblique²⁴ et la stipulation pour autrui²⁵

Pour autant, et cela ne saurait surprendre, l'idée que le contrat serait aussi un fait social intéressant les tiers est loin d'être étrangère au droit des contrats administratifs et à celui de la responsabilité de la puissance publique.

Les contrats administratifs étant conclus directement ou indirectement pour les besoins des services publics, il a même été soutenu qu'ils produisaient par nature des effets à l'égard des tiers²⁶. Sans aller aussi loin ni détailler tout ce qui, dans votre jurisprudence sur le contentieux contractuel, efface la muraille de l'effet relatif en rappelant que « *le contrat administratif n'est pas né contrat* »²⁷, relevons deux ou trois particularités importantes, sous l'angle du droit à réparation des victimes de dommages susceptibles d'avoir été causés par l'existence d'un contrat ou sa mauvaise exécution.

On cite généralement en premier lieu les clauses réglementaires des contrats : les usagers d'un service public ou les tiers à ce service, intéressés, sont recevables à demander réparation du préjudice résultant d'un mauvais fonctionnement du service lorsque celui-ci est exécuté par délégation en vertu d'un contrat dont les clauses ont été méconnues. Ces clauses sont la reproduction d'obligations plus générales (voir par exemple l'affaire A..., 11 décembre 2000, n°202971 p.) ou relatives à l'organisation et au fonctionnement du service et comme telles réglementaires (Ass. 1^{er} juillet 1996, Cayzeele, p. 274 ; 9 octobre 1996, Mme W... et M M..., p. 387). Leur méconnaissance peut être invoquée à l'appui d'un recours en responsabilité (Sect. 23 février 1968, P..., n°65084, p. 131)²⁸.

Les clauses réglementaires ne sont pas la transposition au droit administratif de la stipulation pour autrui, qui est irrévocable si le tiers a décidé d'en profiter. La conception inverse, vigoureusement contestée par Duguit²⁹ et qui était initialement la vôtre à propos des clauses des concessions relatives aux usagers, semble avoir été abandonnée. Il existe bien en

²² A. de Laubadère et P. Delvolvé *Traité des contrats administratifs*, Tome I n° 784 et s.

²³ Voir également 13 novembre 1964 Rey p 551 ; Section 29 juin 1973 Ministre de l'Équipement c/ Société parisienne pour l'industrie électrique p 456

²⁴ 21 juin 1957, Banque commerciale privée et entreprise Techno-Tramo p. 412, concl. Chardeau ou 20 octobre 2000 P... ; n°192851

²⁵ 22 juillet 1927, Syndicats des employés et contremaîtres des secteurs électrique de la Seine p. 826 ; 17 juin 1938, Compagnie des chemins de fer de la Campagne p. 541 ; 22 janvier 1986 Société "Bois sciés manufacturés" (B.S.M.) p 12 ; 1er mars 1991 Pabion p 69 ; 20 janvier 1992 Ville de Talant n° 46624 ; 19 juillet 2010 Commune de la Chapelle Saint-Luc 318126

²⁶ G. Péquignot cité par les auteurs du traité des contrats n° 786

²⁷ Y Gaudemet

²⁸ On observera d'ailleurs que le délégataire d'un service public assume plus une obligation de résultat que de moyen, ce qui explique la contrepartie que représente la théorie de l'imprévision

²⁹ « De la situation des particuliers à l'égard des services publics » RDP 1907 p 411

effet une différence entre le tarif d'un service public et, par exemple la stipulation par laquelle l'Etat commande à une société cinq cents locaux destinés à abriter des "clubs de jeunes" en vue de leur livraison à des communes (voir Société « Bois sciés manufacturés » précitée) ou encore une garantie (Ville de Talant précitée). Il y a donc un premier particularisme du droit administratif, même si nombre des clauses réglementaires contractuelles ne sont que le rappel d'obligations plus générales, extracontractuelles.

Moins souvent relevé est, en 2^{ème} lieu, l'organisation des systèmes de responsabilité sans faute ou pour faute présumée dans le droit de la responsabilité de la puissance publique.

Pour se limiter aux dommages de travaux publics causés aux non-participants, le débat contentieux sur la répartition de la charge de la dette entre les participants fait généralement apparaître une ou plusieurs fautes contractuelles. Mais la victime, elle, pour obtenir réparation, n'a pas à s'appuyer sur ces fautes ni donc à les établir, ni encore à démontrer leur caractère également quasi-délictuel puisqu'elle bénéficie d'un régime de responsabilité favorable, qui en est indépendant³⁰. Par suite, l'injustice ou l'inéquité qui, en droit privé, pourrait résulter de l'impossibilité d'invoquer l'inexécution d'un contrat auquel on n'est pas partie n'existe pas dans ces hypothèses.

Pour faire jouer des ressorts différents, l'hypothèse dans laquelle c'est le maître d'ouvrage qui est la victime du manquement à un contrat auquel il n'est pas partie n'est pas réglée de manière moins équitable. Vous jugez certes que le maître de l'ouvrage, qui ne peut engager la responsabilité du sous-traitant sur un terrain contractuel, ne dispose pas non plus contre lui d'une action quasi-délictuelle qui lui permettrait de faire apparaître que le contrat de sous-traitance a été mal exécuté à son détriment (30 juin 1999 Commune de Voreppe, n°163435 p 225). Mais ce dommage est indemnisable soit au titre de la responsabilité contractuelle du titulaire du marché, soit au titre de la garantie décennale.

Autrement dit la socialisation du contrat a été au moins partiellement intégrée d'une autre manière dans le droit de la responsabilité de la puissance publique.

Vous ne vous interdisez pas en 3^{ème} lieu de contourner l'effet relatif ou d'y déroger quand vous le jugez opportun. Comme le juge civil, vous admettez que la faute contractuelle puisse être par ailleurs une faute quasi-délictuelle, en dehors de l'hypothèse des clauses réglementaires. Ainsi par exemple de la faute commise par un employé communal à l'occasion de l'exécution d'un marché qui porte préjudice à une banque ayant accepté ce marché en nantissement (28 avril 1978, Sté Générale, p. 198). Mais vous allez plus loin. C'est ce que vous avez fait par exemple, par votre arrêt de Section D... du 25 avril 1969, n°72747 p. 230 (revenant sur 18 mai 1962, B...) en donnant un effet *erga omnes* aux stipulations du marché avec l'entrepreneur sur le point de départ du délai de la garantie décennale, jugeant ce point de départ applicable à l'architecte.. Et nous ne sommes pas sûr qu'il n'y ait pas d'autres exemples dans le droit des marchés de travaux d'opposabilité de stipulations d'un contrat à un participant à l'opération, pourtant tiers à ce contrat.

Peut-on tirer de ce panorama, l'idée que le droit administratif répond à l'heure actuelle pleinement à la préoccupation qui a conduit le juge judiciaire à adopter le principe formalisé par l'arrêt de 2006, c'est-à-dire le souci de ne pas laisser autant que faire se peut sans indemnisation des victimes d'un dommage auquel un fait contractuel ne semble pas étranger ?

³⁰ Pour un exemple d'exposition du mécanisme voir Sect 14 février 1958 T... p 104 et les conclusions de M. Long AJDA 1958 p 13

Nous nous garderons de l'affirmer.

Mais il reste à démontrer que cette position de principe, qui a vocation à s'appliquer de manière subsidiaire, présente plus d'avantages que d'inconvénients. Sans entrer dans le débat théorique sur la compatibilité de cette solution avec les principes du droit des contrats et ceux de la responsabilité, signalons deux inconvénients sérieux

a) Le 1^{er} réside dans ce qui apparaît comme une ambiguïté majeure de l'arrêt, celle de la nature ou de la force du lien de causalité entre la faute contractuelle et le dommage. En effet, le passage de la superposition des fautes contractuelle et quasi-délictuelle à l'assimilation de l'une à l'autre n'a de portée que si le juge adopte une vision très compréhensive du lien de causalité.

Reprenons l'exemple de la succession des deux sinistres jugé par la 2^{ème} chambre civile. Où serait, à vos yeux, le lien de causalité directe entre le comportement de l'assureur et le 2^{ème} sinistre ? L'inaction de la 1^{ère} victime dont rien ne dit qu'elle ne disposait pas, indépendamment de l'obligation de son assureur, des moyens de réparer l'immeuble ne s'est-elle pas interposée entre la faute contractuelle et le dommage ?

Il ne s'agit pas de reprocher au juge de jouer parfois sur la causalité pour justifier une réparation - il vous arrive de le faire dans le cadre d'une causalité adéquate qui est intrinsèquement élastique - mais d'y être obligé dans le cadre d'un système qui implique de négliger l'interposition de faits ou de comportements entre la faute contractuelle et le dommage.

b) Le second inconvénient est encore plus sérieux : le système avantage la victime tiers par rapport à la victime cocontractant.

L'exemple théorique, souvent cité par la doctrine civiliste, de la clause de non-concurrence présente dans le contrat de vente d'un fonds de commerce, le montre bien. Si en méconnaissance de cette clause, le vendeur s'installe dans la zone convenue, il portera préjudice à l'acheteur mais risque aussi de nuire aux autres commerçants de la zone. Le lien de causalité objectif entre cette installation et la perte de chiffre d'affaires est ici indéniable. Pour autant, doit-on admettre une action en responsabilité quasi-délictuelle de ces commerçants contre le vendeur alors que l'installation de toute autre personne non liée par une telle obligation aurait eu le même effet et que la clause a été stipulée dans l'intérêt exclusif de l'acheteur et n'est évidemment pas sans incidence sur le prix payé. Au motif que le comportement du vendeur est « illicite », sa faute, relative, doit-elle profiter à tout le monde ? On peut également citer le cas de l'engagement de soutien d'une filiale pris par une Sté mère envers une banque. Tous les créanciers de la filiale pourront-ils se prévaloir de la méconnaissance de la lettre d'intention adressée à la banque ?

Prenons enfin le cas des marchés de travaux et de leurs délais d'exécution, traité par votre décision du 15 février 1961 G... précitée, qui a exclu qu'un tiers puisse se prévaloir d'une méconnaissance d'un délai d'exécution. Si l'ouvrage est de ceux dont l'existence est susceptible de drainer une clientèle pour des commerces proches, admettra-t-on, revenant sur l'arrêt du 15 février 1961 G... que ces commerçants, qui ont engagé des frais en raison du retard d'exécution en soient indemnisés par les constructeurs ou la personne publique du fait de la méconnaissance des stipulations du marché ? Certainement pas. Il paraît préférable de

retenir une solution pragmatique de nature à prévenir ce qui heurterait la justice. Voyez par exemple votre décision du 17 mars 1989 Sodevam (p. 96) qui tout en jugeant que la ville de Paris, en renonçant partiellement à l'exécution d'une convention n'a commis aucune faute de nature à engager sa responsabilité à l'égard d'un tiers admet que celui-ci a subi un préjudice anormal et spécial réparable sur le terrain de l'égalité devant les charges publiques. La Sté ne pouvait invoquer avec succès ni la responsabilité sans faute de la ville pour inexécution de travaux publics, ni, en l'absence d'obligation pour celle-ci de réaliser les ouvrages prévus dans la convention, sa responsabilité pour faute en raison de ses retards ou de ses abstentions.

Reconnaître le droit pour le tiers à l'exécution correcte du contrat sans le soumettre à ce à quoi le cocontractant est soumis peut être synonyme d'injustices ou d'inégalités comme la dispense de respect des clauses de recours administratif préalable obligatoire ou de limitation de responsabilité.

Nous ne vous proposons donc pas de reprendre à votre compte la formule adoptée par la Cour de cassation mais d'en rester à ce qui gouverne aujourd'hui votre jurisprudence : les tiers à un contrat administratif ne sont pas recevables à se prévaloir de la méconnaissance par les parties des clauses de ce contrat à l'exception de celles qui n'ont pas été stipulées dans leur seul intérêt, qu'il s'agisse de stipulations pour autrui mais aussi de clauses réglementaires. Cette formulation fait d'ailleurs écho aux arrêts du 15 février 1961 G... et du 23 juin 1976 L... précités. Cela n'exclut évidemment pas les hypothèses de superposition des fautes – à supposer que l'on puisse les distinguer de celles où le contrat comporte sous forme de rappel d'obligations préexistantes des clauses réglementaires - mais dès lors qu'il existe donc bien une faute quasi-délictuelle prise en elle-même, la circonstance qu'il y ait aussi un manquement contractuel est indifférente. Cela exclut en revanche dans notre esprit les clauses qui quoique n'étant pas réglementaires pourraient être invoquées par les tiers sur un terrain quasi-délictuel du fait de la portée extracontractuelle que l'on pourrait éventuellement leur reconnaître. L'imagination contractuelle étant sans bornes, il n'est pas possible d'affirmer que l'on n'en trouverait pas. Mais les inclure dans les exceptions au principe par une formule générique constituerait l'amorce d'une adoption de la théorie de la confusion des fautes, avec les inconvénients qu'elle présente et un bénéfice incertain. S'il ne s'agit que de couvrir les situations du type de celles où vous n'avez pas hésité à contourner l'effet relatif ou à y déroger, une formule générale serait dangereuse.

L'article 13 du contrat stipulait que la Sté ne pouvait sans l'autorisation de la Ville, sous-traiter, céder ou transporter tout ou partie des droits qu'elle détient. Vous n'êtes pas saisis de la question de savoir si cette clause fait partie des exceptions au principe de non invocabilité mais d'un moyen plus théorique sur l'existence du principe lui-même. Dans une délégation de service public, une telle clause serait certainement réglementaire en tant qu'elle préviendrait tout changement non consenti dans l'organisation du service (voir 24 janvier 1990, M..., n°62781 aux Tables sur d'autres points). Il y aurait ici matière à doute dès lors que si la clause institue une règle intéressant les tiers, au sens neutre du terme, elle a été stipulée au seul bénéfice de la ville et de son domaine. Le parallèle que tente de faire Mme Gilles avec l'action quasi délictuelle dont dispose le sous-traitant non accepté par le maître de l'ouvrage à l'encontre de celui-ci³¹, pour séduisant qu'il soit, n'est pas pertinent. Car c'est la loi elle-même qui prévoit l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement pour qu'il puisse y avoir paiement direct, dont le sous-traitant peut être injustement

³¹ 13 juin 1986 Office public départemental d'habitations à loyer modéré du Pas-de- Calais c/ Société Franki Fondations France faisant application de 7 novembre 1980 Schmid-Valenciennes p 416

privé par un comportement volontaire du maître de l'ouvrage. Enfin et en tout état de cause le lien de causalité entre la méconnaissance de la clause et le préjudice serait par trop indirect.

Pour écarter le moyen d'erreur de droit, vous aurez dû admettre votre compétence, ce qui va de soi, s'agissant de l'action de Mme G... en tant qu'elle vise la ville de Paris mais requiert un effort en tant qu'elle est dirigée contre la SESE.

Nous l'avons dit, le juge administratif est en principe incompétent pour connaître de l'action en responsabilité contre une personne privée, alors même qu'elle serait liée à une personne publique par contrat dès lors qu'elle ne met en œuvre aucune prérogative de puissance publique (voir par exemple dans la lignée de ADASEA du Rhône l'arrêt du TC 6 novembre 1978, B..., n°02087 p. 652). Notre propos n'est pas de remettre en cause ce pilier du temple de la répartition des compétences mais de tenir compte de ce que les stipulations d'un contrat administratif sont le ressort exclusif d'une action qui est qualifiée de quasi délictuelle parce que la Cour de cassation l'a ainsi qualifiée et parce qu'une action contractuelle n'est ouverte qu'aux parties. En dispensant le tiers de démontrer que la faute contractuelle est aussi une faute quasi-délictuelle, le juge judiciaire efface partiellement les frontières entre les catégories, à tout le moins oblige à traiter différemment les questions de compétence. De ce point de vue, il serait, à nos yeux, inopportun que vous décliniez votre compétence à l'égard des conclusions dirigées contre le cocontractant privé. Cela aboutirait sans raison majeure à ce que deux régimes de responsabilité soient appliqués à un même litige lorsque comme en l'espèce sont invoquées des fautes de chacun des deux cocontractants, fautes au demeurant jumelles. En décider autrement équivaldrait ensuite à reconnaître la compétence du juge judiciaire pour connaître des conditions d'exécution d'un contrat administratif lorsque sa méconnaissance est invoquée par un tiers. Cela peut conduire certes au paradoxe de l'affirmation d'une compétence fondée sur le contrat administratif dont le juge dira que sa méconnaissance n'est pas en soi préjudiciable au tiers. Mais ce paradoxe ne serait pas le premier : vous vous reconnaissez compétents pour juger l'action quasi-délictuelle du maître de l'ouvrage contre le participant à une opération de travaux publics qui n'a pas la qualité de constructeur comme un sous-traitant tout en affirmant qu'une telle action est par principe vouée à l'échec (commune de Voreppe précitée).

Nous vous proposons donc d'écarter ce dernier moyen.

Si vous nous avez suivi, vous annulerez l'arrêt et le jugement en tant qu'ils statuent sur la responsabilité de la Société d'exploitation Sports et Evènements au titre de la conclusion de la convention de 1997 avec le CFO et rejetterez les conclusions à ce titre, saisissez le tribunal des conflits de la question de compétence pour connaître du litige entre le concessionnaire et le sous-concessionnaire d'une parcelle du domaine public, sursoirez en conséquence sur cette partie des conclusions du pourvoi et celles de Mme G... et de la SESE relatives à l'application de l'article L.761-1 CJA rejetterez le surplus des conclusions du pourvoi et les conclusions présentées par la Ville de Paris sur le fondement de l'article L.761-1 CJA .