

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

Notre patrimoine archéologique ayant, par la force des choses, une fâcheuse tendance à se retrouver enfoui sous nos pieds, l'Etat a mis en place une ambitieuse politique **d'archéologie préventive**, dont le cadre juridique se trouve aujourd'hui consacré par le titre II du livre V du code du patrimoine. Hélas, la conciliation entre exigences culturelles et intérêts économiques n'est pas chose aisée et, dans bon nombre d'opérations d'urbanisme ou d'aménagement, le coût des fouilles apparaît d'abord comme une charge induite pour les parties prenantes.

La présente affaire va vous en fournir l'illustration en vous conduisant à vous pencher sur la **dimension contractuelle de cette politique** sachant que, sauf erreur de notre part, c'est la première fois que vous vous prononcerez sur un litige né de **l'exécution d'une convention de fouilles d'archéologie préventive**.

1. Avant d'y venir, il nous faut vous rappeler que le législateur a confié à l'Etat le soin de veiller à la cohérence et au bon fonctionnement du service public de l'archéologie préventive dans sa dimension scientifique, ainsi que dans ses dimensions économique et financière. Ceci s'est traduit par l'octroi **d'un pouvoir de prescription et d'un pouvoir de contrôle** : il revient à l'Etat de décider de toute opération d'archéologie préventive, de désigner le responsable scientifique de l'opération, d'en contrôler le déroulement et d'en évaluer les résultats.

Pour l'appuyer dans l'exercice de cette mission, la loi¹ a institué en 2001 un

¹ Loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive

opérateur unique, l'Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP), établissement public administratif chargé de réaliser les diagnostics ainsi que, le cas échéant, les fouilles d'archéologie préventive.

Quant au financement de l'archéologie préventive, il repose d'abord sur l'instauration d'une redevance d'un montant de 0,4 % de la valeur de l'ensemble immobilier concerné, qui doit être acquittée par toutes personnes projetant d'exécuter des travaux affectant le sous-sol (art. L. 524-2 CP), que ces travaux fassent ou non l'objet de prescriptions archéologiques. Son produit est affecté au financement des services archéologiques de l'Etat et des collectivités et abonde en particulier le Fonds national pour l'archéologie préventive (FNAP). D'autre part, s'agissant des opérations de fouilles proprement dites, leur financement repose normalement sur l'aménageur lui-même, sous réserve d'exonérations prévues pour certains types de travaux (logements sociaux, travaux agricoles ou forestiers...) et des subventions dont il peut bénéficier de la part du FNAP lorsque les opérations sont susceptibles de remettre en cause l'équilibre général du projet d'aménagement.

Ce financement par l'aménageur s'est accompagné d'une ouverture à la concurrence des opérations, l'INRAP ayant perdu son monopole, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2003-707 du 1^{er} août 2003, au profit des services archéologiques des collectivités territoriales ou des opérateurs privés, qui doivent toutefois chacun être titulaires d'un agrément de l'Etat.

En résumé, la législation a instauré un **système tripartite** pour conduire les opération de fouilles avec, d'un côté, **l'Etat**, pris en la personne du préfet (agissant lui-même à travers les services du conservateur régional de l'archéologie), qui prescrit l'opération, en fixe les conditions et les objectifs, et en contrôle en permanence l'exécution ; d'un autre côté, **l'aménageur**, qui a la qualité de maître d'ouvrage des fouilles dont il assure le financement ; enfin, **l'opérateur de fouilles**, qu'il s'agisse d'un service archéologique public ou privé, qui conduit les travaux dans le respect des prescriptions préfectorales.

Or, **cette relation triangulaire se traduit juridiquement dans un acte bilatéral**, en l'occurrence le contrat de fouilles conclu entre l'aménageur et l'opérateur de fouilles.

Lorsqu'il est passé avec l'INRAP, un tel contrat revêt un caractère administratif, ainsi que l'a expressément jugé le Tribunal des conflits, qui a relevé, dans la lignée de la vénérable jurisprudence *Epoux B...* et *Consorts G...*, que ce contrat a pour objet l'exécution même de la mission de service public de l'archéologie préventive (TC 2 novembre 2020, *Société Eveha*, n° 4196, A)².

Il reste que, dans le cadre que nous venons de vous décrire, la convention passée entre les deux parties est marquée par un **double déséquilibre** : d'une part, le contrat a principalement pour objet de satisfaire les besoins d'un tiers – l'Etat – qui n'y est pas partie mais qui fixe l'essentiel des obligations à travers les prescriptions qu'il a édictées ; d'autre part, les parties au contrat ont elles-mêmes des intérêts assez radicalement divergents : pour le dire simplement, l'aménageur souhaite surtout que les fouilles se déroulent rapidement et au moindre coût, tandis que son cocontractant est principalement préoccupé de respecter les exigences posées par l'Etat.

2. Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que surgissent des litiges entre les cocontractants. C'est le cas dans notre affaire, où un aménageur privé, la société Quai Sud, s'est vu prescrire par le préfet de Haute-Normandie la réalisation de fouilles archéologiques préalablement à la construction d'un ensemble immobilier à Dieppe. La société a alors conclu avec l'INRAP, le 25 novembre 2015, une convention de fouilles, pour un prix forfaitaire de près de 300 000 euros.

Toutefois, peu avant le début du chantier, le préfet a réduit le périmètre des fouilles, en raison de la découverte d'une pollution des sols sur certaines parcelles. Les terrains pollués n'ont donc pas été fouillés, ce qui a conduit l'aménageur à refuser de payer le prix initialement stipulé pour tenir compte de la réduction du périmètre de la fouille.

L'INRAP a alors émis des titres exécutoires pour un montant total de 232 200,46 euros, dont la société Quai Sud a demandé la décharge devant le tribunal administratif de Rouen.

² « (...) le contrat par lequel la personne projetant d'exécuter les travaux qui ont donné lieu à la prescription, par l'Etat, de réaliser des fouilles d'archéologie préventive confiée à l'INRAP, établissement public, le soin de réaliser ces opérations de fouilles a pour objet l'exécution même de la mission de service public de l'archéologie préventive et que ces opérations de fouilles, dès lors qu'elles sont effectuées par cet établissement public dans le cadre de cette mission de service public, présentent le caractère de travaux publics ».

Par un jugement du 13 juin 2019, ce tribunal a rejeté sa demande au motif que le contrat n'ayant fait l'objet d'aucun avenant ni son exécution de réserves lors de la réception, il devait être exécuté.

Saisie en appel, la cour administrative d'appel de Douai a, par un arrêt du 4 février 2021, infirmé ce jugement en considérant pour sa part que la modification de la prescription préfectorale avait pour effet de modifier la convention, même en l'absence d'accord des parties. Elle en a tiré elle-même les conséquences sur le prix du contrat, en le réduisant à due proportion de la réduction du périmètre de la fouille, qu'elle a estimé représenter la moitié des travaux initialement prévus. Elle a donc déchargé la société Quai Sud de la moitié du montant des titres exécutoires émis à son encontre.

L'INRAP se pourvoit en cassation contre cet arrêt en tant qu'il lui fait grief.

3. Il nous paraîtrait excessivement rigoureux de retenir le premier moyen du pourvoi, tiré de ce que la cour a statué irrégulièrement en se fondant d'office sur le moyen selon lequel la convention de fouilles avait été implicitement mais nécessairement modifiée. Il y avait en effet un débat entre les parties quant à la portée exacte de la convention pour définir les droits et obligations des cocontractants et, dans ces conditions, les juges d'appel pouvaient se prononcer sur ce point alors même que le litige portait sur l'exécution du contrat.

4. En revanche, sous l'angle de l'erreur de droit – car la branche de dénaturation ne vaut rien –, nous estimons fondé le moyen tiré de ce que la convention litigieuse ne pouvait pas être implicitement mais nécessairement modifiée du fait de l'édiction des nouvelles prescriptions préfectorales.

Ce moyen pose la délicate question de la **portée d'une modification de ces prescriptions sur la convention** conclue pour les exécuter.

La réponse est loin d'être évidente, tant l'outil contractuel est garrotté par les décisions unilatérales du préfet.

Ainsi, aux termes de l'article L. 523-9 du code du patrimoine³ – dont l'arrêt attaqué a cité par erreur les dispositions les plus récentes, qui n'étaient pas encore applicables à la date de signature du contrat, mais sans que cela ne change rien au raisonnement suivi –, non seulement l'Etat dispose de pouvoirs étendus pour prescrire les conditions de réalisation des fouilles, mais, surtout, il ne peut les autoriser qu'après avoir vérifié la conformité de la convention avec ces prescriptions.

En d'autres termes, une convention qui ne serait pas conforme *ab initio* entraînerait un refus d'autorisation de fouilles de la part de l'Etat.

Quelles conséquences en tirer durant la vie du contrat de fouilles, dans le cas où les prescriptions viendraient à être modifiées en cours d'exécution – hypothèse qui est probablement assez fréquente puisque le même article L. 523-9 confie à l'Etat le soin de surveiller l'exécution des travaux de fouille et que ce pouvoir inclut explicitement la possibilité de modifier les prescriptions en cours d'exécution ?

L'hypothèse de prestations complémentaires est ainsi expressément prévue par l'article R. 523-47 du code du patrimoine qui énonce que : « *Lorsque le déroulement des opérations fait apparaître la nécessité d'une modification substantielle du projet scientifique d'intervention, un projet révisé est soumis au préfet de région, qui dispose d'un délai de quinze jours pour l'approuver ou en demander la modification. A défaut de notification d'une décision dans ce délai, le projet révisé est réputé refusé. / En cas de découvertes survenues pendant l'opération conduisant à remettre en cause les résultats du diagnostic et les données scientifiques du cahier des charges, le préfet de région peut formuler des prescriptions complémentaires. / Les modifications et prescriptions complémentaires mentionnées aux alinéas précédents ne peuvent conduire à modifier l'économie générale du contrat mentionné à l'article R. 523-44* ».

A notre sens, la logique du système voulu par le législateur est que

³ « Le contrat passé entre la personne projetant d'exécuter les travaux et la personne chargée de la réalisation des fouilles fixe, notamment, le prix et les délais de réalisation de ces fouilles ainsi que les indemnités dues en cas de dépassement de ces délais. / L'Etat autorise les fouilles après avoir contrôlé la conformité du contrat mentionné au premier alinéa avec les prescriptions de fouilles édictées en application de l'article L. 522-2 / L'opérateur exécute les fouilles conformément aux décisions prises et aux prescriptions imposées par l'Etat et sous la surveillance de ses représentants, en application des dispositions du présent livre (...) ».

l'opérateur de fouilles serait fondé à ne pas poursuivre l'exécution de la convention si elle entraînait en contradiction avec de nouvelles prescriptions de l'Etat. S'il le faisait, il exposerait en effet l'aménageur à un retrait de l'autorisation de fouilles.

A vrai dire, la convention de fouilles dépend si étroitement des prescriptions préfectorales que nous pensons également qu'un opérateur ne commettrait pas non plus nécessairement une faute contractuelle en effectuant des prestations non prévues initialement pour obéir à un ordre du représentant de l'Etat.

Toute la question est alors de savoir quelles incidences exactes les modifications des prescriptions doivent emporter sur le contrat passé entre l'aménageur et l'opérateur ?

Pour la cour, les deux mesures sont si liées que la modification des prescriptions implique nécessairement, et surtout directement, une modification du contrat.

Pour pragmatique qu'elle puisse apparaître, cette solution nous paraît cependant un peu trop aventureuse, tant au regard de la théorie des actes que des textes en vigueur ou de ses effets potentiels. Nous allons donc vous proposer de la censurer même si la solution alternative que nous vous inviterons à retenir conduira, dans une bonne partie des situations rencontrées, y compris dans la configuration présente, à des résultats assez semblables.

Trois séries de motifs nous convainquent de retenir l'erreur de droit invoquée par le pourvoi.

4.1. En premier lieu, et même si nous vous avons déjà montré que la convention de fouilles est intimement liée aux prescriptions préfectorales, il n'en demeure pas moins que la nature contractuelle de ce document prévu par le législateur n'est pas purement fictive. En effet, si l'objet de la convention est assez largement déterminé par les obligations imposées par l'Etat, les deux parties au contrat n'en restent pas moins maîtres d'au moins **deux données structurantes** de la convention, à savoir **la durée et le coût des travaux**.

Il y a là un espace de liberté contractuelle pour les parties qui, en fonction de leurs choix et contraintes respectifs, peut les amener à choisir telle ou telle modalité de réalisation des opérations, sans que cela n'affecte en soi le respect des prescriptions étatiques.

Dans cette logique, si les prescriptions viennent à être modifiées, il ne peut appartenir qu'aux seules parties d'en prendre acte, en modifiant le cas échéant la convention qui les lie. En revanche, et contrairement à ce qu'a jugé de manière un peu autoritaire la cour, les incidences d'une modification des prescriptions sont loin d'être automatiques. Ainsi, pour prendre l'hypothèse qui est celle de la présente espèce, à savoir une réduction du périmètre des fouilles, on peut imaginer que l'existence de coûts fixes, notamment la mobilisation initiale de certains moyens techniques ou humains, n'aboutira pas à une réduction mathématique du prix convenu entre les parties. De même, la durée des travaux n'est pas forcément proportionnée à leur seul périmètre géographique, dès lors qu'elle dépend aussi d'autres données, telles que la nature des sols, la topographie des lieux ou la richesse et la nature des vestiges recherchés dans telle ou telle zone.

Une modification unilatérale et implicite du contrat, qui plus est par un tiers à ce contrat, nous paraît donc une solution assez baroque.

4.2. Nous pensons en outre qu'elle n'est pas **celle que commandent les textes**, qui nous paraissent au contraire prévoir l'inverse, au moins implicitement.

Il aurait en effet été aisé au législateur, vu la nature particulière des mesures en cause, de permettre au préfet de modifier directement le contrat, en prévoyant que les nouvelles prescriptions qu'il édicte y sont directement intégrées. Mais force est de constater qu'il ne l'a pas fait, ce qui est d'ailleurs assez logique car c'est une chose que de modifier les prescriptions relatives aux fouilles et c'en est une autre d'en tirer les conséquences, notamment sur le prix.

Nous interprétons donc les dispositions en vigueur comme **imposant aux parties de modifier le contrat pour se conformer aux prescriptions de l'Etat mais pas comme permettant à l'Etat de se subroger aux parties**.

Du reste, vous aurez noté, à la lecture de l'article R. 523-47 du CP relatif aux modifications des prescriptions, que son dernier alinéa réserve expressément

l'hypothèse selon laquelle : « *Les modifications et prescriptions complémentaires mentionnées aux alinéas précédents ne peuvent conduire à modifier l'économie générale du contrat mentionné à l'article R. 523-44* ».

En d'autres termes, lorsque le changement opéré est substantiel, il est impossible de modifier le contrat initial. Il n'y a donc pas d'automaticité entre modification des prescriptions et modification de la convention. Comme il est par ailleurs impossible pour l'aménageur de ne pas respecter ses obligations en matière d'archéologie préventive, il s'en déduit nécessairement, selon nous, que la seule solution est, s'il souhaite continuer de mener à bien son projet, de conclure un nouveau contrat.

Ainsi, la logique des textes nous paraît la suivante : soit les modifications des prescriptions sont mineures et il faut que les parties les prennent en compte par voie d'avenant, soit elles bouleversent substantiellement les équilibres contractuels et les parties doivent alors conclure un nouveau contrat.

Dans l'un et l'autre cas, le contrat n'est pas modifié par l'intervention des nouvelles prescriptions mais il devient modifiable (ou résiliable), à l'instigation de la partie la plus diligente.

4.3. Cette solution nous paraît au demeurant **plus sage en pratique** – et c'est là notre dernier argument – que celle de la modification automatique retenue par la cour.

D'une part, parce que sous l'aspect séduisant de la formule automatique se cache une réalité plus complexe : l'intégration de nouvelles prescriptions, pour obligatoire qu'elle soit, n'a pas, comme nous l'avons vu, d'incidence automatique sur les autres stipulations du contrat, s'agissant notamment du prix ou des délais. Le préfet n'a d'ailleurs aucune compétence pour fixer un nouveau prix ou de nouveaux délais. De même, rien n'oblige l'aménageur à mettre en œuvre les nouvelles prescriptions si, pour une raison ou une autre, il estime que son projet ne mérite plus d'être poursuivi.

Il n'y a donc **aucune automaticité entre l'édiction de nouvelles prescriptions et la modification du contrat** et juger, comme l'a fait la cour, que le contrat doit être mécaniquement modifié du fait des nouvelles prescriptions est

donc non seulement erroné en droit mais aussi irréaliste puisque les prescriptions nouvelles ne disent rien, par elles-mêmes, du sort des stipulations relatives au prix et à la durée de travaux.

D'autre part et en tout état de cause, dans l'hypothèse d'une mauvaise volonté de la part de l'un des cocontractants ou d'échec de la renégociation, les parties ne sont pas dépourvues de moyens pour aboutir lorsque de nouvelles prescriptions sont édictées.

En effet, l'éventuel litige qui pourrait surgir entre elles en l'absence de révision du contrat pourra toujours se solder lors du règlement financier.

A cet égard, il faut distinguer deux hypothèses :

- soit les prescriptions préfectorales **ajoutent aux travaux à réaliser** : dans ce cas, au vu du caractère indispensable des nouveaux travaux pour la réalisation du projet, l'opérateur sera fondé à demander le paiement des prestations supplémentaires rendues nécessaires à l'exécution du contrat (Section, 17 octobre 1975, *Commune de Canari*, n° 93704, p. 516) ;

- soit, comme c'est le cas ici (et même si c'est sans doute le moins fréquent en pratique), la modification des prescriptions conduit à une **réduction des opérations de fouilles** : dans ce cas, l'aménageur sera fondé à demander la diminution du prix pour défaut d'exécution lorsque l'opérateur n'aura pas engagé les travaux non prescrits.

Précisons sur ce dernier point que, contrairement à ce qu'avait jugé le tribunal administratif, ni le caractère forfaitaire du prix stipulé ni l'absence de réserves lors de la réception des travaux ne nous paraissent constituer des obstacles dirimants. En effet, le caractère forfaitaire du prix ne peut se comprendre qu'au regard de l'objet initial du contrat et il ne trouve à jouer que dans ce cadre. Il n'implique évidemment pas que des prestations non exécutées soient payées et il suffit, pour s'en convaincre, de raisonner par l'absurde : on n'imagine évidemment pas que l'opérateur puisse se voir opposer le prix forfaitaire initialement conclu dans les hypothèses où des travaux supplémentaires seraient prescrits... Il en va de même pour ce qui concerne les réserves lors de la

réception des travaux qui, par définition, ne peuvent porter que sur des travaux qui ont été accomplis. Leur absence ne peut donc être opposée pour des travaux non-faits.

Nous vous invitons donc à juger que la cour a commis une erreur de droit en estimant que la convention de fouilles a été implicitement mais nécessairement modifiée par la modification des prescriptions préfectorales, alors que de tels changements ouvraient seulement la possibilité pour les parties de réviser les termes du contrat ou, à défaut, de s'en prévaloir lors du règlement financier du contrat.

Si vous nous suivez, il appartiendra donc à la juridiction de renvoi de se prononcer sur ces bases et au vu des arguments avancés par les parties quant aux coûts effectivement supportés par l'opérateur, même si nous n'excluons pas, en l'état du dossier, que son appréciation des conséquences financières de la réduction du périmètre des fouilles pourrait être assez sensiblement la même que celle à laquelle la cour était parvenue sur le terrain qu'elle avait choisi.

5. Et par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il a fait partiellement droit à la requête d'appel de la société Quai Sud ;
- au renvoi de l'affaire, dans cette mesure, devant la cour administrative d'appel de Douai ;
- à ce que la société Quai Sud verse une somme de 3 000 euros à l'INRAP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées au même titre par la société Quai Sud.