

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE RIOM
3^{ème} chambre civile et commerciale
29 mars 2017

RG N° : 16/02530

Statuant sur CONTREDIT à l'encontre d'une décision rendue le 18 octobre 2016 par le Tribunal de d'Instance de CLERMONT-FERRAND (RG n°11-16-400)

COMPOSITION DE LA COUR lors des débats et du délibéré :

M. François RIFFAUD, Président
M. Philippe JUILLARD, Conseiller
M. Francois Z PARIS CEDEX 13

ET :

92ème REGIMENT D'INFANTERIE
Quartier Desaix
Rue Auger
63000 CLERMONT-FERRAND
représenté par l'AGENT JUDICIAIRE DE L'ETAT
Représentant : la SCP VIGNANCOUR ASSOCIES, avocat au barreau de CLERMONT-FERRAND

CONTREDISANT

ET :

SAS OPENDISPLAY
immatriculée au RCS de LYON sous le n°529 369 761
319 Montée du Plantin
Château de Plantin
69380 CHASSELAY
Représentant : la SELARL POLE AVOCATS, avocat au barreau de CLERMONT-FERRAND

DEFENDEUR au contredit

DEBATS

A l'audience publique du 02 février 2017, Monsieur RIFFAUD a fait le rapport oral de l'affaire, avant les plaidoiries, conformément aux dispositions de l'article 785 du CPC. La Cour a mis l'affaire en délibéré au 29 mars 2017.

ARRET :

Prononcé publiquement le 29 mars 2017, par mise à disposition au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile ;

Signé par Mr François RIFFAUD, Président, et par Mme Christine VIAL, Greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Exposé des faits, de la procédure et des prétentions des parties :

Immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Lyon, la SAS OPENDISPLAY exerce une activité de régie publicitaire.

Par acte sous seing privé en date du 17 mars 2011, elle a conclu avec le 92ème Régiment d'infanterie, en garnison à Clermont-Ferrand, une convention d'édition et de régie publicitaire portant sur la commercialisation d'espaces publicitaires sous quelque forme que ce soit et permettant l'édition, l'impression et la facturation d'une plaquette de présentation.

Selon son article 3, il était prévu que la convention avait une durée de deux ans à compter de sa signature et, qu'à l'expiration de cette période, elle se renouvelerait par tacite reconduction pour des périodes de deux ans, à moins que l'une des parties n'aie notifié à l'autre partie sa volonté de ne pas la renouveler par lettre recommandée avec accusé de réception, moyennant un préavis contractuel de quatre mois.

Par lettre recommandée avec accusé de réception en date du 14 février 2013, le 92ème Régiment d'infanterie lui a notifié la résiliation de la convention en rappelant qu'elle avait été régularisée pour une durée de 24 mois, venant à terme le 17 mars 2013.

La société OPENDISPLAY lui a alors opposé que le délai de préavis contractuel n'avait pas été respecté.

Par une lettre du 23 février 2013, le 92ème Régiment d'infanterie entendait se prévaloir des dispositions de l'article L. 136-1 code de la consommation relatives à la reconduction des contrats. En réponse et par une correspondance du 11 mars 2013 la société OPENDISPLAY invoquait le caractère professionnel de leur convention.

Se heurtant au refus de paiement de la partie adverse, la société OPENDISPLAY saisissait la juridiction de proximité de Clermont-Ferrand par une déclaration du 10 juin 2014 sollicitant du 92ème Régiment d'infanterie le paiement d'une somme de 3 154,04 euros TTC.

En réponse, le ministère de la Défense soulevait l'incompétence de l'ordre judiciaire, subsidiairement, l'irrecevabilité de la demande de la société OPENDISPLAY dirigée contre le 92ème Régiment d'infanterie et non contre l'agent judiciaire de l'Etat et, plus subsidiairement, la nullité du marché ainsi que celle de la clause de tacite reconduction.

L'affaire faisait l'objet d'un retrait du rôle le 3 décembre 2014.

Par acte d'huissier de justice délivré le 26 avril 2016, la société OPENDISPLAY, invoquant la compétence judiciaire et entendant poursuivre la procédure, faisait assigner l'agent judiciaire de l'Etat devant le tribunal d'instance de Clermont-Ferrand pour obtenir, au visa des articles 1134 et 1147 du code civil la condamnation de l'Etat à lui payer la somme de 3 154,04 euros

TTC augmentée des intérêts au taux légal à compter du 10 avril 2014 outre une indemnité de 800 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

L'agent judiciaire de l'Etat se prévalant des dispositions de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 soulevait alors l'incompétence de l'ordre judiciaire et demandait au tribunal d'instance de :

- dire que le contrat conclu entre la société OPENDISPLAY et le 92ème Régiment d'infanterie est un contrat administratif qui relève du code des marchés publics ;
- dire que le tribunal d'instance est incompétent pour examiner la difficulté relative à l'exécution de la clause de tacite reconduction et que seul le tribunal administratif a compétence pour trancher le litige
- renvoyer la société OPENDISPLAY à mieux se pourvoir ;
- condamner cette société aux dépens et à lui payer la somme de 800 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Par jugement rendu le 18 octobre 2016 le tribunal d'instance, considérant que le contrat litigieux ne constituait pas un contrat administratif par détermination de la loi, qu'il ne contenait pas de clause exorbitante du droit commun et qu'il n'avait pas pour effet de faire participer la société OPENDISPLAY à l'exécution du service public, rejetait l'exception d'incompétence, déclarait la juridiction de proximité de Clermont-Ferrand compétente pour connaître du litige et renvoyait les parties devant cette juridiction et condamnait l'Etat, représenté par son agent judiciaire à payer à la société OPENDISPLAY une indemnité de 400 euros au titre de ses frais irrépétibles.

Suivant déclaration reçue au greffe du tribunal d'instance le 3 novembre 2016, le 92ème Régiment d'infanterie et l'Etat formaient contredit à l'encontre de cette décision et par ordonnance du 17 novembre 2016 l'affaire était fixée à l'audience de la cour du 14 décembre 2016. En raison d'une difficulté relative à la convocation de l'agent judiciaire de l'Etat, la réouverture des débats était ordonnée et l'affaire retenue à l'audience du 2 février 2017.

**

*

Au soutien de son contredit, l'agent judiciaire de l'Etat, au visa des articles 80 et suivants du code de procédure civile et de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, conclut à l'infirmité du jugement déféré et demande à la cour de :

- dire que le contrat d'édition et de régie publicitaire conclu entre la société OPENDISPLAY et le 92ème Régiment d'infanterie constitue un contrat administratif relevant du code des marchés publics
- dire que la juridiction de proximité est incompétente pour examiner la difficulté relative à l'exécution de la clause de tacite reconduction prévue dans le contrat et que seul le tribunal administratif a compétence pour trancher le litige l'opposant à la société OPENDISPLAY ;
- renvoyer cette société à mieux se pourvoir ;

- condamner la même société aux dépens et à lui payer la somme de 1 500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Il soutient que l'article 5 du contrat litigieux qui dispose que l'annonceur des publicités comme le contenu des messages doivent être approuvés par l'administration constitue une clause exorbitante du droit commun et que ce contrat, dont l'objet est la fourniture d'une prestation d'édition de régie publicitaire constitue un marché public dont le contentieux relève du tribunal administratif en application des dispositions de l'article R. 312-11 du code de justice administrative.

Il ajoute qu'un contrat passé en application du code des marchés publics est un contrat administratif en vertu de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001, que la qualification légale du contrat suffit à justifier la compétence administrative même si le contrat qui aurait dû être soumis aux règles du code des marchés publics ne l'a pas été.

La société OPENDISPLAY, au visa des articles 80 du code de procédure civile et 1134 et 1147 du code civil conclut à la confirmation du rejet de l'exception d'incompétence et à la condamnation de l'Etat à lui payer la somme de 3 154,04 euros TTC augmentée des intérêts au taux légal à compter du 10 avril 2014 outre une indemnité de 2 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile et à supporter les dépens.

Elle fait valoir que hormis la présence d'une personne publique les autres critères de détermination du contrat administratif à savoir la présence d'une clause exorbitante du droit commun ou encore l'objet du contrat confiant au cocontractant l'exécution même d'une mission de service public ne sont pas remplis.

MOTIFS DE LA DÉCISION :

Le contredit a été formé par l'agent judiciaire de l'Etat ainsi que par le 92ème Régiment d'infanterie. Ce dernier, dépendant du ministère de la Défense, constitue un service de l'Etat et a ainsi vocation à être représenté par son agent judiciaire. Il s'ensuit que le présent arrêt sera contradictoire.

L'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 modifié par la loi n° 2015-1268 du 14 octobre 2015 dispose que les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs et le même texte précise que le juge judiciaire demeure compétent pour connaître des litiges qui relevaient de sa compétence et qui ont été portés devant lui avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

Le Tribunal des conflits, appelé à se prononcer sur la portée de ces dispositions a, par une décision rendue le 18 novembre 2013 considéré qu'il en résulte que les marchés entrant dans le champ d'application du code des marchés publics, y compris dans ses rédactions antérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 11 décembre 2011, sont des contrats administratifs, le juge judiciaire ne demeurant [...] que le contrat d'assurance qui lui était soumis, conclu avant que le décret du 27 février 1998 modifiant le code des marchés publics en ce qui concerne les règles de mise en concurrence et de publicité et ne mentionnant pas ces contrats d'assurance comme étant au nombre de ceux auxquels s'applique le code des marchés publics, ne revêtait pas un caractère administratif en application de la loi du 11 décembre 2001. Relevant, par ailleurs, que le contrat litigieux n'avait pas pour objet de faire participer le cocontractant à l'exécution d'un service public et ne comportait pas de clause exorbitante du droit commun de sorte qu'il

n'était pas, à ce titre également, un contrat administratif, il a retenu la compétence du juge judiciaire.

La cour de cassation avait statué dans le même sens (Cass. Civ. 1e - 23 février 2011 - Bull. 2011, I, n° 40) et il importe de rechercher, pour déterminer si le contrat conclu entre le 92ème Régiment d'infanterie et la société OPENDISPLAY, constitue un contrat administratif par détermination de la loi, si à la date de sa conclusion, il était soumis aux dispositions du code des marchés publics.

S'agissant de l'application des dispositions du code des marchés public à un contrat, le Conseil d'Etat, saisi pour avis par la cour administrative d'appel de Lyon dans une affaire opposant la société BLANCHISSERIES DE PANTIN, au centre hospitalier universitaire de Clermont-Ferrand a rendu un avis le 29 juillet 2002 et a considéré que :

« - Aux termes du premier alinéa du I de l'article 1er du code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 7 mars 2001 : 'Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article

2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services (.)". Aux termes de l'article 2 de ce même code : I. - Les dispositions du présent code s'appliquent : / 1° Aux marchés conclus par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ; / 2° Aux marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques mentionnées au 1° du présent article, sous réserve des adaptations éventuellement nécessaires auxquelles il est procédé par décret.

II. - Sauf dispositions contraires, les règles applicables à l'État le sont également à ceux de ses établissements publics auxquels s'appliquent les dispositions du présent code ; les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également à leurs établissements publics".

Les marchés qui sont conclus sans formalités préalables après l'entrée en vigueur du décret du 7 mars 2001, alors qu'ils entrent dans le champ d'application du code des marchés publics tel qu'il est défini par ses articles 1er et 2 précités issus de ce décret, réserve étant faite des exceptions prévues aux articles 3 et 4, ne peuvent l'être que par l'application des dispositions du code qui l'autorisent. Ils sont donc passés en application du code des marchés publics, au même titre que les marchés pour la passation desquels le code impose le respect de règles de procédure. Ces marchés demeurent du reste soumis aux principes généraux posés aux deuxième et troisième alinéas du I de l'article 1er du code, selon lesquels "les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures" et "l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse". En revanche, l'article 2 précité de la loi du 11 décembre 2001 ne vise pas les marchés conclus à la seule initiative des cocontractants selon l'une des procédures prévues par le code des marchés publics, lorsque ces marchés n'entrent pas dans le champ d'application de ce code. »

Le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics est entrée en vigueur, conformément aux dispositions de son article premier, le 8 mars 2001 et se trouve susceptible de s'appliquer à la convention litigieuse, conclue le 17 mars 2011.

Il n'est pas prétendu par la société OPENDISPLAY que le contrat litigieux entrerait dans le champ des exceptions visées par l'article 3 du code des marchés dans sa rédaction alors en vigueur et qui recouvrent :

1° Les accords-cadres et marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui à condition que, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ou par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ;

2° Les accords-cadres et marchés de services conclus avec un pouvoir adjudicateur soumis au présent code ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée, lorsque ce pouvoir adjudicateur bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité instituant la Communauté européenne ;

3° Les accords-cadres et marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ; toutefois, les contrats de services financiers conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, entrent dans le champ d'application du présent code ;

4° Les accords-cadres et marchés qui ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion par des organismes de radiodiffusion et aux marchés concernant les temps de diffusion ;

5° Les accords-cadres et marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers et à des opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs, sous réserve des dispositions du 3°, et également les services fournis aux pouvoirs adjudicateurs par des banques centrales ;

6° Les accords-cadres et marchés de services de recherche et de développement autres que ceux pour lesquels le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété exclusive des résultats et finance entièrement la prestation ;

7° Les accords-cadres et marchés, autres que ceux qui sont passés en application du décret prévu au II de l'article 4 du présent code, qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige (un arrêté du Premier ministre fixant les conditions dans lesquelles est assuré, à l'occasion de la passation et de l'exécution des accords-cadres et des marchés mentionnés au présent alinéa, le respect de la protection du secret ainsi que des informations ou des intérêts concernant la défense nationale, la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat ;

8° Les accords-cadres et marchés passés en vertu de la procédure propre à une organisation internationale ;

9° Les accords-cadres et marchés passés selon des règles de passation particulières prévues par un accord international relatif au stationnement de troupes ;

10° Les accords-cadres et marchés passés selon des règles de passation particulières prévues par un accord international en vue de la réalisation ou de l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage ;

11° Les accords-cadres et marchés qui ont pour objet l'achat d'oeuvres et d'objets d'art existants, d'objets d'antiquité et de collection ;

12° Les accords-cadres et marchés de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation ;

13° Les accords-cadres et marchés de services concernant les contrats de travail ;

14° Les accords-cadres et marchés qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques

15° Les accords-cadres et marchés qui cessent d'être soumis aux dispositions du présent code en application de l'article 140 (relatif aux marchés et accords-cadres passés pour l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux dans un Etat membre de l'Union européenne).

Il n'apparaît pas davantage que la convention des parties serait visée par les règles spécifiques de l'article 4 du code des marchés publics relatives à certains marchés de la défense dans les cas où s'appliquent les dispositions des articles L. 1111-1, L. 1111-2, L. 2141-1, L. 2141-2 et L. 2141-3 du code de la défense (relatives à la mobilisation générale et à la mise en garde) et qui renvoient à un décret particulier.

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que le marché de gré à gré litigieux conclu sans formalités préalables après l'entrée en vigueur du décret du 7 mars 2001, a été passé en application du code des marchés publics, au même titre que les marchés pour la passation desquels le code impose le respect de règles de procédure et qu'ainsi, le contentieux qu'il suscite relève de la compétence du juge administratif.

L'agent judiciaire de l'Etat sera, en conséquence, déclaré bien fondé en son contredit et le jugement déféré infirmé et, en application des dispositions de l'article 96 du code de procédure civile, les parties seront renvoyées à mieux se pourvoir.

La société OPENDISPLAY qui a fait le choix de saisir une juridiction incompétente supportera la charge des dépens.

L'équité ne commande pas de faire application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile au bénéfice de l'agent judiciaire de l'Etat.

PAR CES MOTIFS :

La cour, après en avoir délibéré, statuant publiquement, sur contredit par arrêt réputé contradictoire et en dernier ressort ;

Vu les dispositions de l'article 96 du code de procédure civile,

Infirme le jugement rendu le 18 octobre 2016 par le tribunal d'instance de Clermont-Ferrand ;

Dit que la convention d'édition et de régie publicitaire conclue le 17 mars 2011 entre la société OPENDISPLAY avec le 92ème Régiment d'infanterie constitue un contrat administratif et que les juridictions de l'ordre judiciaire sont incompétentes pour connaître du contentieux relatif à la clause de tacite reconduction qui y est insérée ;

Renvoie, en conséquence, les parties à mieux se pourvoir ;

Dit qu'en application de l'article 87 du code de procédure civile le présent arrêt sera notifié aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ;

Condamne la société OPENDISPLAY aux dépens.

LE GREFFIER

LE PRESIDENT

C. VIAL F. RIFFAUD