

Fiche n° 5

TYPOLOGIE DES CONTRATS : LE MARCHE PUBLIC

BIBLIOGRAPHIE

Rapport public du conseil d'Etat 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes* ;
LICHÈRE (F.), « La définition contemporaine du marché public », *RDP* 1997, p. 1753.
LLORENS (F.), « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », *Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 301.
GÉZOU (M.), *Traité de contentieux de la commande publique*, Paris, Le Moniteur, 654 p.

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

- Référence 1 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 15 mai 2013, Ville de Paris ;
- Référence 2 :** CE, 15 mai 2013, Ville de Paris, n°364593 ;
- Référence 3 :** Conclusions du rapporteur public sur CE 24 mai 2017, Société Régale des Îles ;
- Référence 4 :** CE 24 mai 2017, 7ème et 2ème Ch. Réunion, Société Régale des îles, n°407213 ;
- Référence 5 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 7 juin 2018, Soc. Géo France Finance ;
- Référence 6 :** CE, 7 juin 2018, Soc. Géo France Finance, n°416664 ;

DÉCISIONS DU CORPUS

CC, Décision n°2002-460 DC du 22 août 2002 LOPSI et n°2002-461 du 29 août 2002, LOJ ;
CC, 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit
CC, 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat
CE, Intérieur, Avis, 14 octobre 1980 ;
CE, 6 mai 1985, Association Eurolat et Crédit Foncier de France ;
CE Ass., Avis, 30 mars 1989 ;
CE, 25 février 1994, SA Sofap-Marignan Immobilier ;
CE, 8 février 1999, Préfet de Bouches-Du-Rhône c/ Commune de la Ciotat ;
CE, 21 juin 2000, SARL Chez Joseph ;
CE, 29 octobre 2004, Sueur ;
CE, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence ;

EXERCICES SUGGÉRÉS :

Épreuve théorique : dissertation

- *Subvention et marché public*

Épreuve pratique : Commentaire

- CE 24 mai 2017, 7ème et 2ème Ch. Réunion, Société Régale des îles, n°407213 (document n°4)

Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 15 mai 2013, Ville de Paris n°364593,

Le pourvoi dont vous êtes saisis vous donnera une nouvelle occasion de préciser le tracé des frontières externes du droit de la commande publique, en l'espèce celle qui sépare les marchés publics d'un côté et les conventions d'occupation domaniale de l'autre.

Votre jurisprudence est déjà très nourrie en ce qui concerne la ligne de partage entre conventions d'occupation du domaine public et délégations de service public (cf. notamment CE, 12 mars 1999, Ville de Paris, T., à propos de l'exploitation d'un restaurant dans le bois de Boulogne et, plus récemment, CE, Section, 3 novembre 2010, Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin, p. 472 ; CE, Section, 11 juillet 2011, Mme Gilles, p. 330, à propos du Parc des Princes). En outre, s'agissant des contrats portant sur la mise en place de mobiliers urbains, vous avez déjà été conduits à fixer les limites entre marchés et concessions domaniales (cf. notamment votre décision d'assemblée du 4 novembre 2005, Société Jean-Claude Decaux, p. 476, sur laquelle nous reviendrons).

C'est précisément de mobiliers urbains qu'il s'agit ici. La réglementation relative à la publicité, aux enseignes et pré-enseignes trouve sa source contemporaine dans la loi du 29 décembre 1979, ultérieurement codifiée dans le code de l'environnement. Le décret du 21 novembre 1980 portant règlement national de la publicité en agglomération, pris pour son application (et lui aussi codifié), encadre en particulier les conditions d'utilisation du mobilier urbain comme support publicitaire. Ses articles 22 et 23 sont plus particulièrement consacrés aux colonnes porte-affiches et aux mâts porte-affiches.

L'article 22, aujourd'hui repris à l'article R. 581-45 du code de l'environnement, dispose que « les colonnes porte-affiches ne peuvent supporter que l'annonce de spectacles ou de manifestations culturelles ». Aux termes de l'article 23 (repris à l'article R. 581-46), « les mâts porte-affiches ne peuvent comporter plus de deux panneaux situés dos à dos et présentant une surface maximale unitaire de 2 mètres carrés utilisable exclusivement pour l'annonce de manifestations économiques, sociales, culturelles ou sportives. »

La Ville de Paris conclut traditionnellement des conventions d'occupation domaniale avec des personnes privées pour les autoriser à exploiter ces mobiliers urbains, en contrepartie d'une redevance assise sur les recettes publicitaires. C'est ainsi qu'une convention ayant cet objet avait été signée en 1985 avec la Société fermière des Colonnes Morris, aux droits de laquelle était venue la société JC Decaux. En 2004, la municipalité a lancé la procédure de passation d'une nouvelle convention, avec publicité et mise en concurrence. Trois entreprises se sont portées candidates : JC Decaux, Clear Channel et Giraudy Viacom Outdoor, aux droits de laquelle vient aujourd'hui CBS Outdoor.

Par une délibération en date des 11 et 12 juillet 2005, la Ville a retenu la proposition de la société JC Decaux et a autorisé le maire à signer la convention. Saisi par la société Giraudy Viacom Outdoor, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Paris a annulé la procédure, au motif que la convention devait être regardée comme un marché public. Il s'est fondé sur une clause réservant 50 mâts à la communication des musées municipaux et 50 mâts à celle de la collectivité. La Ville a alors renoncé à la clause litigieuse et, par une nouvelle délibération en date du 26 septembre 2005, a autorisé le maire à signer la convention ainsi modifiée. La société Giraudy a, de nouveau, formé un référé précon-

tractuel, mais sa demande a été rejetée, le juge ayant considéré qu'il était désormais en présence d'une véritable convention d'occupation du domaine public.

La société ne s'est pas avouée vaincue et a saisi le tribunal administratif de Paris d'une demande d'annulation de la délibération, ce qu'il lui était loisible de faire puisque votre jurisprudence Tropic Travaux n'avait pas encore fermé cette voie aux concurrents évincés, en leur offrant un recours direct contre le contrat. En 2009, le tribunal administratif a fait droit à cette demande, en estimant que la convention devait être regardée comme une délégation de service public. La cour administrative d'appel de Paris, réunie en formation plénière, a considéré pour sa part qu'il s'agissait d'un marché public, et a donc confirmé l'annulation de la délibération pour ce motif. Elle a fait droit, en outre, aux conclusions aux fins d'injonction présentées devant elle par la société CBS Outdoor : elle a enjoint à la Ville de Paris de procéder à la résiliation de la convention au plus tard à l'expiration d'un délai de huit mois à compter de la notification de l'arrêt.

La Ville de Paris s'est pourvue contre cet arrêt. La société JC Decaux, qui a formé un pourvoi de son côté, a présenté une intervention au soutien du pourvoi de la Ville. Celle-ci est recevable.

Par votre décision Société Jean-Claude Decaux de 2005, vous avez jugé que lorsqu'un contrat a pour objet, outre d'autoriser l'occupation du domaine public, de permettre, via l'implantation de mobiliers urbains, la réalisation et la fourniture de prestations de service à une commune en matière d'information municipale, de propreté et de protection des usagers des transports publics contre les intempéries, cet objet entre dans le champ d'application du code des marchés publics. De plus, lorsqu'en contrepartie des prestations ainsi assurées par le cocontractant, la commune l'a autorisé à exploiter, à titre exclusif, une partie du mobilier urbain à des fins publicitaires et l'a exonéré de redevance pour occupation du domaine public, l'autorisation et l'exonération ainsi accordées constituent des avantages consentis à titre onéreux par la collectivité, alors même que ces avantages ne se traduisent par aucune dépense effective pour celle-ci. Il s'agit donc d'un marché public, puisque, aux termes de l'article 1^{er} du code, « les marchés publics sont des contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. »

C'est cette grille d'analyse dont la cour a entendu faire application en l'espèce. Relevons tout d'abord qu'une partie du raisonnement n'est pas contestée par le pourvoi. La cour a commencé par examiner, avant même de rechercher si le contrat répondait aux besoins de la collectivité, la question de savoir si celle-ci avait consenti à la société JC Decaux un avantage à titre onéreux. Ce n'est pas l'ordre logique des questions, puisque la question du caractère onéreux ne se pose que dans un second temps, mais peu importe.

S'agissant des motifs qu'elle a pris en compte, citons l'extrait pertinent de l'arrêt :

« considérant que la convention signée le 18 octobre 2005 prévoit que la Ville de Paris autorise son cocontractant à exploiter commercialement, de manière exclusive, les éléments de mobilier urbain concernés ; que l'autorisation ainsi accordée peut être regardée comme constituant un avantage consenti à titre onéreux, alors même qu'il ne se traduit par aucune dépense effective par la collectivité et s'accompagne de l'engagement de la société à verser, en contrepartie, une redevance variant de 41 % à 55 % du chiffre d'affaires et comprenant une part fixe garantie. »

La cour a analysé votre décision de 2005. Elle a vu que vous aviez qualifié d'avantages consentis à titre onéreux d'une part, le droit d'exploiter des équipements installés sur le domaine public, d'autre part, l'exonération de redevances. Elle a constaté qu'en l'espèce il n'y avait pas eu d'exonération de redevances, mais a estimé que le premier élément suffisait.

Cette lecture peut s'autoriser non seulement de votre décision d'assemblée, mais aussi d'une ligne jurisprudentielle traditionnelle relative à la qualification de marchés publics de contrats dans lesquels la collectivité ne verse pas un prix, mais consent à un abandon de recettes. Tel est le cas, par exemple, pour des marchés de travaux, lorsque le cocontractant se rémunère en vendant les matériaux qu'il extrait du sol (CE, 22 février 1980, S.A. des sablières modernes d'Aressy, p. 110 ; CE, 18 mars 1988, Société civile des néopolders, p. 129, à propos d'une concession d'endiguage ; CE, 3 juin 2009, Commune de Saint-Germain-en-Laye, n° 311798, à propos d'une opération d'aménagement réalisée par une société se finançant par l'exploitation d'une carrière).

La même logique conduit à regarder comme des marchés publics les contrats par lesquels une collectivité charge une entreprise de réaliser des bulletins d'information et se rémunère sur la vente d'espaces publicitaires. Vous admettez donc que la contrepartie économique d'un marché soit un « prix » payé par l'usager (CE, 29 juin 2012, Société pro 2C, à publier au recueil ; CE, 26 septembre 2012, GIE « Groupement des poursuites extérieures », T.). A vrai dire, cette jurisprudence est parfaitement justifiée lorsque l'on est confronté à un véritable abandon de recettes : la collectivité renonce à percevoir la rémunération de prestations qu'elle aurait pu ou dû exécuter elle-même mais qu'elle confie à un tiers. Elle est moins immédiatement intuitive lorsque c'est l'activité commerciale développée par le cocontractant qui lui assure sa rémunération ; parler d'abandon de recettes lorsque celles-ci sont purement virtuelles est plus audacieux. D'ailleurs, en ce cas, il ne s'agit pas de recettes publiques au sens de la comptabilité publique (CE, Section, 6 novembre 2009, Société Prest'action, p. 445). Mais, à partir du moment où un contrat répond bien aux besoins de la collectivité, l'espérance d'un gain peut sans doute être regardée comme en constituant la contrepartie économique.

Quoi qu'il en soit, vous n'aurez pas à vous prononcer sur ce point, car, précisément, en l'espèce, nous estimons que le contrat conclu ne peut être regardé comme répondant aux besoins de la Ville de Paris. Pour juger que le contrat avait cet objet, la cour s'est fondée, notamment, sur l'exposé des motifs de la délibération et sur les stipulations des articles 4 et 10 du contrat. L'article 10 encadre l'activité du cocontractant de la façon suivante : sur un total de 550 colonnes et 700 mâts porte-affiches :

- 150 « colonnes historiques à la colle » devront être exclusivement affectées à l'affichage des théâtres à des conditions tarifaires préférentielles ;
- 100 colonnes lumineuses devront être destinées exclusivement à des affichages pour les théâtres et les cirques, là encore à des tarifs préférentiels ;
- enfin un tarif privilégié devra être accordé sur 65 mâts porte-affiches et 160 colonnes lumineuses pour des films « d'art et d'essai ».

La collectivité est allée au-delà des obligations réglementaires découlant du décret du 21 novembre 1980. Pour les colonnes porte-affiches, l'article 22 limite la publicité à l'annonce de spectacles ou de manifestations culturelles ; la convention affecte plus particulièrement 410 colonnes à l'affichage des théâtres, cirques et films d'art et d'essai. Pour les mâts porte-affiches, l'article 23 est plus large, puisqu'il vise les « manifestations économiques, sociales, culturelles ou sportives » ; or 65 mâts sont affectés à des

films d'art et d'essai. Par ailleurs, la Ville de Paris a demandé à son cocontractant, pour les mobiliers concernés, de consentir des tarifs préférentiels, sans toutefois apporter plus de précisions sur ce point.

La cour a donc eu raison de relever que la convention fixait des contraintes dépassant les exigences fixées par le décret. Mais elle a eu tort de juger que de telles contraintes excédaient celles qui pouvaient être imposées dans le cadre d'une convention d'occupation domaniale et d'en déduire que le contrat avait été conclu pour répondre aux besoins de la Ville, au sens de la réglementation des marchés publics.

Sur le premier point, votre jurisprudence est constante : l'autorisation d'occuper ledomaine public peut être assortie d'obligations imposées tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général (CE, 8 juillet 1996, M. Merie, p. 272 ; voyez également la décision Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin déjà évoquée). Vous avez ainsi admis que, dans le cadre d'une concession domaniale portant sur l'exploitation d'une boutique dans un aéroport, la personne publique puisse prévoir des prescriptions tenant à la qualité du service, à l'aménagement des horaires d'ouverture et à la promotion des produits locaux (CE, 19 janvier 2011, Chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre, T.).

La Ville de Paris a considéré qu'autoriser la publicité sur les colonnes et les mâts porte-affiches sans autre contrainte pour le cocontractant que celles résultant du décret du 21 novembre 1980 risquait de conduire à une surreprésentation des annonceurs disposant des moyens les plus importants, et donc des spectacles au caractère commercial le plus affirmé, au détriment des autres manifestations culturelles. Elle a voulu interférer avec le jeu normal d'un secteur concurrentiel, afin de contribuer au maintien d'une offre diversifiée. Il s'agit là d'un motif d'intérêt général qu'il lui était possible de prendre en compte.

Par ailleurs, si la Ville a eu en vue la satisfaction d'un objectif de promotion de certaines activités culturelles, il ne s'ensuit pas que la convention puisse être regardée comme ayant été conclue pour répondre à ses besoins. Il ne suffit pas que des prestations présentent un intérêt public local pour que l'acte par lequel la collectivité les autorise puisse être regardé comme un marché public.

La Cour de justice de l'Union européenne, à laquelle on ne saurait reprocher de défendre une conception étriquée du champ de la commande publique, juge ainsi que la prestation doit « comporter un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur ». Mais il n'en est pas ainsi lorsque la prestation « vise à satisfaire un objectif public d'intérêt général dont il incombe au pouvoir adjudicateur d'assurer le respect. » Ainsi, « le simple exercice de compétences de régulation en matière d'urbanisme, visant à la réalisation de l'intérêt général, n'a pas pour objet la satisfaction de l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur » (CJUE, 25 mars 2010, Helmut Müller, aff. C-451/08).

Ce raisonnement nous paraît transposable. Comme l'exprime l'exposé des motifs de la délibération contestée, et que cite l'arrêt, la Ville a eu « la volonté de pérenniser et de renforcer la promotion de l'ensemble de l'activité culturelle parisienne », et de « garantir une pluralité de représentation des différents acteurs culturels ». Il s'agit d'un motif d'intérêt général, mais pas de la satisfaction de l'intérêt économique direct de la collectivité, puisque la convention a été expurgée des clauses qui prévoyaient une publicité spécifique pour les musées municipaux.

Par ailleurs, si l'article 4 de la convention prévoit que la localisation des mobiliers est déterminée en concertation avec le cocon-

tractant, il n'en découle pas davantage que le contrat puisse être regardé comme répondant aux besoins de la Ville ; il va de soi qu'une collectivité peut légitimement revendiquer un droit de regard sur l'implantation d'ouvrages sur le domaine public. Le même raisonnement s'applique aux articles 22 et 23 sur le pouvoir de contrôle et de sanction reconnu à la Ville de Paris.

Vous exercez un contrôle de qualification juridique sur la qualification du contrat :

vous censurerez, en l'espèce, l'erreur de qualification juridique commise par la cour et vous annulerez l'arrêt attaqué.

Après cassation, vous ferez droit à la requête d'appel. Le tribunal administratif a qualifié le contrat de délégation de service public. Aucune de ses stipulations ne permettait pourtant de caractériser l'existence d'une telle délégation et on comprend mal, d'ailleurs, de quel service public il pourrait s'agir, sauf à concevoir un hypothétique service public de la promotion des activités culturelles parisiennes ou de l'information culturelle. Encore la présente convention ne porterait-elle pas sur ce service, mais sur certaines seulement de ses composantes. Au surplus, la Ville n'exerce sur son cocontractant aucun contrôle autre que celui du respect des stipulations du contrat.

Saisi par l'effet dévolutif, vous écarterez la qualification de marché public pour les raisons déjà évoquées. Vous écarterez également le moyen tiré de ce que la passation des conventions d'occupation du domaine public serait soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence, que vous avez écarté par votre décision de section Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin. A la suite de l'annulation de la première procédure par le juge du référé précontractuel, la Ville n'était donc pas tenue d'engager une nouvelle procédure ou de respecter les règles qu'elle s'était initialement assignées.

Enfin, la société soutenait devant le tribunal administratif que l'article 11 de la convention méconnaissait le principe selon lequel une redevance d'occupation domaniale doit être calculée en tenant compte des avantages de toute nature procurés à l'occupant. Elle en voulait pour preuve que le mécanisme prévoit une redevance égale à 45 % du chiffre d'affaires, avec un minimum garanti de 9 050 000 F ; mais, contrairement à ce qui était soutenu, le droit des redevances n'implique pas le versement simultané d'une part fixe et d'une part variable. Il n'était pas davantage démontré que ce minimum garanti aurait été insuffisamment élevé Ceci vous conduira donc à rejeter la demande de la société CBS Outdoor.

PCMNC à l'admission de l'intervention de la société JC Decaux, à l'annulation de l'arrêt attaqué et du jugement du tribunal administratif du 24 avril 2009, au rejet de la demande de la société CBS Outdoor, à ce que soit mis à la charge de celle-ci le versement à la Ville de Paris d'une somme de 6000 euros et à la société Decaux d'une somme de 1500 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet des conclusions présentées au même titre par la société CBS Outdoor.

Référence 2 : CE, 15 mai 2013, Ville de Paris, n°364593

Vu le pourvoi, enregistré le 17 décembre 2012 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présenté pour la Ville de Paris, représentée par son maire ; la Ville de Paris demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt n° 09PA03922 du 17 octobre 2012 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a rejeté son appel contre le jugement n° 0516044/6-1 du 24 avril 2009 par lequel le tribunal

administratif de Paris avait annulé la délibération du conseil de Paris du 26 septembre 2005 autorisant son maire à signer avec la société JC Decaux une convention ayant pour objet l'installation et l'exploitation de colonnes et de mâts porte-affiches et lui a enjoint de procéder à la résiliation de la convention signée le 18 octobre 2005 avec la société JC Decaux, au plus tard à l'expiration d'un délai de huit mois à compter de la notification de l'arrêt ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son appel ;

3°) de mettre à la charge de la société CBS Outdoor le versement de la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et le remboursement de la contribution juridique au titre de l'article R. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 25 avril 2013, présentée pour la société CBS Outdoor ;

Vu le code de l'environnement ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par une délibération du 26 septembre 2005, le conseil de Paris a autorisé le maire de Paris à signer avec la société JC Decaux une convention ayant pour objet l'installation et l'exploitation, sur le domaine public de la Ville, de 550 colonnes et 700 mâts porte-affiches ; que cette convention a été signée le 18 octobre 2005 ; que, saisi par la société CBS Outdoor, anciennement dénommée Giraudy Viacom Outdoor, le tribunal administratif de Paris a, par un jugement du 24 avril 2009, annulé la délibération du 26 septembre 2005 au motif que la conclusion de la convention litigieuse, qui devait être regardée non comme une convention d'occupation du domaine public mais comme une convention de délégation de service public, n'avait pas été précédée de la procédure de publicité et de mise en concurrence prévue par les dispositions L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ; que, par l'arrêt attaqué, la cour administrative d'appel de Paris, après avoir écarté la qualification de délégation de service public et retenu celle de marché public, a rejeté l'appel de la Ville de Paris tendant à l'annulation de ce jugement et lui a enjoint de procéder à la résiliation du contrat dans un délai de huit mois à compter de la notification de l'arrêt ;

Sur l'intervention de la société Jean-Claude Decaux :

2. Considérant que la société JC Decaux a intérêt à l'annulation de l'arrêt attaqué ; qu'ainsi son intervention est recevable ;

Sur le pourvoi :

3. Considérant qu'aux termes du premier alinéa du I de l'article 1^{er} du code des marchés publics, dans sa rédaction alors en vigueur : « 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. » ; qu'il résulte de l'article 2 du même code que les dispositions de celui-ci sont applicables aux marchés conclus par les collectivités territoriales ;

4. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis à la cour que la convention signée le 18 octobre 2005 entre la Ville de Paris et la société JC Decaux stipule à son article 4 : « (...) La Ville de Paris détermine en concertation avec le cocontractant les

emplacements des colonnes et des mâts porte-affiches afin d'assurer une répartition homogène des différentes installations de l'ensemble des mobiliers urbains. (...) Les emplacements ne peuvent être modifiés et retenus qu'après accord exprès de la Ville de Paris pour chacun d'eux. (...) » ; que selon l'article 10 de la même convention : « Le cocontractant affecte à l'affichage des théâtres et des cirques les supports suivants, aux conditions telles que précisées ci-après : / - 150 colonnes historiques à la colle, à plus ou moins 10 %, devront être destinées exclusivement à l'affichage des théâtres à des conditions tarifaires préférentielles. / - 100 colonnes lumineuses, historiques ou modernes, à plus ou moins 10 %, devront être destinées exclusivement à de l'affichage pour les théâtres et les cirques. Le cocontractant appliquera des tarifs préférentiels pour ces annonceurs. / Le total des colonnes destinées aux catégories particulières d'annonceurs ne peut excéder 250 unités. / Le cocontractant accorde un tarif privilégié sur 65 mâts porte-affiches et sur 160 colonnes lumineuses pour les films « d'art et essai » » ; qu'en outre, selon l'article 22 de la convention : « La Ville de Paris aura le droit de faire effectuer par ses agents toutes les vérifications, au besoin sur site, qu'elle jugera utiles pour s'assurer que les clauses du contrat seront régulièrement observées et que ses intérêts seront sauvegardés. (...) Le compte-rendu annuel (...) comportera un volet financier et un volet d'activité. (...) Le volet d'activité présente une analyse de la qualité de l'exploitation des édifices. Il comprend toutes les justifications relatives à l'affichage réservé, prévu à l'article 10 (notamment les conditions tarifaires mises en œuvre) et tous éléments relatifs au fonctionnement de la convention (...) » ; qu'enfin, l'article 23 de cette convention stipule : « [d]es sanctions (...) pourront être prononcées par la Ville de Paris en cas de : (...) irrespect des dispositions relatives à l'affichage réservé (...) » ;

5. Considérant que la convention litigieuse prévoit ainsi l'affectation d'une partie de ces mobiliers à l'affichage de programmes de théâtres, cirques et films d'art et d'essai à des tarifs préférentiels, dans le respect des prescriptions des articles 22 et 23 du décret du 21 novembre 1980 fixant la procédure d'institution des zones de réglementation spéciale prévues aux articles 6 et 9 de la loi du 29 décembre 1979 relative à la publicité, aux enseignes et préenseignes, aujourd'hui codifiées aux articles R. 581-45 et 46 du code de l'environnement, et disposant respectivement que les colonnes porte-affiches sont exclusivement destinées à recevoir l'annonce de spectacles ou de manifestations culturelles et que les mâts porte-affiches sont exclusivement utilisables pour l'annonce de manifestations économiques, sociales, culturelles ou sportives ; que si cette affectation culturelle des mobiliers, résultant des obligations légales précitées, répond à un intérêt général s'attachant pour la Ville, gestionnaire du domaine, à la promotion des activités culturelles sur son territoire, il est constant qu'elle ne concerne pas des activités menées par les services municipaux ni exercées pour leur compte ; qu'ainsi, la cour a commis une erreur de qualification juridique en déduisant des clauses mentionnées au point 4 que la convention devait être regardée comme un marché public conclu pour répondre aux besoins de la Ville, au sens de l'article 1^{er} du code des marchés publics ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, la Ville de Paris est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ;

6. Considérant qu'il y a lieu de régler l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

7. Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « 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 à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. / Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité déléguée à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat (...) » ;

8. Considérant que, si la délibération attaquée autorisant la signature de la convention litigieuse est motivée par l'intérêt général s'attachant pour la Ville, gestionnaire du domaine, à la promotion des activités culturelles sur son territoire, elle ne concerne pas, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les activités des services publics municipaux ni celles qui seraient exercées pour leur compte ; qu'il ressort également des pièces du dossier que la Ville n'a pas entendu créer un service public de l'information culturelle mais seulement utiliser son domaine conformément aux prescriptions légales régissant les colonnes et mâts porte-affiches pour permettre une promotion de la vie culturelle à Paris ; que les obligations mises à la charge de l'occupant du domaine public à cette fin sont soit conformes aux exigences posées par les dispositions aujourd'hui codifiées aux articles R. 581-45 et R. 581-46 du code de l'environnement, soit prises, s'agissant notamment de l'emplacement des mobiliers, dans l'intérêt de la gestion du domaine ; que, par suite, la Ville de Paris est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a annulé la délibération du 26 septembre 2005 au motif que la convention dont elle autorisait la signature présentait le caractère d'une délégation de service public soumise à une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence ;

9. Considérant, toutefois, qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par la société CBS Outdoor à l'encontre de la délibération du 26 septembre 2005 ;

10. Considérant, en premier lieu, qu'ainsi qu'il a été dit au point 5, la convention litigieuse n'a pas été conclue pour répondre aux besoins de la Ville et ne peut être, pour ce seul motif, qualifiée de marché public ; qu'au surplus, l'article 11 de cette convention prévoit que la société JC Decaux versera à la Ville de Paris une redevance d'occupation du domaine public proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé par la société au titre de l'exploitation publicitaire des colonnes et mâts porte-affiches implantés sur le domaine public de la Ville ; que cette redevance varie de 41 % à 55 % du chiffre d'affaires réalisé par la société JC Decaux et comprend une part fixe garantissant un montant de 9 050 000 euros par an ; qu'ainsi, la convention ne prévoit ni la renonciation de la personne publique à percevoir des redevances ni la perception de redevances inférieures à celles normalement attendues du concessionnaire autorisé à occuper le domaine public aux fins d'y installer des supports publicitaires ; que la seule circonstance que l'occupant exerce une activité économique sur le domaine ne peut caractériser l'existence d'un abandon de recettes de la part de la personne publique ; que, par suite, cette convention ne peut être regardée comme comportant un prix payé par la personne publique à son cocontractant ; que, pour ce motif également, la convention ne peut être qualifiée de marché public ; que les moyens tirés d'une méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence prévues par le code des marchés publics ne peuvent, par suite, qu'être écartés ;

11. Considérant, en deuxième lieu, d'une part, que la société CBS Outdoor ne peut utilement se prévaloir, à l'encontre de la délibération du 26 septembre 2005 autorisant le maire de Paris à

signer la convention d'occupation du domaine public litigieuse, de l'irrégularité de la procédure de publicité et de mise en concurrence que la ville s'était imposée dans un premier temps, en vue de la conclusion d'une convention comportant des clauses différentes, et qui a été annulée par une ordonnance du 25 juillet 2005 du juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Paris ; que, par suite, les moyens tirés de l'irrégularité de la procédure initiale ne peuvent qu'être écartés ;

12. Considérant, d'autre part, qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ; qu'il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel ; que si, dans le silence des textes, l'autorité gestionnaire du domaine peut mettre en œuvre une procédure de publicité ainsi que, le cas échéant, de mise en concurrence, afin de susciter des offres concurrentes, en l'absence de tout texte l'imposant et de toute décision de cette autorité de soumettre sa décision à une procédure préalable, l'absence d'une telle procédure n'entache pas d'irrégularité une autorisation ou une convention d'occupation d'une dépendance du domaine public ; qu'ainsi, la Ville de Paris n'était pas tenue de mettre en œuvre une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence avant de décider de conclure la convention d'occupation du domaine public litigieuse avec la société JC Decaux ;

13. Considérant, en dernier lieu, que si la société CBS Outdoor soutient que le montant de la redevance d'occupation du domaine public prévue par le contrat ne tient pas compte des avantages de toute nature retirés par la société JC Decaux de la gestion du domaine, il ne ressort pas des pièces du dossier que la fixation du montant de cette redevance serait entachée d'erreur manifeste d'appréciation ;

14. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la Ville de Paris est fondée à soutenir que c'est à tort que, par son jugement du 24 avril 2009, le tribunal administratif de Paris a annulé la délibération du 26 septembre 2005 par laquelle le conseil de Paris avait autorisé le maire de Paris à signer avec la société JC Decaux une convention ayant pour objet l'installation et l'exploitation, sur le domaine public de la Ville, de 550 colonnes et 700 mâts porte-affiches ;

15. Considérant que la Ville de Paris a droit au remboursement, par la société CBS Outdoor, de la contribution juridique qu'elle demande au titre de l'article R. 761-1 du code de justice administrative ;

16. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du même code font obstacle à ce que soit mise à la charge de la Ville de Paris, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que demande la société CBS Outdoor au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu en revanche de mettre à la charge de cette dernière une somme de 6 000 euros à verser à la Ville de Paris au titre de la procédure suivie devant le Conseil d'Etat, la cour administrative d'appel de Paris et le tribunal administratif de Paris ; qu'enfin, il y a lieu de mettre à la charge de la société CBS Outdoor une somme de 1 500 euros à verser à la société JC Decaux au titre de la procédure suivie devant la cour administrative d'appel de Paris, dès lors que la société JC Decaux doit être regardée en l'espèce comme une partie pour l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : L'intervention de la société JC Decaux est admise.

Article 2 : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 17 octobre 2012 et le jugement du tribunal administratif de Paris du 24 avril 2009 sont annulés.

Article 3 : La demande présentée par la société CBS Outdoor devant le tribunal administratif de Paris et ses conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La société CBS Outdoor versera une somme de 6 035 euros à la Ville de Paris en application des dispositions des articles L. 761-1 et R. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : La société CBS Outdoor versera une somme de 1 500 euros à la société JC Decaux en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE 24 mai 2017, Société Régal des Îles

La détermination par le juge du contrat de la façon d'assurer le meilleur équilibre entre l'effectivité des règles de la commande publique et la continuité du service public est la question la plus intéressante de la présente affaire. La plus intéressante, mais non la seule et vous devrez commencer par en examiner d'autres relatives tant à la recevabilité du référé contractuel qu'à la qualification du contrat.

La société Régal des Îles a successivement formé devant le juge des référés du TA de La Réunion des référés précontractuel et contractuel à l'encontre du contrat, dénommé convention provisoire, passé sans aucune mise en concurrence préalable par la commune de Saint-Benoît pour la gestion du service de restauration municipale. Ce contrat vise explicitement à assurer l'exécution du service pendant le délai nécessaire à la mise en œuvre d'une nouvelle procédure de passation, le précédent contrat, signé le 8 janvier 2014, ayant été annulé par un jugement du 31 mars 2016, sur recours de la société requérante, candidate évincée à son attribution. Le jugement a été frappé d'un appel actuellement en cours d'instruction devant la CAA de Bordeaux.

Le juge des référés a rejeté comme irrecevables tant le référé précontractuel que le référé contractuel formés par la société, le premier au motif non contesté qu'il avait été introduit postérieurement à la signature du contrat, le second au motif qu'en l'espèce il ne résultait pas de l'instruction que la commune n'ait pas respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou ne se soit pas conformée à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours.

Outre le fait que l'auteur de l'ordonnance attaquée n'a pas informé au préalable les parties qu'il entendait se fonder sur ce motif, qui n'était pas en débat, entachant d'irrégularité sa décision (sur l'application de l'article R. 611-7 du CJA au référé précontractuel, voyez : Sect, 2 oct 1996, SARL Entreprise générale d'électricité Noël Béranger, p. 379), ce motif est entaché d'erreur de droit, comme le soutient à juste titre la société requérante.

En effet, vous savez que si l'article L. 551-14 du CJA dispose que le référé contractuel "n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551 ou à l'article L. 551-5 [référé précontractuel] dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité

adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 [lorsque le tribunal est saisi d'un recours] et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours", ces cas d'ouverture du référé contractuel ne sont pas les seules. Il est également ouvert, pour les contrats soumis à une procédure formalisée prévoyant l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de notifier aux candidats évincés le rejet de leurs offres et le délai pendant lequel il s'abstiendra de conclure le marché, lorsque ces informations n'ont pas été données au candidat évincé (10 novembre 2010, Etablissement public national des produits de l'agriculture et de la mer (France Agrimer), n° 340944, aux T), qu'elles étaient erronées (24 juin 2011, OPIEVOY, n° 346665 : absence d'indication du délai de suspension de la signature du contrat ; 18 déc 2012, Métropole Nice-Côte d'Azur, n° 363342 : absence d'information des motifs du rejet de l'offre) ou que le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté ce délai de suspension. S'agissant des contrats dont le régime de passation ne prévoit pas une telle obligation, ce qui est le cas des marchés passés selon une procédure adaptée et des concessions, il est, en application de l'article L. 551-15 du CJA, ouvert lorsque la personne publique n'a pas « avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication » (19 janvier 2011, Grand port maritime du Havre n° 343435, au rec; 25 octobre 2013, Cne de La Seyne-sur-Mer, n° 370393, aux T, pour une application à une délégation de service public).

Quelle que soit la procédure applicable au contrat litigieux, qui dépend de sa qualification, le juge des référés ne pouvait donc se borner à juger de la recevabilité du référé contractuel à l'aune des conditions de recevabilité posées par l'article L. 551-14, c'est à dire se limiter à constater que la commune n'avait pas méconnu son obligation de ne pas signer le contrat après l'introduction d'un recours ou en violation d'une décision de justice, mais devait aussi vérifier, s'agissant d'un contrat passé sans formalité préalable, si la commune avait rendu publique son intention de conclure le contrat et respecté un délai de onze jours.

Nous vous invitons donc à annuler l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a rejeté le référé contractuel de la société requérante. Régissant l'affaire au titre de cette procédure engagée devant le TA de La Réunion, vous commencerez par constater qu'elle est recevable, la commune n'ayant pas fait usage de cette faculté que lui offre l'article L. 551-15. Or, quelle que soit la qualification du contrat et la régularité de la procédure suivie pour son attribution, il n'était pas soumis à une procédure formalisée : les concessions ne le sont pas et l'article 28 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics prévoit que les marchés ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, au nombre desquels figurent les services de cantine et de restauration scolaire, peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée.

Le principal moyen du recours de la société Régal des Iles est tiré de l'irrégularité de la conclusion de gré à gré du contrat. La commune soutenant que l'urgence justifiait en l'espèce une dérogation aux obligations de publicité et de mise en concurrence, vous devrez d'abord qualifier le contrat, les conditions d'une telle dérogation en cas d'urgence n'étant pas les mêmes pour les marchés publics, auxquels sont applicables les règles de l'article 30 du décret du 25 mars 2016, et pour les concessions, auxquelles s'appliquent les règles issues de votre décision du 4 avril 2016, Cté d'agglomération du centre de la Martinique (n° 396191, aux T). La commune s'est explicitement placée sur ce dernier terrain, mais nous avons les plus grands doutes sur la pertinence de cette qualification.

S'agissant d'un contrat qui remplit les conditions communes à ces deux catégories contractuelles tenant à la nature du commandi-

taire, au caractère onéreux du contrat et à son objet, le critère de distinction est celui de la rémunération du cocontractant, prix versé par la collectivité pour un marché public ou exercice du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, dans le cas des concessions, dont font partie les délégations de service public.

Les concessions de service sont définies à l'article 5 de l'Ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession comme des contrats par lesquels une autorité concédante confie la gestion d'un service à un opérateur économique "à qui est transféré un risque lié à l'exploitation ... du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter ... le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix". Cette formulation est sensiblement plus précise que celle du critère de la rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation qui résultait de votre jurisprudence Préfet des Bouches-du-Rhône du 15 avril 1996, reprise par la loi MURCEF du 11 décembre 2001. D'autant que l'article 5 de l'Ordonnance reprend les explications qu'en donne la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, dont elle assure la transposition : "La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service". Toutefois, la logique de ce critère reste inchangée, de sorte que les décisions que vous avez rendues sous l'empire des dispositions applicables aux délégations de service public avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016 demeurent pertinentes pour les qualifications des contrats auxquels elle est désormais applicable.

Le contrat litigieux se présente comme "une concession provisoire de service public pour la gestion du service de restauration municipale", lequel concerne 24 écoles, 4 crèches et une dizaine de centres aérés. Son article 2 stipule que "la gestion du service est assurée par le concessionnaire à ses risques et périls" et qu'il "perçoit un prix auprès des usagers".

Ces affirmations ne correspondent cependant pas exactement à la réalité des modalités de rémunération du cocontractant de la commune, qui sont fixées à l'article 37 du contrat. Il en ressort que sa rémunération se compose "d'une subvention forfaitaire d'exploitation annuelle, d'un complément de prix unitaire au repas servi, des recettes qu'il perçoit sur les usagers". La subvention forfaitaire d'exploitation annuelle, qui est donc garantie par la collectivité à son cocontractant, s'élève à 3 389 228 euros HT, à diminuer du montant des recettes issues des usagers. Elle couvre intégralement les charges fixes, constituées pour l'essentiel par la masse salariale. La convention de 2014 annulée par le TA, dont les termes étaient pratiquement identiques à la convention litigieuse, indiquait que cette subvention forfaitaire annuelle représentait au moins 60 % du montant total de la rémunération annuelle. Le jugement retient un chiffre de 64 %. Le complément de prix unitaire au repas servi, fixé par la convention en fonction des prestations et de la typologie des convives, est versé par la commune selon le nombre de repas effectivement servis. Il couvre les charges variables, d'un montant estimatif de 238 000 euros, et représente un peu plus de 20 % des recettes du titulaire.

Le risque d'exploitation se situe donc uniquement sur les recettes perçues sur les usagers, qui ne représentent qu'environ 15 % du montant total des recettes. Comme l'indique tant le contrat lui-même que la commune devant le tribunal, le risque économique porte sur la différence entre les repas commandés et ceux servis, les premiers ne donnant pas lieu au versement du complément de prix unitaire, sur les variations de la fréquentation ainsi que sur les impayés par les usagers. Mais ces risques sont faibles, d'autant

que la durée de la convention (14 mois) est courte: l'existence d'un dispositif de commande des repas, prévu par l'article 12.2, devrait limiter le nombre de repas commandés et non servis. Entre le mois d'août et le mois de décembre 2016, cet écart était de 6,75 %, soit environ 20 000 repas, ce qui, projeté sur l'année, est peu rapporté au nombre annuel estimatif de repas, de 880 265. Le nombre d'usagers de ces services de restauration est très peu sujet à variations, comme vous l'avez déjà relevé à propos de services similaires dans votre décision du 5 juin 2009, société Avenance Enseignement et Santé (n° 298641, aux T). Enfin, la commune ne vous fournit aucune évaluation du risque découlant des imputés.

Dans ces conditions, la part de risque transférée au cocontractant ne nous paraît pas l'exposer réellement aux aléas du marché. Vous êtes arrivés à la même conclusion dans l'affaire précitée société Avenance Enseignement et Santé qui présentait des caractéristiques très proches de la présente espèce. A titre de comparaison, vous avez qualifié de délégation de service public un contrat également relatif à la restauration scolaire mais dont il ressortait que les trois-quarts des recettes du titulaire dépendaient de la fréquentation puisqu'elles étaient constituées d'une redevance versée par les familles et d'une participation du département et de la caisse d'allocations familiales variant selon le nombre d'usagers (20 octobre 2006, cne d'Andeville, n° 289234, au rec). La part des recettes versées par les usagers est ici considérablement plus réduite.

Si vous nous suivez, vous qualifierez donc le contrat litigieux de marché public de service, rejoignant ainsi la qualification donnée par le tribunal administratif de La Réunion du précédent contrat dont il a prononcé l'annulation pour avoir été passé sans respecter la procédure applicable à cette catégorie de contrats.

Vous devrez donc vérifier si les conditions posées par l'article 30 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics pour pouvoir régulièrement passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable en cas d'urgence étaient remplies. Ces conditions sont les suivantes : « lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour l'acheteur et n'étant pas de son fait ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées. ... Le marché public est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence ».

Bien que ces dispositions évoquent l'impossibilité « de respecter les délais minimaux exigés pour les procédures formalisées », elles ne s'appliquent pas uniquement aux marchés publics soumis à de telles procédures et ce pour au moins deux raisons. La première est qu'elles ont pour objet de transposer la directive relative aux marchés publics qui prévoit cette exception lorsqu'une situation d'urgence impérieuse présentant les mêmes conditions « ne permet pas de respecter les délais des procédures ouvertes, restreintes ou concurrentielles avec négociation » (art 32.2 c). L'urgence impérieuse permet de déroger à toutes les procédures, formalisées ou adaptées, qui impliquent au minimum une publicité. La rédaction de l'ancien article 35 II 1° du code des marchés publics, qui transposait des dispositions identiques de la directive précédente et visait des « conditions de passation [qui] ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalable », était à cet égard plus claire. La seconde est que toute autre interprétation conduirait à exclure toute dérogation au titre de l'urgence pour les procédures adaptées, puisqu'il n'existe pas d'autre disposition prévoyant une telle exception qui leur serait spécialement applicable. Or il serait évidemment absurde que l'urgence justifie de déroger aux procédures les plus contraignantes mais non à celles qui laissent davantage de liberté aux acheteurs. Par ailleurs, dégager de manière prétorienne des condi-

tions plus souples de cette dérogation pour les procédures adaptées serait contraire à la directive.

Les conditions posées par les dispositions précitées de l'article 30 pour passer régulièrement de gré à gré un marché en principe soumis à publicité et mise en concurrence sont effectivement très strictes, particulièrement en ce qui concerne l'intensité et la cause de l'urgence. Celle-ci doit être impérieuse et résulter de circonstances imprévisibles et extérieures à l'acheteur. La Cour de justice a, à plusieurs reprises, jugé qu'une situation devenue urgente du fait du retard de l'acheteur à passer un marché faisait obstacle à ce qu'il s'en prévale pour échapper à ses obligations de publicité et de mise en concurrence (CJCE, 14 septembre 2004, Comm c/ Italie, aff. C-385/02 ; 15 octobre 2009, Comm c/ Allemagne, C-275/08).

En l'espèce, la convention litigieuse a été conclue le 28 novembre 2016 à titre provisoire pour faire face à la situation d'urgence résultant de l'annulation de la précédente convention, conclue en 2014. Toutefois, le jugement prononçant cette annulation, en date du 31 mars 2016, a différé son effet au 1er décembre suivant, afin précisément de laisser à la commune le temps de passer régulièrement une nouvelle convention, éventuellement provisoire. Mais la commune n'a pris durant cette période aucune initiative en vue du lancement d'une nouvelle procédure, attendant le dernier moment pour attribuer le marché de gré à gré. Nous pensons donc que la commune s'étant elle-même placée, par son inertie, en situation d'urgence, elle ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 30.

Cette condition destinée à éviter toute instrumentalisation de cette dérogation par l'acheteur en la rendant la plus objective possible et la rigueur de son application présentent l'inconvénient de ne pouvoir introduire dans l'appréciation de l'urgence toute autre considération, notamment la nécessité d'assurer la continuité du service public. Or cette exigence peut se rencontrer aussi bien en matière de marché public que de concession, la distinction ne reposant pas sur l'objet du contrat, qui peut dans les deux cas porter sur l'exécution d'un service public, mais sur le mode de rémunération du titulaire. L'inertie de l'acheteur public, le risque qu'elle ait été plus ou moins volontaire, justifient-ils une cessation de l'exécution d'un service public ? Ce dilemme ne se rencontre pas dans tous les cas. Le plus souvent, l'interdiction de passer un marché dans l'urgence risque de gêner l'acheteur public sans compromettre l'exécution du service. Mais en présence, comme en l'espèce, d'un véritable risque d'interruption du service public et lorsque celui-ci est essentiel, les conséquences de l'application stricte de l'article 30 peuvent apparaître excessives au regard des objectifs qu'il poursuit. La formulation de l'exception d'urgence que vous avez dégagée de manière prétorienne pour les concessions par votre décision du 4 juin 2016, Communauté d'agglomération du centre de la Martinique (n° 396191, aux T), qui indique que l'urgence doit être indépendante de la volonté de la personne publique, laisse davantage de marge d'appréciation au juge.

Nous ne pensons cependant pas que vous puissiez l'introduire dans l'application de l'article 30 du décret de 2016. Un tel assouplissement serait contraire tant aux lettres du décret et de la directive qu'à la jurisprudence de la Cour de justice. Mais si les nécessités de la continuité du service public ne peuvent être prises en compte pour apprécier la régularité de la conclusion du contrat, elles peuvent l'être pour déterminer les conséquences qu'il convient d'en tirer et leurs effets.

Les conséquences que le juge des référés contractuels doit tirer des irrégularités qu'il a relevées sont fixées par les articles L. 551-18 et 19 du CJA. La sanction de l'absence totale des mesures de publicité requises pour la passation du contrat, ce qui est le cas en

l'espèce, est, en application du 1er alinéa de l'article L. 551-18, la nullité du contrat. L'article L. 551-19 prévoit cependant que le juge peut sanctionner le manquement « soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ... si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général ».

Le juge administratif dispose également, en vertu du pouvoir général de fixer la date de prise d'effet des mesures qu'il prononce, de la possibilité de reporter dans le temps la nullité du contrat, et ce alors même qu'aucune raison impérieuse d'intérêt général ne justifie le prononcé de l'une des mesures alternatives à l'annulation du contrat prévues par l'article L. 551-19 du code de justice administrative (1er juin 2011, sté Koné, n° 346405, au rec).

Ces différentes mesures n'ont pas la même portée. Celles visées par les dispositions du CJA portent sur la sanction du manquement que le juge décide. Les pouvoirs généraux du juge portent sur les modalités temporelles d'application de la sanction qu'il a arrêtée. Ainsi, lorsque le juge décide de la nullité du contrat mais reporte la prise d'effet de cette décision à une date ultérieure à la lecture du jugement, les effets de cette nullité, notamment ses effets rétroactifs qui conduisent à regarder le contrat comme n'ayant jamais existé, demeurent intacts. Simplement, le contrat peut continuer à être exécuté jusqu'à la date fixée pour son annulation. A partir de cette date, il disparaîtra et les droits et obligations des parties devront être réglés sur le terrain quasi-contractuel ou quasi-délictuel. L'effet d'un tel différé est donc très différent d'une mesure de résiliation prise en application de l'article L. 551-19, qui n'affecte pas les droits et obligations nés du contrat avant sa résiliation.

Le choix entre l'une ou l'autre de ses mesures dépend de leurs justifications. Les mesures prévues par l'article L. 551-19 visent à éviter la disparition rétroactive du contrat lorsqu'elle aurait des effets excessifs sur un intérêt général qui tient donc à l'existence ou au maintien du contrat. Lorsque l'intérêt général ne fait pas obstacle à la disparition rétroactive du contrat mais seulement à ce qu'elle survienne trop brusquement, lorsqu'il implique seulement qu'une période transitoire soit laissée à la personne publique pour conclure un nouveau contrat afin d'éviter toute solution de continuité dans l'exécution du contrat, le différé d'exécution doit être privilégié, car il assure le meilleur équilibre entre la sanction du manquement, qui est en principe l'annulation, et la nécessité de la continuité du service public.

La prise en compte des nécessités de la continuité du service public au stade de la détermination par le juge des effets dans le temps des mesures qu'il prononce constitue également une meilleure solution que celle consistant à les prendre en compte pour apprécier la régularité de la procédure de passation du contrat au regard de la condition d'urgence. Non seulement parce qu'elle est la seule compatible avec les dispositions européennes et internes, mais aussi parce qu'elle résout la difficulté au stade auquel elle se présente, qui est celui de l'effet dans le temps de la mesure qui sanctionne le plus efficacement le manquement commis par le pouvoir adjudicateur. Le règlement de leurs droits sur des fondements non contractuels constitue par ailleurs pour les parties une réelle menace, de nature à les dissuader de conclure des contrats illégaux, tout en assurant la continuité du service public. Si cette solution s'impose avec plus de force en matière de marchés publics, compte tenu de la contrainte que représentent les conditions de l'article 30 du décret, elle devrait également s'imposer en matière de concessions lorsque le seul problème qui se pose au juge est d'assurer la continuité du service public en cas d'annulation du contrat, puisqu'elle y apporte la meilleure réponse.

Nous pensons que c'est celle que vous devrez adopter en l'espèce, aucun intérêt général ne s'opposant à ce que vous annuliez le contrat litigieux. La seule réserve porte sur l'effet immédiat qu'aurait normalement une telle annulation sur la continuité du service public de la restauration scolaire. Vous pourrez éviter un tel effet en reportant de six mois la date à laquelle cette annulation prendra effet, ce qui laisse à la collectivité un délai suffisant pour mettre en œuvre une procédure négociée avec mise en concurrence. Notons à cet égard que la durée de 14 mois fixée par la convention litigieuse nous paraît très largement excessive, ce qui constitue un autre manquement aux dispositions de l'article 30.

EPCMNC :

- Annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a rejeté le référé contractuel ;
- Annulation de la convention conclue le 28 novembre 2016 par la commune de Saint-Benoît avec la société Dupont distribution Réunion à l'expiration d'un délai de 6 mois à compter de la date de votre décision ;
- A ce que vous mettiez à la charge de la cne de St-Benoît le versement à la société Régal des Îles d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.

Référence 4 : CE 24 mai 2017, 7ème et 2ème Ch. Réunion, Société Régal des îles, n°407213

Vu la procédure suivante :

La société Régal des Îles a saisi le juge des référés du tribunal administratif de la Réunion d'une demande tendant, dans le dernier état de ses écritures, à titre principal, à l'annulation, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de la procédure de passation de la convention pour la gestion provisoire du service public de restauration municipale lancée par la commune de Saint-Benoît et à la reprise intégrale de la procédure et, à titre subsidiaire, à l'annulation, sur le fondement de l'article L. 551-13 du même code, de cette convention et à ce qu'il soit ordonné à la commune soit de reprendre le service en régie, soit de reprendre intégralement le processus d'attribution de la convention portant sur l'exploitation du service de restauration municipale dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

Par une ordonnance n° 1601218 du 9 janvier 2017, le juge des référés de ce tribunal a rejeté sa demande.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et deux autres mémoires, enregistrés les 26 janvier, 10 février, 17 février et 5 mai 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la société Régal des Îles demande au Conseil d'État :

- 1°) d'annuler cette ordonnance en tant qu'elle a rejeté ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative ;
- 2°) réglant l'affaire en référé, de faire droit à ces conclusions ;
- 3°) de mettre à la charge de la commune de Saint-Benoît la somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;
- le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 ;

- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Jean Sirinelli, maître des requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public.

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Garreau, Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, avocat de la société Régal des Iles et à la SCP Monod, Colin, Stoclet, avocat de la commune de Saint-Benoît ;

1. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que la commune de Saint-Benoît a signé avec la société Dupont Restauration Réunion une convention provisoire pour la gestion du service public de restauration municipale le lundi 28 novembre 2016 à 14h30 ; que la société Régal des Iles a saisi le même jour à 19h07 le juge des référés du tribunal administratif de la Réunion d'une demande d'annulation de la procédure de passation de ce contrat sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; qu'après avoir été informée de la signature de la convention, la société Régal des Iles a maintenu ses conclusions initiales et présenté des conclusions subsidiaires tendant à l'annulation du contrat sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants de ce code ; que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés a rejeté comme irrecevables l'ensemble des conclusions présentées par la société ; que la société Régal des Iles se pourvoit contre cette ordonnance en tant qu'elle a rejeté ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative ;

Sur la recevabilité du référé contractuel :

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-14 du code de justice administrative : « *Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'État dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours* » ; qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 551-15 du même code : « *Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité* » ;

3. Considérant que l'article L. 551-14 précité du code de justice administrative, qui prévoit que le référé contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du même code et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours, n'a pas pour effet de rendre irrecevable un référé contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement introduit un référé

précontractuel alors qu'il était dans l'ignorance de la signature du contrat du fait, s'agissant d'un contrat soumis à publicité préalable et à l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus, d'un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations ainsi qu'à celle consistant à observer avant de signer le contrat, un délai de onze jours après cette communication, ou, s'agissant d'un contrat relevant de l'article L. 551-15 du code, de l'absence de publication par le pouvoir adjudicateur de son intention de conclure le contrat ou de respect, avant de le signer, d'un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de l'avis et la date de conclusion du contrat ;

4. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en jugeant que les conclusions présentées par la société Régal des Iles sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative n'étaient pas recevables au seul motif que la société avait antérieurement introduit un référé précontractuel et que le pouvoir adjudicateur n'avait pas méconnu la suspension prévue à l'article L. 551-4 de ce code, sans rechercher si la société, dont le référé avait été introduit postérieurement à la signature du contrat, n'avait pas été privée de la possibilité d'introduire utilement son référé précontractuel du fait du comportement de la commune, le juge des référés du tribunal administratif de la Réunion a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi, son ordonnance doit être annulée en tant qu'elle a rejeté les conclusions de la société Régal des Iles présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative ;

5. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler, dans cette mesure, l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

6. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la signature de la convention pour la gestion provisoire du service public de restauration municipale conclue entre la commune de Saint-Benoît et la société Dupont Restauration Réunion, analysée par la commune comme une délégation de service public, n'a été précédée de la publication d'aucun avis de concession ni d'aucune forme de publicité ; que, dans ces conditions, la société Régal des Iles a été privée de la possibilité d'introduire utilement son référé précontractuel ; que, par suite, ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative sont recevables ;

Sur le bien fondé du référé contractuel :

7. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-18 du code de justice administrative : « *Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-19 de ce code : « *Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général* » ;

En ce qui concerne la qualification du contrat :

8. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « *Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins*

en matière de travaux, de fournitures ou de services » ; d'autre part, qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. / La part de risque transférée au délégataire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le délégataire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le délégataire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation du service » ;

9. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la convention litigieuse, dénommée « concession provisoire de service public pour la gestion du service de restauration municipale », a pour objet de déléguer par affermage provisoire le service public de restauration scolaire ; qu'aux termes de son article 2, « la gestion du service est assurée par le concessionnaire à ses risques et périls » et celui-ci « perçoit auprès des usagers un prix » ; que les stipulations de l'article 37 relatives à la rémunération du concessionnaire prévoient que le concessionnaire reçoit, en plus des recettes perçues sur les usagers, une subvention forfaitaire d'exploitation annuelle versée par la commune de Saint-Benoît, d'un montant de 3 389 228 euros hors taxe, ainsi qu'un complément de prix unitaire au repas servi, facturé selon le nombre de repas comptés lors de chaque service, également versé par la commune ; que, compte tenu de ces versements, qui couvrent 86 % de la rémunération du cocontractant, le risque économique du cocontractant ne porte, ainsi que le stipule la convention, que sur la différence entre les repas commandés et ceux effectivement servis, sur les variations de la fréquentation des cantines et sur les impayés ; qu'en égard à l'existence d'un dispositif de commande de repas, prévu par les stipulations de l'article 12.2 de la convention, la différence entre les repas commandés et les repas servis ne saurait varier de manière substantielle ; qu'en outre, compte tenu de l'objet du service, consistant en la fourniture de repas pour les cantines scolaires, pour les crèches et pour les centres aérés, et de la durée du contrat, limitée à quatorze mois, le nombre d'usagers n'est pas non plus susceptible de variations substantielles durant l'exécution de la convention ; qu'enfin, la commune de Saint-Benoît ne fournit aucun élément permettant d'évaluer le risque découlant des impayés ; que, dans ces conditions, la part de risque transférée au délégataire n'implique pas une réelle exposition aux aléas du marché et le cocontractant ne peut, par suite, être regardé comme supportant un risque lié à l'exploitation du service ; qu'il en résulte que la convention litigieuse ne revêt pas le caractère d'un contrat de concession, et donc d'une délégation de service public, mais celui d'un marché public ;

En ce qui concerne la régularité de la procédure :

10. Considérant qu'aux termes de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « Les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants : / 1° Lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour l'acheteur et n'étant pas de son fait ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées. (...) Le marché public est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence » ; que ces dispositions

définissent de manière exhaustive les conditions dans lesquelles une personne publique peut, en cas d'urgence, conclure un nouveau marché public, notamment à titre provisoire, sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites ;

11. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la convention en litige a été conclue du fait de la résiliation, à compter du 1er décembre 2016, du contrat relatif à la gestion du service de restauration municipale conclu le 8 janvier 2014 par la commune de Saint-Benoît avec la société Gestion des Cuisines Centrales Réunion, prononcée par le tribunal administratif de la Réunion dans un jugement du 31 mars 2016 qui a fait l'objet d'une ordonnance rectificative le 13 juin 2016, en raison de la méconnaissance, par la commune, de ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que la commune de Saint-Benoît, qui a fait appel de ce jugement, n'a pris aucune initiative en vue de lancer une nouvelle procédure de délégation du service public et a conclu le 18 novembre, sans mesure de publicité et de mise en concurrence, une convention de gestion provisoire avec la société Dupont Restauration Réunion, approuvée par une délibération du 25 novembre 2016 ; que, dans ces conditions, la commune n'est pas fondée à soutenir qu'elle était placée dans une situation d'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles et extérieures à l'acheteur, au sens de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 précité ; qu'en outre, par sa durée de quatorze mois, la convention excède ce qui est strictement nécessaire pour faire face à la situation d'urgence alléguée ;

12. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Régal des Îles est fondée à soutenir que la commune de Saint-Benoît a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence en signant la convention en litige en l'absence de toute formalité de publicité et de mise en concurrence et à en demander l'annulation sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ; qu'aucune raison impérieuse d'intérêt général ne justifie le prononcé de l'une des mesures alternatives à l'annulation prévues par l'article L. 551-19 de ce code ; que, toutefois, compte tenu de la nécessité de préserver la continuité du service de la restauration municipale, il y a lieu de ne prononcer l'annulation de la convention qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la date de la présente décision ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

13. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise, à ce titre, à la charge de la société Régal des Îles, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de Saint-Benoît la somme de 4 500 euros à verser à la société Régal des Îles au titre des mêmes dispositions ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : L'ordonnance du 9 janvier 2017 du juge des référés du tribunal administratif de la Réunion est annulée en tant qu'elle a rejeté les conclusions de la société Régal des Îles présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative.

Article 2 : La convention conclue le 28 novembre 2016 pour la gestion provisoire du service public de restauration municipale par la commune de Saint-Benoît avec la société Dupont Distribution Réunion est annulée. Cette annulation prendra effet à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la date de la présente décision.

Article 3 : La commune de Saint-Benoît versera à la société Régale des Iles une somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Référence 5 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 7 juin 2018, Soc. Géo France Finance

1. Cette affaire vous permettra de déterminer la nature juridique des contrats par lesquels certaines collectivités publiques valorisent les travaux d'économies d'énergie qu'elles réalisent en cédent leurs droits à certificats d'économies d'énergie (CEE).

Le mécanisme de ces certificats a été mis en place par la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, codifiée sur ce point aux articles L. 221-1 et suivants du code de l'énergie.

On peut le décrire de la façon suivante.

Les opérateurs économiques qui vendent de l'énergie (carburants automobiles, électricité, gaz, fioul domestique, chaleur, froid) aux consommateurs finals et dont les recettes sont supérieures à un seuil défini par décret en Conseil d'Etat sont soumis à une obligation d'économies d'énergie. Les pouvoirs publics définissent donc un objectif pluriannuel d'économies qui est réparti entre ces opérateurs en fonction de leurs ventes.

Ces « obligés » doivent justifier en fin de période de l'accomplissement de leurs obligations par la détention d'un montant de CEE. Les certificats sont obtenus, soit en réalisant, directement ou indirectement, des économies d'énergie au bénéfice des utilisateurs – auquel cas ils sont délivrés par le ministère chargé de l'énergie –, soit par rachat auprès d'autres détenteurs. L'article L. 221-8 précise en effet que « Les certificats d'économies d'énergie sont des biens meubles négociables, dont l'unité de compte est le kilowattheure d'énergie finale économisé. Ils peuvent être détenus, acquis ou cédés par toute (...) personne morale ».

Les détenteurs qui cèdent les certificats peuvent être eux-mêmes des « obligés » ou des « non obligés » au nombre desquels figurent, selon l'article L. 221-8, les collectivités territoriales et leurs groupements, les sociétés d'économie mixte ou les sociétés publiques locales dont l'objet social inclut l'efficacité énergétique, l'Agence nationale de l'habitat, les sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction ou gestion de logements sociaux. Les « non obligés » obtiennent leurs certificats lorsque « leur action, additionnelle par rapport à leur activité habituelle, permet la réalisation d'économies d'énergie sur le territoire national d'un volume supérieur à un seuil fixé par arrêté ». Tel est le cas de l'espèce.

En effet, le syndicat intercommunal pour le recyclage et l'énergie par les déchets et ordures ménagères (SIREDOM), qui regroupe 140 communes situées en Essonne et en Seine-et-Marne, a décidé de moderniser son unité d'incinération de Vert-le-Grand, située en Essonne.

Il s'agit d'y installer un récupérateur de chaleur destiné à alimenter le réseau urbain de la communauté d'agglomération Grand Paris Sud, avec laquelle il avait conclu une convention de fourniture d'énergie renouvelable. Le SIREDOM a passé à cette fin, le 13 septembre 2017, un marché de conception-réalisation avec la société Eiffage.

Toutefois, le SIREDOM, gestionnaire avisé, a entrepris de valoriser par la même occasion les droits à certificats d'économies d'énergie que la réalisation de cette opération allait générer. Les

recettes tirées de la cession seraient ainsi affectées au financement des travaux.

Elle a donc conclu le 6 juillet 2017 avec la société Capital Energy, spécialisée dans ce genre d'opérations, une convention dénommée « accord d'incitation financière CEE », dont les modalités juridiques et financières ont été reprises par un nouveau contrat signé le 4 août 2017 entre les parties. En substance, ces contrats mettent à la charge du cocontractant le paiement au SIREDOM d'un prix ferme, versé par tiers à des dates également déterminées. Le prestataire se rémunère en pratique sur la différence entre la somme payée au SIREDOM et celle qu'il pourra obtenir de la cession des certificats. Les contrats prévoient toutefois que le syndicat bénéficiera d'un complément de prix, dont ils stipulent les modalités de calcul, au cas où le cours des certificats dépasserait un certain seuil à la date du paiement du solde.

Afin de choisir le meilleur partenaire, le SIREDOM avait préalablement lancé une consultation publique dans un journal d'annonces légales et sollicité de façon directe quatre sociétés. Geo France Finance, informée le 25 août 2017 du rejet de son offre, a saisi le juge du référé contractuel du tribunal administratif de Versailles et lui a demandé d'annuler ce contrat.

Cette demande a été rejetée par une ordonnance du 4 décembre 2017. Le juge du référé contractuel a considéré que cet « accord d'incitation financière », compte tenu de son objet, ne rentrait pas dans les prévisions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, qui borne sa compétence aux « contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation (...) ». Il a estimé, en effet, que ce contrat avait pour seul objet la cession, par le syndicat, de ses droits à délivrance de certificats, en échange d'un prix payé par Capital Energy et qu'il ne comportait ni exécution de travaux, ni livraison de fournitures, ni prestation de services de la part du cocontractant. Il n'avait donc pas pour objet de satisfaire un besoin, au moyen d'une prestation, en échange d'un prix.

2. Geo France Finance se pourvoit en cassation et soutient que le juge du référé contractuel aurait commis une erreur de droit en jugeant que le contrat ne relevait pas de sa compétence.

Toute la thèse du pourvoi consiste à soutenir que le contrat n'a pas simplement pour objet la cession, par le syndicat, de ses droits à délivrance de certificats : il constituerait, en réalité, un marché de services financiers, destiné à procurer à la collectivité le financement de ses travaux. Or, si l'article 14 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 a exclu de son champ deux catégories de marchés de services financiers – notamment les contrats d'emprunt – elle n'a pas exclu tous les engagements financiers, qu'ils soient destinés à couvrir un besoin de financement ou encore un besoin de trésorerie. La condition énoncée par l'article L. 551-1 tenant à l'objet du contrat, en l'occurrence une prestation de service, serait donc remplie.

La seconde condition – tenant au caractère onéreux – serait également satisfaite dans la mesure où le SIREDOM renoncerait par ce contrat à une partie des sommes qu'il aurait obtenues s'il avait procédé lui-même à la cession des certificats d'économies d'énergie.

Nous pensons toutefois que le juge des référés, qui a souverainement apprécié les stipulations du contrat, ne les a pas dénaturées en estimant qu'elles ne comportaient ni exécution de travaux, ni prestation de services de la part de Capital Energy et

qu'elles n'avaient pas pour objet de satisfaire un besoin du syndicat en échange d'un prix.

Sur le premier point – la question de savoir si nous sommes en présence d'un contrat de financement de travaux publics – le pourvoi fait valoir les stipulations de l'article 7 du contrat signé le 4 août 2017, intitulé « Affectation », selon lesquelles : « A peine de résolution du contrat, l'intégralité des sommes versées par la société Capital Energy au SIREDOM en exécution des présentes devra exclusivement être affectée à la réalisation des décrits à l'article 2 ». Toutefois, l'article 2 en question se borne à rappeler le « contexte » de l'opération. Surtout, une telle clause se comprend en réalité comme une sécurité accordée à Capital Energy : en effet, si les travaux n'étaient pas réalisés, les droits à certificats, objets de la cession, ne seraient pas acquis au SIREDOM. Elle est donc sans incidence sur la définition de l'objet même du contrat, qui est parfaitement distinct du marché d'Eiffage.

Aucune autre clause ne nous semble susceptible d'être interprétée dans le sens allégué par la société requérante. L'intention des parties ressort clairement, tant de l'article 6 de l'accord d'incitation que de l'article 4 du contrat le précisant. Aux termes de ces stipulations, Capital Energy s'engage à verser au SIREDOM une somme fixe, corrigée d'une clause d'ajustement, selon un calendrier déterminé. Capital Energy ne peut se désengager que dans un seul cas de figure : si, à la date de son premier versement au SIREDOM, soit le 31 décembre 2017, il n'a pas reçu la confirmation de pouvoir déposer un dossier de demande de certificats auprès de l'administration compétente. Autrement dit, le versement du prix et le transfert de propriété des droits interviennent d'emblée. Si les mêmes stipulations prévoient que Capital Energy devra « valoriser » les certificats auprès d'un « obligé fournisseur d'énergie », il ne s'agit pas d'une condition mise au paiement de la somme convenue. Capital Energy ne joue pas les intermédiaires entre le SIREDOM et d'éventuels acheteurs. Il lui incombe de trouver, pour son propre compte, des débouchés aux certificats qu'elle possède.

Ajoutons que les documents de la consultation publique lancée par le SIREDOM en vue de la conclusion du contrat précisaient que celui-ci serait « exclusif de toute prestation de service ».

Nous sommes donc bien en présence d'une cession, ferme et définitive, des droits du syndicat entre les mains de Capital Energy – et non d'une opération ou cette dernière société, comme le soutient le pourvoi, participerait au financement des travaux en les préfinançant, dans l'attente de trouver des acheteurs pour les certificats du SIREDOM.

Sur le second point – l'existence d'une contrepartie économique pour le cocontractant de la personne publique, constituée par un prix ou un droit d'exploitation – le juge du référé n'a pas davantage commis d'erreur de droit.

Selon le pourvoi, cette contrepartie consisterait dans la renonciation du SIREDOM à percevoir une partie des sommes qu'il aurait pu obtenir s'il avait lui-même procédé à la cession de ses certificats.

La société requérante souligne à cet égard la tendance haussière du cours du certificat. Le syndicat aurait donc choisi de se procurer auprès d'un prestataire, dans l'immédiat, une somme minorée, plutôt que de valoriser ses certificats sans intermédiaire, ultérieurement, à un meilleur niveau – cet « abandon de recette » étant évalué entre 1 et 4 millions d'euros.

Geo France Finance se prévaut donc la jurisprudence traditionnelle par laquelle vous admettez que le prix payé par la personne publique en contrepartie de la prestation puisse résulter d'un abandon de recettes : cf. CE, 22 février 1980, S.A. des sablières modernes d'Aressy, n°11939, p. 110, lorsque le titulaire du marchés de travaux se rémunère en vendant les matériaux qu'il extrait du sol ou CE, Ass., 4 novembre 2005, Société Jean-Claude Decaux, n° 247298, 247299, p. 478, au sujet des marchés de mobilier urbain, lorsque la commune abandonne les recettes publicitaires et exonère le cocontractant de la redevance domaniale.

Nous sommes toutefois loin d'une telle hypothèse.

Ici, non seulement la personne publique, en application de la convention litigieuse, ne paie strictement rien, mais de surcroît elle perçoit une importante recette de la part de son cocontractant. Quant à la rémunération de celui-ci, elle résulte de contrats ultérieurs, par lesquels il cédera les droits qu'il a acquis. Or, le montant de cette rémunération apparaît fortement sujet à incertitude : nous avons dit que le pourvoi fait osciller la « marge » que pourrait réaliser Capital Energy dans une fourchette qui va du simple au quadruple.

Ajoutons que votre jurisprudence tend de façon générale, dans ses décisions récentes, à apprécier plus sévèrement le critère relatif au caractère onéreux du contrat dans tous les cas où n'est pas prévu le paiement d'un prix par la personne publique : cf. CE, 15 mai 2013, Ville de Paris, n°364593, p. 144, toujours au sujet du mobilier urbain, par laquelle vous avez jugé que « la seule circonstance que l'occupant exerce une activité économique sur le domaine ne peut caractériser l'existence d'un abandon de recettes de la part de la personne publique » ; ou encore CE, 14 novembre 2014, Syndicat mixte d'étude, d'aménagement et de gestion de la base de plein air et de loisirs de Cergy-Neuville (SMEAG), n°373156 : commet une erreur de qualification juridique la cour qui estime qu'une convention présente le caractère d'un marché « alors qu'il ressortait des pièces du dossier qui lui était soumis que le contrat ne prévoyait pas le paiement d'un prix (...) et imposait, au contraire, au cocontractant le paiement d'une redevance dont le montant était un des critères de sélection des offres des candidats ».

Vous écarterez donc l'unique moyen d'erreur de droit soulevé par la requérante.

3. Nous vous proposons, pour faire reste de droit, de répondre au moyen que vous avez soulevé d'office et communiqué aux parties, tiré de ce que la juridiction administrative est incompétente pour connaître du contrat en litige, qui est en réalité de droit privé.

En effet, il ne nous semble pas faire de doute que le juge des référés aurait pu décliner sa compétence un cran plus en amont. Ainsi que nous venons de le constater, cet « accord d'incitation financière » n'est pas administratif par détermination de la loi en raison de son objet. En outre, il ne répond pas davantage aux critères jurisprudentiels posés par la décision TC, 13 octobre 2014, SA AXA France IARD, n° 3963, p. 471 : il ne fait pas participer Capital Energy à l'exécution du service public et ne comporte pas de clauses qui impliquent, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs.

EPCMNC :

- au rejet du pourvoi ;

- à ce que la société Geo France Finance verse à la société Capital Energy une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions qu'elle a elle-même présentées sur ce fondement.

Référence 6 : CE, 7 juin 2018, Soc. Géo France Finance, n°416664

Vu la procédure suivante :

La société Geo France Finance a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Versailles d'annuler le contrat conclu le 4 août 2017 entre le syndicat intercommunal pour le recyclage et l'énergie par les déchets et ordures ménagères (SIREDOM) et la société Capital Energy.

Par une ordonnance n° 1707752 du 4 décembre 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Versailles a rejeté cette demande.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 19 décembre 2017, 3 janvier et 27 avril 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Geo France Finance demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;
2°) statuant en référé, de faire droit à sa demande d'annulation ;
3°) de mettre à la charge du syndicat intercommunal pour le recyclage et l'énergie par les déchets et ordures ménagères la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de l'énergie ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que le syndicat intercommunal pour le recyclage et l'énergie par les déchets et ordures ménagères (SIREDOM) a conclu le 13 septembre 2017 avec la société Eiffage un marché de conception-réalisation ayant pour objet l'adaptation de son unité d'incinération de Vert-le-Grand (Essonne) à la production de chaleur pour l'alimentation du réseau urbain de la communauté d'agglomération Grand Paris Sud, avec laquelle le syndicat a conclu une convention de fourniture d'énergie renouvelable ; qu'à cette occasion, le SIREDOM a décidé de valoriser cette fourniture de chaleur de récupération sous la forme d'un accord d'incitation financière, consistant dans la cession des certificats d'économies d'énergie produits par l'opération ; qu'il a, à cette fin, publié le 13 octobre 2016 une consultation publique dans le journal d'annonces officielles « Le Républicain » en vue de la conclusion d'un tel accord ; qu'il a également sollicité directement quatre sociétés spécialisées dans la réalisation de telles opérations ; que le SIREDOM a conclu le 6 juillet 2017 avec la société Capital Energy un contrat d'accord d'incitation financière CEE et en a précisé les conditions juridiques et financières par un autre contrat signé le 4 août 2017 ; que la société Geo France Finance ayant été informée le 25 août 2017 du rejet de son offre, elle a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Versailles, sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, d'annuler le contrat conclu le 4 août 2017 entre le SIREDOM et la société Capital Energy ; que, par une ordonnance du 4 décembre 2017, contre laquelle la société Geo France Finance se pourvoit en cassation, le juge des référés du tribunal administratif de Versailles a rejeté cette demande au motif que, compte tenu de son objet, cet accord n'était pas au nombre des contrats visés à l'article L. 551-1 du code de justice administrative et relevant de la compétence du juge du référé contractuel ;

2. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section* » ; que saisi d'une convention sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, il appartient au juge du référé contractuel de rechercher si cette convention, compte tenu de son objet et des contreparties prévues, peut être qualifiée, ainsi que le prévoit l'article L. 551-1 du même code, de « *contrat administratif ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique* » ;

3. Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article L. 221-7 du code de l'énergie : « *Le ministre chargé de l'énergie ou, en son nom, un organisme habilité à cet effet peut délivrer des certificats d'économies d'énergie aux personnes éligibles lorsque leur action, additionnelle par rapport à leur activité habituelle, permet la réalisation d'économies d'énergie sur le territoire national d'un volume supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'énergie. Sont éligibles : / (...) 2° Les collectivités territoriales, les groupements de collectivités territoriales et leurs établissements publics, ainsi que les associations placées sous le régime de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association qui les regroupent pour le dépôt de programmes de certificats d'économies d'énergie* » ; qu'aux termes de l'article L. 221-8 du même code : « *Les certificats d'économies d'énergie sont des biens meubles négociables, dont l'unité de compte est le kilowattheure d'énergie finale économisé. Ils peuvent être détenus, acquis ou cédés par toute personne mentionnée aux 1° à 6° de l'article L. 221-7 ou par toute autre personne morale* » ;

4. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Versailles que le contrat en litige conclu entre le SIREDOM et la société Capital Energy a pour seul objet la cession par le syndicat des droits à délivrance de certificats d'économies d'énergie, qui constituent des biens meubles, produits par l'opération de production de chaleur de récupération en échange d'un prix payé par la société Capital Energy ;

5. Considérant qu'ainsi que l'a relevé le juge des référés au terme d'une appréciation souveraine de ses stipulations, ce contrat, qui ne comporte ni exécution de travaux, ni livraison de fournitures, ni prestation de services de la part du cocontractant, n'a pas pour objet de satisfaire un besoin du SIREDOM au moyen d'une prestation en échange d'un prix ; que la circonstance que les recettes ainsi acquises par le SIREDOM puissent être affectées au financement des travaux d'adaptation du centre intégré de traitement des déchets conclu avec la société Eiffage est sans incidence sur l'objet du contrat en litige, qui est distinct du marché de conception-réalisation portant sur les travaux d'adaptation du centre ; que ce contrat n'étant pas un marché public, il ne revêt pas un caractère administratif par détermination de la loi ; qu'il ne fait pas non plus participer la société cocontractante à l'exécution du service public et ne comporte pas de clauses qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, impliquent, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs ; qu'il a, en conséquence, le caractère d'un contrat de droit privé ; qu'ainsi, le juge des référés, qui n'a pas commis d'erreur de droit, ne pouvait que rejeter la

demande d'annulation qui lui était présentée par la société Geo France Finance ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le pourvoi de la société Geo France Finance ne peut qu'être rejeté ; que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font, par suite, obstacle à ce qu'une somme soit mise, à ce titre, à la charge du SIREDOM, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Geo France Finance la somme de 3 000 euros à verser à la société Capital Energy au titre des mêmes dispositions ;

DE C I D E :

Article 1^{er} : Le pourvoi de la société Geo France Finance est rejeté.

Article 2 : La société Geo France Finance versera à la société Capital Energy une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.