

Fiche n° 5

LA FINALITÉ DES CONTRATS : LA PRESTATION **(Marchés publics, Partenariats public-privé)**

BIBLIOGRAPHIE

« La commande publique et le partenariat public-privé », Colloque organisé le 26 septembre 2003 par le CERCOL, *RDI* novembre-décembre 2003 ;
DELVOLVE (P.), « Les contrats globaux », *RFDA* 2004, p. 1079 ;
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 ;
Rapport public du conseil d'Etat 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes* ;
TERNEYRE (P.), « Les montages contractuels complexes », *AJDA* 1994, n° spécial, p. 43 ; « La qualification des montages contractuels complexes et le doit communautaire », *LPA*, février 2000, n° 23, p. 39 ; « Crédit-bail immobilier et collectivités publiques », in *Droit de la construction*, Dalloz action, 2001 ;
GÉZOU (M.), *Traité de contentieux de la commande publique*, Paris, Le Moniteur, 2015, 654 p.

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE, Ass., 4 novembre 2005, Société Jean-Claude Decaux, n°247298 et 247299 ;
Référence 2 : CE, Ass. 4 novembre 2005, Société Jean-Claude Decaux, req. n°247298 et 247299 ;
Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE 30 juillet 2014, Commune de Biarritz, req. n°363007 ;
Référence 4 : CE, 30 juillet 2014, Commune de Biarritz, req. n°363007 ;
Référence 5 : CE, 23 mai 2011, Commune de Six-Fours-Les-Plages, req. n°342520 ; *BJCP* n° 77, juill-août 2011, p. 258, concl. Boulouis ; *AJDA* 2011, p. 1515, note Dreyfus.

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

- *Concession et marché public*

Épreuve pratique : cas pratique

La Ville de Papeete 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.

La municipalité a conclu une nouvelle convention, avec publicité et mise en concurrence, avec JCD. Saisi par la société GVO, concurrente évincée, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Polynésie française a annulé la procédure, au motif que la convention devait être regardée comme un marché public. Il s'est fondé sur une clause réservant des mâts à la communication de la collectivité.

La Ville a alors renoncé à la clause litigieuse et, par une nouvelle délibération, a autorisé le maire à signer la convention ainsi modifiée.

La société GVO a, de nouveau, formé un référé précontractuel, 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 a alors saisi le tribunal administratif

d'une demande d'annulation du contrat. Ce dernier a fait droit à cette demande, en estimant que la convention devait être regardée comme une délégation de service public. La ville a formé un appel qui est pendant.

La société GVO ne souhaite pas en rester là et vous consulte sur la procédure à suivre pour saisir le juge et les préjudices dont elle pourrait se prévaloir pour obtenir une indemnisation de la Ville.

Documents :

Article 28-1 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française : " *La Polynésie française fixe les règles applicables à la commande publique de la Polynésie française et de ses établissements publics dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics* "

Stipulations de la convention :

Article 4 : « (...) La Ville de Papeete 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. (...) »

Article 10 : « Le cocontractant affecte à l'affichage des théâtres et des cirques les supports suivants, aux conditions telles que précisées ci-après: / - 15 colonnes historiques à la colle, à plus ou moins 10 %, devront être destinées exclusivement à l'affichage des théâtres à des conditions tarifaires préférentielles. / - 10 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 25 unités. / Le cocontractant accorde un tarif privilégié sur 6 mâts porte-affiches et sur 16 colonnes lumineuses pour les films « d'art et essai »

Article 22 : « La Ville de Papeete 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 édicules. 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 (...) »

Article 23 de cette convention stipule : « [d]es sanctions (...) pourront être prononcées par la Ville en cas de : (...) irrespect des dispositions relatives à l'affichage réservé (...) »

Article R421-3 Code de justice administrative :

« Toutefois, l'intéressé n'est forcloé qu'après un délai de deux mois à compter du jour de la notification d'une décision expresse de rejet :

- 1° En matière de plein contentieux ;
- 2° Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, si la mesure sollicitée ne peut être prise que par décision ou sur avis des assemblées locales ou de tous autres organismes collégiaux ;
- 3° Dans le cas où la réclamation tend à obtenir l'exécution d'une décision de la juridiction administrative. »

Référence 1 : Conclusions du commissaire du gouvernement sur CE, Ass., 4 novembre 2005, Société Jean-claude Decaux n°247298 et 247299,

La commune de Villetaneuse (Seine-Saint-Denis) a signé le 20 décembre 1970 une convention avec la société Jean-Claude Decaux, convention qui portait sur 15 ans et était renouvelable pour une période de 5 ans. Aux termes de ce contrat, la société devait installer et entretenir des abribus sur le domaine public moyennant le droit pour elle d'exploiter à titre exclusif de la publicité. La société, par ailleurs, était exonérée du versement de toute redevance domaniale. Un premier avenant a été conclu en 1972 pour une durée de 18 ans, renouvelable par période de 9 ans. Un deuxième avenant, daté du 18 octobre 1998 a prévu le remplacement du mobilier existant, la réalisation de nouvelles prestations et a fixé au 31 décembre 2007 l'échéance de l'ensemble des contrats liant la commune à la société Decaux.

La commune de Clichy-sous-Bois (Seine-Saint-Denis) a signé une convention de même nature avec la société Jean-Claude Decaux en 1966. Le 28 juin 1996, le maire de la commune a signé un deuxième avenant à cette convention ayant globalement le même objet que celui signé à Villetaneuse en 1998.

Le préfet de la Seine-Saint-Denis a déféré les deux avenants ainsi que les délibérations autorisant le maire de chacune des communes à le signer.

Les tribunaux administratifs de Paris et de Cergy-Pontoise ont fait droit à ces conclusions par des jugements datant respectivement du 8 juillet 1997 et du 5 décembre 2000.

La cour administrative d'appel de Paris, statuant par deux arrêts rendus en formation plénière le 26 mars 2002, a confirmé sur le fond les deux jugements. La société Jean-Claude Decaux se pourvoit régulièrement en cassation contre ces deux arrêts qui ont été publiés au recueil (**26 mars 2002, Société J.-C. Decaux, p. 520**, concl V. Haim *Contrats et marchés publics*, mai 2002, p. 4). La cour a estimé que les contrats, qui emportaient autorisation d'occuper le domaine public, devaient être regardés comme des marchés publics. Jugeant ainsi, elle s'est placée dans la perspective tracée par un avis de la Section de l'Intérieur du 14 octobre 1980 relatif aux contrats de mobilier urbain (**EDCE 1980-81 p. 196**). Selon cet avis, ce type de contrat ne peut constituer une concession de service public car « un élément caractéristique essentiel de la concession de service public fera toujours défaut : le versement de redevances par les usagers en contre partie des prestations qui leur sont fournies ». L'avis conclut que ces contrats « constituent une variété de marchés publics, marchés de prestations de service, assortis d'autorisation d'occupation du domaine public ».

La société Jean-Claude Decaux conteste les deux arrêts. Elle rejoint dans ses critiques les nombreux arguments qui ont été avancés au fil du temps, et à vrai dire dès le début, contre l'avis de 1980. Ces critiques, il faut le noter, sont parfois venues sous la plume d'éminents représentants de la doctrine. Les auteurs du *Traité des contrats administratifs*, les professeurs de Laubadère, Moderne et Delvolvé, indiquaient ainsi dans la deuxième édition de leur ouvrage en 1983 (p.252) : « On ne peut se ranger à l'avis du Conseil d'Etat du 14 octobre 1980 qui voit dans les contrats de mobilier urbain des marchés de service... Faute de versement d'un prix par l'administration contractante, ces contrats ne peuvent être des marchés. » Cette appréciation, il faut cependant le noter, a été portée à une époque où le droit communautaire n'avait pas encore, sur la matière qui nous occupe, réalisé sa complète évolution.

De très nombreux articles ont été consacrés à ce type de contrats de mobilier urbain et à l'avis de 1980. Bien souvent, la doctrine

est assez critique et considère que la qualification de marché est difficile (cf. notamment Jean-Marie Auby, note sur l'avis du 14 octobre 1980, AJDA mars 1983, Doctrine p. 1983 ; F. Lichère, « La définition contemporaine du marché public », RDP 1997, p. 1753 ; G. Le Chatelier, « Les concessions domaniales appliquées au mobilier urbain », Mon TP 30 juin 2000, p. 110 ; une consultation du professeur Jean-Bernard Auby, versée au dossier par la société requérante, et dont les principaux extraits ont été publiés à la *Gazette des communes* du 7 avril 1997).

En sens inverse toutefois, on note des prises de position très favorables à cet avis (cf. Nathalie Nguyen « L'actualité des contrats de mobilier urbain », BJDPC n°1 ; François Brenet, « La qualification des contrats de mobilier urbain : nouvelles précisions », RFDA 2003.253 ou encore, l'intéressant commentaire du professeur Richer aux *Grands avis du Conseil d'Etat*).

Pour sa part, votre rapport public pour 2002 (« Collectivités publiques et concurrence »), dans une brève allusion, estime sans toutefois citer expressément l'avis de 1980, que la solution retenue est contestable.

Dans ces conditions, il est apparu que ces affaires, d'abord soumises à votre Section le 8 juillet dernier, devaient être portées au rôle de votre formation de jugement.

Les deux pourvois sont strictement identiques. Nous les examinerons donc ensemble. La question qui vous est posée est simplement de savoir si les contrats litigieux sont ou non des marchés publics. Il n'y a pas beaucoup de façon de raisonner sur cette question. Traditionnellement en effet, pour être un marché, un contrat doit réunir deux critères

: avoir pour objet la réalisation d'un bien, d'un service ou d'une fourniture à la demande de la personne publique laquelle doit, en contrepartie, verser une rémunération sous la forme d'un prix. Dans les arrêts attaqués, la cour administrative d'appel prend position sur ces deux points, l'objet du contrat et la rémunération. Nous vous proposons d'examiner successivement les moyens qui s'y rapportent.

I

S'agissant de l'objet des contrats, la cour juge que s'ils emportent autorisation d'occuper le domaine public, ils ne peuvent être réduits à cette seule dimension car ils ont aussi un autre objet, la réalisation et la fourniture de diverses prestations de service pour la collectivité locale. De cela, la cour déduit que les contrats entrent dans le champ d'application du code des marchés publics. La société Jean-Claude Decaux fait une lecture bien différente de l'objet des contrats. Selon elle, s'il est vrai qu'ils ont notamment pour objet de permettre à la collectivité de disposer d'équipements particuliers, ils ont surtout été conclus pour l'autoriser à exploiter les mobiliers urbains à des fins publicitaires. La société requérante en déduit que le contrat est une concession domaniale. Rien de plus.

Trois moyens sont successivement invoqués sur ce point. Les deux premiers concernent le raisonnement suivi par la cour pour écarter la qualification de concession domaniale au sens strict. On note en effet que, pour parvenir à cette exclusion, la cour n'a pas seulement estimé que le contrat avait un autre objet que la seule occupation du domaine, elle a également relevé que les contrats ne pouvaient être regardés comme autorisant une occupation à titre précaire. La société requérante soutient que la cour a soulevé d'office un moyen – le défaut de précarité – qui n'était pas discuté par les parties et que, ne les ayant pas avisés, elle aurait violé l'article R. 611-7 du code de justice administrative.

Mais en réalité, la cour a seulement voulu écarter le moyen tiré de ce que les contrats étaient des concessions domaniales. Pour ce faire, elle a recherché divers éléments susceptibles de caractériser ce régime juridique, notamment la précarité. Elle n'avait pas à aviser les parties de chaque étape du raisonnement qui était le sien

pour examiner un moyen soulevé devant elle. Sur le fond, l'affirmation de la cour relative à l'absence de précarité laisse il est vrai un peu perplexe. D'un côté, lorsqu'on examine, dans le dossier qui était soumis à la cour, le contenu de ces contrats, on comprend tout à fait ce que la cour a voulu indiquer. Conclu pour de très longues périodes, incluant des clauses de reconduction que, d'ailleurs, le Conseil de la concurrence a très vivement critiquées pour leur effet anticoncurrentiel (**7 juillet 1998, déc n°98-D-52, Pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain, BJDCP 1998, n°1 p. 17**), il est vrai que ces contrats n'apparaissent pas spontanément, c'est le moins que l'on puisse dire, comme autorisant une occupation à titre précaire et révocable. D'ailleurs, constatant que les critiques qu'il avait exprimées en 1998 n'avaient que très partiellement été suivies d'effet, le Conseil de la concurrence, dans une décision du **30 juin 2005, n°05-D-36** a infligé à la société Decaux des sanctions très élevées atteignant les 10 millions d'€.

Sur le plan du droit cependant, nous croyons que la société a raison de critiquer cette phrase des arrêts attaqués. L'absence de droit acquis au renouvellement d'une concession domaniale et plus généralement le caractère précaire de toute occupation du domaine public, même autorisée en vertu d'un contrat, découle des principes généraux de la domanialité publique (**14 octobre 1991, Helie, T. p. 927**) qui s'imposent y compris dans le silence des contrats. La seule circonstance que les contrats en cause ne comportaient aucune stipulation relative au caractère précaire de l'occupation autorisée ne suffisait donc pas à exclure la qualification de concession domaniale.

Toutefois, nous ne vous proposerons pas de censurer l'arrêt pour cette raison car le raisonnement de la cour, qui repose sur le constat que les contrats litigieux sont autre chose que de « simples » concessions domaniales, n'est en réalité pas vraiment fondé sur l'absence de précarité, relevé incidemment. A nos yeux, il s'agit d'un élément surabondant du raisonnement. Le vice qui l'entache peut donc rester sans conséquence en cassation.

Le troisième moyen invoqué par la société requérante pour contester l'arrêt en tant qu'il prend position sur l'objet du contrat concerne plus directement le motif par lequel la cour a jugé que le contrat avait été conclu pour fournir à la commune des moyens dont elle a besoin. Cet élément est évidemment déterminant dans la conclusion générale à laquelle est parvenue la cour.

Nous dirons en premier lieu qu'il existe bien peu de prise, devant le juge de cassation, à une discussion sur l'objet du contrat. En effet, la connaissance que l'on peut en avoir résulte de la lecture du contrat et de l'interprétation de ses clauses. Or l'interprétation de stipulations contractuelles ressortit au pouvoir souverain des juges du fond. Juge de cassation, vous ne la contrôlez que sous le seul angle de la dénaturation (**Section, 10 avril 1992, Société des chemins de fer français c/ Ville de Paris, p. 168, 24 avril 1992, Syndicat mixte pour la géothermie à la Courneuve, T. p. 1263**). Or, la société ne présente aucun moyen de cette nature. Quoiqu'elle en dise devant vous, vous devez donc considérer que s'impose à vous l'appréciation souveraine des juges du fond selon laquelle le contrat, s'il autorise l'occupation du domaine public, a été conclu pour répondre à des besoins locaux d'intérêt général, en matière d'information municipale, de propreté et de protection des usagers des transports publics contre les intempéries.

La société soutient cependant que, pour déterminer l'objet du contrat, la cour se serait fondée sur ce qui n'était que l'objet accessoire du contrat. Elle affirme qu'une telle façon de faire procéderait d'une erreur de droit car, devant un contrat à objet mixte, le juge doit rechercher ce qui est l'objet principal pour en déduire la qualification juridique dominante. C'est sans hésitation que nous vous invitons à écarter cette argumentation. D'abord, la cour n'a aucunement pris position sur le point de savoir si l'aspect « domaine public » était, dans l'économie du contrat, accessoire alors que l'aspect «

marché public » serait principal. Mais nous croyons surtout qu'elle n'avait en tout état de cause pas à le faire.

Celles de vos décisions qui procèdent à la qualification de contrats ayant un objet mixte ne tiennent jamais ce type de raisonnement fondé sur la théorie de l'accessoire. Ainsi, dans vos décisions **21 juin 2000, SARL Plage « Chez Joseph » et Fédération nationale des plages restaurants, (p. 282 ; RFDA 2000, p. 797, concl. C. Bergeal)** et **20 décembre 2000, CCI du Var (T. p. 1089-1094-1103)**, qui retiennent la qualification de délégation de service public pour des contrats emportant aussi autorisation d'occuper le domaine public, vous n'avez pas vérifié ce qui était dominant dans l'équilibre du contrat entre l'élément domanial et l'élément service public.

Le raisonnement de la cour nous paraît donc exempt de toute erreur de droit. A cet égard, la circonstance invoquée par la société que le paragraphe 2 de l'article 1er du code des marchés publics recommander, pour identifier la nature exacte d'un marché qui porterait à la fois sur des services et des travaux ou des fournitures, de se référer à celle de ces prestations qui a le plus de valeur, nous paraît sans incidence. Cette disposition n'a de portée que pour distinguer entre plusieurs catégories de marchés (marchés de travaux, de fournitures ou de services), ce qui n'est pas la question posée en l'espèce.

Pour finir, sur cette question de l'objet du contrat, nous ajouterons deux remarques. En premier lieu, si avait été invoqué un moyen de dénaturation relatif à l'objet du contrat tel qu'il a été interprété par la cour, nous n'aurions guère eu d'hésitation à vous recommander de l'écarter. Il ne nous paraît pas contestable en effet que si les contrats signés par les communes avaient bien pour objet de permettre à la société JC Decaux de mener son activité commerciale sur le domaine public, ils ne peuvent en aucun cas être réduits à cet aspect des choses. A dire vrai, nous sommes convaincu que le développement des prestations de mobilier urbain et le succès incontestable qu'elles ont rencontré tant auprès du public que des collectivités, a créé une demande tout à fait importante en la matière, si bien qu'aujourd'hui, on n'imagine plus une ville, même de taille modeste, sans équipement de ce genre. Le succès du concept même de mobilier urbain a conduit à créer un besoin en la matière de la part des collectivités publiques. Or, la façon dont, aujourd'hui, il est satisfait à ces besoins ne peut plus être assimilée à une simple concession domaniale.

En cela, l'objet de ces contrats ne peut être assimilé, comme il est prétendu, à celui des concessions d'affichage accordées par les communes (**2 mai 1969, Société d'affichage Giraudy, p. 238**). C'est pourquoi, même si, nous le répétons, vous n'avez pas à prendre parti sur ce point en cassation, nous pensons que l'objet du contrat était en effet - en tout cas en partie et cela suffit à la solution - de fournir à la commune les moyens de répondre à des besoins particuliers. Ils devaient donc être regardés, à cet égard, comme des marchés.

Notons, c'est la deuxième remarque, que la cour a aussi exclu la qualification de délégation de service public. Vous n'avez pas à vous prononcer sur ce motif de l'arrêt, qui n'est pas critiqué devant vous, mais sachez que pour parvenir à cette conclusion, la cour a relevé notamment que la société Jean-Claude Decaux ne prenait pas directement en charge l'exploitation du service public. De fait, ce motif nous paraît décisif. On peut tout à fait admettre que les prestations offertes par la société relèvent au moins en partie du service public. La protection des usagers du transport en commun s'inscrit dans le cadre du service public des transports. Quant à l'information municipale affichée sur les abribus, elle caractérise elle aussi un service public (cf. pour le cas proche d'un bulletin communal, **Coisne, 10 juillet 1996, T. p. 1006**). Mais, la cour a eu raison de dire que l'exploitation du service public n'était pas effectivement prise en charge par la société qui ne décide ni du lieu d'implantation des abribus, ni du contenu de l'information municipale apposée. La société se borne à fournir à la commune les prestations qu'elle attend. Ce refus de qualification de

délégation de service public est admis de façon générale par la doctrine, elle est reprise à son compte par votre Rapport public pour 2002 (p. 301) et, nous l'observons, par la société requérante. En définitive, si vous nous avez suivi, vous écarterez donc le premier temps de l'argumentation de la société Jean-Claude Decaux : la cour, qui n'a pas commis d'erreur de droit en excluant la qualification exclusive de concession domaniale, n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que les contrats litigieux devaient être regardés, eu égard à leur objet, comme des marchés publics.

II.

La société requérante critique ensuite les arrêts en tant qu'ils ont pris position sur les clauses de rémunération des contrats litigieux. A cet égard, la cour a relevé que si les prestations fournies par la société Jean-Claude Decaux ne donnent pas lieu directement au versement d'une rémunération par la

commune, les avantages qui sont consentis par elle (à savoir l'exonération de toute redevance domaniale et le droit d'exploiter les supports à des fins publicitaires) doivent être regardés comme l'équivalent du prix acquitté par la commune en contrepartie des prestations. Elle en conclut que les contrats doivent être regardés comme des marchés publics. A ce point de notre propos, il nous faut dire un mot de la place qu'occupe depuis toujours la notion de prix dans la définition de la catégorie juridique de marché public. Traditionnellement, la doctrine retient que dans un marché public, le cocontractant est rémunéré par un prix c'est-à-dire, pour reprendre la définition qu'en donne le *Traité des contrats administratifs* (n°194) « par une somme que lui verse elle-même l'administration en contrepartie de la prestation réalisée ». Il est difficile d'approcher cette notion de prix, sans la mettre en regard de celle de redevance perçue sur l'usager, mode de rémunération qui caractérise la concession de service public. De fait, la jurisprudence est toute entière bâtie sur une distinction binaire entre prix et redevance conduisant respectivement à la qualification de marché et de concession.

Cette idée était déjà présente dans les conclusions du commissaire du gouvernement Chardenet sur la décision *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* (30 mars 1916, p. 125, D. 1916.3.25, concl. Chardenet ; RDP 1916.388, note Jèze ; S. 1916.3.17, note Hauriou ; GAJA 15ème édition, n°31), conclusions dans lesquelles on s'accorde à trouver la première définition classique de la concession de service public. Par la suite, de très nombreuses décisions se sont fondées sur la distinction entre prix versé par l'administration et redevance perçue sur l'usager, distinction qui apparaissait suffisamment claire pour servir à la qualification de contrats innommés : un contrat ne peut être un marché dès lors qu'il prévoit une rémunération par des redevances (**8 novembre 1963, Compagnie des entrepôts et magasins généraux de Paris, p. 534** ou dans le même sens **10 avril 1970 Beau et Largarde, p. 243**). A l'inverse, un contrat assurant une rémunération par un prix ne peut être une concession (**11 décembre 1963, Ville de Colombes, p. 612**, ou **Section, 26 novembre 1971, Soc. SIMA, p. 723, RDP 1972, p. 239, concl. Pt Gentot**).

L'avis de la Section de l'Intérieur de 1980 sur le mobilier urbain s'inscrit dans ce cadre d'analyse purement binaire : c'est parce qu'il n'y a pas de redevance, qu'il y a lieu d'écarter la qualification de concession pour retenir celle de marché public. Après l'adoption de la loi du 29 janvier 1993 dite loi « Sapin », la jurisprudence a poursuivi son développement selon la même inspiration. Cette loi ayant introduit la notion de délégation de service public, destinée à succéder à celle de concession au sens large, vous vous êtes à nouveau prononcé sur les critères d'identification de ces contrats, pour les différencier des marchés publics. Vous avez alors relevé que dans une délégation de service public, le cocontractant de la personne publique voit sa rémunération reposer « substantiellement sur les résultats de l'exploitation ». Cette formulation a été utilisée d'abord par votre

décision *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc* (**15 avril 1996, p. 137** ; RFDA 1996.715, concl. Chantepy, note Terneyre ; AJDA 1996.806, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot), puis reprise sans cesse depuis : **7 avril 1999, Commune de Guilherand-Granges, T. p. 878**, AJDA 1999.517 concl. C. Bergeal ; **30 juin 1999, Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais (SMITOM), p. 229**, AJDA 1999.714, concl. C. Bergeal). Elle a aussi été reprise, telle quelle, à l'article L. 1411-1 du CGCT qui propose une définition de la délégation de service public. On a beaucoup glosé sur ces décisions, certains regrettant qu'elles abandonnent la distinction relativement claire entre prix versé par l'administration et redevance perçue sur l'usager. Nous pensons, pour notre part, ainsi que l'indiquait Catherine Bergeal dans ses conclusions précitées sur l'affaire SMITOM, que le critère de la rémunération reposant substantiellement sur les résultats de l'exploitation se situe au contraire dans la droite ligne de l'ancienne jurisprudence remontant à l'arrêt Gaz de Bordeaux. L'idée, déjà présente dans les conclusions Chardenet, est en effet que le contrat est une délégation de service public lorsque le cocontractant accepte de courir un risque d'exploitation. C'est assurément le cas lorsqu'il se rémunère à partir de redevances perçues sur les usagers. Ce n'est à l'inverse pas le cas, lorsque la rémunération du cocontractant résulte d'un prix qui a été convenu à l'avance. Du reste, et c'est très heureux, la Cour de justice vient de se référer à la même distinction pour opposer les marchés publics de services et les concessions de service en droit communautaire (**13 octobre 2005 Parking Brixen GmbH, aff. C. 458/03**). De ce rappel, nous proposons de retenir pour l'instant que, par opposition à des formes de rémunération reposant pour une part substantielle sur l'exploitation du service public, le versement d'un prix caractérise le marché public. La société requérante conteste le motif par lequel la cour a jugé que l'absence de versement d'une rémunération par la collectivité ne faisait pas obstacle à la qualification de marché. L'argumentation, qui est très riche, se présente en trois branches.

D'abord, la commune ne pourrait être regardée comme ayant abandonné des recettes publicitaires au profit de la société Jean-Claude Decaux car, en tout état de cause, elle ne pourrait légalement bénéficier de ces recettes sans violer la liberté du commerce et de l'industrie.

Ensuite, il ne saurait y avoir de prix car le contrat n'occasionne, de la part de la commune, aucune dépense budgétaire.

Enfin, la société fait valoir que sa rémunération, qui est principalement assise sur les recettes publicitaires versées par des tiers, repose substantiellement sur les résultats de l'exploitation. Le contrat ne pourrait donc être qualifié de marché.

On peut rapidement écarter la première branche qui repose sur l'invocation de la jurisprudence issue de la décision de Section du **30 mai 1930 (Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, p. 583, RDP 1930.530, concl. Josse, GAJA 15ème éd n°44)**. Nous ne voyons pas en quoi serait méconnue la liberté du commerce et de l'industrie si les communes, réalisant et entretenant elles-mêmes leurs abribus, décidaient de valoriser ces dépendances domaniales en autorisant des afficheurs à diffuser des messages publicitaires sur ces supports.

Les deux dernières branches nous paraissent également devoir être écartées, même si leur examen appelle des commentaires plus substantiels. A la vérité, nous croyons que la jurisprudence a de la notion de prix une conception beaucoup plus riche et beaucoup plus souple que celle avancée par la société Decaux, conception qui vous permet, dans certains cas, de qualifier de marchés publics des contrats qui ne prévoient pourtant pas le versement d'une somme d'argent de la personne publique à son cocontractant. Vos décisions nous paraissent marquées sur ce point par un très grand pragmatisme : lorsque vous avez la conviction qu'un contrat a été conclu pour permettre à une collectivité publique d'acquérir un bien ou un service, vous ne

vous arrêtez pas à ce qui relève de l'apparence de ce contrat. Au-delà des apparences, vous recherchez sa réalité économique. Si vous percevez un transfert de valeur économique en contrepartie d'une prestation, vous en déduisez la qualification de marché public, alors même que la rémunération du cocontractant ne reposerait pas sur un prix au sens classique du terme. Une telle façon de faire peut surprendre si, comme la société requérante dans ses écritures, on demeure rivé à la présentation académique de l'opposition stricte entre le prix des marchés et la redevance des concessions. Mais cette présentation, dans sa rigidité et son imperméabilité, ne nous paraît correspondre ni à votre jurisprudence ni aux différentes dispositions dont vous devez tenir compte pour appliquer le code des marchés publics selon lequel un marché est « un contrat conclu à titre onéreux. »

Elle ne correspond pas en premier lieu à la jurisprudence qui fait preuve, nous l'avons dit, de pragmatisme. En effet, certaines de vos décisions dénie la qualification de prix à des versements monétaires qui en avaient pourtant toutes les apparences. Ainsi, la prise en charge par une commune des frais supportés par une association qui effectue pour elle un travail n'est pas assimilable au paiement d'un prix, de sorte que le contrat conclu entre la commune et l'association n'est pas un marché (**Section, 29 janvier 1971, Association « Jeunesse et Reconstruction », p. 81**). De même, le versement d'une subvention par une personne publique à un tiers sur le fondement d'une convention n'est pas assimilable au paiement d'un prix, ainsi que cela ressort tant de la jurisprudence fiscale (**Section, 6 juillet 1990, Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais, p. 210**) que de l'avis récent de la Section de l'intérieur relatif à la convention portant sur la mise à disposition de moyens à la Cinémathèque française (**Avis du 18 mai 2004, n°370.169, EDCE 2005, p. 185, BJDCP 2005.213, note Ch. M**). Dans ces cas, le contrat n'est pas un marché mais une convention de subventionnement qui ne manifeste pas la volonté de la personne publique d'acquiescer un bien ou un service. Pourtant, nous y insistons, il y a bien dans tous ces cas, versement d'une certaine somme, directement de la personne publique à son cocontractant.

Le même pragmatisme conduit, en sens inverse, à retenir la qualification de prix, donc de marché, alors qu'on aurait pu en douter fortement si l'on s'en était tenu aux seules apparences. Est ainsi un marché le contrat par lequel une commune confie à une entreprise des travaux de résection d'un méandre d'une rivière et lui cède gratuitement, en contrepartie, les matériaux extraits des terrains, matériaux dont l'exploitation constitue la rémunération du cocontractant (**22 février 1980, SA des sablières modernes d'Aressy, p. 110**). De même, dans une décision plus récente concernant une concession d'endiguage (**18 mars 1988, Société civile des néo-polders, p. 129**) vous avez admis la qualification de marché alors que la société cocontractante était rémunérée, non par le versement d'un prix de la part de la collectivité publique, mais par l'exploitation des terrains exondés. Cette jurisprudence, nous l'observons au passage, n'est ni récente ni isolée (voyez, déjà, dans le même sens **30 mars 1928 Compagnie des polders de l'Ouest, p. 497**).

On trouve des solutions comparables dans plusieurs autres cas de figure dont le rapprochement avec l'espèce est particulièrement éclairant. Dans un arrêt souvent cité du 11 octobre 1994 (**Editor Tennog c/ Commune de Houilles, p. 664**), la cour administrative d'appel de Paris a qualifié de marché public un contrat portant sur l'édition d'un bulletin municipal dans lequel le cocontractant était rémunéré non pas directement par la ville mais par les recettes publicitaires qu'il tirait du bulletin. La cour administrative d'appel de Lyon a retenu une solution identique dans un arrêt du **2 juin 2004 (Société Michel Charmettan Communication, cité par Daniel Chabanol, Jean-Pierre Jouguelet et François Bourrachot dans Le régime juridique des marchés publics, Ed. du Moniteur, 4ème édition, n° 16)**. De la même manière, la commission centrale des marchés estimait qu'étaient des marchés

publics les contrats conclus par des personnes publiques avec des agences de voyage, lesquelles étaient rémunérées, non par un prix, mais par les rabais qu'elles obtenaient auprès des entreprises de voyages et des hôtels (**Marchés publics : n°5/95-96, p. 2**).

On le voit, la jurisprudence n'a pas attendu l'essor du droit communautaire pour avoir, une conception relativement ouverte de la notion de prix. Elle consent à cette interprétation à chaque fois qu'il lui paraît indubitable que l'objet du contrat est bien de fournir un bien ou un service à une collectivité qui en a décidé l'acquisition. Nous pensons que les contrats de mobilier urbain litigieux, dont nous vous avons dit à quel point ils nous paraissent relever du champ d'application du code des marchés publics eu égard à leur objet, se rattachent à ce courant jurisprudentiel. Le fait pour le cocontractant d'être dispensé de toute redevance domaniale et de se voir consentir des avantages ayant une valeur économique très importante constitue dans cette perspective l'équivalent du prix qui est versé en contrepartie de la prestation acquise par la collectivité.

En second lieu, contrairement à ce qui est soutenu par la société Decaux, cette façon de voir nous paraît correspondre au sens que l'on doit donner à l'expression « contrat conclu à titre onéreux », expression qui, si elle est utilisée par le code des marchés publics, l'est également par d'autres dispositions. Disons immédiatement que cette disposition (un marché est un « contrat conclu à titre onéreux ») a été introduite à l'article 1er du code des marchés publics par le décret du 7 mars 2001 qui n'existait pas à la date des contrats litigieux. Toutefois, cette expression est au centre du litige car personne ne conteste que les auteurs du code ont, par ces mots, formulé explicitement une condition d'identification des marchés qui se trouvait déjà, à l'état latent, dans les anciens textes (cf. sur ce point les explications de F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « le nouveau champ d'application du code des marchés publics », *Contrats et marchés publics* 2001, chron. n°4 p. 7). Qu'est-ce alors qu'un contrat « conclu à titre onéreux » ?

À titre principal, cette formulation englobe nécessairement la notion de prix au sens habituel de ce mot. Mais contrairement à la société Decaux, nous ne croyons pas qu'elle se limite à ce seul contenu. À la vérité, nous pensons fermement qu'elle embrasse également la jurisprudence à laquelle nous venons de faire allusion qui, à côté du prix au sens classique, considère aussi les rémunérations d'une autre nature. C'est ce que soutient le ministre de l'économie et des finances en affirmant que l'intention des auteurs du décret en Conseil d'Etat du 7 mars 2001 portant code des marchés publics était à l'évidence celle-là. Nous pensons que le ministre a parfaitement raison sur ce point. Tous les commentaires sérieux et avisés qui ont été rédigés à propos de cet article 1er du code et de cette expression en particulier sont en ce sens. Nous n'en citerons qu'un seul, l'article publié par Alain Ménéménis où il est indiqué que la rédaction du code « traduit le souci de prendre en compte un certain nombre de décision qui ont qualifié de marchés publics des contrats qui ne donnent pas lieu au paiement d'un prix par l'administration... On peut citer par exemple les arrêts SA des sablières modernes d'Aressy ou société civile des néo-polders »

On doit aussi citer, ajoute Alain Ménéménis, « l'avis du Conseil d'Etat du 14 octobre 1980 sur les contrats de mobilier urbain, même si on sait que la qualification de ces contrats a été beaucoup débattue » (cf. A. Ménéménis, « Le champ d'application du code des marchés publics », *BJDCP* 2001, n°16, p. 182).

La volonté des auteurs du code nous paraît extrêmement claire dans le sens qui vient d'être rappelé. Nous ne voyons pas de raison de vous écarter de cette volonté. Nous en voyons d'autant moins que deux textes, le code civil d'une part, les directives communautaires d'autre part, utilisent eux-aussi la notion de « contrat à titre onéreux » en lui donnant une portée qui concorde avec la jurisprudence pragmatique que nous venons de rappeler.

L'article 1106 du code civil dispose en effet que « le contrat conclu à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à

donner ou à faire quelque chose ». La doctrine civiliste (cf. B. Petit, Fascicule « *Contrats et obligations* » au juriste civil) tire de cette disposition l'opposition entre les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuit, ce qui est le bon sens. Or, selon cette même doctrine, la notion de contrat à titre onéreux a un champ d'application très large puisqu'il inclut « tous les contrats dont chacune des parties entend retirer un avantage équivalent à celui qu'elle consent à son contractant ». Du reste, la conception que la Cour de cassation a du contrat à titre onéreux est à ce point large que les contrats, au-delà de leurs apparences, bénéficient d'une sorte de présomption de caractère onéreux (*Cass. Civ. 3ème, 31 mai 1989, Bull. civ. 1989, III, n°126*).

A l'inverse ; le contrat à titre gratuit correspond à des hypothèses très restrictives : soit celle des libéralités dont l'exemple type en droit civil est la donation, soit celle qui nous intéresse particulièrement par référence au cas d'espèce, des contrats de service gratuits, autrement dénommés « contrats désintéressés » ou « contrats de bienfaisance », qui ne sont à l'origine d'aucun transfert de valeur économique, d'aucun enrichissement de patrimoine.

Ainsi, en droit civil, l'onérosité d'un contrat ne découle pas de l'existence d'un prix en bonne et due forme, qui aurait été affiché à l'avance et qui serait versé par une des parties directement à l'autre. Le critère du contrat à titre onéreux est beaucoup plus large.

Pour en déduire le caractère onéreux d'un contrat, il suffit de constater l'existence d'un échange de valeur entre les parties au contrat, d'un enrichissement du patrimoine d'une des parties au détriment de celui de l'autre. Là encore, pour interpréter une notion qui se trouve à l'identique dans le code des marchés et dans le code civil, nous ne voyons pas de raison de vous écarter de l'interprétation retenue par la Cour de cassation. Un tel choix, nous le soulignons, se comprendrait d'autant moins que la matière contractuelle se prête mal à des divergences entre les deux ordres de juridiction. En tout état de cause, s'il existait une raison de se séparer de cette interprétation, vous ne pourriez pas la trouver dans le droit communautaire, bien au contraire.

En effet, les directives communautaires relatives aux marchés publics contiennent elles aussi la notion de « contrats conclus à titre onéreux ». Les directives en font même un critère du marché public. Cette formulation commune avec le code des marchés publics ne doit évidemment rien au hasard et elle doit retenir toute votre attention car, particulièrement pour ce qui est du droit de la commande publique, matière fortement teintée de droit communautaire, le juge national ne saurait interpréter une notion directement issue du droit communautaire en s'écartant de l'interprétation retenue par la cour de justice des communautés européennes.

Or, à cet égard, vous ne pourrez que vous référer à l'arrêt de la Cour de justice du **12 juillet 2001, Ordine degli architetti delle Provinci di Milano et Lodi (n° C-399/98, rec. 2001 p. I-05409)** par lequel les juges communautaires devaient trancher la question de savoir si un contrat par lequel une personne publique renonçait à percevoir une contribution de nature fiscale en échange de la réalisation par un lotisseur de certaines prestations était ou non un contrat à titre onéreux. *Mutatis mutandis*, c'est la question qui vous est posée dans le présent litige.

Or la cour a jugé qu'en « acceptant la réalisation directe des ouvrages d'équipement, l'administration renonce au recouvrement du montant dû au titre de la contribution » (point 79). Elle en a déduit que le lotisseur « qui réalise les ouvrages d'équipement n'effectue aucune prestation à titre gratuit puisqu'il s'acquitte d'une dette de même valeur ... qui naît au profit de la commune, à savoir la contribution aux charges d'équipement. » (point 86). Ce raisonnement conduit la cour à regarder le contrat litigieux comme conclu à titre onéreux au sens de la directive.

On voit bien que dans cet arrêt important, la Cour de justice déduit le caractère onéreux du contrat de la renonciation de la

personne publique à percevoir une certaine somme. Cette renonciation équivaut, si l'on peut dire, à un prix négatif. Le prix n'a peut-être pas d'épaisseur matérielle et monétaire, mais la cour affirme qu'il a bel et bien une existence économique. Cette opération n'a rien, en termes économiques, d'un « contrat de bienfaisance » comme dirait la Cour de cassation. Elle n'est pas gratuite. Le caractère onéreux du contrat, qui résulte d'un jeu d'écritures comptables, se manifeste par l'appauvrissement du patrimoine de l'une des parties et l'enrichissement simultané de celui de l'autre. La Cour de justice, comme vous l'avez toujours fait vous-même dans les décisions que nous avons citées, est allée à la réalité économique par-delà les apparences financières.

Cette jurisprudence, qui contrairement à ce que prétend la société requérante, n'a en rien été renversée par l'arrêt Blixen précité du 13 octobre 2005, n'est pas sans rapport avec ce que nous vous avons dit de l'article 1066 du code civil.

La portée de cet arrêt –qui a été rendu par une chambre de la Cour – est de distinguer le marché public de services et la concession de service en droit communautaire. Dans cette perspective, il repose sur l'idée que la concession est caractérisée par une relation triangulaire incluant l'utilisateur tandis que le marché l'est par une relation binaire qui ne fait pas intervenir d'utilisateur (cf. sur ce point les conclusions de l'avocat général Kokott).

En définitive, comme vous le constatez, tout concourt à retenir une interprétation pragmatique de la notion de contrat conclu à titre onéreux : tant le code civil, que le droit communautaire et même votre jurisprudence qui, bien avant l'adoption des textes communautaires sur les marchés publics faisait déjà montre d'une certaine souplesse pour interpréter la notion de prix lorsque par ailleurs le critère de l'objet du contrat se trouve rempli.

De cela, nous tirons la conclusion que, contrairement à ce que soutient la société Jean-Claude Decaux, les prestations offertes par elle aux communes ne l'ont pas été à titre gratuit. Il y a bien, au terme de cette opération contractuelle, enrichissement du patrimoine de la commune, au sens où nous vous le disions plus haut. C'est si vrai qu'en matière fiscale, pour déterminer la taxe professionnelle qui est due par une société de mobilier urbain, vous jugez qu'une partie des éléments de mobilier urbain doit être exclue de la base taxable de la société car cette partie ne peut être regardée comme utilisée matériellement par l'entreprise pour la réalisation des opérations qu'elle effectue (**8 mars 2002, Société Bueil Publicité, RJF 2002-656**, concl. G. Goulard BDCF 6/02 n°79). Avec cette décision, on retrouve bien l'idée qu'une part du mobilier urbain constitue une prestation qui est acquise par la commune et fournie par la société, laquelle société ne peut en conserver le bénéfice. Elle n'est d'ailleurs pas taxée de ce chef.

En ce sens, il n'y a pas de difficulté à regarder l'exonération de redevance domaniale consentie par la commune et le droit exclusif qui lui est consenti d'exploiter les supports publicitaires, comme des éléments pouvant procéder de la notion de contrat conclu à titre onéreux. La seule circonstance que les prestations ne donnent lieu à aucun « décaissement » effectif de la part de la commune ne suffit pas à les faire regarder comme gratuites. La société objecte cependant que les ressources qu'elle tire de l'exploitation des supports publicitaires, ressources dont elle vous dit qu'elles sont très majoritaires dans l'équilibre du contrat, reposent substantiellement sur les résultats de l'exploitation car elles sont soumises à un aléa commercial important. Cela n'aurait donc rien à voir avec un prix, même au sens large et ferait par conséquent obstacle à la qualification de marché. Cette objection, dans laquelle vous avez reconnu la troisième et dernière branche du moyen d'erreur de droit, ne nous convainc pas davantage que les deux précédentes. Elle procède, à notre avis, d'une compréhension erronée du critère de la rémunération. Il est bien vrai que la délégation de service public est caractérisée par une rémunération reposant substantiellement sur le résultat de l'exploitation. Mais nous l'avons dit plus haut, ce critère n'est pas le seul que vous utilisiez. Pour qualifier un contrat de délégation

de service public, vous vérifiez d'abord que ce contrat porte sur un service public lequel est effectivement confié au cocontractant. Ce n'est qu'après avoir répondu positivement, de façon explicite ou implicite, à cette première série de questions relative à l'objet du contrat que vous vous interrogez sur les mécanismes de rémunération. Il vous est même arrivé de refuser la qualification de concession parce que le service public qui était en cause n'était pas délégué alors même que le cocontractant percevait des redevances sur les usagers (**15 mai 1953, Commune de Nogent-sur-Marne, p. 235**, rapp. M. Heumann, concl. M. Letourneur). C'est pourquoi, dès lors qu'un contrat a été conclu, non pour déléguer la gestion d'un service public, mais pour commander une prestation, la circonstance que la rémunération du cocontractant soit soumise pour une part à un certain aléa économique a une portée très limitée pour la qualification du contrat. Le point de savoir si dans un tel cas, la rémunération du cocontractant repose substantiellement sur les résultats de l'exploitation d'un service public est tout à fait inopérante puisque, précisément, il n'y a pas de service public délégué dans un tel contrat dont l'objet est seulement l'acquisition d'une prestation.

La dernière branche du moyen nous paraît donc tout simplement inopérante. Si vous nous suivez, vous pourrez donc juger que la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que les avantages consentis à la société Decaux en contrepartie des prestations fournies par celle-ci à la commune étaient de nature à faire regarder le contrat litigieux comme conclu à titre onéreux.

*

Nous en avons fini avec les moyens du pourvoi. Mais avant d'achever notre propos, il ne nous semble pas inutile de dire un mot supplémentaire des différentes critiques qui ont pu s'élever, ici ou là, contre la solution retenue par la cour administrative d'appel dans les arrêts attaqués, solution que nous vous proposons de confirmer. A vrai dire, aucune des quatre critiques les plus souvent formulées ne nous paraît réellement convaincante.

Il est soutenu en premier lieu que cette solution serait dangereuse pour la sécurité juridique. Derrière cet argument, on trouve l'idée que les contrats de mobilier urbain conclus aujourd'hui sont signés après mise en concurrence. La question posée par les présentes affaires ne vaudrait donc que pour le passé et en requalifiant aujourd'hui ces contrats en marchés publics, le juge administratif prendrait la lourde responsabilité d'introduire une forte insécurité dans des situations juridiques constituées il y a de longues années. Si vous suiviez cette solution, vous pourriez même à en croire certains, être à l'origine d'une mise en cause pénale des personnes ayant signé ces contrats.

A cet égard, nous nous bornerons à faire valoir que depuis 1980 et l'avis de votre Section de l'intérieur, personne ne pouvait plus ignorer la qualification qu'il y avait lieu de retenir pour ces contrats. Régulièrement, les autorités publiques ont eu l'occasion de la réaffirmer, soit par des réponses ministérielles à des questions parlementaires (entre autres : **JOAN, QE 13 janvier 1997 ; JOAN 11 mai 1998, QE 16 mars 1998**), soit par des jugements de

tribunaux administratifs (**T.A. Strasbourg, 7 juillet 1987, Mme Bloch et autres c/ Ville de Strasbourg, RFDA 1988.269, concl. P. Kintz ; T.A. Nice, 2 juin 1992, Préfet des Alpes-maritimes c/ Département des Alpes-maritimes n°91-3283 ; T.A. Montpellier 7 février 1996, Sociétés Giraudy et Avenir Havas Média, n°91-611 et 91-612 ; T.A. Versailles, 5 juin 1998, Préfet du Val d'Oise c/ Commune de Montigny-les-Cormeilles, n°97-6230...**). Les chambres régionales des comptes, de leur côté, n'ont eu de cesse de s'en faire également l'écho (cf. le relevé d'observations définitives de la CRC Ile-de-France sur la gestion de la **commune de Montfermeil** pour les exercices 1993 à 2000 ; le document comparable concernant les exercices 1994 à 2001 de la **commune de Tremblay-en-France** ; ou encore le relevé de la Chambre du Nord-Pas-de-Calais pour la **commune de Longwy...**).

Ces documents sont publics et connus de tous. La contestation doctrinale de cette position officielle, quelque puisse en être la valeur scientifique, ne pouvait se substituer à ce qui constituait le cadre réglementaire. Aussi bien, s'il devait y avoir quelques conséquences juridiques à la qualification de ces contrats en marchés publics, elles ne sauraient être mise sur le compte d'un effet de surprise. Les parties contractantes qui ont pris le risque, en toute connaissance de cause, de se situer en dehors du cadre légal ne peuvent se plaindre d'avoir aujourd'hui à en assumer la responsabilité. Il est également soutenu, c'est la deuxième critique, que la solution que nous vous proposons d'adopter serait en tout état de cause inutile car, aujourd'hui, les contrats de mobilier urbain sont en général conclus après mise en concurrence et prévoient, parfois, le versement d'une redevance domaniale. Mais c'est oublier un peu vite d'une part que tel n'était pas le cas pour les anciens contrats comme ceux de l'espèce dont il faut bien juger de la légalité. C'est même l'objet des présentes affaires. C'est oublier, d'autre part et surtout, que si certains contrats ultérieurs peuvent en effet avoir été conclus dans des conditions plus conformes à ce qu'on peut attendre d'une relation économique normale aujourd'hui – et il faut s'en réjouir – les procédures de publicité et de mise en concurrence qui ont été mises en œuvre à cette occasion ne sont pas nécessairement celles exigées par le code des marchés publics. Il peut s'agir de procédures plus légères. Le débat n'est donc pas épuisé et, en tout état de cause, n'est pas réduit au passé.

Plus fondamentalement, la solution que nous vous proposons n'est pas d'adopter une jurisprudence « Jean-Claude Decaux », ni même une jurisprudence propre aux contrats de mobiliers urbains. Si vous nous suivez, vous prendrez une position de principe conduisant à maintenir dans la catégorie des marchés publics, l'ensemble des contrats qui, par leur objet comme par leur logique économique, sont comparables à ceux de l'espèce. Nous pensons, par exemple, aux concessions d'endiguage. Ajoutons que, sous réserve de les examiner au cas par cas, ce qui, on l'oublie trop souvent, est obligatoire en matière contractuelle, il n'est pas absolument exclu que des formes de montages complexes tels que ceux actuellement développés dans certaines grandes villes de France et d'ailleurs puissent aussi entrer dans la catégorie des marchés publics. C'est pourquoi nous récusons l'idée selon laquelle la solution qui vous est proposée, en tout cas le cadre d'analyse sur laquelle elle repose, serait, à peine adoptée, frappée d'obsolescence et d'inutilité.

On entend parfois, c'est la troisième critique, que la solution retenue par la cour déstabiliserait dangereusement le droit de la domanialité publique car elle aboutirait à requalifier en marché public tout contrat conclu avec une entreprise en vue de se livrer à une activité commerciale sur le domaine public. Mais là encore, nous pensons qu'une telle crainte n'a pas lieu d'être dans la mesure où, répétons-le une dernière fois, pour qu'il y ait marché public il faut que l'objet du contrat soit la fourniture d'une prestation destinée à satisfaire les

besoins de la collectivité publique. Nous avons dit que c'était à nos yeux indubitablement le cas s'agissant des contrats de mobilier urbain. Nous ne pensons pas que cela le serait pour le kiosque à journaux de Mme Trompier-Gravier ou pour les terrasses des cafés situées dans les dépendances domaniales du Palais royal, tous contrats qui, en dépit de l'agrément qu'ils offrent, relèvent de la pure logique domaniale.

La dernière critique consiste à soutenir que la solution serait impraticable car les dispositions du code des marchés relatives à la durée maximale des contrats ou à l'évaluation de leur montant, ne pourraient pas être appliquées à ces contrats. Curieuse argumentation à la vérité que celle qui déduit l'inapplicabilité d'une disposition de la seule circonstance que l'application en serait malaisée : si un contrat excède la durée maximale fixée par le code des marchés publics, on doit en déduire, non pas qu'il ne saurait être un marché, mais simplement qu'il est un marché

irrégulier. C'est ainsi que vous avez raisonné très logiquement dans l'affaire précitée du **8 février 1999, Préfet des Bouches-du-Rhône** concernant les METP, qui incluaient des clauses de paiement différé sur de longues périodes, en violation du code. Vous avez d'abord estimé, après analyse des contrats, qu'ils étaient de marché, avant de constater qu'ils méconnaissaient la disposition du code interdisant le paiement différé.

De la même façon, nous ne sommes pas convaincus par l'argument selon lequel il serait impossible de calculer le montant de ces marchés. Le caractère onéreux de ces contrats trouve son origine on l'a dit dans la renonciation de la collectivité publique à percevoir la redevance domaniale et dans l'avantage économique qui est concédé à la société. Or même si l'on peut sans doute discuter de son montant exact, on dispose de tous les éléments nécessaires au calcul de cette redevance. La seule circonstance qu'elle n'ait pas été perçue ne fait pas obstacle à son évaluation. Le montant de ces marchés équivaut à la redevance domaniale que la commune a accepté de ne pas percevoir, cette redevance étant elle-même déterminée en fonction des ressources publicitaires retirées par l'entreprise de l'exploitation du domaine public.

*

Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, la solution que nous vous proposons d'adopter consiste simplement à juger que les contrats en cause, s'ils comportent à l'évidence une part de concession domaniale, sont également des marchés publics et comme tels devaient être soumis à une mise en concurrence préalable. Dire cela aujourd'hui ne nous paraît ni dangereux, ni inutile, ni déstabilisant, ni même irréaliste. En confirmant les deux arrêts de la cour administrative d'appel de Paris et en rejetant les pourvois, vous maintiendrez les frontières actuelles entre les différentes catégories de contrat et nous croyons qu'aucune considération sérieuse, ni la logique juridique, ni la nécessité pratique, ne doit vous conduire à modifier ces frontières, c'est-à-dire, à brouiller les lignes.

Si vous ne nous suiviez pas, il nous semble que le contrat litigieux, qui ne serait pas un marché public, ne serait pas davantage une délégation de service public pour les motifs que nous avons énoncés plus haut. Il serait donc, c'est la thèse de la société requérante, une concession domaniale toute simple.

Une telle solution, vous conduirait à casser les deux arrêts puis à censurer les deux jugements pour rejeter les déférés préfectoraux. Notons simplement que n'est pas soulevé devant vous, pas plus que devant les juges du fond, le moyen tiré de ce qu'alors même que le contrat ne serait qu'une concession domaniale, il ne pourrait avoir été conclu sans une procédure de publicité minimale permettant une mise en concurrence même limitée. Ainsi, même si vous censuriez les arrêts attaqués, vous ne pourriez, sans méconnaître votre jurisprudence **Société Morgane (Section, 11 janvier 1991, p.9)**, juger d'office que les principes de la jurisprudence **Telaustria (7 décembre 2000 aff. C-234/98)** de la Cour de justice des communautés européennes font obligation aux maîtres du domaine de mettre en œuvre une publicité adéquate ou adaptée avant la passation d'une concession domaniale. Vous ne pourriez davantage faire reposer l'affirmation d'un tel principe général sur les principes internes du droit commun de la commande publique dont le Conseil constitutionnel a dégagé l'existence dans sa décision du 26 juin 2003 (**n°2003-473 DC**). Il est bien évident que l'occupation du domaine ne peut se rattacher à une question de commande publique.

L'alternative ouverte par le présent litige est donc la suivante : la qualification de marché public et la mise en concurrence qui va avec ou la qualification de concession domaniale et l'absence de mise en concurrence obligatoire qui, en l'état actuel du droit, va avec.

La société Decaux demandait que vous mettiez 8000 euros à la charge de l'Etat dans chacune des deux affaires. Si vous nous suivez, vous pourrez rejeter ces conclusions, les dispositions de

l'article L. 761-1 du code de justice administrative y faisant obstacle.

Par ces motifs nous concluons au rejet des pourvois de la société Jean-Claude Decaux.

Référence 2 : CE, Ass. 4 novembre 2005, Société Jean-Claude Decaux,

Considérant que la commune de Clichy-sous-Bois et la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX ont conclu une convention le 15 juin 1966 portant sur la fourniture, l'installation et l'entretien sur le domaine public de la commune d'éléments de mobilier urbain ; que par un avenant n° 2, les parties ont prévu le remplacement du mobilier existant et la réalisation de nouvelles prestations et ont porté la durée totale du contrat à 45 ans ; que le préfet de la Seine-Saint-Denis a déféré au tribunal administratif de Paris la délibération en date du 28 juin 1996 par laquelle le conseil municipal de Clichy-sous-Bois a autorisé le maire de la commune à signer cet avenant n° 2 ainsi que l'avenant signé par le maire le 28 juin 1996 ; que, par un jugement en date du 8 juillet 1997, le tribunal administratif de Paris a annulé la décision et l'avenant attaqués ; que, par un arrêt en date du 26 mars 2002, la cour administrative d'appel de Paris a confirmé ce jugement ; que la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX se pourvoit en cassation contre cet arrêt ;

Sur la régularité de l'arrêt attaqué :

Considérant qu'en se prononçant sur le caractère précaire du contrat en litige, caractère qui est un des éléments du régime juridique des conventions d'occupation du domaine public, la cour administrative d'appel de Paris s'est bornée à apporter une réponse au moyen de la société requérante portant sur la qualification de convention d'occupation du domaine public de ce contrat ; que le moyen tiré de ce que la cour aurait ainsi soulevé d'office un moyen tiré de l'absence de précarité du contrat sans procéder à l'information préalable des parties imposée par l'article R. 611-7 du code de justice administrative doit être écarté ;

Sur le bien-fondé de l'arrêt attaqué :

Considérant que pour être qualifié de marché public un contrat doit avoir été conclu à titre onéreux par une personne publique en vue d'acquies des biens, travaux, ou services dont elle a besoin ;

Considérant, en premier lieu, que la cour a souverainement constaté, ce que la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX ne saurait utilement contester devant le juge de cassation, que l'objet du contrat litigieux était, outre d'autoriser l'occupation du domaine public, de permettre la réalisation et la fourniture de prestations de service à la commune de Clichy-sous-Bois, en matière d'information municipale, de propreté et de protection des usagers des transports publics contre les intempéries ; qu'elle a pu en déduire, sans erreur de droit, que l'objet du contrat ainsi conclu entrait dans le champ d'application du code des marchés publics ; que pour parvenir à cette conclusion, la cour n'avait pas à rechercher si la fourniture de prestations de service constituait un élément accessoire ou principal de l'objet de ce contrat ; que si elle s'est en outre fondée, pour exclure le caractère de concession domaniale du contrat, sur l'absence supposée de précarité du contrat, ce motif était surabondant ; que le moyen tiré de l'erreur de droit qu'aurait ainsi commise la cour ne peut dès lors être utilement invoqué par la société requérante ;

Considérant, en second lieu, qu'il résulte des constatations souveraines opérées par le juge du fond qu'en application de la convention signée entre la commune de Clichy-sous-Bois et la

SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX, il appartenait à cette dernière de fournir, d'installer et d'assurer l'entretien d'abribus publicitaires comportant un banc et de mobiliers urbains publicitaires permettant l'affichage de plans ou d'informations municipales ; que ces mobiliers urbains étaient destinés à répondre aux besoins de la commune en matière d'information de ses habitants et de protection des usagers des transports en commun ; qu'en contrepartie des prestations ainsi assurées par la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX, la commune l'a autorisée à exploiter, à titre exclusif, une partie du mobilier urbain à des fins publicitaires et l'a exonérée de redevance pour occupation du domaine public ; que la cour a pu juger, sans commettre d'erreur de droit, que l'autorisation et l'exonération ainsi accordées constituaient des avantages consentis à titre onéreux par la commune en contrepartie des prestations fournies par la société alors même que ces avantages ne se traduisent par aucune dépense effective pour la collectivité ; que la cour, en admettant ce caractère onéreux, n'a pas méconnu le principe de la liberté de l'industrie et du commerce qui n'interdisait pas à la commune de valoriser son domaine public ; qu'enfin, par un motif non contesté, la cour a jugé que le contrat n'était pas une délégation de service public faute notamment de prise en charge effective d'un service public par la société contractante ; qu'ainsi, la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX ne peut utilement invoquer à l'encontre de l'arrêt de la cour le moyen tiré de ce qu'une part substantielle de sa rémunération proviendrait des recettes de son activité publicitaire ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ;

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE
30 juillet 2014 Commune de Biarritz
n°363007

A plusieurs égards, l'affaire qui vient d'être appelée sort de l'ordinaire. Tout d'abord, parce qu'elle porte sur les conditions du recours au contrat de partenariat, dispositif juridique en lui-même exceptionnel puisque, comme l'a souligné le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 juin 2003 (n° 2003-473 DC), il déroge au droit commun de la commande publique et ne peut être, pour cette raison, conclu que sous certaines conditions qui justifient une telle dérogation. Ces conditions étaient au nombre de deux dans l'ordonnance du 17 juin 2004 qui l'a institué, tenant soit à la complexité technique, juridique ou financière du projet, soit à l'urgence à le réaliser. La loi du 28 juillet 2008 a distingué deux cas d'urgence et ajouté une troisième hypothèse dite du bilan avantageux. Le présent pourvoi vous conduira à préciser pour la première fois les critères et modalités d'appréciation de la condition relative à la complexité technique du projet. Les principes que vous dégagerez sur ce point vaudront également pour l'application de cette condition du recours à la procédure du dialogue compétitif, posée dans les mêmes termes par l'article 36 du code des marchés publics. Cette procédure, également dérogatoire au droit commun de la commande publique en ce qu'elle fait participer les candidats à l'élaboration de l'objet du marché, apparaît d'ailleurs particulièrement adaptée à la passation des contrats de partenariat justifiés par la complexité du projet. Ensuite, parce qu'elle porte sur une opération de grande ampleur, comme souvent pour les contrats de partenariat dont l'objet est de confier à un tiers, pour une période souvent longue, une mission globale de réalisation et parfois de conception, d'exploitation, de gestion et de financement d'un ouvrage, sous sa maîtrise d'ouvrage.

Souhaitant développer son offre touristique, la commune de Biarritz a élaboré au début des années 2000 un projet intitulé Biarritz Océan comprenant deux grandes opérations : d'une part l'extension et la modernisation du Musée de la Mer, construit en 1933, qui comprendra notamment de nouveaux aquariums, d'autre part la construction d'une Cité de l'océan et du surf. En septembre 2004, le conseil municipal a approuvé le programme de cette dernière opération et lancé une procédure de concours en vue de la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre, qui a été confié en 2005 à un groupement conjoint d'architectes, et en exécution duquel ont été réalisés un avant-projet détaillé et des études de projet.

Après avoir, par une délibération du 26 janvier 2007, arrêté le principe du recours à un contrat de partenariat pour la réalisation sous maîtrise d'ouvrage commune des deux opérations et au terme d'une procédure de dialogue compétitif, le conseil municipal a, par une délibération du 23 juillet 2008, autorisé le maire à conclure le contrat avec une société en nom collectif dénommée « Biarritz Océan », à signer diverses conventions de financement et à verser aux deux candidats évincés ayant remis une offre finale conforme une somme de 150 000 euros chacun. Le contrat de partenariat proprement dit distingue les deux opérations, dont il a pour objet d'assurer le financement, la réalisation des travaux et la maintenance des ouvrages, pour une durée de trente ans et un montant global de loyers proposés par le candidat retenu d'environ 65 millions d'euros. S'agissant de la Cité du surf et de l'océan, il précise que le contrat de maîtrise d'œuvre est transféré au titulaire du contrat, qui le poursuivra jusqu'à son terme. Les ouvrages ont été inaugurés à l'été 2011.

La délibération du 23 juillet 2008 a été contestée devant le TA de Pau par plusieurs conseillers municipaux. Par un jugement du 30 juin 2010, le tribunal a rejeté leur demande. L'un d'eux, M. Saint-Cricq, a persévéré et saisi la CAA de Bordeaux qui, par un arrêt¹ du 26 juillet 2012 contre lequel la commune de Biarritz se pourvoit régulièrement en cassation, a fait droit à sa demande en annulant le jugement et la délibération attaquée au motif que la complexité invoquée par la commune pour justifier la conclusion d'un contrat de partenariat n'était pas établie.

Si l'essentiel du pourvoi critique ce motif, il soulève également un moyen de régularité qui nous paraît fondé.

La commune de Biarritz avait opposé à la demande une fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt pour agir des requérants, au motif qu'ils ne justifiaient pas que la décision attaquée portait atteinte à leurs prérogatives. Le tribunal, qui a rejeté la demande au fond, n'a pas statué sur cette fin de non-recevoir. En revanche la cour, qui a annulé le jugement, ne pouvait faire droit à la demande sans écarter au préalable cette fin de non-recevoir, alors même qu'elle n'était pas reprise par la commune, dès lors que celle-ci ne l'avait pas expressément abandonnée (25 juin 2003, *Cne de Saillagouse*, n° 233119, aux T sur ce point).

Contrairement à ce que soutient M. Saint-Cricq, cette fin de non-recevoir, si elle était à l'évidence non fondée, les membres des assemblées délibérantes ayant par cette seule qualité et sans avoir à se prévaloir d'une atteinte portée à leurs prérogatives, intérêt à contester les décisions qui émanent de ces assemblées (24 mai 1995, *ville de Meudon*, n° 150360, au Rec), n'était pas pour autant inopérante. Elle aurait pu l'être si les requérants avaient invoqué une autre qualité leur donnant intérêt pour agir, par exemple celle de contribuables locaux, de sorte que la fin de non-recevoir aurait visé une qualité qui n'était pas celle dont les requérants se prévalaient. Mais tel n'était pas le cas : ils n'avaient expressément invoqué aucune qualité particulière ni devant le tribunal, ni devant la cour, alors qu'il leur appartenait de le faire. La juridiction ne pouvait donc déterminer elle-même en quelle autre qualité que celle de membres du conseil municipal ils agissaient pour en déduire l'inopérance de la fin de non-recevoir.

Vous annulerez donc l'arrêt pour ce motif, ce qui vous conduira à répondre au fond aux questions les plus importantes de ce litige relatives à l'appréciation de la complexité du projet.

Vous écarterez au préalable les deux fins de non-recevoir opposées par la commune de Biarritz aux demandes de première instance et d'appel de M. Saint-Cricq. Nous avons répondu à la première, tirée de l'absence d'intérêt pour agir du requérant. La seconde n'est pas davantage fondée : contrairement à ce que soutient la commune, le mémoire d'appel ne se borne pas à la reproduction littérale de l'argumentation du demandeur devant le tribunal, mais comporte des moyens dirigés contre le jugement (11 juin 1999, *OPHLM de la ville de Caen*, n° 173972, au rec).

Plus délicate est la question de savoir si le moyen tiré de ce que les conditions légales du recours au contrat de partenariat ne sont pas remplies peut être soulevé à l'encontre de la délibération du conseil municipal autorisant le maire à signer le contrat. Elle a justifié la réouverture de l'instruction et la réinscription de cette affaire sur laquelle nous avons déjà conclu devant vous le 20 novembre dernier.

Cette question se pose parce qu'en application de l'article L. 1414-2 du CGCT (dans sa rédaction applicable au litige), l'évaluation préalable destinée à montrer que les conditions légales du recours au contrat de partenariat sont remplies « est présentée à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou à l'organe délibérant de l'établissement public, qui se prononce sur le principe du recours à un contrat de partenariat ».

Si cette décision de principe n'existait pas, vous n'auriez aucun doute à vérifier à l'occasion du recours dirigé contre le contrat ou contre la décision de le signer que les conditions auxquelles la loi subordonne la conclusion d'un tel contrat sont bien remplies. Mais dès lors que le législateur a prévu une décision distincte sur le principe du recours au contrat de partenariat, dont la légalité dépend de ces conditions, ne convient-il pas de réserver à la contestation de cette décision le contrôle du respect de ces conditions ? En d'autres termes, le séquençage du processus de formation du contrat de partenariat – décision de recourir à ce contrat ; élaboration de son contenu et sélection du cocontractant ; conclusion du contrat – doit-il se traduire au contentieux par l'impossibilité de discuter de la légalité du recours au contrat à l'occasion des recours pouvant être ultérieurement formés ?

Il nous semble nécessaire, pour répondre à cette question, de commencer par caractériser la nature de ces décisions et les liens qui les unissent. A cet égard, nous croyons qu'il vous faut vous départir d'une approche du processus contractuel comme succession de décisions, héritée d'une tradition de contrôle de la légalité de l'action administrative contractuelle qui s'opérait essentiellement à l'occasion des recours pour excès de pouvoir dirigés contre les actes détachables du contrat. Vous avez pour la plupart des cas abandonné cette voie d'action au profit de la possibilité pour les tiers de contester la validité du contrat par un recours de pleine juridiction (Ass, 4 avril 2014, *Dépt de Tarn-et-Garonne*, n° 358994). Le choix du cocontractant, la délibération autorisant la conclusion du contrat et la décision de le signer, qui étaient quelque peu artificiellement détachés du processus contractuel pour permettre aux tiers d'en soumettre la légalité au juge de l'excès de pouvoir, ne peuvent désormais être discutés qu'à l'occasion du recours contre le contrat lui-même. Bien que le présent litige s'inscrive encore dans l'ancien dispositif contentieux, compte tenu de la date à laquelle il a été engagé, il nous semble que vous devrez appréhender la délibération autorisant le maire à signer le contrat comme vous le ferez bientôt lorsque l'objet du recours sera le contrat lui-même, c'est-à-dire en faisant prévaloir une approche unitaire du contrat et de sa formation.

Quelle est, dans cette perspective, la place de la décision de principe sur le recours au contrat de partenariat ?

Votre décision *Département de Tarn-et-Garonne* ne la mentionne pas parmi les actes détachables réintégrés dans le contrat. Devez-vous y voir une décision autonome du processus contractuel, comme l'est la délibération par laquelle l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale se prononce, en application de l'article L. 1411-1 du CGCT, sur le principe d'une délégation de service public ? Vous avez jugé à propos de ces dernières conventions que cette délibération n'était pas un acte préparatoire mais une décision susceptible d'être déferée au juge de l'excès de pouvoir (24 novembre 2010, *Association « Fédération d'action régionale pour l'environnement » et autres*, n° 318342).

Plusieurs raisons vous ont conduit à cette solution : le législateur avait prévu un acte spécial ; le caractère règlementaire d'une décision relative au mode de gestion du service public ; enfin l'intérêt à pouvoir saisir le juge le plus vite possible, y compris par la voie du référé suspension, sans attendre la signature du contrat. Mais peu après avoir ouvert cette voie de recours, vous avez précisé que seuls pouvaient être utilement invoqués à l'encontre de cette décision « les moyens relatifs aux vices propres dont cette décision serait entachée ou à la légalité du principe du recours à un délégataire pour la gestion du service ; que sont, en revanche, inopérants des moyens relatifs aux caractéristiques et aux modalités de mise en œuvre ultérieure de la délégation ou des prestations que cette délibération n'a pas pour objet d'arrêter définitivement » (4 juillet 2012, *Association « Fédération d'action régionale pour l'environnement » et autres*, n° 350752).

Comme le soulignait Nicolas Boulouis dans ses conclusions sur cette dernière décision, « cette délibération de principe n'est pas un acte qui, sur un plan contentieux, se rattacherait à la procédure contractuelle et qui comme tel aurait été détaché de cette procédure pour pouvoir faire l'objet d'un REP. A nos yeux, c'est un acte autonome, détaché du processus contractuel, qui conditionne certes le lancement de cette procédure mais qui pose des questions propres » car son objet est le mode de gestion d'un service public. La possibilité ouverte aux tiers de contester le contrat ne remettra donc probablement pas en cause la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre cette décision de principe, la seule question qui se posera étant celle de la portée de son éventuelle illégalité sur le contrat.

La délibération sur le principe du recours au contrat de partenariat n'est comparable à la délibération sur le principe de la délégation de service public que par le moment auquel elle intervient et la formalisation législative dont elle fait l'objet. En revanche, au regard de ce qui justifie l'autonomie de la première par rapport au processus contractuel, elle apparaît très différente, puisque son objet n'est pas de se prononcer sur un mode de gestion d'un service public, mais de choisir une catégorie contractuelle, qui ne sera pas sans conséquences sur la détermination des procédures de passation.

Qu'il faille considérer le processus contractuel dans son unité ne préjuge pas de la question du moment auquel la vérification des conditions légales du recours au contrat de partenariat doit être effectuée, à l'occasion d'un recours contre la décision de principe ou d'un recours contre le contrat ou aux deux. Mais vous devrez garder à l'esprit que, contrairement à la délibération sur le principe de la délégation de service public qui intervient avant le processus contractuel, la délibération sur le recours au contrat de partenariat en constitue la première étape.

Réserver la discussion contentieuse des conditions légales du recours au contrat de partenariat à la contestation de la délibération de principe présente des avantages évidents en termes de sécurisation du contrat. Il est à peine besoin de vous en faire le tableau. Le processus de formation de ces contrats, qui portent généralement sur des projets importants et complexes, est long et coûteux. Purger la contestation sur le principe du recours au moment où il est arrêté permet à la collectivité de poursuivre la procédure sur une base affermie. Si la complexité a été admise,

elle peut même être rassurée sur la possibilité de recourir au dialogue compétitif, qui est subordonnée à cette même condition (art L. 1414-5 du CGCT). En épousant le séquençage que représente la formalisation de la décision sur le principe du recours au contrat de partenariat, le contentieux garantit une sécurisation progressive du processus contractuel qui, à son terme, ne pourra plus être contesté que sur la procédure de passation et le contenu du contrat.

Cette solution peut se prévaloir de la volonté du législateur de formaliser cette décision de principe. Mais elle va beaucoup plus loin que la conséquence que vous avez tirée de cette formalisation en matière de délégations de service public. Car vous n'avez jamais affirmé que la possibilité d'en contester la légalité par la voie du recours pour excès de pouvoir faisait obstacle à ce que le principe de la gestion déléguée soit ensuite discuté, à l'occasion de la conclusion ou de l'exécution du contrat. Vous ne pourriez d'ailleurs le faire : l'illicéité de la délégation d'un service public qui ne pourrait légalement l'être, parce qu'il relève par exemple des prérogatives de puissance publique (CE, 19 déc 2007, *Sté Sogeparc*, n° 260327, AJDA 2008, p. 419), est une cause de nullité du contrat qui s'impose à tout juge saisi du contrat, notamment à l'occasion d'un litige relatif à son exécution (Ass, 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, n° 304802).

Il est vrai que vous pourriez estimer que l'illicéité du recours au contrat de partenariat est moins grave que la délégation d'un service qui ne peut légalement l'être. Toutefois, le choix du contrat de partenariat n'est pas seulement une question de forme ou de procédure, mais aussi de fond puisqu'il va permettre d'introduire des clauses qui sont interdites dans les marchés publics, comme par exemple celles prévoyant un paiement différé. Certes, de telles clauses ne sont pas illicites dans les contrats de partenariat, mais elles le seraient dans tout autre contrat, de sorte que l'illicéité du recours au contrat de partenariat rend illicites les clauses qui ne pourraient se trouver légalement que dans un contrat de partenariat.

Cette solution serait donc particulièrement novatrice au regard des dispositifs existants. Elle représenterait également un revirement de jurisprudence, car vous avez déjà au moins implicitement adopté une position inverse dans votre décision *Lenoir* du 23 juillet 2010 (n° 326544, aux rec sur ce point), en vérifiant que la condition d'urgence était remplie à l'occasion d'un recours contre la délibération décidant de l'attributaire du contrat et autorisant le président du conseil général à le signer. Vous avez même validé le contrôle effectué par les juges du fond, à cette occasion, sur le caractère suffisant de l'information que l'évaluation préalable a apportée aux membres de la commission permanente avant la délibération de principe.

Mais ce n'est finalement pas tant l'audace de la solution que les inconvénients qu'elle comporte qui nous conduisent à l'écarter.

Tout d'abord, nous devons avouer une réticence de principe à l'idée d'exclure du champ du contrôle de la validité du contrat - ou, pour quelque temps encore, de la décision de le conclure - la question pourtant essentielle du respect des conditions légales d'y recourir. Certes, nous voyons bien que cette question aura déjà pu être soumise à un juge à l'occasion du recours contre la décision de recourir au contrat de partenariat. Mais, outre que ce juge n'est pas le juge du contrat, il ne se prononce qu'au vu d'un projet, ce qui implique d'admettre que le juge de la validité du contrat tienne pour établie la légalité du recours au contrat au vu de ce qu'aura décidé un juge qui n'était pas saisi du contrat mais seulement d'un projet, qui a pu évoluer. Et priver le juge de la validité du contrat d'une vision complète du contrat nous paraît aller à rebours de la plénitude qui caractérise l'office de ce juge tel que votre jurisprudence le construit depuis une dizaine d'années.

D'autant que, pour que la sécurité juridique recherchée soit effectivement garantie, il faudra également que, lorsque la complexité a justifié non seulement le recours au contrat de partenariat mais également, ce qui sera le cas le plus fréquent, le

choix d'une procédure de dialogue compétitif, ce choix ne puisse pas davantage être discuté à l'occasion de l'examen de la validité du contrat ou de la décision de le conclure, ce qui exclut encore du champ de compétence du juge du contrat le contrôle d'un élément fondamental de la régularité de la procédure suivie, qui fait traditionnellement partie de son office.

Cet inconvénient est encore plus important si l'on se place du côté des requérants, qui n'ont pas tous intérêt à contester et la décision de principe et le contrat de partenariat. Si l'intérêt des membres des assemblées délibérantes pour agir contre ces deux actes ne fait aucun doute, il n'en va pas de même par exemple des candidats dissuadés ou évincés qui ont intérêt à contester la validité du contrat et à invoquer l'illicéité du recours à une forme contractuelle à laquelle ils n'avaient pas les moyens d'accéder ou qui a pu permettre au pouvoir adjudicateur de choisir une procédure de passation particulière. Vous avez jugé à plusieurs reprises que le choix erroné d'une procédure de passation moins contraignante que celle qui devait légalement être suivie représentait un manquement aux règles de transparence et de mise en concurrence (29 mai 2013, *Sté Delta Process*, n° 365954, s'agissant d'un marché négocié plutôt que formalisé ; 23 novembre 2011, *Société GIHP Lorraine Transports*, n° 349746, aux T, s'agissant de l'erreur commise par une collectivité qui se croyait, à tort, entité adjudicatrice). Or l'intérêt d'un candidat évincé à contester le principe du recours au contrat de partenariat ne peut par définition naître qu'au terme du processus contractuel. L'éventualité de l'évolution de l'objet du contrat entraîne ensuite une difficulté technique. Est-il concevable que le juge de la validité du contrat ou de la légalité de la décision de le conclure fasse abstraction des évolutions du projet qui ont pu conduire à lui faire perdre les caractéristiques qui justifiaient le recours au contrat de partenariat ? Il ne s'agit bien entendu pas ici de la condition d'urgence, mais de la complexité et du bilan avantageux. La question est d'autant plus importante que le recours au contrat de partenariat ne détermine pas seulement le choix d'une procédure, qui est achevée lorsque le juge du contrat est saisi. Il permet à la collectivité de prendre sur un très long terme des engagements très contraignants, notamment sur le plan financier. L'enjeu du contrôle ne porte donc pas que sur le respect des règles de transparence et de mise en concurrence mais aussi sur le bon usage des deniers publics, de sorte que les conditions de validité de l'engagement nous semblent devoir pouvoir être contrôlées au moment où il est pris et en tenant compte de son objet réel.

La présente affaire offre une illustration de l'évolution d'un projet, puisque l'un des facteurs de complexité du projet, la scénographie du musée du surf, même s'il n'était pas déterminant, a été abandonné au cours de l'élaboration du contrat. Et une telle situation peut être fréquente puisque la complexité justifie que le contenu du contrat soit élaboré avec les candidats à son attribution.

La difficulté n'est certes pas insurmontable. Le risque que la légalité d'un contrat soit appréciée au regard d'un projet qui ne correspond plus à la réalité pourrait être conjuré par un contrôle de l'objet du contrat au regard de ce qui avait été décidé initialement. Un contrat qui s'éloignerait trop de la décision de principe ne pourrait plus être regardé comme régulièrement conclu car le pouvoir adjudicateur aurait dû se prononcer de nouveau sur l'étendue de ses besoins. Mais cette solution ne ferait finalement que déplacer l'insécurité juridique du champ du contrôle des conditions légales de recours au contrat de partenariat à celui de la régularité de la procédure, sans la réduire, car la comparaison entre le projet présenté à l'assemblée délibérante lors de l'évaluation préalable et celui constituant l'objet du contrat, qui aura souvent évolué, et l'appréciation du caractère substantiel des modifications en résultant sera toujours sujet à discussions. Et comme vous le savez, la sécurité juridique que recherchent les participants à un contrat de partenariat ne dépend pas tant des

moyens susceptibles d'être invoqués à l'appui d'un recours que de sa possibilité même.

Non seulement cette solution ne garantit pas la réussite de l'objectif de sécurisation juridique qu'elle poursuit, mais elle risque d'introduire des disparités peu cohérentes dans le régime juridique des contrats de partenariat.

Disparités entre les contrats, tout d'abord, selon qu'ils seront conclus par des collectivités territoriales ou leurs établissements publics, qui doivent se prononcer sur le principe du recours à ce contrat ou par l'Etat et ses établissements publics, qui n'y sont pas tenus. Pour ces derniers, le contrôle du respect des conditions légales ne peut avoir lieu que lors de la conclusion du contrat. Lorsque l'Etat ou l'un de ses établissements publics aura annoncé son intention de passer un contrat de partenariat, faudra-t-il considérer que cette annonce révèle une décision de principe qui, si elle n'est pas contestée dans les délais, deviendra définitive et fera obstacle à ce que le juge du contrat ou de la décision de le conclure contrôle le respect des conditions légales de recours au partenariat ? Une réponse positive ne va pas de soi, car l'identification d'une décision révélée n'est jamais évidente et le risque d'un contentieux préventif systématique n'est pas nul.

Disparités entre les procédures juridictionnelles dont sont justiciables ces contrats, ensuite. Car, comme vous l'avez indiqué dans votre décision *Sueur et autres* (29 oct 2004, n° 269814, p. 393), il revient notamment au juge du référé précontractuel de contrôler que les conditions légales du recours au contrat de partenariat sont remplies. Vous avez récemment réaffirmé que ce même juge devait également vérifier que le pouvoir adjudicateur avait pu légalement faire le choix de recourir à la procédure du dialogue compétitif (11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie et mutuelle des chambres de commerce et d'industrie*, n° 364551, aux T sur ce point). Il nous semblerait peu cohérent que les conditions de recours au contrat de partenariat et à la procédure de dialogue compétitif généralement retenue lorsque le choix du contrat est justifié par la complexité puisse être contrôlée lors de la conclusion du contrat par le juge du référé précontractuel mais non par le juge du contrat. Une telle dissymétrie ne correspond pas à l'architecture de votre jurisprudence *Tropic – Dépt de Tarn-et-Garonne*.

Toutes ces raisons nous conduisent à exclure d'interdire au juge de la validité du contrat ou de la décision de conclure le contrat de contrôler le respect des conditions légales de recours au contrat de partenariat.

Cette possibilité ne devrait pas impliquer que la décision de principe ne puisse être contestée par la voie du recours pour excès de pouvoir dès qu'elle est prise. Même si elle fait partie intégrante du processus contractuel, il nous paraît très opportun de maintenir la possibilité d'un recours immédiat qui permettra de contrôler très en amont sa régularité et le respect des conditions légales au stade du projet. Nous pensons même que l'objectif de sécurité juridique devrait vous conduire à renoncer à votre conception traditionnelle du processus contractuel comme opération complexe, dont tous les éléments peuvent être soumis au juge saisi au terme de la procédure (8 déc 1997, *Sté Sotracer et ville d'Auxerre*, n° 168577, à propos d'une DSP ; 29 déc 1997, *Préfet des Côtes d'Armor*, n° 145567, à propos d'un marché public), au profit d'une irrecevabilité de la contestation de cette délibération après l'expiration du délai de recours contentieux, de sorte que ses vices propres ne menaceront plus la poursuite du processus contractuel. Non seulement sa régularité ne pourra plus être invoquée à l'occasion d'un recours contre le contrat, mais ce qui aura été jugé sur sa légalité interne, ce qui inclut les conditions du recours au contrat de partenariat, aura l'autorité qui s'attache aux décisions rendues en excès de pouvoir, c'est-à-dire, s'agissant d'une décision de rejet, une autorité relative.

Mais si la délibération de principe ne peut plus être ultérieurement contestée en tant que décision, les conditions légales du recours au contrat de partenariat doivent pouvoir être contrôlées par le

juge du contrat lorsque celui-ci est conclu, au vu de son objet et de ses clauses.

Cette solution nous semble équilibrée : elle représente un progrès dans la sécurisation du processus contractuel sans priver le juge du contrat du contrôle d'une condition essentielle de légalité du contrat ni une certaine catégorie de requérants intéressés de la possibilité de faire valoir cette illégalité.

Si vous nous suivez, vous admettez que M. Saint-Cricq puisse utilement soutenir à l'appui de ses conclusions en annulation de la délibération autorisant le maire de la commune à le signer que les conditions légales de recours à un contrat de partenariat ne sont pas réunies.

A la date à laquelle la délibération attaquée a été adoptée, les dispositions régissant les contrats de partenariat étaient celles issues de l'ordonnance du 17 juin 2004, codifiée aux articles L. 1414-1 et suivants du code général des collectivités territoriales. L'article L. 1414-2 ne permettait la conclusion d'un contrat de partenariat que dans deux hypothèses : lorsque « *compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* » ou lorsque « *le projet présente un caractère d'urgence* ».

L'urgence n'a jamais été invoquée par la commune, et la difficulté à établir le montage financier ou juridique du projet est alléguée sans aucune justification pour l'étayer. La commune disposait d'ailleurs dès le lancement de la consultation des concours financiers nécessaires à la réalisation de l'opération.

La question ne porte donc que sur la condition relative à la complexité technique du projet. La formulation de cette condition n'ayant pas été modifiée par la loi de 2008, les principes que vous dégagerez pour contrôler cette condition conserveront toute leur actualité.

Vous devrez tout d'abord décider de l'intensité de votre contrôle de juge du fond sur cette condition et nous n'avons guère d'hésitations à vous inviter à procéder à un contrôle entier de la qualification juridique des faits.

Il ne fait tout d'abord aucun doute que cette condition légale de recours à une forme contractuelle jugée par le Conseil constitutionnel dérogatoire au droit commun et devant par conséquent être strictement justifié par les circonstances auxquelles la loi en subordonne l'usage doit faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Dans sa décision 2004-506 DC du 2 décembre 2004 relative à la loi de simplification du droit, qui ratifiait l'ordonnance du 17 juin 2004 créant les contrats de partenariat, le Conseil constitutionnel souligne l'importance du contrôle du juge sur les conditions légales du recours au contrat de partenariat pour la conformité du dispositif à la Constitution (cons. 20). Quelques années plus tard, le Conseil constitutionnel a censuré une disposition de la loi relative aux contrats de partenariat qui instituait une présomption d'urgence dans certaines circonstances, au motif qu'elle empêchait le juge d'exercer un contrôle sur ce point (2008-567 DC du 24 juillet 2008, cons. 14). L'évaluation à laquelle doit procéder le pouvoir adjudicateur pour établir que les conditions du recours à ce contrat sont remplies et l'avis que lui donne dans ce cadre la Mission d'appui aux partenariats public-privés, service administratif du ministère de l'économie, ne sauraient dispenser le juge de contrôler l'application de l'ensemble des dispositions de la loi.

Ce contrôle doit ensuite être entier, pour les mêmes raisons, parce qu'il porte sur une condition légale d'ouverture d'un régime juridique dérogatoire, tant au regard du droit interne que du droit européen. Plusieurs de vos décisions conduisent à cette solution: vous effectuez en cassation un contrôle entier sur la condition d'urgence (23 juillet 2010, *M. Lenoir et Syndicat national des entreprises de second œuvre du bâtiment*, n° 326544, au rec, notamment sur ce point) comme sur la condition de complexité pour recourir à la procédure de dialogue compétitif (11 mars

2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie et mutuelle des chambres de commerce et d'industrie*, n° 364551, aux T sur ce point).

Or cette condition est identique, tant par sa fonction que par sa formulation, pour le recours au contrat de partenariat, à propos desquels vous effectuerez certainement le même contrôle de cassation. Si ces raisons justifient un contrôle entier en cassation, a fortiori justifient-elles un contrôle entier du juge du fond, qui est en général souverain lorsqu'il se limite au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

La définition de la complexité du projet par application d'un critère tenant à ce que la personne publique ne soit pas « *objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins* » pose un certain nombre de questions qui sont au cœur du présent litige : A quel moment s'apprécie la complexité du projet lorsque, comme en l'espèce, le contrôle est effectué à l'occasion de la décision de conclure le contrat, dont l'objet a pu évoluer au cours du dialogue compétitif ? En l'occurrence, la scénographie de la Cité de l'océan et du surf, présentée à l'origine comme un élément de complexité, a été retirée de l'objet du contrat. Quelle portée donner à la notion d'incapacité objective à définir seule et à l'avance les moyens techniques ? Faut-il tenir compte, en l'espèce, des études préalables réalisées en application du marché de maîtrise d'œuvre conclu par la commune bien avant le lancement de la procédure de passation du contrat de partenariat ?

Pour répondre à ces questions, il n'est pas inutile de se reporter à la directive 2004/18/CE qui pose (article 1^{er}, point 11 c) une condition de complexité pour le recours à la procédure de dialogue compétitif dont les dispositions du droit interne relatives tant à cette procédure qu'aux contrats de partenariat sont directement issues. Le considérant n° 31 de la directive précise qu'il s'agit des cas où les pouvoirs adjudicateurs sont « *dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques et/ou de solutions financières et juridiques.* » Dans la fiche explicative de la directive qu'elle a rédigée, la Commission européenne évoque deux cas de figure qui correspondraient à cette définition : « le pouvoir adjudicateur ne serait pas capable de spécifier les moyens techniques à utiliser pour réaliser la solution prescrite, ce qui devrait être relativement rare compte tenu des possibilités d'établir les spécifications techniques – totalement ou partiellement – en termes de fonctionnalités ou de performances, ou bien – ce qui devrait être plus fréquent – que le pouvoir adjudicateur n'arrive pas à établir laquelle de plusieurs solutions possibles serait la plus à même de répondre à ses besoins ».

La complexité porte sur les moyens de satisfaire les besoins de la personne publique, c'est-à-dire sur la détermination précise des prestations que le pouvoir adjudicateur souhaite obtenir de son cocontractant pour mener à bien son projet. Elle est donc nécessairement résolue lorsque le contrat est conclu ou sur le point de l'être, notamment grâce au concours des candidats lors de la procédure du dialogue compétitif.

Lorsque les conditions de recours au contrat de partenariat sont contrôlées à l'occasion d'un recours contre le contrat ou la décision de le passer, la condition de complexité doit s'apprécier au regard de l'objet du contrat tel qu'il a été conclu, à l'exclusion des besoins auxquels le pouvoir adjudicateur a renoncé en cours de procédure mais compte tenu des éléments dont il disposait à la date à laquelle il a lancé la procédure de passation. En d'autres termes, l'appréciation de la complexité ne doit pas tenir compte des contributions à la détermination des moyens techniques pouvant répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur résultant des propositions faites par les candidats au cours du dialogue compétitif.

En revanche, les éléments dont la personne publique dispose au moment où elle décide de lancer la procédure de passation et qui par conséquent ne feront pas partie des prestations attendues des candidats doivent être pris en compte. Cela découle d'abord de ce que la complexité du projet doit être appréciée au regard de l'objet du contrat. Par exemple, et la présente espèce en fournira une illustration, il ressort des dispositions de l'article L. 1414-1 que les contrats de partenariat ne comportent pas nécessairement de mission relative à la conception des ouvrages, qui peut donc faire l'objet de marchés de maîtrise d'œuvre séparés. Dans ce cas, la complexité relative à la conception des ouvrages ne pourra évidemment pas être prise en compte pour apprécier la complexité du projet faisant l'objet du contrat de partenariat, mais il faudra tenir compte des résultats des prestations de maîtrise d'œuvre dont la personne publique disposera au moment de lancer la procédure de passation du contrat de partenariat pour savoir si elle ne pouvait déterminer les moyens techniques de réalisation du projet.

Cela découle ensuite de ce que, comme le souligne la Commission européenne dans la fiche explicative que nous avons citée, "la notion d'impossibilité objective n'est pas une notion abstraite", dont l'application relèverait d'une recherche théorique de ce que peut faire un pouvoir adjudicateur. Il s'agit d'apprécier les capacités du pouvoir adjudicateur concerné, avec les données dont il dispose, y compris lorsqu'elles ont été produites par des tiers. La Commission met même à sa charge une obligation de diligence : "si par des moyens raisonnables il peut être en mesure de définir les moyens techniques nécessaires ou établir le montage juridico-financier, alors le recours au dialogue compétitif n'est pas possible". Cette obligation de diligence, qui vise seulement à éviter que le pouvoir adjudicateur organise sa propre incapacité, ne signifie évidemment pas que la complexité est exclue dès lors que le pouvoir adjudicateur peut la réduire en recourant aux services de tiers, puisque de tels services peuvent faire l'objet du contrat. La condition de complexité ne doit pas limiter le choix de la personne publique d'arrêter ses besoins, c'est à dire les prestations qu'il entend obtenir de son cocontractant. Elle ne saurait donc avoir pour objet ni pour effet de contraindre le pouvoir adjudicateur à réaliser ou faire réaliser avant de lancer la procédure des études préalables qui peuvent faire partie du contrat de partenariat. Mais si ces études existent parce qu'elles ont été réalisées en exécution d'un contrat passé avant le contrat de partenariat, il ne saurait en être fait abstraction tant pour déterminer l'objet du contrat que pour apprécier les capacités du pouvoir adjudicateur à définir les moyens de le réaliser. L'impossibilité objective de la personne publique de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins s'entend donc de sa capacité, compte tenu des personnels et des données dont elle dispose, de définir avec précision le contenu des prestations nécessaires à la réalisation du projet pour lequel elle entend conclure le contrat de partenariat.

Si vous partagez cette analyse, vous apprécierez la complexité du projet que la commune de Biarritz entendait réaliser au moyen du contrat de partenariat qu'elle a autorisé son maire à conclure par la délibération contestée au regard de l'objet de ce contrat à la date de cette délibération, c'est à dire ne comportant ni maîtrise d'œuvre, ni scénographie de la Cité de l'océan et du surf. Et vous tiendrez compte, pour savoir si elle était capable de définir seule, avant le lancement de la procédure de dialogue compétitif, les moyens techniques de réaliser ce projet, des études de conception dont elle disposait en exécution du marché de maîtrise d'œuvre qu'elle avait conclu par ailleurs.

Il temps à présent d'appliquer ces principes directeurs au projet de la commune de Biarritz. Le contrat de partenariat distingue très nettement les deux opérations que sont la construction de la Cité de l'océan et du surf et la rénovation et l'extension du Musée de la mer, le choix de les confier à un seul cocontractant répondant, ainsi qu'il ressort du rapport de présentation du projet au conseil

municipal lors de la séance à l'issue de laquelle la délibération litigieuse a été votée, à "un souci d'optimisation des coûts et des délais, de complémentarité et de cohérence dans la gestion technique". Le rapport d'évaluation préalable souligne que cette "intégration horizontale", qui a pour objectif de mutualiser et donc d'optimiser les compétences techniques mises en oeuvre, imposera au titulaire de "favoriser les synergies dans la gestion technique" des deux établissements "pour générer des économies de moyens et atteindre les performances attendues par la ville". Le rapprochement des deux opérations n'a d'autres effets que l'unité de la maîtrise d'ouvrage ; il n'implique donc pas que la commune définisse des moyens techniques particuliers. La seule complexité que ce choix peut éventuellement entraîner concerne l'organisation de ses services que le titulaire devra mettre en place pour l'exécution du contrat.

En ce qui concerne tout d'abord la Cité de l'océan et du surf, la commune disposait, lors du lancement de la procédure de dialogue compétitif, d'un avant-projet détaillé réalisé par le groupement d'architectes en exécution du marché de maîtrise d'oeuvre, qui a été annexé au programme fonctionnel remis à chaque candidat, et d'études de projet réalisées dans les mêmes conditions, qui ont également été remises aux candidats au cours de la procédure de dialogue. Ces avant-projet et études ont pour objet, comme l'indique le décret du 29 novembre 1993, de définir précisément les formes des différents éléments de la construction, la nature et les caractéristiques des matériaux et les conditions de leur mise en oeuvre, son implantation, l'emplacement et les tracés des équipements techniques, alimentations et évacuations, ainsi que les principes constructifs et le coût prévisionnel de la réalisation de l'ouvrage. Il n'est pas allégué que, pour reprendre la typologie esquissée par la Commission dans la fiche explicative de la directive que nous avons citée, le pouvoir adjudicateur n'aurait pas été en mesure, grâce à ces études, de spécifier les moyens techniques à utiliser pour réaliser la solution qu'elles prescrivaient. La commune disposait donc de données très détaillées sur les moyens techniques nécessaires à la construction du bâtiment; elle les avait communiqués aux candidats qui n'ont donc pas eu de propositions à faire sur ce point. Le contrat de maîtrise d'oeuvre doit d'ailleurs être repris par le titulaire, et le rapport de présentation au conseil municipal souligne que l'offre retenue "est conforme aux dossiers établis par la maîtrise d'oeuvre".

Quant à l'autre élément de complexité du projet initialement invoqué par la commune, relatif à la scénographie qu'il lui aurait été impossible de concevoir à l'avance, il a été abandonné au cours de la procédure et ne fait plus partie de l'objet du contrat. Il ne suffisait en tout état de cause pas à rendre le projet complexe.

En ce qui concerne l'extension et la rénovation du Musée de la mer, l'évaluation préalable à laquelle la commune a procédé relève au titre de la complexité du projet la réalisation d'un grand bassin de 1300 m³ dans un espace souterrain mitoyen d'un tunnel routier et d'un ancien bunker, la mise en place d'équipements de haute technologie et l'ouverture au public des installations existantes durant les travaux.

Ces éléments établissent certainement la difficulté technique de la réalisation du projet, mais il n'est jamais démontré ni même allégué par la commune qu'elle était dans l'impossibilité de définir à l'avance les moyens de répondre à ses difficultés. Or la condition à laquelle est subordonné le recours au contrat de partenariat n'est pas la complexité technique du projet, mais l'impossibilité de la personne publique de définir seule et à l'avance les moyens d'y faire face. La commune ne démontre ni même n'allègue que les particularités de la réalisation du projet ne pouvaient faire l'objet de conditions d'exécution du contrat fixées dans les documents de la consultation, conformément au droit commun. Ne pas exiger cette démonstration conduirait à modifier substantiellement la portée de la condition de complexité et à permettre le recours aux contrats de partenariats pour tous les

projets présentant des difficultés techniques, alors que le plus souvent le pouvoir adjudicateur est parfaitement en mesure d'intégrer ces difficultés dans la définition de ses besoins.

Nous vous proposons donc de juger que les conditions pour recourir au contrat de partenariat n'étant pas remplies, la commune de Biarritz ne pouvait légalement autoriser son maire à signer un tel contrat. Vous annulez donc, sans avoir à examiner l'autre moyen de la requête d'appel de M. Saint-Cricq tiré de ce que la commission consultative des services publics locaux n'aurait pas été consultée et qui n'est pas fondé, le jugement du TA de Pau et la délibération du 23 juillet 2008 en tant qu'elle autorise le maire à signer le contrat de partenariat.

En revanche, il n'y a pas lieu d'étendre cette annulation à l'acceptation par la commune de la cession de créances consentie par la SNC Biarritz Océan à son organisme financier prêteur et à l'autorisation de signer l'accord autonome entre la commune et ce dernier, qui en sont divisibles et contre lesquels aucun moyen n'est soulevé.

Il n'y a pas non plus lieu de l'étendre à l'autorisation donnée au maire par la même délibération de verser aux deux candidats non retenus une somme de 150 000 euros chacun est indépendante de la conclusion du contrat de partenariat. Elle indemnise les candidats des prestations qu'ils ont réalisées dans le cadre du dialogue compétitif et qui ont pu être utiles à la commune. Aucun moyen n'est d'ailleurs dirigé contre cette décision.

Vous pourrez enfin mettre à la charge de la commune de Biarritz le versement à M. Saint-Cricq d'une somme de 6 000 euros au titre des frais qu'il a exposés devant le tribunal, devant les cour et devant vous. La SNC Biarritz Océan, partie perdante, ne peut prétendre au remboursement des frais qu'elle a exposés dans cette instance.

Tel est le sens de nos conclusions dans cette affaire.

Référence 4 : CE 30 juillet 2014, Commune de Biarritz, n°363007

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la commune de Biarritz a décidé, par une délibération du 26 janvier 2007, le principe du recours à un contrat de partenariat pour la réalisation d'un projet dénommé « Biarritz-Océan » comportant le financement et la réalisation d'une nouvelle « Cité de l'océan et du surf », le financement et la réalisation de travaux d'extension et de modernisation de son « Musée de la mer » et la maintenance des deux installations ; que la commune se pourvoit en cassation contre l'arrêt par lequel la cour administrative d'appel de Bordeaux a, sur requête de M. Saint-Cricq, annulé la délibération du 23 juillet 2008 par laquelle, au terme de la procédure de dialogue compétitif qui a conduit à sélectionner la société en nom collectif Biarritz Océan, le conseil municipal de Biarritz a autorisé le maire de la ville à signer le contrat de partenariat avec cette société ;

2. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la commune de Biarritz avait opposé devant le tribunal administratif de Toulouse une fin de non-recevoir tirée de ce que les requérants de première instance, au nombre desquels figurait M. Saint Cricq, n'avaient pas, en leur qualité de conseillers municipaux, intérêt à agir dès lors que la délibération attaquée ne portait pas atteinte à leurs prérogatives ou à leur statut ; que, contrairement à ce que soutient M. Saint-Cricq devant le Conseil d'Etat, une telle fin de non-recevoir pouvait être utilement présentée ; que, dès lors, la cour administrative d'appel de Bordeaux ne pouvait régulièrement faire droit aux conclusions présentées, en appel, par M. Saint-Cricq sans avoir au préalable écarté expressément cette fin de non-recevoir qui, même non reprise en appel, n'avait pas été abandonnée par la commune ; qu'en omettant d'écarter cette fin de non-recevoir, elle a par suite

méconnu son office ; qu'ainsi, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, son arrêt doit, pour ce motif, être annulé ;

3. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

Sur les fins de non-recevoir opposées en première instance et en appel par la commune de Biarritz :

4. Considérant, d'une part, que M. Saint-Cricq justifiait, en sa qualité de conseiller municipal de la commune de Biarritz, d'un intérêt à attaquer la délibération dont il demandait l'annulation, même sans se prévaloir d'une atteinte portée à ses prérogatives ;

5. Considérant, d'autre part, que le mémoire d'appel présenté par M. Saint Cricq comporte des moyens critiquant le jugement du tribunal administratif de Pau et ne se borne pas à la reproduction littérale de son argumentation devant ce tribunal ; qu'il répond ainsi aux exigences de l'article R. 411-1 du code de justice administrative ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les fins de non-recevoir opposées par la commune de Biarritz doivent être écartées ;

Sur la légalité de la délibération attaquée :

7. Considérant qu'aux termes de l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction applicable à l'espèce : « *Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels la personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée (...)* Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser. Il peut se voir confier tout ou partie de la conception des ouvrages. La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat (...) » ;

8. Considérant que l'article L. 1414-2 du même code, dans sa rédaction applicable à l'espèce, limite le recours au contrat de partenariat aux seuls projets pour lesquels une évaluation préalable conduite par la personne publique « *montre ou bien que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence ; (...)* » ; qu'aux termes du dernier alinéa du même article : « *L'évaluation mentionnée ci-dessus est présentée à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou à l'organe délibérant de l'établissement public, qui se prononce sur le principe du recours à un contrat de partenariat.* » ;

9. Considérant que M. Saint-Cricq soutient que la délibération du 23 juillet 2008 autorisant le maire de Biarritz à signer un contrat de partenariat est entachée d'illégalité, faute, pour le projet « Biarritz Océan », de remplir une des conditions, posées par l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales cité ci-dessus, auxquelles il peut être légalement recouru à un contrat de partenariat ; que, contrairement à ce que soutient la commune de Biarritz, le moyen tiré de ce que les conditions de recours au contrat de partenariat ne sont pas réunies peut être utilement soulevé à l'appui d'un recours dirigé contre l'acte par

lequel la signature d'un tel contrat est autorisée ; que le respect des conditions posées par la loi s'apprécie au vu de l'évaluation préalable qui a donné lieu à la délibération prévue par le dernier alinéa de l'article L. 1414-2 du même code ;

10. Considérant que la commune de Biarritz a justifié le recours au contrat de partenariat par la complexité technique du projet « Biarritz-Océan », dans ses deux composantes, et, subsidiairement, par la complexité du montage juridique et financier à établir pour l'ensemble du projet ;

En ce qui concerne l'extension et la rénovation du « Musée de la mer » :

11. Considérant que la commune fait valoir, en prenant appui sur l'évaluation préalable au recours au contrat de partenariat à laquelle elle a procédé, que le projet d'extension et de rénovation du « Musée de la mer » se traduit par la réalisation d'un aquarium de 1 300 m3 réalisé dans un espace souterrain mitoyen d'un tunnel routier et d'un ancien bunker, implique la mise en place d'équipements de haute technologie et requiert le maintien de l'ouverture au public des installations existantes pendant la durée des travaux ; que la seule invocation de la complexité des procédés techniques à mettre en œuvre ne peut suffire à justifier légalement le recours au contrat de partenariat, en l'absence de circonstances particulières de nature à établir qu'il était impossible à la commune de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques propres à satisfaire ses besoins ;

En ce qui concerne la « Cité de l'océan et du surf » :

12. Considérant que, pour apprécier la capacité objective de la personne publique à définir seule et à l'avance les moyens techniques permettant de répondre à ses besoins et, par suite, pour déterminer si la complexité technique du projet justifie légalement le recours au contrat de partenariat, il n'y a pas lieu de tenir compte des études postérieures au lancement de la procédure de passation du contrat que cette personne publique serait en mesure de confier à un tiers, soit dans le cadre du contrat de partenariat qu'elle envisage de conclure, soit au titre d'un contrat distinct ; qu'en revanche, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des études, même réalisées par des tiers, dont la personne publique dispose déjà à la date à laquelle elle décide de recourir au contrat de partenariat ;

13. Considérant, d'une part, qu'il ressort des pièces du dossier que le conseil municipal de la commune de Biarritz avait décidé dès 2004 le lancement d'un concours de maîtrise d'œuvre en vue de la conception de la « Cité de l'océan et du surf » ; qu'à l'issue de ce concours, la commune de Biarritz a, à la fin de l'année 2005, passé un contrat de maîtrise d'œuvre portant sur le bâtiment et la scénographie de la « Cité de l'océan et du surf », qui incluait la conception du projet et le suivi de sa réalisation ; que ce contrat a donné lieu à l'établissement d'un avant-projet détaillé, que la commune de Biarritz a annexé au programme fonctionnel remis à chaque candidat au contrat de partenariat dès la première phase du dialogue engagé pour sa passation, et même, s'agissant du bâtiment, à des études de projet remises aux candidats lors du lancement, fin 2007, de la deuxième phase du dialogue ; que la commune de Biarritz ne fournit aucune précision suffisante de nature à établir que, malgré les circonstances rappelées ci-dessus, elle n'aurait pas été objectivement en mesure de définir, à la date à laquelle elle a décidé de recourir au contrat de partenariat, les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;

14. Considérant, d'autre part, que si la commune fait état de la complexité de la scénographie de la « Cité de l'océan et du surf » et de la nécessité de faire appel à des équipements de haute technologie, elle n'invoque aucune circonstance particulière de nature à établir que cet aspect particulier du projet, qui, au demeurant, a été ultérieurement exclu du périmètre du contrat au cours de la phase de dialogue compétitif, l'empêchait de définir

seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;

En ce qui concerne le projet « Biarritz-Océan » pris dans son ensemble :

15. Considérant, d'une part, que si la commune de Biarritz a souhaité que la construction de la « Cité de l'océan et du surf » et l'extension et la rénovation du « Musée de la mer » soient confiés à un même opérateur privé, chargé, après la réalisation des travaux, de l'entretien et de la maintenance des deux équipements, elle n'apporte aucun élément précis de nature à établir que le regroupement des deux composantes du projet la mettait dans l'impossibilité de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques propres à satisfaire ses besoins, alors même que ce rapprochement aurait été décidé dans un souci d'optimisation des coûts et de complémentarité dans la gestion de ces équipements ;

16. Considérant, d'autre part, que si la commune de Biarritz fait valoir que le recours au contrat de partenariat était également justifié par l'impossibilité dans laquelle elle se trouvait d'établir le montage financier et juridique du projet pris dans son ensemble, elle n'apporte aucun élément permettant d'apprécier le bien-fondé de cette allégation ;

17. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que si l'évaluation préalable du projet « Biarritz-Océan » effectuée par la commune de Biarritz en application de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales faisait apparaître de nombreux éléments de complexité technique, il ne ressort pas des pièces du dossier que, compte tenu de l'ensemble des circonstances particulières exposées ci-dessus, la commune aurait été dans l'impossibilité de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ; qu'ainsi le projet ne remplissait pas la condition de complexité, seule invoquée par la commune, pour qu'il fût légalement possible de recourir au contrat de partenariat pour le réaliser ;

18. Considérant, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, que M. Saint-Cricq est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Pau a rejeté sa demande dirigée contre la délibération du 23 juillet 2008 en tant qu'elle autorise le maire de Biarritz à signer un contrat de partenariat avec la société en nom collectif Biarritz-Océan ;

19. Considérant que si M. Saint-Cricq demande également l'annulation de cette délibération du 23 juillet 2008 en tant qu'elle autorise le maire de Biarritz, d'une part, à signer l'acte d'acceptation de la cession de créances consentie par la SNC Biarritz Océan à la société Dexia ainsi que l'accord direct passé entre la commune et cette société et, d'autre part, à verser une somme de 150 000 euros à chacun des deux candidats non retenus, il n'articule aucun moyen utile contre cette partie de la délibération litigieuse, qui est divisible de l'ensemble ; qu'il n'est par suite pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Pau a rejeté, dans cette mesure, sa demande d'annulation de la délibération du 23 juillet 2008 ;

Référence 4 : CE, 23 mai 2011, Commune de Six-Fours-Les-Plages, *BJCP* n° 77, juill.-août 2011, p. 258, concl. Boulouis ; *AJDA* 2011, p. 1515, note Dreyfus.

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 17 août et 17 novembre 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentés pour la COMMUNE DE SIX FOURS LES PLAGES, représentée par son maire ; la commune demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler l'arrêt n° 09MA01507-09MA01508 du 17 juin 2010 de la cour administrative d'appel de Marseille, en tant qu'il a

rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement n° 072660-072825 du 16 avril 2009 du tribunal administratif de Toulon annulant la délibération du 28 mars 2007 par laquelle le conseil municipal de Six-Fours-les-Plages avait, d'une part, approuvé la convention de partenariat portant sur le festival les voix du Gaou conclue entre la commune et la société Adam Concerts, et d'autre part, autorisé son maire à signer cette convention ;
2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son appel ;
3°) de mettre à la charge de Mme A et de MM. D, C, et B la somme de 5 000 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 ;

Vu l'ordonnance n° 45-2339 du 13 octobre 1945 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Fabrice Aubert, Auditeur,

les observations de la SCP Peignot, Garreau, avocat de la COMMUNE DE SIX-FOURS-LES-PLAGES,

- les conclusions de M. Nicolas Boulouis, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Peignot, Garreau, avocat de la COMMUNE DE SIX-FOURS-LES-PLAGES ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'entre 1996 et 2006, la COMMUNE DE SIX-FOURS-LES-PLAGES a pris en charge l'organisation d'un festival de musique intitulé les Voix du Gaou sur la presqu'île du Gaou ; que, par délibération du 28 mars 2007, le conseil municipal a approuvé la passation d'une convention d'une durée de trois ans avec la société Adam Concerts pour lui confier la poursuite de l'organisation de ce festival, autorisé le maire à signer la convention et accordé à la société une subvention annuelle de 495 000 euros ; que par jugement du 16 avril 2009, le tribunal administratif de Toulon a annulé cette délibération au motif que la commune n'avait pu déléguer un service public sans procéder aux formalités de publicité et mise en concurrence applicables ; que par l'arrêt attaqué du 17 juin 2010, la cour administrative d'appel de Marseille, après avoir constaté qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les conclusions à fin de sursis à exécution du jugement du tribunal administratif de Toulon, a confirmé cette annulation ;

Considérant que, pour juger que l'organisation du festival des Voix du Gaou était constitutive d'un service public, la cour administrative d'appel de Marseille s'est fondée sur la nature des prestations confiées à la société Adam concerts, consistant à organiser chaque été neuf concerts de musique de variétés, ainsi que sur la circonstance que la commune avait créé ce festival, le subventionnait et en mettait les lieux à disposition de l'exploitant ; qu'en statuant ainsi, alors qu'elle relevait par ailleurs l'absence, notamment, de tout contrôle de la personne publique sur la programmation artistique et sur les tarifs des spectacles, de sorte que la commune ne pouvait être regardée comme faisant preuve d'une implication telle que les conditions d'organisation de ce festival permettent de caractériser une mission de service public, la cour a commis une erreur de droit ; que, dès lors, la COMMUNE DE SIX-FOURS-LES-PLAGES est fondée à demander l'annulation des articles 2, 4 et 5 de l'arrêt attaqué ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler, dans cette mesure, l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

Considérant qu'il résulte de ce qui vient d'être dit que c'est à tort que, pour faire droit aux conclusions à fin d'annulation présentées, d'une part, par M. B et, d'autre part, par M. C, M. D et Mme A, le tribunal administratif de Toulon a jugé que la

commune avait, par la convention litigieuse, délégué une mission de service public à la société Adam Concerts ;

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 M. B et autres devant le tribunal administratif de Toulon et la cour administrative d'appel de Marseille ;

Considérant qu'en vertu des dispositions du I de l'article 1er du code des marchés publics, les 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 sont des marchés publics soumis aux dispositions de ce code ; qu'il ressort des pièces du dossier que la convention du 28 mars 2007, signée sans procédure de publicité et mise en concurrence, a été conclue à l'initiative la COMMUNE DE SIX-FOURS-LES-PLAGES, en vue de confier à un professionnel du spectacle des prestations d'exploitation de la billetterie et de promotion du festival des Voix du Gaou ; qu'elle prévoit ainsi la fourniture d'un service à la commune pour répondre à ses besoins, moyennant un prix tenant en l'abandon des recettes du festival et au versement d'une somme annuelle de 495 000 euros ; que, dès lors, la convention litigieuse doit être regardée comme constitutive d'un marché public de services ;

Considérant que la commune requérante ne peut utilement se prévaloir, d'une part, de ce que les sommes versées à la société étaient appelées subventions et, d'autre part, de ce que les personnes publiques peuvent accorder des subventions aux entreprises de spectacles vivants en application des dispositions de l'article 1-2 de l'ordonnance du 13 octobre 1945 relative aux spectacles, lesquelles ne permettent pas de déroger, en tout état de cause, aux règles de publicité et de mise en concurrence prévues par le code des marchés publics ; qu'il résulte de ce qui précède que la commune ne pouvait conclure la convention litigieuse sans procéder aux mesures de publicité et de mise en concurrence applicables aux marchés publics de services ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la COMMUNE DE SIX-FOURS-LES-PLAGES n'est pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Toulon a annulé la délibération du 28 mars 2007 de son conseil municipal approuvant la convention litigieuse et autorisant le maire à la signer ; que, par suite, ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative doivent être rejetées ; qu'en revanche il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à sa charge, en application de ces mêmes dispositions, d'une part, une somme globale de 1 500 euros au titre des frais exposés par MM. C et D et Mme A, d'autre part, la même somme au titre des frais exposés par M. B ;

D E C I D E :

Article 1er : Les articles 2, 4 et 5 de l'arrêt du 17 juin 2010 de la cour administrative d'appel de Marseille sont annulés.

Article 2 : La requête d'appel de la COMMUNE DE SIX-FOURS-LES-PLAGES et le surplus des conclusions de son pourvoi sont rejetés.

Article 3 : La COMMUNE DE SIX-FOURS-LES-PLAGES versera à MM. C et D et à Mme A une somme globale de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La COMMUNE DE SIX-FOURS-LES-PLAGES versera à M. B une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la COMMUNE DE SIX-FOURS-LES-PLAGES, à M. Bernard D, à M. Philippe C, à Mme Josiane A et à M. Erik B.