

Fiche n° 5

TYPOLOGIE DES CONTRATS : LE MARCHE PUBLIC

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 droit 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 24 mai 2017, Société Régale des Îles.
Référence 4 : CE 24 mai 2017, 7ème et 2ème ch., Société Régale des îles, n°407213.
Référence 5 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 23 mai 2011, Commune de Six-Fours Les Plages.
Référence 6 : CE, 23 mai 2011, Commune de Six-Fours Les Plages, req. n°342520.

DÉCISIONS DU CORPUS

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

EXERCICES SUGGÉRÉS :

Épreuve théorique : dissertation

- *Subvention et marché public*

Épreuve pratique : 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 mât 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. Haïm *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 », *BJDCP* 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. Conclut 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 recommande, 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 inconnus : 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'acquiescer 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 » ?

A 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. A 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'État 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 décisions 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 », BJDPC 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 juriscasseur 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 pouvez 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 20052, 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 le 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'endigage. Ajoutons que, sous réserve de les examiner au cas par cas, ce qui, on l'oublie trop souvent, est obligatoire en matière contractuel, 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 Tromprier-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 déferé 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'acquérir 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 Gilles Pellissier sur CE 24 mai 2017, Société Régal des Îles

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

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

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

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

En effet, vous savez que si l'article L. 551-14 du CJA dispose que le référé contractuel "n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551 ou à l'article L. 551-5 [référé précontractuel] dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 [lorsque le tribunal est saisi d'un recours] et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours", ces cas d'ouverture du référé contractuel ne sont pas les seules. Il est également ouvert, pour les contrats soumis à une procédure formalisée prévoyant l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de notifier aux candidats évincés le rejet de leurs offres et le délai pendant lequel il s'abstiendra de conclure le marché, lorsque ces informations n'ont pas été données au candidat évincé (10 novembre 2010, Etablissement public national des produits de l'agriculture et de la mer (France Agrimer), n° 340944, aux T), qu'elles étaient erronées (24 juin 2011, OPIEVOY, n° 346665 : absence

d'indication du délai de suspension de la signature du contrat ; 18 déc 2012, Métropole Nice-Côte d'Azur, n° 363342 : absence d'information des motifs du rejet de l'offre) ou que le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté ce délai de suspension. S'agissant des contrats dont le régime de passation ne prévoit pas une telle obligation, ce qui est le cas des marchés passés selon une procédure adaptée et des concessions, il est, en application de l'article L. 551-15 du CJA, ouvert lorsque la personne publique n'a pas « avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication » (19 janvier 2011, Grand port maritime du Havre n° 343435, au rec; 25 octobre 2013, Cne de La Seyne-sur-Mer, n° 370393, aux T, pour une application à une délégation de service public).

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

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

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

S'agissant d'un contrat qui remplit les conditions communes à ces deux catégories contractuelles tenant à la nature du commanditaire, au caractère onéreux du contrat et à son objet, le critère de distinction est celui de la rémunération du cocontractant, prix versé par la collectivité pour un marché public ou exercice du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, dans le cas des concessions, dont font partie les délégations de service public.

Les concessions de service sont définies à l'article 5 de l'Ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession comme des contrats par lesquels une autorité concédante confie la gestion d'un service à un opérateur économique "à qui est transféré un risque lié à l'exploitation ... du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter ... le service qui fait l'objet du contrat, soit de

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

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

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

Le risque d'exploitation se situe donc uniquement sur les recettes perçues sur les usagers, qui ne représentent qu'environ 15 % du montant total des recettes. Comme l'indique tant le contrat lui-même que la commune devant le tribunal, le risque économique porte sur la différence entre les repas commandés et ceux servis, les premiers ne donnant pas lieu au versement du complément de prix unitaire, sur les variations de la fréquentation ainsi que sur les impayés par les usagers. Mais ces risques sont faibles, d'autant que la durée de la convention (14 mois) est courte: l'existence d'un dispositif de commande des repas, prévu par l'article 12.2, devrait limiter le nombre de repas commandés et non servis. Entre le mois d'août et le mois de décembre 2016, cet écart était de 6,75 %, soit environ 20 000 repas, ce qui, projeté sur l'année, est peu rapporté au nombre annuel estimatif de repas, de 880 265. Le nombre d'usagers de ces services de restauration est très peu sujet à variations, comme vous l'avez déjà relevé à propos de services similaires dans votre décision du 5 juin 2009, société Avenance Enseignement et Santé (n° 298641, aux T). Enfin, la commune ne vous fournit aucune évaluation du risque découlant des impayés.

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

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

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

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

Les conditions posées par les dispositions précitées de l'article 30 pour passer régulièrement de gré à gré un marché en principe soumis à publicité et mise en concurrence sont effectivement très strictes, particulièrement en ce qui concerne l'intensité et la cause de l'urgence. Celle-ci doit être impérieuse et résulter de circonstances imprévisibles et extérieures à l'acheteur. La Cour de justice a, à plusieurs reprises, jugé qu'une situation devenue urgente du fait du retard de l'acheteur à passer un marché faisait obstacle à ce qu'il s'en prévale pour échapper à ses obligations de publicité et

de mise en concurrence (CJCE, 14 septembre 2004, Comm c/ Italie, aff. C-385/02 ; 15 octobre 2009, Comm c/ Allemagne, C-275/08).

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

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

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

Les conséquences que le juge des référés contractuels doit tirer des irrégularités qu'il a relevées sont fixées par les articles L. 551-18 et 19 du CJA. La sanction de l'absence totale des mesures de publicité requises pour la passation du contrat, ce qui est le cas en l'espèce, est, en application du 1er alinéa de l'article L. 551-18, la nullité du contrat. L'article L. 551-19 prévoit cependant que le juge peut sanctionner le manquement « soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ... si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général ».

Le juge administratif dispose également, en vertu du pouvoir général de fixer la date de prise d'effet des mesures qu'il prononce, de la possibilité de reporter dans le temps la nullité du contrat, et ce alors même qu'aucune raison impérieuse d'intérêt général ne

justifie le prononcé de l'une des mesures alternatives à l'annulation du contrat prévues par l'article L. 551-19 du code de justice administrative (1er juin 2011, sté Koné, n° 346405, au rec).

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

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

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

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

EPCMNC :

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

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

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

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

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

1°) d'annuler cette ordonnance en tant qu'elle a rejeté ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative ;

2°) réglant l'affaire en référé, de faire droit à ces conclusions ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;
- le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- le code de justice administrative ;

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

conclusions présentées sur le fondement de l'article L 551-13 du code de justice administrative ;

Sur la recevabilité du référé contractuel :

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

3. Considérant que l'article L. 551-14 précité du code de justice administrative, qui prévoit que le référé contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du même code et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours, n'a pas pour effet de rendre irrecevable un référé contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement introduit un référé précontractuel alors qu'il était dans l'ignorance de la signature du contrat du fait, s'agissant d'un contrat soumis à publicité préalable et à l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus, d'un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations ainsi qu'à celle consistant à observer avant de signer le contrat, un délai de onze jours après cette communication, ou, s'agissant d'un contrat relevant de l'article L. 551-15 du code, de l'absence de publication par le pouvoir adjudicateur de son intention de conclure le contrat ou de respect, avant de le signer, d'un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de l'avis et la date de conclusion du contrat ;

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

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

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

Sur le bien fondé du référé contractuel :

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

En ce qui concerne la qualification du contrat :

8. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « *Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* » ; d'autre part, qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « *Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. / La part de risque transférée au délégataire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le délégataire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le délégataire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation du service* » ;

9. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la convention litigieuse, dénommée « concession provisoire de service public pour la gestion du service de restauration municipale », a pour objet de déléguer par affermage provisoire le service public de restauration scolaire ; qu'aux termes de son article 2, « *la gestion du service est assurée par le concessionnaire à ses risques et périls* » et celui-ci « *perçoit auprès des usagers un prix* » ; que les stipulations de l'article 37 relatives à la rémunération du concessionnaire prévoient que le concessionnaire reçoit, en plus des recettes perçues sur les usagers, une subvention forfaitaire d'exploitation annuelle versée par la commune de Saint-Benoît,

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

En ce qui concerne la régularité de la procédure :

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

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

12. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Régéal des Îles est fondée à soutenir que la commune de Saint-

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

Référence 5 : Conclusions du rapporteur public sur CE 23 mai 2011, 7ème et 2ème ch., Commune de Six-Fours Les Plages

La commune de Six-Fours Les Plages a créé en 1996 un festival de musique, dénommé « Les Voix du Gaou », qu'elle a géré directement pendant dix ans. En mars 2007, elle a décidé de passer une convention dite « de partenariat » avec la Sté Adam Concerts.

Plusieurs élus municipaux ont obtenu l'annulation de la délibération approuvant la convention et autorisant le maire à la signer. Le TA de Toulon comme la CAA de Marseille ont analysé la convention comme une délégation de service public (DSP) qui ne pouvait être légalement conclue qu'après publicité et mise en concurrence. Les juges d'appel ont estimé que le festival était « eu égard aux caractéristiques de sa création, de son organisation et de son fonctionnement un service public administratif dès l'origine », que sa gestion par un tiers relevait par suite d'une délégation de service public qui impliquait une procédure de publicité, concluant leur raisonnement par le constat que les stipulations de la convention de partenariat ne prévoient aucun contrôle de la commune sur la programmation et les tarifs.

Dans ce raisonnement, 3 affirmations ou déductions nous gênent : 1° Nous ne nous appesantirons pas sur l'identité, qui n'est pas critiquée - et pour cause - par la commune, que les juges d'appel établissent entre gestion déléguée d'un service public et DSP qui fait l'impasse sur le critère de la rémunération permettant de distinguer un marché de service public et une DSP.

2° Nous sommes également gêné par la référence pour qualifier le contrat et surtout l'activité du cocontractant, aux conditions de création, d'organisation et de fonctionnement du festival. Il n'est certes pas indifférent de constater, en 1ère analyse, que l'activité n'a pas été créée ex nihilo, qu'elle répond à une sorte de tradition publique, référence implicite peut-être à la jurisprudence bien connue sur les fêtes traditionnelles (Assemblée, 22 novembre 1946, Commune de St-Priest-La-Plaine p 279).

Mais nous y voyons surtout l'emploi des termes que vous avez utilisés dans votre décision de Section 22 février 2007 Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI) et qui sont utilisés dans cet arrêt non pour caractériser une activité mais pour déterminer si une personne privée exerçant une activité d'intérêt général et ne disposant pas à cet effet de prérogatives de puissance publique a été créée, est organisée et fonctionne de telle manière qu'il apparait, avec d'autres indices, que l'administration a bien entendu lui confier une mission de service public (en ce sens la rédaction de l'arrêt et la chronique à l'AJDA1). Cette question n'est pas pertinente pour qualifier une DSP et appliqué à l'activité elle-même, le questionnement ne peut déboucher que sur une présomption d'activité de service public et non une certitude. Il faut que les stipulations du contrat confirment cette analyse. Car comme le dit la Cour en tête de son

arrêt « constitue un service public une activité d'intérêt général exercée par une personne publique ou sous son contrôle ».

3° Or et c'est là la 3ème difficulté, les juges d'appel font intervenir le contrôle de la personne publique sur le cocontractant exclusivement en aval de la qualification de la DSP. Le droit des DSP leur donne raison d'en faire une composante essentielle de la relation entre délégant et délégataire, voire un élément de la légalité de la délégation si c'en est une mais nous croyons que le contrôle intervient ou peut intervenir également en amont, au stade de la qualification du contrat. Il peut en effet être un moyen pour la personne publique de participer à la définition de l'activité.

L'identification d'un service public comporte l'identification d'une activité d'intérêt général mais n'est pas directement tributaire du mode de gestion de l'activité. C'est l'évidence pour des services publics, qualifiés de tels par la loi. Mais ce qui vaut pour eux vaut aussi pour des activités auxquelles ne suffit pas d'être ce qu'elles sont pour prétendre au label. Toutefois pour que le mode de gestion soit neutre, il faut que l'activité reste la même et la maîtrise de l'activité, c'est-à-dire le contrôle de sa consistance et son contenu, que la personne publique détenait en l'assurant directement doit se retrouver en cas de délégation dans le contrat, soit par une définition précise de cette activité, soit par un droit de regard. Dans ces cas, ce qui n'était pas apparent en régie, doit l'être en délégation pour que l'activité soit regardée comme identique.

En l'espèce, l'activité litigieuse est celle de l'organisation de spectacles sur le territoire de la commune. Nous éliminons en effet l'activité purement économique : la circonstance que le festival engendre des retombées économiques et participe à la renommée de la commune n'est pas négligeable mais l'on ne saurait parler d'une délégation du service public du développement économique de la commune. Et il n'est pas contestable que l'organisation de spectacles est une activité d'intérêt général, susceptible de recevoir la qualification de service public. Votre jurisprudence comporte de nombreux arrêts en ce sens (Sect. 24 janvier 1944, Léoni, p. 26; Section, 12 juin 1959, Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie, p. 363 ; 8 juin 1994, Delrez, n° 143272, T p. 839; 2 juin 1995, Ville de Nice, n° 123647, T p. 685 et 1050, à propos du festival d'Antibes et Section, 6 avril 2007, n° 284736, Commune d'Aix-en-Provence). Toutefois, il nous semble que, pas plus que la restauration, qui n'est pas un service public à l'Orée du bois de Boulogne (12 mars 1999 Ville de Paris p) alors qu'elle l'est dans une administration ou une école (15 février 1993 Ministre de l'économie et des finances p 32 ; Ass 5 juillet 1985 Ville d'Albi p.220), l'activité consistant à organiser des spectacles n'est en soi une activité de service public.

Aucun des arrêts que nous avons cités relatifs à l'organisation de spectacles n'est relatif à une concession ou une délégation de service public. La plupart traitent de la question alors que le service était assuré en régie ou équivalent, à l'exception de la décision Ville de Nice qui se prononce sur un acte détachable et à propos d'un moyen relatif aux budgets des SPIC communaux. Autrement dit, vous ne vous êtes pas prononcés sous l'angle de la qualification contractuelle.

En l'espèce, l'objet du contrat est l'organisation de 9 concerts de variété nationale ou internationale au cours de la période du 8 juillet au 8 août des années 2007 à 2009 moyennant le versement d'une subvention de 495 000 €. Selon le préambule de la convention, la Sté entend diriger la conception et la définition du projet de festival, la seule contrainte imposée étant de ne pas nuire à l'image de la commune, de mentionner sa participation et de

faire figurer son logo dans les campagnes de promotion. La convention de partenariat stipule que la commune n'a de responsabilité ni dans la production et la qualité des spectacles, ni dans la billetterie et le tarif des spectacles, ceux-ci étant placés sous la responsabilité financière, morale et artistique de la Sté (art 6).

Il existe donc une différence relevée par la Cour entre l'activité assurée par la commune et celle confiée à la Sté : elle tient aux responsabilités - artistique et financière - que la commune avait nécessairement lorsque le festival était assuré en régie.

Deux solutions s'offrent à vous. Soit valider le raisonnement de la Cour en constatant qu'il s'agit toujours d'organiser des spectacles, que cette activité est une activité d'intérêt général, d'ampleur suffisante pour être déléguée³ et que l'absence de contrôle sur l'activité, autre que la définition assez vague de la nature des concerts - variété nationale ou internationale des concerts - n'a pas d'incidence sur la qualification de service public. Vous écarterez alors le moyen d'erreur de droit tiré de ce que les juges d'appel ne pouvaient se borner à qualifier l'activité telle qu'elle était avant la convention sans prendre en compte la question du contrôle. Soit, à l'inverse, accueillir le moyen, solution qui a notre préférence. A propos de l'exploitation en régie du théâtre municipal de Dijon la décision précitée de Section Léoni indiquait que « le conseil municipal a eu principalement pour but d'assurer un service permanent de représentation théâtrales de qualité, d'après un répertoire établi avec le souci de choisir et varier les spectacles en faisant prédominer les intérêts artistiques sur les intérêts commerciaux de l'exploitation ». Nous ne voulons pas sous-entendre par là que Bénabar, Zazie ou I Muvrini - pour ne citer que quelques unes des vedettes des « Voix du Gaou » - ne font pas des spectacles de qualité. Mais pour que l'activité d'intérêt général - et le divertissement de masse en est une - devienne un service public, il faut un supplément, une valeur ajoutée donnée par la personne publique. La décision Léoni peut faire sourire, apparaître désuète mais elle exprime comme d'autres (voir en particulier Sect 30 oct 1953 Bossuyt p 566) le fait que tout divertissement organisé par une collectivité publique ou sous son contrôle n'est pas de ce fait une activité de service public, mais implique pour ce faire, un contenu et des circonstances qui la distinguent des autres.

De ce point de vue, la décision Léoni reste actuelle. Et nous en tirons la conséquence qu'en dépit ou peut-être à cause de la création et du fonctionnement en régie du festival pendant 10 ans, l'activité ici en cause sur le contenu précis duquel et sur l'accès auquel la personne publique renonce explicitement à un droit de contrôle pour se contenter des retombées économiques directes ou indirectes, ne peut posséder ce supplément qui en ferait un service public.

En définitive, rien ne distingue cette activité d'une activité de prestation de services. Nous vous proposons donc de casser l'arrêt dans la mesure contestée, c'est-à-dire en tant qu'il a rejeté l'appel contre le jugement ayant annulé la délibération de la commune approuvant la convention et autorisant le maire à la signer.

Vous censurerez le motif retenu par le TA mais par l'effet dévolutif maintiendrez l'annulation.

Les requérants initiaux soutiennent en effet que l'objet de la convention en fait un marché de services, entrant dans le champ de la directive 2004/18 (et donc, même s'ils ne le précisent pas, du CMP). C'est aussi notre analyse. Ce service est un service non prioritaire au sens de la directive et de l'article 29 du CMP. Par suite si le marché n'est pas soumis aux procédures formelles de passation, il aurait dû n'être conclu qu'après publicité et mise en concurrence selon une procédure adaptée définie en application

des articles 28 et 30, la commune ne justifiant d'aucune circonstance propre à l'en dispenser.

La commune soutient que l'ordonnance n° 45-2339 du 13 octobre 1945 relative aux spectacles permet de déroger au droit des marchés publics. Son article 1er-2 dispose que « les entreprises de spectacles vivants peuvent être subventionnées par l'État, les collectivités territoriales et leurs groupements et établissements publics dans le cadre de conventions. ».

Mais ces dispositions ne constituent pas une autorisation à ne pas appliquer le CMP et encore moins le droit communautaire. Rien ni en droit interne, ni en droit communautaire ne permet en effet d'adopter une telle lecture que la spécialité des spectacles culturels ne justifie pas. La mise en concurrence n'a pas de sens lorsque c'est un artiste déterminé que la collectivité publique entend engager mais même dans cette hypothèse le CMP est en principe applicable, dans ses dispositions excluant publicité et mise en concurrence. Dès lors qu'elle attend d'une entreprise l'organisation de spectacles librement déterminés par son prestataire, ces exceptions ne s'appliquent pas. (Voir implicitement mais nécessairement 3 mars 2010 Commune de Garges-lès-Gonesse N° 323076).

EPCMNC nous concluons à l'annulation de l'arrêt dans la mesure demandée par le pourvoi et au rejet de l'appel.

Référence 6 : CE 23 mai 2011, 7ème et 2ème ch., Commune de Six-Fours Les Plages, n°342520

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 ;

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 ;

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 CJA;

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'État, 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 (rejet);