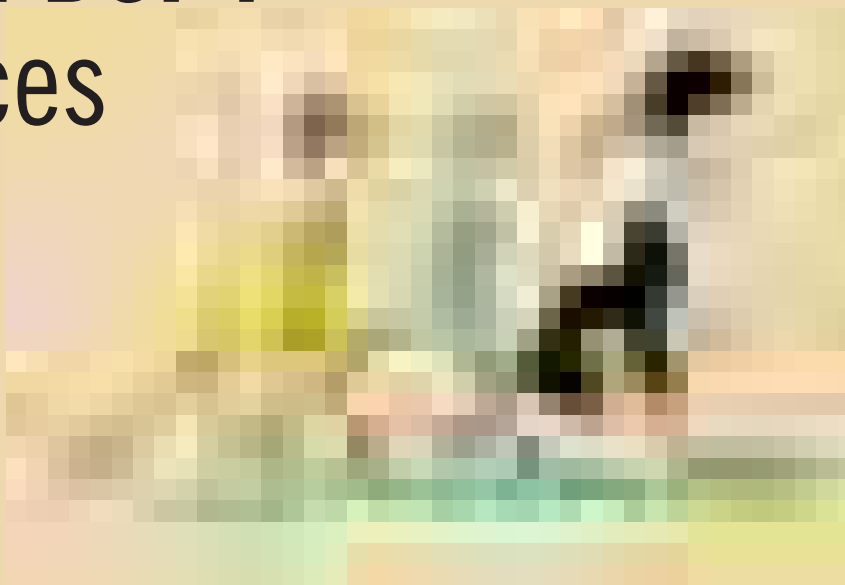


Contrat ou DSP : les exigences du juge



Lorsqu'il est saisi de la nature juridique d'un contrat, le juge ne se contente plus d'en analyser les clauses. Il doit se saisir de l'ensemble des relations existant entre les cocontractants, avant, pendant et après la conclusion de l'accord.

Nous avons déjà commenté¹ le jugement rendu par le TA de Paris sur cette même affaire². Néanmoins, l'arrêt de la CAA³, rendu à la suite d'un arrêt du 13 mai 2010 qui cassa le rejet de demande de sursis à exécution de cette même CAA de Paris, rendu par la formation de jugement la plus solennelle qui soit, est particulièrement pédagogique et permettra aux décideurs publics de bien mesurer à quelle aune le juge administratif analyse les contrats qui lui sont soumis, surtout lorsqu'il s'agit de savoir si l'on est en présence soit d'une délégation de service public, soit d'un contrat d'occupation du domaine public.

CONTRAT D'OCCUPATION DU DOMAINE PUBLIC OU DSP ?

Une convention d'occupation du domaine public liant la ville de Paris à l'association Paris Jean-Bouin CASG, venait à son terme et, alors que la société Paris Tennis avait fait savoir qu'elle était intéressée par cette autorisation d'occupation, la ville de Paris renouvela la convention sans aucune formalité de publicité avec l'ancien occupant. A priori, rien que de très normal, puisque les contrats d'occupation du domaine public sont conclus intuitu personae. En effet, traditionnellement ces contrats ne sont soumis à aucune publicité particulière, même si l'application de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne Telaustria⁴, oblige les entités adjudicatrices à des obligations de transparence, qui appliquées aux contrats d'occupation du domaine public devraient

déboucher sur la fin de ce principe du libre choix du cocontractant sans qu'il y ait au préalable une publicité organisée. D'ailleurs, il convient de relever qu'un tel moyen avait été soulevé par le requérant, mais que la CAA n'a pas traité de cette question qui aurait sans doute nécessité la saisine par le juge de la Cour de justice de l'Union.

Au contraire, une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. Si l'administration choisit aussi librement son cocontractant, le délégataire de service public, ce type de contrat obéit à des règles précises de publicité (L. 1411-1 Code général des collectivités territoriales).

Enfin, il peut advenir qu'un contrat soit à la fois une délégation assortie d'une autorisation d'occupation du domaine public nécessaire à la réalisation du service. C'est ce que soutient

“ *L'intention de confier l'exploitation du service public, compte plus que les clauses contractuelles* ”

“ Est caractérisée la volonté de la ville de confier à l’occupant des installations cette mission de service public ”

ici le requérant. Dans ce cas, c’est le régime juridique de la passation des délégations de service public qui trouve à s’appliquer.

COMMENT FAIRE LA DIFFÉRENCE ?

La ville se défend en arguant du strict caractère de convention d’occupation du domaine public, invoquant de prime abord la qualification qui avait été donnée au contrat et, surtout, les clauses de celui-ci. Ainsi, elle tente, pour éviter la requalification du contrat, de circonscire à ce seul contrat et à ses clauses l’analyse du juge.

Peine perdue, puisque dans un considérant que l’on peut qualifier de principe, le juge énonce que : « *Considérant qu’indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l’inverse, exclure l’existence d’un service public, une personne privée qui assure une mission d’intérêt général sous le contrôle de l’administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l’exécution d’un service public ; que même en l’absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l’intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu’aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l’administration a entendu lui confier une telle mission* ».

On constate alors que ce qui compte, c’est surtout l’intention de confier l’exploitation du service public, plus que les clauses contractuelles. Il s’agit en quelque sorte de saisir « l’atmosphère » de ce contrat. Une fois ce principe posé, la CAA se livre à un examen complet de toutes les relations existant entre la ville et l’association (nous ne pouvons reproduire ici l’intégralité de cet examen tant il est détaillé).

Que le développement des activités physiques et sportives possède un caractère d’intérêt général (L. 100-1 et L. 100-2 Code du sport) est évident. Que la gestion d’un stade par une association soit érigée en service public dépend de l’investissement de la commune et des prérogatives qu’elle exerce sur l’association. Ici, la Cour relève à l’envie les nombreux contrôles de la ville sur l’association de par les clauses du contrat : transmission annuelle de pièces comptables et administratives, contrôle

des travaux effectués sur le bien, travaux exigés qui dépassent les travaux strictement nécessaires à l’activité de l’association, clause de rencontre obligatoire si le cocontractant fait face à des difficultés financières etc. ; mais aussi dans d’autres actes comme des conventions annuelles d’objectifs.

Cette démarche est résumée par la Cour elle-même qui affirme que : « *Considérant que, pour apprécier si la concession à une personne privée de l’occupation d’équipements domaniaux affectés à une activité d’intérêt général doit être regardée comme emportant aussi la dévolution d’un service public, eu égard aux conditions de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu’aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il appartient au juge de prendre en compte non seulement les stipulations du contrat de concession, mais également l’ensemble des relations, organiques ou fonctionnelles, nouées entre cette personne et la collectivité propriétaire des équipements concédés, avant, pendant et après sa conclusion* ; ». La Cour en arrive alors à la conclusion « *qu’est caractérisée la volonté de la ville de confier à l’occupant des installations cette mission de service public, dont elle entendait veiller à la continuité* ». Il ne lui reste plus qu’à annuler le contrat.

POUVAIT-IL Y AVOIR MARCHÉ PUBLIC ?

On remarquera que dans cet arrêt, la ville invoque le caractère non substantiel de la rémunération perçue sur l’usager par le cocontractant ; or, ce critère est fondamental dans la qualification de délégation mais parfois dur à appréhender en raison de l’incertitude pouvant peser sur la définition de l’adverbe « substantiellement ». Néanmoins, le juge repousse ce moyen en mentionnant que ce critère ne joue que pour opérer la répartition entre délégation et marché public et non entre convention d’occupation et délégation. Il souligne d’ailleurs que les risques financiers étaient bien supportés par l’association et non couverts par la commune⁵. ■

1. La Lettre du cadre territorial, n° 384, 15 juillet 2009, « Contrat ou DSP c’est le contenu qui compte ».
2. TA Paris, 21 mars 2009, Société Paris Tennis, n° 0607283/7, AJDA 2009 p. 1149.
3. CAA Paris, plénière, 25 mars 2010 ; Association Paris Jean-Bouin/Ville de Paris, req. n° 09PA01920.
4. CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria, Rec. CJCE, I, p. 10747.
5. Pour comprendre l’articulation de cette procédure : CE, 5 juin 2009, Société Avenance-enseignement et santé, req. n° 298641.

Un examen exhaustif par le juge

Si un contrat d’occupation du domaine public, en dépit de son titre, ou même de ses clauses, révèle une volonté de la part d’une personne publique, de confier à l’occupant d’équipements relevant du domaine public et affectés à l’intérêt général en sus une activité de service public, on ne peut alors appliquer le régime de la conclusion des contrats d’occupation du domaine public mais celui de la conclusion des délégations de service public. Il appartient donc au juge, saisi d’un tel contrat, de chercher à déterminer au vu de l’ensemble des relations organiques ou fonctionnelles nouées entre les cocontractants, aussi bien avant, que pendant ou après la conclusion de ce contrat, si celui-ci est juridiquement une délégation de service public. Il convient d’insister sur le fait que le juge, loin de n’analyser que le contrat objet du litige, se livrera à un examen exhaustif de son environnement. Évidemment la requalification débouchera sur la constatation de l’irrespect des règles de passation, ouvrant la voie à l’annulation de la convention.

DOC
DOP

Pour aller plus loin
« Pratique de la délégation de service public, choix et méthode »

Un ouvrage de Territorial Éditions.
Sommaire et commande sur
<http://librairie.territorial.fr>