

Droit des contrats publics
JM2ADX92
Bertrand du MARAIS et Sandrine PERROTET
Fiches de TD 2012

Séance 4 : Contrats publics et concurrence

Thèmes :

L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit français de la commande publique.
Le domaine d'exception à la mise en concurrence.

Documents :

Document 1 : CE, avis, 8 novembre 2000, Sté Jean Louis Bernard Consultant, n°222208.	2
Document 2 : CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria, aff. C-324/98.	3
Document 3 : CE, avis, 29 juillet 2002, société MAJ Blanchisserie de Pantin, n° 246921, Rec. 297.	3
Document 4 : CE, Ass., 5 mars 2003, UNSPIC, n° 233372.	5
Document 5 : CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, JO du 3 juillet 2003.	7
Document 6 : Directive n° 2004/18/CE du Parl Européen et du Conseil, Art 53.2, transposé à l'article 53 II du CMP.	10
Document 7 : CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, aff. C-26/03.	11
Document 8 : Circulaire NOR: EQUU0510021C n° 2005-9 du 8 février 2005 relative aux procédures de publicité et de concurrence préalables à la conclusion des conventions publiques d'aménagement.	11
Document 9 : CE, Sect., 30 janvier 2009, ANPE c/ Ass. PACTE, n°290236.	12
Document 10 : TC, 4 mai 2009, CMN c/ ed. Gisserot, n° 3714 (voir fiche n°2).	13
Document 11 : CE, 23 décembre 2009, Établissement public du musée et du domaine national de Versailles c/ Sté Antenna Audio, n° 328827 et n° 330054.	13
Document 12 : CE, 10 juin 2009, Port autonome de Marseille, n° 317671.	14
Document 14 : CE, 3 décembre 2010, Ville de Paris et Association Jean Bouin, n° 338272 et n° 338527.	18
Document 15 : CAA Marseille, 7 novembre 2011, Société Corsica Ferries, n° 08MA01604.	24

Exposés :

Le champ d'application du droit de l'Union européenne en matière de contrats publics.
La légalité de la candidature d'une personne publique à l'attribution d'un contrat public.

Arrêts à commenter :

Doc. 14 : CE, 3 décembre 2010, Ville de Paris et Association Jean Bouin, n° 338272 et n° 338527
Doc. 15 : CAA Marseille, 7 novembre 2011, Société Corsica Ferries, n° 08MA01604.

Document 1 : CE, avis, 8 novembre 2000, Sté Jean Louis Bernard Consultant, n°222208.

Vu la requête, enregistrée le 23 juin 2000 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le jugement du 18 avril 2000 par lequel le tribunal administratif de Dijon, avant de statuer sur la demande de la SOCIETE JEAN-LOUIS BERNARD CONSULTANTS tendant à ce que soit annulée, d'une part, la décision du 4 décembre 1998 du président du District de l'agglomération dijonnaise rejetant son offre pour l'attribution du marché relatif au renouvellement du système d'information géographique du district, d'autre part, la décision du président du District de l'agglomération dijonnaise attribuant ledit marché à l'Institut géographique national et condamne le District de l'agglomération dijonnaise à lui verser la somme de 15 000 F au titre de l'article L. 8-1 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, a décidé, par application des dispositions de l'article 12 de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif de transmettre le dossier de cette demande au Conseil d'Etat, en soumettant à son examen la question suivante :

Le principe de liberté de la concurrence qui découle de l'ordonnance du 1er décembre 1986 fait-il obstacle à ce qu'un marché soit attribué à un établissement public administratif qui, du fait de son statut, n'est pas soumis aux mêmes obligations fiscales et sociales que ses concurrents ? (...)

1°) Aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public. Aussi la personne qui envisage de conclure un contrat dont la passation est soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence, ne peut elle refuser par principe d'admettre à concourir une personne publique.

2°) Aux termes de l'article 1654 du code général des impôts : "Les établissements publics, les exploitations industrielles ou commerciales de l'Etat ou des collectivités locales, les entreprises concessionnaires ou subventionnées, les entreprises bénéficiant de statuts, de privilèges, d'avances directes ou indirectes ou de garanties accordées par l'Etat ou les collectivités locales, les entreprises dans lesquelles l'Etat ou les collectivités locales ont des participations, les organismes ou groupements de répartition, de distribution ou de coordination, créés sur l'ordre ou avec le concours ou sous le contrôle de l'Etat ou des collectivités locales doivent - sous réserve des dispositions des articles 133, 207, 208, 1040, 1382, 1394 et 1449 à 1463 - acquitter, dans les conditions de droit commun, les impôts et taxes de toute nature auxquels seraient assujetties des entreprises privées effectuant les mêmes opérations".

Il résulte de ces dispositions ainsi que de celles de l'article 256 B du code général des impôts que les établissements publics, lorsqu'ils exercent une activité susceptible d'entrer en concurrence avec celle d'entreprises privées, et notamment lorsqu'ils l'exercent en exécution d'un contrat dont la passation était soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence, sont tenus à des obligations fiscales comparables à celles auxquelles sont soumises ces entreprises privées. Le régime fiscal applicable aux personnes publiques n'est donc pas, par lui-même, de nature à fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence.

3°) Les agents des établissements publics administratifs qui, lorsqu'ils sont, comme c'est le cas en principe, des agents publics, sont soumis, en ce qui concerne le droit du travail et de la sécurité sociale, à une législation pour partie différente de celle applicable aux salariés de droit privé. Toutefois les différences qui existent en cette matière n'ont ni pour objet ni pour effet de déplacer les établissements publics administratifs dans une situation nécessairement plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les entreprises privées et ne sont donc pas de nature à fausser la concurrence entre ces établissements et ces entreprises lors de l'obtention d'un marché public ou d'une délégation de service public.

4°) Pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance du 1er décembre 1986, l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service

public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié.

Document 2 : CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria, aff. C-324/98.

Statuant sur les questions à elle soumises par le Bundesvergabeamt, par ordonnance du 23 avril 1998, dit pour droit:

1) - Est visé par la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, un contrat à titre onéreux, conclu par écrit entre, d'une part, une entreprise qui est spécifiquement chargée par la législation d'un Etat membre d'exploiter un service de télécommunications et dont le capital est entièrement détenu par les pouvoirs publics de cet Etatmembre et, d'autre part, une entreprise privée, lorsque par ce contrat la première entreprise confie à la seconde la fabrication et la publication en vue de la diffusion au public de répertoires des abonnés au téléphone imprimés et susceptibles d'utilisation électronique (annuaires téléphoniques).

- Bien qu'il soit visé par la directive 93/38, un tel contrat est exclu, au stade actuel du droit communautaire, du champ d'application de cette dernière, en raison du fait notamment que la contre-prestation fournie par la première entreprise à la seconde consiste en ce que cette dernière obtient le droit d'exploiter, en vue de sa rétribution, sa propre prestation.

2) Nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté.

3) Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence, ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication.

4) Il appartient au juge national de statuer sur le point de savoir si cette obligation a été respectée dans l'affaire au principal et d'apprécier en outre la pertinence des éléments de preuve produits à cet effet.

Document 3 : CE, avis, 29 juillet 2002, société MAJ Blanchisserie de Pantin, n° 246921, Rec. 297.

Vu, enregistré le 14 mai 2002 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'arrêt du 25 avril 2002 par lequel la cour administrative d'appel de Lyon, avant de statuer sur la demande de la SOCIETE MAJ BLANCHISSERIES DE PANTIN tendant à l'annulation du jugement du 6 juillet 2001 par lequel le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a rejeté comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître la demande de la société G.L.S.T., aux droits de laquelle elle vient, tendant à ce que le centre hospitalier universitaire de Clermont-Ferrand soit condamné à lui payer la somme de 92.977,89 F représentant le montant des factures correspondant aux prestations fournies par ladite société à ce centre, a décidé, par application des dispositions de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, de transmettre le dossier de cette demande au Conseil d'Etat, en soumettant à son examen les questions suivantes :

1°) Les dispositions de l'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, aux termes desquelles "les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs", s'appliquent-elles aux marchés

passés en application du code des marchés publics dans la rédaction antérieure à celle que lui a donnée le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 ?

2°) Ces dispositions s'appliquent-elles à tous les marchés entrant dans le champ d'application du code des marchés publics ou seulement à ceux qui ont été passés ou auraient dû être passés selon l'une des procédures organisées par ce code, en excluant ainsi les marchés passés sans formalités préalables ?

(...) Aux termes des dispositions de l'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 : "Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs. Toutefois, le juge judiciaire demeure compétent pour connaître des litiges qui relevaient de sa compétence et qui ont été portés devant lui avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi".

1°) Il résulte de ces dispositions, qui ont pour objet, en vue d'une bonne administration de la justice, d'éviter que le contentieux des marchés publics puisse être porté, selon le cas, devant l'un ou l'autre ordre de juridiction, que le législateur n'a pas entendu opérer une distinction entre les marchés conclus en application du code des marchés publics dans la rédaction que lui a donnée le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 et ceux qui ont été conclus en application de ce code dans sa rédaction antérieure et que seuls les litiges qui relevaient de la compétence du juge judiciaire avant la date d'entrée en vigueur de ces dispositions et ont été portés devant lui avant cette date demeurent de sa compétence.

2°) Aux termes du premier alinéa du I de l'article 1er du code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 7 mars 2001 : "Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services (...)". Aux termes de l'article 2 de ce même code : I. - Les dispositions du présent code s'appliquent : / 1° Aux marchés conclus par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ; / 2° Aux marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques mentionnées au 1° du présent article, sous réserve des adaptations éventuellement nécessaires auxquelles il est procédé par décret. / II. - Sauf dispositions contraires, les règles applicables à l'Etat le sont également à ceux de ses établissements publics auxquels s'appliquent les dispositions du présent code ; les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également à leurs établissements publics".

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

Pour les marchés conclus avant l'entrée en vigueur du décret du 7 mars 2001, le champ d'application de la règle fixée à l'article 2 précité de la loi du 11 décembre 2001 comprend les marchés qui étaient de nature à se voir appliquer les dispositions du code des marchés publics en vertu de dispositions particulières ou des règles jurisprudentielles applicables, y compris ceux qui échappaient aux règles de passation prévues par ce code du seul fait de leur montant.

Document 4 : CE, Ass., 5 mars 2003, UNSPIC, n° 233372.

Vu la requête, enregistrée le 7 mai 2001 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX, dont le siège est ..., la FEDERATION NATIONALE DES ACTIVITES DU DECHET ET DE L'ENVIRONNEMENT dont le siège est ..., le SYNDICAT NATIONAL DES CONCESSIONNAIRES DE PARCS PUBLICS DE STATIONNEMENT, dont le siège est ..., le SYNDICAT NATIONAL DES ACTIVITES DU DECHET, dont le siège est ..., la CHAMBRE SYNDICALE NATIONALE DES FABRICANTS DE MATERIEL DE NETTOIEMENT, DE COLLECTE ET DE TRAITEMENT DES DECHETS, dont le siège est ..., représentés par leurs présidents en exercice ; ils demandent au Conseil d'Etat l'annulation des 1°, 2° et 7° de l'article 3, de l'article 10 (5ème alinéa), de l'article 68 (3ème alinéa) du code des marchés publics annexé au décret du 7 mars 2001 ; (...)

Sur les conclusions dirigées contre le 1° de l'article 3 du code des marchés publics :

Considérant qu'ainsi qu'il ressort de l'arrêt n° 107-98 de la Cour de justice des communautés européennes en date du 18 novembre 1999, si la directive n° 93/36/CEE du 14 juin 1993 modifiée portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures s'applique lorsqu'un pouvoir adjudicateur envisage de conclure avec une entité distincte un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, sans qu'il y ait à distinguer selon que cette entité est ou non elle-même un pouvoir adjudicateur, il en va toutefois autrement dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur exerce sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et où cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la contrôlent ; que par suite le code des marchés publics, par le 1° de son article 3, pouvait, sans méconnaître les objectifs de cette directive, exclure de son champ d'application les contrats conclus par une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 avec un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une des personnes publiques mentionnées à l'article 2, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ;

Considérant que ces dispositions imposent expressément au cocontractant de se soumettre, pour répondre à ses besoins propres, aux règles du code ; que par suite le moyen tiré de ce qu'elles méconnaîtraient illégalement les articles L.420-1 et L. 420-2 du code de commerce doit être écarté ;

Considérant que si les requérants invoquent la méconnaissance par le 1° de l'article 3 des stipulations de l'article 87 du Traité de Rome, ce dernier est sans effet direct ; que, par suite, le moyen est inopérant ;

Considérant que si le cocontractant mentionné au 1° de l'article 3 peut être une personne de droit privé, il se trouve en raison de son étroite subordination à la personne publique avec laquelle il passe un contrat dans une situation différente de celle des autres personnes de droit privé qui seraient susceptibles de passer ce contrat ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que les dispositions du 1° de l'article 3 méconnaîtraient le principe d'égalité ne peut qu'être écarté ;

Sur les conclusions dirigées contre le 2° de l'article 3 du code des marchés publics :

Considérant que l'article 6 de la directive n° 92/50/CEE et l'article 11 de la directive n° 93/38/CEE susvisées excluent de leurs champs d'application les marchés publics de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er point b) de la directive n° 92/50/CEE sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité ;

Considérant que le code des marchés publics, par le 2° de son article 3, exclut de son champ d'application les contrats de services conclus par une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 avec une autre de ces personnes publiques ou avec une des personnes mentionnées à l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, lorsque la personne

publique ou privée cocontractante bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif ayant pour effet de lui réserver l'exercice d'une activité ;

Considérant que les pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 1er point b) de la directive n° 92/50/CEE sont, soit les personnes publiques soumises au code des marchés publics au sens de l'article 2, soit les personnes mentionnées à l'article 9 de la loi du 3 janvier 1991 ; que par suite le moyen tiré de ce que le 2° de l'article 3 méconnaîtrait les objectifs des deux directives en étendant l'exclusion qu'il prévoit aux contrats passés avec une personne appartenant à cette seconde catégorie doit être écarté ;

Considérant que les dispositions précitées du 2° de l'article 3 prévoyant que le droit exclusif doit être détenu sur le fondement d'une disposition légalement prise, et donc d'une disposition prise antérieurement à la passation du contrat et indépendamment de sa formation, ne méconnaissent pas les objectifs des deux directives précitées ; que celles-ci n'ont pas exclu que ce droit exclusif puisse avoir été attribué par la personne publique appelée à passer le contrat ; que le moyen tiré de ce que le 2° de l'article 3 du code serait contraire aux objectifs des deux directives pour n'avoir repris ni la condition relative à la publicité de l'acte accordant le droit exclusif ni celle de la compatibilité de cet acte avec le Traité doit être écarté, dès lors qu'une disposition légalement prise doit nécessairement être compatible avec les normes juridiques qui lui sont supérieures et avoir fait l'objet des mesures de publicité appropriées ;

Sur les conclusions dirigées contre le 7° de l'article 3 du code des marchés publics :

Considérant que la directive n° 92/50/CEE susvisée soumet la passation des marchés publics de services à des règles de transparence et de mise en concurrence ; que si le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie soutient que les contrats de mandat qui ont pour objet exclusif de confier au mandataire mission de représenter une personne publique mandante n'entrent pas dans le champ d'application des annexes I A et I B de cette directive, le 7° de l'article 3 ne pouvait, sans méconnaître les objectifs de cette dernière, soustraire de façon générale et absolue tous les contrats de mandat à l'application des dispositions du code des marchés publics prises pour assurer la transposition des dispositions de cette directive, y compris ceux qui, conclus à titre onéreux, sont passés en vue de la réalisation de prestations d'autres services ; que, dès lors, l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX, la FEDERATION NATIONALE DES ACTIVITES DU DECHET ET DE L'ENVIRONNEMENT, le SYNDICAT NATIONAL DES CONCESSIONNAIRES DE PARCS PUBLICS DE STATIONNEMENT, le SYNDICAT NATIONAL DES ACTIVITES DU DECHET, la CHAMBRE SYNDICALE NATIONALE DES FABRICANTS DE MATERIEL DE NETTOIEMENT, DE COLLECTE ET DE TRAITEMENT DES DECHETS sont fondés à demander l'annulation du 7° de l'article 3 ;

Sur les conclusions dirigées contre l'article 10 du code des marchés publics :

Considérant que ni l'article 34 de la Constitution ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'exige que les conditions de passation des marchés passés par l'Etat soient définies par la loi ;

Considérant que les dispositions du décret du 12 novembre 1938, pris en vertu de la loi du 5 octobre 1938 et relatif aux marchés des collectivités locales et des établissements publics, ont donné compétence au pouvoir réglementaire pour étendre aux marchés des collectivités locales, sous réserve des adaptations nécessaires, les dispositions applicables aux marchés de l'Etat ; que les prescriptions de l'article 34 de la Constitution n'ont pas eu pour effet de transférer au législateur la compétence ainsi attribuée au gouvernement ; que le Premier ministre était dès lors compétent pour étendre aux collectivités locales les nouvelles règles qu'il fixait pour les marchés publics de l'Etat ; que par suite le moyen tiré de ce que le pouvoir réglementaire ne pouvait étendre aux marchés publics des collectivités territoriales les dispositions de l'article 10 du code doit être écarté ;

Sur les conclusions dirigées contre l'article 68 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes des trois premiers alinéas de l'article 68 du code des marchés publics : L'appel d'offres sur performances est organisé selon les règles applicables à l'appel d'offres restreint sous réserve des dispositions qui suivent. Après examen et classement des offres par la commission d'appel d'offres, chaque candidat est entendu par la commission, dans des conditions de stricte égalité, définies dans le règlement de la consultation. A la suite de cette audition et, le cas échéant, d'une audition supplémentaire si elle s'avère nécessaire, les candidats peuvent préciser, compléter ou modifier leur offre. L'offre modifiée

est remise et traitée dans les mêmes conditions que l'offre initiale. La discussion avec les candidats a pour seul objet la définition des moyens aptes à satisfaire au mieux les besoins de la personne publique. Les procédés et les prix proposés par les candidats ne peuvent être divulgués au cours de la discussion. La personne responsable du marché ne peut élaborer ou modifier le cahier des charges en combinant des éléments proposés par différents candidats sans le communiquer à l'ensemble des candidats afin de leur permettre de modifier le cas échéant leur offre ;

Considérant que les dispositions précitées de la seconde phrase du 3ème alinéa de l'article 68 ont pour seul objet d'obliger la personne responsable du marché à assurer un traitement égal des candidats, dans l'hypothèse où elle élabore ou modifie le cahier des charges en combinant des éléments proposés par certains d'entre eux, et qu'elle ne saurait avoir pour effet d'affranchir cette personne du respect du secret des affaires et de la propriété intellectuelle, dont la première phrase du même alinéa a précisément pour objet de rappeler l'obligation ; que par suite les moyens tirés de ce que les dispositions de cet alinéa porteraient atteinte au secret des affaires, à la propriété intellectuelle et à l'égalité entre les candidats doivent être écartés ;

Document 5 : CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, JO du 3 juillet 2003.

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le Traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le code du domaine de l'État ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le nouveau code des marchés publics ;

Vu la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée ;

Vu la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, en son article 3 ;

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-460 DC du 22 août 2002 ;

Vu les observations du Gouvernement, enregistrées le 20 juin 2003 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que les sénateurs auteurs de la saisine défèrent au Conseil constitutionnel la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit et contestent en particulier, en tout ou en partie, la conformité à la Constitution des articles 5, 6, 7, 18, 25, 26 et 34 ;

- Sur la loi dans son ensemble :

2. Considérant que, de façon générale, les requérants jugent imprécises et injustifiées les délégations prévues par la loi déférée ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 38 de la Constitution : "Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. - Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. - A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif." ;

4. Considérant, en premier lieu, que, si l'article 38 de la Constitution fait obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention, il n'impose pas au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation ;

5. Considérant, en second lieu, que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification ; que cette double finalité répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet, l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et "la garantie des droits" requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité inutile ; qu'à défaut, serait restreint l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles qui sont déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel "tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas" ;

- Sur l'article 5 :

6. Considérant que l'article 5 habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance, dans son 1°, "les mesures nécessaires pour rendre compatibles avec le droit communautaire les dispositions législatives relatives à la passation des marchés publics", ainsi que, dans son 3°, les mesures "permettant d'alléger les procédures de passation des marchés publics pour les collectivités territoriales" ;

7. Considérant que les requérants soutiennent que cette habilitation est contraire, par son imprécision, à l'article 38 de la Constitution ; qu'elle autorise le Gouvernement à transposer des directives communautaires qui ne sont pas encore adoptées, méconnaissant ainsi le droit du Parlement, garanti par l'article 88-4 de la Constitution, à se prononcer sur les projets et propositions d'actes des Communautés européennes et de l'Union européenne comportant des dispositions de nature législative ; qu'elle porte atteinte à la libre administration des collectivités territoriales consacrée par l'article 72 de la Constitution ; qu'enfin, elle ne respecte ni l'égalité d'accès à la commande publique, qui découle de l'article 6 de la Déclaration de 1789, ni "la nécessité des dépenses publiques et le consentement à ces dépenses", qui sont garantis par l'article 14 de la Déclaration ;

8. Considérant, en premier lieu, comme il ressort des termes mêmes de l'habilitation critiquée, ainsi que des débats parlementaires, que la finalité des autorisations délivrées au Gouvernement par l'article 5 et le domaine dans lequel les ordonnances pourront intervenir sont définis avec une précision suffisante pour satisfaire aux exigences de l'article 38 de la Constitution ; qu'il en est ainsi du 1° de l'article 5 qui autorise le Gouvernement à transposer notamment deux directives susceptibles d'être adoptées au cours du délai d'habilitation en matière de passation des marchés publics et dont les propositions ont d'ailleurs été communiquées aux assemblées parlementaires en application de l'article 88-4 de la Constitution ; qu'il en est de même du 3° de l'article 5 qui, selon les travaux parlementaires, a pour objet de modifier les dispositions du code général des collectivités territoriales en vue de simplifier leurs règles de compétence interne en matière de marchés publics ;

9. Considérant, en deuxième lieu, que, si l'article 88-4 de la Constitution permet au Parlement de se prononcer sur les projets ou propositions d'actes des Communautés européennes et de l'Union européenne comportant des dispositions de nature législative, il ne concerne pas la transposition des directives en droit interne, une fois que celles-ci ont été adoptées ;

10. Considérant, en troisième lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables ; qu'en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel : "Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. - L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse" ;

11. Considérant, en quatrième lieu, que, si une loi d'habilitation ne peut prévoir l'intervention d'ordonnances dans les domaines réservés par la Constitution à la loi organique, aux lois de finances et aux lois de financement de la sécurité sociale, l'article 38 de la Constitution autorise le Parlement à déléguer au Gouvernement toute autre matière relevant de la loi ; que, par suite, doit être rejeté le grief tiré de ce que l'article 5 déléguerait une matière intéressant la libre administration des collectivités territoriales et méconnaîtrait, ce faisant, l'article 72 de la Constitution ;

12. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les griefs présentés à l'encontre de l'article 5 de la loi déférée ne sont pas fondés ;

- Sur l'article 6 :

13. Considérant que l'article 6 autorise le Gouvernement à modifier la loi du 12 juillet 1985 susvisée en instituant de nouvelles formes de contrats portant sur "la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions" ; que pourront être étendues et adaptées les dispositions prévues par l'article 3 de la loi du 29 août 2002 susvisée, qui ouvrent à une personne publique ou à une personne privée chargée d'une mission de service public la faculté de confier à la même personne la conception, la construction et l'aménagement d'un équipement public, de choisir son contractant en portant, en cas d'allotissement, un jugement global sur les offres concernant plusieurs lots, de délivrer à un opérateur privé une autorisation d'occupation temporaire du domaine public en le chargeant de construire des équipements publics qui seront pris à bail avec option d'achat anticipé, ainsi que de financer par crédit-bail de tels équipements ; qu'en vertu de l'habilitation, les ordonnances devront fixer "les règles de publicité et de mise en concurrence relatives au choix du ou des cocontractants, ainsi que les règles de transparence et de contrôle relatives au mode de rémunération du ou des cocontractants, à la qualité des prestations et au respect des exigences du service public" et prévoir "les conditions d'un accès équitable des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des artisans" ;

14. Considérant que les requérants font grief à ces dispositions de ne pas préciser suffisamment la finalité de l'habilitation, d'intervenir dans le domaine législatif auquel renvoient les articles 72 et 72-1 de la Constitution, de porter atteinte au principe de continuité du service public et de méconnaître le principe d'égalité applicable au droit de la commande publique et aux services publics ;

15. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des travaux parlementaires que l'habilitation contestée a pour finalité d'alléger les règles régissant la commande publique en vue de rendre plus aisées la conclusion et l'exécution des contrats passés avec des personnes privées pour la réalisation d'équipements ou la fourniture de services ; qu'ainsi, le grief tiré de ce que les finalités de l'habilitation seraient insuffisamment précises pour satisfaire aux exigences de l'article 38 de la Constitution doit être écarté ;

16. Considérant, en deuxième lieu, que, comme il a été dit ci-dessus, l'article 38 de la Constitution ne s'oppose pas à ce que l'habilitation porte sur le domaine législatif auquel renvoient les articles 72 et 72-1 de la Constitution ;

17. Considérant, en troisième lieu, que l'article 6 dispose expressément que les ordonnances prises sur son fondement devront assurer le respect des exigences du service public ; que, par suite, le grief tiré de ce que cet article méconnaîtrait la continuité du service public manque en fait ;

18. Considérant, en quatrième lieu, qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé ;

19. Considérant, enfin, que l'article 6 ne saurait être entendu comme permettant de déléguer à une personne privée l'exercice d'une mission de souveraineté ;

20. Considérant que, sous les réserves d'interprétation énoncées aux deux considérants précédents, l'article 6 de la loi déferée n'est pas contraire à la Constitution ;

- Sur les articles 7, 18, 25 et 26 : (...)

- Sur l'article 34 : (...)

30. Considérant qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution,

Décide :

Article premier : Sous les réserves énoncées dans les considérants 18 et 19, les articles 5, 6, 7, 18, 25, 26 et 34 de la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit sont déclarés conformes à la Constitution. (...)

Document 6 : Directive n° 2004/18/CE du Parl Européen et du Conseil, Art 53.2, transposé à l'article 53 II du CMP.

Section 3 Attribution du marché

Article 53 Critères d'attribution des marchés

1. Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics sont:

a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, divers critères liés à l'objet du marché public en question: par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution;

b) soit uniquement le prix le plus bas.

2. Sans préjudice des dispositions du troisième alinéa, dans le cas prévu au paragraphe 1, point a), le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges ou, dans le cas du dialogue compétitif, dans le document descriptif, la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié. Lorsque, d'après l'avis du pouvoir adjudicateur, la pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, il indique dans l'avis de marché ou le cahier des charges ou, dans le cas du dialogue compétitif, dans le document descriptif, l'ordre décroissant d'importance des critères.

Document 7 : CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, aff. C-26/03.

Dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur a l'intention de conclure un contrat à titre onéreux portant sur des services qui relèvent du champ d'application matériel de la directive 92/50, telle que modifiée par la directive 97/52, avec une société juridiquement distincte de lui, dans le capital de laquelle il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées, les procédures de passation de marchés publics prévues par cette directive doivent toujours être appliquées.

Document 8 : Circulaire NOR: EQUU0510021C n° 2005-9 du 8 février 2005 relative aux procédures de publicité et de concurrence préalables à la conclusion des conventions publiques d'aménagement.

L'évolution de la jurisprudence conduit à reconsidérer les conditions dans lesquelles les conventions d'aménagement (conventions publiques ou conventions simples) sont contractées par les collectivités territoriales et leurs groupements. Les dispositions de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme ne conditionnent pas la passation de ces conventions d'aménagement au respect de procédures préalables de publicité et de concurrence. □ Or la cour administrative d'appel de Bordeaux, par une décision du 9 novembre 2004 (req. n° 01BX00381) a estimé que, bien que les conventions d'aménagement ne soient pas soumises aux dispositions du code des marchés publics, « elles n'étaient pas pour autant exclues du champ d'application des règles fondamentales posées par le traité de l'Union, qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats ». La cour a considéré qu'une convention qui avait été conclue sans aucune formalité préalable de publicité et de mise en concurrence était entachée d'irrégularité. □ Par cet arrêt, la cour a repris le principe dégagé par la Cour de justice des communautés européennes, dans une décision du 7 décembre 2000 (Affaire C-324/98 Telaustria) selon lequel, nonobstant le fait que des contrats sont exclus du champ d'application des directives sur la passation des marchés, « les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet aux pouvoirs adjudicateurs de s'assurer que ledit principe est respecté. Cette obligation de transparence qui incombe aux pouvoirs adjudicateurs consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication. » □ Il s'avère donc nécessaire de mettre en conformité le code de l'urbanisme avec ces règles fondamentales, et l'attache de la commission européenne a été prise en ce sens. □ Il résulte néanmoins de l'ensemble des décisions précitées qu'il appartient aux collectivités

territoriales et à leurs groupements, sans attendre une modification de la loi, de procéder, lorsqu'elles sont amenées à choisir un aménageur, à une publicité adéquate, selon des modalités qu'elles fixent elles-mêmes en fonction de l'importance de l'opération, de façon à répondre aux obligations minimales de publicité et de transparence sus-mentionnées vis à vis de tout soumissionnaire potentiel. □ Vous informerez les collectivités territoriales et leurs groupements de cette obligation, de façon à éviter que de nouvelles difficultés contentieuses apparaissent à l'avenir. □ Dans le cas où les collectivités territoriales ou leurs groupements hésiteraient sur la procédure à retenir, il y a lieu de leur conseiller de recourir à la procédure définie par le chapitre IV de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (loi Sapin).

Document 9 : CE, Sect., 30 janvier 2009, ANPE c/ Ass. PACTE, n°290236.

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 15 février et 14 juin 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour l'AGENCE NATIONALE POUR L'EMPLOI, dont le siège est 4, rue Galilée à Noisy-le-Grand Cedex (93198) ; l'AGENCE NATIONALE POUR L'EMPLOI demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt du 6 décembre 2005 par lequel la cour administrative d'appel de Versailles a annulé le jugement du tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 31 juillet 2003 rejetant la demande de l'association Pacte (Promotion-Action-Transculturalité-Emploi) tendant à l'annulation des décisions du directeur régional d'Ile de France de l'AGENCE NATIONALE POUR L'EMPLOI rejetant ses demandes d'habilitation pour la réalisation de prestations en faveur de l'emploi, et a annulé ces décisions ;
2°) de mettre la somme de 4 000 euros à la charge de l'association Pacte au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; (...)

Considérant que, par des décisions en date du 22 novembre 2002, le directeur régional Ile de France de l'AGENCE NATIONALE POUR L'EMPLOI (ANPE) a rejeté les demandes d'habilitation pour la réalisation de prestations en faveur de l'emploi dans la région Ile de France, que l'association Pacte (Promotion-Action-Transculturalité-Emploi) avait présentées dans le cadre de la procédure d'appel à la concurrence engagée par l'ANPE sur le fondement de l'article 30 du code des marchés publics alors en vigueur ; que l'ANPE se pourvoit en cassation contre l'arrêt par lequel la cour administrative d'appel de Versailles a annulé le jugement du tribunal administratif de Cergy-Pontoise qui avait rejeté la demande de l'association Pacte tendant à l'annulation de ces décisions, et a fait droit à cette demande ;

Considérant que les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique et qui sont rappelés par le deuxième alinéa du I de l'article 1er de ce code dans sa rédaction issue du décret du 7 mars 2001, applicable en l'espèce, selon lequel : Quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures...;

Considérant qu'aux termes de l'article 30 du même code des marchés publics : Les marchés publics qui ont pour objet : (...) 4° (...) des services de qualification et d'insertion professionnelles, sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes, lorsqu'elles existent, ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution. (...);

Considérant que la cour administrative d'appel de Versailles n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que les marchés de service passés par l'ANPE selon la procédure de l'article 30 du code des marchés publics étaient soumis, malgré leurs spécificités, aux dispositions générales de l'article 1er de ce code, comme tous les contrats entrant dans le champ d'application de celui-ci ;

Considérant que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en oeuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en oeuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant, par un arrêt suffisamment motivé, que l'ANPE avait méconnu les principes rappelés à l'article 1er du code des marchés publics, faute d'avoir, dès l'engagement de la procédure, porté à la connaissance des candidats les critères d'attribution des marchés qu'elle se proposait de conclure et les conditions de leur mise en oeuvre, selon des modalités appropriées à leur objet, leurs caractéristiques et leurs montants ;

Considérant que la cour a pu, sans dénaturer les pièces du dossier, estimer que l'ANPE n'avait pas fait connaître aux candidats les critères d'attribution du marché, dès lors que les cahiers des charges spécifiques à chacune des prestations objets de l'appel à la concurrence ne pouvaient être regardés comme suffisants pour assurer cette information ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'ANPE n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ; que ses conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative doivent, par voie de conséquence, être rejetées ;

Document 10 : TC, 4 mai 2009, CMN c/ ed. Gisserot, n° 3714 (voir fiche n°2).

Document 11 : CE, 23 décembre 2009, Établissement public du musée et du domaine national de Versailles c/ Sté Antenna Audio, n° 328827 et n° 330054.

(...) Considérant, en deuxième lieu, que les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique; que, pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres; que la circonstance que les dispositions de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques prévoient seulement que, après avoir dressé la liste des candidats admis à présenter une offre, la collectivité publique adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur, est sans incidence sur l'obligation d'informer également ces candidats des critères de sélection de leurs offres; que, toutefois, les dispositions de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 prévoyant que la personne publique négocie librement les offres avant de choisir, au terme de cette négociation, le délégataire, elle n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en oeuvre de ces critères ; qu'elle choisit le délégataire, après négociation, au regard d'une appréciation globale des critères, sans être contrainte par des modalités de mise en oeuvre préalablement déterminées; que ces règles s'imposent à l'ensemble des délégations de service public, qu'elles entrent ou non dans le champ du droit communautaire; qu'ainsi, le juge des référés ayant qualifié la convention litigieuse de délégation de service public, il n'a pas commis d'erreur de droit en annulant la procédure de passation au motif que l'absence d'information des candidats

sur les critères de sélection des offres, avant le dépôt de celles-ci, était constitutif d'un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'ETABLISSEMENT PUBLIC DU MUSEE ET DU DOMAINE NATIONAL DE VERSAILLES n'est pas fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée;

Document 12 : CE, 10 juin 2009, Port autonome de Marseille, n° 317671.

(...) Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que le PORT AUTONOME DE MARSEILLE a lancé, par des avis de publicité publiés au bulletin officiel des annonces de marchés publics le 1er mars 2007 et au Journal officiel de l'Union européenne le 7 mars 2007, une procédure d'appel à projets pour la mise à disposition du domaine public maritime et d'équipements associés situés dans le secteur de la forme de réparation navale n° 10 ; que le conseil d'administration du PORT AUTONOME DE MARSEILLE a, par une délibération du 4 avril 2008, décidé de retenir l'offre du groupe CMA-CGM ; que la société Nigel Burgess Ltd, qui avait déposé une offre, a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Marseille d'une requête en référé précontractuel ; que le juge des référés a annulé la procédure par une ordonnance du 11 juin 2008 contre laquelle le PORT AUTONOME DE MARSEILLE se pourvoit en cassation ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ;

Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ; que, par suite, en annulant la procédure de passation litigieuse en se fondant sur la méconnaissance de l'exigence de publicité posée à l'article 1er du décret du 24 mars 1993, sur l'absence d'établissement d'une liste des candidats admis à présenter une offre en violation de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993, ainsi que sur l'absence de production par les candidats des documents permettant à l'autorité délégante de s'assurer du respect des prescriptions de l'article 8 du décret du 31 mai 1997, sans rechercher si ces irrégularités, à les supposer établies, étaient susceptibles d'avoir lésé ou risquait de léser la société Nigel Burgess Ltd, le juge des référés a commis une erreur de droit et a ainsi méconnu son office ; qu'il en résulte que le PORT AUTONOME DE MARSEILLE est fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société Nigel Burgess Ltd ;

Sur la compétence du juge du référé précontractuel :

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la procédure engagée par le PORT AUTONOME DE MARSEILLE est susceptible d'aboutir soit à la conclusion d'une convention portant simplement occupation du domaine public maritime, dont la passation n'est soumise à aucune procédure particulière, soit à la signature d'une convention ayant pour objet la mise à disposition au bénéfice des tiers et l'exploitation de la forme de réparation navale n° 10 ainsi que la réalisation d'importants équipements portuaires, notamment la réalisation d'un avant-port, la rémunération du cocontractant étant alors assurée

par sa seule activité ; que cette convention peut donc être une concession d'outillage public déléguant une mission de service public au cocontractant dont la rémunération serait substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation ; que le PORT AUTONOME DE MARSEILLE était ainsi susceptible de conclure, au terme de la procédure d'appel à projet, une délégation de service public relevant de la procédure prévue par les dispositions de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et de son décret d'application du 24 mars 1993 ; que dans cette hypothèse, il convient d'appliquer à la procédure de passation du contrat la procédure la plus rigoureuse, soit en l'espèce celle applicable aux conventions de délégation de service public ; que le juge des référés peut dès lors être valablement saisi de la régularité de sa passation sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;

Sur les manquements allégués aux obligations de publicité et de mise en concurrence :

Considérant, en premier lieu, que la société Nigel Burgess Ltd soutient que la procédure méconnaît les règles de publicité, en l'absence, d'une part, d'un avis d'appel public à la concurrence conforme au règlement communautaire du 7 septembre 2005 et, d'autre part, d'une publication dans une revue spécialisée correspondant au secteur économique concerné, la publication dans la revue trimestrielle Dry Dock ne répondant pas aux exigences de l'article 1er du décret du 24 mars 1993 ; qu'elle soutient en outre que les candidats n'auraient pas produit les documents permettant à l'autorité déléguante de s'assurer du respect des prescriptions de l'article 8 du décret du 31 mai 1997 pris pour l'application de la loi du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal ; que, toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que la société Nigel Burgess Ltd, dont la candidature a été admise, qui a pu présenter une offre sur la base de laquelle elle a été auditionnée à trois reprises, soit susceptible d'avoir été lésée ou risque d'être lésée par les irrégularités ainsi invoquées, à les supposer établies ; qu'elle ne peut dès lors se prévaloir de tels manquements à l'appui de sa requête ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes du troisième alinéa de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 : La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public ; qu'il résulte de l'instruction que le PORT AUTONOME DE MARSEILLE a procédé à une présélection des candidats jugés recevables à présenter une offre conformément aux dispositions précitées ; que s'il est soutenu que le port autonome n'aurait pas formellement établi la liste des candidats ainsi admis à présenter leur offre, la société requérante n'établit pas en quoi le non respect de cette formalité l'aurait lésée ou aurait été susceptible de la léser ; que, de même, elle ne précise pas la nature des documents dont le port aurait omis de demander aux candidats la production et dont l'absence l'aurait ainsi lésée ou aurait été susceptible de la léser ;

Considérant, en troisième lieu, que si le port autonome a estimé que l'offre présentée par le groupe CMA-CGM, fondée sur la solution de base, intégrait également des éléments de l'option 2 et l'a, par suite qualifiée de mixage entre ces deux possibilités, cette circonstance est sans incidence sur la régularité de la procédure dès lors que les différents éléments de cette offre étaient conformes au règlement de consultation ; que, par suite, le moyen tiré de ce que le port autonome aurait à tort requalifié l'offre du groupe CMA-CGM ne saurait être retenu ;

Considérant, en quatrième lieu, qu'aux termes de l'article 2.1 du règlement de consultation : pour chaque lot, le P.A.M. privilégiera, dans son analyse et l'évaluation des offres, les réponses correspondant à la solution de base ; qu'il résulte de l'instruction que la nature de l'offre de la société Nigel Burgess Ltd, proposant une option alternative, a bien été prise en compte par le port autonome qui a, toutefois, conformément au règlement de consultation, privilégié la solution de base ; qu'ainsi, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 2.1 précité doit être écarté ;

Considérant, en cinquième lieu, qu'il résulte de l'instruction que les offres ont été analysées au regard des cinq critères de sélection des offres prévus par l'article 4.2 du règlement de consultation ; que, par suite, cet article n'a pas été méconnu ;

Considérant, en sixième lieu, que si le rapport du 26 mars 2008 au vu duquel a été adoptée la délibération du 4 avril 2008 indiquait que le port autonome demanderait à la société CMA-CGM de prendre intégralement la charge financière telle que cela était prévu dans le cahier des charges concernant la reprise en l'état des installations , que cette mention ne visait que le simple rappel à l'attributaire des obligations fixées par la consultation ; qu'ainsi, contrairement à ce que soutient la société requérante, il ne résulte pas de l'instruction que le groupe CMA-CGM aurait été retenu sur la base d'une offre méconnaissant sur ce point le cahier des charges ;

Considérant, en septième lieu, que, si le rapport précité du 26 mars 2008 mentionnait, parmi les points contractuels à finaliser dans le cadre de la mise au point du contrat définitif avec l'attributaire, la détermination d'un mécanisme de paiement progressif des loyers au fur et à mesure de la prise de possession des terrains concernés et de la durée des travaux programmés , il ne résulte pas de l'instruction que cette précision apportée dans le cadre des négociations contractuelles aurait constitué une modification a posteriori du règlement de la consultation susceptible d'entraîner un manquement aux règles de mise en concurrence ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions de la société Nigel Burgess Ltd tendant à l'annulation de la procédure ainsi que, par voie de conséquence, ses conclusions à fin d'injonction et celles présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ne peuvent qu'être rejetées ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par le GRAND PORT MARITIME DE MARSEILLE et le groupe CMA-CGM au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de mettre à la charge de la société Nigel Burgess Ltd à leur bénéfice chacun la somme de 5 000 euros ;

Document 13 : CAA Versailles, 21 juillet 2011, AJDA 2011, p. 2105.

Considérant que, par une délibération en date du 16 octobre 2006, le conseil municipal de la commune de Verrières-le-Buisson (Essonne) a approuvé la passation d'un bail emphytéotique d'une durée de trente ans en vue de la gestion et de l'utilisation des installations du terrain de golf réalisées, sur des parcelles appartenant à la commune, dans le cadre d'un bail à construction conclu en 1988 ; que, par la même délibération, le conseil municipal a autorisé le maire de la commune à signer ledit bail avec la société du golf de Verrières en contrepartie du paiement d'un loyer annuel de 15 561 Euros; que la commune de Verrières-le-Buisson et la société du golf de Verrières relèvent appel du jugement en date du 5 janvier 2010 par lequel le tribunal administratif de Versailles a, à la demande de M. Guyard, conseiller municipal, annulé la délibération en question ;

(...)

Sur la compétence de la juridiction administrative :

Considérant que la juridiction administrative est seule compétente pour connaître des demandes d'annulation d'une délibération du conseil municipal même si l'objet de cette délibération est d'autoriser la passation d'un contrat portant sur la gestion du domaine privé de la commune et n'implique aucun acte de disposition de celui-ci ; que, par suite, la demande de M. Guyard tendant à l'annulation de la délibération attaquée du 16 octobre 2006 était recevable ;

Au fond et sans qu'il soit besoin de statuer sur la régularité du jugement attaqué :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales : « Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet, en faveur d'une personne privée, d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence. Un tel bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte, en raison notamment de l'affectation du bien résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion du bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion, constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de voirie » ;

Considérant qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité ou de mise en concurrence préalablement à la passation d'un contrat comportant l'occupation d'une dépendance du domaine public ou privé d'une collectivité publique, tel que le bail emphytéotique dont la conclusion a été autorisée par la délibération attaquée, y compris lorsque le bénéficiaire d'un tel contrat est un opérateur sur un marché concurrentiel ; qu'il ne ressort par ailleurs d'aucune des pièces du dossier que le projet de bail approuvé par le conseil municipal le 16 octobre 2006 aurait eu pour effet de confier à la société du golf de Verrières la gestion d'un service public que cette dernière aurait institué ou aurait le caractère d'un marché public ; que, par suite, la commune de Verrières-le-Buisson et la société du golf de Verrières sont fondées à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Versailles a annulé la délibération précitée du 16 octobre 2006 au motif qu'elle aurait autorisé la passation d'un bail emphytéotique comportant occupation du domaine de la commune sans que ne soient respectées les formalités préalables de publicité et de mise en concurrence ;

Considérant toutefois qu'il appartient à la cour administrative d'appel de Versailles, saisie de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par M. Guyard tant en première instance qu'en appel ;

Considérant, en premier lieu, que M. Guyard soutient que les conseillers municipaux n'auraient pas pu disposer des éléments nécessaires pour apprécier le bien-fondé de leur vote, compte tenu, notamment de l'absence de projet de délibération, du caractère insuffisant de la note de synthèse jointe à la convocation et de l'absence de l'avis du service des domaines ; que, ce moyen manque en fait dès lors qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le projet de délibération en cause n'aurait pas été communiqué aux conseillers municipaux, que, par ailleurs, la note de synthèse accompagnant la convocation comprenait les éléments nécessaires à la compréhension du dossier et complétait utilement la délibération attaquée qui mentionnait elle-même la nature du contrat approuvé, le nom du preneur et le montant du loyer demandé et qu'enfin M. Guyard ne démontre aucunement que les conseillers municipaux n'auraient pas eu la possibilité de demander communication des pièces annexes nécessaires notamment l'avis émis par le service des domaines ; qu'il y a lieu, par suite, de rejeter ce moyen comme non fondé ;

Considérant, en deuxième lieu, que le moyen tiré de l'absence de consultation du service des domaines manque en fait ;

Considérant, en troisième lieu, que M. Guyard soutient que la commune de Verrières-le-Buisson ne pouvait pas conclure un bail emphytéotique administratif tel qu'il est prévu par l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales afin de mettre à la disposition de la société du golf de Verrières la gestion des installations du terrain de golf implanté sur le domaine de la commune dès que cet accord contractuel n'avait pas pour but la réalisation d'une opération d'intérêt général ; que, toutefois, la gestion de telles installations, qui sont ouvertes aux habitants de la commune pour la pratique de cette activité sportive, constitue une opération d'intérêt général au sens de cet article ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la nature domaniale des terrains et installations en cause dès lors que le bail

prévu par ledit article peut être conclu y compris pour l'occupation du domaine privé d'une collectivité publique, M. Guyard n'est pas fondé à soutenir que la délibération attaquée serait entachée d'une erreur de droit ;

Considérant, en quatrième lieu, que, dès lors que la convention approuvée par la délibération attaquée peut légalement être qualifiée de bail emphytéotique administratif, M. Guyard n'est pas fondé à se prévaloir de la supposée nullité de certaines clauses dudit bail pour demander l'annulation de la délibération en cause ; (...)

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions présentées par M. Guyard tendant à l'annulation de la délibération en date du 16 octobre 2006 doivent être rejetées ; (...)

ARRETS A COMMENTER

Document 14 : CE, 3 décembre 2010, Ville de Paris et Association Jean Bouin, n° 338272 et n° 338527.

(...) Considérant que les pourvois de la VILLE DE PARIS et de l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN sont dirigés contre le même arrêt de la cour administrative d'appel de Paris ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision sur leurs conclusions, qui tendent à l'annulation des articles 4, 5 et 6 de cet arrêt par lequel, après avoir annulé le jugement du tribunal administratif de Paris, la cour a statué par la voie de l'évocation sur la demande présentée par la société Paris Tennis ;

(...) Sur les conclusions tendant à l'annulation des articles 4, 5 et 6 de l'arrêt attaqué :

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois ;

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

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par délibération du 15 juillet 1925, la VILLE DE PARIS a concédé au club athlétique des sports généraux (CASG), dénommé depuis 2003 ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN (PJB), un terrain de 57 530 m², situé 20 à 40 avenue du Général Sarrail à Paris (16^{ème}), en vue d'y édifier un stade, qui a pris le nom de stade Jean Bouin ; que, par une convention du 11 avril 1927, cette association s'est vu concéder cet équipement pour une durée venant à expiration en 1965 ; qu'en exécution de deux délibérations des 23 janvier et 11 juillet 1963 du Conseil de Paris, ce stade a, pour une durée de 30 ans courant à compter du 1^{er} juillet 1965, été concédé à l'Etat qui l'a sous-concédé pour la même durée à cette association ; qu'à la suite de la réalisation du boulevard périphérique, l'emprise du stade a été diminuée, ce qui s'est traduit par la suppression de courts de tennis et par l'aménagement en contrepartie d'une parcelle de 4 300 m², située allée Fortunée dans le bois de Boulogne à Paris (16^{ème}) ; que cette parcelle a été concédée à l'Etat par une délibération du 29 mars 1968 et occupée par le CASG à compter de 1975 ; que, par délibération du 30 janvier 1988, la ville a pris acte de la dénonciation du contrat par l'Etat et décidé du maintien dans les lieux de l'association aux mêmes charges et conditions dans l'attente de la signature d'une nouvelle convention ; que, par convention en date du 31 juillet 1990, l'ensemble immobilier, implanté sur ces deux terrains et comprenant, outre le

stade et 21 courts de tennis, divers bâtiments à usage de bureaux, sports et restauration, a été mis à la disposition du CASG pour une durée venant à expiration le 31 décembre 2004 ; que le Conseil de Paris a, par délibération des 5 et 6 juillet 2004, autorisé le maire à signer avec l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN une nouvelle convention portant sur ce même ensemble immobilier et ayant une durée de 20 ans ;

Considérant que, pour annuler la décision du maire de Paris de signer le 11 août 2004 cette convention portant sur des dépendances du domaine public, dont il n'a pas été contesté devant les juges du fond que celles-ci n'avaient fait l'objet d'aucune mesure de désaffectation, la cour a jugé qu'elle ne constituait pas une convention d'occupation de ces dépendances mais présentait le caractère d'une délégation de service public et que, par suite, la VILLE DE PARIS avait méconnu les dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales en ne subordonnant pas la passation de ce contrat à la procédure de publicité et de mise en concurrence qu'elles prescrivent ; que la cour a également annulé la décision du 29 octobre 2004 par laquelle le maire de Paris a avisé la société Paris Tennis, qui avait manifesté en novembre 2003 son intention de présenter sa candidature à la concession de ces dépendances domaniales et qui s'était portée candidate le 28 septembre 2004, que sa candidature n'avait pu être prise en compte ;

Considérant que la cour a déduit de stipulations contractuelles et de documents extérieurs au contrat la volonté de la VILLE DE PARIS de confier à l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN une mission de service public consistant en la gestion, sous son pilotage, d'un grand complexe sportif, orienté vers l'ensemble des Parisiens, sportifs ou spectateurs, avec pour objectifs principaux l'accueil d'une équipe professionnelle de rugby résidente (et ses prolongements de formation et sélection de jeunes espoirs), l'offre de spectacles sportifs de qualité au plus grand nombre, l'encouragement de la pratique du sport, notamment chez le public scolaire ou universitaire et les personnes handicapées et la formation de sportifs de haut niveau dans plusieurs disciplines (tennis, notamment féminin, athlétisme, basket, rugby, et hockey) ;

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 2.9.3 de la convention du 11 août 2004 : L'occupant réserve, à titre exclusif ou pour un usage partagé ou pour un usage temporaire selon les biens concernés à l'équipe professionnelle de rugby du Stade Français-CASG Paris, pour les besoins de ses entraînements et de ses matchs nationaux et internationaux, l'utilisation du terrain de rugby, des tribunes et de certaines dépendances, installations et équipements dont la liste et les localisations sont précisées en annexe au présent contrat. / Les modalités d'utilisation de ces biens sont précisées dans une convention conclue entre l'occupant et la société anonyme sportive professionnelle Stade Français-CASG Paris. Cette convention définit les droits et les obligations respectifs des parties de manière à assurer une coexistence harmonieuse, notamment dans l'usage des biens réservés, entre l'occupant et l'utilisateur de ces biens. / Cette convention est jointe en annexe au présent contrat (annexe 7). Toute modification de cette convention pourra être apportée librement par les parties à cette convention, par voie d'avenant et devra être portée à la connaissance de la Mairie de Paris. ;

Considérant que la cour a estimé que les contraintes imposées à l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN révélaient la volonté de la ville d'organiser, au sein d'un équipement municipal et sous son contrôle, une activité de divertissement et de spectacle sportif lié à la présence d'un club de rugby professionnel ; qu'elle a jugé que les conditions dans lesquelles la convention conclue le 2 juillet 2004 entre l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN et le Stade Français-CASG Paris et annexée à la convention du 11 août 2004 avait été élaborée et les garanties importantes obtenues par le Stade Français conduisaient à conclure que la dernière phrase de l'article 2.9.3 de la convention du 11 août 2004 était sans portée pratique sur le caractère obligatoire des contraintes ainsi posées par la ville à l'association ;

Considérant que la seule présence d'un club de rugby professionnel sans autres contraintes que celles découlant de la mise à disposition des équipements sportifs ne caractérise pas à elle seule une mission de service public ; que la cour ne pouvait déduire la volonté de la ville d'organiser un service public des

stipulations de la convention conclue le 2 juillet 2004, qui a pris en compte la présence de l'équipe professionnelle de rugby du Stade Français-CASG Paris par la mise à la disposition exclusive à cette équipe, de façon permanente ou temporaire, de certains locaux et équipements nécessaires au sport de haut niveau ; qu'il résulte des stipulations de cette convention que les parties au contrat ont défini conjointement les modalités d'utilisation, par cette équipe professionnelle, du terrain de rugby, des tribunes et de certaines dépendances, installations et équipements ainsi que leurs droits et obligations respectifs à cet effet, afin de garantir également de façon équilibrée les intérêts respectifs du Stade Français-CASG Paris et de l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN et d'assurer leur coexistence harmonieuse dans l'utilisation des dépendances domaniales, notamment du stade de rugby et de la piste d'athlétisme ;

Considérant, en deuxième lieu, que, d'une part, la cour a elle-même relevé que la convention signée le 11 août 2004 ne reprenait pas une clause insérée dans la convention signée en 1990 et selon laquelle le CASG s'engageait à mettre à la disposition de la direction de la jeunesse et des sports de la ville et sous sa responsabilité les installations sportives du stade Jean Bouin pendant la période scolaire à l'exception des jours de congés scolaires ; que la cour a estimé, d'autre part, que l'annexe 3 à la convention du 2 juillet 2004 relative au tableau de répartition horaire de l'utilisation des équipements traduisait la réalité du maintien de l'obligation de mise à disposition d'installations au profit du public scolaire, qui existait dans la convention signée en 1990 ; que, cependant, dès lors qu'il ressort de ses termes mêmes que cette annexe s'est bornée à constater la répartition hebdomadaire des créneaux d'utilisation du stade Jean Bouin et de la piste d'athlétisme par l'équipe professionnelle de rugby du Stade Français et le public scolaire, la cour ne pouvait, pour qualifier le contrat, en déduire que cette obligation avait été maintenue par le biais de la convention du 2 juillet 2004 conclue entre l'association et le Stade Français-CASG Paris ;

Considérant, en troisième lieu, que la cour a relevé que le titre III de la convention du 11 août 2004 prévoyait un programme de modernisation (création de courts enterrés, rénovation du gymnase, amélioration de la sécurité de l'enceinte sportive...) pour un montant d'investissement prévisionnel fixé, à l'annexe 6, à 10 millions d'euros environ sur 20 ans ; qu'elle a estimé que, par son ampleur, ce programme excédait significativement la seule satisfaction des besoins propres de l'occupant et que la modicité de la redevance demandée à l'association, limitée à 50 000 euros pendant les premières années de la convention puis fonction d'une partie du chiffre d'affaires réalisé, mais plafonnée à 100 000 euros, pouvait être regardée comme la contrepartie d'une obligation de service public ;

Considérant, cependant et d'une part, qu'aux termes du titre III de la convention : L'occupant envisage de réaliser pour ses besoins propres et à ses frais un programme de réalisation d'investissements (...) sur les biens qu'il occupe et dont il a l'usage au titre du présent contrat, selon le programme indicatif figurant à l'annexe 6 du présent contrat. (...) ; qu'à ce titre, les articles 3.1, 3.2 et 3.3 prévoient respectivement que le coût des investissements est à la charge de l'occupant si celui-ci décide de les réaliser, qu'avant toute réalisation d'investissements, l'occupant devra en transmettre le dossier à la mairie de Paris pour avis préalable et que les investissements seront exécutés sous la surveillance des services compétents de l'administration municipale (direction chargée des sports) et sous la seule responsabilité de l'occupant, qui doit tenir la mairie de Paris informée de l'état d'avancement de la réalisation des investissements ; que les stipulations du préambule du titre III et de l'annexe 6 de la convention du 11 août 2004, relatives au programme indicatif d'investissements envisagé par l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN sur les sites concédés pour ses besoins propres et à ses frais, lui laissaient toute latitude en ce qui concerne la nature et la programmation des investissements au regard de l'état des dépendances domaniales concédées et répondaient au besoin de conservation de ces dépendances, notamment du site du stade Jean Bouin ;

Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 4.1 de la convention : En contrepartie de la mise à disposition des biens concédés décrits dans le présent contrat, l'occupant s'acquittera d'une redevance. ; que, si cette redevance comprenait une part fixe annuelle de 50 000 euros actualisée chaque année, elle

était constituée également à compter du 1er janvier 2008 d'une part variable assise sur une partie du chiffre d'affaires réalisé par l'occupant ; que cette redevance a été déterminée conformément aux modalités de calcul des redevances d'occupation domaniale ;

Considérant que la cour ne pouvait ainsi déduire des éléments qu'elle a relevés qu'en égard au montant des investissements, la ville faisait peser sur son cocontractant une obligation de service public et qu'en raison de son faible montant, la redevance d'occupation domaniale versée par l'association était la contrepartie d'une telle obligation ;

Considérant, en quatrième lieu, que la cour a mentionné les stipulations de l'article 4.2 de la convention du 11 août 2004 selon lesquelles : En outre, en cas de déséquilibre financier des comptes d'exploitation de l'occupant, les parties conviennent de se rencontrer afin d'étudier les mesures propres à assurer la pérennité de l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN CASG, la continuité des activités sportives et la préservation des biens concédés ; qu'elle en a déduit que cette clause confortait son analyse selon laquelle la ville n'avait pas eu pour seul objectif de rentabiliser ou valoriser son patrimoine ou d'en assurer la sauvegarde moyennant une redevance versée par l'occupant en contrepartie de son exploitation libre et privée mais avait voulu confier à celui-ci la gestion sous son pilotage d'un grand complexe sportif ; que, cependant, ces stipulations visent à garantir la meilleure utilisation du domaine tout en restant compatible avec son objet relatif à l'accueil d'activités sportives ; qu'elles ne caractérisent pas ainsi un droit de regard de la personne publique sur l'activité exercée par l'association et ne révèlent pas davantage l'organisation par cette personne publique d'une mission de service public ;

Considérant, en cinquième lieu, que si le juge peut prendre en compte des éléments extérieurs au contrat et de nature à éclairer la commune intention des parties, ces éléments ne doivent être dépourvus de toute pertinence pour apprécier cette commune intention ; que, dès lors et d'une part, la cour ne pouvait, sans erreur de droit, se fonder sur la lettre adressée le 21 janvier 2004 par le maire de Paris au président de l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN par laquelle, à la suite d'un différend entre l'occupant et le Stade Français, il s'est borné à charger les services de la ville d'élaborer une convention de bon usage afin de préciser les obligations respectives des parties pour la suite de la saison sportive qui a pris fin avant la conclusion de la convention ; que, d'autre part, la cour ne pouvait prendre en compte les conventions annuelles d'objectifs conclues, en application de la loi du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives et des décrets pris pour son application, entre 2001 à 2006 entre la VILLE DE PARIS et l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN, qui ont pour seul objet l'octroi de subventions annuelles ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la cour ne pouvait se fonder sur l'ensemble des éléments qu'elle a relevés et qui, s'ils concernent des activités d'intérêt général, ne se traduisent pas par un contrôle permettant de caractériser la volonté de la ville d'ériger ces activités en mission de service public, pour en déduire l'existence d'une telle mission dont la gestion aurait été confiée à l'association ;

Considérant, enfin, qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, selon l'article 1er de la convention du 11 août 2004, ce contrat a pour objet de concéder à l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN le droit d'occuper et d'utiliser de façon privative les dépendances du domaine public de la VILLE DE PARIS ; que le second alinéa de cet article stipule : Le présent contrat d'occupation du domaine public ne confère à l'occupant ou à toute autre personne utilisant une partie des biens concédés du chef de l'occupant ni la propriété commerciale, ni la qualité de concessionnaire de service public ou de concessionnaire d'ouvrage ou de travaux publics. ; que les stipulations de l'article 2.9.2, en vertu desquelles l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN a conclu, avec des lycées, avec le département de Paris au titre de l'enseignement d'éducation physique et sportive dans des collèges ou avec d'autres tiers, des conventions de sous-concession prévoyant les conditions et les modalités de mise à disposition des équipements sportifs et des autres locaux, notamment les créneaux horaires d'utilisation et le montant de la

redevance d'occupation, ont eu pour objet de mettre la VILLE DE PARIS en mesure de s'assurer en permanence que le domaine public concédé était occupé conformément à sa destination, et ne sauraient être regardées comme donnant à la ville un droit de regard sur l'activité exercée par l'association ; que l'ensemble des stipulations de la convention du 11 août 2004 et de ses annexes, qui imposent des prescriptions à l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN, s'inscrivent dans le cadre des obligations que l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut imposer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, aux concessionnaires du domaine ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'ensemble des stipulations de la convention du 11 août 2004 et de ses annexes ne traduit pas l'organisation, par la VILLE DE PARIS, d'un service public ni la dévolution de sa gestion à l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN ; que, par suite, la cour a inexactement qualifié la convention du 11 août 2004 en jugeant qu'elle avait le caractère d'une délégation de service public ; que, dès lors, la VILLE DE PARIS et l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN sont fondées à demander l'annulation des articles 4, 5 et 6 de l'arrêt du 25 mars 2010 de la cour administrative d'appel de Paris ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative et, réglant l'affaire au fond, de statuer sur la demande présentée par la société Paris-Tennis devant le tribunal administratif ;

Sur les conclusions tendant à l'annulation des décisions des 11 août et 29 octobre 2004 :

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité de ces conclusions ;

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article L. 2121-12 du code général des collectivités territoriales : Dans les communes de 3 500 habitants et plus, une note explicative de synthèse sur les affaires soumises à délibération doit être adressée avec la convocation aux membres du conseil municipal. / Si la délibération concerne un contrat de service public, le projet de contrat ou de marché accompagné de l'ensemble des pièces peut, à sa demande, être consulté à la mairie par tout conseiller municipal dans les conditions fixées par le règlement intérieur. (...) ;

Considérant que si la société Paris Tennis soutient que ces dispositions ont été méconnues dès lors que le Conseil de Paris n'a pas été informé clairement et complètement sur le contenu du projet de contrat et sur sa portée, elle n'apporte pas d'éléments probants à l'appui de ses allégations ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la convention conclue le 11 août 2004 entre la VILLE DE PARIS et l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN a la nature d'une convention d'occupation du domaine public ; qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe applicable même sans texte ne font obstacle à ce qu'une nouvelle convention d'occupation du domaine public soit conclue par anticipation avant l'expiration de la concession domaniale en vigueur ; que par suite, doit être écarté le moyen tiré de ce que la décision du maire de Paris du 11 août 2004 procédait au renouvellement anticipé de la concession domaniale relative au stade Jean Bouin conclue le 31 juillet 1990 avec le CASG et expirant le 31 décembre 2004 et qu'elle était, de ce fait, constitutive d'un détournement de procédure ;

Considérant, en troisième lieu, qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ; qu'il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel ;

Considérant que si, dans le silence des textes, l'autorité gestionnaire du domaine peut mettre en oeuvre une procédure de publicité ainsi que, le cas échéant, de mise en concurrence, afin de susciter des offres concurrentes, en l'absence de tout texte l'imposant et de toute décision de cette autorité de soumettre sa décision à une procédure préalable, l'absence d'une telle procédure n'entache pas d'irrégularité une autorisation ou une convention d'occupation d'une dépendance du domaine public ;

Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la convention conclue le 11 août 2004 entre la VILLE DE PARIS et l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN a la nature d'une convention d'occupation du domaine public ; que par suite, si la ville pouvait, même sans texte, mettre en oeuvre une procédure de publicité afin de retenir le candidat répondant aux objectifs qu'elle entendait poursuivre et notamment celui de la valorisation de son domaine public, elle n'a pas, en l'absence de dispositions l'imposant, entaché d'irrégularité la procédure suivie en ne faisant pas précéder son choix d'une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence à laquelle, contrairement à ce que soutient la société Paris Tennis, la ville n'avait pas décidé de recourir par la délibération des 7 et 8 juin 2004, par laquelle le Conseil de Paris s'est borné à émettre un voeu relatif à la durée d'occupation des concessions de la ville et aux modalités de sélection des concessionnaires ; que, dès lors, le moyen fondé sur l'irrégularité de la procédure suivie avant la passation de la convention du 11 août 2004 doit être écarté ;

Considérant, en dernier lieu, que, dans le dernier état de ses écritures devant la cour administrative d'appel de Paris, la société Paris Tennis a déclaré abandonner le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation sur le montant de la redevance due par l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Paris Tennis n'est pas fondée à demander l'annulation des décisions du maire de Paris des 11 août 2004 et 29 octobre 2004 ;

Sur les conclusions à fins d'injonction et d'astreinte :

Considérant qu'il résulte des écritures de la VILLE DE PARIS et de l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN que la convention du 11 août 2004 a été résiliée le 20 janvier 2010 ; que, dès lors, il n'y a plus lieu de statuer sur les conclusions de la société Paris Tennis tendant à ce qu'il soit enjoint sous astreinte au maire de Paris de résilier cette convention ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions présentées à ce titre par la société Team Lagardère, qui a la qualité d'intervenant et non de partie à l'instance ; que ces dispositions font également obstacle à ce que soient mises à la charge de l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN et de la VILLE DE PARIS, qui ne sont pas les parties perdantes dans la présente instance, les sommes demandées par la société Paris Tennis au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

Considérant qu'en application de ces dispositions, il y a lieu, en revanche, de mettre à la charge de la société Paris Tennis le versement, à l'ASSOCIATION PARIS JEAN BOUIN, d'une part, et à la VILLE DE PARIS, d'autre part, de la somme de 5 000 euros au titre des frais exposés par elles devant le Conseil d'Etat, la cour administrative d'appel et le tribunal administratif et non compris dans les dépens ;

Document 15 : CAA Marseille, 7 novembre 2011, Société Corsica Ferries, n° 08MA01604.

(...) Considérant que le 24 mars 2006, l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale de Corse a donné mandat à l'Office des transports de la Corse (OTC) de mettre en oeuvre la procédure de sélection pour la délégation du service public maritime entre le port de Marseille et cinq ports corses (Bastia, Ajaccio, Balagne, Porto-Vecchio et Propriano) pour la période 2007-2013 et en a adopté le règlement particulier d'appel d'offres et le cahier des charges ; qu'à la suite d'une décision du 15 décembre 2006 par laquelle le Conseil d'Etat a annulé la procédure de passation de cette convention, la collectivité territoriale de Corse a intégralement repris la procédure ; que se sont présentés d'une part un groupement constitué de la Société Nationale Corse Méditerranée (SNCM) et de la Compagnie Méridionale de Navigation (CMN) qui présentait des offres sur chacune des cinq lignes ainsi qu'une offre globale sur l'ensemble et, d'autre part, la société Corsica Ferries, qui présentait des offres sur les lignes d'Ajaccio, Porto-Vecchio et Propriano, ou une offre globale pour ces trois destinations avec une date de mise en service repoussée au 12 novembre 2007 ; qu'après négociations avec les deux candidats, le conseil exécutif de la collectivité de Corse a adopté un rapport proposant à l'assemblée de Corse de retenir l'offre du groupement SNCM-CMN ; que par une ordonnance du 27 avril 2007, le juge des référés du tribunal administratif de Bastia, saisi par la société CORSICA FERRIES, a annulé la seule phase de négociation de la procédure de passation ainsi que la décision du président du conseil exécutif de Corse et du président de l'OTC de retenir la candidature du groupement précité puis jugé qu'il appartenait à la collectivité territoriale de Corse et à l'OTC de reprendre la procédure de discussion avec les entreprises ayant présenté une offre, en les autorisant à modifier le contenu de la clause de sauvegarde prévue dans le règlement particulier d'appel d'offres dans des conditions respectant les obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'après une nouvelle phase de négociations, l'OTC a proposé de rejeter l'offre de CORSICA FERRIES au motif que la société n'était pas en mesure de fixer de manière ferme et définitive la date à laquelle elle serait capable d'exploiter la délégation et qu'elle ne répondait pas par ailleurs à la condition d'âge maximum des navires fixée par le règlement particulier d'appel d'offres ; par la délibération n° 07/108 en date du 7 juin 2007, l'assemblée de Corse a attribué au groupement constitué de la SNCM et la CMN la délégation de service public de la desserte maritime entre le port de Marseille et les ports de Corse, et par décision en date du 7 juin 2007, le président du conseil exécutif de la collectivité de Corse a signé la convention de délégation dudit service ; que la société CORSICA FERRIES interjette appel du jugement par lequel le tribunal administratif de Bastia a rejeté sa demande tendant à l'annulation de ces deux décisions et à ce qu'il soit enjoint à la collectivité de résilier la convention ou saisir le juge du contrat pour qu'il en constate la nullité ;

Sur la légalité des décisions attaquées, sans qu'il soit besoin de statuer sur la régularité du jugement attaqué :

En ce qui concerne la méconnaissance du règlement n°3577/92 du Conseil du 7 décembre 1992 sur le cabotage maritime :

Considérant qu'aux termes de l'article 1er, paragraphe 1, du règlement n° 3577/92 : À partir du 1er janvier 1993, la libre prestation des services de transport maritime à l'intérieur d'un État membre (cabotage maritime) s'applique aux armateurs communautaires exploitant des navires immatriculés dans un État membre et battant pavillon de cet État membre, sous réserve que ces navires remplissent toutes les conditions requises pour être admis au cabotage dans cet État membre, y compris les navires immatriculés dans le registre Euros dès que ce registre aura été approuvé par le Conseil. ; que l'article 4, paragraphe 1, du même règlement énonce : Un État membre peut conclure des contrats de service public avec des compagnies de navigation qui participent à des services réguliers à destination et en provenance d'îles ainsi qu'entre des îles ou leur imposer des obligations de service public en tant que condition à la prestation de services de cabotage. Lorsqu'un État membre conclut des contrats de service public ou

impose des obligations de service public, il le fait sur une base non discriminatoire à l'égard de tous les armateurs communautaires. (...) ; que ces dispositions autorisent les Etats à soumettre à l'obtention d'une autorisation administrative préalable la prestation de services réguliers de cabotage maritime à destination et en provenance d'îles ainsi qu'entre îles à condition, ainsi qu'a jugé la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt du 20 février 2001, Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) (C-205/99), qu'un besoin réel de service public en raison de l'insuffisance des services réguliers de transport dans une situation de libre concurrence existe et que ce régime d'autorisation administrative préalable soit nécessaire et proportionné au but poursuivi et fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance des entreprises concernées ;

Considérant que le point I. du cahier des charges de la délégation de service public en cause distingue le service permanent passager et fret que le groupement SNCM-CMN doit assurer pendant toute l'année et le service complémentaire passager à fournir pour les pointes de trafic, couvrant environ 37 semaines sur les lignes Marseille-Ajaccio et Marseille-Bastia et la période de mai à septembre pour la ligne Marseille-Propriano ; que la société Corsica Ferries soutient que ce service complémentaire ne répond pas à un besoin réel de service public et que l'absence de carence de l'initiative privée se présume de la seule évolution de la desserte maritime, dont il résulte que l'offre des opérateurs privés a permis d'assurer une part significative du trafic vers la Corse ;

Considérant que la conclusion en l'espèce de la délégation de service public avec le groupement SNCM-CMN et l'imposition d'obligations de service public pour fournir aux usagers des services de transports devaient, ainsi qu'il a été dit, être justifiées par l'insuffisance des services de transport régulier ; qu'il ressort des pièces du dossier que si les capacités offertes par le marché durant certaines périodes creuses n'étaient pas en mesure de répondre aux attentes des usagers et correspondaient à un réel besoin de service public justifiant l'existence des obligations de service public imposées au délégataire et leur contrepartie financière, les opérateurs privés pouvaient en revanche satisfaire à de tels besoins au printemps, à l'été et à l'automne ; que la collectivité territoriale de Corse ne justifie pas la carence de l'initiative privée sur la période précitée qui aurait existé lors de la passation de la délégation de service public alors pourtant que la société CORSICA FERRIES a produit des éléments tendant à établir sa capacité à répondre au besoin induit par la période de pointe , faisant ainsi disparaître la nécessité d'imposer des obligations de service public durant cette période ; que, par conséquent, le niveau des obligations de service public instauré pour le service complémentaire a constitué une restriction non justifiée à la libre prestation de service en raison de la globalité de l'offre de desserte maritime existante ; que par suite, et sans qu'il soit besoin de demander à la SNCM la communication du taux de remplissage de ses navires, la société requérante est fondée à soutenir que les stipulations du cahier des charges de la desserte maritime instaurant un service complémentaire ont méconnu les dispositions du règlement du Conseil du 7 décembre 1992 sur le cabotage maritime ;

En ce qui concerne la méconnaissance des articles 87 et 88 du traité instituant la Communauté européenne (traité CE) devenus les articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) :

Considérant que la société CORSICA FERRIES soutient que les stipulations de la clause de sauvegarde, combinée à la clause tarifaire, constituent une aide d'Etat qui aurait dû être notifiée préalablement à la Commission européenne, dès lors notamment que ladite clause ne remplirait pas les conditions auxquelles la Cour de justice de l'Union européenne, en présence d'un avantage représentant la contrepartie d'obligations de service public imposées à un opérateur, accepte d'écarter la qualification d'aide d'Etat ; qu'elles ne répondraient pas davantage aux conditions fixées par la décision 2005/842/CE du 28 novembre 2005 de la Commission européenne concernant l'application aux aides d'Etat des stipulations de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE, devenu l'article 106 TFUE, relatives aux compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ;

Considérant, d'une part, qu'aux termes du paragraphe 1 de l'article 87 du traité CE, alors applicable, devenu l'article 107 TFUE : Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ; qu'aux termes du paragraphe 2 de l'article 88 de ce traité, alors applicable, devenu l'article 108 TFUE : Si, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, la Commission constate qu'une aide accordée par un Etat ou au moyen de ressources d'Etat n'est pas compatible avec le marché commun aux termes de l'article 87, ou que cette aide est appliquée de façon abusive, elle décide que l'Etat intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai qu'elle détermine... ; qu'aux termes du paragraphe 3 de ce même article : La Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché commun, aux termes de l'article 87, elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent. L'Etat membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale. ; qu'il résulte de ces stipulations que, s'il ressortit à la compétence exclusive de la Commission de décider, sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne, si une aide de la nature de celles visées par l'article 107 TFUE est ou non, compte tenu des dérogations prévues par le traité, compatible avec le marché commun, il incombe, en revanche, aux juridictions nationales de sanctionner, le cas échéant, l'invalidité des dispositions de droit national qui auraient institué ou modifié une telle aide en méconnaissance de l'obligation, qu'impose aux Etats membres la dernière phrase du paragraphe 3 de l'article 108 TFUE, d'en notifier à la Commission, préalablement à toute mise à exécution, le projet ; que l'exercice de ce contrôle implique, notamment, de rechercher si les dispositions contestées ont institué des aides d'Etat au sens de l'article 107 TFUE ;

Considérant, d'autre part, qu'en application de la jurisprudence issue de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne en date du 24 juillet 2003, Altmark Trans GmbH (C-280/00), une compensation destinée à la prestation de services d'intérêt économique général constitue une aide d'Etat, à moins qu'elle ne se limite strictement au montant nécessaire pour compenser les coûts d'un opérateur efficient liés à l'exécution d'obligations de service public, lesquelles peuvent être imposées lorsque les autorités publiques considèrent que les forces du marché ne sont pas suffisantes pour garantir la prestation de tels services ou pour les fournir à des conditions satisfaisantes ; que la légalité d'une telle compensation est soumise à la condition que l'entreprise bénéficiaire soit effectivement chargée de l'exécution d'obligations de service public clairement définies, que les paramètres sur la base desquels elle est calculée soient préalablement établis, de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes, et que la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable et lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée des moyens nécessaires, aurait encourus pour exécuter ces obligations en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 4424-18 du code général des collectivités territoriales : La collectivité territoriale de Corse définit, sur la base du principe de continuité territoriale destiné à atténuer les contraintes de l'insularité et dans les conditions de l'article L. 4425-4, les modalités d'organisation des transports maritimes et aériens entre l'île et toute destination de la France continentale, en particulier en matière de desserte et de tarifs ; que le premier alinéa de l'article L. 4424-19 du même code ajoute : Des obligations de service public sont imposées par la collectivité territoriale de Corse sur certaines liaisons aériennes ou maritimes pour assurer le principe de continuité territoriale. Ces obligations ont pour objet,

dans le cadre adapté à chaque mode de transport, de fournir des services passagers ou fret suffisants en termes de continuité, régularité, fréquence, qualité et prix et, le cas échéant, de capacité, pour atténuer les contraintes liées à l'insularité et faciliter ainsi le développement économique de l'île, l'aménagement équilibré du territoire insulaire et le développement des échanges économiques et humains entre l'île et la France continentale ;

Considérant que la convention litigieuse impose à l'exploitant de la desserte maritime de Corse des obligations de service public définies par le cahier des charges, lequel détermine les services à fournir, le nombre de liaisons, les ports desservis, le régime tarifaire et les horaires des traversées ; que ses annexes déterminent également les caractéristiques techniques, la capacité et le nombre de navires devant être affectés aux obligations de service public, ainsi que l'évolution attendue de la flotte jusqu'au terme de la convention ; que ces obligations sont définies à la fois pour le transport des passagers et pour le fret ; qu'en contrepartie de ces obligations de service public, le délégataire bénéficie de la part de la collectivité territoriale de Corse d'une compensation financière annuelle à caractère forfaitaire prévue dans l'article 2 de ladite convention ;

Considérant qu'aux termes de l'article 7 de cette convention intitulé clause de sauvegarde : 7.1 - En cas de modification importante des conditions techniques, réglementaires ou économiques d'exploitation des services délégués ou pour tenir compte d'évènements extérieurs ayant un impact significatif sur les engagements financiers du (des) délégataire(s), les parties se rencontreront (...) pour prendre, autant que de besoin, les mesures de rétablissement de l'équilibre financier initial de la Convention, en priorité sur les tarifs maxima et sur l'adaptation des services (...) ; qu'aux termes de l'article 7.2 de la convention relatif à ladite clause : (...) les montants des compensations financières annuelles de référence ont été déterminés sur la base des prévisions de recettes brutes passagers (...) et fret figurant dans l'offre de chaque délégataire (...). L'ajustement de la compensation financière est égal à la somme algébrique des compensations financières ainsi obtenues pour chaque catégorie de recettes. Il s'agit d'un complément de compensation financière si cette somme est positive (...) ou d'une diminution de compensation financière si cette somme est négative (...) ; que l'article 7.3 précise que ce montant a également été estimé sur la base des prévisions de dépenses de combustibles (...), le prix de la tonne de fuel étant contractuellement défini ; que l'article 5.2 précise que chaque année le montant de la compensation financière est arrêté en tenant compte du résultat de l'exécution de la convention, des dispositions de ses articles 2, 7 et 10 et que cette compensation est limitée au déficit d'exploitation entraîné par les obligations du cahier des charges en tenant compte d'un rendement raisonnable du capital nautique engagé au prorata des journées de son utilisation effective pour les traversées correspondant à ces obligations. Est considéré comme un rendement raisonnable du capital nautique engagé le pourcentage de 15% de sa valeur conventionnelle. Dans ces conditions le résultat d'exploitation, après compensation financière et hors charges de capital (...), ne peut dépasser le seuil de 15% de la valeur conventionnelle de la flotte ;

Considérant que si les paramètres de calcul de la compensation des obligations de service public mises à la charge du délégataire ont été fixés à l'article 7, il résulte du premier point de cet article que la collectivité territoriale de Corse s'est engagée à rétablir l'équilibre financier initial de la convention en cas de modification importante des conditions d'exploitation, notamment économiques, ou d'évènements extérieurs ayant un impact significatif sur les engagements financiers du délégataire ; que cette clause réserve ainsi la possibilité d'octroyer au délégataire des financements additionnels, autres que ceux nécessités par l'exécution des obligations de service public pour un montant qui n'est pas déterminé et sans qu'aient été définis de paramètres pour leur calcul ; qu'en effet, cette clause ne vise que la situation financière du délégataire ; que le mécanisme d'ajustement prévu aux articles 5.2 et 7.2 n'est pas suffisant pour éviter que la compensation versée à raison des obligations de service public imposées au délégataire excède, au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution desdites obligations de service public ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la compensation prévue par l'article 7 de la convention présente le caractère d'une aide d'Etat soumise à l'obligation de notification à la Commission européenne ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la délégation en cause a été irrégulièrement adoptée, faute, ainsi qu'il ressort des pièces du dossier, d'avoir été préalablement notifiée à la Commission, doit être accueilli ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, que la SOCIETE CORSICA FERRIES est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Bastia a rejeté sa demande tendant à l'annulation des décisions attaquées ; (...)