

Droit des contrats publics
Master 1 Droit public

Enseignants responsables :
Pr. Bertrand du MARAIS
M^e Sandrine PERROTET

TRAVAUX DIRIGES
M. GRAS ET MME MONGOUACHON

PROGRAMME DES TRAVAUX DIRIGES

- Séance 1 : **Présentation**
- Séance 2 : **Notion de contrat public**
- Séance 3 : **Typologie des contrats publics**
- Séance 4 : **Contrats public et concurrence**
- Séance 5 : **Les marchés publics**
- Séance 6 : **Les délégations de service public**
- Séance 7 : **Les contrats de partenariat et les contrats d'occupation du domaine public**
- Séance 8 : **La modification et la fin du contrat**
- Séance 9 : **Galop d'essai**
- Séance 10 : **Contentieux de la passation des contrats**
- Séance 11 : **Contentieux de l'exécution des contrats**

SÉANCE 1 : Présentation du programme

CONSEILS BIBLIOGRAPHIQUES

Manuels :

- ✓ Du MARAIS (B.), *Droit public de la régulation économique*, Dalloz, (coll. Amphithéâtre), 2004.
- ✓ GUETTIER (C.), *Droit des contrats administratifs*, PUF (coll. Thémis), 2011 ;
- ✓ LICHERE (F.), *Droit des contrats publics*, Dalloz (coll. Mémentos), 2005 ;
- ✓ RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, (coll. Manuels), 2012.

Sites internet :

- ✓ Méthodologie : <http://jurisguide.univ-paris1.fr/>
- ✓ Etat : <http://www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics>
- ✓ Lois, règlements et jurisprudence : <http://www.legifrance.gouv.fr/>
- ✓ Droit de l'Union européenne : <http://eur-lex.europa.eu/fr/index.htm>

NOTATION

La note de TD se compose pour moitié de :

1/ la moyenne entre les notes de :

- Commentaire d'arrêt** (les étudiants doivent rendre au moins un commentaire, mais l'enseignant se réserve le droit de ramasser la copie d'un même étudiant plusieurs fois) ;
- Exposé oral** (portant sur le sujet choisi au début du semestre) ;
- Interrogation orale** (portant sur les thèmes à préparer pour chaque TD) ;
- Galop d'essai** ;

2/ et la note obtenue pour le partiel.

SUJETS D'EXPOSÉ ORAL

Séance 2 :

- La distinction des actes administratifs : contrats et actes unilatéraux.
- Le rôle joué par la notion de service public dans l'opération de qualification du contrat administratif.

Séance 3 :

- **L'impact du droit de l'Union européenne sur la distinction entre les différents types de contrats administratifs.**
- Les contrats innomés en droit public.

Séance 4 :

- **Autorisations d'occupation du domaine public et droit de la mise en concurrence.**
- La légalité de la candidature d'une personne publique à l'attribution d'un contrat public.

Séance 5 :

- **La prise en compte des critères extra-économiques dans la décision d'attribution d'un marché public.**
- Les apports du décret du 2011-1000 du 25 août 2011.

Séance 6 :

- Principe de libre administration des collectivités territoriales et DSP.
- **Durée des contrats de DSP.**

Séance 7 :

- Les difficultés associées aux contrats de partenariat.
- Le renforcement des droits des occupants du domaine public.

Séance 8 :

- Modification des contrats de la commande publique et droit de l'Union européenne.
- **Disparitions du contrat administratif.**

Séance 10 :

- Le recours du tiers au contrat.
- Les parties et le contentieux de la passation.

Séance 11 :

- **L'acte détachable et le contrat.**
- Expliquez l'adage : « Une personne publique ne peut pas être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas ».

SÉANCE 2 : La notion de contrat public

THEMES

- Les critères de qualification du contrat public.
- La compétence de la juridiction administrative.

SOMMAIRE DES DOCUMENTS

Document 1 : CE, Sect., 20 avril 1956, <i>Epoux Bertin</i>	5
Document 2 : Conclusions ROMIEU (extraits) sous CE, 6 février 1903, <i>Terrier</i>	5
Document 3 : Conclusions COMBREXELLE (extraits) sous CE, Sect., 28 juin 1996, <i>Krief</i>	6
Document 4 : Article 2 de la loi n° 2001-1168 du 28 décembre 2001, dite MURCEF.....	9
Document 5 : TC, 17 décembre 2007, <i>SELARL MB C/ Centre hospitalier intercommunal du Haut-Anjou</i> , n° C3646.....	9
Document 6 : TC, 20 février 2008, <i>Verrière c/ Courly</i> , n° C3623.....	10
Document 7 : CE, Sect., 28 décembre 2009, <i>Société Brasserie du théâtre</i> , n° 290937.....	10
Document 8 : TC, 22 novembre 2010, <i>SARL Brasserie du Théâtre c/ Commune de Reims</i> , n° C3764.....	11
Document 9 : TC, 14 novembre 2011, <i>Union des groupements d'achats publics c/ C2 Conseils et Formation (EURL)</i> , n° C3813.....	12
Document 10 : TC, 12 décembre 2011, <i>Commune de Nouméa c/ Sté Lima</i> , n° C3824.....	12
Document 11 : TC, 5 mars 2012, <i>M. Dewailly c/ CCAS de Caumont</i> , n° 3883, AJDA 2012 p. 1684.....	13

ARRET A COMMENTER

TC, 22 novembre 2010, *SARL Brasserie du Théâtre c/ Commune de Reims*, n° C3764 (doc. 8).

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- AMSELEK (P.), « La qualification des contrats de l'administration », *AJDA* 1983, p. 3.
- BRACONNIER (S.), « Les limites de l'opération de qualification des contrats administratifs », *AJDA* 2006, p. 2099.
- BRENET (F.), « La théorie du contrat administratif, évolutions récentes », *AJDA* 2003, p. 919.
- CHEVALLIER (J.), « L'association au service public », *JCP* 1974, I, p. 2667.
- DELACOUR (E.), « Les contrats publics des personnes privées en droit français », *Contrats publics, Mélanges M. Guibal*, 2006, p. 633.
- DU MARAIS (B.) et GANNAT (L.) « Quelques éléments de comparaison entre deux modalités de partenariat avec un opérateur privé pour fournir le service public : le contrat et l'autorisation unilatérale. », *La Gazette du Palais*, vol. 126, n°71, 12 au 14 mars 2006, p.3-8.
- FLEURY (T.) , « La liberté contractuelle des personnes publiques », *RFDA* 2012, p. 231.**
- LAGRANGE (P.), « La qualification des contrats entre personnes publiques », *DA* 2006, n° 6.
- LICHÈRE, « L'évolution du critère organique du contrat administratif », *RFDA* 2002, p. 341.
- PRIET (F.), « L'urbanisme est-il soluble dans le contrat ? », *AJDA* 2011, p. 2157.

Document 1 : CE, Sect., 20 avril 1956, *Epoux Bertin*.

Vu la requête sommaire et le mémoire ampliatif présentés pour le sieur et la dame X... demeurant ... Seine-et-Marne , ladite requête et ledit mémoire enregistrés au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat le 2 août 1948 et le 26 janvier 1952, et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler une décision en date du 1er juin 1949 par laquelle le ministre des Anciens Combattants et Victimes de la Guerre a refusé de leur verser une somme de 1.009.800 francs ;

Vu l'ordonnance du 31 juillet 1945 ; le décret du 30 septembre 1953 ;

Sur la compétence : Considérant qu'il résulte de l'instruction que, par un contrat verbal passé avec l'administration le 24 novembre 1944, les époux X... s'étaient engagés, pour une somme forfaitaire de 30 francs par homme et par jour, à assurer la nourriture des ressortissants soviétiques hébergés au centre de rapatriement de Meaux en attendant leur retour en Russie ; que ledit contrat a eu pour objet de confier, à cet égard, aux intéressés l'exécution même du service public alors chargé d'assurer le rapatriement des réfugiés de nationalité étrangère se trouvant sur le territoire français ; que cette circonstance suffit, à elle seule, à imprimer au contrat dont s'agit le caractère d'un contrat administratif ; qu'il suit de là que, sans qu'il soit besoin de rechercher si ledit contrat comportait des clauses exorbitantes du droit commun, le litige portant sur l'existence d'un engagement complémentaire à ce contrat, par lequel l'administration aurait alloué aux époux X... une prime supplémentaire de 7 francs 50 par homme et par jour en échange de l'inclusion de nouvelles denrées dans les rations servies, relève de la compétence de la juridiction administrative ;

Au fond : Considérant que les époux X... n'apportent pas la preuve de l'existence de l'engagement complémentaire susmentionné ; que, dans ces conditions, ils ne sont pas fondés à demander l'annulation de la décision en date du 1er juin 1949 par laquelle le Ministre des Anciens Combattants et Victimes de la Guerre a refusé de leur verser le montant des primes supplémentaires qui auraient été prévues audit engagement ;

DECIDE : Article 1er - La requête susvisée des époux X... est rejetée.

Document 2 : Conclusions ROMIEU (extraits) sous CE, 6 février 1903, *Terrier*.

On a, pendant un certain temps, interprété le principe de la séparation des pouvoirs en ce sens que les actes de puissance publique seuls avaient par leur nature un caractère administratif, et que les actes de gestion étaient régis par le droit commun, c'est-à-dire du ressort des tribunaux ordinaires, s'il n'en était autrement ordonné par un texte spécial. Les actions dirigées contre l'Etat, et fondées sur un acte de gestion, soit au point de vue d'obligations contractuelles, soit en réparation de dommages, n'avaient dès lors pas un caractère administratif par elles-mêmes, mais uniquement parce qu'elles aboutissaient à mettre une somme à la charge du Trésor, et que des lois de la période révolutionnaire, notamment la loi du 26 sept. 1793, posent le principe de la liquidation administrative des dettes de l'Etat. La compétence administrative pour tout ce qui concerne les actes de gestion existait donc bien en fait pour l'Etat, mais était fondée uniquement sur un texte de droit financier, et non sur le principe de la séparation des pouvoirs. Il en résultait que, pour les communes et les départements, le texte de droit financier, qui vise exclusivement les dettes de l'Etat, faisant défaut, toutes les actions relatives aux actes de gestion devaient, à défaut d'un texte législatif spécial, être portées devant l'autorité judiciaire.

En ce qui concerne l'Etat, les arrêts eux-mêmes qui visaient la loi du 26 sept. 1793 s'étaient souvent appuyés, en outre, sur le principe de la séparation des pouvoirs (Trib. des conflits, 6 déc. 1855, Rothschild, Rec. des arrêts du Cons. d'Etat, p 705); les considérant,

de ces arrêts établissant même avec une vigueur saisissante cette vérité que la marche des services publics ne peut être réglée d'après les principes qui régissent les rapports de particulier à particulier. En 1873, l'on alla plus loin; le Tribunal des conflits, dans l'affaire Blanco (8 fév. 1873, S. 1873.3.153. - P. chr.), s'inspirant d'un arrêt du 6 août 1861, Dekeister (S. 1862.2.139. - P. chr.), et répondant aux vues exposées avec beaucoup d'autorité par M. le commissaire du Gouvernement David, fonda uniquement la compétence administrative, dans les actions en responsabilité contre l'Etat, sur le principe de la séparation des pouvoirs, ainsi que sur la loi du 24 mai 1872, d'après laquelle le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours « en matière contentieuse administrative » ; c'était l'abandon définitif des anciens textes relatifs à la liquidation des dettes de l'Etat, considérés comme inutiles.

Or, si l'on admet ce principe comme base juridique unique de la compétence administrative pour les rapports entre le service public et les tiers, dans l'ordre quasi-délictuel, on doit l'admettre également, a fortiori, pour les rapports contractuels qui naissent de l'organisation ou du fonctionnement du service public. Dès lors, les textes qui proclament la compétence administrative dans les diverses matières qui constituent la sphère d'action des services publics, et en particulier les lois qui chargent l'autorité administrative de prononcer sur les créances de l'Etat, ne doivent pas être considérés comme créant une compétence exceptionnelle, mais bien au contraire comme faisant purement et simplement application du principe de la séparation des pouvoirs, et comme reconnaissant un contentieux qui est administratif, non par le fait de la loi, mais par sa nature propre.

[...]

Il demeure entendu qu'il faut réserver, pour les départements et les communes, comme pour l'Etat, les circonstances où l'administration doit être réputée agir dans les mêmes conditions qu'un simple particulier et se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions. Cette distinction entre ce qu'on a proposé d'appeler la gestion publique et la gestion privée peut se faire, soit à raison de la nature du service qui est en cause, soit à raison de l'acte qu'il s'agit d'apprécier. Le service peut, en effet, tout en intéressant une personne publique, ne concerner que la gestion de son domaine privé ou considérer, dans ce cas, que la personne publique agit comme une personne privée, comme un propriétaire ordinaire, dans les conditions du droit commun [...]. D'autre part, il peut se faire que l'administration, tout en agissant, non comme personne privée, mais comme personne publique, dans l'intérêt d'un service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique, et se place volontairement dans les conditions d'un particulier, — soit en passant un de ces contrats de droit commun, d'un type nettement déterminé par le Code civil (location d'un immeuble, par exemple, pour y installer les bureaux d'une administration), qui ne suppose pas lui-même l'application d'aucune règle spéciale au fonctionnement des services publics, soit en effectuant une de ces opérations courantes, que les particuliers font journellement, qui supposent des rapports contractuels de droit commun et pour lesquelles l'administration est réputée entendre agir comme un simple particulier (commande verbale chez un fournisseur, salaire à un journalier, expéditions par chemin de fer aux tarifs du public, etc.)

Document3 : Conclusions COMBREXELLE (extraits) sous CE, Sect., 28 juin 1996, *Krief*.

-A-

«Les nations ont un droit public avant que d'avoir des lois civiles » déclarait Portalis en présentant le projet de Code civil devant le corps législatif et de montrer que le futur Code civil, en ce qu'il était destiné à mettre fin à la diversité des lois et coutumes propres à différentes parties du territoire national instituait un ordre civil venant cimenter l'ordre politique ». Si historiquement le Code civil est ainsi avant tout l'expression d'un acte de puissance publique, son champ d'application reste en principe cantonné aux relations de droit privé et ne s'applique pas aux relations entre la puissance publique et les personnes privées.

C'est, faut-il le rappeler, ce qu'allait confirmer avec éclat le 8 février 1873, le Tribunal des conflits dans son arrêt Blanco dont le considérant constitue l'acte fondateur du droit administratif: «La responsabilité, qui peut incomber à l'Etat..., ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil ; pour les rapports de particulier à particulier; que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ».

Tout avait été dit à l'occasion de l'accident dont avait été victime la petite Agnès Blanco et nous avons dès

lors quelque scrupule à conclure devant votre section sur une question qui porte sur l'application d'une disposition du Code civil en droit administratif.

La difficulté vient de ce que, comme le relèvent les auteurs des « Grands arrêts de la jurisprudence administrative » (p. 7), la liaison entre la compétence juridictionnelle et le fond du droit qu'institue cet arrêt n'est pas absolue.

-B-

S'agissant du juge judiciaire, celui-ci n'hésite pas lorsqu'il est confronté à des situations proches de celles qui par nature se rattachent au droit administratif à faire application des concepts dégagés par le juge administratif. L'arrêt de la Cour de cassation Giry en date du 23 novembre 1956 (Bull. civ. II, p. 407), est une illustration marquante de ce type de raisonnement en matière de régime de responsabilité applicable aux collaborateurs occasionnels du service public de la justice. De façon plus récente et plus caractéristique encore, le développement de ce que nous serions tentés d'appeler des « prérogatives de puissance privée » dans le droit des affaires et notamment dans le droit des sociétés conduit le juge judiciaire à appliquer des techniques proches de celles du juge de l'excès de pouvoir (Charnpaud, Droit administratif et droit des affaires: AJDA n° spéc. juin 1995, p. 82).

-C-

De même, toute référence au droit civil n'est pas, par nature, exclue devant le juge administratif.

En premier lieu, les situations visées par le droit administratif ne sont pas pour la plupart des situations de pur droit administratif qui se définiraient exclusivement par des concepts propres à ce droit. Les textes applicables visent, à titre d'exemples, des personnes physiques majeures ou mineures, des sociétés et des associations, des propriétaires et des locataires, des héritiers et des légataires, des salariés et des employeurs, des immeubles et des meubles qui se définissent par rapport au droit privé.

Pour prendre un exemple récent de la nécessaire prise en compte de situations régies par le droit civil dans l'action administrative, votre section a récemment annulé la délibération d'un conseil d'administration d'un lycée qui en tant qu'elle exigeait dans certaines circonstances l'autorisation des parents pour des élèves âgés de dix-huit ans accomplis méconnaissait les dispositions de l'article 488 du Code civil relative à la majorité civile (CE, sect., 22 mars 1996, Mme Paris et Mme Roignot: AJDA 1996, p. 404).

En deuxième lieu, au-dessus de la *summa divisio* entre le droit privé et le droit public il existe un fond commun de techniques et de notions juridiques, le plus souvent inspirées du droit romain des obligations, qui sont indistinctement utilisées par le juge judiciaire et le juge administratif.

Là également à titre d'exemples, si l'on s'en tient au seul droit des obligations, sans que cette liste ne soit exhaustive, les vices du consentement comme le dol (CE, 14 déc. 1923, Sté des Grands Moulins de Corbeil: Rec. CE, p. 852), l'erreur sur la substance ou l'objet du contrat (CE, 24juill. 1885, Ville de Vichy: Rec. CE, p. 723; — 10 janv. 1912, Ville de St-Étienne: Rec. CE, p. 22), la violence (CE, 19 janv. 1945, Sté des avions Voisin: Rec. CE, p. 19), la force obligatoire du contrat (CE, 17mars 1893, Cie du Nord: 5. 1894, 3, p. 119; — 14 déc. 1923, Sté des Grands Moulins de Corbeil, préc.), l'effet relatif des contrats (CE, sect., 29juin 1973, Min. équip., log. c/Sté parisienne pour l'industrie électrique: Rec. CE, p. 457), la solidarité (CE, sect., 9 janv. 1976, Sté Caillol e.a: Rec. CE, p. 19), la compensation (CE, 4 déc. 1935, Bernard: Rec. CE, p. 1130). le cautionnement, la force majeure (CE, 24avr. 1968, Cia de navigation: Rec. CE, p. 257), l'enrichissement sans cause (CE, sect., 14 avr. 1961, Min. reconstruction, log. c. Sté Sud Aviation: Rec. CE, p. 236; — 14 oct. 1966, Min. reconstruction al Ville de Bordeaux: Rec. CE, p. 537;— 1er oct 1969, Sté des établissements Privé: Rec. CE, p. 411), l'action oblique (CE, sect., S. 18 mars 1927, Fauvet: Rec. CE, p. 360), l'action paulienne (CE, sect., 21juin 1957, Dupuy: Rec. CE, p. 411), la subrogation (CE, sect., 13 oct. 1972, Caisse régionale de réassurances mutuelles agricoles de l'est: Rec. CE, p. 635) sont au nombre des techniques juridiques qui constituent ce fond commun.

Ce fond commun ne se borne pas d'ailleurs à dépasser les frontières entre le droit privé et le droit administratif, il dépasse, compte tenu de son origine, les frontières nationales. Son existence est attestée par l'article 215, deuxième alinéa, du Traité de Rome qui en matière de responsabilité non contractuelle des Communautés se réfère aux « principes généraux communs aux droits des États membres » ou par la Convention de Rome du 19juin 1980 qui constitue l'amorce d'une unification du droit des contrats.

Si l'on revient au droit français, on constate que ces concepts ou techniques font l'objet de dispositions contenues dans le Code civil. Pour autant, vous ne faites pas généralement référence explicite à ce code pour

en faire application dans vos décisions. Par là, vous marquez que ces notions et techniques juridiques ne trouvent pas leur origine dans tel ou tel code ou loi mais dans ce fond commun et qu'il vous appartient de les appliquer dans les conditions propres à ce qu'exige le service public, ceci conformément aux principes dégagés par l'arrêt Blanco. En troisième lieu, vous considérez que certaines dispositions de droit privé auxquelles vous vous référez expressément ne font que reprendre un principe général du droit qui est applicable dans les relations de droit administratif. Ces principes peuvent être tirés du Code du travail (CE, ass., 8 juin 1973, Peynet: Rec. CE, p. 406; — CE, sect., 23 avr. 1982, Ville de Toulouse c/ Aragnou: Rec. CE, p. 151) mais également d'articles du Code civil comme ceux concernant les règles de fond de la garantie décennale (CE, ass., 2 févr. 1973, TRANNOY: Rec. CE, p. 94; CE, sect., 28 févr. 1986, Entreprise Blondet: Rec. CE, p. 55).

Le recours à la technique particulière des principes dont s'inspirent certaines dispositions du Code civil, en matière de garantie décennale, vous permet de transposer une forme de garantie particulière propre au Code civil tout en n'étant pas lié par la lettre de la loi civile ni par les interprétations qu'en donne le juge judiciaire.

Enfin, vous incorporez parfois dans le corpus des règles applicables aux relations de droit public certaines dispositions du Code civil. Vous incorporez ces règles lorsque très exceptionnellement elles visent, par nature, des situations de droit public comme par exemple l'article 542 du Code civil sur les biens communaux (CE, 31 mai 1989, Mazaurin: Rec. CE, p. 137) ou l'article 1596 qui interdit aux administrateurs des biens des communes de se rendre acquéreurs des biens confiés à leurs soins (CE, 25 mars 1987, Oeleruo: Rec. CE, p. 106).

Mais dans la plupart des cas, c'est sur le fondement de votre pouvoir prétorien que vous incorporez certaines règles du Code civil, comme par exemple, si on se limite au seul droit des obligations

- l'article 1154 sur la capitalisation des intérêts (CE, 4 nov. 1959, Cne de Bollèno: Rec. CE, p. 575),
- les articles 1244 et 1253 et suivants du Code civil sur l'imputation des versements faits par un débiteur à son créancier en cas de pluralité de dettes (CE, 29 juin 1964, X.: Rec. CE, p. 367; — 7 avr. 1970, Gronior: Rec. CE, p. 222),
- l'article 1601-3 sur le contrat de vente en l'état futur d'achèvement (CE, sect., 8 févr. 1991, Région Midi-Pyrénées c. Synd. de l'architecture de la Haute-Garonne: Rec. CE, p. 41),
- □ l'article 2044 du Code civil sur l'interruption du délai de garantie décennale par une action en référé (CE, avis, 22 juill. 1992, Cne de Marcilly-sur-Eure: Rec. CE, p. 305),
- □ l'article 2061 sur l'interdiction de la clause compromissoire en dehors des cas prévus par la loi (CE, sect., 3 mars 1989, Sté des autoroutes de la région Rhône-Alpes: Rec. CE, p. 691,

↓ l'article 2262 du Code civil sur la prescription trentenaire, en matière de recouvrement des créances publiques ni fiscales ni domaniales, ceci en l'absence de texte spécifique édictant une prescription plus courte (CE, ass. 13 mai 1960, Secrétaire d'Etat à l'agriculture c. Manière: Rec. CE, p. 328; — sect., 30 mars 1990, Leca: AJDA 1990, p. 617).

-D-

La question est dès lors de savoir sur quels éléments vous vous fondez pour dire qu'une disposition du Code civil est soit en tant que principe dont elle s'inspire soit en tant que telle, applicable aux contrats administratifs. Votre démarche nous paraît en la matière caractérisée par un grand pragmatisme et ce serait en donner une fausse interprétation que de vouloir la réduire à l'application d'une liste de critères. A défaut d'une telle liste, il faut tenter de définir les lignes générales de votre jurisprudence.

Comme le rappelle le Président Odent, le principe demeure que les dispositions du Code civil ne sont pas applicables aux contrats administratifs, ce n'est que par voie d'exception que le juge administratif peut, s'il l'estime nécessaire, décider d'incorporer une disposition particulière dans le corps des règles applicables.

C'est en ce sens que concluait avec force dès 1921 le Commissaire du Gouvernement Rivet dans ses conclusions dans l'affaire Savonneries Henri Olive qui mettait en cause une question liée à la répétition de l'indu (CE, 25 nov. 1921: RD publ. 1922, p. 107). S'il est intéressant pour vous (juge administratif) de connaître les applications que font du Code civil, en matière de paiement de l'indu, les tribunaux judiciaires, vous ne sauriez oublier qu'ayant à trancher non un litige entre particuliers, mais un litige où l'État est partie, votre décision peut s'inspirer de principes différents... Vous êtes maître de votre jurisprudence. A vous de la créer ... en ne retenant les règles du Code civil que dans la mesure où l'application en est compatible avec les nécessités de la vie collective ».

Dans ce cadre, l'incorporation d'une disposition du Code civil par le juge sera justifiée si elle est à la fois

utile en ce qu'elle permet de pallier un vide juridique, compatible avec les exigences du service public et cohérente avec les autres règles et principes du droit administratif.

Ainsi si les dispositions relatives aux intérêts et à l'imputation des paiements posées par les articles 1244 et 1253 du Code civil répondent à ces exigences d'utilité, de compatibilité et de cohérence, il n'en va pas de même de l'article 1152 du Code civil qui permet au juge du contrat de modifier une clause pénale d'un contrat si « la peine qui avait été convenue est manifestement excessive ou dérisoire ». L'application d'une telle disposition aux marchés de travaux publics irait à l'encontre du corps de règles très précises qui régissent le régime des sanctions applicables à ces marchés et ne serait ni utile ni cohérente avec les autres règles applicables. C'est donc logiquement que vous avez exclu l'application de l'article 1152 à ces marchés (CE, 13 mai 1987, Sté Citra France: Rec. CE, tables, p. 822).

Enfin, la réponse du juge administratif à la question de savoir si telle ou telle règle du Code civil est ou non applicable n'est pas nécessairement générale et transposable à l'ensemble des contrats administratifs. La réponse peut varier en fonction du type de contrats. Pour autant, il ne faut pas recourir à une forme d'impressionnisme juridique dans lequel le juge dirait, a posteriori, pour chaque contrat si telle ou telle disposition du Code civil est ou non applicable.

Les exigences de sécurité juridique imposent que vos décisions sur l'application de dispositions du Code civil ne soient pas des décisions de pure espèce mais revêtent un certain caractère de généralité et visent sinon nécessairement tous les contrats administratifs du moins les principales catégories de contrats administratifs.

Document 4 : Article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite MURCEF.

« 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. »

Document 5 : TC, 17 décembre 2007, SELARL MB C/ Centre hospitalier intercommunal du Haut-Anjou, n° C3646.

Considérant que la société anonyme Clinique de l'Espérance (la clinique) a, par acte sous seing privé du 30 septembre 1997, réitéré par acte authentique du 31 octobre suivant, vendu ses biens immobiliers, l'ensemble des matériels, équipements et plateaux techniques servant à son exploitation ainsi que l'exclusivité de son activité médicale au Centre Hospitalier Intercommunal du Haut Anjou (CHI), lequel s'est obligé à faire son affaire personnelle des conventions d'exercice conclues entre les praticiens et la clinique ; que celle-ci, ayant été jugée responsable de la résiliation anticipée de ces conventions et condamnée à payer aux praticiens des indemnités au titre des clauses pénales prévues, a, devant le tribunal de grande instance de Laval, sur le fondement des stipulations de l'acte de vente, assigné le CHI en paiement des sommes mises à sa charge ; que la cour d'appel d'Angers ayant décliné la compétence de la juridiction judiciaire, la clinique a présenté requête, aux mêmes fins, devant le tribunal administratif de Nantes qui a renvoyé au Tribunal le soin de décider sur la question de compétence ;

Considérant que la convention conclue entre le centre hospitalier intercommunal, personne morale de droit public, et la clinique, personne morale de droit privé, réalisant la cession d'une entité économique, dans le contexte des difficultés financières que cette clinique connaissait, alors même qu'elle a pour effet de concourir à la rationalisation de l'offre locale de soins, ne porte pas sur l'organisation du service public de la santé et n'a pas pour objet de faire participer la clinique à l'exécution de ce service public ; qu'en outre, elle ne comporte aucune clause exorbitante du droit commun ; que, dès lors, la nature de cette convention est celle d'un contrat de droit privé ; que, par suite, le litige relatif à l'exécution des clauses d'un tel contrat relève de la compétence de la juridiction de l'ordre judiciaire ;

Décide :

Article 1er : La juridiction de l'ordre judiciaire est compétente pour connaître du litige opposant la société clinique de l'Espérance, représentée par son mandataire liquidateur, la SELARL MB Associés, au centre hospitalier intercommunal du Haut Anjou ;

Document 6 : TC, 20 février 2008, Verrière c/ Courly, n° C3623.

Considérant que par « convention d'occupation temporaire » en date du 22 juillet 1998, la communauté urbaine de Lyon a mis à la disposition de l'entreprise de plomberie de M. A, pour une durée de deux ans, un immeuble à usage d'entrepôt et de bureaux appartenant au domaine privé de la communauté urbaine ; que l'article 15 de cette convention permet au propriétaire de reprendre la jouissance de l'immeuble à tout moment et pour tout motif, sans indemnité, sous réserve d'un préavis d'un mois, et que par son article 12 le preneur renonce à tout recours contre la communauté urbaine pour quelque cause que ce soit ; que la question de compétence renvoyée au Tribunal des conflits concerne l'action engagée par M. et Mme A contre la communauté urbaine pour manquement à ses obligations contractuelles concernant l'entretien de l'immeuble ;

Considérant que les litiges relatifs à l'application de la convention du 22 juillet 1998, qui porte sur un immeuble appartenant au domaine privé de la communauté urbaine et qui ne contient aucune clause exorbitante du droit commun, relèvent de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ;

Décide :

Article 1er : La juridiction de l'ordre judiciaire est compétente pour connaître du litige opposant M. et Mme A à la communauté urbaine de Lyon sur le fondement de la convention d'occupation temporaire du 22 juillet 1998.

Document 7 : CE, Sect., 28 décembre 2009, Société Brasserie du théâtre, n° 290937.

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par contrat en date du 17 mai 1991, la commune de Reims a, pour une durée de neuf ans venant à expiration le 30 juin 2000, mis à la disposition de la SARL BRASSERIE DU THEATRE des locaux situés dans le même immeuble que le théâtre municipal et dans lesquels cette société exploite un café et un restaurant ; que la société a, le 18 avril 2000, fait signifier à la commune par voie d'huissier une demande de renouvellement de son bail commercial pour une nouvelle période de neuf ans ; que, par lettre du 3 mai 2000, le maire de Reims a rejeté cette demande au motif que la société n'était pas titulaire d'un bail commercial mais d'une convention d'occupation du domaine public communal ; que la SARL BRASSERIE DU THEATRE se pourvoit en cassation contre l'article 4 de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy du 22 décembre 2005, en tant qu'il a rejeté ses conclusions tendant à l'annulation du jugement en date du 12 mars 2002 du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, en tant que ce jugement avait rejeté sa demande tendant à l'annulation du refus ainsi opposé par le maire de Reims ;

Considérant qu'indépendamment de la qualification donnée par les parties à une convention par laquelle une personne publique confère à une personne privée le droit d'occuper un bien dont elle est propriétaire, l'appartenance au domaine public d'un tel bien était, avant la date d'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques, sauf si ce bien était directement affecté à l'usage du public, subordonnée à la double condition que le bien ait été affecté au service public et spécialement aménagé en vue du service public auquel il était destiné ; que, dès lors, en se fondant, pour juger, par adoption des motifs retenus par le tribunal administratif, que les locaux mis à la disposition de la SARL BRASSERIE DU THEATRE appartenaient au domaine public communal, sur les seules circonstances que ces locaux étaient situés dans l'enceinte du théâtre municipal et qu'en outre, ils avaient été mis à la disposition de cette société par un contrat expressément qualifié par les parties de convention d'occupation du domaine public, sans rechercher si ces locaux, qui n'étaient pas directement affectés à l'usage du public, devaient être regardés comme étant eux-mêmes affectés au service public culturel de la commune de Reims et spécialement aménagés à cet effet, la cour administrative d'appel de Nancy a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, la SARL BRASSERIE DU THEATRE est fondée à demander, dans la mesure précitée, l'annulation de l'article 4 de l'arrêt attaqué ;

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

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'accès aux locaux mis à la disposition de la SARL BRASSERIE DU THEATRE s'effectue par une entrée située directement sur la rue et distincte de celle du théâtre municipal de Reims ; que si, en vertu de la convention conclue le 17 mai 1991 avec la commune de Reims, cette société bénéficie du

droit exclusif de vendre pendant les représentations théâtrales des rafraîchissements et des produits comestibles au buffet du premier étage du théâtre ainsi qu'à la buvette des deuxièmes galeries, aucune stipulation de cette convention ne lui fait obligation d'assurer ces prestations ; que la convention ne contient pas davantage de stipulations lui imposant pour les jours ou les horaires d'ouverture de ses locaux des sujétions liées aux spectacles donnés dans le théâtre ; que si ces locaux sont situés dans le même immeuble que le théâtre municipal et si la société dispose de communications internes permettant de fournir les prestations qu'elle décide d'assurer au buffet ou à la buvette du théâtre, ces seules circonstances ne permettent pas de les regarder comme l'un des éléments de l'organisation d'ensemble du théâtre et par suite comme étant affectés au service public culturel de la commune de Reims ou comme un accessoire du domaine public communal ; que, dès lors, la SARL BRASSERIE DU THEATRE est fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a jugé que la convention conclue le 17 mai 1991 avait la nature d'une convention d'occupation du domaine public ;

Considérant qu'aux termes de l'article 35 ajouté au décret susvisé du 26 octobre 1849 par l'article 6 du décret du 25 juillet 1960 portant réforme de la procédure des conflits d'attribution : Lorsque le Conseil d'Etat statuant au contentieux, la Cour de cassation ou toute autre juridiction statuant souverainement et échappant ainsi au contrôle tant du Conseil d'Etat que de la Cour de cassation, est saisi d'un litige qui présente à juger, soit sur l'action introduite, soit sur une exception, une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires, la juridiction saisie peut, par décision ou arrêt motivé qui n'est susceptible d'aucun recours, renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur cette question de compétence ;

Considérant que la décision du maire de Reims rejetant la demande de la SARL BRASSERIE DU THEATRE tendant au renouvellement du bail résultant de la convention en date du 17 mai 1991 constitue une décision relative à la gestion du domaine privé de la commune ; que la question de savoir quel est l'ordre de juridiction compétent pour connaître des conclusions tendant à l'annulation d'une telle décision, qu'elle prenne la forme d'une délibération de l'organe délibérant de la commune ou, comme en l'espèce, d'un acte du maire, soulève une difficulté sérieuse de nature à justifier le recours à la procédure prévue par l'article 35 précité du décret du 26 octobre 1849 ; que, par suite, il y a lieu de renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée et de surseoir à toute procédure jusqu'à la décision de ce tribunal ;

Décide :

Article 1er : L'article 4 de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy du 22 décembre 2005 est annulé en tant qu'il a rejeté les conclusions de la SARL BRASSERIE DU THEATRE tendant à l'annulation du jugement en date du 12 mars 2002 du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne en tant qu'il a rejeté sa demande tendant à l'annulation de la décision du maire de Reims du 3 mai 2000 rejetant sa demande tendant au renouvellement du bail résultant de la convention en date du 17 mai 1991.

Article 2 : L'affaire est renvoyée au Tribunal des conflits.

Document 8 : TC, 22 novembre 2010, SARL Brasserie du Théâtre c/Commune de Reims, n° C3764.

(...)

Considérant que, par convention du 17 mai 1991, la commune de Reims a mis pour neuf ans à la disposition de la société Brasserie du Théâtre des locaux dépendant de l'immeuble abritant le théâtre municipal, pour l'exploitation d'un commerce de café, restaurant ; qu'au terme de la période, l'exploitant, soutenant être titulaire d'un bail commercial, a demandé à la commune le renouvellement de son titre pour neuf ans ; que par lettre du 3 mai 2000, le maire a notifié à la société Brasserie du Théâtre sa décision de ne pas lui reconnaître le bénéfice de la propriété commerciale, faisant valoir que les locaux relevaient du domaine public communal ; que cette dernière a contesté cette décision devant la juridiction administrative ;

Considérant que par décision du 28 décembre 2009, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a retenu que la convention du 17 mai 1991 ne se rapportait pas à l'occupation du domaine public ;

Considérant que la contestation par une personne privée de l'acte, délibération ou décision du maire, par lequel une commune ou son représentant, gestionnaire du domaine privé, initie avec cette personne, conduit ou termine une relation contractuelle, quelle qu'en soit la forme, dont l'objet est la valorisation ou la protection de ce domaine et qui n'affecte ni son périmètre ni sa consistance, ne met en cause que des rapports de droit privé et relève, à ce titre, de la

compétence du juge judiciaire ; qu'il en va de même de la contestation concernant des actes s'inscrivant dans un rapport de voisinage ;

Considérant que l'acte par lequel le maire a refusé à la société Brasserie du Théâtre le renouvellement d'un titre d'occupation consenti par une convention ne comportant aucune clause exorbitante, n'est pas détachable de la gestion du domaine privé et relève de la compétence du juge judiciaire ;

(...)

(Compétence du juge judiciaire)

Document 9 : TC, 14 novembre 2011, Union des groupements d'achats publics c/ C2 Conseils et Formation (EURL), n° C3813.

Considérant qu'il résulte de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier que les marchés entrant dans le champ d'application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs ; que les marchés conclus par l'U.G.A.P. qui sont, en vertu des dispositions de l'article 17 du décret du 30 juillet 1985 relatif au statut et au fonctionnement de cet établissement public industriel et commercial, soumis aux dispositions du code des marchés publics, entrent dans le champ d'application du code des marchés publics ; qu'ils ont, par suite, en application de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001, qu'ils soient passés par l'établissement en sa qualité de centrale publique d'achats ou pour ses besoins propres et quelles que soient les modalités selon lesquelles ils ont été effectivement conclus, le caractère de contrats administratifs ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le contrat passé entre l'U.G.A.P et l'EURL C2 Conseils et Formation pour la fourniture de prestations de formation, pour les besoins propres de l'établissement, présente le caractère d'un contrat administratif ; qu'il suit de là que le litige relatif à l'exécution de ce contrat relève de la compétence de la juridiction administrative ;

Décide : (...)

Article 1er : La juridiction administrative est compétente pour connaître du litige opposant l'Union des groupements d'achats publics à l'EURL C2 Conseils et Formation.

Document 10 : TC, 12 décembre 2011, Commune de Nouméa c/ Sté Lima, n° C3824.

Considérant que la commune de Nouméa a, le 21 mars 2002, consenti à la société Lima, à laquelle elle avait notifié sa volonté de ne pas renouveler la location d'une parcelle de terrain, objet de trois contrats successivement conclus entre elles, le 15 mai 1997, pour une durée de vingt mois à compter du 1er novembre 1996, puis, aux mêmes conditions, le 4 septembre 1998 et, enfin, le 5 juin 2000, une convention à titre précaire et révocable, d'une durée de douze mois, avec prise d'effet au 1er novembre 2001, autorisant sa locataire à continuer d'occuper ladite parcelle pour lui permettre de procéder au transfert de son activité de vente de voitures d'occasion ; que la société Lima a assigné la commune de Nouméa pour voir juger que leur relation contractuelle relevait du statut des baux commerciaux ;

Considérant que l'article 1er de la convention sur laquelle s'est fondée la société Lima prévoit la possibilité pour chacune des parties de faire cesser la location en prévenant l'autre partie deux mois à l'avance, et, pour la commune, le droit de récupérer à tout moment, moyennant le même préavis, tout ou partie de la parcelle pour la réalisation de projets d'intérêt communal et ou d'utilité publique ; que, selon l'article 10 de cette convention : le prix de location sera immédiatement réajusté à compter de la date à laquelle prendra effet la délibération du conseil municipal modifiant les tarifs de location de terrains municipaux ; que ni la première de ces clauses, qui autorise chacune des parties à mettre fin, sous réserve d'un certain préavis, à la convention d'occupation précaire, ni la seconde, qui prévoit le réajustement du loyer en fonction de la tarification municipale générale, ne constituent une clause exorbitante de droit commun ;

Considérant, en conséquence, que le litige relatif à l'application de la convention du 21 mars 2002, qui porte sur un immeuble, dont il est constant qu'il appartient au domaine privé de la commune, et qui ne contient aucune clause exorbitante du droit commun, relève de la compétence de la juridiction judiciaire ;

Décide : (...)

Article 1er : La juridiction de l'ordre judiciaire est compétente pour connaître du litige opposant la commune de Nouméa à la SARL Lima.

Document 11 : TC, 5 mars 2012, M. Dewailly c/ CCAS de Caumont, n° 3883, AJDA 2012 p. 1684.

Vu l'expédition du jugement du 7 juillet 2011 par lequel le tribunal administratif de Lille, saisi d'une demande de M. Romuald X... tendant à l'annulation des délibérations en date des 21 mai et 26 juillet 2008 par lesquelles le centre communal d'action sociale de Caumont (Pas-de-Calais) a décidé de louer les parcelles cadastrées ZH 35 et ZL 27 à M. Alain Y..., a renvoyé au Tribunal, par application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 modifié, le soin de décider sur la question de compétence ;

Vu le jugement du 20 août 2009 par lequel le tribunal paritaire des baux ruraux de Montreuil-sur-Mer a déclaré la juridiction judiciaire incompétente pour connaître du litige ;

Vu le mémoire présenté par le ministre de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche, de la ruralité et de l'aménagement du territoire, qui conclut à ce que la juridiction administrative soit déclarée compétente pour connaître du litige ; il soutient que, s'il n'appartient pas à la juridiction administrative de se prononcer sur la validité d'un bail rural passé en méconnaissance de l'article L. 411-15 du code rural et de la pêche maritime, il lui appartient, en revanche, de connaître de la contestation, par un candidat évincé, de l'attribution d'un bail rural sur des terres agricoles dont une personne publique est propriétaire ;

Vu les pièces dont il résulte que la saisine du Tribunal a été communiquée à M. Romuald X... et au centre communal d'action sociale de Caumont, qui n'ont pas produit de mémoire ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;

Vu la loi du 24 mai 1872 ;

Vu le décret du 26 octobre 1849 modifié ;

Vu le code rural et de la pêche maritime, notamment son article L. 411-15 ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Edmond Honorat, membre du Tribunal, □□- les conclusions de M. Jean-Dominique Sarcelet, commissaire du gouvernement ;

Considérant que la contestation par une personne privée de l'acte par lequel une personne morale de droit public ou son représentant, gestionnaire du domaine privé, initie avec cette personne privée, conduit ou termine une relation contractuelle, quelle qu'en soit la forme, dont l'objet est la valorisation ou la protection de ce domaine et qui n'affecte ni son périmètre ni sa consistance, ne met en cause que des rapports de droit privé et relève, à ce titre, de la compétence du juge judiciaire ; qu'en revanche, la juridiction administrative est compétente pour connaître de la contestation par l'intéressé de l'acte administratif par lequel une personne morale de droit public refuse d'engager avec lui une relation contractuelle ayant un tel objet ;

Considérant que le litige qui oppose M. X... au centre communal d'action sociale de Caumont (Pas-de-Calais) porte sur le refus de cet établissement public administratif de conclure un bail rural portant sur des terres agricoles appartenant à son domaine privé ; qu'il relève ainsi de la compétence de la juridiction de l'ordre administratif ;

D E C I D E :

Article 1er : La juridiction de l'ordre administratif est compétente pour connaître du litige opposant M. X... au centre communal d'action sociale de Caumont.

Article 2 : Le jugement du 7 juillet 2011 du tribunal administratif de Lille est déclaré nul et non avenu. La cause et les parties sont renvoyées devant ce tribunal.

Article 3 : La présente décision sera notifiée au garde des sceaux, ministre de la justice, qui est chargé d'en assurer l'exécution.

SÉANCE 3 : Typologie des contrats publics

THEMES

- Les critères de distinction entre les contrats administratifs.
- La distinction marché public/délégation de service public.

SOMMAIRE DES DOCUMENTS

Doc. 1 : CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de Lambesc	16
Doc. 2 : CAA Marseille, 5 mars 2001, Département du Var.	17
Doc. 3 : Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats.	18
Doc. 4 : CC, 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat.....	22
Doc. 5 : CE, Sect., 6 avril 2007, Commune d'Aix en Provence, 284736.....	26
Doc. 6 : CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée.....	28
Doc. 7 : CE, 5 juin 2009, Société Avenance Enseignement et Santé.....	31
Doc. 8 : CE, 23 mai 2011, Commune de Six Fours-Les-Plages.....	32
Doc. 9 : CAA Bordeaux, 21 juin 2011, <i>Région du Limousin</i> , n° 10BX01717, <i>Cont.-Conc.-Cons.</i> , n° 10, octobre 2011, pp. 33-35, comm. Prebissy-Schnall (C.).....	34
Doc. 10 : CE, 11 juillet 2011, Société d'exploitation Sports et Evènements, n° 339409.....	36

ARRETS A COMMENTER

CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736 (doc. 5)

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- DURVIAUX (A. L.), « Droit européen des marchés et autres contrats publics », *RTDE* avril 2011, n° 2, p. 423-447.
- ECKERT (G.), « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA* 2006, p. 238.
- GAUDEMET (Y.), « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP* 2010, p. 313).
- GENEVOIS (B.), « La distinction entre concession de service public et marché de travaux publics », *CJEG*, 576, mai 2001, p. 179-190.
- LINDITCH (F.), « Contribution à la distinction des conventions de délégation de service public et des contrats de partenariat », *JCP A*, 19 décembre 2011, n° 51, pp. 14-17.
- LLORENS (F.), « Typologie des contrats de la commande publique », *CMP*, mai 2005, n° 5, pp. 12-25.
- PEYRICAL (J.-M.), « De nouvelles voies pour la gestion des services publics locaux », *AJDA* 2011.
- ROLIN (F.), « L'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et le problème de la classification des contrats administratifs », *RDC* 2004, n° 4, p. 1037.
- SYMCHOWICZ (N.), « Pour un Code des contrats de la commande publique », *CMP*, avril 2007, n° 4, pp. 7-13.

Doc. 1 : CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de Lambesc

Vu la requête, enregistrée le 30 mars 1995 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat, présentée par le préfet de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, préfet des Bouches-du-Rhône ; le préfet demande que le Conseil d'Etat annule le jugement du 14 décembre 1994 par lequel le tribunal administratif de Marseille a rejeté son déféré tendant au sursis à l'exécution, d'une part, de la délibération du 29 mars 1994 par laquelle le conseil municipal de Lambesc a décidé de confier à la société "Silim Environnement" l'activité de collecte et d'évacuation des ordures ménagères et la gestion de la décharge communale et a autorisé le maire à signer une convention à cette fin, d'autre part, de la convention ainsi conclue ;

Vu les autres pièces du dossier ; (...)

Sur la fin de non-recevoir opposée par la société "Silim Environnement" au déféré devant les premiers juges :

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que le sous-préfet d'Aix-en-Provence a présenté auprès du maire de Lambesc le 11 mai 1994 un recours gracieux dirigé d'une part contre la délibération du conseil municipal de Lambesc en date du 29 mars 1994 attribuant à la société "Silim Environnement" un contrat relatif à la collecte et au transport des ordures ménagères et à la gestion de la décharge communale, d'autre part, contre le contrat conclu par la commune avec la société ; que ce recours gracieux a interrompu le délai de deux mois ouvert au préfet des Bouches-du-Rhône, en vertu des dispositions de l'article 3 de la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, modifiée par la loi du 22 juillet 1982, pour déférer devant le tribunal administratif la délibération et le contrat susmentionnés ; que le sous-préfet a reçu le 26 mai 1994 notification de la décision du maire en date du 25 mai 1994 rejetant son recours gracieux ; qu'ainsi ledit délai, qui avait le caractère d'un délai franc et qui a commencé à courir de nouveau le 27 mai 1994, n'était pas expiré le 27 juillet 1994, date à laquelle le déféré du préfet a été enregistré au greffe du tribunal administratif ; que, dès lors, contrairement à ce que soutient la société "Silim Environnement", ce déféré était recevable ;

Au fond :

Considérant que les dispositions 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 notamment celles de son article 38 relatif aux délégations de service public des personnes morales de droit public, n'ont pas eu pour objet et ne sauraient être interprétées comme ayant pour effet de faire échapper au respect des règles régissant les marchés publics, tout ou partie des contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation ;

Considérant que le contrat litigieux, conclu entre la commune de Lambesc et la société "Silim Environnement" prévoyait que la rémunération du cocontractant serait assurée au moyen d'un prix payé par la commune ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que, même incluse dans un contrat conclu après l'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993, cette stipulation obligeait à regarder ledit contrat comme un marché soumis aux règles régissant les marchés publics ; qu'il n'est pas contesté que les règles dont il s'agit n'ont pas été, en l'espèce, respectées ; que, par suite, ledit marché ainsi que la délibération du conseil municipal le concernant étaient entachés d'irrégularité ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le préfet des Bouches-du-Rhône est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Marseille a rejeté son déféré dirigé contre la délibération et le contrat susanalysés ;

Sur l'application des dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 :

Considérant qu'aux termes de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 : "Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens" ; que ces dispositions font obstacle à ce que l'Etat, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, soit condamné à verser la somme que la commune de Lambesc demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; □ Article 1er : Le jugement susvisé du tribunal administratif de Marseille en date du 14 décembre 1994, ensemble la délibération du conseil municipal de la commune de Lambesc en date du 29 mars 1994 et le contrat se rapportant à cette délibération sont annulés. □ Article 2 : Les conclusions de la commune de Lambesc tendant au remboursement de frais irrépétibles sont rejetées. □ Article 3 : La présente décision

sera notifiée au préfet des Bouches du Rhône à la commune de Lambesc, à la société "SILIM Environnement" et au ministre de l'environnement.

Doc. 2 : CAA Marseille, 5 mars 2001, Département du Var.

Vu la requête, enregistrée au greffe de la Cour administrative d'appel de Marseille le 6 septembre 1999 sous le n° 99MA01751, présentée pour le département du VAR, par la S.C.P. Bernard PEIGNOT et Denis GARREAU, avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, et les mémoires complémentaires en date du 8 septembre 2000, du 26 janvier et du 29 janvier 2001 ;

Le département du VAR demande à la Cour :

1°/ d'annuler le jugement n° 98-4891 et 98-4893 du 25 juin 1999 par lequel le Tribunal administratif de Nice a annulé la délibération n° 9/15 du 25 mai 1998 de la commission permanente du conseil général du département du VAR décidant la conclusion de conventions d'exploitation avec aide financière des lignes routières interurbaines interdépartementales, et prononcé un non-lieu à statuer sur la demande de sursis à exécution de cette décision ;

2°/ de rejeter le déféré du PREFET DU VAR ;

3°/ de condamner l'Etat 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 ;

Vu les autres pièces du dossier ; (...)

Considérant qu'aux termes de l'article L.1411-1 du code général des collectivités territoriales : "Les délégations de services publics des personnes morales 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 décret en Conseil d'Etat. La collectivité publique dresse la liste de 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. La collectivité 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. Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire";

Considérant que, par la délibération n° 9/15 du 25 mai 1998, la commission permanente du conseil général du VAR a décidé, d'une part, d'approuver les documents composant les dossiers de consultation et le cahier des charges de projets de conventions relatives à l'exploitation de lignes routières interurbaines interdépartementales, et d'autre part, d'autoriser le président du conseil général à signer lesdites conventions ; qu'il ressort des pièces du dossier que la rémunération prévue pour les cocontractants est composée, d'une part, des redevances perçues sur les usagers, et d'autre part, d'une aide égale, aux termes des stipulations de l'article 4-5 du projet de cahier des charges, à "90 % de la différence entre le montant des charges actualisées figurant dans l'acte d'engagement et le montant des recettes perçu par l'exploitant pour le lot considéré" ; que, dans ces conditions, le PREFET DU VAR n'est pas fondé à soutenir que la rémunération prévue, à ce stade de la procédure, pour le cocontractant du département, n'est pas substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service ; que dès lors, le contrat envisagé doit être regardé non comme un marché mais comme une délégation de service public ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le département du VAR est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Nice a annulé la délibération attaquée ; que, dès lors, il y a lieu de l'annuler et de rejeter le déféré présenté par le PREFET DU VAR devant le Tribunal administratif de Nice ;

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

Considérant qu'aux termes de l'article L.761-1 du code de justice administrative : "Dans les instances devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation" ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative de condamner l'Etat à payer au département du VAR la somme de 6.000 F qu'il demande au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; □ Article 1er : Le jugement du Tribunal administratif de Nice en date du 25 juin 1999 est annulé. □ Article 2 : La demande présentée par le PREFET DU VAR devant le Tribunal administratif de Nice est rejetée. □ Article 2 : L'Etat est condamné à payer une somme de 6.000 F (six mille francs) au titre de l'article L.761E1 du code de justice administrative. □ Article 3 : Le présent arrêt sera notifié au président du conseil général du VAR, au PREFET DU VAR et au ministre de l'intérieur.

Doc. 3 : Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats.

TITRE Ier : CONTRATS DE PARTENARIAT DE L'ÉTAT ET DE SES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS. □

Article 1

I. - Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. □ Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. □ II. - Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser. Après décision de l'Etat, il peut être chargé d'acquérir les biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation. □ Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par la personne publique pouvant concourir à l'exécution de sa mission. □ La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle est liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant. □ Le contrat de partenariat peut prévoir un mandat de la personne publique au cocontractant pour encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, le paiement par l'utilisateur final de prestations revenant à cette dernière. □ III. - Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation, signera le contrat et, éventuellement, en suivra l'exécution. Cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme. □ □

Article 2

I. Les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable, réalisée avec le concours de l'un des organismes experts créés par décret, faisant apparaître les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat. Chaque organisme expert élabore, dans son domaine de compétences, une méthodologie déterminant les critères d'élaboration de cette évaluation dans les conditions fixées par le ministre chargé de l'économie. Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable. Lorsqu'il s'agit de faire face à une situation imprévisible, cette évaluation peut être succincte. □ □ II. - Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère : □ □ 1° Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ; □ □ 2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible ; □ □ 3° Ou bien encore que, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage. □ □ [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008.] □

Article 3

La passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. □ Elle est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans des conditions prévues par décret. □

□ Article 4 □

Ne peuvent soumissionner à un contrat de partenariat : □a) Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par les [articles 222-38, 222-40, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 421-2-1](#), par le deuxième alinéa de [l'article 421-5](#), par [l'article 433-1](#), par le deuxième alinéa de [l'article 433-2](#), par le huitième alinéa de [l'article 434-9](#), par le deuxième alinéa de [l'article 434-9-1](#), par les [articles 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7](#), par [l'article 441-9](#), par les articles [445-1](#) et [450-1](#) du code pénal et par [l'article 1741](#) du code général des impôts ; □b) Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées aux [articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2](#) du code du travail ; □c) Les personnes en état de liquidation judiciaire, admises à une procédure de redressement judiciaire ou ayant fait l'objet de procédures équivalentes régies par un droit étranger ; □d) Les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou n'ont pas acquitté les impôts et cotisations exigibles à cette date. La liste des impôts et cotisations en cause est fixée dans des conditions prévues par décret ; □e) Les personnes condamnées au titre du 5° de [l'article 131-39](#) du code pénal. □Les dispositions du présent article sont applicables aux personnes morales qui se portent candidates ainsi qu'à celles qui sont membres d'un groupement candidat. □□

Article 5

Les contrats de partenariat peuvent être passés selon les procédures du dialogue compétitif, de l'appel d'offres ou selon une procédure négociée selon les conditions définies à l'article 7. □Si, compte tenu de la complexité du projet et quel que soit le critère d'éligibilité retenu en application de l'article 2 pour fonder le recours au contrat de partenariat, la personne publique est objectivement dans l'impossibilité de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, elle peut recourir au dialogue compétitif dans les conditions prévues au I de l'article 7 de la présente ordonnance. Elle indique le choix de la procédure dans l'avis de publicité. □Si tel n'est pas le cas, elle indique que les candidats admis présenteront une offre dans les conditions prévues au II ou au III du même article 7.

□ Article 6

Le délai entre la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence et la date limite de réception des candidatures est d'au moins quarante jours. Il est mentionné dans l'avis d'appel public à la concurrence. □La personne publique établit la liste des entreprises et des groupements d'entreprises ayant soumissionné et qui sont admis à participer au dialogue défini au I de l'article 7 ou aux procédures mentionnées aux II et III du même article en application des critères de sélection des candidatures figurant dans l'avis d'appel public à la concurrence. Le nombre de ces candidats ne peut être inférieur à trois pour les procédures mentionnées aux I et III de l'article 7, et inférieur à cinq pour la procédure mentionnée au II du même article, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats ne se trouvant dans aucun des cas d'exclusion mentionnés à l'article 4 et disposant de capacités professionnelles, techniques et financières appropriées. Sur demande de l'intéressé, la personne publique communique les motifs du rejet d'une candidature. □□

Article 7

□I.-Sur la base du programme fonctionnel qu'elle a établi afin de déterminer ses besoins et ses objectifs, la personne publique engage un dialogue avec chacun des candidats, dont l'objet est de définir les moyens techniques et le montage juridique et financier les mieux à même de répondre à ses besoins. □La personne publique peut discuter avec les candidats de tous les aspects du contrat. □Chaque candidat est entendu dans des conditions d'égalité. La personne publique ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Elle ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion sans l'accord de celui-ci. □La personne publique poursuit les discussions avec les candidats jusqu'à ce qu'elle soit en mesure d'identifier la ou les solutions, au besoin après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins. □Elle peut prévoir que les discussions se déroulent en phases successives au terme desquelles seules sont retenues les propositions répondant le mieux aux critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation. Le recours à cette possibilité doit avoir été indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. □Lorsqu'elle estime que la discussion est arrivée à son terme, la personne publique en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la consultation. Elle invite les candidats à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois. Elle définit les conditions d'exécution du contrat, y compris de celles de ses clauses qui prévoient une évolution, pendant la durée du contrat, des droits et obligations du cocontractant, et, le cas échéant, précise les critères d'attribution du contrat définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation. Elle s'efforce de maintenir jusqu'à ce stade une concurrence réelle. □Ces offres comprennent tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat. □La personne publique peut demander des clarifications, des précisions, des compléments ou des perfectionnements concernant les

offres déposées par les candidats ainsi que la confirmation de certains des engagements, notamment financiers, qui y figurent. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire. □ Il peut être prévu dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation qu'une prime sera allouée à tous les candidats ou à ceux dont les offres ont été les mieux classées. Lorsque les demandes de la personne publique impliquent un investissement significatif pour les candidats ayant participé au dialogue compétitif, une prime doit leur être versée. □ II. - La procédure d'appel d'offres est définie par décret. □ III. - Lorsque le montant du contrat à réaliser est inférieur à un seuil fixé par décret, la personne publique peut recourir à une procédure négociée avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence. Cette procédure est définie librement par la personne publique dans le règlement de la consultation, sous réserve du respect des dispositions des articles 3, 4, 6, 8, 9, 10 et 12.

□ Article 8

□ I. - Le contrat est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, par application des critères définis, en prenant en compte les conclusions de l'étude d'évaluation mentionnée à l'article 2, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation et le cas échéant précisés dans les conditions prévues à l'article 7. □ Les critères d'attribution sont pondérés. Si la personne publique démontre qu'une telle pondération est objectivement impossible, ils sont hiérarchisés. □ Parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat, en particulier en matière de développement durable, et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans. On entend par coût global de l'offre la somme des coûts actualisés générés par la conception, le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels, les prestations de services prévus pour la durée du contrat. □ La définition des petites et moyennes entreprises est fixée par voie réglementaire. □ D'autres critères, en rapport avec l'objet du contrat, peuvent être retenus, notamment la valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages, équipements ou biens immatériels, leur qualité architecturale, esthétique ou fonctionnelle. □ II. - Sur demande de la personne publique, le candidat identifié comme ayant remis l'offre la plus avantageuse peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire. □ □

Article 9

□ Dès qu'elle a choisi l'attributaire du contrat, la personne publique informe les autres candidats du rejet de leur offre. □ En cas de transmission postale, un délai d'au moins seize jours est respecté entre la date à laquelle le courrier portant notification aux candidats de la décision d'attribuer le contrat est envoyé et la date de conclusion du contrat. □ □ En cas de transmission électronique à l'ensemble des candidats, ce délai est réduit à au moins onze jours. □ Quand elle renonce à poursuivre la passation du contrat, la personne publique en informe les candidats. □ En réponse à une demande écrite d'un candidat évincé, la personne publique indique par écrit dans les quinze jours les motifs du rejet de son offre, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du contrat. □ Un contrat de partenariat ne peut être signé par l'Etat ou un établissement public doté d'un comptable public qu'après accord de l'autorité administrative dans des conditions fixées par décret, qui apprécie ses conséquences sur les finances publiques et la disponibilité des crédits. □ Le contrat est notifié à l'attributaire avant tout commencement d'exécution. □ Dans un délai de trente jours à compter de cette notification, la personne publique envoie pour publication un avis d'attribution au Journal officiel de l'Union européenne. Cet avis d'attribution est établi conformément au modèle établi par arrêté du ministre chargé de l'économie. □ Une fois signés, les contrats de partenariat et leurs annexes sont communiqués à l'autorité administrative dans des conditions fixées par décret. Les informations et documents communiqués ne sont utilisés qu'à des fins de recensement et d'analyse économique. Les mentions figurant dans ces contrats qui sont couvertes par le secret, notamment en matière industrielle et commerciale, ne peuvent être divulguées. □ *NOTA: Ordonnance 2009-515 du 7 mai 2009 art. 25 : Les dispositions de la présente ordonnance sont applicables aux contrats pour lesquels une consultation est engagée à partir du 1er décembre 2009.* □

□ Article 10

□ Lorsque la personne publique est saisie d'un projet par une entreprise ou un groupement d'entreprises et qu'elle envisage d'y donner suite en concluant un contrat de partenariat, elle conduit la procédure de passation dans les conditions prévues par les articles 2 à 9 de la présente ordonnance. □ Dès lors qu'il ne se trouve dans aucun des cas d'exclusion mentionnés à l'article 4 et qu'il dispose des capacités techniques, professionnelles et financières appropriées, l'auteur du projet est admis à participer aux procédures prévues à l'article 7 de la présente ordonnance. □ La communication à la personne publique d'une idée innovante, qui serait suivie du lancement d'une procédure de contrat de partenariat, peut donner lieu au versement d'une prime forfaitaire. □ □

Article 11

□ Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : □ a) A sa durée ; □ b) Aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant ; □ c) Aux objectifs de performance assignés au cocontractant, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages, équipements ou biens immatériels, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation ; □ d) A la rémunération du cocontractant, aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, les coûts d'investissement-qui comprennent en particulier les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires-, les coûts de fonctionnement et les coûts de financement et, le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant le domaine, les ouvrages, équipements ou biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice, aux motifs et modalités de ses variations pendant la durée du contrat et aux modalités de paiement, notamment aux conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par la personne publique à son cocontractant et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation ; □ d bis) Aux conditions dans lesquelles, en application de [l'article L. 313-29-1](#) du code monétaire et financier, la personne publique constate que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat ; □ e) Aux obligations du cocontractant ayant pour objet de garantir le respect de l'affectation des ouvrages, équipements ou biens immatériels au service public dont la personne publique contractante est chargée et le respect des exigences du service public ; □ f) Aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance particulièrement en matière de développement durable, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans. □ Le titulaire du contrat de partenariat constitue, à la demande de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat, un cautionnement auprès d'un organisme financier afin de garantir au prestataire qui en fait la demande le paiement des sommes dues. Ces prestations sont payées dans un délai fixé par voie réglementaire ; □ g) Aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance, de la part du cocontractant ; □ h) Aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant ; □ i) Au contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat ; □ j) Aux conditions dans lesquelles, en cas de défaillance du cocontractant, la continuité du service public est assurée, notamment lorsque la résiliation du contrat est prononcée ; □ k) Aux conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat, notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels ; □ l) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française.

□ □ Article 12

□ Lorsque tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels est confiée au cocontractant, les dispositions suivantes sont applicables : □ a) Parmi les conditions d'exécution du contrat retenues par la personne publique contractante figure l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'oeuvre chargée de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels et du suivi de leur réalisation ; □ b) Les offres comportent nécessairement, pour les bâtiments, un projet architectural ; □ c) Parmi les critères d'attribution du contrat figure nécessairement la qualité globale des ouvrages, équipements ou biens immatériels. □ Lorsque la personne publique ne confie au cocontractant qu'une partie de la conception des ouvrages, elle peut elle-même, par dérogation à la définition de la mission de base figurant au quatrième alinéa de [l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985](#) relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée, faire appel à une équipe de maîtrise d'oeuvre pour la partie de la conception qu'elle assume.

□ □ Article 12-1

Un rapport annuel établi par le titulaire du contrat de partenariat est adressé à la personne publique afin de permettre le suivi de l'exécution du contrat. □

Article 13

□ I. - Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public. □ Si le titulaire du contrat est autorisé à valoriser une partie du domaine de la personne publique dans le cadre

une situation imprévisible ;

« 3° Ou bien encore que, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un

bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage » ;

8. Considérant que les députés requérants soutiennent qu'en se bornant à retenir « un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public », les dispositions précitées du 2° qui autorisent le recours aux contrats de partenariat en cas d'urgence ne respectent pas la décision susvisée du Conseil constitutionnel du 2 décembre 2004 qui exige un « retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs » ; qu'ils estiment, ainsi que les sénateurs requérants, que les dispositions précitées du 3°, qui ouvrent une troisième voie d'accès à de tels contrats, méconnaissent la réserve d'interprétation par laquelle le Conseil Constitutionnel a limité, dans sa décision susvisée du 26 juin 2003, le recours à de tels contrats « 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 » ; qu'enfin, selon les sénateurs requérants, il sera difficile voire impossible au stade du référé pré-contractuel d'apprécier le bilan coûts-avantages, ce qui porterait atteinte au droit au recours constitutionnellement garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;

9. Considérant, en premier lieu, qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'interdit à une personne publique de confier à un tiers, pour une période déterminée, une mission globale ayant pour objet la conception, le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ; 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 la loi déferée a réservé de semblables dérogations aux seules situations répondant aux motifs d'intérêt général les justifiant ; que répondent à un tel motif, outre la complexité du projet, l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet, dès lors qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave, préjudiciable à l'intérêt général et affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public ; qu'il en est de même lorsque, en l'absence d'urgence et de complexité du projet et compte tenu soit de ses caractéristiques, soit des exigences du service public dont la personne est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, à l'issue d'une analyse approfondie des avantages et des inconvénients, le bilan du recours à un contrat de partenariat apparaît plus favorable que pour les autres contrats de la commande publique dans l'intérêt du bon emploi des deniers publics, exigence de valeur constitutionnelle qui découle des articles 14 et 15 de la Déclaration de 1789 ; qu'il s'ensuit que le II de l'article 2 de l'ordonnance et le II de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales ne sont pas contraires à la Constitution ;

10. Considérant, en second lieu, qu'aucune des dispositions contestées ne porte atteinte au contrôle du juge, à qui il reviendra s'il est saisi par une personne intéressée, au besoin en référé, de vérifier, au vu de l'évaluation préalable, si les conditions permettant de recourir à un contrat de partenariat sont remplies ; que, par suite, le grief tiré d'une atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif, qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789, manque en fait ; . En ce qui concerne la présomption d'urgence :

11. Considérant que le III de l'article 2 de l'ordonnance dispose : « Jusqu'au 31 décembre 2012, sont réputés présenter le caractère d'urgence mentionné au 2° du II, sous réserve que les résultats de l'évaluation prévue au I ne soient pas défavorables, les projets répondant :

« 1° Aux besoins de l'enseignement supérieur et de la recherche, conduisant à l'amélioration de la qualité de la recherche et des conditions d'étude et de vie étudiante ; « 2° Aux besoins de l'enseignement français à l'étranger et qui conduisent à répondre aux demandes de scolarisation des élèves français et étrangers ou à améliorer leurs conditions d'étude ;

« 3° Aux besoins précisés à l'article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure et à l'article 2 de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire ;

« 4° Aux nécessités de la mise en place des nouvelles technologies répondant aux besoins de la police et de la gendarmerie nationales ; « 5° Aux nécessités de la réorganisation des implantations du ministère de la défense ;

« 6° Aux opérations nécessaires aux besoins de la santé mentionnées à l'article L. 6148-2 du code de la santé publique ;

« 7° Aux besoins relatifs aux infrastructures de transport, ainsi qu'à leurs ouvrages et équipements annexes, s'inscrivant dans un projet de développement durable, à la rénovation urbaine, à l'amélioration de l'accessibilité des personnes handicapées ou à mobilité réduite, à l'amélioration de l'efficacité énergétique et à la réduction des émissions de gaz à effet de serre des bâtiments publics » ;

12. Considérant que le III de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales répute, dans les mêmes conditions, présenter le caractère d'urgence les projets répondant :

« 1° Aux nécessités de la réorganisation des implantations du ministère de la défense ; « 2° Aux besoins des infrastructures de transport, ainsi qu'à leurs ouvrages et équipements annexes, s'inscrivant dans un projet de développement durable, à la rénovation urbaine, à l'amélioration de l'accessibilité des personnes handicapées ou à mobilité réduite, à l'amélioration de l'efficacité énergétique et à la réduction des émissions de gaz à effet de serre des bâtiments publics ;

« 3° Aux besoins de l'enseignement et qui conduisent à l'amélioration des conditions d'enseignement et d'accueil des élèves dans les collèges et lycées et des étudiants dans les universités » ;

13. Considérant que les requérants soutiennent que l'allongement des exceptions au droit de la commande publique aura pour effet d'étendre l'application du contrat de partenariat à l'ensemble de la commande publique et de vider de sa substance la réserve d'interprétation inscrite dans la décision susvisée du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003 ;

14. Considérant qu'en présumant satisfaite la condition d'urgence sous la seule réserve que l'évaluation préalable ne soit pas défavorable, les dispositions contestées du III des articles 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales ont pour effet de limiter la portée de l'évaluation préalable et d'empêcher le juge d'exercer son contrôle sur le caractère d'urgence ; que, dès lors, elles privent 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, par suite, doivent être

déclarés contraires à la Constitution le III de l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 susvisée et le III de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales, tels qu'ils résultent des articles 2 et 19 de la loi déferée ; qu'il en va de même, parce qu'il en est inséparable, du IV des mêmes articles qui rend applicable la présomption d'urgence aux projets de contrats de partenariat mentionnés au III dont l'avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication avant le 31 décembre 2012 ;

-SURLESARTICLES8ET26:

15. Considérant que les articles 8 et 26 de la loi déferée modifient les articles 8 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et L. 1414-9 du code général des collectivités territoriales, relatifs aux critères d'attribution d'un contrat de partenariat ; qu'ils prévoient que la définition des « petites et moyennes entreprises », auxquelles le candidat doit s'engager à confier une part d'exécution du contrat, sera désormais fixée par voie réglementaire et non plus par la loi ;

16. Considérant que, selon les députés requérants, ce renvoi au règlement est entaché d'incompétence négative ; qu'il pourrait priver d'effet l'obligation d'attribuer aux petites et moyennes entreprises une part de l'exécution du contrat et violerait par suite le principe de libre et égal accès à la commande publique ;

17. Considérant, en premier lieu, que la définition des petites et moyennes entreprises ne conditionne pas, par elle-même, l'attribution du contrat ; qu'elle repose sur des éléments quantitatifs ; qu'il était loisible au législateur, sans méconnaître l'étendue de sa compétence, d'opérer ce renvoi au règlement ;

18. Considérant, en second lieu, que ce renvoi au règlement n'a pas pour effet de dispenser le pouvoir réglementaire du respect des exigences constitutionnelles ; 19. Considérant qu'il s'ensuit que les griefs dirigés par les requérants à l'encontre des articles 8 et 26 de la loi déferée doivent être rejetés ;

- SUR LES ARTICLES 10 ET 28 : 20. Considérant que les articles 10 et 28 de la loi déferée complètent les articles 10 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et L. 1414-11 du code général des collectivités territoriales par un alinéa aux termes duquel : « La communication à la personne publique d'une idée innovante, qui serait suivie du lancement d'une procédure de contrat de partenariat, peut donner lieu au versement d'une prime forfaitaire » ; 21. Considérant que, selon les députés requérants, les notions d'« idée innovante » et de « prime forfaitaire » ne sont pas suffisamment définies ; que ce manque de précision pourrait conduire les personnes publiques à procéder à des paiements sans contrepartie réelle et pour un montant qui ne fait l'objet d'aucune évaluation ; qu'il en résulterait une violation du « principe de bonne utilisation des deniers publics » ; que le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence ; 22. Considérant que les dispositions critiquées ne permettent le versement d'une prime à l'auteur d'une étude, d'une proposition ou d'une offre comportant une idée innovante que dans le seul cas où la personne publique conclut ensuite, avec un tiers, un contrat de partenariat ; que le législateur a entendu ainsi encourager les entreprises à proposer des projets originaux aux personnes publiques ; qu'en posant le principe du versement d'une prime forfaitaire et ses conditions d'octroi, il n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence ; que les griefs invoqués doivent par suite être rejetés ;

- SUR LES ARTICLES 14 ET 33 : 23. Considérant que les articles 14 et 33 de la loi déferée complètent respectivement le I de l'article 13 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et l'article L. 1414-16 du code général des collectivités territoriales ; que ces dispositions prévoient qu'afin de permettre la valorisation d'une partie de son domaine par le titulaire du contrat de partenariat, la personne publique peut autoriser ce dernier « à consentir des baux dans les conditions du droit privé, en particulier des baux à construction ou des baux emphytéotiques, pour les biens qui appartiennent au domaine privé et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée. L'accord de la personne publique doit être expressément formulé pour chacun des baux consentis au titulaire du contrat de partenariat. Avec l'accord de la personne publique, ces baux ou droits peuvent être consentis pour une durée excédant celle du contrat de partenariat » ;

24. Considérant que, selon les députés requérants, la possibilité de conclure des baux et de constituer des droits réels sur le domaine privé des personnes publiques pour une durée non limitée, excédant celle du contrat de partenariat,

dépossède l'administration de ses droits quant à l'utilisation de son domaine et, dès lors, méconnaît les exigences constitutionnelles inhérentes à la protection des propriétés des personnes publiques ; qu'en outre, l'absence de contrepartie à ces baux, pour la durée excédant celle du contrat de partenariat, méconnaîtrait le principe de bonne utilisation des deniers publics ;

25. Considérant que le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques ainsi que la protection du droit de propriété, qui ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi la propriété de l'État et des autres personnes publiques, résultent respectivement, d'une part, des articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789 et, d'autre part, de ses articles 2 et 17 ; que ces principes font obstacle à ce que des biens faisant partie du patrimoine de personnes publiques puissent être aliénés ou durablement grevés de droits au profit de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine ;

26. Considérant, en premier lieu, que, dans leur rédaction issue de la loi déferée, le d) de l'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 ainsi que le d) de l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales prévoient que la rémunération du cocontractant tient compte « le cas échéant, des recettes, des dépenses ou des biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique » ; qu'il résulte en outre des travaux parlementaires que la possibilité de fournir au partenaire privé des recettes annexes, en l'autorisant à passer des baux et à constituer des droits réels sur une partie du domaine privé, est destinée à permettre une réduction correspondante de la rémunération due au titre du partenariat ; que, dès lors, ces autorisations ne sont pas dépourvues de contrepartie appropriée ;

27. Considérant, en deuxième lieu, que la possibilité, pour la personne publique, de consentir de telles autorisations n'a pas pour effet de déroger aux dispositions en vigueur qui imposent la consultation de l'autorité compétente de l'État pour l'évaluation des propriétés des personnes publiques préalablement à toute opération immobilière telle que la passation de baux, accords amiables et conventions quelconques ayant pour effet la prise en location ;

28. Considérant, en troisième lieu, que les autorisations données par la personne publique en application des dispositions contestées, ainsi que les baux et droits réels qui en résultent, constituent des accessoires au contrat de partenariat ; que, si les dispositions déferées permettent à la personne publique d'autoriser le partenaire privé à consentir des baux et à constituer des droits réels pour une durée excédant celle du partenariat, elles n'ont pas pour effet de permettre à ce partenaire de demeurer titulaire de tels baux ou de jouir de tels droits au-delà de la durée du partenariat ; que ces baux et ces droits seront, à l'issue de la durée du partenariat, transférés à la personne publique ; que, dès lors, contrairement à ce que soutiennent les requérants, ces

dispositions ne permettent pas au partenaire privé d'exploiter le domaine privé de la personne publique au-delà de cette durée ; 29. Considérant, dès lors, que le grief tiré de ce que les articles 14 et 33 de la loi déferée méconnaîtraient la protection due à la propriété des personnes publiques et l'exigence de bon emploi des deniers publics manque en fait ;

- SUR L'ARTICLE 18 :

30. Considérant que l'article 18 de la loi déferée modifie l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales relatif à la définition des contrats de partenariat ; qu'en particulier, le III de l'article L. 1414-1 dispose : « Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation, signera le contrat et, éventuellement, en suivra l'exécution. Cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme » ;

31. Considérant que les députés requérants soutiennent que le renvoi à une convention opéré par les dispositions précitées est non seulement entaché d'incompétence négative mais aussi générateur d'inégalités entre collectivités territoriales ; 32. Considérant qu'aux termes du cinquième alinéa de l'article 72 de la Constitution : « Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune » ; que ces dispositions habilite la loi à désigner une collectivité territoriale pour organiser et non pour déterminer les modalités de l'action commune de plusieurs collectivités ;

33. Considérant qu'en prévoyant que plusieurs collectivités publiques, qui ne sauraient comprendre l'État et ses établissements publics, peuvent désigner l'une d'entre elles pour signer un contrat de partenariat et en disposant que la convention passée entre ces collectivités précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme, l'article 18 de la loi déferée a non seulement autorisé la collectivité désignée à organiser l'action commune de plusieurs collectivités, mais lui a également conféré un pouvoir de décision pour déterminer cette action commune ; que, dès lors, il a méconnu le cinquième alinéa de l'article 72 de la Constitution ; qu'il s'ensuit que doivent être déclarés contraires à la Constitution, au III de l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales, le membre de phrase : « , signera le contrat » et la phrase : « Cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme. », tels qu'ils résultent de l'article 18 de la loi déferée ;

- SUR L'ARTICLE 45 : 34. Considérant que l'article 45 de la loi déferée modifie le deuxième alinéa de l'article L. 241-1 du code des assurances afin d'étendre aux personnes morales assurant la maîtrise d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat conclu avec l'État ou ses établissements publics la dispense d'obligation d'assurance de dommages prévu par cet article ; 35. Considérant que, selon les requérants, en excluant de cette dispense d'assurance les personnes

morales qui assurent la maîtrise d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat avec une collectivité territoriale ou un établissement public local, cette disposition méconnaît le principe d'égalité devant la loi ; qu'elle imposerait à ces collectivités territoriales une contrainte contraire au principe de leur libre administration et comporterait des risques de distorsion de concurrence entre entreprises candidates, en méconnaissance du principe d'égalité devant la commande publique ; 36. Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations

différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ;

37. Considérant qu'en égard à la capacité de faire face au risque financier résultant de la défaillance du cocontractant, l'État et ses établissements publics ne se trouvent pas dans une situation identique à celle des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ; que, dès lors, le grief tiré de la violation du principe d'égalité devant la loi doit être rejeté ; qu'en outre, cette différence de traitement entre certaines personnes publiques n'a pas pour conséquence de créer, entre les entreprises candidates aux contrats de partenariat, une différence qui méconnaîtrait le principe d'égalité devant la commande publique ; qu'enfin, la disposition déférée, qui tend à limiter, par une dispense d'assurance, le coût des partenariats conclus avec l'État et ses établissements publics, ne porte pas atteinte à la libre administration des collectivités territoriales ; que, dès lors, l'article 45 de la loi n'est pas contraire à la Constitution ;

- SUR L'ARTICLE 16 : 38. Considérant que l'article 16 de la loi déférée donne une nouvelle rédaction à l'article 25 de l'ordonnance du 17 juin 2004 ; qu'aux termes des deux derniers alinéas de ce nouvel article 25, qui résultent d'un amendement adopté par l'Assemblée nationale en première lecture : « Pour les contrats d'un montant supérieur à un seuil défini par décret, les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précitée peuvent recourir à la procédure négociée avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence, dans les conditions définies par le décret mentionné à l'article 12 de ladite ordonnance pour les entités adjudicatrices. – Lorsque le montant du contrat est supérieur au seuil mentionné à l'alinéa précédent, ces entités adjudicatrices peuvent recourir à la procédure négociée définie au III de l'article 7 de la présente ordonnance » ; 39. Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; 40. Considérant, en l'espèce, qu'en adoptant les dispositions précitées, le législateur a entendu ouvrir aux entités adjudicatrices la possibilité de recourir de plein droit à la procédure négociée pour la passation de leurs marchés ; qu'il a, à cet effet, défini deux procédures, supposées alternatives, en dessous et au dessus d'un seuil défini par décret ; que, toutefois, la rédaction adoptée ne fait référence, dans l'un et l'autre cas, qu'aux contrats dont le montant est « supérieur au seuil » ; que ces dispositions, qui doivent de surcroît être combinées avec le III de l'article 7 de l'ordonnance du 17 juin 2004 dans sa rédaction résultant de l'article 7 de la loi déférée, lequel fait référence aux contrats dont le montant est « inférieur à un seuil fixé par décret », portent atteinte, par leur contradiction, à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ; que, dans ces conditions, les deux derniers alinéas de l'article 16 de la loi déférée doivent être déclarés contraires à la Constitution ; 41. Considérant qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution, Décide Article premier.- Sont déclarées contraires à la Constitution les dispositions suivantes de la loi relative aux contrats de partenariat :

- les III et IV de l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, tels qu'ils résultent de l'article 2 de la loi ; - les deux derniers alinéas de l'article 25 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, tels qu'ils résultent de l'article 16 de la loi ;

- au III de l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales, le membre de phrase : « , signera le contrat » et la phrase : « Cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme. », tels qu'ils résultent de l'article 18 de la loi ;

- les III et IV de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales, tels qu'ils résultent de l'article 19 de la loi. Article 2.- Le surplus des articles 2, 18 et 19 de la loi relative aux contrats de partenariat, ainsi que ses articles 8, 10, 14, 26, 28, 33 et 45 ne sont pas contraires à la Constitution.

Doc. 5 : CE, Sect., 6 avril 2007, Commune d'Aix en Provence, 284736.

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par des délibérations en date des 12 février et 26 mars 1998, le conseil municipal d'Aix-en-Provence a accordé à l'association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence des subventions d'un montant respectif de six et deux millions de francs ; que la COMMUNE D'AIX-EN-PROVENCE se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 4 juillet 2005 par lequel, saisie par M. et Mme Armand, la cour administrative d'appel de Marseille, infirmant les jugements du tribunal administratif de Marseille du 29 juin 2000, a annulé pour excès de pouvoir les délibérations litigieuses ; (...)

Sur le bien-fondé de l'arrêt attaqué :

Considérant qu'après avoir relevé que l'association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence s'était vu confier une mission de service public, la cour, pour annuler les délibérations litigieuses, a jugé qu'une association ne pouvait exercer une telle mission et bénéficier à ce titre d'une subvention que si elle était liée à une personne publique par un contrat de délégation de service public conclu soit en application des dispositions des articles 38 et suivants de la loi du 29 janvier 1993 soit en application des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ;

Considérant que, lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers ; qu'à cette fin, sauf si un texte en dispose autrement, elles doivent en principe conclure avec un opérateur, quel que soit son statut juridique et alors même qu'elles l'auraient créé ou auraient contribué à sa création ou encore qu'elles en seraient membres, associés ou actionnaires, un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération de leur cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, un marché public de service ; qu'elles peuvent toutefois ne pas passer un tel contrat lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel ;

Considérant que, lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques peuvent aussi décider d'en assurer directement la gestion ; qu'elles peuvent, à cette fin, le gérer en simple régie, ou encore, s'il s'agit de collectivités territoriales, dans le cadre d'une régie à laquelle elles ont conféré une autonomie financière et, le cas échéant, une personnalité juridique propre ; qu'elles doivent aussi être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire, cet organisme devant en effet être regardé, alors, comme n'étant pas un opérateur auquel les collectivités publiques ne pourraient faire appel qu'en concluant un contrat de délégation de service public ou un marché public de service ; qu'un tel organisme peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public ;

Considérant en outre que, lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public ; que son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'en jugeant qu'une association ne pouvait gérer un service public et bénéficier à ce titre d'une subvention qu'à la condition d'être titulaire d'un contrat de délégation de service public passé soit en application des dispositions des articles 38 et suivants de la loi du 29 janvier 1993 soit en application des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, sans rechercher si, pour l'une des raisons analysées ci-dessus, la passation d'un tel contrat pouvait ou devait être exclue, la cour administrative d'appel de Marseille a entaché son arrêt d'une erreur de droit ; que la COMMUNE D'AIX-EN-PROVENCE est fondée pour ce motif, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, à en demander l'annulation ;

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

Considérant d'une part que, contrairement à ce que soutiennent M. et Mme Armand, le tribunal administratif de Marseille a suffisamment répondu aux moyens tirés de l'absence de convention de délégation de service public et de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales ;

Considérant d'autre part qu'il ressort des pièces du dossier que l'Etat, la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, le département des Bouches-du-Rhône et la commune d'Aix en Provence ont créé en 1996 une association pour le cinquantenaire du festival international d'art lyrique d'Aix-en-Provence, devenue en 1997 l'association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence ; que cette association a pour objet statutaire exclusif la programmation et l'organisation du festival international d'art lyrique et de l'académie européenne de musique ; qu'elle se compose de trois représentants de l'Etat, de quatre représentants des collectivités territoriales et de cinq personnalités qualifiées, dont une est nommée par le maire d'Aix-en-Provence et trois par le

ministre chargé de la culture, ainsi que, le cas échéant, de membres actifs ou bienfaiteurs ou encore d'entreprises, dont la demande d'adhésion doit être agréée par le bureau et qui ne disposent pas de voix délibérative au sein de l'association ; que son conseil d'administration est composé de quinze membres, dont onze sont désignés par les collectivités publiques ; que les subventions versées par les collectivités publiques mentionnées ci-dessus représentent environ la moitié des ressources de l'association ; que celle-ci bénéficie en outre, de la part de la commune d'Aix-en-Provence, de différentes aides, comme la mise à disposition de locaux dans lesquels se déroule le festival et des garanties d'emprunt ;

Considérant que l'Etat, la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, le département des Bouches-du-Rhône et la commune d'Aix-en-Provence ont ainsi décidé, sans méconnaître aucun principe, de faire du festival international d'Aix-en-Provence un service public culturel ; que, compte tenu de son objet, de ses modalités d'organisation et de ses modalités de financement, ce service public présente un caractère administratif ; que l'association à laquelle les quatre collectivités publiques ont confié sa gestion ne saurait être regardée, compte tenu de son objet statutaire et du contrôle qu'exercent sur elle ces collectivités, comme un opérateur auquel il ne pourrait être fait appel que dans le cadre d'un contrat de délégation de service public ou d'un marché public de service ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que la commune d'Aix-en-Provence aurait dû passer avec l'association une convention de délégation de service public doit être, en tout état de cause, écarté ; que M. et Mme Armand ne peuvent, dès lors, utilement invoquer les dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales ;

Considérant que la commune d'Aix-en-Provence pouvait accorder des subventions au service public culturel du festival international d'Aix-en-Provence ; que, contrairement à ce que soutiennent M. et Mme Armand, les dispositions de l'article L. 2224-2 du code général des collectivités territoriales, qui limitent la possibilité pour une commune de prendre en charge dans son budget des dépenses d'un service public à caractère industriel et commercial, ne peuvent être utilement invoquées ; que la commune d'Aix-en-Provence n'a pas davantage méconnu les dispositions des articles L. 1511-1 et suivants du même code dès lors que celles-ci ont pour objet de réglementer les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales peuvent apporter des aides à des entreprises et que l'association, dont l'activité exclusive est de gérer, à la demande des collectivités publiques qui l'ont créée et sous leur contrôle, le service public du festival international d'Aix-en-Provence, ne saurait être regardée comme une entreprise au sens de ces dispositions ; (...)
(Admission de l'intervention, cassation de l'arrêt, rejet de l'appel de M et Mme Armand).

Doc. 6 : CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée

Vu le pourvoi et le mémoire complémentaire, enregistrés les 29 mars 2006 et 12 juillet 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour le DEPARTEMENT DE LA VENDEE, représenté par le président du conseil général ; le DEPARTEMENT DE LA VENDEE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt du 2 décembre 2005 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a, d'une part, jugé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur ses conclusions tendant à l'annulation du jugement du 17 juillet 2002 du tribunal administratif de Nantes en tant qu'il lui a enjoint de dénoncer le contrat litigieux et d'autre part, rejeté le surplus des conclusions de sa requête tendant à l'annulation de ce jugement en tant qu'il a annulé la délibération du 29 juin 2001 de la commission permanente attribuant le contrat de délégation de service public de transport régulier de voyageurs concernant le secteur de Montaigu, Les Herbiers, La Chataigneraie et Nantes ;

2°) réglant l'affaire au fond, d'annuler le jugement du 17 juillet 2002 du tribunal administratif de Nantes et de rejeter la demande présentée par les sociétés Hervouët et les Cars Bleus Brisseau devant le tribunal ;

3°) de mettre à la charge de chacune des sociétés Hervouët France et Les Cars Bleus Brisseau la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; (...)

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le DEPARTEMENT DE LA VENDEE a souhaité confier à un prestataire l'exploitation d'un service de transports de voyageurs incluant des usagers scolaires, sous la forme d'une délégation de service public ; qu'il a, à cet effet, fait paraître un avis d'appel à la concurrence au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ainsi que dans le quotidien Ouest-France et dans une publication spécialisée ; qu'un avis a également été publié au Journal officiel de l'Union européenne ; que le groupement constitué des sociétés anonymes Hervouët, Les Cars bleus Brisseau et Sovetours a fait acte de candidature, puis a déposé une offre pour le lot numéro 1 correspondant au secteur Montaigu, Les Herbiers, La Chataigneraie et Nantes ; qu'après avoir complété son offre à la suite des négociations conduites avec le DEPARTEMENT DE LA VENDEE, le

groupement a été informé du rejet de celle-ci par courrier en date du 12 juillet 2001 ; que les sociétés anonymes Hervouët et les Cars bleus Brisseau ont demandé au tribunal administratif, par requête enregistrée le 8 août 2001, l'annulation de la délibération de la commission permanente du conseil général de Vendée en date du 29 juin 2001, par laquelle la commission attribuait le lot n°1 au groupement constitué par les sociétés Moinet, Grolleau et Rigau deau et rejetait par conséquent l'offre présentée par le groupement dont la société anonyme Hervouët était mandataire ; que par un jugement du 17 juillet 2002, le tribunal administratif de Nantes a annulé cette délibération et enjoint au DEPARTEMENT DE LA VENDEE de résilier le contrat litigieux dans un délai de quatre mois assorti d'une astreinte ; que par l'arrêt attaqué du 2 décembre 2005, la cour administrative d'appel de Nantes a jugé qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur les conclusions d'appel du DEPARTEMENT DE LA VENDEE dirigées contre l'injonction de résilier le contrat et a rejeté ses autres conclusions d'appel ;

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

Considérant qu'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 ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que s'agissant du lot n°1, la rémunération de l'entreprise attributaire était assurée par des recettes provenant à 93% environ du service de transport scolaire et par des recettes provenant, pour les 7% restant, d'autres services de transport et activités commerciales ; que le DEPARTEMENT DE LA VENDEE prenait en charge en substitution des familles environ 80% du coût du transport scolaire, le reste demeurant à la charge de ces familles ; qu'en se fondant, pour exclure une rémunération liée aux résultats de l'exploitation et caractériser ainsi l'existence d'un marché public, sur la seule participation directe des familles, sans prendre aussi en considération la part versée par le département pour chaque usager scolaire, en substitution des familles, laquelle constituait aussi une rémunération variant avec le nombre d'usagers et donc liée aux résultats de l'exploitation du service, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'annuler l'arrêt du 2 décembre 2005 de la cour administrative d'appel de Nantes ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, le Conseil d'Etat, s'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, peut régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie ; que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler l'affaire au fond ;

Sur les conclusions à fin de non lieu soulevées par les sociétés Hervouët et Les Cars Bleus Brisseau :

Considérant que la circonstance que le DEPARTEMENT DE LA VENDEE a lancé une nouvelle procédure en vue de la passation du contrat de transport régulier de voyageur litigieux ne rend pas sans objet ses conclusions d'appel dirigées contre le jugement du tribunal administratif de Nantes du 17 juillet 2002, d'une part, annulant la délibération de la commission permanente du conseil général de Vendée du 29 juin 2001, ainsi que, la décision du président du conseil général de signer le contrat prise sur son fondement, et, d'autre part, enjoignant au département de dénoncer ce contrat ;

Sur les conclusions d'appel du DEPARTEMENT DE LA VENDEE dirigées contre le jugement du tribunal administratif de Nantes du 17 juillet 2002 en tant qu'il a annulé la délibération de la commission permanente du conseil général de Vendée du 29 juin 2001, ainsi que la décision du président du conseil général de signer le contrat prise sur son fondement :

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête d'appel ;

Considérant qu'il ressort des pièces du contrat relatif au lot n°1, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, que le prestataire choisi devait tirer sa rémunération de l'exploitation du service, que ses recettes soient versées par le département au titre de sa prise en charge de 80% du coût des abonnements de transport scolaire, par les familles pour la part restante du coût de ces abonnements, ou qu'elles proviennent des sommes versées par les usagers non scolaires ou d'autres produits commerciaux ; que si une convention d'intéressement financier prévoit le versement d'une subvention par le département d'un montant initial de 25 733,39 euros, pour des recettes d'exploitation évaluées alors à environ 1,5 million d'euros, celle-ci laisse une part de l'éventuel déficit d'exploitation au cocontractant, laquelle peut s'élever à 30% de ce déficit, déduction faite du montant de la subvention initiale ; qu'ainsi, une part significative du risque d'exploitation demeurant à la charge de ce cocontractant, sa rémunération doit être regardée comme substantiellement

liée aux résultats de l'exploitation ; que dès lors, le DEPARTEMENT DE LA VENDEE est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement du 17 juillet 2002, le tribunal administratif de Nantes a annulé la délibération du 29 juin 2001 de sa commission permanente au motif que la convention n'est pas une délégation de service public mais un marché public soumis aux règles fixées par le code des marchés publics ;

Considérant qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens présentés par les sociétés anonymes Hervouët et Les Cars Bleus Brisseau devant le tribunal administratif de Nantes, tendant à l'annulation de la délibération de la commission permanente du conseil général de la Vendée en date du 29 juin 2001, arrêtant le choix du groupement constitué par les sociétés Moinet, Rigaudeau et Grolleau pour l'attribution de la délégation de service public de transport régulier de voyageurs ; ensemble la décision du président du conseil général de signer ce contrat ;

Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales: Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire ; que ces dispositions permettent à l'exécutif du département de confier à ses agents la négociation des offres avec les candidats admis à négocier, sans même qu'il soit besoin à cet effet d'une délégation formelle ;

Considérant en second lieu qu'aux termes de l'article L. 1411-7 du code général des collectivités territoriales dans sa rédaction applicable à la date de la délibération litigieuse : Deux mois au moins après la saisine de la commission mentionnée à l'article L. 1411-5, l'assemblée délibérante se prononce sur le choix du délégataire et le contrat de délégation ; qu'il ressort des pièces du dossier que la commission permanente du conseil général avait reçu une délégation aux fins d'arrêter la liste des candidats admis à négocier une offre et de choisir le délégataire ; qu'il ressort de ce qui précède que les sociétés Hervouët et les Cars Bleus Brisseau ne sont pas fondées à soutenir que le choix du délégataire aurait été arrêté par une autorité incompétente ;

Considérant que contrairement à ce qu'allèguent les sociétés Hervouët et les Cars Bleus Brisseau, la nature et la hiérarchie des critères de sélection prévus au règlement de la consultation n'ont pas été modifiés ;

Considérant enfin, que compte tenu de ce que le groupement retenu disposait pour le démarrage des prestations du nombre de conducteurs et de véhicules requis, de la qualité du service attendue et eu égard au montant de la contribution financière qu'il demandait au département, le choix de ce délégataire n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les sociétés Hervouët et les Cars bleus Brisseau ne sont fondées à demander ni l'annulation de la délibération du 29 juin 2001 de la commission permanente du conseil général, ni celle de la décision du président du conseil général de signer le contrat ; que par voie de conséquence, leurs conclusions à fin d'injonction doivent être rejetées ;

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

Considérant que les dispositions susmentionnées font obstacle à ce que la somme demandée par les sociétés Hervouët et les Cars Bleus Brisseau soient mises à la charge du DEPARTEMENT DE LA VENDEE qui n'est pas, dans la présente affaire, la partie perdante ; qu'il y a lieu en revanche, en application des mêmes dispositions, de mettre à la charge de chacune de ces deux sociétés la somme de 2 000 euros qui sera versée au DEPARTEMENT DE LA VENDEE ;

D E C I D E :

Article 1er : L'arrêt du 2 décembre 2005 de la cour administrative d'appel de Nantes et le jugement du 17 juillet 2002 du tribunal administratif de Nantes sont annulés.

Article 2 : La demande présentée par les sociétés Hervouët et les Cars Bleus Brisseau devant le tribunal administratif de Nantes et leurs conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Les sociétés Hervouët et les Cars Bleus Brisseau verseront chacune au DEPARTEMENT DE LA VENDEE la somme de 2 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée au DEPARTEMENT DE LA VENDEE, à la société Hervouët et à la

société Les Cars Bleus Brisseau.

Doc. 7 : CE, 5 juin 2009, Société Avenance Enseignement et Santé

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 8 novembre 2006 et 8 février 2007 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE AVENANCE-ENSEIGNEMENT ET SANTE, venant aux droits de la société Générale de restauration, dont le siège est 61-69 rue de Bercy à Paris (75012) ; la SOCIETE AVENANCE-ENSEIGNEMENT ET SANTE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt du 14 septembre 2006 par lequel la cour administrative d'appel de Versailles a rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement du tribunal administratif de Versailles du 4 octobre 2004 en tant que celui-ci a rejeté ses demandes tendant à la condamnation de la commune de Draveil à réparer les conséquences dommageables de la résiliation de l'affermage du service de restauration scolaire et municipale et au paiement de factures impayées ;

2°) réglant l'affaire au fond, de condamner la commune de Draveil à lui verser les sommes de 191 767,10 euros au titre de prestations impayées et de 2 213 411 euros en réparation du préjudice subi du fait de la résiliation du contrat d'affermage, ainsi que les intérêts au taux légal et leur capitalisation ;

3°) de mettre à la charge de la commune de Draveil la somme de 9 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; (...)

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que par un contrat conclu le 10 septembre 1990, la commune de Draveil a confié à la société Générale de restauration, aux droits de laquelle vient la SOCIETE AVENANCE-ENSEIGNEMENT ET SANTE, le service de restauration scolaire et municipale ; que par un avenant conclu le 15 janvier 1993, la commune de Draveil a confié à la société le même service pour une durée de quinze ans et, en outre, la réalisation de travaux de réaménagement des points de distribution ; que par une délibération du 26 juin 2000, la commune de Draveil a prononcé la résiliation du contrat pour un motif d'intérêt général ; que la société a alors saisi le tribunal administratif de Versailles de demandes tendant, notamment, à l'annulation de cette décision de résiliation, à la condamnation de la commune de Draveil à réparer les conséquences dommageables de la résiliation et au paiement des factures impayées ; que la commune de Draveil a, pour sa part, présenté des conclusions indemnitaires reconventionnelles ; que par un jugement du 4 octobre 2004, le tribunal administratif de Versailles a constaté la nullité du contrat conclu entre les parties ; qu'il a, par suite, jugé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur la demande d'annulation de la décision de résiliation prise par la commune et rejeté les demandes de paiement et les demandes indemnitaires formulées sur un fondement contractuel ; que le tribunal a dans le même jugement, ordonné une mesure d'expertise destinée à évaluer les dépenses utiles exposées par la société au profit de la commune pour l'exécution du contrat déclaré nul, le préjudice correspondant aux bénéficiaires dont elle s'est trouvée privée à raison de cette nullité ainsi que de chiffrer certains éléments dont la commune serait en droit de demander le remboursement sur le fondement de l'enrichissement sans cause ; que par un arrêt du 14 septembre 2006, contre lequel la SOCIETE AVENANCE-ENSEIGNEMENT ET SANTE se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Versailles a, d'une part, rejeté les conclusions de la requête d'appel présentée par cette société à l'encontre du jugement du tribunal administratif de Versailles en tant qu'il s'est fondé sur la nullité du contrat pour rejeter ses demandes indemnitaires, d'autre part, rejeté les conclusions de la SOCIETE AVENANCE-ENSEIGNEMENT ET SANTE tendant notamment à contester la part de responsabilité laissée à sa charge par le tribunal administratif ;

Sur l'arrêt en tant qu'il a confirmé la nullité du contrat :

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que si la rémunération du co-contractant de la commune de Draveil était assurée principalement par des redevances qui, selon les articles 39-2 et 41 de la convention, étaient perçues directement auprès des usagers des restaurants scolaires et municipaux, des centres de loisirs maternels et des personnes âgées, les parties s'engageaient également sur un prix unitaire des repas, fixé initialement sur la base de 303 000 repas par an, comprenant les charges afférentes aux prestations fournies, dont le coût des investissements, ainsi que la rémunération du prestataire et que, dans les cas où le nombre de repas commandés au cours d'un exercice s'avèrerait inférieur ou supérieur de plus de 5 % par rapport à la base de référence retenue, le prix unitaire des repas fournis sur l'exercice écoulé serait réajusté par la rectification de divers postes composant ce prix, en fonction du nombre de repas effectivement commandés ; que la commune de Draveil, à laquelle, en application de l'article 41 du contrat, la société Générale de restauration facturait directement le prix des repas des usagers du centre aéré, prenait en charge, sous forme de subventions, la différence entre les redevances perçues auprès des usagers et le prix des repas

fixé selon les modalités décrites ci-dessus ; que le nombre d'usagers, constitués pour l'essentiel d'enfants des centres aérés et des écoles ainsi que de personnes âgées vivant en maisons de retraite, n'était pas, en l'espèce, susceptible de diminuer de manière substantielle d'une année sur l'autre, ainsi que le confirme l'évolution du nombre de repas servis au cours des années 1993 à 2000 ; que dans ces conditions, la cour, dont l'arrêt est suffisamment motivé, n'a pas commis d'erreur de droit ni d'erreur de qualification juridique en jugeant que la rémunération du co-contractant de la commune, en l'absence de réel risque d'exploitation, ne pouvait être regardée comme étant substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation et que le contrat était en conséquence constitutif d'un marché public et non d'une délégation de service public ; qu'elle n'a pas non plus entaché son arrêt d'une contradiction de motifs en jugeant que nonobstant le versement de redevances par les usagers du services, le contrat s'analysait comme un marché public ; que si la cour a relevé qu'en cas de défaut de paiement par les usagers de leurs redevances, l'article 39-2 du contrat permettait à la commune de Draveil de prendre à sa charge ces redevances et d'être subrogée aux droits de la société envers ceux-ci, elle n'a pas ce faisant dénaturé les pièces du dossier ;

Sur l'arrêt en tant qu'il a rejeté les conclusions de la SOCIETE AVENANCE-ENSEIGNEMENT ET SANTE en tant qu'elles tendaient à contester la part de responsabilité laissée à sa charge par le tribunal administratif :

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens dirigés contre cette partie de l'arrêt ;

Considérant qu'il ressort des motifs du jugement du 4 octobre 2004 du tribunal administratif de Versailles que celui-ci avait estimé que la part de responsabilité de la ville au titre du dommage résultant de la nullité du contrat devait être évaluée à 60 % et celle de la société à hauteur de 40 % ; que si ce partage de responsabilité n'a pas été repris par le tribunal administratif dans le dispositif de son arrêt, il n'était en tout état de cause pas étranger au fondement de l'expertise prescrite par le tribunal administratif afin d'évaluer les dépenses utiles exposées par la société au profit de la commune pour l'exécution du contrat déclaré nul, le préjudice correspondant aux bénéficiaires dont elle s'est trouvée privée à raison de cette nullité ainsi que de chiffrer certains éléments dont la commune serait en droit de demander le remboursement sur le fondement de l'enrichissement sans cause ; qu'ainsi, et alors même qu'il demeurerait loisible à la société de contester un tel partage à l'occasion d'un appel formé à l'encontre du jugement rendu après expertise, la cour administrative d'appel, qui a méconnu son office, a commis une erreur de droit en jugeant que la SOCIETE AVENANCE ENSEIGNEMENT ET SANTE n'était pas recevable à contester le partage de responsabilité effectué par le tribunal administratif dans les motifs de son jugement ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la SOCIETE AVENANCE ENSEIGNEMENT ET SANTE est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué en tant seulement qu'il l'a jugée irrecevable à contester la part de responsabilité laissée à sa charge par le tribunal administratif de Versailles ;

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

Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu faire application de ces dispositions ;

D E C I D E :

Article 1er : L'arrêt du 14 septembre 2006 de la cour administrative de Versailles est annulé en tant qu'il a jugé la SOCIETE AVENANCE-ENSEIGNEMENT ET SANTE irrecevable à contester la part de responsabilité laissée à sa charge par le jugement du 4 octobre 2004 du tribunal administratif de Versailles.

Article 2 : Le surplus des conclusions du pourvoi ainsi que les conclusions présentées par la commune de Draveil au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : L'affaire est renvoyée devant la cour administrative d'appel de Versailles.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à SOCIETE AVENANCE-ENSEIGNEMENT ET SANTE et à la commune de Draveil.

Doc. 8 : CE, 23 mai 2011, Commune de Six Fours-Les-Plages

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

1°) d'annuler l'arrêt n° 09MA01507-09MA01508 du 17 juin 2010 de la cour administrative d'appel de Marseille, en tant qu'il a rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement n° 072660-072825 du 16 avril 2009 du tribunal

administratif de Toulon annulant la délibération du 28 mars 2007 par laquelle le conseil municipal de Six-Fours-les-Plages avait, d'une part, approuvé la convention de partenariat portant sur le festival les voix du Gaou conclue entre la commune et la société Adam Concerts, et d'autre part, autorisé son maire à signer cette convention ;
2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son appel ;
3°) de mettre à la charge de Mme A et de MM. D, C, et B la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; (...)

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

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

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

Considérant qu'il résulte de ce qui vient d'être dit que c'est à tort que, pour faire droit aux conclusions à fin d'annulation présentées, d'une part, par M. B et, d'autre part, par M. C, M. D et Mme A, le tribunal administratif de Toulon a jugé que la commune avait, par la convention litigieuse, délégué une mission de service public à la société Adam Concerts ;

Considérant, toutefois, qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par M. B et autres devant le tribunal administratif de Toulon et la cour administrative d'appel de Marseille ;

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

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

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la COMMUNE DE SIX-FOURS-LES-PLAGES n'est pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Toulon a annulé la délibération du 28 mars 2007 de son conseil municipal approuvant la convention litigieuse et autorisant le maire à la signer ; que, par suite, ses

conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative doivent être rejetées ; qu'en revanche il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à sa charge, en application de ces mêmes dispositions, d'une part, une somme globale de 1 500 euros au titre des frais exposés par MM. C et D et Mme A, d'autre part, la même somme au titre des frais exposés par M. B ;

DECIDE :

Article 1er : Les articles 2, 4 et 5 de l'arrêt du 17 juin 2010 de la cour administrative d'appel de Marseille sont annulés.
Article 2 : La requête d'appel de la COMMUNE DE SIX-FOURS-LES-PLAGES et le surplus des conclusions de son pourvoi sont rejetés.
Article 3 : La COMMUNE DE SIX-FOURS-LES-PLAGES versera à MM. C et D et à Mme A une somme globale de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.
Article 4 : La COMMUNE DE SIX-FOURS-LES-PLAGES versera à M. B une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la COMMUNE DE SIX-FOURS-LES-PLAGES, à M. Bernard D, à M. Philippe C, à Mme Josiane A et à M. Erik Doc. 8 : CAA Bordeaux, 21 juin 2011, Région du Limousin

Document 9 : CAA Bordeaux, 21 juin 2011, Région du Limousin, n° 10BX01717, Cont.-Conc.-Cons., n° 10, octobre 2011, pp. 33-35, comm. Prebissy-Schnall (C.).

Résumé

Le Tribunal administratif a annulé à bon droit la délibération du conseil régional créant un dispositif permanent de formation et accordant des subventions à différents organismes de formation. Nonobstant la circonstance, au demeurant non établie, que les subventions ne couvraient pas l'intégralité des frais exposés par les organismes de formation, ces contributions financières doivent être regardées comme la contrepartie du service rendu par ces organismes. Dès lors, les sommes en cause, quelle que soit la dénomination qui leur en a été donnée, doivent être regardées non comme des subventions mais comme la rémunération d'une prestation effectuée pour le compte de la région relevant des règles fixées par le Code des marchés publics. Ainsi, la délibération litigieuse est entachée d'illégalité pour ne pas respecter les règles de publicité et de mise en concurrence imposées par ce code.

Note de Mme C. Prebissy-Schnall :

Par une délibération du 19 décembre 2008, la région Limousin a décidé la mise en place d'un dispositif permanent de formation professionnelle (intitulé « Portail formation Limousin » qui regroupe les actions de formations professionnelles) et l'attribution de subventions aux opérateurs mettant en place le dispositif. Cette décision a été prise dans le cadre de son plan de développement de la formation professionnelle et vise à offrir aux demandeurs d'emploi un accès à un réseau établi sur l'ensemble du territoire régional. Le Portail propose des formations allant des savoirs de base jusqu'aux premiers niveaux de qualification pour un accès ou un retour rapide à l'emploi, ou pour acquérir les pré-requis préalables à une entrée en formation qualifiante. Il s'agit donc d'une mission de service public régional de formation pour les besoins de laquelle la région a alloué des subventions pour un montant total de 2,25 millions d'euros à différents organismes de formation. Quatre organismes, non bénéficiaires de ces subventions, ont demandé l'annulation de la délibération du 19 décembre 2008 pour non-respect des règles de publicité et de mise en concurrence imposées par le Code des marchés publics. Le tribunal administratif de Limoges a considéré que l'opération relevait, en effet, du champ du Code des marchés publics et que la délibération était entachée d'illégalité (TA Limoges, 6 mai 2010, req. n° 0900512, 0900517, 0901112, AFORMAC et autres c/ Région Limousin et autres : [JurisData n° 2010-009140](#)). La cour administrative d'appel de Bordeaux confirme cette analyse tout en rappelant le raisonnement à adopter pour identifier les subventions déguisées (I). La solution n'est toutefois pas satisfaisante car si on place les subventions et les marchés publics sur chaque plateau de la balance, celle-ci a trop tendance à pencher du côté de l'application nécessaire des règles fixées par le Code des marchés publics (II).

1. Application des deux critères d'identification des subventions déguisées

Pour distinguer entre subvention et marché public, il faut appliquer deux critères déjà mis en oeuvre par le Conseil d'État (CE, 26 mars 2008, Région de la Réunion, n° 284412) : Qui est à l'origine du projet ? La région est-elle dans l'attente d'une contrepartie directe ?

A. - Qui est à l'origine du projet ?

La distinction entre les différentes initiatives (collectivité, association, organisme) n'est pas si facile. En témoigne l'existence de nombreuses conventions de partenariat d'objectifs et de moyens. Ces conventions sont conclues lorsqu'une action initiée par exemple par une association, qui serait à elle seule d'une efficacité limitée, trouve toute sa

justification car elle est complémentaire d'une initiative publique réalisée par la collectivité elle-même. Cette convention définit notamment l'objet, le montant des subventions allouées, les modalités de contrôle de l'association ainsi que les obligations des deux parties. Par cette convention, l'association s'oblige à utiliser l'aide perçue pour la réalisation de l'objectif défini (V. *Circ. 18 janv. 2010, relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément : Journal Officiel 20 Janvier 2010*).

Si on rapproche notre affaire de celle tranchée par le Conseil d'État le 26 mars 2008 et qui portait sur le même secteur d'activité, le Conseil d'État a conclu que le contrat de subventionnement devait être requalifié en marché public parce que la Région de la Réunion avait décidé, dans le cadre de ses compétences et après avoir défini ses propres besoins, de faire réaliser des prestations de formation afin de contribuer à la mise en oeuvre du plan régional de formation professionnelle des jeunes. La convention sollicitait une prestation précisément définie. Peut-on considérer qu'il en est de même pour la région Limousin ? Est-elle l'initiateur de l'activité ou existe-t-il une ambiguïté sur l'identité de la personne à l'origine du projet ? Le tribunal de Limoges a considéré que la région ne fournissait pas d'éléments « permettant de la regarder comme s'étant bornée à y définir non des actions mais seulement des objectifs ou un cadre général qui pourrait être qualifié de simple appel à projet ; qu'elle doit être regardée comme ayant eu l'initiative du projet dont elle a confié la mise en oeuvre aux organismes attributaires des sommes allouées ». La cour administrative d'appel de Bordeaux partage cette analyse et indique que « les conventions signées entre la région Limousin et différents organismes de formation engagent ces derniers à proposer une offre de formation ». En faisant ainsi apparaître une obligation pour les organismes, celle-ci est implicitement interprétée comme une prestation répondant aux besoins du pouvoir adjudicateur. La région a donc passé commande auprès des organismes de formation et est à l'initiative du versement. La subvention est, quant à elle, sinon sollicitée par celui qui en bénéficie, du moins suscitée par l'activité qu'il exerce spontanément (*CAA Marseille, 20 juill. 1999, Cne de Toulon, req. n° 98MA01735. – J.-D. Dreyfus, Le service public régional de formation professionnelle face au Code des marchés publics : AJDA 2010, p. 1323*). Si tel n'est pas le cas et que la collectivité attend de celui qui bénéficie de la subvention une prestation précise pour laquelle elle la rémunère, il convient de respecter la procédure du Code des marchés publics. Le Conseil d'État a ainsi sanctionné la commune de Six-Fours-les-Plages qui pensait pouvoir s'exonérer des procédures du Code des marchés publics pour l'organisation du festival de musique (*CE, 23 mai 2011, n° 342520, Cne de Six-Fours-Les-Plages*). La Haute juridiction a considéré que la rémunération d'une entreprise de spectacle pour l'organisation d'un festival de musique réalisé à la seule initiative de la commune constituait le prix d'un marché public. En l'espèce, la convention de subvention indiquait clairement que le festival constituait « une des facettes de la politique culturelle développée par la commune ». Pour le reste, la convention était vaguement définie, détaillant « *a minima* » les prestations. Stratégie épistolaire pour échapper aux contraintes de la commande publique ? Le juge n'hésite pas à requalifier en appliquant également un autre critère qui est celui du lien direct entre la subvention et la prestation rendue par son bénéficiaire, la subvention étant dans ce cas appréhendée comme une contrepartie de cette prestation rendue en fonction des besoins de la collectivité.

B. - Les sommes attribuées peuvent-elles être qualifiées de subventions ou d'un prix versé en contrepartie de prestations ?

Le recours à la subvention ne s'inscrit pas dans un schéma de commande publique car, en accordant une subvention, la collectivité n'attend aucune contrepartie directe de la part du bénéficiaire. Elle peut simplement subordonner son octroi à une utilisation déterminée des fonds, le principe étant que les initiatives des tiers rencontrent les objectifs d'intérêt général de la personne publique. En l'espèce, les articles 3, 4 et 5 de la convention prévoyaient le versement par la région Limousin d'aides financières qui prenaient en compte les frais exposés par les organismes de formation (aide prévisionnelle en fonction de l'état de fréquentation des stagiaires ; dépenses de personnel engagées). La convention prévoyait un ajustement du prix à payer pour que l'argent soit utilisé conformément à ce qui était prévu à l'origine. Le conseil de la région Limousin, Maître Lise Leeman, explique que le fait de prévoir un mécanisme de rétrocession afin de s'assurer d'une utilisation conforme des deniers par rapport au projet subvention est une clause type qui figure dans tous les contrats de subventionnement : « Il s'agissait d'un filet de sécurité et non d'une contrepartie directe de la part du bénéficiaire ». Cette démonstration ne suffit pas à convaincre le juge qui estime que, même si ces aides ne prennent pas en compte l'intégralité des frais exposés par les organismes, dont la couverture pourrait être assurée par d'autres ressources pour organiser ces formations, le montant des subventions n'était pas dépourvu de tout lien avec le coût des prestations à réaliser et les sommes allouées constituaient la contrepartie de l'offre permanente de formation répondant aux besoins de la région à laquelle il incombe d'organiser de telles actions. Dès lors, « les sommes en cause, quelle que soit la dénomination qui leur en a été donnée, doivent être regardées non comme des subventions mais comme la rémunération d'une prestation effectuée pour le compte de la région relevant des règles fixées par le Code des marchés publics ». La Cour précise que ces marchés publics ne peuvent se voir appliquer les dispositions de l'article 35 du Code des marchés publics qui permettent de passer des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables.

2. Une solution critiquable qui interroge sur l'avenir des subventions

Si on examine de plus près notre affaire, on s'aperçoit que la région Limousin a financé le « Portail formation Limousin » par le biais de marchés publics. Seule la formation *infra* qualifiante a fait l'objet d'un appel à projet. L'appel à projet n'entre pas dans le champ de la commande publique. Il permet d'annoncer la disposition de budgets destinés à

être distribués sous forme de subventions. C'est dans ce cadre que les opérateurs retenus ont sollicité de la région des subventions. Celle-ci estime que, contrairement à la passation de marchés publics où ses besoins sont clairement définis, l'appel à projet en litige n'avait pas de contour défini. Établie conformément à l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relatif à la transparence financière des aides octroyées par les personnes publiques, la convention de subvention ne détaillait pas le contenu ou les méthodes d'évaluation des formations, ni le nombre de participants ou encore le volume horaire. La région ne pensait donc pas s'adresser à des opérateurs économiques évoluant sur un marché concurrentiel.

Toutefois, si on regarde la palette des modes de gestion du service public régional de formation en cas d'appel à un tiers, le principe est le recours à un contrat qui est soit une délégation de service public, soit un marché public de services (si les modalités de rémunération du cocontractant ne sont pas substantiellement liées à l'exploitation du service). La collectivité ne peut se passer des obligations de publicité et de mise en concurrence que si eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elle s'adresse ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel (CE, 6 avr. 2007, req. n° 284736, Cne d'Aix-en-Provence.). Or, au sens du droit communautaire, la formation professionnelle est considérée comme une activité économique, plus précisément un « service d'intérêt économique général », soumise à ce titre au droit de la concurrence. Depuis l'entrée en vigueur de la Directive « Services » n° 2006/123/CE et dans le contexte actuel de précarité économique, la question de cette soumission des services sociaux à la libre concurrence fait débat. La seule possibilité de déroger aux procédures de passation du Code des marchés publics ou de la loi Sapin est d'envisager une procédure complexe de mandatement des organismes se voyant alors octroyer un droit exclusif ou spécial (cf. la convention-cadre de mandatement rédigée par la Région Poitou-Charentes et relative à la mise en oeuvre du service public régional de formation professionnelle par le SIEG, disponible sur la toile à partir de l'adresse suivante : <http://www.union-habitat.org/>). Dans le cadre d'un service d'intérêt économique général, la subvention peut constituer un mode de financement légal. La collectivité doit simplement définir, dans son acte unilatéral ou contractuel de mandat, la mission de service d'intérêt économique général ainsi que les paramètres pour le calcul de la compensation et les sauvegardes associées.

On vient bien que le mécanisme même de la subvention est en danger. Il devient compliqué à enclencher compte tenu des risques administratifs de requalification en marché public, des risques de délit de favoritisme et de la multiplication des points de vigilance qui pèsent sur la collectivité. Plutôt que de faire usage, bien trop souvent, des dispositifs contraignants régissant la commande publique, il conviendrait de mieux outiller les collectivités et de clarifier la nature juridique du contrat passé entre les collectivités et les organismes de formation. Michel Thierry, inspecteur général des affaires sociales, propose de créer un nouvel outil juridique : des conventions de partenariat d'intérêt général, un mode de contractualisation réservé aux services sociaux actuellement non explicitement chargés de la gestion d'un service d'intérêt économique général (*Rapp. M. Thierry sur la prise en compte des spécificités des SIG dans la transposition de la directive Services et l'application du droit communautaire des aides d'État : IGAS, janv. 2009*). Peut-être que la réflexion actuellement engagée autour du rapport sur l'avenir des services sociaux d'intérêt général apportera des réponses concrètes (Commission de l'emploi et des affaires sociales, Rapporteur Proinsias De Rossa, *Rapp. concernant l'avenir des services sociaux d'intérêt général, 22 juin 2011*).

Doc. 10 : CE, 11 juillet 2011, Société d'exploitation Sports et Evènements, n° 339409

Vu le pourvoi sommaire et les mémoires complémentaires, enregistrés les 11 mai, 4 août et 21 septembre 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour Mme Christine A, demeurant ... ; Mme A demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt n° 08PA02622 du 16 mars 2010 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a rejeté sa requête tendant à la réformation du jugement n° 0208573, 0208562, 0208568 et 0208551 du 14 mars 2008 du tribunal administratif de Paris en tant que celui-ci a rejeté sa demande tendant à la condamnation de la ville de Paris et de la Société d'Exploitation Sports et Evènements à lui verser des indemnités en réparation des préjudices résultant de l'éviction de la société Coquelicot Promotion à la suite de la convention conclue le 15 avril 1997 entre la Société d'Exploitation Sports et Evènements, la ville de Paris et le Comité français d'organisation de la coupe du monde de football de 1998 ;

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

3°) de mettre la somme de 3 500 euros à la charge de la ville de Paris et de la Société d'Exploitation Sports et Evènements en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; (...)

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que, par convention du 27 août 1990 et son avenant du 28 avril 1994, la ville de Paris a confié la gestion du stade du Parc des Princes et de ses abords, situé au 24, rue du Commandant Guilbaud à Paris, à la Société d'Exploitation Sports et Evènements (S.E.S.E.) ; que le 26 janvier

1994, celle-ci a conclu avec la société Coquelicot Promotion, gérée par Mme A, une convention l'autorisant à installer dans le stade et à ses abords des points de vente de produits dérivés des manifestations sportives ; que la convention conclue le 15 avril 1997 entre, d'une part, la ville de Paris et la S.E.S.E. et, d'autre part, le Comité français d'organisation de la coupe du monde de 1998, a notamment mis à la disposition de ce comité le stade du Parc des Princes pour l'organisation de la compétition en juin et juillet 1998 et a conduit la S.E.S.E. à mettre fin, avant son terme prévu au 30 juin 1998, à la convention du 26 janvier 1994 autorisant la société Coquelicot Promotion à occuper des emplacements dans le stade et à ses abords ; que par un arrêt du 16 mars 2010 contre lequel Mme A, gérante de la société Coquelicot Promotion, se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Paris a confirmé le rejet de sa demande tendant à la condamnation de la ville de Paris et de la S.E.S.E. à la réparation des préjudices qui auraient résulté de la perte de ses points de vente avant le terme de son contrat ;

Considérant qu'il ressort de la convention du 27 août 1990, et de son avenant du 28 avril 1994, soumis aux juges du fond, que la ville de Paris a confié à la S.E.S.E. la gestion du stade du Parc des Princes et de ses abords pour une durée de huit ans à compter du 1er juillet 1990, moyennant le paiement d'une redevance ; que ce contrat stipulait la propriété de la ville de Paris sur toutes les constructions neuves et améliorations dès leur réalisation ; qu'il ne confiait aucune mission particulière au cocontractant, seul compétent pour gérer l'équipement, sous réserve du respect de modèles de contrat d'utilisation annexés ; qu'à supposer même que la ville ait entendu imposer une utilisation principale par les clubs de football du Paris Saint Germain et du Racing club de Paris ainsi que par les Fédérations françaises de football et de rugby, principaux utilisateurs du stade comme l'indique l'annexe à l'avenant du 28 avril 1994, d'une part, la seule présence de clubs de football professionnel sans autres contraintes que celles découlant de la mise à disposition de l'équipement sportif ne caractérise pas à elle seule une mission de service public et, d'autre part, les conditions d'utilisation de cet équipement par des fédérations sportives, délégataires d'un service public national, sont étrangères aux missions de service public relevant de la compétence de la ville ; que cette convention conclue entre la ville et la S.E.S.E. ne peut ainsi être qualifiée de délégation de service public ; qu'il s'agit d'une convention autorisant l'exploitation d'un équipement situé, ainsi qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond, sur une dépendance du domaine public de la ville de Paris ; que le litige concerne par suite les relations entre la ville de Paris, la S.E.S.E., occupant du domaine public et la société Coquelicot Promotion, sous occupant de ce domaine ;

Sur l'arrêt en tant qu'il se prononce sur la responsabilité de la ville de Paris et de la S.E.S.E. au titre d'une faute commise dans l'exécution du contrat du 27 août 1990 :

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la convention du 27 août 1990 conclue entre la ville de Paris et la S.E.S.E. porte, ainsi qu'il a été dit, sur la gestion du stade du Parc des Princes et de ses abords, jusqu'au 30 juin 1998 ; que les litiges nés de l'exécution de ce contrat ayant pour objet l'occupation d'une dépendance du domaine public de la ville, relèvent de la compétence du juge administratif ; que cependant, les tiers à un contrat administratif, hormis les clauses réglementaires, ne peuvent en principe se prévaloir des stipulations de ce contrat ; que, dès lors, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en retenant que la qualité de tiers au contrat du 27 août 1990 de Mme A faisait obstacle à ce que cette dernière se prévale d'une inexécution du contrat dans le cadre d'une action en responsabilité quasi-délictuelle ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que Mme A n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il a statué sur la responsabilité quasi-délictuelle de la ville de Paris et de la S.E.S.E. au titre de l'exécution de leur contrat ;

Sur l'arrêt de la cour en tant qu'il se prononce sur la responsabilité quasi-délictuelle de la ville de Paris pour avoir conclu la convention du 15 avril 1997 avec le Comité français d'organisation de la coupe du monde de 1998 : (...)

Sur l'arrêt de la cour en tant qu'il statue sur la responsabilité de la S.E.S.E. au titre de la conclusion avec le Comité français d'organisation de la coupe du monde de 1998 de la convention du 15 avril 1997 : (...)

Séance 4 : Contrats publics et concurrence

THEMES :

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

SOMMAIRE DES DOCUMENTS :

Document 1 : CE, avis, 8 novembre 2000, Sté Jean Louis Bernard Consultant, n°222208.....	39
Document 2 : CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria, aff. C-324/98.....	40
Document 3 : CE, avis, 29 juillet 2002, société MAJ Blanchisserie de Pantin, n° 246921, Rec. 297.....	40
Document 4 : CE, Ass., 5 mars 2003, UNSPIC, n° 233372.....	41
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.....	43
Document 6 : Directive n° 2004/18/CE du Parl Européen et du Conseil, Art 53.2, transposé à l'article 53 II du CMP.....	47
Document 7 : CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, aff. C-26/03.....	47
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.....	47
Document 9 : CE, Sect., 30 janvier 2009, ANPE c/ Ass. PACTE, n°290236.....	48
Document 10 : TC, 4 mai 2009, CMN c/ ed. Gisserot, n° 3714.....	49
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.....	50
Document 12 : CE, 3 décembre 2010, Ville de Paris et Association Jean Bouin, n° 338272 et n° 338527..	51
Document 13 : CAA Versailles, 21 juillet 2011, AJDA 2011, p. 2105.....	56
Document 15 : CE, 23 mai 2012, Régie Autonome des transports parisiens (RATP), n° 348909, AJDA 2012, p. 1037.....	59

ARRET A COMMENTER:

CE, 3 décembre 2010, Ville de Paris et Association Jean Bouin, n° 338272 et n° 338527 (doc. 12)

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE :

- BOURREL, « L'intercommunalité à l'abri du droit des marchés publics : une application audacieuse de la notion de "in house" », *AJDA* 2009 p. 929.
- CLAMOUR (G.), « La transparence et le service public: vade-mecun », *Recueil Dalloz* 2007, p. 2617.
- CLAMOUR (G.), « Aéroports décentralisés et mise en concurrence », *RFDA* 2009, p. 1183.
- DREYFUS (J.-D.), « Portée de l'obligation de transparence dans les marchés publics de service », *AJDA* 2006, p. 374.
- JUEN (P.), « La concurrence est dans le pré... pas dans la mise à disposition de l'équipement sportif ! Epilogue de l'affaire du stade Jean Bouin », *Les Petites Affiches*, 26 mai 2011, n° 104, pp. 8-22.
- KARPENSCHIF (M.), « La RATP sauvée des eaux concurrentielles ? », *AJDA* 2011, pp. 1357-1363.
- LINDITCH (F.), « A propos du nouveau seuil de 15000 € HT pour les achats dispensés de mise en concurrence », *JCP A*, janvier 2012, n° 2, pp. 26-30.
- MILLER (G.), « Les chambres régionales et territoriales des comptes et les contrats in house », *AJDA* 2011, p. 550.
- PLATON (S.) et MARTIN (S.), « L'exception de coopération entre autorités publiques en droit européen de la commande publique », *AJDA* 2012, p. 1138.

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 Etat membre 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 déferée ;

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 déferée 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 déférée 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 déférée 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

Considérant que la société Editions Jean-Paul Gisserot, qui publie des monographies consacrées aux monuments historiques, a conclu, le 16 décembre 2004, avec le Centre des monuments nationaux (CMN), en application du code des marchés publics, un marché de fournitures courantes ayant pour objet la fourniture de livres édités ou diffusés exclusivement par elle, en vue de leur commercialisation dans les points de vente-librairies implantés dans les sites gérés par l'établissement public ; qu'ayant constaté que le CMN avait cessé, à partir d'avril 2006, de lui commander trois ouvrages de son catalogue, consacrés respectivement au Mont Saint-Michel, à l'abbaye de Cluny et à la cité médiévale de Carcassonne, la société Editions Jean-Paul Gisserot a saisi le tribunal administratif de Paris aux fins de voir annuler la décision du président du CMN ayant refusé la mise en rayons des dits ouvrages et enjoindre à celui-ci de les commercialiser ; que le président du tribunal administratif ayant rejeté la requête comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître, la société Editions Jean-Paul Gisserot a saisi le Conseil de la concurrence aux fins de voir sanctionner, sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce, "l'exploitation abusive de son état de dépendance économique par le CMN, exploitant monopolistique d'une infrastructure essentielle" et ordonner au CMN, à titre de mesure conservatoire, de mettre en rayons les trois ouvrages concernés ; que, sur l'appel interjeté par la société Editions Jean-Paul Gisserot et le recours formé par le ministre chargé de l'économie à l'encontre de la décision du Conseil de la concurrence qui avait rejeté les prétentions de la société d'éditions, le préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, a produit un déclinatoire de compétence, soutenant que le marché public liant les parties était un contrat administratif, conclu par le CMN, établissement public administratif, et que le litige, afférent à l'exécution de ce contrat et né de la mise en oeuvre par cette personne morale de droit public de ses prérogatives de puissance publique, relevait de la juridiction administrative ; qu'au vu de l'arrêté de conflit, la cour d'appel de Paris, qui a rejeté

le déclinatoire de compétence, a sursis à statuer jusqu'à la décision du Tribunal des conflits ;

Considérant que, selon l'article L. 410-1 du code de commerce, les règles définies au livre quatrième de ce code, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, "s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public" ; que, dans la mesure où elles exercent de telles activités et sauf en ce qui concerne les décisions ou actes portant sur l'organisation du service public ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, ces personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire ; qu'en matière de marchés publics, lesquels ne traduisent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, la compétence du juge administratif en qualité de juge du contrat, résultant de l'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris, pour statuer sur les litiges fondés sur l'invocation des pratiques anticoncurrentielles, notamment définies aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du code de commerce ou relevant des dispositions prévues aux articles 81 et 82 du Traité instituant la Communauté européenne ;

Considérant que la pratique imputée au Centre des monuments nationaux, établissement public administratif qui exerce une activité de production, de distribution et de services, et consistant à réduire, voire supprimer, les commandes et, partant, les ventes des ouvrages édités et diffusés par la société Jean-Paul Gisserot, objet d'un marché public liant les parties, au profit du service éditorial du CMN, et susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle, étrangère à l'organisation du service public géré par l'établissement public, ne constitue pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique ; que, dès lors, le litige, introduit sur le fondement des règles de la concurrence, relève de la compétence de la juridiction judiciaire ;

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 œuvre 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 œuvre 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 DOMAINENATIONAL DE VERSAILLES n'est pas fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée;

Document 12 : 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 regard 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 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 ; (...)

Document 14 : CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, AJDA 2012, p. 555.

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 31 octobre et 15 novembre 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la COMMUNE DE VEYRIER-DU-LAC, représentée par son maire, et la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION D'ANNECY, dont le siège est 46 avenue des Iles à Annecy (74007) ; la commune et la communauté d'agglomération demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1104894 du 12 octobre 2011 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble, statuant en application de l'article L. 551-13 du code de justice administrative sur la demande de la société Lyonnaise des eaux France, a annulé la convention d'entente intercommunale pour la réalisation du service public de la distribution d'eau potable sur le territoire de la COMMUNE DE VEYRIER-DU-LAC par la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION D'ANNECY, conclue le 21 mai 2011 entre ces collectivités ;

2°) statuant en référé, de faire droit à leurs conclusions de première instance ;

3°) de mettre à la charge de la société Lyonnaise des eaux France le versement à chacune d'entre elles de la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Fabrice Aubert, Auditeur,

- les observations de la SCP Coutard, Munier-Apaire, avocat de la COMMUNE DE VEYRIER-DU-LAC et de la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION D'ANNECY et de la SCP Célice, Blancpain, Soltner, avocat de la société Lyonnaise des eaux France,

- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Coutard, Munier-Apaire, avocat de la COMMUNE DE VEYRIER-DU-LAC et de la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION D'ANNECY et à la SCP Célice, Blancpain, Soltner, avocat de la société Lyonnaise des eaux France ;

Considérant qu'en vertu de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, relatif au référé contractuel, le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, ne peut être saisi, après qu'il a été signé, que de l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5 de ce code ; qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 551-1 du même code : Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la COMMUNE DE VEYRIER-DU-LAC a signé le 21 mai 2011 avec la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION D'ANNECY, dont elle n'est pas membre, une convention ayant pour objet d'instaurer une entente entre elles dans les conditions définies par les dispositions des articles L. 5221-1 et L. 5221-2 du code général des collectivités territoriales, visant à confier à la communauté d'agglomération, dont la population excède 140 000 habitants, l'exploitation du service public de distribution d'eau potable sur le territoire de la commune, qui compte environ 2 200 habitants ; que par ordonnance du 12 octobre 2011, le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble, saisi d'une demande de la société Lyonnaise des eaux France sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, a annulé cette convention au motif qu'elle était constitutive d'une délégation de service public, conclue en méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence inhérentes à la passation de telles conventions ; que la COMMUNE DE VEYRIER-DU-LAC et la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION D'ANNECY se pourvoient en cassation contre cette ordonnance ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 5221-1 du code général des collectivités territoriales : Deux ou plusieurs conseils municipaux, organes délibérants d'établissements publics de coopération intercommunale ou de syndicats mixtes peuvent provoquer entre eux, par l'entremise de leurs maires ou présidents, une entente sur les objets d'utilité communale ou intercommunale compris dans leurs attributions et qui intéressent à la fois leurs communes, leurs établissements publics de coopération intercommunale ou leurs syndicats mixtes respectifs. / Ils peuvent passer entre eux des conventions à l'effet d'entreprendre ou de conserver à frais communs des ouvrages ou des institutions d'utilité commune. ;

Considérant qu'une commune peut accomplir les missions de service public qui lui incombent par ses propres moyens ou en coopération avec d'autres personnes publiques, selon les modalités prévues par le législateur ; qu'elle peut ainsi conclure, hors règles de la commande publique, sur le fondement de l'article L. 5221-1 du code général des collectivités territoriales, une convention constitutive d'une entente pour exercer en coopération avec des communes, établissements publics de coopération intercommunale ou syndicats mixtes, de mêmes missions, notamment par la mutualisation de moyens dédiés à l'exploitation d'un service public, à la condition que cette entente ne permette pas une intervention à des fins lucratives de l'une de ces personnes publiques, agissant tel un opérateur sur un marché concurrentiel ;

Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la convention litigieuse a pour objet de faire prendre en charge par la communauté d'agglomération le service public de distribution d'eau de la COMMUNE DE VEYRIER-DU-LAC, jusqu'alors exploité dans le cadre d'une délégation de service public ; que la communauté d'agglomération exerçant cette compétence de la distribution d'eau sur son propre territoire, l'entente tend à l'exploitation d'un même service public, en continuité géographique, sur l'ensemble du territoire couvert par ces deux personnes publiques, sous la responsabilité opérationnelle de la communauté d'agglomération ; que la convention doit ainsi permettre à la COMMUNE DE VEYRIER-DU-LAC, qui met à disposition de l'entente l'intégralité de ses propres infrastructures, de bénéficier des installations plus performantes de la communauté d'agglomération ;

Considérant, en deuxième lieu, que le tarif de l'eau fixé par la convention pour les usagers de la COMMUNE DE

VEYRIER-DU-LAC correspond, en sa partie fixe, à la répartition entre usagers de la quote-part de la commune dans les investissements à réaliser sur les installations mutualisées, et en sa partie proportionnelle au prix coûtant de la production et de l'acheminement par mètre cube d'eau potable, supporté par la régie directe de la communauté d'agglomération ; que la convention stipule que ce prix proportionnel est révisé chaque année selon le même indice que celui du tarif appliqué aux usagers de la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION D'ANNECY par la régie gestionnaire du service, dont les recettes doivent strictement équilibrer les dépenses ; qu'ainsi, la convention litigieuse n'a pas provoqué de transferts financiers indirects entre collectivités autres que ceux résultant strictement de la compensation de charges d'investissement et d'exploitation du service mutualisé, et la communauté d'agglomération ne peut être regardée comme agissant tel un opérateur sur un marché concurrentiel ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la convention litigieuse, conclue à des fins de coopération entre personnes publiques dans le cadre de relations qui ne sont pas celles du marché, n'était pas soumise aux règles de la commande publique ; que, par suite, cette convention était hors du champ d'application de l'article L. 551-13 du code de justice administrative ; que le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble a ainsi commis une erreur de droit en l'annulant au motif que les collectivités contractantes avaient méconnu leurs obligations de publicité et de mise en concurrence ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de statuer sur la demande en référé en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

Considérant qu'ainsi qu'il vient d'être dit, la convention litigieuse est hors du champ d'application de l'article L. 551-13 du code de justice administrative ; que, par suite, la demande de la société Lyonnaise des eaux France ne peut être que rejetée ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de la COMMUNE DE □VEYRIER-DU-LAC et de la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION D'ANNECY qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes, le versement de la somme demandée par la société Lyonnaise des eaux France ; qu'en revanche il y a lieu, sur le fondement des mêmes dispositions, de mettre à la charge de cette société le versement à la COMMUNE DE □VEYRIER-DU-LAC et à la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION D'ANNECY de la somme de 2 000 euros chacune ;

D E C I D E : □----- □Article 1er : L'ordonnance du 12 octobre 2011 du juge des référés du tribunal administratif de Grenoble est annulée.

Article 2 : La demande de la société Lyonnaise des eaux France devant le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble et ses conclusions devant le Conseil d'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La société Lyonnaise des eaux France versera à la COMMUNE DE □VEYRIER-DU-LAC et à la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION D'ANNECY la somme de 2 000 euros chacune en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la COMMUNE DE VEYRIER-DU-LAC, à la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION D'ANNECY et à la société Lyonnaise des eaux France.

Document 15 : CE, 23 mai 2012, Régie Autonome des transports parisiens (RATP), n° 348909, AJDA 2012, p. 1037.

Considérant qu'aux termes de l'article R. 811-15 du code de justice administrative : " Lorsqu'il est fait appel d'un jugement de tribunal administratif prononçant l'annulation d'une décision administrative, la juridiction d'appel peut, à la demande de l'appelant, ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de ce jugement si les moyens invoqués par l'appelant paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier, outre l'annulation ou la réformation du jugement attaqué, le rejet des conclusions à fin d'annulation accueillies par ce jugement " ;

Considérant que l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut autoriser une personne privée à occuper une dépendance de ce domaine en vue d'y exercer une activité économique, à la condition que cette occupation soit compatible avec l'affectation et la conservation de ce domaine ; que la décision de délivrer ou non une telle autorisation, que l'administration n'est jamais tenue d'accorder, n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, dont le respect implique, d'une part, que les personnes publiques n'apportent pas aux activités de production, de distribution ou de services exercées par des tiers des restrictions qui ne seraient pas justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi et, d'autre part, qu'elles ne puissent prendre elles-

mêmes en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public ; que la personne publique ne peut toutefois délivrer légalement une telle autorisation lorsque sa décision aurait pour effet de méconnaître le droit de la concurrence, notamment en plaçant automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante, contrairement aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis à la cour administrative d'appel de Paris que la REGIE AUTONOME DES TRANSPORTS PARISIENS (RATP) a décidé d'autoriser des entreprises à installer des présentoirs sur son domaine public pour y diffuser des journaux gratuits ; que, pour annuler les décisions par lesquelles le président-directeur général de cet établissement, à l'issue de la procédure de mise en concurrence ouverte par la publication d'un avis le 11 septembre 2006, a rejeté l'offre présentée à cette fin par la société 20 Minutes France, a décidé de conclure avec la société Bolloré SA un contrat l'autorisant à occuper son domaine public et a rejeté la demande de la société 20 Minutes France tendant à ce qu'il soit mis un terme à ce contrat, le tribunal administratif de Paris a estimé que l'autorisation accordée à la société Bolloré SA portait une atteinte illégale à la liberté du commerce et de l'industrie ;

Considérant qu'en estimant que le moyen d'appel de la RATP, tiré de l'absence d'atteinte à cette liberté, ne paraissait pas sérieux, alors que pour retenir une telle atteinte, les premiers juges s'étaient fondés, non sur une intervention de la personne publique sur le marché de la distribution de journaux gratuits, mais sur les effets qui en résulteraient dans les relations entre les entreprises de presse, lesquels ne pouvaient relever que d'une éventuelle situation d'abus de position dominante ou de manquements à d'autres règles de concurrence, la cour a commis une erreur de droit ; que dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, les articles 2 et 3 de son arrêt doivent être annulés ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler l'affaire, dans cette mesure, au titre de la procédure de sursis à exécution engagée par la RATP ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 : " (...) doivent être motivées les décisions qui (...) refusent une autorisation (...) " ; que la décision rejetant une offre présentée en vue de la conclusion d'une convention d'occupation du domaine public constitue un refus d'autorisation au sens de ces dispositions et doit, par suite, être motivée ; qu'il ressort cependant des pièces du dossier que par sa décision du 18 septembre 2007 rejetant l'offre présentée par la société 20 Minutes France, la RATP se borne à lui indiquer qu'après analyse de l'ensemble des offres, la sienne n'a pas été retenue ; que le moyen tiré de l'insuffisance de motivation de cette décision paraît dès lors, en l'état de l'instruction, de nature à confirmer l'annulation de cette décision par le tribunal administratif de Paris ;

Considérant, en revanche, qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que le moyen tiré de ce que les décisions annulées par le tribunal administratif de Paris ne portaient, contrairement à ce qu'il a jugé, aucune atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie doit être regardé, en l'état de l'instruction, comme sérieux ; que si la société 20 Minutes France a invoqué, à l'appui de ses demandes d'annulation, des moyens tirés de ce que la société Bolloré SA serait placée en situation d'abuser nécessairement d'une position dominante, de ce que la RATP aurait elle-même abusé de sa propre position dominante, de la méconnaissance du principe de la libre concurrence, de l'atteinte portée au pluralisme de la presse ainsi qu'à la libre diffusion de la presse, de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques, aux termes duquel la redevance doit tenir compte des avantages procurés au titulaire de l'autorisation, de l'absence de justification du montant de la redevance et de la méconnaissance, par le contrat signé, de la disposition du règlement de la consultation prohibant la distribution des journaux par colportage, aucun de ces moyens n'apparaît, en l'état de l'instruction, de nature à confirmer l'annulation de la décision de la RATP de signer le contrat et de sa décision refusant d'y mettre fin ni, par voie de conséquence, à confirmer l'injonction qui lui est faite de saisir le juge du contrat afin qu'il prononce la résolution du contrat ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le moyen invoqué par la RATP et tiré de l'absence d'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie paraît, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier, outre l'annulation ou la réformation du jugement attaqué, le rejet, d'une part, des conclusions à fin d'annulation accueillies par ce jugement, sauf en tant qu'elles sont dirigées contre la décision du 18 septembre 2007 par laquelle le président-directeur général de la RATP a rejeté l'offre présentée par la société 20 Minutes France, et, d'autre part, des conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la RATP de saisir le juge du contrat afin qu'il en prononce la résolution ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la RATP, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que demande la société 20 Minutes France au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de cette société le versement à la RATP d'une somme de 4 500 euros au titre des frais exposés par elle tant devant la cour administrative d'appel de Paris que devant le Conseil d'Etat ;

Séance 5 : Les marchés publics

THEMES

- Détermination de l'objet, du titulaire et du prix dans les marchés publics.
- Les procédures de passation des marchés publics (appel d'offres, MAPA, procédures négociées, dialogue compétitif).
- Les marchés publics et le droit de l'Union européenne.
- Réception des travaux et garanties.
- Les critères sociaux de sélection des offres.

SOMMAIRE DES DOCUMENTS

Document 1 : Décret n° 2011-1853 du 9 décembre 2011 modifiant certains seuils du code des marchés publics.	63
Document 2 : CE, Sect., 6 novembre 2009, <i>Société Prest'action</i> , n° 297877.....	64
Document 3 : CE, Ass., 4 novembre 2005, <i>Sté Jean-Claude Decaux</i> , Rec. 477, concl. Casas.....	66
Document 4 : CE, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP) et autres, BJDCP 2005, n°40, p. 187, concl. Casas.....	67
Document 5 : CE, 10 février 2010, <i>Perez</i> , n°329100.....	72
Document 6 : CE, Sect., 9 juillet 2007, <i>Syndicat EGF-BTP et autres</i> , DJDCP 2007, p. 366.	73

A consulter (site internet legifrance et europa/eur-lex) :

- Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite loi MURCEF.
- Code des marchés publics.
- Directives 93/36 et 2004/18.
- Règlement n°1251/2011 du 30 novembre 2011 modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE, 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne leurs seuils d'application pour les procédures de passation des marchés.
- Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique.
- Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

ARRET A COMMENTER

CE, 10 février 2010, *Perez*, n°329100 (doc. 5)

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

COSSALTER (P.), « La reconnaissance de la concession de travaux : un contrat ni souhaité ni souhaitable », *AJDA* 2009, p. 1882.
KARPENSCHIF (M.), « définition du pouvoir adjudicateur par le CJCE », *AJDA* 2004, 526.
RICHER (L.), « Une tradition : le caractère règlementaire du droit des marchés publics », in *Mélanges Fatôme*, Dalloz 2011, p. 411.
ZAVOLI (P.), « Appel d'offres », *J.-Cl. CMP*, fasc.61-10.

Document 1 : Décret n° 2011-1853 du 9 décembre 2011 modifiant certains seuils du code des marchés publics.

Article 1

□ Le code des marchés publics est modifié conformément aux dispositions des articles 2 à 8 du présent décret.

Article 2

□ Au premier alinéa de l'article 11, la somme de 20 000 euros HT est remplacée par la somme de 15 000 euros HT.

Article 3

□ L'article 28 est ainsi modifié : □1° Au début du premier alinéa, le chiffre : « I » est inséré ; □2° Le cinquième alinéa est remplacé par les dispositions suivantes : □« II. — Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les situations décrites au II de l'article 35 ou lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré. » ; □3° Il est ajouté un III ainsi rédigé : □« III. — Le pouvoir adjudicateur peut également décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si son montant estimé est inférieur à 15 000 euros HT. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, il veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin. »

Article 4

□ Les articles 40 et 212 sont ainsi modifiés : □1° Au I des articles 40 et 212, les mots : « au cinquième alinéa de » sont remplacés par les mots : « aux II et III de » ; □2° Aux I et II des articles 40 et 212, la somme de 4 000 euros HT est remplacée par la somme de 15 000 euros HT.

Article 5

□ Au premier alinéa des articles 81 et 254, la somme de 20 000 euros HT est remplacée par la somme de 15 000 euros HT.

Article 6

□ A l'article 141, après les mots : « "pouvoir adjudicateur" », sont insérés les mots : « et de la somme : "20 000 euros HT" à la somme : "15 000 euros HT" ».

Article 7

□ A l'article 171, après les mots : « "prévu au 1° du II de l'article 35" », sont insérés les mots : « et de la somme : "20 000 euros HT" à la somme : "15 000 euros HT" ».

Article 8

□ L'article 203 est ainsi modifié : □1° Au début du premier alinéa, le chiffre : « I » est inséré ; □2° Le cinquième alinéa est remplacé par les dispositions suivantes : □« II. — Il peut être décidé que le marché sera passé sans publicité préalable dans la situation décrite au I de l'article 208, ou sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les situations décrites au II de l'article 208 ou lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré. » ; □3° Il est ajouté un III ainsi rédigé : □« III. — La personne soumise à la présente partie peut également décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si son montant estimé est inférieur à 15 000 euros HT. Lorsqu'elle fait usage de cette faculté, elle veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin. »

Article 9

□ Les dispositions du présent décret ne sont pas applicables aux contrats pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication antérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret.

Document 2 : CE, Sect., 6 novembre 2009, *Société Prest'action*, n° 297877.

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par un marché conclu en 1999 avec la commune de Rouen, la SOCIETE PREST'ACTION s'était engagée à commercialiser auprès des annonceurs des encarts publicitaires dans certaines publications d'information municipale ; qu'en exécution de ce marché, la société était chargée de la prospection des annonceurs, procédait à la facturation des espaces publicitaires et préparait la mise en page des publicités à insérer dans les publications ; que la société se rémunérait en conservant une partie des recettes issues de la vente des encarts publicitaires auprès des annonceurs, l'autre partie devant être versée à la ville, à charge toutefois pour la société de verser à celle-ci une somme annuelle minimale fixée à 650 000 francs (99 091,86 euros) pour la première année ; qu'à l'issue de cette première année la SOCIETE PREST'ACTION n'avait versé à la ville qu'une somme de 282 083,74 francs (43 003,39 euros) ; qu'en conséquence, le maire de Rouen a, le 13 février 2001, émis un titre exécutoire d'un montant de 302 155,38 francs (46 063,29 euros) à l'encontre de la SOCIETE PREST'ACTION ; que par un arrêt du 3 août 2006, la cour administrative d'appel de Douai a rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement du 1er juillet 2004 par lequel le tribunal administratif de Rouen, après avoir réduit de 40 760,86 francs (6 213,95 euros) le montant du titre de recettes émis à son encontre, a rejeté le surplus des conclusions de sa demande tendant, d'une part, à l'annulation du titre exécutoire et, d'autre part, à la condamnation de la ville de Rouen à lui verser la somme de 279 519 francs (42 612,40 euros) en réparation du préjudice que lui aurait causé son comportement dans l'exécution du marché de régie publicitaire ; que la société se pourvoit en cassation contre cet arrêt ; qu'eu égard aux moyens soulevés par ce pourvoi, la société doit être regardée comme sollicitant l'annulation de l'arrêt en tant seulement qu'il a rejeté ses conclusions tendant à l'annulation du titre exécutoire ;

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

Considérant qu'en vertu de l'article L. 2343-1 du code général des collectivités territoriales : Le comptable de la commune est chargé, seul et sous sa responsabilité, d'exécuter les recettes et les dépenses, de poursuivre la rentrée de tous les revenus de la commune et de toutes les sommes qui lui sont dues, ainsi que d'acquitter les dépenses ordonnancées par le maire jusqu'à concurrence des crédits régulièrement accordés ; qu'aux termes de l'article 11 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique : Les comptables publics sont seuls chargés : / De la prise en charge et du recouvrement des ordres de recettes qui leur sont remis par les ordonnateurs, des créances constatées par un contrat, un titre de propriété ou autre titre dont ils assurent la conservation ainsi que de l'encaissement des droits au comptant et des recettes de toute nature que les organismes publics sont habilités à recevoir ; / Du paiement des dépenses soit sur ordres émanant des ordonnateurs accrédités, soit au vu des titres présentés par les créanciers, soit de leur propre initiative, ainsi que de la suite à donner aux oppositions et autres significations ; / De la garde et de la conservation des fonds et valeurs appartenant ou confiés aux organismes publics ; / Du maniement des fonds et des mouvements de comptes de disponibilités ; / De la conservation des pièces justificatives des opérations et des documents de comptabilité ; / De la tenue de la comptabilité du poste comptable qu'ils dirigent. ; que si le troisième alinéa de l'article 14 du même décret prévoit que les comptables publics peuvent déléguer leurs pouvoirs à un ou plusieurs mandataires ayant la qualité pour agir en leur nom et sous leur responsabilité, cette disposition ne trouve à s'appliquer qu'aux fondés de pouvoir, aux autres agents relevant des services de la comptabilité publique et aux huissiers de justice en matière de recouvrement désignés par les comptables publics ; que de même, si l'article 18 de ce décret dispose que des régisseurs peuvent être chargés pour le compte des comptables publics d'opérations d'encaissement ou de paiement, le mandataire d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public local, qui n'est pas le préposé du comptable, ne peut être qualifié de régisseur s'il n'est pas nommé dans les conditions fixées par les articles R. 1617-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ; qu'ainsi, et sauf dans les cas où la loi autorise l'intervention d'un mandataire, il résulte des dispositions qui précèdent que, sous réserve des dispositions du troisième alinéa de l'article 14 et de l'article 18 du décret

précité, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ne peuvent décider par convention de faire exécuter une partie de leurs recettes ou de leurs dépenses par un tiers autre que leur comptable public, lequel dispose d'une compétence exclusive pour procéder au recouvrement des recettes et au paiement des dépenses publiques ; qu'en outre, en vertu du principe d'universalité qui régit les finances publiques, des recettes publiques ne peuvent servir à compenser une somme due par l'administration et doivent être intégralement reversées au comptable public ;

Considérant qu'il résulte de l'arrêt attaqué de la cour administrative d'appel de Douai que celle-ci a admis implicitement mais nécessairement que les recettes perçues par la SOCIETE PREST'ACTION, auprès des annonceurs, à l'occasion de la commercialisation d'espaces publicitaires dans les bulletins municipaux d'information, présentaient le caractère de recettes publiques ; que si, en vertu de l'article 5 du cahier des clauses administratives particulières du marché, la SOCIETE PREST'ACTION était redevable envers l'entité publique, éditrice, d'un état trimestriel à produire comportant les tarifs publicitaires pratiqués par elle et les conditions de vente appliquées aux annonceurs, il ressort des mêmes pièces et n'est d'ailleurs pas contesté qu'elle ne pouvait être regardée comme un mandataire au sens du troisième alinéa de l'article 14 du décret précité et n'avait pas été nommée régisseur, au sens de l'article 18 du même décret, dans les conditions fixées par les articles R. 1617-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ; que, dès lors, en l'absence d'une loi autorisant l'intervention d'un mandataire, et en dépit du contrôle que le comptable public était à même d'exercer, la cour administrative d'appel de Douai, ayant admis que les recettes perçues par la SOCIETE PREST'ACTION auprès des annonceurs à l'occasion de la commercialisation d'espaces publicitaires dans les bulletins municipaux d'information présentaient le caractère de recettes publiques, a entaché son arrêt d'une erreur de droit en jugeant que la ville de Rouen avait pu, par le contrat en cause, habiliter le titulaire du marché à percevoir des recettes publiques et que, par suite, ce contrat ne méconnaissait pas les dispositions précitées du décret du 29 décembre 1962 et les règles de la comptabilité publique ; qu'il en résulte que la SOCIETE PREST'ACTION est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il a rejeté ses conclusions tendant à l'annulation du titre exécutoire ;

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

Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction que le contrat, qui attribuait à la SOCIETE PREST'ACTION la prospection publicitaire pour les journaux municipaux, la facturation des annonces et la préparation de la mise en page des publicités à insérer dans les publications, la ville conservant l'entière maîtrise de l'organisation et de la gestion de son bulletin municipal, ne lui confiait pas ce faisant l'exécution même d'un service public, nonobstant la circonstance que l'activité de la société pouvait constituer une source de financement pour le service public de l'information municipale ; qu'ainsi, la SOCIETE PREST'ACTION n'est pas fondée à soutenir que la commune de Rouen aurait entaché d'irrégularité la procédure de passation du contrat litigieux faute d'avoir respecté les règles de procédure applicables à la passation des délégations de service public ;

Considérant, en deuxième lieu, que le contrat conclu par la SOCIETE PREST'ACTION ne lui confiait pas le recouvrement de sommes dues par des tiers en contrepartie de biens ou services fournis par la commune de Rouen, mais la chargeait, ainsi qu'il a été dit, de la prospection des annonceurs, de la préparation de la mise en page des encarts publicitaires et de leur facturation aux annonceurs ; que les recettes ainsi perçues auprès des annonceurs lors de la vente des encarts publicitaires, constitutives des recettes commerciales de la société requérante dans le cadre de ce marché de services, ne pouvaient être qualifiées de recettes publiques au sens des dispositions précitées du décret du 29 décembre 1962, seules revêtant une telle nature les sommes ensuite versées à la commune en vertu du contrat, fixées en l'espèce en fonction d'un pourcentage des recettes commerciales de la société avec un montant minimal garanti ; que, par suite, la SOCIETE PREST'ACTION n'est pas fondée à soutenir que son contrat lui confiait la perception de recettes publiques en méconnaissance des dispositions de ce décret et des règles de la comptabilité publique ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il résulte des stipulations de l'article 7 du cahier des clauses administratives particulières du marché dont il s'agit que ce cahier constitue lui-même le document qu'il convient prioritairement d'analyser pour connaître la nature des engagements pris par les contractants ; qu'en

vertu de l'article 5-3 de cette pièce contractuelle, le titulaire du marché garantit à l'entité publique une recette minimale fixée par lui dans l'acte d'engagement, la recette proposée par le titulaire devant être égale ou supérieure au minimum garanti imposé par la commune, soit pour la première année 250 000 francs (38 112,25 euros) ; que, dans l'acte d'engagement, la société requérante a fixé à 650 000 francs (99 091,86 euros) le montant de la recette minimale à verser pour la première année à la commune de Rouen ; qu'il est constant que la SOCIETE PREST'ACTION n'a versé à la collectivité qu'une somme de 282 083,74 francs (43 003,39 euros) au titre de la première année d'exécution du marché ; que par suite, en émettant à l'encontre de la société requérante un titre exécutoire d'un montant de 302 155,38 francs (46 063,29 euros), la commune de Rouen n'a fait qu'exécuter les conditions financières du marché ;

Considérant enfin, que la SOCIETE PREST'ACTION fait valoir que la commune de Rouen ne lui a remis, au cours de l'exécution du contrat, ni de lettre accreditive susceptible d'être présentée aux annonceurs démarchés, ni de listes de partenaires avec lesquelles la collectivité avait des relations professionnelles étroites ; que toutefois, aucune stipulation du contrat ne mettait à la charge de la collectivité de telles obligations ; que la société n'a d'ailleurs jamais, avant la décision de la commune de Rouen d'émettre le titre exécutoire litigieux, demandé à la collectivité de lui transmettre de tels documents ; que par suite, la SOCIETE PREST'ACTION ne peut valablement faire état d'un comportement fautif de la commune dans l'exécution du contrat, tenant à l'absence de remise des documents évoqués ci-dessus, pour s'exonérer de sa propre obligation contractuelle de verser à cette dernière un montant minimal de recettes ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la SOCIETE PREST'ACTION n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort, que par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Rouen a rejeté les conclusions de sa demande dirigées contre le titre exécutoire émis à son encontre par la commune de Rouen ;

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

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la SOCIETE PREST'ACTION une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés devant la cour administrative d'appel de Douai et le Conseil d'Etat par la commune de Rouen et non compris dans les dépens ; que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font, en revanche, obstacle à ce que la somme demandée à ce titre par la SOCIETE PREST'ACTION soit mise à la charge de la commune de Rouen ;

Document 3 : CE, Ass., 4 novembre 2005, *Sté Jean-Claude Decaux*, Rec. 477, concl. Casas.

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

(...)

Sur le bien-fondé de l'arrêt attaqué :

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

Considérant, en premier lieu, que la cour a souverainement constaté, ce que la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX ne saurait utilement contester devant le juge de cassation, que l'objet du contrat litigieux était, outre d'autoriser l'occupation du domaine public, de permettre la réalisation et la fourniture de prestations de service à la commune de Clichy-sous-Bois, en matière d'information municipale, de propreté et de

protection des usagers des transports publics contre les intempéries ; qu'elle a pu en déduire, sans erreur de droit, que l'objet du contrat ainsi conclu entrerait dans le champ d'application du code des marchés publics ; que pour parvenir à cette conclusion, la cour n'avait pas à rechercher si la fourniture de prestations de service constituait un élément accessoire ou principal de l'objet de ce contrat ; que si elle s'est en outre fondée, pour exclure le caractère de concession domaniale du contrat, sur l'absence supposée de précarité du contrat, ce motif était surabondant ; que le moyen tiré de l'erreur de droit qu'aurait ainsi commise la cour ne peut dès lors être utilement invoqué par la société requérante ;

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

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

Document 4 : CE, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP) et autres, BJDCP 2005, n°40, p. 187, concl. Casas.

(...) Sur le moyen tiré de l'incompétence du Premier ministre pour édicter des règles pour les marchés des collectivités locales :

Considérant qu'aux termes de l'article unique de la loi du 5 octobre 1938 : Le gouvernement est autorisé, jusqu'au 15 novembre 1938, à prendre, par décrets délibérés et approuvés en conseil des ministres, les mesures destinées à réaliser le redressement immédiat de la situation économique et financière du pays. Ces décrets, qui auront force de loi, seront soumis à la ratification des Chambres avant le 1er janvier 1939 ; qu'aux termes de l'article 1er du décret du 12 novembre 1938, pris sur le fondement de cette habilitation et avant sa date d'expiration : Les dispositions des textes législatifs et réglementaires relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'Etat peuvent être étendues, par règlements d'administration publique, contresignés par les ministres intéressés et le ministre des finances, et sous réserve des ajustements nécessaires, aux départements, aux communes et aux établissements publics relevant de l'Etat, des départements et des communes ; que, par ce décret, le gouvernement a pu légalement renvoyer à des règlements d'administration publique à intervenir, y compris après la date d'expiration de l'habilitation qu'il tenait de cette loi, le soin d'édicter les mesures d'application de la règle, fixée par lui en vertu de cette habilitation, d'extension aux marchés des collectivités locales, sous réserve des ajustements nécessaires, des dispositions applicables aux marchés de l'Etat ; que, par suite, le Premier ministre tenait des dispositions du décret du 12 novembre 1938, qui n'a été légalement abrogé ni par le décret du 28 novembre 1966 ni par la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, compétence pour étendre aux collectivités locales, y compris les régions et les établissements publics de coopération intercommunale, les règles nouvelles qu'il édictait pour les marchés publics de l'Etat ;

Sur les conclusions dirigées contre l'article 3-5 ° du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 3 du code annexé au décret attaqué : Les dispositions du présent code ne sont pas applicables : (...) 5° Aux contrats qui ont pour objet des emprunts ou des engagements financiers, qu'ils soient destinés à la couverture d'un besoin de financement ou de trésorerie, des services relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres et instruments financiers, ou encore des services fournis par les banques centrales ;

Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe I A sont passés conformément aux dispositions des titres III à VI ; qu'en vertu du point 6 de l'annexe I A, sont soumis à ces dispositions les services financiers dont les services bancaires, à l'exclusion des marchés des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, ainsi que des services exercés par des banques centrales ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que peut ne pas être précédée d'une procédure de publicité et de mise en concurrence la passation des marchés portant sur l'émission, l'achat, la vente et le transfert d'instruments financiers qui, prenant ou non la forme d'un titre, sont négociables sur un marché financier ; qu'en revanche les contrats par lesquels une des personnes mentionnées à l'article 2 du code a recours à un emprunt ou se fait ouvrir une ligne de trésorerie auprès d'un établissement financier, ne sont pas négociables sur un tel marché et n'entrent dès lors pas dans le champ de l'exception définie par les dispositions précitées de la directive ; que, par suite, ces contrats, lorsque leur montant égale ou dépasse le seuil fixé par l'article 7 de cette même directive, sont soumis pour leur passation aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle édicte ; que, par ailleurs, le ministre ne saurait utilement invoquer les dispositions de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services qui n'était pas en vigueur à la date de publication du décret attaqué ; qu'ainsi, le 5° de l'article 3 ne pouvait, sans méconnaître les objectifs de la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992, soustraire lesdits contrats à l'application des dispositions du code des marchés publics prises pour assurer la transposition des dispositions de cette directive ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS est fondée à demander l'annulation de l'article 3 du code annexé au décret attaqué en tant que, dans son 5°, il comporte les mots : des emprunts ou des engagements financiers, qu'ils soient destinés à la couverture d'un besoin de financement ou de trésorerie ;

Sur les conclusions dirigées contre l'article 10 :

Considérant qu'aux termes de l'article 10 du code annexé au décret attaqué : Des travaux, des fournitures ou des prestations de services peuvent donner lieu à un marché unique ou à un marché alloti. Dans le cas où plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est possible de signer avec ce titulaire un seul marché regroupant tous ces lots./ La personne responsable du marché choisit entre ces deux modalités en fonction des avantages économiques, financiers ou techniques qu'elles procurent./ Les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent pas présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus./ Pour les marchés ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, si l'acheteur public choisit de recourir à un marché alloti, la construction fait obligatoirement l'objet d'un lot séparé. S'il choisit de recourir à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction ;

Considérant, d'une part, que les dispositions du quatrième alinéa de cet article, en tant qu'elles autorisent l'acheteur public à recourir à un marché global pour des marchés ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage ne portent pas atteinte, par elles-mêmes, au principe d'égalité d'accès à la commande publique ; qu'en outre les petites et moyennes entreprises peuvent toujours, en application de l'article 51, se grouper pour présenter une candidature ou une offre communes pour un

marché ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que ces dispositions porteraient atteinte à l'égalité d'accès des entreprises à la commande publique ne peut qu'être écarté ;

Considérant, d'autre part, que si le quatrième alinéa de l'article 10 du code des marchés publics relatif aux marchés ayant pour objet, d'une part, la construction, et, d'autre part, l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage permet aux acheteurs publics de recourir à la formule du marché global, ce qui suppose en effet que ces différentes prestations puissent être confiées à un même cocontractant, il résulte des mêmes dispositions qu'il demeure possible à l'acheteur public de recourir, pour ces marchés, à la formule de l'allotissement ; qu'ainsi, les dispositions du 4ème alinéa de l'article 10 qui ne généralisent pas la dérogation qui est faite à la règle faisant obligation de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ne méconnaissent pas les exigences inhérentes à l'égalité d'accès la commande publique ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions de la SOCIETE LOCALJURIS FORMATION tendant à l'annulation de cet article doivent être rejetées ;

Sur les conclusions dirigées contre l'article 15 :

Considérant qu'aux termes de l'article 15 du code annexé au décret attaqué : Sans préjudice des dispositions des articles 35, 68 et 71 définissant la durée maximale pour certains marchés, la durée d'un marché est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. / Un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, période de reconduction comprise. / Le nombre des reconductions doit être indiqué dans le marché. Il est fixé en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. La personne responsable du marché prend par écrit la décision de reconduire ou non le marché. Le titulaire du marché ne peut refuser sa reconduction sauf stipulation contraire dans le marché. ;

Considérant en premier lieu qu'il résulte de ces dispositions que la durée d'un marché doit être fixée compte tenu de la nature des prestations, et que la passation d'un marché prévoyant une ou plusieurs reconductions n'est possible que si la mise en concurrence a porté sur la durée totale d'exécution du marché, si ses caractéristiques restent inchangées et si le nombre de reconductions a été indiqué dans le marché initial ; qu'ainsi, en décidant de ne pas reconduire un marché après l'une des dates fixées par les stipulations du contrat, la personne responsable du marché met fin à son exécution avant le terme de la période totale d'exécution ; qu'en revanche, lorsqu'elle reconduit ce marché, elle prend simplement la décision de poursuivre son exécution qui ne fait pas naître, contrairement à ce que soutient l'association requérante, un nouveau marché par application d'une clause de reconduction ; que, par suite, les moyens tirés de ce que la passation de ce prétendu nouveau contrat porterait atteinte à la liberté de consentement du contractant de l'administration et méconnaîtrait les obligations de publicité qui découlent des règles du droit communautaire sont inopérants ;

Considérant en deuxième lieu qu'il résulte des termes mêmes de l'article 15 que la durée totale du marché ainsi que le nombre de reconductions doivent être arrêtés, avant le lancement de la procédure de consultation, en fonction de la nature des prestations à fournir ; que ces prestations doivent rester inchangées pendant la durée d'exécution du marché ; qu'ainsi le respect de ces exigences impose au préalable la détermination par la personne publique de la nature et de l'étendue de ses besoins à satisfaire ; que, par suite, le moyen tiré de ce que l'article 15 méconnaîtrait l'obligation posée par l'article 5 de définition préalable des besoins ne peut qu'être écarté ;

Considérant en troisième lieu que les associations requérantes invoquent les dispositions des articles 1170 et 1174 du code civil prohibant l'insertion dans les contrats d'une condition potestative ; que, toutefois, en application 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 ; que les dispositions du code civil ne

font pas obstacle à ce que soient introduites dans les contrats administratifs des clauses exorbitantes du droit commun, qui confèrent à l'administration un pouvoir de décider seule, dans l'intérêt général, de l'interruption ou de la poursuite de leur exécution ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que l'article 15 du code méconnaîtrait les dispositions du code civil ne peut qu'être écarté ;

Considérant en quatrième lieu qu'aux termes de l'article L. 132-1 du code de la consommation : Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ; que les dispositions du code des marchés publics régissent la passation et l'exécution de marchés passés par les personnes publiques mentionnées à son article 2 avec des professionnels pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ; que, par suite, les organismes requérants ne peuvent utilement invoquer les dispositions précitées de l'article L. 132-1 du code de la consommation qui ne s'appliquent qu'aux relations entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur ;

Considérant en cinquième lieu que les mêmes dispositions du code des marchés publics n'ont ni pour objet ni pour effet de placer ces personnes publiques dans une position dominante ; qu'ainsi l'insertion d'une stipulation prévoyant sa reconduction dans un marché passé par l'une de ces personnes ne saurait être constitutive d'un abus de position dominante ; que le moyen tiré de ce que les alinéas 2 et 3 de l'article 15 méconnaîtraient les dispositions des articles L. 420-2 et L. 420-3 du code de commerce qui ont codifié les articles 8 et 9 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 doit, par suite, être écarté ;

Considérant enfin que les dispositions de l'article 15 du code annexé au décret attaqué ne portent pas atteinte, par elles-mêmes, au principe d'égalité d'accès à la commande publique ; qu'en outre les petites et moyennes entreprises peuvent toujours, en application de l'article 51, se grouper pour présenter une candidature ou une offre communes pour un marché prévoyant une ou plusieurs reconductions ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que ces dispositions porteraient atteinte à l'égalité d'accès des entreprises à la commande publique ne peut qu'être écarté ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que L'ASSOCIATION INTERPROFESSIONNELLES DES FRUITS ET LEGUMES, L'UNION NATIONALE DU COMMERCE DE GROS EN FRUITS ET LEGUMES, LE COMITÉ NATIONAL INTERPROFESSIONNEL DE LA POMME DE TERRE et LA FEDERATION FRANCAISE DES SYNDICATS DE NEGOCIANTS EN POMMES DE TERRE ET LEGUMES EN GROS ne sont pas fondées à demander l'annulation des alinéas 2 et 3 de l'article 15 du code des marchés publics annexés au décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 ;

Sur les conclusions dirigées contre articles 22 V et 25 alinéa 8 : (...)

Sur les conclusions dirigées contre les articles 30 et 40 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 30 du code annexé au décret attaqué : Quel que soit leur montant, les marchés publics de services qui ont pour objet des prestations de services ne figurant pas à l'article 29 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 lorsque leur montant atteint 230 000 euros HT./ Ces marchés sont soumis aux règles prévues par le titre Ier, les chapitres Ier et II du titre II, le présent article et les titres IV à VI./ Les contrats ayant pour objet la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige sont soumis aux dispositions du titre Ier, des chapitres Ier et II du titre II et du présent article./ Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services mentionnés à l'article 29 et des services mentionnés à l'article 30 du présent code, il est passé conformément aux dispositions de l'article 29 si la valeur des services mentionnés à l'article 29 dépasse la valeur des services mentionnés à l'article 30 ; qu'aux termes de l'article 40 : I. - En dehors des cas prévus à l'article 30 et aux II et III de l'article 35, tout marché doit être précédé d'une publicité suffisante permettant une mise en concurrence effective (...)

En ce qui concerne le premier alinéa de l'article 30 et le I de l'article 40 :

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, 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. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ;

Considérant que, si certains marchés publics de service ayant pour objet des prestations ne figurant pas à l'article 29 du même code, peuvent être passés sans publicité préalable et même, éventuellement, sans mise en concurrence, en raison de leur objet ou de situations répondant à des motifs d'intérêt général, il ne saurait en résulter que tous ces marchés puissent être conclus sans respecter les principes rappelés par l'article 1er du code ; que, dès lors, le premier alinéa de l'article 30 ne pouvait, sans méconnaître les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, dispenser de façon générale la passation de tous ces contrats d'une procédure adéquate de publicité et de mise en concurrence ; que, par suite, l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS, la SOCIETE LOCAL JURISFORMATION et M. X... sont fondés à demander l'annulation du premier alinéa de l'article 30, ainsi que par voie de conséquence l'annulation du I de l'article 40 en tant qu'il comporte les mots à l'article 30 ;

En ce qui concerne le deuxième alinéa de l'article 30 :

Considérant en premier lieu qu'en vertu des dispositions des articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 du code général des collectivités territoriales, les conventions relatives aux marchés des collectivités territoriales, à l'exception des marchés passés, en raison de leur montant, sans formalité préalable au sens de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, sont soumises à l'obligation de transmission au représentant de l'Etat dans le département ou dans la région ; que selon les dispositions des articles L. 1231-1, L. 3131-1 et L. 4141-1 du même code, les actes pris par les autorités des collectivités territoriales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'Etat dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement ; que l'article 75 du code des marchés publics a prévu pour certains marchés, à l'exception notamment de ceux mentionnés à l'article 30, l'obligation pour la personne responsable du marché d'établir, en plus des pièces constitutives du marché énumérées par l'article 12, un rapport de présentation et de le transmettre aux instances chargées du contrôle des marchés ; que l'article 78 du code des marchés publics, compris dans le chapitre VI Achèvement des procédures, selon lequel après transmission au représentant de l'Etat des pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle, s'agissant des collectivités territoriales, (...) le marché est notifié au titulaire par la personne responsable du marché a pour seul objet de préciser à quel moment de la procédure le marché doit être notifié à son titulaire ; que par suite, le deuxième alinéa de l'article 30 en tant qu'il ne procède pas au renvoi aux articles 75 et 78, n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de dispenser de l'obligation de transmission au contrôle de légalité les marchés de service qui y sont soumis en application des articles susmentionnés L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 du code général des collectivités territoriales, ni de reconnaître aux conventions relatives à ces marchés un caractère exécutoire avant l'accomplissement de cette formalité ; que, par suite, la SOCIETE LOCAL JURISFORMATION n'est pas fondée à soutenir qu'en ne renvoyant pas à ces articles, le deuxième alinéa a méconnu lesdites dispositions du code général des collectivités territoriales ;

Considérant en second lieu que le deuxième alinéa de l'article 30 du code annexé au décret attaqué, en ce qu'il ne renvoie pas aux dispositions de l'article 76 faisant obligation à la personne responsable du marché d'aviser de son choix les candidats à l'attribution du marché, ne fait obstacle ni à l'exercice par les candidats susceptibles d'être évincés du recours devant le juge du référé pré-contractuel prévu par les dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, lequel recours peut être exercé à tout moment de la procédure de passation du marché, ni à l'exercice par toute personne intéressée des recours juridictionnels ouverts en matière de passation des marchés ; que, par suite, la SOCIETE LOCAL JURISFORMATION n'est pas fondée à soutenir que cet alinéa méconnaîtrait les objectifs de la directive n° 89/665/CEE du 21

décembre 1989 ou porterait atteinte au droit au recours ouvert par les dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ou au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction protégé par la Constitution et rappelé par les stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Sur les conclusions dirigées contre l'article 45 : (...)

Sur les conclusions tendant à ce que le Conseil d'Etat limite dans le temps les effets des annulations prononcées par la présente décision : (...)

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 que soit mise à la charge de la SOCIETE LOCALJURIS FORMATION et de M. X... une somme au titre des frais exposés par l'Etat et non compris dans les dépens ;

Considérant qu'il y a lieu sur le fondement de ces mêmes dispositions de mettre à la charge de l'Etat la somme de 2 500 euros à payer à la SOCIETE LOCALJURIS FORMATION et la somme de 2 000 euros à payer à M. X... au titre des frais qu'ils ont exposés et qui ne sont pas compris dans les dépens ;

Document 5 : CE, 10 février 2010, Perez, n°329100.

Sur la fin de non recevoir opposée à la requête : (...)

Sur les conclusions dirigées contre le décret du 19 décembre 2008 :

Considérant qu'aux termes du quatrième alinéa de l'article 28 du code des marchés publics dans sa rédaction antérieure à celle du décret du 19 décembre 2008 susvisé : (...) Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni concurrence préalable si les circonstances le justifient, ou si son montant estimé est inférieur à 4 000 euros HT... ; que selon l'article 1er du décret du 19 décembre 2008 : (...) au quatrième alinéa de l'article 28 (...) les mots 4 000 euros HT sont remplacés par les mots 20 000 euros HT ;

Considérant que M. A justifie, en sa qualité d'avocat ayant vocation à passer des marchés de prestation de service avec des collectivités territoriales ou de conseil de ces mêmes collectivités, d'un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation de la disposition attaquée en tant qu'elle modifie l'article 28 du code des marchés publics dès lors que l'article 30 du même code relatif notamment aux marchés de prestations juridiques prévoit que les marchés relevant de cet article peuvent être passés selon une procédure adaptée dans les conditions prévues par l'article 28 ;

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 II de l'article 1er du code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 1er août 2006 selon lequel: Les marchés publics et les accords-cadres (...) respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (...) ; que ces principes ne font pas obstacle à ce que le pouvoir réglementaire puisse permettre au pouvoir adjudicateur de décider que le marché sera passé sans publicité, voire sans mise en concurrence, dans les seuls cas où il apparaît que de telles formalités sont impossibles ou manifestement inutiles notamment en raison de l'objet du marché, de son montant ou du degré de concurrence dans le secteur considéré ; que, par suite, en relevant de 4 000 à 20 000 euros, de manière générale, le montant en deçà duquel tous les marchés entrant dans le champ de l'article 28 du code des marchés publics sont dispensés de toute publicité et mise en concurrence, le pouvoir réglementaire a méconnu les principes d'égalité d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; que par suite M. A est fondé à demander l'annulation du décret attaqué en tant qu'il relève le seuil applicable aux marchés passés selon la procédure de l'article 28 du code des marchés publics ;

Sur les conséquences de l'illégalité du décret annulé :

Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que toutefois, l'annulation rétroactive de l'article 1er du décret du 19 décembre 2008 en tant qu'il prévoit le relèvement du seuil des marchés susceptibles d'être passés sur le fondement de l'article 28 du code des marchés publics porterait eu égard au grand nombre de contrats en cause et à leur nature une atteinte manifestement excessive à la sécurité juridique ; que, dès lors, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de ne prononcer l'annulation des dispositions du décret attaqué qu'à compter du 1er mai 2010 sous réserve des actions engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur leur fondement ;

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

Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros que M. A demande au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Document 6 : CE, Sect., 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP et autres, DJDCP 2007, p. 366.

Considérant que les requêtes présentées par le SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES DE GRANDS TRAVAUX, l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL, l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE, l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES, la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C, l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX, M. COSSALTER, l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS et autres ainsi que par la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU ET ASSOCIES concernent un même décret et une même circulaire ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une même décision ;

(...)

Sur la légalité interne du décret attaqué :

Considérant que, ainsi qu'il a été dit, les dispositions précitées du décret du 12 novembre 1938 ont autorisé le gouvernement à étendre aux marchés des collectivités locales, sous réserve des ajustements nécessaires, les règles relatives à la passation des marchés publics de l'Etat ; que, par suite, le moyen tiré de ce que le décret attaqué aurait méconnu le principe de libre administration des collectivités territoriales doit être écarté ;

Sur les conclusions dirigées contre les articles 10, 27, 48, 60, 65 et 67 du code des marchés publics ainsi que les dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics :

En ce qui concerne l'article 10 :

Considérant qu'aux termes de l'article 10 du code annexé au décret attaqué : Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots./ Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ... ;

Considérant qu'en posant le principe de l'allotissement des marchés, les dispositions précitées de l'article 10

du code des marchés publics ont pour objet de susciter la plus large concurrence entre les entreprises, qu'il s'agisse d'entreprises générales ou non ; qu'elles prévoient d'ailleurs des exceptions dans les cas où l'allotissement serait de nature à restreindre la concurrence ; qu'il n'est pas établi que ce principe aurait en soi pour effet de créer une discrimination au détriment des entreprises générales, lesquelles, au contraire, sont aptes à soumissionner pour l'ensemble des lots d'un marché ; que, par suite, les moyens tirés de la violation du principe d'égalité, tant en droit interne qu'en droit communautaire, ainsi que de la liberté de prestations de services instituée par l'article 49 du traité instituant la Communauté européenne et de la liberté d'entreprendre doivent être écartés ; que de même, le principe de l'allotissement des marchés n'a ni pour objet, ni pour effet de porter atteinte à la liberté de choix du pouvoir adjudicateur et qu'ainsi doit être écarté le moyen tiré d'une prétendue méconnaissance de cette liberté, en violation tant de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ;

Considérant que dès lors que, conformément aux dispositions de l'article 27 III du code des marchés publics, la passation d'un marché en lots séparés prend en compte la valeur globale des lots, doit être écarté le moyen tiré de ce que l'allotissement méconnaîtrait les dispositions de l'article 9 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 qui interdit le fractionnement des marchés ;

Considérant que si l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES invoque la violation des dispositions de la charte européenne de l'autonomie locale, elle n'apporte, en tout état de cause, aucune précision permettant d'apprécier le bien-fondé de son moyen ; que si l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL se prévaut également d'une violation du principe de sécurité juridique, elle n'indique pas en quoi les dispositions attaquées de l'article 10 porteraient atteinte à ce principe ;

Considérant que, contrairement à ce que soutient le SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, les dispositions du point 6-1 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics se bornent à rappeler le principe de l'allotissement prévu par les dispositions précitées de l'article 10 du code des marchés publics sans instituer de règle nouvelle ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions du SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, de l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES, de l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL, de l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE, DE L'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES et de la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C tendant à l'annulation de l'article 10 du code des marchés publics ainsi que des dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 doivent être rejetées ;

En ce qui concerne l'article 27 du code des marchés publics :

Considérant que si l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALE soutient que l'article 27 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, en vertu duquel le pouvoir adjudicateur ne peut pas se soustraire à l'application du code en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée des marchés ou accords-cadres autres que celles prévues par ledit article, méconnaît l'article 9 de la directive 2004/18/CE, elle n'apporte pas de précisions permettant d'apprécier le bien fondé de ce moyen ;

En ce qui concerne le paragraphe II de l'article 48 du code des marchés publics :

Considérant que les requérants ne demandent l'annulation de l'article 48 du code des marchés publics annexé au décret attaqué qu'en ce qui concerne son paragraphe II, aux termes duquel : Dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers,

notamment à des petites et moyennes entreprises telles que définies par l'article 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, ou à des artisans ; que ces dispositions permettent uniquement au pouvoir adjudicateur d'obtenir des informations sur la sous-traitance du marché envisagé, mais ne sauraient avoir légalement pour effet d'autoriser le pouvoir adjudicateur à retenir les conditions de la sous-traitance comme un critère de sélection des offres pour l'attribution d'un marché ; que, par suite, le moyen tiré du caractère discriminatoire de ces dispositions doit être écarté ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions du SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, de l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES, de l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL, de l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE, de l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES et de la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C tendant à l'annulation de l'article 48 paragraphe II du code des marchés publics ainsi que des dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 doivent être rejetées ;

En ce qui concerne les articles 60, 65 et 67 du code des marchés publics en tant qu'ils autorisent la fixation d'un nombre minimal de petites et moyennes entreprises admises à présenter une offre :

Considérant que, dès lors que les requérants demandent l'annulation des dispositions des articles 60, 65 et 67 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, ainsi que des dispositions de la circulaire y afférentes, en tant seulement que ces dispositions favorisent les petites et moyennes entreprises, ils doivent être regardés comme demandant l'annulation du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 60, du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 65 et du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 67 du code des marchés publics annexé au décret du 1er août 2006 ainsi que du dernier alinéa du point 10.2.3 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics ;

Considérant qu'aux termes de l'article 60 du code des marchés publics, relatif à l'appel d'offres restreint, :I. (...) Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à cinq./ En outre, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises, au sens de l'article 48, qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant. (...); qu'aux termes de l'article 65 relatif aux procédures négociées: I. - (...) Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois./ En outre, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises, au sens de l'article 48, qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant. (...); qu'aux termes de l'article 67 relatif à la procédure de dialogue compétitif: :(...) Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à participer au dialogue. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois./ En outre, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises, au sens de l'article 48, qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant. (...) ; qu'enfin le dernier alinéa du point 10.2.3 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics indique que dans le cadre des procédures restreintes, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de PME qui seront admises à présenter une offre ;

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

Considérant qu'en autorisant les pouvoirs adjudicateurs, dans le cadre des procédures d'appel d'offres

restreint, de marché négocié et de dialogue compétitif, à fixer un nombre minimal de petites et moyennes entreprises admises à présenter une offre, les dispositions des articles 60, 65 et 67 du code des marchés publics, applicables respectivement aux trois procédures précitées, conduisent nécessairement à faire de la taille des entreprises un critère de sélection des candidatures ; qu'un tel critère qui n'est pas toujours lié à l'objet du marché revêt un caractère discriminatoire et méconnaît le principe d'égal accès à la commande publique ; que, par suite, le SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL, l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE, l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES et la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C sont fondés à demander l'annulation du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 60, du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 65 et du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 67 du code des marchés publics annexé au décret du 1er août 2006, qui sont divisibles des autres dispositions de ce décret, ainsi que des dispositions à caractère impératif du dernier alinéa du point 10.2.3 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics ; qu'il n'y a pas lieu de faire droit aux demandes de ne pas donner d'effet rétroactif à l'annulation ainsi prononcée ;

Sur les conclusions dirigées contre les articles 28, 30, 146 et 148 du code des marchés publics en tant qu'ils concernent les marchés de prestations de services juridiques ainsi que les dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics :

En ce qui concerne les moyens tirés de la violation des règles et principes applicables à la profession d'avocat :

Considérant, en premier lieu, que si les marchés de services juridiques visés par les dispositions attaquées comprennent non seulement les contrats conclus entre une collectivité publique et un avocat pour la prestation de conseil juridique mais également ceux conclus pour assurer la représentation en justice d'une telle collectivité et si la représentation en justice par les avocats est régie par des principes relatifs notamment au respect du secret des relations entre l'avocat et son client et à l'indépendance de l'avocat, aucun de ces principes ne fait obstacle à ce que la conclusion d'un contrat entre un avocat et une collectivité publique pour la représentation en justice de celle-ci soit précédée d'une procédure de mise en concurrence préalable dès lors qu'elle est compatible avec ces principes ;

Considérant, en deuxième lieu, que les requérants soutiennent que la qualification de contrat administratif des marchés de services juridiques, résultant de ce que tout marché conclu en application du code des marchés publics a légalement un caractère administratif en application de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, serait incompatible avec le principe d'indépendance des avocats ; que, toutefois, d'une part, le code des marchés publics ne comportant aucune disposition organisant la résiliation ou la modification unilatérale des marchés, le moyen tiré de ce qu'il contreviendrait pour ces raisons au principe d'indépendance des avocats doit être écarté ; que, d'autre part, l'article 30 du code des marchés publics impose aux pouvoirs adjudicateurs de veiller au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables à la profession d'avocat ; que cette disposition, contrairement à ce que soutient la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU ET ASSOCIES, n'a ni pour objet, ni pour effet d'autoriser les pouvoirs adjudicateurs à se prononcer sur les violations desdits principes par les avocats ; que, par suite, le moyen susanalysé doit être écarté ;

Considérant, en troisième lieu, que les dispositions de l'article 15 du décret du 12 juillet 2005 relatif à la profession d'avocat qui interdisent aux avocats toute offre de service personnalisée adressée à un client potentiel, n'ont ni pour objet, ni pour effet de leur interdire de répondre à un avis d'appel à concurrence pour la conclusion d'un marché de services juridiques ;

Considérant, en quatrième lieu, que le fait de répondre à un avis d'appel à la concurrence pour la passation d'un marché ne méconnaît pas le principe de la libre négociation des honoraires des avocats posé par l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ;

Considérant, en cinquième lieu, que dès lors que la production de références par tout candidat à un marché

public est nécessaire à la sélection des offres dans le respect des principes d'égal accès à la commande publique et de transparence, la circonstance que les avocats soient tenus de produire des renseignements ne comportant pas de mentions nominatives afin de respecter le secret professionnel prévu à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 ne constitue pas une discrimination illégale ; que les dispositions sus-indiquées ne sont pas entachées d'erreur manifeste d'appréciation pour ne pas avoir dispensé les avocats de produire de telles références ;

Considérant, en sixième lieu, que si, en application de l'article 53 du code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur doit retenir l'offre économiquement la plus avantageuse, il n'est pas tenu d'utiliser le seul critère du prix et peut retenir d'autres critères permettant d'apprécier la qualité des offres ; qu'ainsi, à supposer même que, comme le soutiennent les requérants, le seul critère du prix ne soit pas un critère pertinent pour apprécier les offres de prestations des avocats, ceux-ci ne sont pas fondés à soutenir que, pour ce motif, cette appréciation ne pourrait être soumise aux dispositions de l'article 53 du code des marchés ;

Considérant, en septième lieu, que le principe du secret des relations entre l'avocat et son client n'interdit pas aux pouvoirs adjudicateurs de faire connaître le nom de leurs avocats, ainsi que le prévoit l'article 133 du code des marchés publics relatif à l'obligation de publication annuelle de la liste des marchés conclus et du nom de leur attributaire ; que l'article 30 du code n'est donc pas illégal pour ne pas avoir exclu l'application de cet article 133 aux marchés de services juridiques ;

Considérant, en huitième lieu, que si les marchés de prestations juridiques sont passés selon une procédure adaptée, ils peuvent, en application des dispositions du dernier alinéa de l'article 28 du code des marchés publics, être conclus, notamment en cas d'urgence impérieuse, sans publicité, ni mise en concurrence préalable ; que dès lors, la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU ET ASSOCIES n'est pas fondée à soutenir que la mise en concurrence imposée pour la passation des marchés de représentation en justice serait inconciliable avec les délais des recours contentieux ;

Considérant, en dernier lieu, que si les dispositions des articles 174 à 176 du décret du 27 novembre 1991 pris en application de la loi du 31 décembre 1971 confient au bâtonnier, sous le contrôle du premier président de la cour d'appel, la compétence pour instruire tout litige portant sur les honoraires des avocats, les litiges relatifs au règlement financier d'un marché conclu entre un avocat et une collectivité publique portent sur l'exécution d'un marché public et ne peuvent, dès lors, relever que de la seule compétence du juge administratif ; que, par suite, les dispositions contestées, et notamment, l'article 30 du code, n'ont pas, en tout état de cause, méconnu les dispositions des articles 174 à 176 du décret du 27 novembre 1991 ; qu'il en va de même de la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de saisir le comité de règlement amiable des litiges en matière de marchés publics ;

En ce qui concerne l'article 28 :

Considérant qu'aux termes de l'article 28 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils mentionnés au II de l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat. / Pour la détermination de ces modalités, le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées prévues par le présent code, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une des procédures formalisées prévues par le présent code, le pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer les modalités prévues par le présent code./ Quel que soit son choix, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des opérateurs économiques plus de renseignements ou de documents que ceux prévus pour les procédures formalisées par les articles 45, 46 et 48./ Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si les circonstances le justifient, ou si son montant estimé est inférieur à 4 000 euros HT, ou dans les situations décrites au II de l'article 35 ;

Considérant, en premier lieu, que les dispositions de l'article 28, auxquelles renvoie l'article 30, permettent

la conclusion de marchés de services juridiques selon une procédure adaptée, dans le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; que la seule circonstance alléguée par M. B que l'obligation de pondération des critères de sélection des offres imposée par le paragraphe II de l'article 53 du code ne s'applique pas dans le cadre de cette procédure est sans incidence sur l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de respecter ces principes et de retenir, en application du paragraphe I dudit article 53, qui lui s'applique à ces marchés, l'offre économiquement la plus avantageuse au regard soit d'une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet de ces marchés, soit du seul critère du prix ; qu'ainsi le moyen tiré de la méconnaissance de ces principes par l'article 28 ne peut qu'être écarté ;

Considérant, en second lieu, qu'en égard à l'objet de la procédure adaptée, l'article 28 du code des marchés publics a pu renvoyer aux pouvoirs adjudicateurs, sous le contrôle du juge, le soin de fixer la procédure applicable à chaque marché dès lors que celle-ci correspond à la nature et aux caractéristiques du besoin à satisfaire, au nombre ou à la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi qu'aux circonstances de l'achat ; que le moyen tiré de l'inintelligibilité de cet article faute de décrire suffisamment la procédure adaptée, et par la même de son illégalité, doit ainsi être écarté ;

En ce qui concerne les articles 30, 146 et 148 :

Considérant qu'aux termes de l'article 30 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, I. Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnées à l'article 29 peuvent être passés, quelque soit leur montant selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues à l'article 28. / II. Toutefois : ...4° Le pouvoir adjudicateur veille au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables, le cas échéant, aux professions concernées ; / 5° Les marchés de services juridiques ne sont pas soumis aux dispositions du titre IV de la présente partie. (...) / III. Lorsqu'un marché ou un accord-cadre a pour objet à la fois des prestations de services mentionnées à l'article 29 et des prestations de services qui n'y sont pas mentionnées, il est passé conformément aux règles qui s'appliquent à celle de ces deux catégories de prestations de services dont le montant estimé est le plus élevé ;

Considérant, en premier lieu, que la seule circonstance que les dispositions du paragraphe I de l'article 30 permettent la conclusion de marchés de services juridiques, selon une procédure adaptée, dans le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, ne porte pas atteinte à l'objectif constitutionnel d'intelligibilité de la loi et au principe communautaire de confiance légitime ;

Considérant, en deuxième lieu, que si l'article 21 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 ne soumet la passation des marchés de services juridiques qu'à l'obligation de faire figurer dans les documents du marché les spécifications techniques ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution du marché en cause, ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet d'interdire aux pouvoirs publics nationaux de recourir à une procédure adaptée pour la passation des marchés de services juridiques ; qu'en prévoyant ainsi le recours à une procédure adaptée pour la passation des marchés de prestations de services juridiques, l'article 30 du code des marchés publics n'a pas méconnu la directive 2004/18/CE ;

Considérant, en troisième lieu, que si les dispositions du paragraphe II 5° de l'article 30 du code des marchés publics placent les marchés de services juridiques hors du champ du titre IV de la première partie du code et ne les soumettent donc pas aux régimes des avances et acomptes prévu par les articles 86 à 92 de ce titre IV, elles n'interdisent pas à ces marchés, contrairement à ce que soutient M. B, de prévoir de telles avances et acomptes ;

Considérant, en dernier lieu, que si le paragraphe III de l'article 30 impose, lorsqu'un marché a pour objet à la fois des prestations de services mentionnées à l'article 29 et d'autres qui n'y sont pas mentionnées, de le passer conformément aux règles qui s'appliquent à celle de ces deux catégories de prestations de services dont le montant estimé est le plus élevé, ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet de dispenser le pouvoir adjudicateur de son obligation de veiller au respect des principes déontologiques et des

réglementations applicables à la profession d'avocat imposée par les dispositions du paragraphe II 4° de l'article 30 ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS, du CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, de la CONFERENCE DES BATONNIERS, de la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU et de M. B tendant à l'annulation des articles 28, et 30 du code des marchés publics en tant qu'ils concernent les marchés de services juridiques ainsi que des dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 doivent être rejetées ; que les conclusions de la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU ET ASSOCIES tendant à l'annulation des articles 146 et 148, en tant qu'ils reprennent les dispositions des articles 28 et 30, doivent, en conséquence, être rejetées ; qu'il en va de même de ses conclusions à fin d'injonction ;

Sur les conclusions dirigées contre les articles 49, 57 paragraphe II, 77 et 83 du code des marchés publics ainsi que contre les dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics :

En ce qui concerne l'article 49 :

Considérant que si M. B conteste la légalité de l'article 49 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, en tant qu'il autorise le pouvoir adjudicateur à demander un devis descriptif, cette disposition, contrairement à ce qu'il allègue, ne saurait, en tout état de cause, être regardée comme imposant un début d'exécution de la prestation ; que le moyen tiré de la méconnaissance par cet article de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 doit donc être écarté ;

En ce qui concerne l'article 57 paragraphe II :

Considérant qu'aux termes du paragraphe II de l'article 57 du code des marchés publics annexé au décret attaqué : II. - 1° Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à cinquante-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence. Ce délai minimal ne peut être réduit pour des motifs d'urgence sauf dans le cas mentionné au 3° ci-dessous./ 2° Ce délai minimal peut être ramené à vingt-deux jours lorsque trois conditions sont réunies : a) L'avis de préinformation prévu à l'article 39 a été publié ; b) Cet avis a été envoyé à la publication cinquante-deux jours au moins et douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence ; c) Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de l'envoi de l'avis de préinformation./

3° Pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 270 000 Euros HT, le délai minimal mentionné au 1° peut également être ramené à vingt-deux jours. En cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur, ce délai peut être ramené à quinze jours./ 4° Les délais mentionnés aux 1°, 2° et 3° peuvent être réduits de sept jours lorsque l'avis d'appel public à la concurrence est envoyé par voie électronique. / 5° Les délais mentionnés aux 1° et 3° peuvent être réduits de cinq jours lorsque le pouvoir adjudicateur offre, par voie électronique et à compter de la publication de l'avis d'appel public à la concurrence, un accès libre, direct et complet aux documents de la consultation en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse internet à laquelle ces documents peuvent être consultés./ 6° Les réductions de délais mentionnées aux 4° et 5° peuvent être cumulées sauf si le pouvoir adjudicateur a réduit le délai minimal à vingt-deux jours du fait de la publication d'un avis de préinformation en application du 2° ; que le moyen tiré du manque de clarté et d'intelligibilité de ces dispositions manque en fait ;

En ce qui concerne l'article 77 :

Considérant qu'aux termes de l'article 77 du code des marchés publics annexé au décret attaqué : I. - Un marché à bons de commande est un marché conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande./ Il peut prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ou être conclu sans minimum ni maximum./L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités

expressément prévues par le marché./Les bons de commande sont des documents écrits adressés aux titulaires du marché. Ils précisent celles des prestations, décrites dans le marché, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité./ II. - La durée des marchés à bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans./ L'émission des bons de commande ne peut intervenir que pendant la durée de validité du marché. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur ne peut cependant retenir une date d'émission et une durée d'exécution de ces bons de commande telles que l'exécution des marchés se prolonge au-delà de la date limite de validité du marché dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques (...)/ ; que le moyen tiré par M. B de ce que ces dispositions méconnaîtraient celles de l'article 32 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 n'est pas assorti des précisions suffisantes pour en apprécier le bien-fondé ;

En ce qui concerne l'article 83 :

Considérant qu'aux termes de l'article 80 du code des marchés publics annexé au décret attaqué : I. - 1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet ; qu'aux termes de l'article 83 du même code : Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au III de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre ;

Considérant que, contrairement à ce que soutient M. B, la décision rejetant une candidature ou une offre à un marché public doit être motivée en application des dispositions précitées de l'article 80 du code ; qu'il ne saurait dès lors utilement soutenir que la faculté ouverte par l'article 83 aux candidats évincés de formuler une demande afin de connaître les motifs détaillés du rejet de leur candidature ou de leur offre serait contraire à l'obligation de motivation prévue par l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public ;

Sur les conclusions dirigées contre les articles 135, 138 et 139 du code des marchés publics ainsi que les dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics :

En ce qui concerne l'article 135 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 135 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, Sont soumises aux dispositions de la présente partie les activités d'opérateurs de réseaux suivantes : 1° L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur, la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz, ou en chaleur ; 2° L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable. (...) ;

Considérant en premier lieu, qu'en incluant dans la liste des activités d'opérateurs de réseaux soumises aux dispositions de la deuxième partie du code des marchés publics applicables aux marchés et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices, non seulement l'exploitation de réseaux mais aussi le fait de mettre l'infrastructure constituée par ces réseaux à la disposition d'un exploitant, cet article 135 s'est borné à transposer les dispositions des articles 3 à 5 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux qui font entrer dans le champ d'application de cette directive les activités relatives à

la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux ;

Considérant en deuxième lieu, que l'article 135 ne s'applique pas aux actes par lesquels une personne publique confie à un tiers l'exploitation d'un des réseaux fixes qu'il mentionne ; que par suite, doit être écarté le moyen tiré de ce que l'article 135, parce qu'il s'appliquerait à de tels actes, méconnaîtrait la directive 2004/17/CE et notamment son article 23, dont les dispositions, transposées à l'article 138 du code des marchés publics, permettent de dispenser des règles de publicité et de mise en concurrence certains contrats relatifs à l'exploitation de ces réseaux ; qu'en revanche, les dispositions du point 16.1.1 de la circulaire du 3 août 2006, en tant qu'elles précisent que sont inclus dans le champ de l'article 135 les marchés par lesquels une personne publique confie l'exploitation d'un réseau à un tiers, sont contraires à la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 et doivent donc être annulées ;

Considérant enfin, que si l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX se prévaut de l'incompatibilité de l'article 23 de la directive 2004/17/CE avec les principes et règles de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, et en particulier de son arrêt C-377/02 du 1er mars 2005, Léon Van Parys NV, que cet accord ne figure pas parmi les normes au regard desquelles elle contrôle la légalité des actes des institutions communautaires ; qu'il n'en va autrement que lorsque la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ou lorsqu'un acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises des accords de cette organisation ; que la seule référence par le préambule de la directive 2004/17/CE à la décision du Conseil du 22 décembre 1994 approuvant l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics ne suffit pas à faire regarder cet accord comme invocable à l'encontre des actes communautaires ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, le moyen tiré de l'incompatibilité de l'article 23 de la directive 2004/17/CE avec les principes et règles de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce doit être écarté ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX et du SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS tendant à l'annulation de l'article 135 du code des marchés publics doivent être rejetées ; qu'en revanche, les requérants sont fondés à demander l'annulation des dispositions du point 16.1.1 de la circulaire du 3 août 2006 en tant qu'elles prévoient que sont inclus dans le champ de l'article 135 les marchés par lesquels une personne publique confie l'exploitation d'un réseau à un tiers ; qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi de ne pas donner d'effet rétroactif à l'annulation ainsi prononcée ;

En ce qui concerne l'article 138 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 138 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, I. - Dans les hypothèses précisées au II ci-dessous, les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés et accords-cadres passés par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée au sens du III./ II. - Le I du présent article est applicable : 1° Aux accords-cadres et marchés de services lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché, au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de services avec les personnes publiques auxquelles elle est liée ; 2° Aux accords-cadres et marchés de fournitures lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché, au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de fournitures avec les personnes publiques auxquelles elle est liée ; 3° Aux accords-cadres et marchés de travaux lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché, au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de travaux avec les personnes publiques auxquelles elle est liée./ Lorsque l'entreprise liée a été créée ou a commencé à exercer son activité moins de trois ans avant l'année de passation du marché ou de l'accord-cadre, elle peut se borner à démontrer, notamment par des projections d'activités, que la réalisation de son chiffre d'affaires, dans les conditions prévues aux 1°, 2° et 3° ci-dessus, est vraisemblable./ Lorsque des services, des fournitures ou des travaux, identiques ou comparables, sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, le pourcentage

de 80 % mentionné ci-dessus est apprécié en tenant compte de la totalité des services, des fournitures ou des travaux fournis par ces entreprises. / III. - Sont des entreprises liées à une entité adjudicatrice les entreprises qui sont soumises directement ou indirectement à l'influence dominante d'une entité adjudicatrice au sens du IV. / IV. - L'influence des entités adjudicatrices est réputée dominante lorsque celles-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance (...);

Considérant, en premier lieu, que le point 1 de l'article 23 de la directive 2004/17/CE définit l'entreprise liée non seulement comme toute entreprise dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice, mais aussi comme toute entreprise sur laquelle l'entité adjudicatrice peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante ... ; qu'ainsi, contrairement à ce que soutiennent les requérants, la notion d'entreprise liée peut trouver à s'appliquer aux personnes publiques entrant dans le champ d'application du code des marchés publics, sans pour autant concerner, ainsi qu'il a été dit, l'opération par laquelle cette personne confie l'exploitation du réseau à un tiers; que par suite, le moyen contestant le principe même de la transposition de l'article 23 de la directive 2004/17/CE dans le code des marchés publics doit être écarté ;

Considérant, en deuxième lieu, que pour exclure du champ d'application du code des marchés publics les marchés et accords-cadres passés par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée, l'article 138 précité a retenu le critère du chiffre d'affaires moyen réalisé par l'entreprise avec les personnes publiques auxquelles elle est liée ; que contrairement à ce que soutiennent les requérants, ce renvoi aux personnes publiques liées à l'entreprise ne peut concerner que les personnes publiques agissant en tant qu'entités adjudicatrices, dès lors que l'article 138 ne s'applique que dans cette hypothèse ; que, par ailleurs, le paragraphe III précité de l'article 138 définit la notion d'entreprise liée au regard de l'influence dominante exercée par une seule entité adjudicatrice ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que la définition de l'entreprise liée retenue par l'article 138 du code des marchés publics serait plus large que celle donnée par l'article 23 de la directive 2004/17/CE doit être écarté ; qu'enfin, si l'article 138 exclut du champ d'application du code des marchés publics les marchés et accords-cadres conclus entre une entité adjudicatrice et une entreprise liée, cette exclusion résulte également de la transposition en droit interne des dispositions de l'article 23 de la directive 2004/17/CE ; que le moyen tiré de ce que le champ de la dérogation instituée par l'article 138 excéderait celui des dispositions prévues par la directive doit par suite être écarté ;

Considérant, en dernier lieu, que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit ; qu'en égard aux relations particulières existant entre une entité adjudicatrice et une entreprise liée au sens des dispositions précitées de l'article 138 du code des marchés publics, l'exclusion des marchés conclus entre une entité adjudicatrice et une entreprise liée du champ du code des marchés publics ne porte pas une atteinte illégale au principe d'égalité ; que par suite et en tout état de cause, ces dispositions qui, ainsi qu'il a été dit, transposent l'article 23 de la directive 2004/17/CE, ne sont pas illégales ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX et du SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS tendant à l'annulation de l'article 138 du code des marchés publics doivent être rejetées ;

En ce qui concerne l'article 139 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 139 du code des marchés publics annexé au décret attaqué, I. - Les dispositions du présent code ne sont pas applicables : 1° Aux marchés et accords-cadres passés par un organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer l'une des activités mentionnées à l'article 135 avec l'une de ces entités adjudicatrices ; 2° Aux marchés et accords-cadres passés par une entité adjudicatrice avec un organisme tel que mentionné au 1°, dont elle fait partie, lorsque cet organisme a été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans et que, aux

termes des statuts de cet organisme, les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en sont parties prenantes au moins pendant cette même période. (...) ; que ces dispositions se bornent à transposer le point 4 de l'article 23 de la directive 2004/17/CE, qui exclut de son champ d'application les marchés passés soit par une coentreprise exclusivement constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités au sens des articles 3 à 7 auprès d'une de ces entités adjudicatrices, soit par une entité adjudicatrice auprès d'une telle coentreprise, dont elle fait partie, pour autant que la coentreprise ait été constituée dans le but de poursuivre l'activité en question pendant une période d'au moins trois ans et que l'instrument constituant la coentreprise stipule que les entités adjudicatrices qui la composent en feront partie intégrante pendant au moins la même période ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 139 comporteraient une dérogation plus large que celle prévue par la directive doit être écarté ;

Considérant, par ailleurs, que, ainsi qu'il a été dit, le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit ; que, dès lors que les organismes visés par l'article 139 sont constitués uniquement par des entités adjudicatrices, l'exclusion du champ du code des marchés publics des marchés conclus entre une telle entité et ces organismes ne porte pas une atteinte illégale au principe d'égalité ; que par suite et en tout état de cause, ces dispositions qui, ainsi qu'il a été dit, transposent l'article 23 de la directive 2004/17/CE, ne sont pas illégales ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX tendant à l'annulation de l'article 139 du code des marchés publics doivent être rejetées ;

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 que soit mise à la charge de l'Etat, qui n'est pas, dans les instances n° 297892 et 301171, la partie perdante, les sommes que M. B, l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS, le CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX et la CONFERENCE DES BATONNIERS demandent au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, il y a lieu, dans l'instance n° 297919, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de l'Etat une somme de 2 000 euros au titre des frais exposés par l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1er : L'intervention de la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment est admise.

Article 2 : Le troisième alinéa du paragraphe I de l'article 60, le quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 65 et le quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 67 du code des marchés publics annexé au décret du 1er août 2006 ainsi que le dernier alinéa du point 10.2.3 et le point 16.1.1 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics, en tant qu'il précise que sont inclus dans le champ de l'article 135 les marchés par lesquels une personne publique confie à un tiers l'exploitation d'un réseau fixe, sont annulés.

Article 3 : L'Etat versera à l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions des requêtes du SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, de l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES DE GRANDS TRAVAUX, de M. B, de l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX, de l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL, de l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE, de l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES, de la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C, de

L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS, du CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, de la CONFERENCE DES BATONNIER, est rejeté.

Article 5 : La présente décision sera notifiée au SYNDICAT ENTREPRISES GENERALES DE FRANCE-BATIMENT TRAVAUX PUBLICS, à l'ASSOCIATION DES ENTREPRENEURS BELGES DE GRANDS TRAVAUX, à M. Patrice B, à l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX, à l'ASOCIACION DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS DE AMBITO NACIONAL, à l'ISTITUTO GRANDI INFRASTRUTTURE, à l'ASSOCIATION ITALIENNE DES ENTREPRISES GENERALES, à la SOCIETE IMPRESA PIZZAROTTI et C, à l'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE PARIS, au CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, à la CONFERENCE DES BATONNIERS, à la SOCIETE CIVILE PROFESSIONNELLE SUR, MAUVENU ET ASSOCIES, au Premier ministre, au ministre de l'économie, des finances et de l'emploi et à la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment.