

CONTRATS ADMINISTRATIFS

APPORTS DE L'ANNEE - 2010 - FRANCE

(Mai 2011)

Prof. Hélène HOEPFFNER¹

INDEX

1. SUR LA QUALIFICATION DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

1.1 Théorie générale

1.2 Contrats spéciaux

2. SUR LE REGIME DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

2.1 Sur la passation

2.2 Sur l'exécution

L'année 2010 n'a pas été un grand millésime pour le droit des contrats administratifs – du point de vue de leur qualification et de leur régime juridique. Nul arrêt novateur. Nul bouleversement. La jurisprudence a simplement confirmé des principes, apporté des précisions ou confirmé des solutions relatifs tant à la qualification des contrats administratifs qu'à leur régime juridique.

¹ Maître de conférences en droit public à l'Université Paris II- Panthéon Assas

1. SUR LA QUALIFICATION DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Le législateur, longtemps taiseux, a, depuis quelques années, multiplié les contrats administratifs par détermination de la loi, rendant presque sans objet les critères jurisprudentiels traditionnels (v. cependant : TC 6 juillet 2009, *Société coopérative agricole Agrial*, n°3711).

L'année 2010 illustre cette problématique. Seuls quelques rares arrêts font référence aux critères traditionnels du contrat administratif. Au contraire, nombre de décisions précisent les critères d'identification des contrats administratifs spéciaux.

1.1 Théorie générale

Aux termes d'une jurisprudence constante, l'identification d'un contrat administratif suppose la réunion de deux critères cumulatifs. Un critère organique d'abord : un contrat ne peut être administratif que si l'une des parties à celui-ci est une personne morale de droit public (CE 1er juillet 2010, n°333275, *Société Bioenerg*, *Dr. Adm.* 2010, comm. 139, F. Brenet). Un critère matériel ensuite : un contrat est administratif s'il comporte une clause exorbitante du droit commun (CE 31 juillet 1912, *Société des Granits Porphyroïdes des Vosges*, *Rec. CE 1912* p. 909 ; Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, par M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, Dalloz, 17ème éd., 2009, p.143) ou s'il associe directement le cocontractant au service public (CE Sect. 20 avril 1956, *Époux Bertin*, *Rec. CE 1956* p.167 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, préc. p.466).

L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 6 octobre 2010 (pourvoi n° n°09.15-448) illustre, de façon somme toute étonnante, la relativité du **critère organique**.

Statuant au visa de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse en VIII « alors applicable », la Cour, après avoir rappelé « *qu'ont le caractère de travaux publics, les travaux immobiliers répondant à une fin d'intérêt général et qui comportent l'intervention d'une personne publique, soit en tant que collectivité réalisant les travaux, soit comme*

bénéficiaire de ces derniers », conclut que le simple fait qu'un contrat – pourtant conclu entre deux personnes privées – prévoit que « *les équipements publics devant revenir à la commune lui seront remis gratuitement après leur réception* » suffit à caractériser un ouvrage public et, par suite, à retenir la compétence de la juridiction administrative.

Certes, un tel raisonnement est – en principe – retenu, en droit de la responsabilité extra-contractuelle, pour les dommages de travaux publics (TC, 15 janvier 1973, *Société Quillery-Goumy c/ Société chimique routière*, Rec. CE 1973, tables p.844).

En droit des contrats, la notion de travail public n'a en revanche jamais permis – à elle seule – de qualifier un contrat de contrat administratif. Les marchés de travaux publics conclus entre deux personnes privées ont toujours été qualifiés de contrats de droit privé (CE Sect., 14 mai 1974, *Société Paul Millet et compagnie*, Rec. CE 1974, p. 310), sauf lorsque l'une des parties agissait « pour le compte » d'une personne publique (CE, 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, Rec. CE 1975, p. 326).

En l'espèce, la Cour aurait pu raisonner de la sorte et conclure que la société concessionnaire agissait pour le compte de la commune puisque le bassin à vocation portuaire, construction répondant à un but d'utilité publique, a été remis, dès son achèvement, à la commune, à titre gratuit. Elle n'a cependant pas retenu une telle solution. Procédant par la voie d'une affirmation générale, elle semble considérer que toute opération de travail public au sens de la jurisprudence *Commune de Montségur* (CE, 10 juin 1921, Rec. CE 1921, p.573, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit. p.226) relève de la compétence du juge administratif.

L'arrêt rendu par le Conseil d'État le 19 novembre 2010, *Office National des Forêts c/ Girard-Mille* (n°331837 ; RJEP n°684, 2011, comm. 12, concl. B. Dacosta ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 36, P. Devillers ; *Dr. adm.* 2011, comm. 19, F. Brenet ; *JCP A.* n°3, 17 janvier 2011, 2020, comm. J. Moreau ; *AJDA* 2011, p.281, comm. J.-D. Dreyfus ; *AJCT* 2011, p.141, comm. G. Clamour) réaffirme et précise la place de la **clause exorbitante du droit commun** comme critère du contrat administratif pour les contrats portant sur la gestion du domaine privé.

La multiplication des hypothèses de qualification textuelle des contrats administratifs a considérablement réduit la portée pratique du critère de la clause exorbitante du droit privé. À tel point que certains auteurs en ont conclu qu'il a connu « *une mort sans enterrement* » (N. Symchowicz et Ph. Proot, « De la mort des critères du contrat administratif à celle de la théorie du contrat administratif », *CP-ACCP*, n°100, p.16).

L'arrêt *Office National des Forêts* prouve qu'une telle conclusion était hâtive (v. aussi TC, 15 mars 2010, n°3755, *M. Antony A. c/ Commune de Vallon en Sully ; Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 242, F. Llorens).

En l'espèce, l'établissement public avait conclu, en 2007, un contrat autorisant M. A. à occuper des dépendances de son domaine privé en vue d'y exploiter un centre équestre. L'occupant n'ayant pas respecté ses engagements, l'ONF a résilié la convention. En première instance, le tribunal administratif de Pau se déclara incompétent au motif que la convention portait sur la gestion du domaine privé d'une personne publique. La cour administrative d'appel de Bordeaux, au contraire, se déclara compétente au motif que ladite convention comportait des clauses exorbitantes du droit commun. Saisi en cassation, le Conseil d'État confirme cette dernière analyse. Alors même que la présence d'une seule clause exorbitante du droit commun suffit à entraîner l'administrativité d'un contrat (CE, 20 avril 1959, *Société nouvelle d'exploitation des plages*, *Rec. CE* 1959, p.866), le Conseil d'État s'efforce d'en relever trois :

« Considérant (...) qu'en vertu des stipulations de l'article 7-1 de la convention litigieuse, relatives au calcul de la redevance d'occupation due par l'occupant, l'Office dispose d'un pouvoir de contrôle direct de l'ensemble des documents comptables du titulaire ; que si la clause 8-2-1 de la convention permet à l'ONF de procéder à tous travaux sur la parcelle occupée dans le cadre des compétences légalement dévolues à l'Office par les dispositions du code forestier, elle stipule également qu'il peut exécuter des travaux sur la voie publique ou sur des immeubles voisins pour lesquels quelque gêne qu'il puisse en résulter pour lui, le titulaire n'aura aucun recours contre l'ONF et ne pourra prétendre à aucune indemnité, ni diminution de loyer ; que la clause de l'article 9 de cette même convention, relative aux pouvoirs des agents assermentés de l'Office, compétents en

vertu des dispositions des articles L. 152-1 et suivants du code forestier pour rechercher et constater les contraventions et délits dans les forêts et terrains soumis au régime forestier, impose au cocontractant d'observer les instructions que pourraient lui donner ces agents ; que la cour administrative d'appel de Bordeaux (...) a exactement qualifié ces clauses (...) d'exorbitantes du droit commun ;

Considérant que l'existence de clauses exorbitantes du droit commun dans le contrat liant M A à l'ONF lui conférant un caractère administratif, la cour administrative d'appel de Bordeaux n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le litige né de l'exécution de ce contrat relevait de la compétence de la juridiction administrative ; ».

De façon assez paradoxale donc, l'utilité du critère de la clause exorbitante du droit commun est réaffirmée dans un contentieux relatif à une convention d'occupation du domaine privé d'une personne publique (Ph. Yolka, « Une peau de chagrin : la clause exorbitante dans les contrats d'occupation du domaine privé, *JCP A.* 2008, 2117), dans un contexte où le contentieux de la gestion du domaine privé relève pourtant très largement de la compétence du juge judiciaire (en ce sens, l'arrêt reconnaissant la compétence du juge judiciaire pour connaître du contentieux des actes détachables de la gestion du domaine privé : TC 22 novembre 2010, n°3764, *Brasserie du Théâtre c/ Commune de Reims* ; *AJDA* 2010, p.2423, chron. D. Botteghi et A. Lallet ; *Dr. Adm.* 2011, comm. 20, note F. Melleray ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 26, P. Devillers ; *RJEP* 2011, comm. 13, G. Pellissier).

Enfin, l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 8 octobre 2010, *Société d'HLM Un toit pour tous* (n°316723 ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 37, G. Eckert ; *Dr. Adm.* 2011, comm. 4, Ph. Billet ; *JCP. A.*, n°51, 20 déc. 2010, 2375, A. Guigue) illustre le second critère matériel du contrat administratif : **le service public**. Il confirme une jurisprudence établie aux termes de laquelle un contrat est administratif lorsque, satisfaisant au critère organique, il a pour objet de confier l'exécution du service public au cocontractant (CE, Sect., 20 avr. 1956, *Époux Bertin*, *Rec. CE* 1956, p.167) ou lorsque sa conclusion est le moyen même d'exercer une mission de service public.

En l'espèce, une société d'HLM a fait construire un immeuble sur un terrain qu'elle s'est vu confier par l'État dans le cadre d'un bail emphytéotique. Elle a ensuite loué cet immeuble au CROUS de Montpellier afin qu'il l'affecte au logement des étudiants. Un contentieux entre la société anonyme d'HLM et le CROUS relatif à la prise en charge de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères a cependant conduit à s'interroger sur la qualification de ce contrat de location.

Saisi en cassation à la suite d'un arrêt confirmatif de la cour administrative d'appel de Marseille, le Conseil d'État juge que le contrat par lequel une société d'HLM loue au CROUS un immeuble d'habitation et n'autorise sa sous-location qu'au profit des étudiants revêt un caractère administratif au motif que « *cette convention a ainsi eu pour objet l'exécution même du service public de logement des étudiants et revêtait en conséquence le caractère d'un contrat administratif* ».

En effet, en l'espèce, le propriétaire de l'ouvrage était une personne privée (SA d'HLM) qui le louait à une personne publique (CROUS), chargée par le législateur du service public du logement étudiant (*c. éduc., art. L.822-1 et s.*). Le contrat ne pouvait donc pas avoir pour objet de déléguer la gestion du service public. En revanche, il constitue une modalité d'exécution du service public, ce qui suffit à entraîner son administrativité (CE 26 juin 1974, *Société La Maison des Isolants de France*, Rec. CE 1974, p.365).

1.2 Contrats spéciaux

L'année 2010 a surtout été l'occasion de préciser certains critères d'identification de contrats administratifs dits « spéciaux », notamment les marchés publics et les délégations de service public. Trois « affaires » mais cinq arrêts illustrent cette tendance.

La première concerne la qualification de **marché public**. En droit communautaire (directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, art. 1er), comme en droit interne (C. marchés pub., art. 1er), les contrats conclus par des entités n'exerçant pas une activité économique échappent à la qualification de marché public (CE, avis, 23 octobre 2003, n°369315, *Fondation Jean Moulin*, EDCE, n°55, p.207 ; CP-ACPP 2004, n°34, note E. Fatôme et L. Richer).

Saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision ministérielle de signer la convention d'objectifs et de gestion 2009-2012 liant l'État et la Caisse nationale des allocations familiales (CNAF), le Conseil d'État, dans un arrêt rendu le 28 mai 2010, Société Enfenconfinance (n°328731), rejette le recours exercé par la société requérante au motif qu'aux termes de la convention litigieuse chargeant la CNAF de diffuser gratuitement sur un site Internet des informations relatives aux structures d'accueil des enfants, celle-ci n'était pas chargée « *d'exercer une activité économique emportant intervention sur le marché* ». Il précise même qu'il en va ainsi alors même que « *cette convention a pu inciter certains départements à ne pas créer ou développer leur propre site d'information* » et donc à ne pas « *faire appel à cette fin à des prestataires extérieurs* ». Par suite, la convention en cause échappe à la qualification de marché public et, par voie de conséquence, au respect des règles de publicité et de mise en concurrence.

Les deux autres affaires concernent la qualification de **délégation de service public**.

La première affaire concerne le premier critère de la délégation de service public, à savoir son objet : la délégation d'une mission de service public.

Ce critère a donné lieu à un véritable « feuilleton » : celui du stade Jean Bouin qui a démarré devant le tribunal administratif de Paris le 31 mars 2009 (n°0607283/7, *Société Paris Tennis* ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 203, G. Eckert ; *BJCP* n°65/2009, p.312, concl. C. Villalba) et qui a connu son épilogue devant la section du Conseil d'État, le 3 décembre 2010 (n°338272 et n°338527, *AJDA* 2010, p.2343 ; *AJDA* 2011, p.18, étude S. Nicinski et E. Glaser ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 25, G. Eckert ; *AJCT* 2011, p.37, comm. J.-D. Dreyfus ; *Dr. Adm.* 2011, comm. 17, F. Brenet et F. Melleray ; *RDI* 2011, p.162, comm. R. Noguellou).

L'enjeu du litige opposant l'association Paris Tennis à la Ville de Paris et à l'association Jean Bouin était de savoir si la convention autorisant cette dernière association à occuper, pendant vingt ans, deux parcelles du domaine public communal correspondant au stade Jean Bouin et à vingt-et-un courts de tennis était bien une convention d'occupation

du domaine public, laquelle pouvait être conclue sans avoir à respecter une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence.

Aux termes du contrat litigieux, les parties avaient clairement exclu la qualification de délégation de service public en stipulant que « *le présent contrat d'occupation du domaine public ne confère (pas) à l'occupant (...) la qualité de concessionnaire de service public* ». L'association Paris Tennis a cependant contesté cette qualification, considérant que le contrat litigieux avait pour objet de confier au cocontractant la gestion d'un service public, sous le contrôle de la collectivité publique.

En première instance, ce raisonnement a été suivi par le tribunal administratif de Paris. « *Considérant que le juge n'est pas tenu par la qualification des conventions donnée par les parties* », il recherche « *la réalité des intentions des parties et leur pratique en 2004* ». Constatant d'une part que, malgré le silence du contrat, des courts de tennis continuaient à être affectés, à la demande de la ville, à l'accueil des activités de sport scolaire et d'autre part, que la ville de Paris conservait des pouvoirs de contrôle sur l'activité de l'association, il conclut que la convention litigieuse a pour objet de confier au cocontractant la gestion d'un service public et non pas simplement d'autoriser l'occupation du domaine public en vue de la réalisation d'une activité d'intérêt général et donc revêt « *le caractère d'une délégation de service public* ».

Saisi d'une demande de sursis à exécution à l'encontre du jugement rendu par le tribunal administratif de Paris (CJA, art. R.811-5), le Conseil d'État, se référant à la lettre du contrat, a au contraire considéré que la convention en cause constituait une convention d'occupation du domaine public dès lors qu'elle laissait le cocontractant libre de déterminer les conditions d'utilisation des installations (CE 13 janvier 2010, n°329576 et 329625, *Assoc. Paris Jean Bouin et Ville de Paris, Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 116, G. Eckert ; *BJCP* n°69/2010, p.115, concl. L. Olléon et obs. Ch. M. ; *AJDA* 2011, p.21, chron. E. Glaser ; *RJEP*, n°685, avr. 2011, comm. 20, chron. Ch. Maugüe ; *Dr. Adm.* 2011, comm. 17, F. Brenet et F. Melleray ; *JCP A.*, n°3, 31 janvier 2011, 2043, comm. Cl. Devès).

La cour administrative d'appel de Paris (CAA Paris, Plén., 25 mars 2010, n°09PA01920, 09PA02632, 09PA03008, *Association Paris Jean-Bouin et Ville de Paris, Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 189, G. Eckert ; BJCP n°71/2010, p.297 ; Dr. Adm. 2010, comm. 93, F. Brenet ; AJDA 2010, p.774, obs. F. Lelièvre), statuant au fond, en appel, s'est écartée de cette qualification. Considérant qu'« *il appartient au juge de prendre en compte non seulement les stipulations du contrat de concession mais également l'ensemble des relations, organiques ou fonctionnelles, nouées entre cette personne et la collectivité propriétaire des équipements concédés, avant, pendant et après sa conclusion* », elle a jugé que la convention revêtait le caractère d'une délégation de service public.

Saisi en cassation, le Conseil d'État a cassé l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris. Confirmant la commune intention des parties, s'appuyant sur les stipulations contractuelles et, plus largement, sur des « *éléments extérieurs au contrat (...) de nature à éclairer la commune intention des parties* », il considère 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* ».

Faisant application de la méthode du faisceau d'indices, il examine successivement les arguments retenus par la cour administrative d'appel pour qualifier l'activité de service public et les rejette. Il rejette d'abord l'argument tenant à la présence du club de rugby professionnel laquelle « *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* ». Il rejette ensuite l'argument fondé sur l'obligation d'accueillir les élèves des collèges environnants : l'annexe au contrat « *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* ». Il rejette aussi l'argument financier : il considère que le programme de travaux d'un montant de dix millions d'euros n'excède pas les besoins propres de l'occupant et ne constitue pas une

obligation de service public. Il considère également que si, aux termes du contrat, en cas de difficultés financières, « *les parties conviennent de se rencontrer afin d'établir les mesures propres à assurer la pérennité de l'association Paris Jean Bouin, la continuité du service public et la préservation des biens concédés* », ces stipulations ne visent qu'à « *garantir la meilleure utilisation du domaine* ».

Confortant la subjectivité de la notion de service public découlant de la jurisprudence *APREI* (CE, Sect., 22 février 2007, *Assoc. personnel relevant des établissements pour inadaptés*, Rec. CE 2007, p.92), l'arrêt permet de conclure qu'une convention relative à la gestion d'équipements sportifs appartenant à une collectivité publique ne constitue une délégation de service public que si les stipulation de ladite convention permettent de « *caractériser la volonté de la ville d'ériger ces activités en mission de service public* ».

La qualification retenue par le Conseil d'État peut prêter à discussion. Mais au-delà, le « feuilleton » laisse perplexe. D'une part, parce qu'on peut légitimement se demander comment un même contrat peut donner lieu à des décisions aussi diamétralement opposées. D'autre part, parce que la subjectivisation de la qualification du contrat risque d'être interprétée par certaines collectivités publiques et leurs cocontractants comme leur permettant d'échapper à la qualification de délégation de service public donc aux obligations de publicité et de mise en concurrence puisque, dans le même arrêt, le Conseil d'État a précisé que la conclusion d'une convention domaniale n'a pas à être précédée d'une procédure de publicité et de mise en concurrence (voir *infra*).

La seconde affaire concerne le second critère de la délégation de service public : la rémunération du délégataire.

Dans un arrêt rendu le 19 novembre 2010, *Consorts Dingreville* (n°320169 ; *Contrats-Marchés publ.*, 2011, comm. 22, G. Eckert ; JCP A., n°48, 29 nov. 2010, act. 875, L.E. ; *AJDA* 2010, p.2240), le Conseil d'État confirme que le critère de la délégation de service public demeure celui de la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation (CGCT, art. L.1411-1 et L. n°93-122, 29 janvier 1993, art.38 ; CE, 15 avril

1996, *Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de Lambesc*, Rec. CE 1996, p.137) mais que son appréciation fait l'objet de nuances.

Aux termes d'une jurisprudence désormais classique, le juge a complété le critère législatif tenant à ce que la rémunération du délégataire soit « *substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* » et exigé qu'une « *part significative du risque d'exploitation demeure à la charge de ce cocontractant* » : environ 30% du déficit éventuel (CE, 7 novembre 2008, n°291794, *Département de la Vendée* ; AJDA 2008, p.2143 et p.2454, note L. Richer ; *Contrats-Marchés publ.*, 2008, comm. n°296, G. Eckert ; CCC 2009, chron. 1, J.-M. Glatt ; BJCP n°62/2009, p.7, étude T. Pez). L'absence de réel risque d'exploitation exclut la qualification de délégation de service public (CE 5 juin 2009, n°298641, *Société Avenance – Enseignement et Santé* ; JCP. A. 2009, avr. 744 ; RJEP, n°671, janvier 2010, comm. 3, D. Moreau ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 236, note G. Eckert ; AJDA 2009, p.1129).

Or en l'espèce, le Conseil d'État franchit un pas supplémentaire : il considère que la seule perspective d'un déficit suffit à identifier un risque d'exploitation qui n'est pas ici quantifié. Le juge s'appuie sur les modalités de calcul de la rémunération du cocontractant et conclut que celle-ci est susceptible d'être inférieure aux dépenses d'exploitation :

« *Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que le contrat conclu avec la société Beauvais Sports et Spectacles lui confiait une mission de service public tenant à l'exploitation du palais des spectacles communal sous le contrôle de la commune, s'agissant notamment de la programmation culturelle et des contraintes relatives à son occupation par les équipes sportives de la ville ; que ce contrat accordait à la société une rémunération composée d'une part fixe et d'une part variable calculée en fonction des écarts entre le budget prévisionnel et le budget réalisé, la rémunération globale étant susceptible d'être inférieure aux dépenses d'exploitation ; que le cocontractant supportait ainsi un risque d'exploitation ; que, par conséquent, la cour n'a pas inexactement qualifié le contrat de délégation de service public en relevant que la convention litigieuse confiait au cocontractant l'exécution d'un mission de service public, moyennant une rémunération substantiellement liée à l'exploitation* ».

2. SUR LE REGIME DES CONTRATS ADMINISTRATIFS.

Parmi les solutions méritant de retenir l'attention, certaines concernent la passation des contrats administratifs. D'autres concernent leur exécution.

2.1 Sur la passation

Le contrat administratif, comme tout contrat, naît d'un accord de volontés (C. civ., art. 1101). Théoriquement, les personnes publiques, comme les personnes privées, bénéficient de la liberté contractuelle (CE 28 janv. 1998, req. n°138650, *Sté. Borg Warner*, *Rec.* 20 ; Cons. cons., déc. n°2006-543 DC du 30 nov. 2006, *Contrats-Marchés publ.* 2007, comm. 24, G. Eckert ; *Dr. Adm.* 2007, comm. n°14, note M. Bazex ; *RFDA* 2006.1163, R. de Bellescize ; *RDJ* 2006, p.1569, A. Duffy).

Elles ne sont pourtant pas libres de recourir au contrat et encore moins de choisir librement certains types de contrats. Deux arrêts illustrent ces contraintes.

Le premier est un arrêt rendu par le Conseil d'État le 3 mars 2010, Département de la Corrèze (n°306911). Il permet de préciser l'étendue des pouvoirs reconnus aux personnes publiques pour créer un service public à caractère industriel et commercial et, par suite, de le déléguer par le truchement d'une convention de délégation de service public.

Le département de Corrèze a créé un service public de téléassistance aux personnes âgées et handicapées puis en a attribué la gestion à un opérateur privé dans le cadre d'une convention de délégation de service public. Le contrat ayant été conclu antérieurement à l'arrêt *Tropic* du 16 juillet 2007, le concurrent évincé a exercé un recours pour excès de pouvoir contre la délibération de la commission permanente du Conseil général qui a retenu l'offre et autorisé la signature du contrat. Il estimait que la création de ce service public portait atteinte au respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Il soutenait que ce service public concurrençait illégalement les entreprises privées assurant des prestations similaires, ne bénéficiant pas de subventions publiques.

Rappelant le considérant de principe de l'arrêt *Ordre des avocats au Barreau de Paris* (CE, Ass., 31 mai 2006, Rec. CE 2006, p.272), le Conseil d'État rejette le pourvoi :

« *Considérant ... que le service de téléassistance aux personnes âgées et handicapées créé par le département de la Corrèze, dans le cadre de son action en matière d'aide sociale, a pour objet de permettre à toutes les personnes âgées ou dépendantes du département, indépendamment de leurs ressources, de pouvoir bénéficier d'une téléassistance pour faciliter leur maintien à domicile ; que ce service consiste, d'une part, à mettre à disposition de l'utilisateur un matériel de transmission relié à une centrale de réception des appels, fonctionnant vingt-quatre heures sur vingt-quatre et sept jours sur sept, chargée d'identifier le problème rencontré par l'utilisateur et d'apporter une réponse par la mise en oeuvre immédiate d'une intervention adaptée à son besoin, grâce à un réseau de solidarité composé de personnes choisies par l'utilisateur, à un service médical, social ou spécialisé et aux dispositifs locaux existants, tels que les instances de coordination gérontologique, les plates-formes de service, le service de soins infirmiers à domicile pour personnes âgées, d'autre part, à intervenir au besoin au domicile de l'utilisateur dans les vingt-quatre heures suivant l'appel de l'utilisateur ou moins, selon l'urgence ; que le délégataire, tenu d'organiser localement le service, doit envisager, en fonction de la montée en charge du dispositif, l'installation d'une agence locale dans le département ; que, pour le financement de ce service, le département de la Corrèze intervient en réduction du coût réel de la prestation pour les usagers ; qu'ainsi, même si des sociétés privées offrent des prestations de téléassistance, la création de ce service, ouvert à toutes les personnes âgées ou dépendantes du département, indépendamment de leurs ressources, satisfait aux besoins de la population et répond à un intérêt public local ; que, par suite, cette création n'a pas porté atteinte illégale au principe de liberté du commerce et de l'industrie ».*

Il confirme ainsi que l'intervention d'une personne publique sur un marché n'exige pas la démonstration d'une carence de l'initiative privée, quantitative (CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*, Rec. CE 1930, p.583 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, par M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, Dalloz, 17^{ème} éd., 2009, p.262) ou qualitative (CE, 20 novembre 1964, *Ville*

de Nanterre, Rec. CE 1964, p.563). Elle peut être justifiée par la seule existence d'un intérêt public local.

Le second arrêt illustrant l'encadrement de la liberté de la personne publique de choisir le procédé contractuel de son choix est celui rendu par le Conseil d'État le 23 juillet 2010, Jean-Pierre Lenoir et Syndicat national des entreprises de second œuvre du bâtiment (n°326544 et n°326545 ; *BJCP* n°72/2010, p.359, concl. N. Boulouis ; *Contrats-Marchés pub.* 2010, comm. 318, G. Eckert ; *RJEP* 2011, comm. 2, F. Brenet ; *JCP. A.*, n°37, 13 sept. 2010, 2265, comm. F. Linditch ; *Gaz. Pal.*, n°274-275, 1er oct. 2010, p.8, comm. J.-L. Pissaloux et C. Gisbrant ; *Nouveaux Cah. Cons. cons.*, n°30/2011, p.189, comm. H. Hoepffner).

Aux termes d'une jurisprudence désormais classique du Conseil constitutionnel (voyez not. Cons. cons., déc. n°2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* ; déc. n°2004-506 DC du 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*), le contrat de partenariat est un contrat dérogatoire du droit commun. Il doit être réservé à des situations répondant à un motif d'intérêt général. Parmi celles-ci, le Conseil constitutionnel a cité « *l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances locales particulières, 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* ». De cette réserve d'interprétation « directive » est né l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 aux termes duquel le recours au contrat de partenariat n'est légal qu'en cas d'urgence, de complexité du projet ou, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 28 juillet 2008, lorsque 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.

L'affaire soumise au Conseil d'État concernait l'appréciation de l'urgence.

Dans un premier temps, le Conseil d'État, se plaçant dans le prolongement de la jurisprudence constitutionnelle, rappelle que le recours au contrat de partenariat doit être dûment justifié, autrement dit qu'il s'agit d'une procédure dérogatoire. Il souligne que

l'urgence ne doit pas provenir de simples difficultés. Il confirme que la cour administrative d'appel de Nantes n'a pas apprécié « *l'urgence du projet, sur de simples difficultés ou inconvénients mais sur la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave, préjudiciable à l'intérêt général et affectant le bon fonctionnement du service public de l'éducation* ».

Dans un second temps cependant, il affirme que l'urgence n'a pas à être extérieure aux parties, c'est-à-dire qu'elle peut être imputable au pouvoir adjudicateur lui-même. Peu importe que le conseil général n'ait pas anticipé l'augmentation du flux d'élèves à accueillir : l'urgence, « *quelles qu'en soient les causes, est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat* » (3e cdt.) ; « *il n'incombait pas à la cour administrative d'appel de vérifier la circonstance, qui serait sans incidence sur la légalité du recours au contrat de partenariat, que le retard constaté aurait été imputable au département* » (4e cdt.). Il affirme ensuite que l'urgence peut être motivée par référence à des circonstances postérieures à la décision de recourir au contrat de partenariat : « *la cour pouvait tenir compte, pour apprécier l'urgence du projet à la date à laquelle le département du Loiret a décidé de recourir à un contrat de partenariat, de circonstances de fait qui, bien que postérieures à cette décision, éclairaient les conséquences du retard invoqué* ». Il considère enfin que l'urgence n'impose pas la démonstration préalable de la plus grande rapidité du projet de partenariat par rapport à que celles des autres formules de la commande publique : « *il n'appartenait pas à la cour administrative d'appel, pour apprécier la justification du recours à un contrat de partenariat, de rechercher si celui-ci permettait la construction et la mise en service de l'équipement dans un délai plus bref qu'à l'issue d'autres procédures, c'est pas un motif surabondant, sans incidence sur la solution, qu'elle a estimé, inutilement, que le département du Loiret établissait que le recours au contrat de partenariat permettait en l'espèce au projet d'aboutir dans un délai inférieur d'au moins une année* ».

On mesure ici la bienveillance dont fait preuve le Conseil d'État mais aussi son détachement par rapport à l'esprit de la jurisprudence constitutionnelle qui entendait circonscrire l'usage du contrat de partenariat. Pragmatique, le Conseil d'État retient le sens courant de l'urgence : quelles que soient ses causes, elle requiert une action immédiate.

Certes, la loi du 24 juillet 2008 dispose désormais qu'il peut y avoir 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* ». Mais, comme le rappelle explicitement le Conseil d'État dans le 1er considérant de l'arrêt, cette loi n'était précisément pas applicable au litige.

Dès lors que la personne publique a décidé de recourir au procédé contractuel et qu'elle a choisi le type de contrat approprié à son intervention, se pose une deuxième série de questions relatives à la procédure d'attribution : faut-il mettre en concurrence le contrat ? et dans l'affirmative, comment doit se dérouler la procédure de dévolution concurrentielle ?

Une loi et un arrêt illustrent la première problématique.

La loi d'abord. Confrontées à la progression continue des obligations de publicité et de mise en concurrence, les autorités françaises ont, depuis quelques années, exploité les possibilités qui leur sont offertes par la jurisprudence communautaire de créer des entités à capitaux exclusivement publics susceptibles de relever du « in house » (M. Karpenschif, « SPLA, SPL, SLP. Un an après la communication interprétative sur les partenariats public-privé institutionnalisés : où en est-on du développement de l'économie mixte locale ? », *JCP. A.* 2009, 2230 ; G. Terrien, « Le développement des sociétés publiques locales », *Dr. Adm.* 2010, étude n°18 ; S. Nicinski, « La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales », *AJDA* 2010, p.1759).

En 2006, la loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 *portant engagement national pour le logement* (art. L.327-1 c. urb.) a créé, à titre expérimental, des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) dont l'objet est d'effectuer, sur le territoire et pour le compte des collectivités territoriales qui en sont actionnaires, des opérations d'aménagement.

En 2010, cette expérimentation a été pérennisée par la loi n°2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales (*Contrats-Marchés pub.* 2010, comm. 235, G. Clamour) créant des sociétés publiques locales (SPL) dont l'objet est de permettre à plusieurs collectivités territoriales et à leurs groupements de réaliser des

opérations d'aménagement, de réaliser des opérations de construction mais aussi de gérer leurs services publics industriels et commerciaux ou toutes autres activités d'intérêt général. Bien que ces sociétés puissent prendre la forme de sociétés anonymes régies par le livre II du code de commerce et par les dispositions du code général des collectivités territoriales gouvernant les sociétés d'économie mixte locales, les activités de ces nouvelles SPL sont exonérées de toute mise en concurrence préalable dès lors d'une part, que les collectivités territoriales actionnaires détiennent la totalité de leur capital, c'est-à-dire qu'elles exercent un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services et d'autre part, que ces sociétés exercent « *leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres* » (art. L.1531-1CGCT).

Incontestablement, ces sociétés sont inspirées du modèle communautaire du *in house*. Elles sont néanmoins soumises à une contrainte supplémentaire puisque la loi exige qu'elles exercent leur activité « *exclusivement* » pour le compte de leurs actionnaires alors que la jurisprudence communautaire se contente d'exiger, outre le critère du contrôle analogue, que l'organisme bénéficiant du régime *in house* consacre « *l'essentiel* » de ses activités au(x) pouvoir(s) adjudicateur(s) à l'origine de sa création.

L'arrêt ensuite. Dans l'arrêt précité du 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, le Conseil d'État a clôt le débat sur l'éventuelle obligation de mettre en concurrence les conventions d'occupation domaniales.

Alors que certaines juridictions du fond s'étaient expressément prononcées en faveur de l'obligation de faire précéder la conclusion des contrats portant occupation du domaine public (TA Nîmes, 24 janv. 2008, *Société des trains touristiques G. Eisenreich*, AJDA 2008, p.2172, note J.-D. Dreyfus ; *Rev. Lamy Collect. Territ.* n°7/2008, comm. 16, G. Clamour ; TA Versailles, 5 janvier 2010, n°06VE12319, *M. Guyard*, AJDA 2010, p.1196, concl. J. Sorin ; contrat : CAA Paris, 14 octobre 2010, n°09PA01472, *Lilem A., Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 426, note F. Llorens) ou privé (TA Paris, 30 mai 2007, n°0516131, *Préfet de Paris c/ Ville de Paris*, AJDA 2009, p.1766 ; contra. : CAA Bordeaux, 29 nov. 2007, n°05BX00265, *Dumoulin de Laplante*, *Rev. Lamy Collect. Territ.*

n°15/2008, comm. 1092, G. Clamour.) d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, le Conseil d'État n'avait pas eu l'occasion de se prononcer directement sur cette question. Il ne s'était qu'incidemment prononcé – par la négative – dans un arrêt du 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille* (n°317671, *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 286, W. Zimmer). Saisi directement de la question, le Conseil d'État juge explicitement 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 ».

Le débat semble ainsi être clôt. Il semble d'autant plus l'être si l'on se réfère aux conclusions de l'avocat général Mengozzi sur l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 25 mars 2010, *Helmut Müller* (aff. C-451/08) considérant que l'extension des obligations de publicité et de mise en concurrence au-delà des marchés publics et des concessions supposerait l'adoption, en droit communautaire, d'instruments législatifs appropriés qui, en l'état actuel du droit, font défaut.

Il pourrait néanmoins être réouvert sous un nouvel angle : celui de l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne, *The Sporting Exchange Ltd*, le 3 juin 2010 (Aff. C-203/08). Aux termes de cet arrêt en effet, la délivrance d'un agrément – c'est-à-dire d'un acte unilatéral – conférant à un opérateur un droit exclusif pour exercer une activité économique doit respecter les exigences de l'article 49 du Traité CE, notamment le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence. On peut donc se demander si cette jurisprudence n'est pas amenée à avoir un effet sur les autorisations – unilatérales ou contractuelles – d'occupation du domaine public. Certes, ces autorisations ne confèrent pas nécessairement à leur titulaire un droit exclusif d'exercer une activité économique. Mais elles le font en revanche nécessairement bénéficier d'un droit exclusif d'occuper une dépendance domaniale qui servira de siège à une activité économique. La question pourrait

donc se poser de savoir si, à ce titre, elles ne devraient pas être soumises au principe de transparence.

De nombreux arrêts illustrent la seconde problématique : celle de l'organisation de la procédure de dévolution concurrentielle.

L'année 2010 se caractérise par un renforcement sensible des obligations de transparence, de publicité et de mise en concurrence lié à une interprétation rigoureuse des principes et des textes par le juge administratif. Cette tendance s'est en particulier manifestée pour les marchés publics et pour les délégations de service public.

En témoigne d'abord l'arrêt rendu par la section du Conseil d'État le 10 février 2010, *Perrez* (n°329100 ; *AJDA* 2010, p.561, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats-Marchés publ.*, 2010, comm. 99 et repère n°3, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *Nouveaux Cah. Cons. cons.* n°30/2011, p.187, comm. A. Vidal-Naquet ; *BJCP* n°70/2010, p.189, concl. N. Boulouis et p.195, obs. R. Schwartz) qui annule les dispositions du décret n°2008-1356 du 19 décembre 2008 relevant à 20 000 euros le seuil des marchés dispensés de publicité et de mise en concurrence. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a considéré qu'en relevant de 4 000 à 20 000 euros le montant en deçà duquel tous les marchés publics de tous les pouvoirs adjudicateurs sont dispensés, quelles que soient les circonstances, de toute publicité et de toute 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. Il censure ainsi le caractère général de l'exonération de publicité et de mise en concurrence et rappelle, implicitement, qu'une telle dispense n'est admissible que lorsque l'application des règles de mise en concurrence est impossible ou manifestement inutile.

Certes, cet arrêt était attendu à la suite de l'arrêt de section du Conseil d'État du 30 janvier 2009, *ANPE* (n°290236), imposant le respect, à tous les marchés publics, des principes du droit de la commande publique.

Cette annulation n'allait cependant pas de soi, compte tenu des critiques formulées par le Conseil d'État lui-même dans son rapport public *Collectivités publiques et*

concurrence de 2002 (EDCE n°53, p.332) dans lequel il dénonçait le carcan du droit de la commande publique. Elle n'allait pas davantage de soi au regard des pratiques de nos partenaires européens.

L'arrêt attire d'ailleurs particulièrement l'attention, car – pour une fois – le droit communautaire ne semble être pour rien dans cette extension des obligations de publicité et de mise en concurrence. En l'espèce, ce ne sont pas ces principes communautaires qui ont servi de fondement à annulation du décret : ce sont les principes français d'égalité d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures auxquels le Conseil d'État (CE Sect. Avis 29 juill. 2002, *Sté. MAJ Blanchisserie de Pantin*, Rec. p.297) a reconnu le caractère de principes généraux du droit et le Conseil constitutionnel (Cons. cons., déc. n°2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*), valeur constitutionnelle qui, déconnectés du droit communautaire, ont justifié cette annulation. Depuis le 1er mai 2010 donc (date de la prise d'effet de l'annulation), le seuil des marchés dispensés de publicité et de mise en concurrence est à nouveau de 4 000 euros. En-deçà, l'exonération n'est justifiée que dans les (seuls) cas où « *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 concerné* ».

Témoigne également du renforcement des obligations concurrentielles, le rappel par l'arrêt du Conseil d'État du 24 février 2010, Communauté de communes de l'Enclave des Papes (n°333569 ; AJDA 2010, p.415 ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 131, note W. Zimmer) que, même en procédure adaptée, les pouvoirs adjudicateurs, doivent, dès l'engagement de la procédure, informer les candidats des critères de jugement des offres et des conditions de leur mise en œuvre. Seules les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures n'ont – en principe – pas à être portées à la connaissance des candidats : ce n'est que si le pouvoir adjudicateur entend restreindre le nombre des candidats qu'il devra porter à leur connaissance les critères de sélection des candidatures et les renseignements et documents qui permettront d'opérer cette sélection.

Témoigne encore de ce renforcement des exigences déduites des principes fondamentaux de la commande publique, l'arrêt du Conseil d'État du 18 juin 2010, Commune de Saint-Pal-de-Mons (n°337377 ; *Dr. Adm.* 2010, comm. n°129 ; *Contrats-Marchés pub.* 2010, repère n°8, F. Llorens et P. Soler-Couteaux et comm. 271, Ph. Rees) aux termes duquel des sous-critères de choix, pondérés ou hiérarchisés, doivent être « *regardés comme des critères de sélection* » des offres devant faire l'objet d'une publicité auprès des candidats « *dès lors qu'eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection* ».

Dans le cadre d'une procédure formalisée en effet, les critères de sélection des offres doivent être annoncés dans l'avis de marchés ou le règlement de la consultation, avec leur pondération ou, le cas échéant, leur hiérarchisation (art. 53 du code des marchés publics).

En pratique cependant, le pouvoir adjudicateur recourt souvent à des « sous-critères » afin d'affiner son jugement, de sorte que l'appréciation des offres consiste à additionner l'appréciation de chacun des sous-critères.

La question se posait donc de savoir – compte tenu du silence du code – dans quelle mesure le pouvoir adjudicateur était tenu d'informer les candidats des conditions d'utilisation de ces sous-critères. Après avoir défini la notion de critère de sélection des offres (« *tout élément d'appréciation qui, eu égard à sa nature et à l'importance de sa pondération ou sa hiérarchisation, est susceptible d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection* »), le Conseil d'État considère que les candidats doivent dès le départ (dans l'avis de marché ou le règlement de la consultation) être informés de la pondération (ou la hiérarchisation) d'un tel élément. Sa position est ainsi proche de celle retenue par le juge communautaire (CJCE, 18 oct. 2001, aff. C-19/00, *SIAC construction*) en ce qui concerne l'information des candidats sur la pondération ou la hiérarchisation des sous-critères : elle est obligatoire en cas d'incidence sur la préparation et le jugement des offres.

La question se pose encore de savoir si la publicité des sous-critères doit être ou non faite en toute hypothèse. Aux termes de la jurisprudence *ANPE* (préc.), seuls les critères de jugement des offres et les conditions de leur mise en oeuvre doivent impérativement être publiés : la méthode de chiffrage ou d'évaluation des offres n'a pas à être portée à la connaissance des candidats. C'est d'ailleurs ce qui ressort d'un arrêt du Conseil d'État du 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse* (n°334279 ; *Contrats-Marchés publics* 2010, comm. 165, W. Zimmer). On peut cependant se demander dans quelle mesure un sous-critère, élément d'appréciation venant immédiatement après le critère principal, constitue une modalité de mise en oeuvre dudit critère au sens de la jurisprudence *ANPE*. Par suite, en attendant que la jurisprudence soit fixée, la prudence invite les pouvoirs adjudicateurs à informer de façon systématique les candidats sur ces sous-critères et sur leur poids respectif.

Témoigne enfin de ce renforcement des obligations de publicité et de mise en concurrence, une série d'arrêts alignant – peu ou prou – le régime de la mise en concurrence des délégations de service public sur celui des marchés publics.

Cette tendance s'est amorcée dès la fin de l'année 2009. Dans un arrêt *Établissement public du musée et du domaine de Versailles* du 23 décembre 2009 (n°328827 ; *AJDA* 2010, p.500, note J-D. Dreyfus ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 83, Ph. Rees ; *JCP. A.* 15 mars 2010, 2103, comm. F. Dieu ; *Dr. Adm.* 2010, comm 36, G. Eckert ; *JCP. G.* 2010, act. 27, L. Erstein), le Conseil d'État a considéré que la personne publique délégante doit – comme le pouvoir adjudicateur dans le cadre de la passation d'un marché public – rendre publics les critères de choix des offres avant le dépôt des offres des candidats à la délégation.

Il a néanmoins maintenu la spécificité du régime des délégations de service en précisant, le 3 mars 2010 dans l'arrêt précité *Département de la Corrèze*, le 21 mai 2010 dans l'arrêt *Commune du Bordeaux* (n°334845, *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 259, G. Eckert ; *AJDA* 2010, p. 1053 ; *JCP. A.* 2010, 2291, note J.-B. Vila ; *JCP. A.* 2010, 2218 et 2219, notes F. Linditch) et le 18 juin 2010 dans l'arrêt *Communauté urbaine de Strasbourg* (n°336120 et 336135 ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 293, G. Eckert ;

AJDA 2010, p.1233 ; *Dr. Adm.* 2010, comm. 128, F. Brenet ; *JCP. A.* 2010, 2272, note F. Linditch) qu' « aucune règle ni aucun principe n'impose à l'autorité délégante d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres ». En effet, les articles L.1411-1 du code général des collectivités territoriales et 38 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 dite loi Sapin disposent seulement que « les offres (...) présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante (...) ». L'article L.1411 du code général des collectivités territoriales précise en outre qu'« au vu de l'avis de la Commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre ». Le juge en a donc déduit que la personne publique délégante conserve la liberté de choisir le délégataire à l'issue d'une négociation, au regard d'une appréciation globale des critères préalablement définis, sans être contrainte par des modalités de mise en œuvre pré-déterminées de ces critères. Elle conserve en outre la liberté d'organiser la négociation : elle n'est tenue ni de fixer un calendrier préalable de ses différentes phases, ni d'engager une négociation avec l'un des candidats retenus, ni même de faire connaître sa décision de ne pas poursuivre les négociations avec l'un des candidats.

Cette liberté des collectivités publiques n'est cependant pas sans limites. La personne publique délégante est tenue, lorsqu'elle entame une négociation avec une entreprise, de négocier réellement, c'est-à-dire mettre cette entreprise en mesure d'améliorer son offre : elle ne peut se contenter de simples auditions et demandes de précisions. Elle est également tenue de respecter les principes d'égalité et de confidentialité. Enfin, la liberté de la collectivité publique de ne pas informer un candidat de la décision de ne pas retenir son offre et de l'écarter de la négociation est désormais largement atténuée par le décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009 *relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique*. Ce texte, complétant l'ordonnance du 7 mai 2009, introduit une obligation de *stand still* après la publication d'un avis d'intention d'attribuer le contrat, à défaut de quoi la convention de délégation de service public est susceptible de faire l'objet d'un référé contractuel et impose la publication d'un avis d'attribution du contrat dans le but de limiter à trente et un jours à compter de cette publication le délai dans lequel un référé contractuel pourra être exercé.

2.2 Sur l'exécution

Depuis quelques années, la logique concurrentielle s'est progressivement étendue du stade de la passation à celui de l'exécution des contrats dans le but d'assurer une certaine continuité dans le processus conduisant de la passation d'un contrat à son exécution.

L'année 2010 illustre cette problématique. La jurisprudence a en effet apporté d'utiles précisions concernant tant la durée d'exécution des contrats, que leur modification et leur résiliation.

Dans un arrêt du 8 février 2010, *Commune de Chartres* (n°323158 ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 147, G. Eckert) d'abord, le Conseil d'État a précisé l'interprétation qu'il convient de retenir des articles L.1411-2 du code général des collectivités territoriales et 40 de la loi Sapin relatifs à la **durée des délégations de service public**.

Aux termes de ces dispositions : « *les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre* ».

En l'espèce, une convention de délégation de service public portant sur la construction d'un parc de stationnement, la rénovation de trois autres parcs et l'exploitation de ceux-ci a été conclue pour une durée de trente-deux ans.

Saisi en cassation, le Conseil d'État commence par confirmer sa jurisprudence aux termes de laquelle « *la durée normale d'amortissement des installations susceptible d'être retenue par une collectivité délégante (...) coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable des investissements* », c'est-à-dire la durée devant normalement permettre au délégataire de couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement compte

tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers (CE 11 août 2009, n°303517, *Société Maison Comba*).

Puis il complète cette jurisprudence en précisant que « *le point de départ de l'amortissement étant la date d'achèvement des investissements et de mise en service de l'ouvrage, il convient, afin d'évaluer la durée maximale de la délégation, d'ajouter le temps nécessaire à la réalisation de ces investissements à leur durée normale d'amortissement* ».

Ainsi, dans le silence de la loi, le Conseil d'État considère que la durée maximale d'une convention de délégation de service public doit être calculée en additionnant la « durée normale d'amortissement » au sens qu'il lui donne et celle nécessaire à la réalisation desdits investissements.

La jurisprudence – interne et communautaire – a également précisé les principes applicables à la **modification des contrats administratifs**.

La jurisprudence française a précisé les conditions dans lesquelles l'autorité gestionnaire du domaine public peut, unilatéralement, modifier les conditions pécuniaires de l'occupation au cours de son exécution. C'est l'apport de l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 5 mai 2010, *Bernard* (n°301420).

Aux termes d'une jurisprudence classique, il appartient à l'autorité gestionnaire du domaine public de fixer, tant dans l'intérêt du domaine public et de son affectation, que dans l'intérêt général, les conditions des occupations privatives. Dans le cadre de ses pouvoirs de gestion, elle bénéficie d'un pouvoir de modification unilatérale, notamment des conditions pécuniaires de l'occupation, qui se distingue du pouvoir général de modification unilatérale des contrats administratifs.

Ce pouvoir a néanmoins été encadré par la jurisprudence. D'abord, dans le cas des autorisations unilatérales d'occupation : c'est ce qui ressort d'un arrêt du Conseil d'État du 12 octobre 1994, *Visconti* (*Rec. CE 1994*, p.442) aux termes duquel : « *si l'autorité*

gestionnaire du domaine public peut tout moment modifier les conditions pécuniaires auxquelles elle subordonne la délivrance des autorisations d'occupation et éventuellement abroger unilatéralement ces décisions, elle ne peut, toutefois, légalement exercer ces prérogatives qu'en raison de faits survenus ou portés à sa connaissance postérieurement à la délivrance de ces autorisations ». Ensuite, dans le cas des conventions d'occupation : c'est l'apport de l'arrêt du 5 mai 2010. Le Conseil d'État, se fondant sur les prérogatives dont dispose la chambre de commerce et d'industrie en sa qualité de gestionnaire du domaine public, conclut qu'elle a le pouvoir de modifier unilatéralement les contrats qui la lient aux sous-concessionnaires du port, y compris dans leurs stipulations concernant le montant de la redevance dès lors que cette modification est justifiée « *par un fait nouveau survenu postérieurement à la conclusion du contrat* », à savoir, en l'espèce, la réévaluation des valeurs locatives des taxes foncières.

La jurisprudence communautaire a – quant à elle – précisé les conditions dans lesquelles les cocontractants peuvent modifier un contrat de la commande publique au cours de son exécution. C'est l'apport de l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 13 avril 2010, Wall AG (aff. C-91/08 ; *Europe* 2010, comm. 208, D. Simon ; *Dr. adm.* 2010, comm.109, R. Noguellou ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 222, W. Zimmer ; *RFDA* 2011, p.98, étude H. Hoepffner).

Complétant sa jurisprudence antérieure (CJCE, 5 octobre 2000, aff. C-337/98, *Commission c/ France*, *Rec. CJCE* 2000, I, p.8377 ; CJCE 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Rec. CJCE* 2008, I, p.4401 ; *Dr. adm.* 2008, comm. 132, R. Noguellou ; *Contrats et MP* 2008, comm. 186, W. Zimmer et repère n°9, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *AJDA* 2008, p.2008, note J.-D. Dreyfus ; *MTPB* 13 févr. 2009, p.88, commentaire F. Serre), la Cour précise dans quelle mesure les parties peuvent modifier d'une part, le contenu de leur contrat et d'autre part, céder leur contrat.

Sur le premier point : la modification du contenu du contrat, la Cour confirme son raisonnement antérieur : une modification a un effet novatoire et le contrat modifié se transforme en nouveau contrat devant, le cas échéant, être précédé d'une procédure de mise en concurrence, lorsque « *des modifications substantielles* » sont « *apportées aux*

dispositions essentielles » du contrat initial (arrêt *Wall AG*, point 37). Elle précise ensuite ce qu'il convient d'entendre par modification « substantielle » : la modification d'un contrat en cours de validité peut être considérée comme « *substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figé dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue* » (arrêt *Wall AG*, point 38). Concrètement, cela recouvre deux hypothèses, connues en droit interne : celle où la modification aboutit à substituer un nouvel objet à celui initialement convenu et celle où elle conduit à bouleverser l'économie du contrat (voyez, pour les délégations de service public : CE avis, n°364803, 8 juin 2000, *AJDA* 2000.758, obs. L. Richer ; *Contrats-Marchés publ.* 2000, chron. 1, F. Llorens ; *BJCP* n°15/2001, p.94, note E. Glaser ; CE avis, n°371234, 19 avr. 2005, obs. R. Schwartz et Ph. Terneyre, *BJCP* n°45/2006, p.107 ; *AJDA* 2006.1371, comm. N. Symchowicz et Ph. Proot ; *Contrats-Marchés publ.* 2006, étude n°19, H. Hoepffner ; et pour les marchés publics : CE Sect. 11 juill. 2008, *Ville de Paris*, req. 312354, concl. contr. N. Boulouis ; notes *MTPB* 22 août 2008, p.45, M. Judd ; *JCP. A.* n°36/2008, étude 2189 ; *ACCP* n°80/2008, p.19, note J.-P. Jouguelet ; *ACCP* n°82/2008, note N. Gabayet et H. Gérard ; *LPA* 10 sept. 2008, n°182, p.7, note A. Ledoré ; *Contrats et MP* 2008, comm. n°187, J.-P. Pietri ; *JCP. G.* 2008, act. 509, M.-Ch. Rouault, note D. Melloni ; *JCP. G.* 2008.I.191, chron. B. Plessix ; *CCC* n°8/2008, comm. 2002, C. Prébissy-Schnall et E. Tachlian-Degras).

Sur le second point : le changement de cocontractant, la Cour assouplit sa jurisprudence antérieure (arrêt préc. *Pressetext*). En 2008, la Cour a jugé qu'« *en général, la substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché doit être considérée comme constituant un changement de l'un des termes essentiels du marché public concerné* » (arrêt *Pressetext*, point 40). Autrement dit, elle a considéré que la substitution de cocontractant donne lieu à la conclusion d'un nouveau contrat et suppose que soit organisée une nouvelle mise en concurrence. Cette solution avait alors provoqué la stupéfaction en raison de son caractère diamétralement opposée à celle retenue par le juge français (CE avis, 8 juin 2000, préc.).

L'arrêt rendu le 13 avril 2010 ne revient pas sur cette jurisprudence. Il permet néanmoins – dans cette affaire relative à une substitution de sous-traitant (et non de cocontractant) – de l'assouplir, à tout le moins pour les concessions de services. La Cour considère en effet qu'en principe, la substitution de sous-traitant est possible, sans remise en concurrence du contrat initial et que ce n'est que « *dans des cas exceptionnels* » qu'un tel changement constitue une « *modification de l'un des éléments essentiels du contrat de concession* » : « *lorsque le recours à un sous-traitant plutôt qu'à un autre a été, compte tenu des caractéristiques propres de la prestation en cause, un élément déterminant de la conclusion du contrat* ».

Enfin et en dernier lieu, la jurisprudence a illustré le pouvoir général dont dispose l'Administration de **résilier** le contrat auquel elle est partie, soit pour faute, soit pour un motif d'intérêt général.

La première hypothèse a donné lieu à l'arrêt du Conseil d'État du 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, Le Cannet, Mandelieu, La Napoule* (n°318617 ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 7, W. Zimmer ; *AJDA* 2010, p.2076).

Le Conseil d'État rappelle qu'en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique peut modifier unilatéralement le contrat qui la lie à une entreprise, dès lors que cette modification est justifiée par l'intérêt général, que cette modification ne bouleverse pas l'économie du contrat et qu'elle indemnise son cocontractant (CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, *Rec. CE* 1910, p.216 ; CE 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *Rec. CE* 1983, p.33).

Dès lors que ces conditions sont remplies, le cocontractant est tenu d'appliquer les stipulations contractuelles modifiées à défaut de quoi il engage sa responsabilité pour inexécution du contrat. Il commet une faute justifiant la résiliation pour faute de son contrat et la privation de son droit à indemnité :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société Azur Pullman Voyages a continué à assurer la desserte de la ligne des transports dont elle avait la charge, dans les conditions prévues par la convention du 8 novembre 1996 en refusant de prendre en compte la nouvelle organisation du service public des transports fixé par le syndicat et notamment les nouvelles modalités de billetterie alors qu'elle était tenue d'exécuter cette convention telle que modifiée unilatéralement par la personne publique ; que la société, qui n'établit pas que les modifications ainsi décidée par le STIP auraient conduit à bouleverser l'économie du contrat, a, dans les circonstances de l'espèce, commis une faute de nature à justifier la résiliation de la convention prononcée par délibération du comité syndical du STIP du 6 décembre 1999 ; que, dans ces conditions, la société Azur Pullman Voyages n'est pas fondée à demander la condamnation du STIP à l'indemniser à raison de cette résiliation ; que sa demande présentée devant le tribunal administratif de Nice doit en conséquence être rejetée ».

La seconde hypothèse a donné lieu à l'arrêt du Conseil d'État du 19 janvier 2011, Commune de Limoges (n°323924, *Contrats-Marchés publics* 2011, comm. 87, G. Eckert ; *AJDA* 2011, p.136 et p.616, comm. J.-D. Dreyfus ; *Dr. Adm.* 2011, comm. 38, F. Brenet ; *JCP. A.*, n°11, 14 mars 2011, 2101, comm. J.-B. Vila).

Le Conseil d'État considère que l'intention d'une collectivité publique de transformer en service public une activité antérieurement gérée par un opérateur privé dans le cadre d'une convention d'occupation du domaine public justifie – à elle seule – la résiliation pour motif d'intérêt général de cette convention :

« Considérant qu'...il était loisible à la Commune de Limoges d'adopter un nouveau mode de gestion de l'activité d'hôtellerie et de restauration jusqu'alors exercée dans le cadre de la convention d'occupation du domaine public conclue avec la société Albatros ; que l'intention de la commune de soumettre le futur exploitant de l'activité d'hôtellerie et de restauration à des obligations de service public tenant notamment aux horaires et jours d'ouverture de l'établissement constituait un motif d'intérêt général suffisant pour décider la résiliation la convention d'occupation du domaine public conclue avec la société Albatros ».

Cette solution n'a rien de novatrice. Elle confirme d'une part, que les collectivités publiques bénéficient de la liberté de choisir le mode de gestion des activités publiques et d'autre part, que les titres d'occupation du domaine public ont un caractère précaire et révocable (CGPPP, art. L.2122-3).