

N° 338272
Ville de Paris

N° 338527
Association Paris Jean Bouin

Section du contentieux

Séance du 26 novembre 2010
Lecture du 3 décembre 2010

CONCLUSIONS de Mme Nathalie ESCAUT, rapporteur public

(Ce texte est celui qui a été prononcé par Mme Escaut en séance publique ; il a toutefois dû subir quelques modifications uniquement destinées à permettre d'identifier sans ambiguïté les références de jurisprudence citées dont les noms étaient effacés pour la mise en ligne.)

Germain Watrin, dans un article à la Revue de droit public publié en 1936, expliquait que les pouvoirs de l'administration sur son domaine pouvait se résumer en trois périodes : le domaine-police, le domaine-propriété administrative, le domaine-propriété sociale. Aujourd'hui, on pourrait identifier une autre période caractérisée par un domaine public siège d'activités d'opérateurs économiques. C'est cette évolution qui est au cœur du présent litige. Ce dernier vous pose deux questions :

- la première, classique dans votre jurisprudence, porte sur la distinction des conventions d'occupation du domaine public et des délégations de service public ;
- la seconde, qui justifie l'examen des pourvois qui viennent d'être appelés devant votre formation de jugement, a trait au réexamen de la pertinence du principe de libre conclusion des conventions d'occupation du domaine public lorsque ce dernier est le siège d'activités d'un opérateur économique agissant sur un marché concurrentiel.

La Ville de Paris est propriétaire d'un terrain de 5,7 hectares situé entre les portes de Saint-Cloud et d'Auteuil dans le 16^{ème} arrondissement. Par une délibération du 15 juillet 1925, elle avait confié à une association, le Club Athlétique des Sports Généraux (CASG), la construction, sur cet emplacement, d'un stade. Ce dernier sera dénommé le « stade Jean Bouin » en hommage au coureur de fond membre du club. Son exploitation sera confiée à cette association par une convention en date du 11 avril 1927. Puis, en 1965, la ville confie ce stade, pour trente ans, à l'Etat qui le sous-concède à son tour au Club athlétique des sports généraux. A la suite de la décision, en 1988, de l'Etat de se désengager de la gestion des installations sportives, la ville de Paris conclut, le 31 juillet 1990, une nouvelle convention directement avec

le Club athlétique des sports généraux. Les installations incluaient alors, outre le stade de 10 000 places entouré d'une piste d'athlétisme, 21 courts de tennis créés en 1975 sur une surface

supplémentaire de 4 300 m² située dans le bois de Boulogne ainsi qu'un terrain de hockey construit en 1982. En 2002, à la suite du remplacement de la Société Générale par le groupe Lagardère à la direction du club, celui-ci changea de dénomination pour s'appeler l'association Paris Jean Bouin.

En octobre 2003, la société Paris Tennis, qui exploite des cours de tennis, manifesta son intention de se porter candidate pour l'attribution des installations du stade à l'expiration de la convention. Mais par une délibération des 5 et 6 juillet 2004, le conseil de Paris approuva le projet de convention autorisant à nouveau l'association Paris Jean Bouin à occuper, pour 20 ans, les deux parcelles du domaine public communal correspondant au stade et aux terrains de tennis. Le contrat a été signé le 11 août 2004. Le 28 septembre 2004, la société Paris Tennis réitéra toutefois sa candidature. Le maire de Paris l'écarta par lettre du 29 octobre 2004 au motif que la nouvelle convention avait déjà été signée. Le 9 mai 2006, la société Paris Tennis saisit le tribunal administratif de Paris d'un recours pour excès de pouvoir dirigé à la fois contre la délibération du conseil de Paris des 5 et 6 juillet 2004 et contre les décisions du maire de Paris en date des 11 août et 29 octobre 2004. Par un jugement en date du 31 mars 2009, le tribunal administratif, après avoir rejeté les conclusions dirigées contre la délibération du conseil de Paris comme tardives, a annulé les décisions attaquées du maire de Paris. Analysant la convention signée entre la ville de Paris et l'association Paris Jean Bouin comme une délégation de service public, il s'est fondé sur une violation des dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales puisque la convention avait été conclue sans respecter la procédure de publicité et de mise en concurrence prescrite par ces dispositions. La ville de Paris et l'association Paris Jean Bouin ont fait appel de ce jugement et en ont demandé le sursis à exécution. Si ces dernières conclusions avaient initialement été rejetées par un arrêt en date du 24 juin 2009 de la cour administrative d'appel de Paris, vos 8^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies, par une décision rendue le 13 janvier 2010, ont annulé cet arrêt et ont ordonné le sursis à exécution du jugement du tribunal. Par un arrêt en date du 25 mars 2010, la cour administrative d'appel de Paris, dans sa formation plénière, après avoir admis l'intervention de la société Team Lagardère, sous-concessionnaire du stade, et annulé le jugement du tribunal pour omission à statuer sur un moyen, a jugé que la convention conclue entre la ville de Paris et l'association Paris Jean Bouin le 11 août 2004 avait le caractère d'une délégation de service public. Elle a en conséquence annulé les décisions attaquées. La ville de Paris et l'association Paris Jean Bouin se pourvoient régulièrement en cassation contre cet arrêt. Vous pourrez joindre leurs pourvois.

Ajoutons que cette affaire revêt aussi un aspect pénal puisqu'à la suite d'une plainte déposée en 2007 par la société Paris Tennis, une procédure pour délit de favoritisme et de recel de favoritisme a été ouverte à l'encontre du maire de Paris, du président de l'association Paris Jean Bouin et du président du groupe Lagardère. Ces derniers ont obtenu le report de leurs auditions par le juge pénal dans l'attente des décisions de la juridiction administrative.

Avant d'examiner les pourvois dont vous êtes saisis, il faut vous interroger sur les effets de la résiliation de la convention du 11 août 2004 dont les conditions de passation sont en litige devant vous.

La ville ayant décidé de se doter d'un grand stade de 20 000 places dédié au rugby qui sera construit sur l'emplacement de l'actuel stade Jean Bouin, le conseil de Paris, par une délibération des 12 et 13 février 2007, a autorisé le maire à résilier la convention conclue avec l'association Paris Jean Bouin. Cette résiliation, décidée le 15 janvier 2009, a pris effet le 20 janvier 2010.

Mais le principe est qu'un recours pour excès de pouvoir ne perd son objet que si la décision attaquée n'a jamais produit d'effets juridiques et n'est plus susceptible d'en produire pour l'avenir. Tel n'est pas le cas en l'espèce : les décisions attaquées qui portent respectivement décision de signer la convention du 11 août 2004 et rejet de la candidature de la société Paris Tennis sont des actes détachables du contrat et ont bien été exécutées. La résiliation de la convention ne prive donc pas d'objet les conclusions tendant à leur annulation. (Vous pouvez voir sur les effets différents d'une résiliation et d'une déclaration en nullité d'un contrat votre décision d'Assemblée du 16 avril 1986, R... et autres, n° 73767, au Recueil p. 109).

Vous pourrez par ailleurs admettre la recevabilité de la société Team Lagardère, au soutien des deux pourvois, à raison de sa qualité de sous-concessionnaire du stade Jean Bouin.

I) Nous pouvons maintenant en venir aux moyens de cassation soulevés par la ville de Paris et l'association Paris Jean Bouin. Notons qu'ils ne critiquent l'arrêt ni en tant qu'il a admis l'intervention de la société Team Lagardère, ni en tant qu'il a annulé le jugement du tribunal. Vous pourrez donc regarder les pourvois comme ne portant que sur l'arrêt en tant qu'il a statué, sur évocation, sur la requête de la société Paris Tennis.

1° Les moyens des requérantes qui contestent la régularité de l'arrêt attaqué ne soulèvent pas de difficulté particulière.

*** Vous écarterez d'abord **le moyen de la ville de Paris tiré de l'irrégularité de l'arrêt faute d'avoir visé et analysé votre décision du 13 janvier 2010.** En effet, cette décision, qui statue sur une demande de sursis à exécution, est dépourvue de l'autorité de la chose jugée, comme l'a rappelé votre décision de Section du 9 décembre 1983 Ville de Paris, 30665, au Recueil p. 48. Elle ne commandait en rien la solution du litige soumis à la cour. Cette dernière n'était pas tenue d'en faire mention dans ses visas ou dans la motivation de sa décision.

*** Vous écarterez aussi **le moyen de l'association Paris Jean Bouin tiré de ce que la cour ne pouvait, sans méconnaître le 5^{ème} alinéa de l'article R 732-1 du code de justice administrative, entendre, après le prononcé des conclusions du rapporteur public, à la fois les deux avocats de la société Paris Tennis et son gérant.** Mais si cette disposition, issue du décret du 7 janvier 2009, n'autorise que les parties « ou » leurs mandataires à présenter de brèves observations orales après le prononcé des conclusions du rapporteur public, l'arrêt attaqué distingue bien les « observations » des deux avocats de la société Paris Tennis, et « une intervention » du gérant de cette société. Dès lors que la cour n'a pas regardé cette dernière comme constituant des observations au sens du 5° de l'article R 732-1, son arrêt n'est pas irrégulier. (Vous pouvez voir pour une irrégularité d'un arrêt rendu alors qu'une personne autre que les parties et leurs avocats avait été entendue votre décision du 30 septembre 2005, Mme J..., n° 262953, aux Tables p. 833).

2° Les requérantes invoquent ensuite quatre moyens qui critiquent le bien-fondé de l'arrêt attaqué qui a regardé la convention du 11 août 2004 non comme une simple convention d'occupation du domaine public mais comme une délégation de service public.

La distinction des contrats portant occupation du domaine public de ceux comportant délégation de service public est théoriquement claire. Le contrat purement domanial est celui qui a pour objet de permettre à une personne publique de mettre une partie de son domaine public à la disposition d'une personne, le plus souvent privée, afin que cette dernière y exerce une activité privée ou commerciale, moyennant le paiement d'une redevance. En revanche, la délégation de service public, selon la définition législative qui a consacré votre définition jurisprudentielle dans la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier modifiant 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, (aujourd'hui reprise à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales), est le 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 ». En pratique toutefois, la distinction entre les deux sortes de contrat est souvent plus délicate dans la mesure où le domaine public peut être le siège d'activités de service public. Or, lorsqu'un contrat comporte à la fois une autorisation d'occuper le domaine public et une délégation de service public, c'est le régime juridique de cette dernière qui s'applique, y compris au stade de l'appel à projet, comme vous l'avez jugé dans votre décision du 10 juin 2009, Port autonome de Marseille, n° 317671, aux Tables p. 840.

S'agissant de la gestion d'équipements sportifs, les deux types de contrats peuvent être utilisés. En effet, vous avez jugé, dans votre décision de Section du 13 juillet 1961, Ville de Toulouse, n° 48792, au Recueil p. 513, que le développement de la pratique sportive présente un caractère d'intérêt général et peut être érigé en service public par une personne publique. La ville de Paris vous explique ainsi que si elle a confié la gestion du Parc des Princes et du Palais omnisports de Bercy à des sociétés de droit privé dans le cadre de conventions de délégation de service public, car elle souhaitait en piloter la gestion et en assurer le développement, elle a conclu aussi 29 conventions d'occupation du domaine public pour mettre ses installations sportives à la disposition de clubs sportifs parisiens. Le tribunal administratif de Paris, dans un jugement du 12 juin 2009 Société Paris Tennis, a ainsi jugé que le contrat de mise à disposition des installations de la Croix Catelan dans le bois de Boulogne était une concession domaniale.

Dans l'arrêt attaqué, la cour a requalifié la convention de 2004 en délégation de service public aux motifs que la ville de Paris avait entendu confier à l'association Paris Jean Bouin une mission de service public et que la rémunération de cette dernière était substantiellement liée aux résultats de l'exploitation des installations sportives.

***** La ville de Paris et l'association Paris Jean Bouin critiquent d'abord la méthode suivie par la cour pour identifier la mission de service public confiée par la convention en litige.** Elles reprochent à la cour d'avoir commis **une erreur de droit** en prenant en compte des éléments extérieurs au contrat alors que les clauses de ce dernier étaient claires.

Pour rechercher si la convention de 2004 avait pour objet de confier à l'association Paris Jean Bouin une mission de service public, la cour, après avoir cité le considérant de

principe de votre décision de Section du 22 février 2007 Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI), n° 264541, au Recueil p. 92, a précisé la méthode qu'elle entendait suivre pour faire application du faisceau d'indices dégagé par cette décision pour identifier une mission de service public. Elle a ainsi indiqué qu'« il appartient au juge de prendre en compte non seulement les stipulations contractuelles 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 ».

Cette approche, que l'on peut qualifier de globale, paraît s'inspirer de la logique de votre décision APREI. Toutefois, votre décision cherchait à identifier un service public dans une activité d'intérêt général assurée par une personne privée. De même, votre décision du 5 octobre 2007, Société UGC Ciné Cité, n° 298773, au Recueil p. 418, fait application de la même démarche dans un cas où il fallait déterminer si une société d'économie mixte créée à l'initiative d'une commune pouvait être regardée comme délégataire d'un service public. Ces décisions portent donc sur la qualification de l'activité d'une personne privée, ce qui suppose une analyse de ses relations avec la collectivité publique.

Mais le présent litige n'a pas le même objet : il pose une question classique de qualification d'un contrat (vous pouvez voir, pour la requalification d'un contrat d'occupation domaniale en délégation de service public, votre décision du 11 décembre 2000, Mme A..., n° 202971, au Recueil p. 607). Si le juge n'est pas lié par la qualification donnée au contrat par les parties, il doit, selon la méthode rappelée par l'article 1156 du code civil, rechercher leur commune intention. Si cette dernière ne résulte pas uniquement de la lecture des stipulations du contrat, elle ne saurait être déterminée à partir d'éléments dépourvus de lien avec ce dernier. Le juge peut ainsi prendre en compte le préambule du contrat, comme vous l'avez jugé dans votre décision du 5 avril 2006, Société nationale des chemins de fer français, n° 267771, aux Tables p. 1039, ou fonder l'interprétation d'un contrat sur un autre contrat distinct mais constituant un tout indissociable, comme vous l'avez admis dans votre décision d'Assemblée du 1^{er} juin 1994, Commune de Cabourg, n° 141633, au Recueil p. 301. Nous croyons donc que la cour a commis une erreur de droit en retenant, pour procéder à la requalification de la convention de 2004, une approche globale prenant en compte l'ensemble des relations nouées entre les cocontractants avant, pendant et après la conclusion du contrat dès lors que cette méthode la conduisait à se fonder sur des éléments dépourvus de lien avec le contrat dont elle devait déterminer la qualification. Comme on va le voir, la démarche de la cour n'a pas été sans conséquence sur son examen de la convention.

***** La ville de Paris et l'association Paris Jean Bouin critiquent ensuite l'analyse du contrat opérée par la cour au travers d'un triple moyen de dénaturation des pièces du dossier, d'erreur de droit et d'erreur de qualification juridique.**

**** Avant d'examiner ce moyen, il nous faut préciser le contrôle que vous exercez en cassation sur la nature des contrats.** Comme vous le savez, l'interprétation des clauses d'un contrat n'est contrôlée en cassation que sous l'angle de la dénaturation : vous pouvez voir en ce sens votre décision de Section du 10 avril 1992, SNCF c/ Ville de Paris, n° 112682, au Recueil p. 168, ou pour un exemple récent votre décision du 14 novembre 2008, Mme V..., n° 306226, aux Tables p. 891. Pendant longtemps, vous n'avez contrôlé en cassation l'identification par les juges du fond d'une délégation de service public qu'au travers de l'erreur de droit : vous pouvez voir

par exemple votre décision du 22 mars 2000, Epoux L..., n° 207804, au Recueil p. 126 ou votre décision du 30 juin 1999, Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères Centre Ouest Seine-et-Marnais, n° 198147, au Recueil p. 229. Mais votre jurisprudence a évolué récemment et vous avez fait application d'un contrôle d'erreur de qualification juridique s'agissant de la détermination de la nature d'un contrat. Votre décision de Section du 11 juillet 2008, Ville de Paris, n° 312354, au Recueil p. 270, a ainsi fait relever de ce contrôle l'analyse d'un avenant. Vos 7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies ont fait application du même contrôle, d'abord pour un contrat de partenariat dans leur décision du 23 juillet 2010, L... et Syndicat national des entreprises de second œuvre du bâtiment, n° 326544, à publier au Recueil, puis pour un contrat de délégation de service public, dans leur décision du 19 novembre 2010, D..., n° 320169, à mentionner aux Tables. Il vous appartient donc de contrôler l'exactitude de la qualification juridique de la convention de 2004 opérée par la cour.

**** Dans l'arrêt attaqué, la cour a estimé que la ville de Paris avait entendu confier à l'association Paris Jean Bouin une mission de service public consistant en la gestion d'un complexe sportif « avec pour objectifs principaux l'accueil d'une équipe professionnelle de rugby « résidente » (...) , l'offre de spectacles sportifs de qualité au plus grand nombre, l'encouragement de la pratique du sport notamment chez les scolaires ou universitaires et les handicapés et la formation de sportifs de haut niveau dans plusieurs disciplines ».**

L'analyse de l'arrêt de la cour peut se faire au travers d'une double grille de lecture :

- d'une part, il faut prendre en compte le fait que si l'appartenance des installations en cause au domaine public n'a jamais été discutée, ce qui suppose qu'elles ont été à l'origine affectées à un service public, dans la logique de votre jurisprudence Ville de Toulouse précitée, cela ne signifie pas que ce service public ait été maintenu par la ville dans la convention en litige. Vous jugez en effet qu'une collectivité peut, en dehors des services rendus obligatoires par la loi ou la Constitution, supprimer un service public : vous pouvez voir en ce sens vos décisions de Section du 27 janvier 1961, Sieur V..., n° 38661, au Recueil p. 60, et du 18 mars 1977, Chambre de commerce et d'industrie de la Rochelle et autres, n°s 97939, 97940 et 97941, au Recueil p. 153. Si cet abandon n'a pas de conséquence sur l'appartenance du bien au domaine public dès lors que ce dernier ne fait pas l'objet de mesure de déclassement, il permet à la collectivité publique de conclure successivement une délégation de service public, puis une simple concession domaniale pour les mêmes installations ;

- d'autre part, il faut rappeler que la mise à disposition d'une personne privée d'une parcelle du domaine public ne prive pas pour autant l'autorité administrative de tout droit de contrôle sur son bien. Le contrat doit au contraire organiser les modalités permettant à la collectivité propriétaire de s'assurer du respect, par son cocontractant, à la fois de l'intégrité et de la destination du domaine public. Vous avez ainsi rappelé, dans votre décision du 8 juillet 1996 M..., n° 121520, au Recueil p. 272, qu'il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de fixer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les autorisations d'occupation. C'est pourquoi les conventions d'occupation du domaine public comportent des clauses qui encadrent l'utilisation du domaine par l'occupant, qu'il s'agisse de sous-occupations ou de travaux, et qui permettent à l'autorité publique d'exercer son contrôle sur cette utilisation, au travers de clauses d'information, de consultation ou d'approbation. Ces clauses se distinguent des stipulations

d'une délégation de service public car elles ont pour objet non le pilotage de l'activité exercée par le cocontractant mais uniquement le contrôle de l'utilisation du domaine. Vous pouvez voir pour des exemples de ces clauses votre décision du 10 mars 2006, Société Unibail Management, n° 284802.

Examinons maintenant les cinq éléments retenus par la cour pour identifier une délégation de service public dans la convention en litige.

*** Elle a d'abord estimé que les conditions d'élaboration de la convention conclue le 2 juillet 2004 entre l'association Paris Jean Bouin et la société anonyme sportive professionnelle du Stade français, ainsi que les garanties accordées à cette dernière, établissaient la volonté de la ville d'organiser et de contrôler « une activité de divertissement et de spectacle sportif liée à la présence d'un club de rugby professionnel résident ».**

Cette convention, qui fait suite à une première convention conclue le 1^{er} janvier 1995, avait pour objet d'organiser la mise à disposition de la société du Stade français d'une partie des installations du stade Jean Bouin afin de permettre l'entraînement de son équipe de rugby ainsi que l'organisation de certains de ses matchs. Si la cour pouvait prendre en compte cette convention dès lors qu'elle figure en annexe de la convention du 11 août 2004, nous ne partageons pas les conclusions qu'elle en tire :

- d'une part, son analyse des conditions d'élaboration de cette convention de mise à disposition, qui repose sur l'idée que la convention a été rédigée par la ville, est fondée sur une lettre du maire du 21 janvier 2004 qui est étrangère au contrat. Si ce courrier témoigne de l'intervention de la ville, c'est uniquement pour mettre fin à un différend entre l'association Paris Jean Bouin et le Stade français à propos de la précédente convention de mise à disposition et qui portait sur la saison sportive 2003/2004 ;

- d'autre part, si l'article 2.9.3 de la convention du 11 août 2004 imposait à l'association Paris Jean Bouin la mise à disposition du club de rugby du Stade français d'une partie de ses installations, les modalités de cette mise à disposition ont été négociées librement par les intéressés, comme le stipule le dernier alinéa de l'article. Certes, comme le souligne la société Paris Tennis devant vous, l'article 21 de la convention de mise à disposition impose aux parties de négocier de bonne foi afin que leur accord puisse être approuvé par la ville de Paris. Mais une telle clause n'est que la conséquence du droit de contrôle que conserve la collectivité publique sur les occupations de son domaine. La convention de mise à disposition conclue entre l'association Paris Jean Bouin et le Stade français ne diffère des autres conventions que l'association a pu signer avec divers organismes, associations ou sociétés pour la sous-concession du domaine public, que sur un point, l'association n'a pas eu le choix de cet utilisateur. Toutefois, outre le fait qu'il est loisible à l'autorité gestionnaire d'interdire les sous-occupations de son domaine et donc aussi d'imposer un sous-occupant, ce choix ne peut être regardé, en l'espèce, comme totalement contraint puisque l'équipe de rugby du Stade français est née en 1995 de la fusion de la section rugby de l'association Paris Jean Bouin et de celle du club omnisports du Stade français.

* **S'agissant ensuite de l'accueil des élèves**, la cour a bien pris en compte l'absence, dans la convention en litige de 2004, d'une stipulation analogue à celle de l'article 16 de la convention de 1990 qui imposait à l'association Paris Jean Bouin de mettre les installations du stade à la disposition des élèves des établissements scolaires. Mais, elle a ensuite estimé que cette obligation avait en réalité été maintenue. Nous ne sommes pas convaincue par cette analyse car elle est uniquement fondée sur l'existence de calendriers d'utilisation des équipements sportifs par les élèves des écoles. Or, la présence de ces calendriers se justifie par le fait que l'association Paris Jean Bouin a continué à mettre à la disposition des élèves ses installations. Mais, sur le fondement de la convention de 2004, cet accueil n'était plus imposé par la ville mais décidé librement par l'association Paris Jean Bouin.

* La cour a ensuite regardé **le programme d'investissement mis à la charge de l'association Paris Jean Bouin comme une obligation de service public** dans la mesure où il excédait ses seuls besoins et où il était assorti d'une redevance d'un montant modeste.

Mais, en l'espèce, comme l'a d'ailleurs mentionné la cour, le programme d'investissements à la charge de l'association Paris Jean Bouin n'est qu'indicatif. Par ailleurs, cette dernière est libre de définir les travaux à mener et d'en déterminer le calendrier puisque, comme le souligne le titre III de la convention, ces travaux ont pour objet de répondre aux besoins de l'occupant. L'intervention de la ville, qui prend la forme d'une information et d'une surveillance, correspond au rôle normal du gestionnaire du domaine qui doit s'assurer de la bonne conservation et de l'affectation de son bien. Quant au montant, d'une part des travaux, qui s'élève, à titre prévisionnel, à la somme de 10 millions d'euros sur 20 ans, et d'autre part, de la redevance qui comprend une part fixe de 50 000 euros par an et une part variable assise sur une partie du chiffre d'affaires de l'association, avec un plafond total de 100 000 euros, ils apparaissent comme la conséquence de la vétusté des installations du stade construites, pour une partie d'entre elles, en 1925.

* **La cour a aussi estimé que son analyse de l'existence d'un service public confié à l'association Paris Jean Bouin était confortée par l'article 4.2 de la convention** qui stipule que « 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, la continuité des activités sportives et la préservation des biens concédés ». Mais d'une part, cette clause se borne à prévoir une simple rencontre entre les parties sans imposer aucune obligation d'intervention à la ville. D'autre part, si elle mentionne la continuité des activités sportives, elle ne renvoie pas pour autant au principe de continuité d'un service public mais simplement au droit de regard que la ville détient pour veiller à ce que ses installations soient utilisées conformément à leur destination qui est en l'espèce la pratique des activités sportives.

* **La cour a enfin pris en compte les conventions annuelles d'objectifs conclues, de 2001 à 2006, entre la ville de Paris et l'Association Paris Jean Bouin pour considérer que la ville avait entendu disposer du pouvoir d'organiser les activités menées au sein des installations sportives.** Mais la conclusion de ces contrats est imposée, en matière sportive, par l'article L 113-2 du code du sport. Ces conventions ont pour objet d'encadrer les subventions accordées par des collectivités publiques. Si elles accordent à la ville de Paris un droit de contrôle, c'est uniquement sur l'usage de la subvention. Elles sont donc indépendantes de la

convention du 11 août 2004 et la cour ne pouvait les prendre en compte dans la qualification de cette dernière.

En conclusion, il nous semble que, d'une part, une partie des éléments retenus par la cour pour identifier une mission de service public confiée à l'association Paris Jean Bouin ne sont pas pertinents car dépourvus de liens avec la convention de 2004, qu'il s'agisse des conventions annuelles d'objectifs ou de l'intervention de la ville de Paris pour régler un litige avec le Stade français. D'autre part, les clauses du contrat fondant l'analyse de la cour, prises individuellement mais aussi globalement, ne confèrent à la ville que des pouvoirs dont dispose le gestionnaire du domaine pour veiller à sa bonne conservation et à la conformité de son utilisation à son affectation. Nous croyons donc que **la cour a commis une erreur de qualification juridique en se fondant sur ces éléments pour regarder la convention du 11 août 2004 comme confiant à l'association Paris Jean Bouin une mission de service public.**

***** Si vous ne nous suivez pas, les deux derniers moyens des requérantes ne sauraient vous retenir.**

**** L'association Paris Jean Bouin reproche à la cour d'avoir commis une erreur de droit en identifiant une mission de service public sans rechercher les conditions de création de cette activité.** Mais si la cour, dans l'arrêt attaqué, a repris le considérant de principe de votre décision APREI sans mentionner la condition relative à la création de l'association dénommée aujourd'hui Paris Jean Bouin, elle n'a pas pour autant commis d'erreur de droit dans le choix des critères du service public : dès lors que votre jurisprudence fait reposer la notion de service public sur la recherche de la volonté de l'administration déterminée à partir d'un faisceau d'indices, elle n'impose pas que tous les indices soient réunis pour retenir l'existence d'un service public.

**** La ville de Paris et l'association Paris Jean Bouin critiquent aussi l'application, par la cour, à la convention du 11 août 2004, du critère de la rémunération du cocontractant substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.**

Ce critère, initialement dégagé par votre jurisprudence avant d'être repris à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, permet de distinguer le marché de la délégation de service public, la rémunération du cocontractant de cette dernière devant être substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Vous avez précisé, dans votre décision du 7 novembre 2008, Département de la Vendée, n° 291794, aux Tables p. 805, que ce critère supposait qu'une part significative du risque d'exploitation demeure à la charge du cocontractant.

Dans l'arrêt attaqué, la cour a estimé que la rémunération de l'association Paris Jean Bouin était substantiellement liée aux résultats de l'exploitation des installations sportives. Cette appréciation n'est entachée ni de contrariété de motifs car l'article 4.2 de la convention, comme on l'a dit, ne garantissait pas la pérennité financière de l'association, ni d'erreur de droit puisque la cour a apprécié le risque encouru par l'association au vu de l'ensemble des pièces du dossier, ni enfin de dénaturation de ces dernières, et notamment du programme d'investissement dont la cour a pris en compte le caractère prévisionnel.

Mais si vous nous avez suivie, vous annulerez l'arrêt attaqué de la cour pour erreur de qualification juridique de la convention du 11 août 2004. Cela vous conduira à la cassation partielle de l'arrêt en tant qu'il a statué, sur évocation, sur la requête de la société Paris Tennis.

II) Nous vous proposons ensuite de faire usage de vos pouvoirs d'évocation et de statuer sur la requête de la société Paris Tennis en tant qu'elle est dirigée contre les décisions du maire de Paris portant respectivement signature de la convention du 11 août 2004 et rejet de sa candidature.

1° Aucune des fins de non-recevoir soulevées par la ville de Paris et par l'association Paris Jean Bouin ne saurait vous retenir.

D'une part, même si la délibération du conseil de Paris des 5 et 6 juillet 2004 approuvant la convention à conclure avec l'association Paris Jean Bouin était devenue définitive, la société Paris Tennis était recevable à contester les décisions attaquées puisqu'il s'agit de décisions détachables du contrat et qui lui font grief (vous pouvez voir en ce sens votre décision de Section du 8 avril 2009, Association Alcaly, n° 290604, au Recueil p. 113). D'autre part, dès lors que la lettre du maire de Paris, en date du 28 janvier 2004, répondant au premier acte de candidature de la société, se bornait à lui indiquer que le mode de dévolution des équipements n'était pas encore arrêté, il ne s'agissait que d'une décision d'attente, ce qui ne permet pas de regarder la décision attaquée du 29 octobre 2004 comme une décision confirmative d'une précédente décision portant rejet de la candidature de la société Paris Tennis.

2° Vous écarterez ensuite le moyen de défense de la ville de Paris et de l'association Paris Jean Bouin tiré du caractère inopérant des moyens soulevés par la société Paris Tennis contre la décision portant signature de la convention du 11 août 2004.

En effet, le fait que la délibération du conseil de Paris des 5 et 6 juillet 2004 ait approuvé le projet de convention avec l'association Paris Jean Bouin ne plaçait pas le maire de Paris dans une situation de compétence liée pour signer la convention du 11 août 2004.

3° Vous pourrez aussi écarter les trois premiers moyens de la société Paris Tennis.

*** La société Paris Tennis se prévaut d'abord de **la méconnaissance du droit à l'information des conseillers municipaux** prévu par les articles L. 2121-12 et L. 2121-13 du code général des collectivités territoriales. Mais, à l'appui de ce moyen, elle se borne à invoquer les relations entre le maire de Paris et le président du groupe Lagardère sans établir que les conseillers municipaux auraient été insuffisamment informés sur les dispositions de la convention projetée et sur les motifs de sa conclusion.

*** Vous retrouverez ensuite **la question de la requalification de la convention du 11 août 2004 en délégation de service public**. Mais, d'une part, les parties ont manifesté leur intention de conclure une simple concession domaniale en stipulant à l'article 1^{er} de la convention que « le présent 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 commune de Paris (...) Le présent contrat d'occupation du domaine public ne confère à l'occupant (...) ni la propriété commerciale, ni la qualité de concessionnaire de service public ou

de concessionnaire d'ouvrage ou de travaux publics ». D'autre part, ni les éléments retenus par la cour, ni aucune autre stipulation contractuelle n'excède les obligations que le gestionnaire du domaine public peut imposer à son cocontractant tant dans l'intérêt du domaine que dans l'intérêt général. Rien ne permet donc de considérer que la ville de Paris aurait entendu organiser un service public dont elle aurait confié la gestion à l'association Paris Jean Bouin.

*** Enfin vous écarterez le moyen tiré du **détournement de procédure** résultant du renouvellement anticipé de la convention du 31 juillet 1990. Si la convention de 1990 expirait le 31 décembre 2004, l'année civile ne correspondant pas à la saison sportive, il était logique d'en anticiper le renouvellement au mois d'août afin que la saison 2004/2005 puisse être entièrement organisée sur la base de la nouvelle convention. Aucune disposition ne s'y opposait.

4° Venons-en enfin au moyen qui a justifié que cette affaire soit portée devant votre formation de jugement et qui pose la question de l'existence d'un principe imposant, préalablement à la conclusion d'une convention d'occupation du domaine public, la mise en œuvre de mesures de publicité, voire de mise en concurrence. Cette question ne concerne évidemment que les concessions exclusivement domaniales puisque dès lors que l'autorisation domaniale est un élément constitutif d'un autre contrat, les procédures de passation de ce dernier s'appliquent : vous pouvez voir pour une délégation de service public votre décision du 21 juin 2000, SARL Plage « Chez Joseph » et Fédération nationale des plages restaurants, n° 212100, au Recueil p. 282, pour une concession de travaux votre décision d'Assemblée du 10 juin 1994, Commune de Cabourg, n° 141633, au Recueil p. 301, ou pour un marché votre décision d'Assemblée du 4 novembre 2005, Société JC Decaux, n° 247298, au Recueil p. 477.

***** Aujourd'hui, notre droit positif ne comporte aucune obligation générale de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion des contrats qui comportent uniquement une autorisation d'occupation du domaine public.**

Ce principe ne ressort d'aucun texte législatif, ni d'aucun texte réglementaire. L'ordonnance du 21 avril 2006, ratifiée par la loi du 12 mai 2009, relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques est volontairement silencieuse sur cette question. Seuls quelques textes ont organisé une procédure de mise en concurrence dans certains secteurs, comme par exemple, pour les sous-concessions de plage en vertu de l'article L. 2124-4 du code général de la propriété des personnes publiques ou les droits de place dans les marchés d'intérêt national installés sur le domaine public à raison de l'article 21 du décret du 19 décembre 2005 relatif aux marchés d'intérêt national.

En l'absence de texte, votre jurisprudence reconnaît l'entière liberté de passation des concessions domaniales : ce principe, qui apparaît dans votre décision du 26 avril 1944, Dame Dejean, au Recueil p.386, a été récemment rappelé par votre décision précitée du 10 juin 2009 Port autonome de Marseille.

Une telle liberté s'explique par le fait que la gestion du domaine public relève traditionnellement de la seule police administrative. La protection de l'intégrité du domaine public est une composante de l'ordre public. Les décisions relatives au domaine constituent l'usage de prérogatives de puissance public comme l'a rappelé le Tribunal des conflits, dans son arrêt du 18 octobre 1999, Aéroports de Paris, n° 03174, au Recueil p. 469.

***** Mais, le contexte et les modalités de la gestion du domaine public se sont transformés, le domaine public devenant, de plus en plus souvent, le siège d'activités des opérateurs économiques agissant sur un marché concurrentiel.** D'une part, le domaine public est peu à peu apparu aux personnes publiques comme une richesse collective qu'il leur appartenait de valoriser. D'autre part, dès lors qu'il est mis à la disposition d'un opérateur économique pour y mener son activité, le domaine public devient un avantage économique pour celui qui en bénéficie.

Cette évolution a conduit votre jurisprudence, dans la logique de votre décision de Section du 3 novembre 1997, Société Million et Marais, n° 169907, au Recueil p. 406, intégrant le droit de la concurrence au bloc de légalité, à imposer au gestionnaire du domaine public, lorsque ce dernier est le siège d'activités économiques, de prendre en compte les règles relatives au droit de la concurrence dans ses décisions de gestion du domaine au même titre que l'intérêt du domaine et l'intérêt général : c'est l'apport de votre décision de Section du 26 mars 1999, Société Eda, n° 202260, au Recueil p. 109.

Vous appartient-il aujourd'hui de franchir une étape supplémentaire en imposant une obligation de publicité, voire de mise en concurrence préalablement à la délivrance d'un titre d'occupation du domaine public à un opérateur économique, que ce titre soit contractuel ou d'ailleurs unilatéral, sa forme étant en l'espèce sans incidence ?

Cette évolution est réclamée par la doctrine unanime. Vous l'avez vous-même encouragée dans votre rapport public de l'année 2002 intitulé « Collectivités publiques et concurrence ». Vous y avez émis le souhait que les autorités administratives s'astreignent à des obligations permettant de s'assurer qu'elles agissent dans la transparence souhaitée et qu'elles appliquent aux autorisations ou conventions d'occupation du domaine public les mêmes obligations de publicité et de mise en concurrence que pour les délégations de service public. La même recommandation a été faite par le Conseil de la concurrence dans son avis (n° 04-A-19) du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits. De leur côté, les collectivités publiques prennent de plus en plus souvent l'initiative d'organiser une mise en concurrence préalablement à l'attribution des autorisations d'occupation du domaine public : vous pouvez voir sur la pratique de la ville de Paris un article de son directeur juridique, Pierre-Eric Spitz, publié à l'AJDA 2007 p. 954.

***** Cette évolution pose deux questions : existe-t-il un principe qui impose le respect d'une procédure de publicité, voire de mise en concurrence, malgré l'absence de texte en ce sens ? Et si non, vous appartient-il de reconnaître néanmoins l'existence d'une telle obligation ?**

**** On pourrait envisager deux fondements à une règle générale de publicité ou de mise en concurrence s'imposant dans tous les cas où le domaine public est mis à la disposition d'un opérateur économique qui exerce son activité sur un marché concurrentiel : un fondement communautaire tiré du principe de transparence dégagé par la Cour de justice et un fondement interne reposant sur le principe d'égalité.**

* **Le fondement communautaire** se déduit de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes en date du 7 décembre 2000, Telaustria Verlags GmbH, aff C-324/98, publié à l'AJDA 2001 p. 106. Statuant sur une concession de services dont la passation n'était soumise par aucun texte de droit dérivé à une obligation de publicité et de mise en concurrence, la Cour s'est fondée sur le principe de non-discrimination en raison de la nationalité inscrit à l'article 12 du Traité sur la Communauté européenne, devenu l'article 18 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, pour imposer le respect du principe de transparence. La Cour a dégagé ce principe alors que les Etats membres avaient toujours refusé d'inclure les concessions de service dans le champ des directives relatives aux marchés publics. Elle en a ensuite fait application non seulement aux conventions d'affermage dans son arrêt du 13 octobre 2005, Parking Brixen, aff C-458/03, mais aussi aux marchés publics dispensés des obligations de publicité et de mise en concurrence, car inférieurs aux seuils fixés par les directives, par exemple dans un arrêt du 20 octobre 2005, Commission c/ France, C-264/03.

L'obligation de transparence ainsi imposée aux pouvoirs adjudicateurs repose sur l'idée que les actes des personnes publiques, dès lors qu'elles sont regardées comme n'obéissant pas au seul but de maximisation des profits poursuivis par les opérateurs économiques, perturbent le jeu normal des marchés concurrentiels. Pour pallier à ces perturbations, le droit communautaire impose des obligations de publicité et de mise en concurrence préalablement à la conclusion des contrats conclus par ces personnes publiques.

Un certain nombre d'auteurs considèrent que le principe jurisprudentiel de transparence a vocation à s'appliquer à tous les contrats passés par des personnes publiques, y compris pour la mise à disposition de leur domaine public. Le tribunal administratif de Nîmes, dans un jugement du 24 janvier 2008, Société des trains touristiques G. Eisenreich, n° 0620809 (publié à l'AJDA 2008 p. 2172), avait jugé que les conventions d'occupation du domaine public entraient dans le champ du principe communautaire de transparence. Ce jugement vient toutefois d'être annulé par la cour administrative d'appel de Marseille, dans un arrêt en date du 6 septembre 2010, mais sans que la cour ne se prononce sur le fond de la question.

Toutefois, nous croyons ce fondement communautaire trop fragile pour vous permettre de fonder une obligation générale de publicité pour la passation des conventions d'occupation du domaine public :

- tout d'abord, au jour d'aujourd'hui, la Cour n'a appliqué le principe de transparence qu'elle a dégagé qu'au seul domaine de la commande publique constituée par les marchés et les concessions de services. Dans son arrêt du 18 juin 1985, Steinhauser c/ Ville de Biarritz, aff 197/84, statuant sur une convention d'occupation du domaine public qui avait fait l'objet d'une mise en concurrence, elle a simplement jugé que le fait de subordonner à une condition de nationalité les candidatures constituait une atteinte au principe de la liberté d'établissement ;

- ensuite, s'il est vrai que la jurisprudence de la Cour est constructive et que l'on ne peut exclure qu'elle décide un jour d'étendre le principe de transparence qu'elle a dégagé à tous les contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs, cette généralisation ne s'impose pas de façon évidente. En effet, lorsqu'il s'applique aux marchés et aux concessions, le principe de transparence vise le cas de la personne publique qui demande la réalisation d'une prestation de services ou de travaux ou la fourniture d'un bien sur un marché concurrentiel. Elle est alors en

situation d'acheteur. Tel n'est pas le cas pour les autorisations d'occupation du domaine public pour lesquelles la personne publique offre la mise à disposition d'un bien qu'elle possède. On passe de la logique de l'achat à celle de l'offre. Or il n'est pas évident que la construction du marché intérieur, objet du droit communautaire, ait besoin d'encadrer l'offre au même titre que la commande publique ;

- enfin, aujourd'hui, l'état du droit des autres pays européens sur cette question est très varié. Si le Conseil d'Etat italien, dans un arrêt du 25 septembre 2009, a retenu ce fondement communautaire pour imposer une obligation de publicité, l'Allemagne refuse de reconnaître l'existence d'un principe général de transparence. La Cour de justice fédérale a jugé, le 22 février 2008, que les principes et règles de publicité issus de la loi contre les pratiques anticoncurrentielles ne s'appliquaient pas à la passation des contrats de gestion du patrimoine public. De son côté, la Belgique n'a aucune réglementation, ni jurisprudence en la matière, alors qu'en Espagne et au Portugal, c'est le législateur qui est intervenu pour imposer une mise en concurrence respectivement en 2003 et en 2008.

Nous croyons donc qu'aujourd'hui le droit communautaire, tel qu'interprété par la Cour de justice, n'impose pas de consacrer un principe interne de transparence pour la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public. Soulignons d'ailleurs que votre décision du 3 mai 2004, Fondation Assistance aux animaux, n° 249832, aux Tables p. 551, qui a jugé que le législateur n'ayant imposé de procédure de publicité que pour la conclusion des délégations contractuelles de service public, les délégations unilatérales pouvaient être accordées sans aucune procédure préalable, n'a pas estimé devoir fonder une telle obligation sur le principe de transparence dégagé par la Cour de justice.

Nous ajouterons enfin que le fondement communautaire ne pourrait constituer qu'un fondement partiel à l'obligation de transparence de la passation des conventions d'occupation du domaine public puisque la Cour de justice a précisé, dans ses arrêts du 21 juillet 2005, Consorzio Aziende Metano « CONAME », aff C-231/03, (AJDA 2005 p. 2335), et du 17 juillet 2008 Brescia Spa, aff C-347/06, que le principe de transparence ne s'appliquait qu'aux seuls contrats ayant un « intérêt transfrontalier certain ». Or, dans un nombre de cas non négligeable, les conventions d'occupation du domaine public, même conclues avec des opérateurs économiques, n'ont qu'un intérêt strictement local.

*** Un fondement interne permettrait d'éviter cet écueil.**

Certains auteurs ont pu proposer de fonder un principe général de publicité ou de mise en concurrence des conventions du domaine public sur le droit de la concurrence. Mais il n'est pas possible de les suivre dans la mesure où, comme l'a rappelé le Tribunal des conflits dans son arrêt précité du 18 octobre 1999, Aéroports de Paris, l'octroi d'une convention domaniale n'est pas, en soi, une activité de production, de distribution ou de service qui serait assujettie au droit de la concurrence. Il faut bien distinguer les règles du droit de la concurrence qui sont des règles de fond de l'institution d'une obligation procédurale tenant à la mise en place d'une publicité préalable à la délivrance d'une autorisation d'occupation du domaine public.

D'autres auteurs ont proposé de fonder une telle obligation sur le principe d'égalité, dans la logique des principes fondamentaux de la commande publique. Ces principes, dont la

valeur constitutionnelle a été consacrée par le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2003-476 DC du 26 juin 2003 sur la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, sont énoncés à l'article 1^{er} du code des marchés publics : il s'agit des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. On voit en effet le lien logique qui peut être fait entre le principe d'égalité et un principe de transparence. Pour permettre l'égal accès des opérateurs économiques à la ressource rare que constitue l'occupation du domaine public, il faut qu'ils soient informés de la mise à disposition de ce domaine. Toutefois, nous avons des doutes sur la possibilité de donner une telle portée au principe d'égalité s'agissant de la délivrance des autorisations d'occuper le domaine public :

- d'une part, le Conseil constitutionnel, statuant, dans sa décision 2002-460 DC du 22 août 2002, sur la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure qui permettait à l'Etat de délivrer à un opérateur une autorisation d'occupation temporaire de son domaine public, en vue d'y construire des bâtiments pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie, a écarté comme inopérant le moyen tiré de ce que le mécanisme institué par la loi ferait échapper la désignation de l'opérateur aux procédures de publicité et de mise en concurrence. Il a aussi précisé que l'institution de telles procédures préalables au choix du cocontractant, s'agissant de l'Etat, relevait de la décision du pouvoir réglementaire. Le commentaire aux Cahiers de cette décision indique que «la mise en concurrence des candidats à l'occupation du domaine public n'est pas de règle et ne résulte d'aucune exigence constitutionnelle». Ajoutons que reconnaître que le principe d'égalité imposerait de subordonner la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de publicité, voire de mise en concurrence, conduirait à constater, aujourd'hui, un vide législatif inconstitutionnel ;

- d'autre part, votre jurisprudence nous semble avoir toujours fait application du principe d'égalité comme d'une règle de fond. Le Président Odent, dans son cours (p. 1735), constatait que « les effets du principe d'égalité (...) se manifestent dans le contentieux de la légalité en ce que les décisions méconnaissant l'égalité des citoyens sont illégales ». Ce principe permet de sanctionner l'attribution discriminatoire d'une ressource rare, d'un avantage. Il a ainsi été appliqué au bénéfice de la retenue sur traitement des cotisations pour une mutuelle dans votre décision du 24 juin 1998, Mutuelle autonome générale de l'éducation nationale, n° 104605, au Recueil p. 245, ou pour l'inscription des étudiants à l'université dans votre avis contentieux du 15 janvier 1997, G..., n° 182777, au Recueil p. 19. En matière d'autorisation d'occupation du domaine public, votre décision de Section du 2 novembre 1956, Sieur Biberon, n° 23551, au Recueil p. 403, a aussi fait du principe d'égalité entre les usagers du domaine une règle de fond. Votre commissaire du gouvernement, M. Mosset, expliquait, dans ses conclusions, que la portée de ce principe dépendait de l'utilisation du domaine : si les usagers disposent d'un titre à l'usage

non privatif du domaine, tel n'est pas le cas en cas d'usage privatif. Dans cette hypothèse, le principe d'égalité ne s'applique que si l'usage reste conforme à la destination du domaine et il impose uniquement que le refus de l'autorisation soit justifié par un motif tiré de l'intérêt du domaine ou de l'intérêt général.

Nous ne croyons donc pas que le principe d'égalité puisse conduire à imposer le respect d'une obligation procédurale, telle qu'une obligation de publicité ou de mise en concurrence. Soulignons d'ailleurs que ce n'est pas le principe d'égalité mais le souci de préserver les deniers publics qui est à l'origine de la construction du droit interne de la commande publique.

Nous pensons donc qu'il n'existe aujourd'hui ni principe communautaire, ni principe de droit interne qui impose de soumettre la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public à un principe de transparence.

**** Vous pourriez néanmoins alors estimer qu'il vous appartient de dégager un principe général du droit imposant cette transparence.** Depuis votre décision d'Assemblée du 26 octobre 1945, Aramu, au Recueil p. 213, votre jurisprudence est amenée à reconnaître l'existence de principes généraux du droit applicables en l'absence de texte. Comme l'explique le Professeur Chapus, dans son ouvrage « Droit administratif général » (Tome I n° 122 et suivants), « le juge a la préoccupation de consacrer des principes qui soient en accord avec l'état général et l'esprit de la législation ». « Le juge va chercher son inspiration dans des dispositions législatives particulières mais convergentes (...) Il est également sensible aux exigences de la conscience juridique du temps et à celles de l'état de droit ».

En l'espèce, il est vrai que les législations tendent de plus en plus à assurer la transparence de la passation des contrats administratifs conclus avec des opérateurs économiques et que la doctrine est unanime en ce sens. Toutefois, même si nous sommes convaincue de l'intérêt d'un tel principe dans tous les cas où l'occupation du domaine public constitue un réel enjeu économique, nous ne vous proposerons pas de le dégager.

Soulignons d'abord que l'idée d'un tel principe général du droit dit de la mise en concurrence ou de la transparence n'est pas nouvelle en matière de contrats administratifs. Comme l'expliquait votre commissaire du gouvernement, Emmanuel Glaser, dans ses conclusions sur votre décision précitée Fondation Assistance aux animaux, vous l'avez déjà écartée dans votre décision de Section du 12 octobre 1984, Chambre syndicale des agents d'assurance des Hautes-Pyrénées, n° 34671, au Recueil p.326, à propos des contrats d'assurance non soumis au code des marchés publics, puis dans votre décision d'Assemblée du 6 février 1998, T..., n° 138777, au Recueil p. 30, à propos des concessions de travaux. Vous ne l'avez pas plus retenue dans votre décision Fondation Assistance aux animaux s'agissant des délégations unilatérales de service public.

Pour les autorisations d'occupation du domaine public, nous croyons qu'il est encore plus difficile d'envisager un tel principe. Il nous semble en effet se heurter à deux obstacles.

* Le premier tient à la difficulté de définir, par voie jurisprudentielle, à la fois son champ et ses modalités :

- s'agissant d'abord de son périmètre, une obligation de publicité, contrainte non négligeable pour les gestionnaires du domaine, n'a de sens que si l'occupation du domaine a une incidence suffisante sur le fonctionnement des marchés concurrentiels. Or, son déclenchement ne peut dépendre d'un seuil monétaire comme en matière de marché. Quel critère faudrait-il alors retenir ? Comment définir par ailleurs le marché pertinent ? Dans certains cas, on peut penser aux terrasses de café, l'occupation du domaine ne pourra être le fait que d'une personne. Dans d'autres cas, comme celui des emplacements dans un port, le même domaine pourra être utilisé indifféremment à des fins purement privées ou commerciales. Il y a aussi la question du domaine

public militaire qui est le champ d'activités économiques très importantes, notamment avec les arsenaux ;

- ensuite les modalités d'application du principe ne sont guère plus simples à définir. Comme on l'a dit, le domaine public doit être géré selon ses besoins et ceux de l'intérêt général. La délivrance des autorisations de l'occuper ne saurait dès lors avoir pour objet la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse, comme en matière de marchés. De plus, eu égard à l'*intuitu personae* très grand qui caractérise sa gestion, on peut hésiter à imposer une véritable obligation de mise en concurrence. Une publicité adéquate, dans la logique de la jurisprudence *Telaustria*, nous semblerait plus pertinente. Mais une telle règle présente l'inconvénient de laisser aux collectivités publiques la responsabilité d'apprécier le caractère adéquat des mesures à prendre. Si cette appréciation existe déjà en matière de marchés dans le cadre de la procédure de l'article 28 du code des marchés publics, elle créerait, en l'espèce, une incertitude juridique d'autant plus grande que les occupations du domaine public correspondent à des situations beaucoup plus variées que les marchés.

* La seconde raison qui justifie notre réticence à vous proposer de dégager un tel principe de transparence tient aux conséquences qu'il pourrait avoir au-delà du seul champ des occupations privatives du domaine public. En effet, nous ne voyons pas pourquoi il serait limité au seul domaine public. Il aurait naturellement vocation à régir aussi le domaine privé qui peut être le siège d'activités économiques. Il pourrait ainsi s'appliquer à des locations mais aussi des ventes de biens appartenant à des personnes publiques. On pourrait même se demander si son champ ne devrait pas s'étendre jusqu'à l'attribution des subventions publiques.

Ajoutons enfin que le fait de ne pas dégager un principe général de transparence applicable aux occupations du domaine public par des opérateurs économiques ne présente pas d'inconvénient majeur puisque la gestion du domaine public est déjà soumise au droit de la concurrence. En outre, rien n'interdit aux collectivités publiques de mettre en place des procédures de mise en concurrence lorsqu'elles l'estiment utiles et, comme on l'a dit, elles sont de plus en plus nombreuses à le faire.

La question de la transparence de l'attribution des conventions d'occupation du domaine public nous paraît en réalité relever de la responsabilité du seul législateur : elle a besoin à la fois d'une décision politique et d'une organisation textuelle précise.

Si vous nous suivez, vous confirmerez votre jurisprudence traditionnelle reposant sur la liberté de passation des conventions d'occupation du domaine public. Vous écarterez en conséquence le dernier moyen de la société Paris Tennis tiré de l'absence de mesure de publicité et de mise en concurrence préalablement à la conclusion du contrat en litige, puisque, contrairement à ce que soutient la société Paris Tennis, la délibération du conseil de Paris, adoptée dans sa séance des 7 et 8 juin 2004, n'a pas décidé d'instituer pour la ville une procédure générale d'appel à candidature mais s'est bornée à émettre un vœu en ce sens. Cela vous conduira à rejeter les conclusions de la société Paris Tennis tendant à l'annulation des décisions attaquées. Vous prononcerez un non-lieu à statuer sur ses conclusions tendant à enjoindre au maire de résilier la convention du 11 août 2004, cette résiliation ayant déjà été prononcée. Vous rejetterez en conséquence les conclusions qu'elle a présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Dans les circonstances de l'espèce, vous mettrez à sa charge le

versement à l'association Paris Jean Bouin et à la ville de Paris d'une somme de 6 000 euros pour chacune. Vous rejetterez enfin les conclusions présentées à ce titre par la société Team Lagardère dès lors qu'elle a la qualité d'intervenante et non de partie à l'instance (voir votre décision du 19 janvier 1994, P..., n° 143421, aux Tables p. 1120)

Si vous ne nous suivez pas et estimez que la passation de ces contrats doit être soumise à une procédure de publicité, nous croyons que, eu égard à l'impératif de sécurité juridique, vous devrez faire application des principes dégagés par votre décision d'Assemblée du 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, n° 291545, au Recueil p. 360, pour ne pas appliquer cette nouvelle exigence procédurale aux autorisations domaniales dont la procédure de passation a été engagée antérieurement à la date de lecture de votre décision. En revanche, il vous appartiendra de l'appliquer au présent litige. Les installations du stade Jean Bouin étant le siège d'une activité économique importante se déroulant sur un marché concurrentiel, vous pourrez estimer que l'autorisation de les occuper devait être précédée d'une publicité adéquate et vous annulerez en conséquence les décisions attaquées.

Par ces motifs, nous concluons :

- 1° à l'admission de l'intervention de la société Team Lagardère ;
- 2° à l'annulation des articles 4, 5 et 6 de l'arrêt attaqué de la cour administrative d'appel de Paris ;
- 3° au non-lieu à statuer sur les conclusions à fin d'injonction de la société Paris Tennis et au rejet du surplus des conclusions de sa requête devant le tribunal administratif ainsi que de ses conclusions au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- 4° à ce que la société Paris Tennis verse à l'association Paris Jean Bouin et à la ville de Paris la somme de 6 000 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative,
- 5° et au rejet des conclusions présentées au même titre par la société Team Lagardère.