

7ème et 2ème chambres réunies
Séance du 21 novembre 2016
Lecture du 9 décembre 2016

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée illustre une nouvelle fois les difficultés de la distinction entre délégation de service public et occupation domaniale. Cette distinction repose sur l'objet du contrat, qu'il n'est pas toujours aisé de faire entrer dans l'une ou l'autre catégorie juridique dans la mesure où il peut présenter des éléments susceptibles de le rattacher à l'une ou à l'autre. Elle présente désormais un caractère largement historique puisque l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concessions, qui n'était pas applicable au présent litige, s'applique à l'ensemble des concessions de service, que ces services constituent ou non des services publics. Toute difficulté de qualification n'est pas pour autant résolue dans la mesure où si la qualification du contrat ne dépend plus de la présence d'un service public, elle sera toujours subordonnée à l'identification de son objet principal qui, dans une concession de service, traduit la mise en œuvre la volonté de la personne publique de confier à son cocontractant l'exécution d'un service répondant à ses besoins. Or cette volonté, comme le montre la présente espèce, n'est pas toujours aisée à dégager.

Le litige ne vous est pas inconnu. La commune de Fontvieille a conclu au début de l'année 2010 avec Mme B... une convention par laquelle elle lui confiait l'exploitation touristique du « Moulin de Daudet » et du « château de Montauban », deux sites dont elle est respectivement locataire et propriétaire dédiés à la mémoire de l'écrivain Alphonse Daudet, moyennant une redevance de 7 500 euros mensuels. Mme B... percevait les droits d'entrée payés par le public, dont elle fixait le montant, et pouvait exercer sur place son activité de vente de produits locaux et souvenirs. Constatant l'absence de versement de la redevance à compter du mois d'octobre 2010, la commune a émis à l'encontre de Mme B... six titres exécutoires pour la recouvrer, d'un montant total d'environ 60 000 euros.

Mme B... les a contestés devant le maire de la commune, qui ne lui a pas répondu, puis devant le TA de Marseille, qui a rejeté sa demande. Elle a eu plus de succès devant la CAA de Marseille qui, par un arrêt du 13 février 2015, a annulé le jugement et les titres exécutoires litigieux.

La commune de Fontvieille, qui avait régulièrement été mise en cause par la cour mais qui n'avait pas produit devant elle, a formé contre cet arrêt à la fois un recours en opposition et un pourvoi en cassation. Vous avez jugé ce dernier irrecevable par une décision du 6 avril 2016 (n° 398456, aux T), en raison de l'introduction du recours en opposition. La cour a rejeté ce recours par un arrêt du 23 novembre 2015, qui constitue l'objet du présent pourvoi de la commune de Fontvieille.

Pour rejeter le recours en opposition de la commune, c'est à dire pour confirmer l'annulation

des titres exécutoires qu'elle avait émis à l'encontre de Mme B... afin d'obtenir le paiement des redevances prévues par la convention de 2010, la cour a commencé par qualifier cette convention de délégation de service public puis a jugé que la stipulation prévoyant la redevance, qui ne justifiait ni de son montant ni de son mode de calcul en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, aux termes duquel *"les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante doivent être justifiés dans ces conventions"*, ne pouvait servir de fondement aux créances dont le recouvrement était poursuivi par la commune.

La commune de Fontvieille conteste, sous les angles de l'erreur de droit, de la qualification juridique des faits et de l'insuffisance de motivation, la qualification de délégation de service public donnée par la cour à la convention et qui détermine le champ d'application de la disposition législative sur laquelle elle s'est fondée pour écarter l'application du contrat. La Cour a justifié cette qualification par l'objet de la convention, dont elle a relevé qu'elle confiait à Mme B... la "mission principale d'exploiter le Moulin, à raison de sept jours sur sept et onze mois de l'année, le château de Montauban ne devant être ouvert qu'à concurrence d'au moins les vacances scolaires" et que cette mission "d'animation et de réception du public" s'inscrivait, aux termes mêmes de la convention, "sur un patrimoine public et dans le champ du service public culturel communal". Elle a également indiqué que les ventes de produits touristiques étaient liées au service public et que l'article 8 de la convention précisait qu'elle n'était "constitutive ni d'un droit au bail commercial ni d'un fonds de commerce". Elle en a déduit que l'objet principal du contrat était de faire participer Mme B... à l'exécution du service public culturel, l'occupation domaniale n'étant qu'accessoire. La rémunération de la cocontractante étant assurée par les résultats de l'exploitation, la cour a conclu qu'elle était en présence d'une délégation de service public.

Aucune erreur de droit n'entache ces motifs, qui sont par ailleurs suffisamment développés, la juridiction n'étant pas tenue de répondre à tous les arguments des parties.

La qualification juridique de la convention, que vous contrôlez en cassation (Sect, 3 déc 2010, *ville de Paris et association Paris Jean Bouin*, n° 338272), est en revanche plus délicate. La commune fait valoir qu'elle n'a jamais entendu ériger en service public l'exploitation des lieux concernés ni, par conséquent, en confier la gestion par la convention litigieuse.

L'autorisation donnée par une collectivité à une personne privée d'occuper le domaine public - mais le principe vaut aussi pour l'autorisation d'occuper un domaine privé donné en location à la collectivité - pour y développer une activité économique pouvant être assortie d'obligations imposées tant dans l'intérêt du domaine que dans l'intérêt général (CE, 8 juillet 1996, *M. M...*, n° 121520 p. 272; *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, précitée; CE, 19 janvier 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre*, T.; 15 mai 2013, *ville de Paris*, n° 364593, au rec), le critère de la qualification du contrat repose sur l'objet du contrat, qui doit être de confier à un tiers l'exécution d'un service - et plus précisément d'un service public s'il s'agit comme en l'espèce d'identifier une délégation de service public - que la collectivité entend prendre en charge. En effet, une délégation de service public comme aujourd'hui une concession de service, est avant tout un contrat qui a pour finalité de répondre à un besoin de la collectivité que l'opérateur économique va trouver un intérêt à satisfaire, alors que la convention d'occupation domaniale répond principalement aux besoins de l'opérateur économique, tout en lui imposant un certain nombre de contraintes inhérentes au domaine sur lequel il intervient. Comme vous l'avez expressément jugé par votre décision précitée *ville de Paris et association Paris Jean-Bouin*, "l'existence d'une délégation de service public suppose de caractériser la volonté d'une personne publique d'ériger des activités d'intérêt général en mission de service public et d'en confier la gestion à un tiers, sous son contrôle". Cet élément essentiel du champ de la commande publique, qui

la distingue de l'autorisation domaniale, figure également dans le droit européen, qu'il s'agisse des directives ou de la jurisprudence de la CJUE dont on peut citer l'arrêt *Helmut Müller* du 25 mars 2010, aff. C-451/08. Il convient donc tout d'abord d'identifier l'intention de la personne publique de prendre en charge un service (la décision précitée du 15 mai 2013, *ville de Paris* est très claire à cet égard), qui doit être un service public s'il s'agit de qualifier une délégation de service public. Le contrôle exercé par la personne publique sur la gestion du service est un élément déterminant de la qualification car il révèle que l'activité exercée par le cocontractant demeure une mission que la personne publique entend assumer et que son exercice par un tiers répond à un besoin de cette dernière (voyez notamment vos décisions *Paris Jean-Bouin* et 23 mai 2011, *cne de Six-Fours les plages*, n° 342520, au rec, par laquelle vous écarterez pour ce motif la qualification de délégation de service public). Il faut ensuite s'assurer que le contrat a eu pour objet de confier la gestion de ce service à un tiers. Ces différents éléments peuvent fonctionner comme un faisceau d'indices lorsque leur application individuelle n'apporte pas de réponse évidente.

Tel nous semble être le cas dans la présente affaire, où l'intention de la commune de prendre en charge un service public culturel n'est pas très claire. En effet, vont dans le sens de l'existence d'un service public l'objet de l'activité, à savoir l'ouverture au public de biens immobiliers présentant un intérêt culturel et historique, qui peut être qualifié de service public. L'article 8 de la convention indique d'ailleurs qu'elle est "consentie sur un patrimoine public et dans le champ du service public culturel communal". Mais cette indication, qui figure dans un article relatif aux conditions de résiliation ou fin de la convention, vise surtout à écarter la qualification de bail commercial. L'obligation d'ouvrir au public le Moulin de Daudet du 1er février au 31 décembre, imposée par la convention à Mme B..., peut en revanche être regardée comme une obligation de service public.

Ces éléments nous semblent cependant insuffisants pour caractériser une véritable intention de la commune d'ériger la gestion de ces biens en service public. Tout d'abord, elle n'exerce aucun contrôle sur la gestion du service ni sur les tarifs d'entrée, librement fixés par Mme B.... Si celle-ci organise des visites guidées pour le compte de l'office du tourisme municipal, c'est de sa propre initiative et cela ne répond à aucune demande de la commune. Ensuite, la convention n'impose aucune autre obligation de service que celle que nous avons citée concernant la période d'ouverture au public. Les autres contraintes imposées par la convention, concernant les produits touristiques proposés à la vente sur les lieux par Mme B..., qui doivent en respecter l'esprit et l'image, ou l'occupation des lieux, qui ne doit faire obstacle ni aux manifestations folkloriques ou traditionnelles qui s'y déroulent parfois, ni aux travaux d'aménagement de certaines parties du château non ouvertes au public, sont courantes dans les conventions d'occupation domaniale (voyez notamment votre décision du 19 janvier 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre*, précitée, concernant les boutiques dans un aéroport). Enfin, les conditions d'exécution de la convention nous paraissent incompatibles avec la délégation d'un service, qui plus est d'un service public. L'article 8 stipule ainsi que "la convention est résiliable à tout moment par la preneuse sous préavis de trois mois". Une telle faculté de résiliation à l'initiative du cocontractant, dont la mise œuvre risque de porter atteinte au principe de continuité du service public, est illicite dans une délégation dans service public (8 oct 2014, *sté Grenke location*, n° 370644, au rec). La durée de la convention, moins d'un an, renouvelable pour une année, est également très brève pour une délégation de service public, même ne comportant aucun investissement. Enfin, les termes employés, tels que "preneuse", qui est propre aux baux, le caractère "précaire et révocable" de la convention stipulé à l'article 1er, ou encore les précisions précitées selon lesquels la convention n'est pas un bail commercial, nous semblent confirmer que la commune n'a pas eu l'intention de confier à Mme B... l'exécution d'un service public mais seulement lui permettre d'exploiter économiquement des lieux touristiques en y exerçant une activité commerciale tout en les maintenant ouverts au public. Il s'agit donc d'un contrat autorisant une personne privée à occuper

pour partie le domaine public, en tant qu'il concerne l'occupation du château de Montauban, qui semble faire partie du domaine public de la commune, pour partie un bien immobilier dont elle est locataire, le Moulin de Daudet. N'étant pas une délégation de service public, l'article L. 1411-2 du CGCT, qui fonde l'annulation des titres exécutoires, n'était par suite pas applicable au litige.

Si vous nous suivez, vous annulerez l'arrêt attaqué pour ce motif, ce qui vous dispensera d'examiner les autres moyens du pourvoi et renverrez l'affaire à la cour. Vous pourrez mettre à la charge de Mme B... le versement à la commune de Fontvieille d'une somme de 1500 euros au titre des frais qu'elle a exposés dans cette instance.