

N° 434582
Paris Tennis

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 29 juin 2020
Lecture du 10 juillet 2020

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

« Le Luxembourg, pour moi, c'était tout de même plus grand que le Bois puisque je pouvais aller m'y promener tout seul, mais l'herbe, sauf les pigeons et les jardiniers, personne n'avait le droit d'y poser les pieds. Cela devait appartenir à quelqu'un puisque les gardiens la gardaient, cette herbe ». Jacques Prévert ne croyait pas si bien dire... le Jardin du Luxembourg appartenait alors et appartient aujourd'hui à quelqu'un !

Le Sénat est, en vertu de l'article 2 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, affectataire et gestionnaire du Jardin du Luxembourg. Par un arrêté de questure du 15 décembre 2010, il a autorisé la Ville de Paris à exploiter les six courts de tennis situés dans le Jardin du Luxembourg, pour une durée de cinq ans. Avant le terme de cette échéance, en décembre 2015, un projet de convention a été négocié directement entre le Sénat et la Ligue de Paris de tennis, structure régionale de la Fédération française de tennis.

Cette convention, signée le 12 janvier 2016, a été intitulée « convention d'autorisation d'occupation temporaire du domaine public en vue de l'exploitation des terrains de tennis dans le Jardin du Luxembourg », avec pour objectif de « promouvoir et de développer, dans le cadre de la Fédération française de tennis, une pratique et un enseignement sportifs de qualité, largement ouverts à tous les publics du quartier, en s'appuyant notamment sur les associations et clubs présents sur le site ».

En l'absence de publicité et de mise en concurrence préalable, la société Paris Tennis, exerçant dans le secteur de l'enseignement de disciplines sportives et d'activités de loisirs, n'a pas eu la possibilité de se porter candidate pour l'exploitation de ces six courts. Elle a formé devant le tribunal administratif de Paris une action en contestation de la validité du contrat, dans le cadre de la jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne, en soutenant que cette convention devait être requalifiée en délégation de service public et, à titre subsidiaire, qu'à supposer qu'il s'agisse bien d'une convention d'occupation du domaine public, elle aurait dû faire l'objet d'une mise en concurrence, sur le fondement du droit de l'Union. Le tribunal administratif a refusé de faire droit à sa demande, tout comme la cour administrative d'appel de Paris.

Trois questions sont posées par le pourvoi formé devant vous par la société Paris Tennis : l'une, préalable et essentielle, porte sur la compétence de la juridiction administrative, les deux autres sur la qualification de la convention et sur la procédure suivie.

I -. La juridiction administrative est-elle compétente pour connaître de ce litige ?

Devant les juges du fond, le Sénat a estimé que tel n'était pas le cas, et à la suite d'un moyen relevé d'office par votre 7^{ème} chambre, il confirme devant vous cette analyse.

1. Comme vous le savez, vous avez longtemps estimé que la juridiction administrative n'était pas compétente pour connaître d'actes pourtant susceptibles d'être qualifiés d'administratifs dès lors qu'ils émanaient des assemblées parlementaires (15 novembre 1872, Carrey de Bellemare, p. 591).

L'intervention de l'article 8 de l'ordonnance - non organique - du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires a prévu la compétence du juge administratif d'une part, s'agissant de la mise en cause de la responsabilité de l'Etat pour les dommages de toute nature causés par les services des assemblées parlementaires, d'autre part, s'agissant des litiges individuels concernant les agents titulaires des services des assemblées parlementaires.

Avec votre décision d'Assemblée *Président de l'Assemblée nationale* du 5 mars 1999, vous avez retenu que « les marchés conclus par les assemblées parlementaires en vue de la réalisation de travaux publics ont le caractère de contrats administratifs ». Vous en avez déduit que « dès lors, et sans qu'y fassent obstacle les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958, il appartient à la juridiction administrative de connaître des contestations relatives aux décisions par lesquelles les services de ces assemblées procèdent au nom de l'Etat à leur passation. »

Vous avez ainsi décidé de soumettre les marchés des assemblées parlementaires au contrôle du juge administratif, en mettant de côté l'énumération de l'article 8. Celui-ci se contentait alors de préciser que dans les instances indiquées, l'Etat était représenté par le président de l'assemblée intéressée.

La lettre de cet article, qui n'était pas expressément limitative, ne faisait ainsi pas obstacle à l'inclusion d'autres matières dans la sphère contrôlée par le juge administratif. Ainsi que le souligne un commentaire du Conseil constitutionnel¹, vous n'êtes toutefois pas allés, contrairement à ce que préconisait Catherine Bergeal dans ses conclusions, jusqu'à vous reconnaître compétent en reconsidérant plus largement les relations entre la juridiction administrative et le Parlement.

Vous êtes toutefois ensuite revenus à un mode de raisonnement fondé sur un critère organique : vous avez jugé, aux conclusions contraires de Laurent Vallée, que dès lors que le régime des pensions des anciens députés faisait partie du statut du parlementaire, dont les

¹ Commentaire de la décision n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat*

règles particulières résultaient de la nature de ses fonctions et se rattachaient ainsi à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement, il n'appartenait pas au juge administratif de connaître des litiges relatifs à ce régime (Assemblée, 4 juillet 2003, Papon, n° 254850, au Recueil).

La donne a doublement changé depuis la loi du 1^{er} août 2003, dont l'article 60 a modifié l'article 8. D'une part, celui-ci, prévoit désormais, en reprenant ainsi votre jurisprudence de 1999, que « La juridiction administrative est également compétente pour se prononcer sur les litiges individuels en matière de marchés publics ». D'autre part, il dispose que les instances ainsi énumérées sont « les seules susceptibles d'être engagées contre une assemblée parlementaire ».

Depuis, vous n'avez pas procédé à une nouvelle interprétation du texte ou, plus exactement, vous vous êtes sentis assez libres de définir votre compétence sur un fondement prétorien et non textuel.

En effet, par la décision Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah (16 avril 2010, n° 304176, au Recueil), vous avez jugé que l'acte par lequel le président de l'Assemblée nationale rend public le rapport d'une commission d'enquête parlementaire échappe par nature au contrôle du juge de l'excès de pouvoir, en vous fondant non sur l'article 8 mais sur la circonstance qu'un tel acte est indissociable de la fonction parlementaire de contrôle. Julien Boucher, dans ses conclusions, proposait quant à lui de se fonder sur la lettre du texte.

Relevons que le tribunal administratif de Paris et la cour administrative d'appel de Paris, en dehors des litiges relatifs aux décisions individuelles concernant les agents des assemblées, semblent aussi prendre certaines libertés par rapport au texte de l'ordonnance, du moins ne pas en faire un fondement évident. D'un côté, ils continuent, en matière de contrats, à appliquer la jurisprudence administrative, en neutralisant la modification de l'ordonnance de 1958. De l'autre, le tribunal administratif s'est, par exemple, déclaré incompétent en matière d'élections professionnelles sur le fondement de la liste énumérée par l'article 8. Et il fonde parfois doublement son incompétence : s'agissant de la décision du 28 juin 2018 par laquelle le président de l'Assemblée nationale a décidé de déployer deux drapeaux « arc-en-ciel » symboles LGBT, en lien avec la « Marche des fiertés », le tribunal administratif s'est déclaré incompétent au double motif que ce type de décision n'est pas énuméré par l'article 8 et qu'il n'est pas détachable de l'exercice de la souveraineté nationale (TA de Paris, 12 avril 2019, G..., n° 1812688/4-2).

2. C'est à l'aune de cette évolution du texte de l'ordonnance et de votre jurisprudence que vous devez aujourd'hui vous prononcer de nouveau sur la compétence de la juridiction administrative à l'égard de contrats administratifs autres que les contrats d'agents publics et les marchés publics.

La lettre du texte pourrait vous conduire, en première approche, dans le sens de l'incompétence de la juridiction administrative pour connaître d'actions dirigées contre ces contrats, pour trois raisons sérieuses.

D'abord, le texte évoque les « marchés publics » et non l'ensemble des contrats administratifs et il se veut exhaustif, comme nous l'avons indiqué.

Ensuite, il s'agit certes de procéder à une interprétation d'un texte, mais on ne peut que relever qu'il s'agit d'une disposition très particulière puisqu'elle porte sur votre office à l'égard du Parlement. Est ainsi en jeu la séparation des pouvoirs, ce qui, sans faire trembler la main, peut retenir légitimement et prudemment votre plume.

Enfin, le second alinéa de l'article 8 de l'ordonnance prévoit que « Les actions en responsabilité sont portées devant les juridictions compétentes pour en connaître. » En conséquence, une action en responsabilité quasi-délictuelle tendant à l'indemnisation d'un préjudice subi par un cocontractant d'une assemblée parlementaire ou par un tiers évincé irrégulièrement de la passation d'un contrat, quel que soit la nature de celui-ci, y compris les concessions et les conventions d'occupation domaniale, est recevable devant la juridiction administrative. Un recours indemnitaire existe ainsi.

Toutefois, nous ne vous proposons pas de vous arrêter là, pour deux motifs.

Le premier tient, disons-le, à une intuition qui nous anime comme une évidence : nous ne voyons, à vrai dire, aucune raison valable justifiant une solution différente pour les seuls marchés publics s'agissant de la compétence de la juridiction administrative. Nous serions naturellement arrêtée dans cette conviction si une intention inverse du législateur transparaissait dans les travaux préparatoires. Les contrats qui nous intéressent – concessions voire conventions d'occupation du domaine public - portent sur des actes purement administratifs, des actes de gestion. Non seulement ils n'ont rien à voir avec l'exercice du pouvoir législatif, mais ils s'accommodent mal, eu égard à leur nature et à leur objet, de l'absence de toute voie de recours direct. Car la question qui est posée est bien celle de l'existence même d'un juge pour ces actions, et non celle de la répartition entre deux ordres de juridiction.

On peut nous opposer sur ce point, à juste titre, que le texte est clair et que dans cette hypothèse, quoi que l'on en pense en termes de cohérence, il s'applique, sans rechercher l'intention de ses auteurs. Mais nous ne pouvons néanmoins que constater que rien dans les travaux préparatoires ne laisse penser que l'intention du législateur aurait été d'inclure les marchés et d'exclure les concessions par exemple.

Il est possible de faire état devant vous de ces travaux quasiment de façon exhaustive car ils sont succincts. Le président de la commission des affaires économiques, présentant l'amendement à l'Assemblée nationale, a indiqué que l'objectif était « d'intégrer dans le texte de l'article 8 de l'ordonnance certaines évolutions récentes de la jurisprudence du Conseil d'Etat ». Citant votre décision du 5 mars 1999, il souligne : « la haute juridiction

administrative s'était ainsi déclarée compétente pour juger du contentieux des marchés publics de l'Assemblée nationale. Sa décision a eu le mérite de procéder à une adaptation rendue indispensable tant par l'évolution des mentalités que par le droit communautaire. Pour opportune qu'elle fût, cette décision n'en était pas moins contraire à la lettre même de la loi. Il nous est donc proposé, d'abord, de remettre en accord le fait et le droit (...). A l'inverse, cet amendement rappelle que les actions engagées contre une assemblée parlementaire ne peuvent l'être que dans le cadre légal fixé par l'ordonnance du 17 novembre 1958, qui formule cette exception ». Aucune autre précision n'est apportée pour présenter l'amendement, qui a été adopté sans intervention sur ce point à l'assemblée nationale, puis sans débat au Sénat.

L'objectif a ainsi été de mettre en conformité le texte avec la jurisprudence. Nous pouvons émettre l'hypothèse que si votre décision de 1999 avait évoqué plus largement les contrats de la commande publique, voire les contrats administratifs plus généralement, et non les seuls marchés publics, cette rédaction serait sans doute aujourd'hui celle qui figurerait dans l'article 8, au regard de la justification donnée par les parlementaires eux-mêmes, puisqu'aucune trace ne fait état de débats sur le champ précis des contrats concernés.

Nous avons, un instant, envisagé d'évoquer devant vous une difficulté d'ordre constitutionnel. L'absence de tout contrôle juridictionnel sur des contrats pourtant soumis aux principes de la commande publique (égalité de traitement, liberté d'accès, transparence des procédures), qui sont des principes de valeur constitutionnelle², interroge, en effet, nécessairement. Mais le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions de l'article 8 étaient conformes à la Constitution (décision n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011). Il n'était certes saisi que sur la question des litiges relatifs aux agents mais il s'est prononcé de façon plus générale sur l'ensemble de l'article 8. Ce dernier évoquant expressément désormais le caractère exhaustif des instances visées, nous ne pensons pas que vous pourriez, aujourd'hui, à votre tour et à l'inverse des juges constitutionnels, estimer que sur un fondement constitutionnel, l'article poserait une difficulté, y compris « en tant qu' » il ne prévoit pas de recours contre certains contrats administratifs.

C'est pourquoi le deuxième grand motif conduisant selon nous à affirmer la compétence de la juridiction administrative tient non pas à la Constitution, mais au droit de l'Union, et ce à plusieurs égards, qu'il nous faut développer un peu plus longuement.

Précisons que nous voyons là une double exigence : d'une part, il nous semble en soi nécessaire de rechercher une interprétation conforme au droit de l'Union européenne, d'autre part, les travaux préparatoires de l'article 8, que nous avons cités, font précisément état de l'intention du législateur de rendre compatibles les dispositions de l'ordonnance avec les exigences du droit de l'Union.

² Ces principes ont vu leur valeur constitutionnelle reconnue à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel, comme découlant des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (par ex. CC, 26 juin 2003, n° 2003-473 DC relative à la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit

Certes, un « élément de l'identité nationale » d'un Etat, tenant notamment à la « situation constitutionnelle » de celui-ci, est susceptible de constituer un intérêt légitime justifiant de déroger, de façon proportionnée, aux principes et droits issus du droit de l'Union (CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-208/09). Mais cette dérogation très générale ne nous semble pas susceptible de couvrir la question du recours pouvant être exercé à l'encontre d'actes administratifs des assemblées, qui ne mettent nullement en jeu l'exercice de leur pouvoir législatif et de contrôle.

Ainsi que l'a rappelé la CJCE (17 décembre 1998, Commission des communautés européennes c/Royaume de Belgique, C-323/96, §28) « *Un organe législatif relève de la notion d'Etat au sens des directives communautaires en matière de marchés publics de travaux* ». La directive marchés (article 2 renvoyant à l'annexe 1) range expressément les assemblées parlementaires françaises au nombre des « autorités publiques centrales » qualifiées de pouvoirs adjudicateurs. Elles sont, dès lors, également soumises à la directive concessions.

L'incompétence de la juridiction administrative et, partant, l'absence de recours direct - hormis indemnitaire - contre les contrats hormis les marchés, est-elle compatible avec le droit de l'Union ?

La réponse est assurément négative s'agissant, au minimum et de façon certaine, des concessions. Les directives européennes imposent, en effet, pour les marchés et les concessions, l'existence de procédures d'urgence que sont le référé précontractuel et le référé contractuel (directive recours 89/665, et directive 2014/23/UE qui a inclus les concessions). L'article 8, s'il devait être lu littéralement, empêcherait pourtant l'existence de ces référés s'agissant des concessions passées par les assemblées.

Outre cette difficulté découlant des directives elles-mêmes, l'existence d'un recours seulement indemnitaire prévu par l'article 8 suffit-il à répondre aux exigences du droit de l'Union pour les concessions, mais aussi pour les conventions d'occupation du domaine public ?

A cet égard, l'arrêt de Grande chambre *Unibet* (CJCE, 13 mai 2007, Unibet, aff. C-432/05) définit les principes relatifs à l'existence de voies de droit permettant d'assurer le respect des droits issus du droit de l'Union. D'une part, il n'impose pas la création d'une voie de droit autonome destinée à protéger le respect du droit de l'Union. Celui-ci passe par l'exercice des voies de droit national dans le respect du principe d'autonomie procédurale. D'autre part, les règles procédurales sont suffisantes lorsqu'elles respectent deux principes (point 43 de l'arrêt Unibet) :

- le principe de l'équivalence, c'est-à-dire, selon les termes de la CJUE, que « les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne ;

- le principe d'effectivité, selon lequel les modalités procédurales « ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire ».

En application de ces principes, la Cour de justice a estimé dans l'arrêt Unibet que l'existence d'une voie de recours incidente suffisait, en principe, pour permettre le respect du principe de protection juridictionnelle effective.

En matière de contrats, la cour semble avoir estimé que l'existence d'une action indemnitaire suffisait également au respect de la protection juridictionnelle effective (CJUE, 6 mai 2010, Club Hotel Loutraki AE et autres contre Ethnico Symvoulia Radiotileorasis et Ypourgos Epikrateias, aff. C-145/08, point 80³). Plus exactement, elle a estimé que cette voie de recours était nécessaire et elle peut être implicitement interprétée comme suffisante.

Ce principe de l'admission d'une voie de recours, notamment indemnitaire, permettant la seule contestation incidente n'est toutefois pas toujours considéré comme suffisant. La cour de justice peut exiger une voie de recours permettant la contestation directe d'une décision contraire au droit de l'Union, notamment si la contestation incidente ne permet pas, concrètement, une protection suffisante des justiciables, mais ces solutions se fondent sur des réglementations européennes spécifiques. Par ailleurs, la Cour (18 juillet 2007 aff. C-503/04, Commission contre République fédérale d'Allemagne) a pu estimer qu'un Etat avait manqué à ses obligations résultant de la directive marchés, en ne prévoyant pas la résiliation de contrats litigieux, alors même qu'une indemnisation avait été prévue. Toutefois, il s'agit d'un arrêt en manquement, sur lequel il n'est pas évident de procéder à des extrapolations certaines.

Enfin, la cour rappelle, dans l'arrêt Unibet, qu'il incombe au juge national d'interpréter le droit national de manière à assurer le respect du principe de protection juridictionnelle effective. Plus généralement, le juge national doit interpréter le droit national d'une manière conforme au droit de l'Union (voir notamment CJUE Grande chambre, 24 juin 2019, Poplawski, affa. C-573/17). Naturellement, cette exigence ne peut justifier « une interprétation contra legem du droit national » (CJCE, 15 avril 2008, aff. C-268-06 ; CJUE, 15 janvier 2014, aff. C-176/12).

Au total, l'existence de la possibilité d'une contestation incidente par la voie du recours en responsabilité pourrait peut-être être considérée comme suffisante au regard du droit de l'Union, mais il est délicat de l'affirmer.

³ « le droit de l'Union, en particulier le droit à une protection juridictionnelle effective, s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, interprétée en ce sens que les membres d'une association momentanée, soumissionnaire dans une procédure de passation d'un marché public, soient privés de la possibilité de demander, à titre individuel, réparation du préjudice qu'ils auraient individuellement subi par suite d'une décision qui a été adoptée par une autorité, autre que le pouvoir adjudicateur, impliquée dans cette procédure conformément aux règles nationales applicables, et qui est de nature à influencer sur le déroulement de celle-ci ».

Même si nous ne dégageons ainsi pas avec certitude un risque de non-conformité, nous pensons que le droit de l'Union vous incite fortement à affirmer la compétence du juge administratif. D'abord, comme nous l'avons dit, la difficulté est certaine s'agissant de l'absence de référés contre les concessions conclues par les assemblées. De plus, dans le doute et sauf à ce que vous souhaitiez saisir la CJUE, cette approche nous semble plus prudente. Autant il n'est pas certain qu'elle soit imposée, autant il est certain qu'elle n'est pas interdite ! Ensuite, l'inclusion des assemblées parlementaires dans les pouvoirs adjudicateurs conduit plutôt, par cohérence, à les soumettre au même contrôle juridictionnel que les autres pouvoirs adjudicateurs pour ces contrats.

Si vous nous suivez, deux fondements apparaissent alors possibles pour affirmer la compétence de la juridiction administrative :

- soit considérer que nous sommes en présence d'actes ayant un caractère totalement dissociable des fonctions parlementaires, législatives et de contrôle du gouvernement, et qu'ainsi l'indépendance du pouvoir législatif n'est pas en cause, comme l'a d'ailleurs retenu le tribunal administratif en l'espèce,
- soit vous fonder sur l'article 8 et procéder à une interprétation de la notion de marchés publics.

Bien qu'elle nous inspire nécessairement dans la solution que nous proposons, car nous ne saurions évidemment vous suggérer une piste qui reviendrait à inclure des actes indissociables de l'activité parlementaire, nous ne retenons pas la première voie. Il nous semble trop constructif aujourd'hui de faire abstraction de l'article 8 à l'aune de sa nouvelle rédaction.

Nous vous proposons donc de procéder à une interprétation de la notion de marchés publics comme concernant nécessairement d'autres contrats administratifs, pour les raisons indiquées, en particulier au regard du droit de l'Union.

3. Disant cela, nous n'avons pas totalement épuisé le sujet car il existe plusieurs options pour définir le périmètre de ces contrats devant relever de la compétence de la juridiction administrative. Nous en voyons trois :

- les contrats de la commande publique (donc, outre les marchés, les concessions)
- les contrats soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence (donc, outre les deux premiers, les conventions d'occupation domaniale – nous y reviendrons, s'agissant de leur soumission à ces principes)
- tous les contrats administratifs.

La dernière option - tous les contrats administratifs - pourrait être opportune. Nous n'avons guère de doute sur le fait que ces actes sont hors du champ de l'exercice du pouvoir législatif. Une rédaction large permettrait, en outre, d'englober aussi les contrats de recrutement d'agents publics. Certes, les litiges relatifs aux agents sont cités par l'article 8, mais il n'évoque que les agents titulaires. Or, il nous semble assez inconcevable – sans pouvoir ici en développer les raisons - qu'un agent contractuel recruté par une assemblée parlementaire ne puisse saisir le juge d'un recours direct, par exemple en cas de licenciement. Le cas échéant,

un tel litige devrait, à notre sens, être admis comme relevant de la compétence de la juridiction administrative, en retenant une interprétation large des agents visés par l'article 8. Ce sujet témoigne, à notre sens, du caractère obsolète et fragile de l'article 8, qui suppose une interprétation évidemment respectueuse de la volonté du législateur, mais aussi conforme à des principes plus généraux.

Une rédaction évoquant les contrats administratifs de façon générale, s'extrayant de la notion d'agents ou de celle de marchés prévues par l'article 8, bien qu'opportune, est sans doute toutefois trop large car elle revient à se détacher totalement des termes de cet article. Or, sa nouvelle rédaction ne le permet pas, comme nous l'avons dit, compte tenu du caractère exhaustif de la liste. Nous pensons donc qu'il convient d'interpréter la notion de marchés publics au sens de cet article.

L'acception la plus proche consisterait alors à évoquer les « contrats de la commande publique ». Mais, au regard de ce que nous avons indiqué, nous pensons justifié d'inclure non seulement les concessions mais aussi les conventions d'occupation du domaine public. Nous vous proposons donc de retenir que la notion de marchés publics au sens de l'article 8 vise l'ensemble des contrats soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence, donc outre les marchés, les concessions et les conventions d'occupation domaniale.

Au total, outre le droit de l'Union, trois éléments nous confortent finalement pour vous proposer d'affirmer la compétence du juge administratif : l'absence de volonté expresse du législateur d'exclure ces contrats, leur caractère purement administratif et le sens dégagé par votre jurisprudence en 1999, qui s'accommode mal de ce qui serait perçu comme un recul du contrôle exercé sur ces actes. Vingt ans après, alors que l'exigence de contrôle et de transparence n'a fait que s'accroître dans toutes les sphères de l'action publique, il serait paradoxal que le Conseil d'Etat semble faire marche arrière.

Précisons que vous pourriez hésiter entre les notions de compétence et de recevabilité. Vous vous êtes placés sur le plan de la recevabilité et non de la compétence lorsqu'était en cause certains actes⁴, ainsi que l'expliquait le Président Boulouis dans ses conclusions sur la décision Patureau (28 janvier 2011, n° 335708, au Recueil), s'agissant du règlement intérieur d'une assemblée parlementaire, acte dont le juge administratif pouvait connaître par la voie de l'exception. Mais hormis ce cas et comme en l'espèce, quand bien même le juge administratif peut connaître de l'action indemnitaire fondée sur l'illégalité de la procédure de passation du contrat, ce qui diffère du lien entre voie d'action et voie d'exception qui vous a conduit à vous placer sur le terrain de la recevabilité pour un acte réglementaire, il nous semble que c'est la question première et préalable de la compétence de la juridiction administrative qui est ici posée, et qui doit être affirmée à l'instar de ce que vous avez retenu dans votre décision d'Assemblée de 1999.

⁴ CE, 16 avril 2010, Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah de France, n° 304176, au Recueil : notion de compétence, sur la décision du président d'une assemblée parlementaire de publier le rapport d'une commission d'enquête parlementaire ; 28 janvier 2011, Patureau, n° 335708, au Recueil, conclusions Pdt Boulouis : notion de recevabilité

Si vous nous suivez, vous serez donc compétents pour connaître de ce litige, quelle que soit la qualification retenue pour la convention litigieuse, entre délégation de service public et convention d'occupation du domaine public.

II - C'est précisément la deuxième question posée par ce pourvoi, qui appelle toutefois une réponse plus rapide : la cour a-t-elle eu raison de qualifier ce contrat de convention d'occupation domaniale et non de contrat de délégation de service public ?

La délégation de service public, auparavant définie à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales et aujourd'hui également à l'article L. 1121-3 du code de la commande publique, est, en application des textes, un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

Votre décision de Section *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin* (3 décembre 2010, n° 338272, 338527, au Recueil, conclusions Nathalie Escaut), qui a dégagé, sous l'empire des textes alors existants, une absence d'obligation d'organiser une procédure de publicité et de mise en concurrence pour les conventions d'occupation du domaine public, a également fourni la grille d'analyse permettant de distinguer la convention d'occupation domaniale et la délégation de service public.

Elle pose d'abord le principe que 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 ». Elle précise ensuite que « les obligations que l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut imposer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, aux concessionnaires du domaine, sans exercer un droit de regard sur l'activité exercée par l'occupant, ne caractérisent pas une délégation de service public ».

Vous exercez en cassation un contrôle de qualification juridique, depuis les évolutions intervenues dans la suite de votre décision de Section Ville de Paris du 11 juillet 2008 (n° 312354), avec notamment votre décision du 19 novembre 2010, M. D... (n° 320169, aux Tables sur un autre point, s'agissant d'un contrat de délégation de service public.

Ainsi que le souligne Gilles Pellissier dans ses conclusions sur la décision commune de Fontvieille (9 décembre 2016, n° 396352, C), l'objet du contrat est déterminant : une délégation de service public 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 ». Le contrôle exercé par la personne publique est « un élément

déterminant de la qualification », laquelle suppose, en l'absence d'évidence, d'analyser les différents éléments du contrat en cause comme un faisceau d'indices.

En l'espèce, l'activité– l'exploitation de courts de tennis en vue d'une activité sportive- est, en elle-même, susceptible d'être qualifiée d'activité de service public. Par votre décision de Section Ville de Toulouse (13 juillet 1961, n° 48792, au Recueil, vous avez jugé que le développement de la pratique sportive présente un caractère d'intérêt général et peut être érigé en service public par une personne publique.

Encore faut-il, pour passer du caractère susceptible au caractère certain, que la personne publique témoigne d'une volonté en ce sens, et que les autres éléments du faisceau d'indices traduisent l'exercice d'un contrôle qu'elle entend exercer sur cette activité.

Or, premièrement, cette volonté n'est pas exprimée ici. Le contrat est présenté comme une convention d'occupation domaniale et son objet, figurant notamment à son article 1^{er}, n'est pas déterminant : « La présente convention a pour objet de définir les conditions dans lesquelles le Sénat autorise le titulaire à occuper temporairement une partie du domaine public dont il est affectataire, afin d'y exploiter six courts de tennis ainsi que des locaux d'accueil, des vestiaires et des sanitaires situés au Pavillon Raynal (...). Cette exploitation a pour objectif de promouvoir et de développer, dans le cadre de la Fédération française de tennis, une pratique et un enseignement sportifs de qualité, largement ouverts à tous les publics du quartier, en s'appuyant notamment sur les associations et clubs présents sur le site ».

Deuxièmement, le contrôle exercé par le Sénat n'apparaît pas suffisant pour caractériser la volonté de déléguer un service public. Il est certes « informé » des tarifs, mais il ne les fixe pas. Par ailleurs, l'utilisation des courts est établie par le cocontractant, sous réserve de règles spéciales applicables à certains utilisateurs prévus par la convention. Le contrôle est, de façon générale, léger, sauf en ce qui concerne la protection des lieux et la réalisation des travaux, mais il porte sur le domaine et non sur l'activité assurée sur celui-ci. De même, certaines sujétions imposées en termes d'horaires par exemple sont liées à la protection du jardin et du Sénat, et à la spécificité des lieux, et non à la volonté de contrôler l'activité sportive.

La cour n'a donc pas commis d'erreur de qualification juridique en jugeant que la convention litigieuse devait être regardée comme une convention d'occupation du domaine public et non comme une concession de service public.

III- Fallait-il néanmoins que le Sénat respecte des obligations de publicité et de mise en concurrence ? C'est la troisième et dernière question posée par ce pourvoi.

Cette question a, hormis pour le cas d'espèce, un intérêt essentiellement historique. Comme vous le savez, l'article L. 2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, dispose que, sauf dispositions législatives contraires, la délivrance par l'autorité compétente d'un titre permettant à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en

vue d'une exploitation économique doit être précédée d'une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester. Mais ces dispositions sont applicables aux titres délivrés à compter du 1^{er} juillet 2017 et ne l'étaient donc pas à la date de signature de la convention litigieuse.

La cour a ainsi, à bon droit, jugé que du point de vue du droit interne, aucune disposition n'imposait alors le respect d'une procédure de publicité préalable.

Mais elle a aussi retenu que le droit de l'Union n'était pas méconnu, en suivant un raisonnement qui nous semble, cette fois, contestable. Précisons que le moyen ne saurait, contrairement à ce qui est soutenu, être considéré comme nouveau en cassation, car, même sans avoir développé sa démonstration autant qu'elle le fait devant vous, la société Paris Tennis s'était bien référée aux principes du droit de l'Union et à la jurisprudence de la CJUE.

L'article 12 (point 1) de la directive services (directive 2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur) dispose que « *Lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, les Etats membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture* ».

Vous avez jugé récemment que l'invocation de l'article 16 de la même directive était inopérante dans le cas de situations purement internes au regard du droit de l'Union, mais précisément parce que cet article est relatif à la libre prestation des services dans un autre Etat membre, la présence d'un élément transfrontalier étant ainsi inhérent à la substance de la règle (20 décembre 2019, Société ADOMVET et autres, n° 410771, aux Tables). Tel n'est pas le cas s'agissant de l'article 12.

Par son arrêt *Promoimpresa Srl* (14 juillet 2016, aff. C-458/14 et C-67/15), la CJUE a estimé, sur le fondement de l'article 49 du TFUE et de l'article 12 de la directive services, que la délivrance d'autorisations du domaine public devait être précédée de mesures de transparence. C'est d'ailleurs cet arrêt qui a conduit aux évolutions de droit interne que nous avons évoquées.

Puis, par son arrêt du 30 janvier 2018 (*College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort contre X BV et Visser Vastgoed Beleggingen BV contre Raad van de gemeente Appingedam*, aff. C-360/15 et C-31/16, point 110), la CJUE a jugé que « *les dispositions du chapitre III de la directive 2006/123, relatif à la liberté d'établissement des prestataires, doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'appliquent également à une situation dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre* ». C'est donc ainsi qu'il convient d'entendre la portée de l'article 12, inclus dans le chapitre III, comme s'appliquant bien à *des situations purement internes*.

La cour s'est toutefois bornée à relever que la convention litigieuse ne présentait pas d'intérêt transfrontalier certain et elle en a déduit que le principe de non-discrimination ne pouvait être invoqué. Cette circonstance tenant à l'absence d'intérêt transfrontalier est pourtant, au regard de la jurisprudence précitée de la CJUE, sans incidence sur l'application de l'article 12. L'exigence de transparence est cantonnée aux procédures présentant un intérêt transfrontalier lorsqu'elle est fondée sur l'article 49 du TFUE. Mais tel n'est pas le cas en application de l'article 12 de la directive.

La cour a donc commis une erreur de droit, en se fondant sur ce critère erroné. Elle aurait dû rechercher si les critères posés par l'article 12 conduisaient, en l'espèce, à une exigence de publicité préalable. Il nous semble, à vrai dire, que tel est bien le cas et qu'une procédure de publicité aurait dû être respectée, mais il appartiendra à la cour de procéder à cette analyse, au regard des critères pertinents.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué
- au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Paris
- à ce que l'Etat verse à la société Paris Tennis une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées par le Sénat à ce titre.