

**N° 449826**

**Commune de Toulouse**

**7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 9 mars 2022**

**Décision du 24 mars 2022**

## **Conclusions**

### **Mme Mireille LE CORRE, Rapporteur publique**

Le pourvoi qui vient d'être appelé vous conduira à qualifier des contrats conclus successivement entre une collectivité territoriale et une association. Vous aurez à vous prononcer sur une seconde question, relative à la propriété des biens liés à ces contrats, qui n'est évidemment pas sans lien avec la première.

1. Le Château d'Eau de Toulouse, inscrit aux monuments historiques, était affecté à la distribution de la commune en eau potable depuis 1825. Sous l'impulsion du photographe toulousain Jean Dieuzaide, en 1978, la ville a décidé d'utiliser les locaux du Château d'eau, appartenant au domaine public communal, pour y installer une galerie de la Photographie, permettant d'organiser des expositions périodiques d'œuvres photographiques ainsi que de constituer un patrimoine d'œuvres photographiques.

Trois grandes périodes doivent être distinguées :

- de 1978 à 1985, la gestion de cette galerie a été assurée en régie directe par la commune,
- de 1985 à 2020, plusieurs conventions successives ont été conclues entre la ville et l'association « PACE-La Photographie au Château d'Eau » (créée en 1981)
- depuis 2020, la commune a repris l'exploitation de la galerie en régie.

Ce qui est en débat devant vous concerne la période 1985-2020, elle-même découpée en plusieurs sous-périodes du fait de la conclusion de conventions successives.

La question de la qualification de ces conventions a été soumise à la juridiction administrative par le juge judiciaire, dans le cadre du litige opposant l'association PACE à la ville.

Par un jugement du TGI de Toulouse du 29 novembre 2019, l'association PACE a été placée en procédure de sauvegarde judiciaire, convertie en procédure de redressement judiciaire par un jugement du même tribunal du 14 février 2020. Un inventaire des biens de l'association a alors été réalisé. En application de l'article L. 624-9 du code de commerce, la commune a ensuite formé une action en revendication de la propriété des fonds photographiques et documentaires et des œuvres exposées. Cette demande a été rejetée par l'administrateur

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

judiciaire, conduisant la ville à demander au juge commissaire du tribunal judiciaire de Toulouse d'ordonner la restitution de ces biens.

Le juge commissaire a sursis à statuer sur la requête en revendication de la commune et il lui a enjoint de saisir la juridiction compétente aux fins de voir qualifiées les conventions, ainsi que la nature des biens revendiqués.

Ainsi, bien que le juge commissaire du tribunal judiciaire de Toulouse n'ait pas directement saisi le juge administratif, sur le fondement de l'article 49 du code de procédure civile, le tribunal administratif de Toulouse, saisi d'une telle demande par la commune sur l'injonction du juge judiciaire, l'a analysée comme une question préjudicielle et nous pensons qu'il a eu raison de procéder de la sorte. Il statuait ainsi, en application du dernier alinéa de l'article R. 811-1 du code de justice administrative, en premier et dernier ressort.

Sur le fond, le tribunal administratif a estimé qu'il n'était pas en mesure de répondre sur le second point, c'est-à-dire la nature des biens. Sur le premier point, il a qualifié d'une part, les conventions conclues en 1985 et 1987 de marchés publics, d'autre part, les conventions conclues en 1998, 2003 et 2008 ainsi que l'ensemble contractuel conclu à compter de 2013, de conventions d'objectifs et de moyens assorties de subventions.

## 2. Première question : la qualification de ces contrats

Vous exercez sur ce point un contrôle de qualification juridique en cassation (Section, 11 juillet 2008, Ville de Paris, n° 312354 ; Section, 3 décembre 2010, Ville de Paris et association Paris Jean Bouin, n° 338272, au Recueil ; et récemment 9 juin 2021, Ville de Paris c/ Allo Casse Auto, n°s 448948 et 448949, aux Tables)<sup>1</sup>.

Le jugement attaqué et les écritures des parties vous conduisent à vous prononcer sur trois qualifications possibles : concession de service public, marché public ou convention d'occupation domaniale accompagnée d'une subvention.

Bien que les textes applicables à ces contrats aient évolué, nous y reviendrons, il ne nous semble pas inutile de procéder par ordre en déterminant d'abord si nous sommes en présence de contrats de la commande publique, puis, le cas échéant seulement, s'il s'agit de marchés ou de concessions.

La première ligne de partage consiste ainsi à déterminer si le contrat répond à un besoin de la personne publique. Si tel est le cas, il pourra être qualifié de contrat de la commande publique et, au sein de cette catégorie, soit de marché public, soit de concession, selon les deux critères essentiels que sont le risque et le mode de rémunération.

Si, à l'inverse, l'objet du contrat est de répondre à un besoin de la personne privée, il pourra s'agir d'une convention d'occupation du domaine public ou d'un contrat accordant une

---

<sup>1</sup> Voir aussi : 19 novembre 2010, M. D..., n° 320169, aux Tables sur un autre point ; 9 juin 2021, Ville de Paris c/ Allo Casse Auto, n°s 448948 et 448949, aux Tables

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

subvention, voir les deux cumulés, l'octroi de la subvention pouvant être assis sur une convention d'objectifs et de moyens<sup>2</sup>.

Rien de très innovant dans le rappel de cette méthode, sous réserve ici du caractère successif des contrats. Faut-il avoir une approche englobante sur la trentaine d'années qui nous intéresse ou une approche distributive, convention par convention ?

Nous pensons qu'une approche contrat par contrat s'impose, pour deux raisons.

D'abord, il n'est pas exclu que, même pour un projet au contenu en apparence similaire depuis les années 1970, le besoin, le mode d'exploitation, le champ de l'action ou tout autre élément contractuel ait évolué. La qualification donnée par les parties elle-même n'arrête pas le juge, qui doit se déterminer au regard des stipulations contractuelles déterminant les obligations réciproques. En cassation, vous vous référez certes à l'appréciation souveraine des juges du fond sur la lecture des stipulations contractuelles, mais le contrôle de qualification juridique vous conduit ensuite à vous prononcer vous-même sur le cadre juridique en résultant.

La seconde raison d'une approche distributive tient à l'évolution du droit applicable. La nature juridique du contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu (TC, 9 mars 2015, R... c/ Société ASF, n° C3984, au Recueil).

Or, qu'il s'agisse des marchés et des concessions ou même de conventions accompagnées de subventions, il va sans dire que le cadre juridique a évolué depuis les années 1970.

Toutefois, les notions elles-mêmes se caractérisent par une certaine stabilité. En effet, le départ entre les notions a toujours fait appel à des critères, textuels et jurisprudentiels, qui inspirent fortement les dispositions actuelles. Ainsi, la notion de concession a toujours supposé l'existence d'une rémunération liée à l'exploitation ou, plus récemment, au transfert du risque d'exploitation. Voyez en ce sens la logique retenue dans votre décision Regal des îles (24 mai 2017, n° 407213, aux Tables) aux conclusions de Gilles Pellissier, soulignant cette stabilité des critères.

Cette approche distributive n'exclut pas que la qualification des différents contrats soit finalement identique au terme de l'analyse, mais on ne peut le présumer.

S'agissant du premier filtre, celui de l'objet, au regard des dates des différentes conventions, il convient de se référer aux dispositions du code des marchés publics en vigueur, reprises, s'agissant des marchés publics, à l'article L. 1111-1 du code de la commande publique, et, s'agissant des concessions, et plus précisément des délégations de service public, aux articles L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales et L. 1121-1 du code de la commande publique.

---

<sup>2</sup> Voir articles 9-1 et 10 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations

Sont en facteur commun les éléments figurant aujourd'hui à l'article L. 2 du code de la commande publique, aux termes duquel : « *Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques.* ». Trois conditions sont ainsi posées, autour d'un critère organique, d'un critère matériel et d'un critère tenant au caractère onéreux.

Le critère organique est évidemment rempli en l'espèce. Par ailleurs, les contrats litigieux comportent des obligations réciproques, avec une contrepartie qui a une valeur économique, et ils sont donc conclus à titre onéreux au sens de votre jurisprudence.

C'est bien le critère matériel qui est en débat : la finalité des contrats litigieux est-elle de répondre à un besoin de la personne publique ou de permettre la réalisation d'une initiative privée associative ?

Votre jurisprudence déjà fournie sur ce point, avant d'être cristallisée à l'article L. 2, illustre ce que peut ou non recouvrir le besoin de la personne publique (v. notamment Assemblée, 4 novembre 2005, Société Jean-Claude Decaux, n° 247298, au Recueil, 15 mai 2013, Ville de Paris n° 364593, au Recueil, Section, 3 décembre 2010, Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin, n°s 338272, 338527, au Recueil). La ligne de partage se situe entre les cas dans lesquels une personne publique obtient une prestation dont elle a besoin pour assurer ses propres missions, et les cas dans lesquels elle fait bénéficier un cocontractant, pour ses propres besoins, de l'usage d'un bien public ou du domaine public.

En l'espèce, un élément de contexte peut faire hésiter, tenant à l'initiative de la création du musée. Le projet a certes été imaginé par un photographe, mais c'est bien la ville qui a décidé de la création de ce musée, l'association ayant d'ailleurs été créée dans un second temps. Si l'initiative est un indice important, il faut la distinguer de l'inspiration d'un projet. Ici, l'inspiration est certes privée, et il n'est pas interdit pour une personne publique de s'enrichir d'idées du monde extérieur, c'est même souhaitable ! Ce qui compte en droit est de déterminer qui a défini le projet, son lancement, ses contours et ses modalités et, en un mot, au besoin de qui il répond. Or, c'est bien ici la commune qui a jugé nécessaire et utile de le mettre en œuvre.

S'agissant des conventions conclues en 1985 et 1987, le tribunal administratif a estimé qu'elles répondaient aux besoins de la commune. Plusieurs éléments nous conduisent aussi en ce sens.

On ne peut tout d'abord faire abstraction de deux éléments antérieurs : d'une part, la galerie était gérée directement par la commune et a été qualifiée d'établissement en 1978, d'autre part, l'association a été créée en 1981 dans le but d'« apporter son appui à la galerie ».

Surtout, la délibération et les stipulations contractuelles mettent en évidence une réponse aux besoins de la commune. Ainsi, l'objet de la délibération est de charger l'association d'une mission de promotion culturelle des expositions, de réalisation et organisation des expositions « pour le compte de la ville de Toulouse ». La convention elle-même dans son

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

article 1<sup>er</sup> prévoit, dans sa version de 1985, que l'association doit « compléter et soutenir l'action municipale au sein de la galerie » et, avec des termes différents mais en substance similaire, en 1987, que la ville « confie une mission de service public directement liée à la gestion de la galerie municipale ».

Enfin, les éléments témoignant du lien fort avec la commune en termes organisationnels confortent l'expression de son besoin (mise à disposition d'agents et de locaux notamment).

S'agissant des conventions suivantes, soit de 1998 à 2012, le TA est passé un peu vite à la deuxième étape du raisonnement, relative au risque, sans se prononcer clairement sur l'objet des contrats. Or, aucun élément ne conduisait à estimer que cet objet avait profondément évolué. Si les missions s'étoffent quelque peu, elles répondent toujours au même besoin et ce avec des modalités de contrôle renforcés de la part de la commune<sup>3</sup>.

S'agissant de l'ensemble contractuel<sup>4</sup> applicable de 2013 à 2019, le TA a cru y déceler une volonté de la commune non pas de fixer des missions à l'association mais d'accompagner son activité. Nous ne partageons pas cette analyse qui se fonde sur des termes généraux affichés en préambule, mais ne tient pas compte des missions effectivement confiées à l'association, qui se situent dans le prolongement des contrats précédents.

Ainsi, l'ensemble des conventions visaient à répondre à un besoin de la commune, ce qui conduit à écarter la qualification de subvention ou de convention d'occupation du domaine public, pour retenir celle –aujourd'hui dénommée comme telle – de contrat de la commande publique.

Venons-en au second filtre : l'existence ou non d'un risque d'exploitation.

L'article L. 1121-1 du code de la commande publique<sup>5</sup> définit aujourd'hui – dans la continuité des dispositions précédentes comme nous le disions - la concession, autour de deux notions clé liées au mode de rémunération et à l'existence d'un risque, celui-ci impliquant « *une réelle exposition aux aléas du marché* ».

Une activité économique présentant, par essence, un risque, la question est de savoir sur qui il repose, quand bien même il serait faible en pratique – dès lors qu'il n'est pas nul, car, contrairement à ce qui est soutenu devant vous, il n'a pas à être substantiel (voyez en ce sens votre décision Allo casse précitée)<sup>6</sup>. L'appréciation de l'existence du risque étant centrale pour en déduire la nature juridique du contrat, elle est intégrée, nous semble-t-il, dans le

---

<sup>3</sup> représentants au conseil d'administration, notification préalable des changements de statut ou de gouvernance, validation des actions de communication

<sup>4</sup> Cet « ensemble » comprend deux conventions pluriannuelles d'objectifs et de moyens (CPOM), une convention de mise à disposition de locaux suivie de trois avenants et cinq conventions financières, et l'on peut en effet y voir un ensemble contractuel (7 octobre 2020, Butel, n° 433986, aux Tables, avec contrôle de qualification juridique sur ce point), ce qui n'est d'ailleurs pas contesté.

<sup>5</sup> résultant de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, elle-même reprenant largement l'article 5 de la directive du 26 février 2014

<sup>6</sup> Sur le transfert du risque, voir aussi : 5 février 2018, Ville de Paris et société de mobiliers urbains pour la publicité et l'information, n°s 416581 et s, aux Tables ; 25 mai 2018, Société Philippe Védiaud Publicité et commune de Saint-Thibault-des-Vignes, n°s 416825, 416947, au Recueil.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

contrôle de qualification juridique, sur le fondement de différents éléments appréciés souverainement.

En l'espèce, si, là aussi, une analyse convention par convention s'impose, nous en déduisons trois points permanents.

D'abord, la subvention n'est jamais définie comme une subvention d'équilibre, visant à compenser les charges de l'activité.

Ensuite, l'association elle-même reconnaît que la diminution de la subvention a conduit à la réalisation du risque d'exploitation ayant été à l'origine du déficit de l'association de 60 000 euros et finalement à la procédure de sauvegarde.

Enfin, même si le risque est faible, il existe et il est supporté par l'association. Rien ne garantit que les dépenses soient couvertes par les recettes tirées de l'exploitation de l'activité. Et contrairement à la gestion d'une cantine par exemple dont l'activité est prévisible, la fréquentation d'expositions culturelles n'obéit évidemment pas à une telle stabilité.

La circonstance que l'association assume ce risque nous conduit à vous proposer de regarder chacun des contrats comme des concessions de service et, plus précisément, au regard de la mission de service public confiée, comme des délégations de service public.

Le TA a donc commis une erreur de qualification juridique pour chacune des conventions. Vous pourrez donc annuler le jugement et procéder vous-mêmes ensuite à cette qualification.

3. Abordons désormais, plus rapidement, la seconde question.

Le TA ayant exclu la qualification de concession, il a aussi logiquement exclu celle de biens de retour, ce qui caractérise une autre erreur de qualification juridique, contrôle que vous exercez aussi sur ce point (par ex. : 6 octobre 2017, Commune de Valence, n° 402322, aux Tables).

Dans le règlement au fond, vous pourrez alors faire droit à l'argumentation de la commune, qui invoquait l'article L. 3132-4 du code de la commande publique, très largement inspiré de votre jurisprudence d'Assemblée Commune de Douai (21 décembre 2012, n° 342788, au Recueil)<sup>7</sup>.

L'association a été chargée d'une mission d'enrichissement des collections puis également de gestion et d'animation du fonds d'œuvres. Les fonds photographique et documentaire étaient utiles au fonctionnement de la galerie, qui avait pour objet de les exposer au public et de les enrichir. <sup>2</sup> la convention signée en 2020 pour prévoir les conditions de conservation et d'utilisation des fonds dans l'attente de l'issue judiciaire du litige évoque les fonds

---

<sup>7</sup> Cet article définit trois catégories de biens lorsqu'une autorité concédante de droit public a conclu un contrat de concession de travaux ou a concédé la gestion d'un service public (biens de retour, biens de reprise et biens propres). Vous avez précisé les conditions de l'indemnisation du préjudice éventuel subi par le concessionnaire (Section, 29 juin 2018, Ministre de l'intérieur c/ Communauté de communes de la vallée de l'Ubaye, n° 402251, au Recueil).

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

photographique et documentaire utilisés « pour les besoins de l'exploitation de la galerie » en précisant qu'ils ont été acquis par l'association PACE « pour les besoins du service public de la galerie ».

Ces fonds doivent ainsi être qualifiés de biens de retour.

Enfin, l'association ne peut opposer la prescription quadriennale, qui ne concerne que les créances détenues sur les personnes publiques.

Par ces motifs, nous concluons :

- A l'annulation du jugement du TA de Toulouse du 2 février 2021
- A ce qu'il soit déclaré que les conventions signées de 1983 à 2019 entre la commune de Toulouse et l'association PACE pour l'exploitation du musée de la photographie établi au sein de la galerie du Château d'eau ont le caractère de délégations de service public et que, par voie de conséquence, les fonds photographique et documentaire constitués dans le cadre de cette exploitation constituent des biens de retour, qui sont la propriété de la commune de Toulouse
- Au rejet – dans les circonstances de l'espèce – des conclusions présentées - tant par la commune de Toulouse que par l'association PACE – au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*