

Fiche introductive

SOURCES DU DROIT ADMINISTRATIF DES CONTRATS ET IDENTIFICATION DU CONTRAT ADMINISTRATIF

BIBLIOGRAPHIE

- Sur les sources

DELVOLVE (P.), « Constitution et contrats publics », *Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 469.

GAUDEMET (Y.), « Le contrat administratif, un contrat hors-la-loi », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17 (en ligne sur le site du Conseil).

MARCUS (L.), *L'unité des contrats publics*, Dalloz, coll. Nouv. bibl. des thèses, 2010.

MARTIN (J.), *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, thèse droit Paris-2, 2008.

ODENT (R.), *Contentieux administratif*, tome n°1, Dalloz 2007, p 10 et s.

WALINE (M.), « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'Etat », in *Etudes juridiques offertes à L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE*, Dalloz, 1964, pp. 634-645.

- Sur l'identification du contrat administratif

BRUNET (P.), « Le conflit des qualifications : le cas des actes réglementaires en forme de conventions », *Revue des contrats*, 2005/2, p. 434.

DANTONEL-COR (N.), « Le critère de la clause exorbitante : un Janus à double visage », *JCP A* 2008, n° 2047.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.), ODINET (G.), « Fin du splendide isolement : l'abandon de la jurisprudence Peyrot », *AJDA* 2015, chron. p. 1204.

FATÔME (E.), « A propos des contrats administratifs recueillis et poursuivis par des personnes privées », *Mélanges JEGOUZO*, Dalloz, 2009, p. 455.

FLOGAÏTIS (S.), « Contrat et acte administratif unilatéral », *L'Etat de droit, mélanges en l'honneur de G. BRAIBANT*, p. 229.

LAUBADÈRE (A. de), « Administration et contrat », *Mélanges BRETHE de la GRESSAYE*, 1960, p. 453.

MOLLION (G.), « La théorie de l'accessoire dans les contrats publics », *Contrats-Marchés publics*, 2009, n°8-9, pp. 9-14.

MOREAU (J.), « La naissance de la clause exorbitante du droit commun comme critère du contrat administratif », *Mélanges F. BURDEAU*, Litec, 2008, p. 197.

ROMI (R.), « La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux, Archaïsme paradoxal ou technique d'avenir ? », *AJDA* 1989 pp. 9-14.

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 22 mai 2019, Société Royal Cinéma

Référence 2 : CE, avis 22 mai 2019, Société Royal Cinéma, n°428040

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur TC, 6 juillet 2020, Société Huet Location c/ Cité de la musique

Référence 4 : TC, 6 juillet 2020 Société Huet Location c/ Cité de la musique, n°4191

Référence 5 : CE, avis 2 juillet 2019 sur les contrats de marketing du COJO, n°397961

Référence 6 : TC, 9 décembre 2019, Société Biomedica, n°4169

DÉCISIONS DU CORPUS

CE, 31 juillet 1912, Société des Granits porphyroïdes des Vosges,

CE, Sect., 20 avril 1956, Époux Bertin,

CE, 13 oct. 1961, Éts Campanon-Rey,

CE, sect., 19 janv. 1973, Soc. d'exploitation électrique de la rivière du Sant,

CE, Section, 30 mai 1975, Société d'équipement de la région montpelliéraine,

CE, 18 juin 1976, Dame Culard,

CE, Sect., 18 février 1977, Hervouët,

CE, Sect., 20 janvier 1978, Syndicat national de l'enseignement technique agricole public,

CE, 8 mars 1985, Les amis de la terre,

CE, Ass., 8 janvier 1988, Ministre chargé du plan et de l'Aménagement du territoire c. Comm. urb. de Strasbourg,

CE, Sect., 23 juin 1995, Ministre de la culture et de la francophonie c. Association Défense Tuileries,

CE, 25 octobre 1996, Association Estuaire-Ecologie,
CE, avis, 29 juillet 2002, Sté MAJ Blanchisserie de Pantin,
CE, 21 mars 2007, Commune de Boulogne-Billancourt,
TC, 8 juill. 1963, Société Entreprise Peyrot,
TC, 21 mars 1983, Union des assurances de Paris,
TC, 10 mai 1993, Société WANNER ISOFI Isolation,
TC, 25 mars 1996, Préfet de la Région Rhône-Alpes c. Conseil des Prud'hommes de Lyon,
TC, 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance c. Mutuelle des architectes français,
TC, 9 mars 2015, Mme Rispal c. Société des autoroutes du sud de la France.

EXERCICES SUGGÉRÉS :

Épreuve théorique : dissertation

- *Les contrats administratifs entre personnes privées*

Épreuve pratique : Cas pratique

L'association régie par la loi du 1er juillet 1901 « La colline aux lapinoux » a été créée en 2011 en vue de réaliser une information du public sur les besoins, la détention correcte et le bien-être des lapins ainsi que pour accueillir et soigner des lapins abandonnés dans des refuges spécialisés gérés par l'association.

Le conseil municipal de Beausoleil (Alpes-Maritimes), a décidé, par une délibération du 22 juin 2020, de mettre à sa disposition un local lui appartenant et autorisé le maire M. Castagner à signer la convention s'y rapportant. Cette convention a été conclue le 31 juillet 2020. Elle expose en préambule que la commune est propriétaire depuis 1970 d'un bâtiment désaffecté qui abritait jadis un restaurant interentreprises et que, dans l'attente d'un projet de réhabilitation de la gendarmerie voisine, la commune est susceptible d'affecter à l'association une superficie de 185 m² soit deux salles, une terrasse et des sanitaires, le tout disposant d'un accès indépendant. L'article 2 de la convention précise que la mise à disposition est consentie à titre précaire et provisoire afin de permettre à l'association de disposer d'un espace propre à développer les activités conformes à son objet. L'article 3 prévoit que la mise à disposition du local est gratuite en raison des travaux nécessaires pour rénover le local. L'article 5 impose à l'association de garantir à la commune un libre accès au local à des fins de contrôle de ses installations et de la réglementation. L'article 7 stipule que la location est consentie pour trois ans puis sera reconduite tacitement d'année en année, sauf dénonciation avec préavis de deux mois. Enfin, l'article 8 autorise la commune à résilier la convention en raison de fautes de l'association ou d'autres motifs et lui reconnaît « *le droit de reprendre à tout moment* » les locaux « *pour tout motif d'intérêt général* ».

1) M. Médor, voisin immédiat et contribuable communal, dépose un recours le 1^{er} août 2020 devant le tribunal administratif de Nice à la fois la délibération et la convention qui a été conclue. M. Castagner vous consulte au nom de la commune sur le danger de cette instance.

2) M. Castagner, de plus en plus inquiet, vous précise que M. Médor, soutient pour obtenir l'annulation de la délibération que cette convention constitue une libéralité de la commune qui est de nature à avoir un impact négatif sur les finances publiques. Il se prévaut en particulier d'une étude réalisée par un expert foncier concernant les locaux mis à disposition qui évalue le loyer à 35 800 euros par an.

Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE 22 mai 2019, Société Royal Cinéma

Pendant longtemps, vous avez refusé avec fermeté aux tiers la faculté de former un recours contre un contrat administratif. Cette interdiction de principe ne connaissait que des tempéraments limités : vous n'aviez ainsi accepté d'y déroger que pour reconnaître aux tiers la possibilité de contester les clauses réglementaires d'un contrat (Ass. 10 juillet 1996, *Cayzeele*, n° 138536, Rec., p. 274), et pour accorder aux concurrents évincés le droit de contester le contrat lui-même (Ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisations*, n° 291545, Rec., p. 360).

Mais en dehors de ces exceptions, le contrat demeurait à l'abri des contestations formées par d'autres personnes que les parties à celui-ci. Tel n'était pas le cas, en revanche, des actes détachables du contrat, et notamment de la délibération du conseil municipal, départemental ou régional autorisant l'exécutif à signer le contrat. Par votre décision du 4 août 1905, *Martin* (n° 14220, Rec., p. 749), vous aviez admis qu'ils puissent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir formé par les tiers. Plus tard, vous avez reconnu à ces tiers la faculté d'assortir leurs conclusions à fins d'annulation de cette délibération de conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la collectivité publique de tirer les conséquences d'une éventuelle annulation de l'acte détachable en résiliant le contrat illégalement signé (10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, n° 248950, Rec., p. 501 ; 21 février 2011, *Société Ophrys*, n° 337349, Rec., p. 54).

Cet état du droit a été entièrement rebattu par votre décision d'Assemblée du 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne* (n° 358994, Rec., p.70), qui a scellé à la fois l'abandon de la jurisprudence *Martin* et l'élargissement de la voie de recours ouverte par la décision *Société Tropic Travaux Signalisations*. Pour ce qui est du contrat proprement dit, il peut désormais être contesté par tous les tiers, dans le cadre d'un recours de pleine juridiction, pourvu qu'ils soient susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat ou par ses clauses. En toute hypothèse, cette faculté est ouverte aux membres de l'assemblée délibérante de la collectivité publique qui autorise la signature du contrat, ainsi qu'au préfet dans le cadre du déferé préfectoral.

Pour ce qui est de la délibération autorisant la signature du contrat, elle n'est plus susceptible en tant que telle de faire l'objet d'un recours à l'initiative des tiers. Sa légalité ne peut plus être mise en cause qu'à l'occasion d'un recours de pleine juridiction dirigé contre le contrat, y compris pour les membres de l'assemblée délibérante de la collectivité publique qui signe celui-ci. Il n'en va différemment que pour le préfet agissant dans le cadre du déferé : pour lui, la délibération autorisant la signature du contrat peut être contestée dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir tant que le contrat n'a pas été conclu.

Ce cadre jurisprudentiel est-il applicable à la délibération en vertu de laquelle une collectivité publique accorde une subvention lorsque, conformément aux dispositions de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, cette dernière a conclu avec l'organisme de droit privé qui bénéficie de l'aide une convention définissant l'objet, le montant, les modalités de versement et les conditions d'application de celle-ci ?

Telle est, en substance, la question que vous pose la cour administrative d'appel de Bordeaux dans le cadre de la demande d'avis dont vous êtes saisis. Cette demande est formulée à l'occasion d'un litige portant sur l'attribution par la commune de Mont-de-Marsan d'une subvention de 1,5 millions d'euros au bénéfice de la société Le Club, en vue de la création en centre-ville d'un cinéma multiplex comportant huit salles, ainsi que le permet l'article L. 2251-4 du CGCT.

Par une délibération du 19 décembre 2014, le conseil municipal a approuvé l'attribution de cette subvention, précisé qu'elle serait versée sur trois exercices budgétaires à raison de 3 00 000 euros en 2015, 600 000 euros en 2016 et 600 000 euros en 2017, et enfin autorisé le maire à signer l'acte dénommé « convention » figurant en annexe et définissant les modalités d'attribution de la subvention. Cet acte a quant à lui été signé le 6 janvier 2015.

La société Royal Cinéma, qui exploite le seul cinéma implanté sur le territoire de la commune, ainsi que M. Michel Romanello, son président en exercice, ont saisi le tribunal administratif de Pau de conclusions tendant, d'une part, à l'annulation de la délibération du 19 décembre 2014, et d'autre part, à l'annulation de l'acte dénommé convention du 6 janvier 2015.

Des conclusions à fins d'annulation de la délibération du 19 décembre 2014 ont également été présentées par l'association de contribuables « *Un Marsan Autrement* », ainsi que par Mme Céline Piot, conseillère municipale. Après avoir joint les requêtes, le tribunal a jugé irrecevables les conclusions tendant à l'annulation de la délibération du 19 décembre 2014, au motif que cette dernière constituait un acte détachable de la convention ne pouvant plus faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir en vertu de la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*. Par ailleurs, le tribunal a rejeté sur le fond les conclusions à fins d'annulation de l'acte signé le 6 janvier 2015, qu'il a regardé comme une convention.

Saisie en appel par la société Le Club et par M. Romanello, la cour administrative d'appel de Bordeaux a sursis à statuer sur le litige aux fins de vous poser la question suivante : le régime de recours contentieux défini par la décision *Département de Tarn-et-Garonne* est-il applicable lorsque le litige porte sur une convention ayant pour objet l'octroi d'une subvention à la demande du bénéficiaire et dont les conditions d'attribution et les modalités de versement sont unilatéralement déterminées par la décision ou la délibération préalable d'une collectivité publique ?

Compte tenu de l'état de votre jurisprudence, vous n'aurez pas d'hésitation à répondre à cette question par la négative. Certes, il résulte de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 que : « *L'autorité administrative (...) qui attribue une subvention doit, lorsque cette subvention dépasse un seuil défini par décret, conclure une convention avec l'organisme de droit privé qui en bénéficie, définissant l'objet, le montant, les modalités de versement et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée (...)* ». Ainsi, lorsqu'elles excèdent le seuil de 23 000 euros prévu à l'article 1^{er} du décret du 6 juin 2001, les subventions accordées par les collectivités publiques doivent donner lieu à l'établissement d'un acte que la loi qualifie de convention.

Toutefois, le fait que le législateur ait eu recours à ce terme ne vous a jamais fait perdre de vue que, par essence, l'attribution

d'une subvention est un acte fondamentalement unilatéral, à travers lequel se manifeste la seule volonté de l'administration. Tel est l'avis très largement partagé en doctrine : Georges Dupuis indique ainsi que la décision de subventionner entre dans la définition de l'acte unilatéral, en ce sens qu'il s'agit d'une « *décision dont la valeur juridique est indépendante du consentement de ses destinataires* » (« *Définition de l'acte unilatéral* », Mélanges Charles Eisenmann, Cujas 1975, p. 205). Et pour Louis Renouard, les décisions par lesquelles des personnes publiques accordent des subventions relèvent d'une autre catégorie d'actes que celle des contrats puisque « *c'est par un acte unilatéral qu'une collectivité accorde une subvention, alors que le contrat suppose le consentement de deux parties* » (« *Les contrats de subvention* », ACCP, n° 28/2003, pp. 28-33).

Votre position n'est pas différente. De la même manière, vous excluez de voir un accord de volontés, c'est-à-dire un contrat, dans l'acte par lequel une collectivité publique accorde une subvention, quelle qu'en soit la forme. Vous jugez ainsi que, même lorsqu'elle donne lieu à la conclusion d'un acte dénommé convention en application de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000, une décision portant attribution d'une subvention reste un acte unilatéral.

Tel est ce que vous avez jugé par une décision du 5 juillet 2010, *Chambre du commerce et de l'industrie de l'Indre* (n° 308615, Rec., p. 238), dans laquelle étaient en cause des décisions ordonnant le remboursement de subventions accordées par plusieurs communes dans le cadre, précisément, d'actes qui se présentaient comme des conventions. Vous avez alors affirmé que l'attribution d'une subvention par une personne publique crée des droits au profit de son bénéficiaire, à tout le moins dans la mesure où le bénéficiaire de la subvention respecte les conditions mises à son octroi. Il en va ainsi, avez-vous précisé, « *que ces conditions découlent des normes qui (...) régissent [la subvention], qu'elles aient été fixées par la personne publique dans sa décision d'octroi, qu'elles aient fait l'objet d'une convention signée avec le bénéficiaire, ou encore qu'elles découlent implicitement mais nécessairement de l'objet même de la subvention* ».

A vos yeux, donc, le régime de protection des droits conférés par les actes des personnes publiques octroyant des subventions est, en toute hypothèse, celui des actes unilatéraux. Lorsqu'un acte dénommé convention a été pris en application de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000, les éléments qui y figurent ne doivent dès lors pas être regardés comme les clauses d'un contrat, mais comme des conditions assortissant la décision unilatérale d'accorder une aide.

Cette ligne a encore été réaffirmée dans une décision du 26 juillet 2011, *EARL Le Patis Maillet* (n° 324523, Rec., p. 419), dans laquelle vous aviez à statuer sur un jugement ayant rejeté les conclusions tendant à ce que L'État soit condamné à verser à des agriculteurs une indemnité en réparation du préjudice résultant de la modification d'un contrat d'agriculture durable. Vous avez alors jugé que la signature par L'État d'un tel contrat, lequel avait pour seul objet d'octroyer des aides en contrepartie d'engagements agro-environnementaux, créait des droits au profit de l'exploitant qui en bénéficiait. Vous en avez déduit que le titulaire d'un contrat d'agriculture durable ne pouvait pas rechercher la responsabilité contractuelle de L'État à raison de la non-exécution de ce contrat, mais uniquement sa responsabilité quasi-délictuelle en mettant en évidence l'existence d'une faute.

Vous avez donc clairement pris le parti de considérer que, lorsqu'il a pour seul objet l'attribution d'une subvention, et notamment d'en définir l'objet, le montant, les modalités de versement et les conditions d'application, un acte est par nature unilatéral, quand bien même il se présente comme une convention.

Dans ces conditions, il faut admettre que l'acte dénommé convention qui est édicté en application de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 en vue de préciser l'objet, le montant, les modalités de versement et les conditions d'attribution d'une subvention, ne s'analyse pas comme un contrat. Partant, la délibération autorisant la signature de cet acte n'a pas la nature d'un acte détachable d'un contrat et elle échappe à l'application du régime contentieux défini par la décision *Département de Tarn-et-Garonne*.

Il n'y a ainsi qu'un acte unilatéral, consistant dans la décision d'octroyer une subvention, laquelle est constituée par l'acte établi en application de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 et la délibération qui en autorise la signature, pris ensemble. Cette décision ne peut faire l'objet que d'un recours pour excès de pouvoir dans les conditions de droit commun, lequel pourra viser soit les deux actes pris ensemble, soit uniquement l'un d'entre eux, pour autant qu'il soit divisible de l'autre.

Pour en revenir à la question directement posée par la cour administrative d'appel de Bordeaux, nous vous invitons donc à juger que le régime contentieux défini par la décision d'Assemblée *Département de Tarn-et-Garonne* n'est pas applicable aux actes édictés en application de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000, quand bien même la loi les présente comme ayant la nature de convention.

Si vous nous suivez en ce sens, vous choisirez la voie qui permet de maintenir le prétoire du juge le plus largement ouvert aux personnes qui entendent contester l'attribution de subventions publiques. En particulier, vous rendrez possible la saisine du juge par les justiciables qui ne peuvent pas se prévaloir d'une lésion suffisamment directe et certaine de leurs intérêts au sens de la décision *Département de Tarn-et-Garonne*, mais qui possèdent néanmoins une qualité particulière justifiant de leur reconnaître un intérêt pour agir à l'encontre d'une décision portant attribution d'une subvention. En particulier, vous maintiendrez ouverte une voie de recours à l'égard d'une telle décision pour les contribuables locaux, lesquels ont qualité pour agir à l'égard des décisions qui emportent des conséquences financières sur le budget d'une collectivité territoriale (10 février 2017, *Ville de Paris*, n° 395433, Rec., p. 39).

Vous opterez également pour la solution qui permet aux justiciables d'invoquer la palette de moyens la plus étendue, sans qu'il y ait lieu de se demander, ainsi que le prescrit la décision *Département de Tarn-et-Garonne*, si leur qualité leur permet de se prévaloir de tels ou tels vices particuliers.

Enfin, si vous lui donnez la portée que nous proposons, votre avis ne préjugera pas du régime contentieux qui pourrait être appliqué dans l'hypothèse où un contrat ayant un objet autre ou plus large que celui d'accorder ou une subvention ou d'en préciser les conditions comporterait des clauses prévoyant l'attribution d'une aide.

Référence 2 : CE 22 mai 2019, Société Royal Cinéma, n°428040

Vu la procédure suivante :

Par un arrêt n° 16BX00581 du 8 février 2019, enregistré le 15 février 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la cour administrative d'appel de Bordeaux, avant de statuer sur la requête de la société par actions simplifiée Royal Cinéma et de M. C...D...tendant à l'annulation du jugement n° 1500281, 1500363, 1500364, 1501380, 1501446 du 29 décembre 2015 du tribunal administratif de Pau en tant qu'il a rejeté leurs demandes tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la délibération du 19 décembre 2014 du conseil municipal de Mont-de-Marsan attribuant à la société Le Club une subvention de 1 500 000 euros et autorisant le maire à signer la convention définissant les modalités d'attribution de cette subvention ainsi qu'à l'annulation de cette convention signée le 6 janvier 2015, a décidé, par application des dispositions de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, de transmettre le dossier de cette requête au Conseil d'État, en soumettant à son examen la question suivante :

Le régime de recours contentieux ouvert par la décision du 4 avril 2014 du Conseil d'État, statuant au contentieux, département de Tarn-et-Garonne, n° 358994, à tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses, qui le rend recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non-réglementaires qui en sont divisibles, est-il applicable lorsque le litige porte sur une convention ayant pour objet l'octroi d'une subvention à la demande du bénéficiaire et dont les conditions d'attribution et les modalités de versement sont unilatéralement déterminées par la décision ou la délibération préalable d'une collectivité publique

Des observations, enregistrées le 22 mars 2019, ont été présentées par le Centre national du cinéma et de l'image animée.

Des observations, enregistrées le 10 avril 2019, ont été présentées par la commune de Mont-de-Marsan.

Des observations, enregistrées le 15 avril 2019, ont été présentées par la société " Le Club ".

La demande d'avis a été communiquée au ministre de l'intérieur, à l'association " Un Marsan autrement " et à Mme B...A..., qui n'ont pas produit de mémoire.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 ;
- le décret n° 2001-495 du 6 juin 2001 ;
- le code de justice administrative ;

REND L'AVIS SUIVANT

1. Aux termes de l'article 9-1 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leur relations avec les administrations : " Constituent des subventions, au sens de la présente loi, les contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la

réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires. / Ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent ".

2. Aux termes de l'article 10 de cette même loi : " (...) / L'autorité administrative ou l'organisme chargé de la gestion d'un service public industriel et commercial mentionné au premier alinéa de l'article 9-1 qui attribue une subvention doit, lorsque cette subvention dépasse un seuil défini par décret, conclure une convention avec l'organisme de droit privé qui en bénéficie, définissant l'objet, le montant, les modalités de versement et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée. Cette disposition ne s'applique pas aux organismes qui bénéficient de subventions pour l'amélioration, la construction, l'acquisition et l'amélioration des logements locatifs sociaux prévues au livre III du code de la construction et de l'habitation ". En vertu de l'article 1er du décret du 6 juin 2001 pris pour l'application de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 et relatif à la transparence financière des aides octroyées par les personnes publiques, l'obligation de conclure une convention s'applique aux subventions dont le montant annuel dépasse la somme de 23 000 euros.

3. Une décision qui a pour objet l'attribution d'une subvention constitue un acte unilatéral qui crée des droits au profit de son bénéficiaire ; de tels droits ne sont ainsi créés que dans la mesure où le bénéficiaire de la subvention respecte les conditions mises à son octroi, que ces conditions découlent des normes qui la régissent, qu'elles aient été fixées par la personne publique dans sa décision d'octroi, qu'elles aient fait l'objet d'une convention signée avec le bénéficiaire, ou encore qu'elles découlent implicitement mais nécessairement de l'objet même de la subvention.

4. Indépendamment des actions indemnitaires qui peuvent être engagées contre la personne publique, les recours relatifs à une subvention, qu'ils aient en particulier pour objet la décision même de l'octroyer, quelle qu'en soit la forme, les conditions mises à son octroi par cette décision ou par la convention conclue en application des dispositions précitées de la loi du 12 avril 2000, ou encore les décisions de la personne publique auxquelles elle est susceptible de donner lieu, notamment les décisions par lesquelles la personne publique modifie le montant ou les conditions d'octroi de la subvention, cesse de la verser ou demande le remboursement des sommes déjà versées, ne peuvent être portés que devant le juge de l'excès de pouvoir, par le bénéficiaire de la subvention ou par des tiers qui disposent d'un intérêt leur donnant qualité à agir. Un tel recours pour excès de pouvoir peut être assorti d'une demande de suspension de la décision litigieuse, présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative.

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur TC, 6 juillet 2020, Société Huet location c/ Cité de la musique, n°4191

Replacée dans le contexte de sa jurisprudence, comparée à la vôtre, et lue à la lumière des conclusions de son rapporteur public (G. Pellissier), la difficulté sérieuse sur laquelle se fonde la décision de renvoi du conseil d'État paraît moins porter sur la juridiction compétente au cas d'espèce, qui fait peu de doute, que sur les indices de l'association transparente, et sur leur révision éventuelle.

Les demandes de la société Huet Location sont dirigées contre l'établissement public de la Cité de la musique – Philharmonie de Paris, institué par le décret n°2015-1178 du 24 septembre 2015. Mais elles le sont au titre des droits et obligations transmis à cet établissement par l'association dénommée Philharmonie de Paris, à la dissolution de cette dernière (art. 31 du décret). Cette association régie par la loi du 1er juillet 1901, a été créée au début de l'année 2011 entre l'Etat et la ville de Paris (auxquelles se sont ajoutées au moins deux personnes physiques) pour assurer la maîtrise d'ouvrage de la construction de la Philharmonie dans le parc de la Villette et son exploitation. Elle a signé avec un groupement d'entreprises un marché de travaux pour la construction, la maintenance et l'entretien du bâtiment. C'est elle qui devait payer les sommes dues à la société Huet Location en tant que sous-traitante de l'une des sociétés du groupement d'entreprises.

Ce schéma de paiement correspond, dans le cadre d'une sous-traitance de droit commun, à la délégation par l'entrepreneur au maître de l'ouvrage du paiement des sommes dues au sous-traitant, comme le prévoit l'article 14 de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, ou bien, dans le cas d'un marché public ou d'un marché passé par une entreprise publique qui n'est pas un acheteur soumis au code de la commande public, au paiement direct par le maître d'ouvrage du sous-traitant qu'il a accepté, en application, respectivement, de l'article L. 2193-11 du code de la commande publique ou de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975. La société a saisi le tribunal administratif de Paris puis la cour administrative d'appel de Paris afin d'obtenir le paiement des sommes qu'elle estime lui rester dues.

1 L'établissement a également reçu, par l'art. 30 du décret, dévolution des biens, droits et obligations de l'établissement public de la Cité de la musique, institué par le décret n°95-1300 du 19 décembre 1995.

Vous jugez que « l'action en paiement direct introduite par la société sous-traitante à l'encontre du maître de l'ouvrage, qui l'a acceptée, relève de la compétence de la juridiction judiciaire » lorsque le marché principal est un contrat de droit privé (TC, 20 juin 2005, société Interface, n° 3440, p. 663) et ressortit à celle du juge administratif lorsqu'il s'agit d'un marché public (TC, 2 juin 2008, société Aravis enrobage, n° 3642, p. 554).

En l'espèce, le marché de travaux a été conclu, formellement, entre des personnes privées : l'association Philharmonie de Paris et le groupement d'entreprises. Pour sa qualification comme contrat administratif manque donc en principe le critère organique normalement requis pour cette qualification (par exemple : TC 15 octobre 2012 imprimerie Chirat, n°3868, T. 612, 619, 652, 840).

Cependant, le contrat conclu par une association avec une autre personne privée peut également revêtir un caractère administratif si l'association a agi en qualité de mandataire d'une personne publique ou si elle est regardée comme transparente.

Sur ce dernier point, la motivation de la décision de renvoi du Conseil d'Etat est très explicite sur la question qui naît dans cette affaire du raisonnement suivi par la cour administrative d'appel de Paris pour apprécier le caractère éventuellement transparent de l'association, au regard des différences qui apparaissent dans la formulation de votre jurisprudence par rapport à celle du Conseil d'Etat.

Le conseil d'Etat juge (21 mars 2007, commune de Boulogne-Billancourt, n°281796, p. 130) que « lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme « transparente » et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs ».

Cette décision consacre une appellation n'apparaissant jusque-là que dans les résumés du recueil Lebon et les commentaires de la doctrine, pour une association d'un type pathologique dont la jurisprudence avait déjà identifié le caractère fictif ou au moins l'absence d'autonomie effective sur la base d'un faisceau d'indices tirés des conditions de sa création, de son objet, de son financement et de l'influence des représentants de la collectivité en son sein (CE 11 mai 1987, Divier, n°62549, p. 167 ; 2 juin 1989, Union autonome intercatégorielle de la caisse des dépôts et consignations, n°103556, T. 494, 722 ; 5 décembre 2005, Département de la Dordogne, n°259748, p. 552).

Le motif de principe et de synthèse de la décision commune de Boulogne-Billancourt n'envisage que le cas du contrôle d'une association ou d'une autre personne morale de droit privé par une personne publique, au singulier, sans pour autant utiliser l'adjectif « seule » qui exclurait par principe d'autres cas de figure, lesquels ne se sont pas rencontrés jusqu'ici dans la jurisprudence administrative.

L'adjectif « seul » y est apparu cependant, dans la décision du 24 juin 2011, société Atexo, n° 347429, T. 843, 1021, 1111, par laquelle le conseil d'Etat vous a renvoyé une affaire mettant en cause l'association Marchés publics d'Aquitaine, fondée par trois collectivités publiques et en rassemblant plus de trois cents, associées à des personnes privées.

Mais vous l'avez alors explicitement neutralisé ou à tout le moins équilibré en réservant expressément comme susceptible de caractériser un cas de transparence la situation du contrôle d'une association par une personne publique « seule ou conjointement avec d'autres ». En effet, vous avez, par votre décision du 2 avril 2012 Société Atexo, n°3841, p. 507, écarté la transparence de l'association au motif « qu'aucun des membres de cette association, qui regroupe également des personnes privées, n'en contrôle, seul ou conjointement avec d'autres personnes publiques, l'organisation et le fonctionnement ni ne lui procure l'essentiel de ses ressources ».

Vous avez repris la même alternative, incluant l'hypothèse du contrôle par une personne publique « seule ou conjointement » avec d'autres, dans votre décision du 16 novembre 2016, société Claf Accompagnement, n°4032, T. 598.

D'où, dans la présente affaire où la cour administrative d'appel de Paris s'est précisément fondée sur la stricte égalité entre l'Etat et la ville de Paris au sein de l'association pour constater que ni l'un ni l'autre ne détenait « seul » la majorité des voix dans les organes de l'association et ne fournissait une part majoritaire de ses ressources, et en déduire que l'association ne peut être regardée comme transparente, les interrogations du conseil d'Etat sur le sens, la portée, voire l'actualité de votre jurisprudence.

Comme l'a souligné Gilles Pellissier dans ses conclusions à fin de renvoi, la réponse à ces interrogations doit être guidée par les critères, que nous venons de voir rapidement, mais aussi les effets et les finalités de la qualification d'association transparente.

Cependant, derrière les doutes du conseil d'Etat, il n'y a pas seulement la question de savoir si une association peut être transparente à l'égard de plusieurs personnes publiques, il y a aussi celle de savoir si la transparence d'une association à l'égard d'une personne publique seule peut se déduire d'un contrôle conjoint, à plusieurs, de l'association. Il s'agit de deux questions différentes, qui n'appellent pas une réponse identique.

Pour reprendre brièvement le panorama très complet présenté par G. Pellissier, la « transparence produit des effets très importants puisqu'elle conduit à substituer intégralement la collectivité publique à l'association, pour l'application de toutes les règles de droit auxquelles elle peut être soumise comme pour ses obligations juridiques.

Ainsi, les contrats conclus par l'association transparente sont regardés comme conclus par la collectivité, ce qui entraîne notamment leur qualification de contrats administratifs s'ils en remplissent les critères matériels (décision CE, Cne de Boulogne-Billancourt, précitée; TC, 16 novembre 2015, Société Claf Accompagnement c/Association Plie Paris Nord-Est, précitée); les fautes commises par l'association engagent la responsabilité extra-contractuelle de la collectivité (CE, 16 février 1977, Dame Archegay, p. 88; Sect, 2 février 1979, Min de l'agriculture c/ Gauthier, p. 39; pour la responsabilité d'un département du fait des fautes commises par un comité d'expansion économique : CE, 5 décembre 2005, Département de la Dordogne, n° 259748, p. 552 ; a contrario : Sect, 21 mars 1980, Vandrielle, n° 2199, p. 161, avec les conclusions du pdt Labetoulle); les agents qu'elle emploie seront regardés comme employés par la collectivité, et se verront appliquer les règles d'inéligibilité applicables aux agents de la collectivité (Sect, 26 janvier 1990, élections municipales de Chantilly, p. 20 ; 21 juin 1996, élections municipales de Senonches, T. 900) ou bénéficieront de la prise en compte de cet emploi lors de leur intégration dans la fonction publique (CE, 14 octobre 2009, Tramini, n° 299554, T. 800); les décisions qu'elle prend seront regardées comme prises par l'exécutif de la collectivité (CE, 11 mai 1987, Divier, n° 62459, p. 167). Les effets de cette qualification peuvent aller jusqu'à la reconnaissance d'une gestion de fait et exposer les exécutifs locaux à l'engagement de leur responsabilité financière (Cour des Comptes, 26 mai 1992, Médecin e.a. (dit affaire de l'ass. Nice-Communication), GAJF n° 40) ou pénale, la juridiction judiciaire recourant également à la notion de personne morale fictive, en général pour appréhender des tentatives de contournement de la règle de droit, par exemple de mise en concurrence (Crim, 7 novembre 2012, n° 11-82961, bull. N° 243) ».

La requalification d'une association en association transparente vise ainsi « à rétablir l'adéquation entre la réalité d'une organisation administrative et son régime juridique, adéquation rompue par la personnalisation artificielle d'un service en réalité dépourvu de l'autonomie inhérente à la personnalité juridique ». Il s'agit pour le juge de ne pas se laisser abuser par les apparences, dans le cas aberrant d'organismes dont la personnalité juridique est en réalité fictive, et dont les décisions, prises en apparence par leurs organes de direction, sont en réalité des décisions des personnes publiques qui se dissimulent (à peine, souvent) derrière elles, afin d'empêcher le détournement recherché par un tel

montage, qui vise à faire échapper au droit public ce qui devrait en relever, ou a au moins cet effet.

Si le champ d'application de la notion se limitait à l'exécution des contrats, voire à la matière des obligations civiles plus largement, on pourrait concevoir la transparence d'une association à l'égard de plusieurs personnes publiques prises ensemble, au titre d'une responsabilité conjointe et solidaire, qu'elle soit contractuelle ou extra-contractuelle. Mais « il est beaucoup plus difficile d'envisager que les personnels de l'association soient employés par plusieurs personnes publiques ou qu'elles soient propriétaires indivises de biens » et, plus largement, que l'activité de l'association soit réattribuée sans aucune incidence sur son exercice à deux personnes publiques, ou plus, en même temps. Outre la complexité qui découlerait alors nécessairement, par elle-même, de la pluralité, ces collectivités distinctes sont par hypothèse dotées de volonté et d'intérêts propres à chacune, et peuvent être soumises à des régimes juridiques différents. La qualification d'association transparente paraît donc bien « impliquer que l'ensemble des droits et obligations de cette personne morale puisse être attribués à une seule personne morale de droit public ».

Et c'est bien le sens de la formulation que vous avez retenue dans vos décisions Atexo et Claf : c'est le singulier que vous avez employé pour rechercher si aucun des membres en contrôlait l'organisation et le fonctionnement et lui fournissait l'essentiel de ses ressources, parce que la requalification d'une association transparente s'attache à rechercher la personne publique à laquelle pourraient être réattribués les actes, biens, droits et obligations de l'association.

Pour autant, cela n'implique pas nécessairement que l'examen des indices de cette requalification se fasse exclusivement personne publique par personne publique, prise isolément. Lorsqu'aucune personne publique ne contrôle seule ni ne finance pour l'essentiel de ses ressources une association, il y a certainement une forte présomption que l'association est un vrai groupement de personnes aux intérêts distincts à la fois les uns des autres et des siens, et qu'il s'agit d'une organisation dotée d'une réelle autonomie.

Mais il ne serait pas cohérent avec la finalité pragmatique et réaliste de la théorie de la transparence de s'en tenir toujours, de manière absolue, par principe, indépendamment d'une analyse factuelle de la situation concrète de l'association et de ses membres, à ce premier abord de bon aloi – alors même que ce serait plus simple.

La jurisprudence, en réalité, ne veut pas fermer les yeux sur la transparence, quand celle-ci se manifeste derrière les apparences. Dans ces conditions, il paraît naturel et avisé que vous ayez réservé le cas où une personne publique déterminée peut se dissimuler derrière plusieurs qui agissent conjointement, y compris dans le cas d'une stricte égalité de pouvoir fonctionnel et financier entre deux personnes publiques ayant constitué ensemble une association.

On peut en effet imaginer au moins trois situations litigieuses :

1/ D'abord la pluralité purement formelle. Dans cette situation, les personnes publiques qui, ensemble, contrôlent l'association ne se distinguent que formellement, c'est-à-dire juridiquement, mais

pas autrement, notamment pas par les intérêts ou la volonté, unis en réalité dans une sorte de « monothéisme » juridique.

L'hypothèse ainsi formulée peut paraître mystérieuse, mais elle n'est pas purement d'école. La loi du 31 décembre 1975 a distingué à Paris, malgré un territoire, une population et un électorat identiques, deux collectivités territoriales à la personnalité morale distincte et au budget distinct, le département de Paris et la commune de Paris, mais qui au contraire des départements et régions d'outre-mer avaient la même assemblée délibérante, le même exécutif (réserve faite du préfet de police dans ses attributions municipales), les mêmes services, pour l'essentiel, et pour une part les mêmes personnels, en particulier dans les bureaux qui élaborent et mettent en œuvre les décisions de la collectivité.

Serait peu pensable, dans ces conditions, une autonomie véritable de l'une par rapport à l'autre. La fiction juridique distinguant ces deux personnes morales a pris fin le 1er janvier 2019, mais cette solution pourrait resurgir pour d'autres territoires, même si la formule de la collectivité territoriale unique à statut particulier et cumul de compétences paraît avoir repris l'ascendant. Surtout, elle peut conduire dans des contentieux en cours ou encore à naître à examiner avec circonspection la réalité des institutions dans lesquelles la commune et le département de Paris ont pu se trouver associés dans la période, y compris lorsqu'ils l'ont été à stricte égalité.

2/ Ensuite, le contrôle indirect. On peut envisager aussi le montage dans lequel une collectivité publique contrôlerait seule l'organisation et le fonctionnement d'une association en combinant son poids propre, apparemment minoritaire, au sein de cette association et celui d'une autre personne morale de droit public qui devrait elle-même être regardée comme se trouvant sous son propre contrôle.

3/ Enfin, la pluralité de complaisance. On ne peut complètement exclure qu'une collectivité en convainque d'autres de créer ensemble, contrôler ensemble et financer ensemble, une association factice à seule fin de lui permettre en réalité essentiellement à elle de contourner les règles du droit public dans l'exercice de telle ou telle activité. Si la prépondérance de l'une des collectivités n'est pas évidente, ce sera, pour identifier la collectivité cachée derrière l'association, la situation la plus difficile à établir, la plus subjective à apprécier, mais elle n'est pas à écarter d'emblée ; elle peut se présenter, peut-être, dans certaines configurations d'affinité politique ou de rapports de force locaux.

Je vous invite donc à confirmer l'énoncé de votre jurisprudence, en maintenant le critère du contrôle par une personne publique "seule ou conjointement avec d'autres", qui réserve le cas de la prépondérance d'une collectivité obtenue grâce au soutien d'autres membres. La requalification pour transparence doit rester exceptionnelle, et se faire encore plus rarement en présence d'un contrôle conjoint par plusieurs personnes, mais elle ne peut pas être exclue par avance et par principe dans ce cas.

Au regard de cette jurisprudence inchangée, l'association Philharmonie de Paris ne devrait pas être regardée comme transparente. L'État et la ville de Paris l'ont créée dans le but d'assurer la maîtrise d'ouvrage de la construction du bâtiment, d'en assurer l'exploitation, et de conclure à cette fin tous les

contrats nécessaires à sa mission (article 2 des statuts). En prévoyant (art. 15) la création d'un établissement de coopération culturelle réunissant les deux membres fondateurs et ayant pour objet d'accomplir les mêmes missions et buts que l'association, avec dissolution de plein droit de l'association et transfert universel de son patrimoine à l'établissement, l'association revêt tous les caractères d'une association de « préfiguration » d'une solution pérenne – et plus régulière peut être.

Les représentants de l'État et ceux de la ville de Paris siégeaient en nombre égal (5 et 5) à son conseil d'administration (tel que désigné par résolution du 15 avril 2011), de manière très prépondérante, pris ensemble, par rapport aux deux personnes physiques (le président et le trésorier), et se trouvaient dans la même situation, en nombre de voix, à l'Assemblée générale ; la Philharmonie de Paris était subventionnée à 45 % par l'État, 45 % par la ville de Paris et 10 % par la région d'Ile-de-France (chambre régionale des comptes d'Ile-de-France, rapport d'observations définitif, « contrôle de la Philharmonie de Paris, années 2006 et suivantes », p.28) mais ni l'État ni la ville ne pouvait contrôler l'association seul ; aucun des deux ne contrôlait l'autre évidemment ; les intérêts de chacun à l'affaire étaient certains mais restaient distincts.

L'association a donc bien été un authentique outil de collaboration entre deux collectivités publiques destiné à répondre à un besoin fonctionnel temporaire. Si cette association a exercé une mission de service public, ainsi que vous l'avez déjà jugé (5 septembre 2016, Nouvel c/ association Philharmonie de Paris, n°4069, p. 588), il n'y a pas lieu, eu égard à ses conditions de création, d'organisation, de fonctionnement et de financement de la qualifier d'association transparente.

Et aucun élément du dossier ne peut par ailleurs être interprété comme faisant apparaître néanmoins un mandat donné par l'État ou la ville de Paris en vue de passer pour leur compte, et non pour son propre compte, les contrats nécessaires à l'exercice de ses missions. La propriété du bâtiment qu'elle a fait construire puis sa transmission, à sa dissolution, à un établissement public tiers, prévue par ses statuts et effectivement réalisée en faveur de la Cité de la musique – Philharmonie de Paris, est d'ailleurs une donnée majeure en sens contraire à l'idée d'un mandat implicite.

Il s'avère ainsi que le marché principal a été conclu entre un groupement privé d'entreprises et une association qui ne peut être regardée comme transparente à l'égard d'une personne publique ni comme ayant reçu mandat d'elle. Il s'agit dès lors d'un contrat de droit privé, et la demande en paiement formée par le sous-traitant à l'encontre du maître d'ouvrage relève de la compétence judiciaire. Tel est le sens de mes conclusions.

Référence 4 : TC, 6 juillet 2020, Société Huret Location c/ Cité de la musique, n°4191

Vu, enregistrée à son secrétariat, le 28 février 2020, l'expédition de la décision du 28 février 2020 par laquelle le Conseil d'État, saisi du pourvoi formé par la société Huret Location tendant à l'annulation de l'arrêt rendu le 5 mars 2019 par la cour administrative d'appel de Paris dans le litige l'opposant à l'association la Philharmonie de Paris, a renvoyé au Tribunal, en application de l'article 35 du décret n° 2015-233 du 27 février 2015, le soin de décider sur la question de la compétence ;

Vu le mémoire, enregistré le 30 mars 2020, présenté par l'établissement public Cité de la musique - Philharmonie de Paris, venant aux droits et obligations de l'association Philharmonie de Paris, qui conclut à la compétence de la juridiction judiciaire pour connaître de l'action directe du sous-traitant par le motif que le marché de travaux a été passé par une association autonome agissant pour son propre compte ;

Vu le mémoire, enregistré le 14 mai 2020, présenté par la société Huet Location qui conclut à la compétence de la juridiction administrative par les motifs que l'association Philharmonie de Paris, contrôlée et financée conjointement par l'État et la ville de Paris, est transparente et que, subsidiairement, elle a agi au nom et pour le compte de ces deux personnes publiques ;

Vu les pièces desquelles il résulte que la saisine du Tribunal des conflits a été notifiée à la ministre de la transition écologique et solidaire et au ministre de la culture, qui n'ont pas produit de mémoire ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;

Vu la loi du 24 mai 1872 ;

Vu le décret n° 2015-233 du 27 février 2015 ;

Considérant ce qui suit :

1. L'association Philharmonie de Paris, aux droits de laquelle vient l'établissement public de la Cité de la musique-Philharmonie de Paris qui lui a succédé en 2015, a signé, le 25 janvier 2011, avec un groupement d'entreprises constitué par les sociétés Bouygues Bâtiment Île-de-France, Belgo-Metal et Kyotec Group, un marché de travaux pour la construction, la maintenance et l'entretien d'un équipement musical dénommé la Philharmonie sur le site du parc de la Villette à Paris. Par un acte spécial en date du 19 février 2015, l'association Philharmonie de Paris a accepté l'intervention de la société Huet Location en tant que sous-traitante de la société Belgo-Metal pour la « pose de tôles pare fumée + cheminements pompier + garde-corps ». Par le même acte, la société Belgo-Metal a délégué au maître d'ouvrage, l'association Philharmonie de Paris, le paiement à la société Huet Location des sommes dues au titre de la sous-traitance. La société Huet Location, estimant que seuls 20 000 euros lui avaient été payés sur les 150 000 euros prévus à l'acte du 19 février 2015, a demandé au tribunal administratif de Paris de condamner la Philharmonie de Paris à lui verser une somme de 130 000 euros, augmentée des intérêts au taux légal. Par un jugement du 18 mai 2017, le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître. Par arrêt du 5 mars 2019, la cour administrative d'appel de Paris a rejeté sa requête en annulation de ce jugement. La société Huet Location a formé un pourvoi contre cet arrêt. Par une décision du 28 février 2020, le Conseil d'État a renvoyé au Tribunal, par application de l'article 35 du décret du 27 février 2015, le soin de décider sur la question de la compétence.

2. Si l'association Philharmonie de Paris, créée à l'initiative de l'État et de la ville de Paris pour assurer la maîtrise d'ouvrage de la construction d'un équipement culturel et son exploitation, a exercé une mission de service public, elle était une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 dont aucune de ces personnes publiques ne contrôlait, seule ou conjointement avec l'autre, l'organisation et le fonctionnement ni ne lui procurait l'essentiel de ses ressources ; par ailleurs, elle n'a pas agi au nom et pour le

compte de ces dernières mais en son nom et pour son propre compte.

3. Le marché signé entre l'association Philharmonie de Paris et le groupement d'entreprises est dès lors un contrat de droit privé et la demande en paiement formé par le sous-traitant à l'encontre du maître d'ouvrage qui l'a accepté relève de la compétence de la juridiction judiciaire.

D E C I D E :

Article 1er : La juridiction judiciaire est compétente pour connaître du litige opposant la société Huet Location à l'association Philharmonie de Paris.

Référence 5 : Avis, CE, avis 2 juillet 2019 sur les contrats de marketing du COJO, n°397961

Le Conseil d'État (section de l'administration), saisi par le ministre de l'économie et des finances d'une demande d'avis relative aux contrats de partenariat de marketing conclus par le Comité d'organisation des jeux olympiques et paralympiques (COJO) comportant les questions suivantes :

1° Le COJO est-il, au regard des besoins qu'il satisfait et compte tenu de ses modalités de financement, des contrôles réalisés sur sa gestion ou de ses modalités de gouvernance, un pouvoir adjudicateur au sens de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique ?

2° Les conventions de partenariat marketing que conclut le COJO avec des partenaires domestiques sont-elles soumises aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 17 de la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 ? Dans l'affirmative, le respect de ces dispositions est-il suffisant pour que ces conventions soient régulièrement passées si le COJO est un pouvoir adjudicateur ?

3° Dans l'hypothèse où le COJO serait un pouvoir adjudicateur :
3.1° Les conventions de partenariat marketing prévoyant le versement au COJO de contributions en numéraire et en nature en contrepartie de l'octroi de droits d'exploitation des propriétés olympiques et de l'exclusivité d'achat de fournitures, services ou travaux portant sur certains domaines de prestation si le COJO a besoin d'effectuer des achats au-delà des volumes donnés gratuitement par ses partenaires répondent-elles à la qualification de contrat de la commande publique alors même que le choix des partenaires et de la nature des prestations qu'il pourront assurer est déterminé par l'importance des apports que l'entreprise partenaire accepte de consentir ?

3.2° Les conventions de partenariat marketing peuvent-elles, dès lors que les apports en numéraire en constitueraient l'objet principal et les prestations fournies l'accessoire, être regardées comme des contrats mixtes au sens de l'article L. 1312-1 du code de la commande publique et, à ce titre, exclues du champ d'application du droit de la commande publique ?

3.3° Les conventions de partenariat marketing peuvent-elles être regardées comme dénuées de caractère onéreux et, à ce titre, exclues du champ d'application du droit de la commande publique, dans l'hypothèse où la valeur cumulée des apports du partenaire de marketing domestique (en numéraire et en nature) serait supérieure au montant susceptible d'être commandé par le

COJO dans le cadre des droits d'exclusivité ou de priorité consentis au partenaire ?

4° Dans l'hypothèse où le COJO serait un pouvoir adjudicateur et les conventions de partenariat marketing des marchés publics :

4-1° Le Comité international olympique (CIO), association de droit suisse qui détient les droits marketing d'organisation des jeux olympiques qu'elle met temporairement à la disposition, ainsi que d'autres moyens, de la ville hôte pour qu'elle puisse financer les jeux olympiques, peut-il être considéré comme une organisation internationale finançant majoritairement lesdits marchés publics, permettant ainsi le recours par le COJO aux dispositions de l'article L. 2512-2 du code de la commande publique aussi bien pour les achats effectués auprès des partenaires TOP que pour ceux effectués auprès des partenaires domestiques ?

4-2° Dans la négative, les conventions de partenariat marketing pourraient-elles être passées selon la procédure sans publicité ni mise en concurrence préalables prévue à l'article R. 2122-3 du code de la commande publique, compte tenu des spécifications particulières de ces contrats qui, pour les partenariats TOP, sont imposés par le CIO et dont le respect de l'exclusivité était une condition de l'obtention de l'organisation des jeux olympiques et qui, pour les partenariats domestiques, sont notamment encadrés par les conventions passées avec le CIO ?

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ;

Vu le code de la commande publique ;

Vu le code général de la propriété des personnes publiques ;

Vu le code de justice administrative, notamment son article L. 112-2 ;

Vu la loi n° 2017-1775 du 28 décembre 2017 de finances rectificatives pour 2017, notamment son article 81 ;

Vu la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024, notamment son article 17 ;

Vu le décret n° 2018-234 du 30 mars 2018 portant soumission de l'association « Comité d'organisation des Jeux olympiques et paralympiques » au contrôle économique et financier de l'État ;

Vu l'arrêté du 22 juin 2018 fixant les modalités spéciales d'exercice du contrôle économique et financier de l'Etat sur le Comité d'organisation des jeux olympiques et paralympiques de Paris en 2024 (COJO) ;

EST D'AVIS qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

1. L'organisation des jeux olympiques et paralympiques 2024 a été confiée par le Comité international olympique à la Ville de Paris et au Comité national olympique et sportif français par un contrat, dit de ville hôte, conclu le 13 septembre 2017. Ce contrat international régi par le droit suisse imposait la création d'un Comité d'organisation des jeux olympiques et, aux termes de son article 3, l'adhésion de ce comité à l'ensemble de ses stipulations. Le Comité d'organisation des jeux olympiques « Paris 2024 »,

créé le 21 décembre 2017 sous forme d'une association de la loi du 1^{er} juillet 1901, a signé le contrat de ville hôte le 8 mars 2018.

Le financement de l'organisation des jeux olympiques repose notamment sur la conclusion avec des opérateurs économiques de contrats de partenariat de marketing. Le contrat de ville hôte distingue les partenaires dits « TOP », désignés par le Comité international olympique, des partenaires dits « domestiques », sélectionnés par le Comité d'organisation des jeux olympiques. Les partenaires de marketing TOP concluent avec le Comité international olympique un accord de long terme valable dans le monde entier. Les contrats conclus par le Comité d'organisation des jeux olympiques avec ses partenaires domestiques ne leur ouvrent des droits qu'en France et, aux termes de l'article 24.1 du contrat de ville hôte, pour une période maximale de six ans, du 1^{er} janvier 2019 au 31 décembre 2024. Le Comité d'organisation des jeux olympiques ne peut, en principe, conclure de partenariat domestique avec un concurrent d'un partenaire « TOP ».

Les partenaires de marketing peuvent fournir des apports en numéraire participant au financement direct de l'organisation des jeux olympiques ou des apports en nature contribuant à leur organisation matérielle (par exemple, la fourniture d'énergie, la délivrance de billets d'avion, la mise à disposition de véhicules ou d'équipements sportifs, des prestations de conseil spécialisées). Ils bénéficient, en contrepartie, du droit d'exploiter la marque « Paris 2024 », d'user des emblèmes des jeux, du droit de faire la publicité de leur propre marque notamment dans les lieux en lien avec les jeux ainsi, éventuellement, que de droits d'occupation du domaine public ou d'exclusivité ou de priorité pour la fourniture à titre onéreux de prestations nécessaires à l'organisation des jeux olympiques.

Selon les prévisions du Comité d'organisation des jeux olympiques, pour les jeux de 2024, le marketing olympique devrait représenter près de 1,5 milliards d'euros de recettes (40 % des 3,8 milliards de recettes totales attendues) dont 400 millions d'euros provenant des partenaires désignés par le Comité international olympique et 1,09 milliards d'euros des partenaires domestiques.

1° Sur la question relative à la qualification de pouvoir adjudicateur

2. Aux termes de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique issu de l'article 2 de la directive 2014/24/UE susvisée, constituent des pouvoirs adjudicateurs, outre les personnes morales de droit public et les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun, « (...) 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : / a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; / b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; / c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur (...) ».

Il ressort de ces dispositions que la qualité de pouvoir adjudicateur d'une personne morale de droit privé résulte de la réunion de trois critères cumulatifs : un objet d'intérêt général, l'absence de caractère industriel ou commercial de cet objet et la dépendance étroite à l'égard d'un pouvoir adjudicateur qui peut prendre une ou plusieurs des trois formes mentionnées par les dispositions précitées.

En ce qui concerne la satisfaction d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial :

3. Il est, en premier lieu, constant que le Comité d'organisation des jeux olympiques, constitué sous la forme d'une association relevant de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, est une personne morale de droit privé. Il résulte, par ailleurs, tant de l'article 1^{er} de ses statuts que des dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 26 mars 2018 susvisée que la mission pour laquelle il a été créé est d'organiser et de promouvoir les jeux olympiques et paralympiques de 2024. Cette mission revêt, dès lors que cette action profite à la collectivité et eu égard aux conséquences de ces jeux pour la promotion de la pratique sportive et le rayonnement de la Ville de Paris et de la France, un caractère d'intérêt général.

4. Le Conseil d'Etat constate ensuite que le législateur, par la loi du 26 mars 2018 précitée, a confié au seul Comité d'organisation des jeux olympiques, créé à cette fin par la Ville de Paris et le Comité national olympique et sportif français, la mission d'organiser en France les jeux olympiques et paralympiques aux côtés du Comité international olympique et du Comité international paralympique. Il s'ensuit que le Comité d'organisation des jeux olympiques ne se trouve pas en situation de concurrence avec d'autres acheteurs potentiels au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden et BFI Holding BV*, aff. C-360/96, point 49 ; 10 mai 2001, *Agorà Srl*, aff. C-223/99 et C-260/99, points 27 à 30 ; 27 février 2003, *Adolf Truley*, aff. C-373/00, points 59 à 61).

Il résulte, par ailleurs, de la clause de responsabilité souscrite par la Ville de Paris aux termes de l'article 4.1 du contrat de ville hôte, conjointement et solidairement avec le Comité d'organisation des jeux olympiques et le Comité national olympique et sportif français pour tous les engagements et obligations contractés, ainsi que des garanties accordées par l'Etat pour le remboursement des sommes versées par le Comité international olympique au Comité d'organisation des jeux olympiques et, dans certaines limites, des emprunts bancaires contractés par ce dernier en vertu de l'article 81 de la loi du 28 décembre 2017 susvisée que les risques économiques encourus par le Comité d'organisation des jeux olympiques sont très limités.

En outre, le caractère unique et universel des jeux olympiques dont le but, ainsi que l'énoncent les principes fondamentaux de l'Olympisme proclamés par la Charte olympique, est « *de mettre le sport au service du développement harmonieux de l'humanité en vue de promouvoir une société pacifique, soucieuse de préserver la dignité humaine* » fait obstacle à ce que les activités du Comité d'organisation des jeux olympiques soient considérées comme n'ayant qu'un caractère industriel et commercial.

Enfin, ainsi qu'il sera détaillé au point 7, la soumission du Comité d'organisation des jeux olympiques au contrôle économique et financier de l'Etat atteste que ce dernier a entendu conserver une influence déterminante à l'égard de l'activité du comité, ce dont la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne tient compte pour exclure le caractère industriel et commercial d'un besoin d'intérêt général (CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden et BFI Holding BV*, aff. C-360/96, point 51 ; 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, C-18/01, point 47).

Par suite, nonobstant les activités lucratives que peut exercer le Comité d'organisation des jeux olympiques, dont le but principal n'est pas la recherche de bénéfices, sa création répond à un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.

En ce qui concerne la dépendance étroite à l'égard d'un pouvoir adjudicateur :

5. Les statuts du Comité d'organisation des jeux olympiques et les précisions apportées par l'administration établissent que le financement de l'activité du comité est principalement assuré par des ressources privées. Par ailleurs, il n'est pas établi que la majorité des membres de ses organes de direction ou de surveillance sont désignés par un pouvoir adjudicateur.

6. Le Conseil d'Etat constate cependant que, s'agissant de l'administration du Comité d'organisation des jeux olympiques, siègent au sein de ses organes dirigeants et en représentent une proportion importante, en qualité de membres de droit, les représentants de plusieurs pouvoirs adjudicateurs, notamment l'Etat et la Ville de Paris qui est, avec le Comité national olympique et sportif français, à l'origine de sa création. Aux termes des articles 11 et 13 des statuts du Comité d'organisation des jeux olympiques, les avis conformes de l'Etat et de la Ville de Paris doivent être recueillis pour certaines décisions importantes du conseil d'administration et, en particulier, la désignation d'un nouveau président, l'adoption du règlement intérieur et du règlement financier du comité ainsi que pour la convention conclue avec la Société de livraison des ouvrages olympiques.

L'article 28 des statuts prévoit, en outre, que les représentants de l'Etat et de la Ville de Paris sont membres de droit du comité d'audit qui a pour mission d'analyser et de faire toute recommandation utile relative notamment à la gestion de l'association, la soutenabilité de ses engagements, la mise en œuvre du contrat de ville hôte, la politique de gestion des risques.

7. Le Conseil d'Etat relève, par ailleurs, que s'agissant de ses comptes et de sa gestion, le Comité d'organisation des jeux olympiques est soumis non seulement au contrôle de la Cour des comptes en vertu de l'article 29 de la loi du 26 mars 2018 précitée mais aussi à celui du contrôle économique et financier de l'Etat auquel l'assujettit spécifiquement le décret du 30 mars 2018 susvisé. Il résulte, en particulier, de l'arrêt du 22 juin 2018 pris pour l'application de ce décret que le contrôleur a pour mission d'analyser les risques et les performances du Comité d'organisation des jeux olympiques en veillant aux intérêts économiques et financiers de l'Etat, qu'il a entrée avec voix consultative aux séances des organes délibérants du comité et de tout organe consultatif interne, que toutes les décisions budgétaires et financières importantes lui sont soumises pour avis préalable, que le directeur du comité ne peut passer outre son avis défavorable que par une décision expressément motivée et que le contrôleur peut, en cas de difficultés budgétaires, demander au directeur général les mesures que ce dernier envisage de prendre pour redresser la situation et en rendre compte au ministre chargé de l'économie et du budget. L'article 11 du règlement financier prévoit, en outre, la présence permanente du contrôleur dans les commissions d'appel d'offre des marchés du Comité d'organisation des jeux olympiques.

A ces contrôles s'ajoutent les droits renforcés d'information financière prévus par l'article 20 des statuts du comité au bénéfice notamment de la Ville de Paris et de l'Etat au titre de la garantie accordée par ce dernier en vertu de la loi du 28 décembre 2017 mentionnée au point 4 qui, si elle est mise en œuvre, donne en outre à l'Etat le pouvoir d'exercer un contrôle strict des dépenses résiduelles à la livraison des jeux.

Il se déduit de l'ensemble des éléments qui précèdent l'existence d'un lien de dépendance étroite du Comité d'organisation des jeux olympiques à l'égard de l'Etat et de la Ville de Paris, de nature à

permettre à ces derniers d'influencer ses décisions notamment en matière de marchés.

8. Il résulte de ce qui est dit aux points 3 à 7 que le Comité d'organisation des jeux olympiques doit être regardé comme un pouvoir adjudicateur au sens des dispositions précitées de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique.

2° Sur les questions relatives à la soumission des conventions de partenariat de marketing olympique aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 17 de la loi du 26 mars 2018

9. Aux termes du deuxième alinéa de l'article 17 de la loi du 26 mars 2018 précitée : « *Le comité d'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques sélectionne ses partenaires de marketing selon une procédure qu'il organise, présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester* ».

En ce qui concerne le champ d'application de ces dispositions :

10. Il ressort des dispositions du deuxième alinéa de l'article 17, dont la rédaction doit être rapprochée de celle du premier alinéa relatif à l'ensemble des partenaires de marketing olympique et qui sont éclairées par les travaux parlementaires, que les partenaires de marketing qui y sont mentionnés sont exclusivement les partenaires domestiques, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas désignés par le Comité international olympique. Le Conseil d'Etat observe que telle est, au demeurant, la lecture faite de ces dispositions dans l'avis n° 393671 du 9 novembre 2017 qu'il a rendu sur le projet de loi.

En ce qui concerne les conséquences du respect de ces dispositions :

11. Il résulte de l'économie générale de l'article 17 qu'il est uniquement relatif aux conditions d'occupation du domaine public par les partenaires de marketing olympique.

12. Or, aux termes du 3° de l'article L. 1100-1 du code de la commande publique, les contrats ayant pour objet l'occupation domaniale ne sont pas soumis à ce code. Dès lors, les conventions de partenariat de marketing olympique qui auraient pour objet exclusif ou principal l'occupation du domaine public ne sont pas des contrats de la commande publique. La conclusion de telles conventions par le Comité d'organisation des jeux olympiques avec ses partenaires domestiques n'est, par suite, soumise qu'aux obligations procédurales mentionnées au deuxième alinéa de l'article 17 qui, en tout état de cause, s'imposent aux contrats comportant l'exercice d'une activité économique sur le domaine public présentant un intérêt transfrontalier certain soumis aux règles fondamentales du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl*, aff. C-458/14, point 49).

13. En revanche, les conventions de partenariat de marketing dont l'occupation domaniale n'est qu'un objet accessoire peuvent constituer des contrats de la commande publique si elles en remplissent, par ailleurs, les critères. Dans ce cas, le respect des dispositions du deuxième alinéa de l'article 17 est assuré par celui des règles de passation du code de la commande publique, lesquelles répondent aux conditions de transparence, d'impartialité et de publicité exigées par ces dispositions.

Le Conseil d'Etat estime que le deuxième alinéa de l'article 17, qui impose une procédure de sélection des partenaires de marketing présentant les garanties d'impartialité et de

transparence et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester, pourrait être utilement complété afin qu'il soit précisé, d'une part, que cette procédure ne s'applique que préalablement à la délivrance du titre de sous-occupation du domaine aux partenaires de marketing autres que ceux désignés par le Comité international olympique et, d'autre part, que le respect de ces exigences peut, le cas échéant, être assuré par celui des règles de passation prévues par le code de la commande publique.

3° Sur les questions relatives à la qualification des conventions de partenariat de marketing conclues par le Comité d'organisation des jeux olympiques

14. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 2 du code de la commande publique : « *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* ». Selon l'article L. 1111-1 du même code, les contrats de la commande publique conclus par un acheteur « *en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent* » sont des marchés publics.

En ce qui concerne la première question :

15. Les conventions de partenariat de marketing peuvent, en contrepartie de l'octroi de droits d'exploitation des marques et emblèmes olympiques et des espaces publicitaires à l'occasion des jeux, prévoir le versement de contributions en nature et en numéraire.

Lorsque les apports en nature, qu'il s'agisse de fournitures, de services ou de travaux, répondent aux besoins du Comité d'organisation des jeux olympiques pour l'accomplissement de sa mission, ces conventions constituent des marchés publics soumis au code de la commande publique dont le prix est constitué par la valeur des droits d'exploitation accordés, sous réserve de ce qui est dit aux points 16 et 17.

A fortiori, constitue également un marché public la convention prévoyant que le partenaire bénéficie d'un engagement du comité à se procurer auprès de lui, en priorité ou en exclusivité, des fournitures, services ou travaux au-delà de l'apport en nature prévu par la convention.

En ce qui concerne la deuxième question :

16. D'une part, les conventions de partenariat de marketing qui prévoieraient exclusivement des versements en numéraire en contrepartie du droit d'exploiter les marques et emblèmes associés aux jeux olympiques, dès lors qu'elles n'ont pour objet ni l'exécution de travaux, ni l'achat de fournitures, ni la prestation de services pour les besoins du Comité d'organisation des jeux olympiques, ne constituent pas des contrats de la commande publique.

17. D'autre part, les conventions dont l'apport en numéraire constitue l'objet principal et l'apport en nature l'objet accessoire peuvent être regardées comme des contrats mixtes au sens des dispositions de l'article L. 1312-1 du code de la commande publique aux termes desquelles : « *Lorsqu'un acheteur conclut un contrat unique destiné à satisfaire des besoins, objectivement indissociables, qui, d'une part, relèvent du droit commun des marchés prévu au livre Ier de la deuxième partie ou de son livre II relatif aux marchés de partenariat et, d'autre part, ne relèvent pas du présent code, ce contrat est soumis aux dispositions applicables à son objet principal. / Lorsque l'objet principal du*

contrat ne peut être objectivement déterminé, le contrat est soumis aux dispositions des livres I^{er} ou II de la deuxième partie ».

L'objet principal de la convention de partenariat doit être, dans ce cas, déterminé en tenant compte, le cas échéant, de la valeur globale du contrat comprenant des services, fournitures ou travaux que le comité prévoit de commander au partenaire au-delà de l'apport en nature prévu par la convention.

Si l'apport en numéraire est l'objet principal de la convention, la convention de partenariat n'entre pas dans le champ de la commande publique.

En ce qui concerne la troisième question :

18. Il résulte de ce qui a été dit aux points 12, 16 et 17 que les conventions de partenariat de marketing prévoyant des apports en numéraire et en nature constituent, quelle que soit la valeur cumulée des apports respectifs, des marchés publics soumis au code de la commande publique, à l'exception de celles ayant pour objet principal un apport en numéraire ou l'occupation du domaine public.

4° Sur les questions relatives à la procédure de passation des conventions de partenariat de marketing olympique

19. Aux termes de l'article L. 2512-2 du code de la commande publique, sont soumis aux seules règles définies au titre II du livre V « *les marchés publics conclus : /1° Selon la procédure propre à une organisation internationale lorsque le marché public est entièrement financé par cette organisation internationale ; /2° Selon la procédure convenue entre une organisation internationale et l'acheteur lorsque le marché public est cofinancé majoritairement par cette organisation internationale* ».

20. En premier lieu, le Conseil d'Etat observe que ni les dispositions précitées, ni l'article 9 de la directive du 26 février 2014 précitée dont l'article L. 2512-2 assure la transposition n'exigent que l'organisation internationale à laquelle ils s'appliquent présente un caractère intergouvernemental ou interétatique.

Le Comité international olympique, association de droit suisse dont les membres sont des personnes physiques, n'a pas été créé par des Etats ou des organisations internationales, ni institué par un traité international. Il ne constitue pas, dès lors, une organisation internationale *intergouvernementale*. Toutefois, la composition du Comité international olympique qui regroupe des membres de pays différents, la nature d'intérêt public de sa mission à vocation internationale, sa capacité à signer des accords avec des organisations internationales et son statut d'observateur permanent auprès de l'Organisation des Nations unies lui donnent le caractère d'une organisation internationale *non gouvernementale*. Cette qualité affirmée par la règle 15 de la Charte olympique lui est d'ailleurs expressément attribuée par l'article 81 de la loi du 28 décembre 2017 précitée. Par suite, nonobstant son caractère non gouvernemental, le Comité international olympique doit être considéré comme une organisation internationale au sens et pour l'application du code de la commande publique.

21. En deuxième lieu, il ressort des stipulations du chapitre II du contrat de ville hôte que le Comité international olympique versera au Comité d'organisation des jeux olympiques pour le financement des jeux une somme totale de près de 3,55 milliards d'euros représentant une part des revenus nets du programme

international de marketing, une contribution financière liée aux revenus de diffusion dérivés des « accords de diffusion », la contrepartie de tous les revenus bruts issus de tous les contrats relevant de l'accord sur le plan de marketing, les revenus bruts provenant de toutes les formes de ventes de billets se rapportant aux jeux et une part des recettes de différents programmes autorisés par le Comité international olympique. Il en résulte que la contribution directe de ce dernier représentera plus de 93 % des recettes du Comité d'organisation des jeux olympiques.

Dès lors, tant les conventions de partenariat de marketing conclues avec les partenaires domestiques que les contrats conclus avec les partenaires TOP doivent être considérés comme cofinancés majoritairement par le Comité international olympique.

22. En dernier lieu, les différents accords conclus entre le Comité international olympique et le Comité d'organisation des jeux olympiques, notamment l'accord sur le plan de marketing et ses annexes qui s'incorporent au contrat de ville hôte, imposent au second d'exécuter le plan de marketing dans le strict respect des instructions et lignes directrices du premier. Ils instituent un groupe de travail chargé de coordonner les relations entre des représentants du Comité international olympique et les entités responsables de la passation des marchés du Comité d'organisation des jeux olympiques avec les partenaires TOP. Ils prévoient par ailleurs dans le détail les modalités de conclusion des conventions de marketing avec les partenaires domestiques ainsi que celles de tous les contrats de fournitures et services à conclure par le Comité d'organisation des jeux olympiques. Ils stipulent notamment que ce dernier doit respecter les instructions du Comité international olympique relatives à la procédure de sélection des partenaires domestiques, au choix de ces partenaires et à l'exécution de leurs conventions de marketing, que la conclusion de ces conventions est soumise à l'approbation préalable du Comité international olympique et qu'avant la conclusion de tout contrat d'achat, le Comité d'organisation des jeux olympiques doit obtenir l'accord écrit du Comité international olympique auquel il doit préciser la nature et le montant de la commande envisagée.

La procédure de passation des marchés publics conclus par le Comité d'organisation des jeux olympiques avec les partenaires TOP et des conventions de partenariat de marketing conclues avec les partenaires domestiques doit, dès lors, être considérée comme étant convenue entre le Comité international olympique et le Comité d'organisation des jeux olympiques au sens du 2° de l'article L. 2512-2 précité du code de la commande publique.

23. Bien que la question relative à l'application de l'article R. 2122-3 du code de la commande publique ne soit posée au Conseil d'Etat qu'en cas de réponse négative à celle de l'application du 2° de l'article L. 2512-2 de ce code, il y a lieu de souligner qu'en tout état de cause, les marchés publics que le Comité d'organisation des jeux olympiques conclut avec les partenaires désignés par le Comité international olympique doivent être distingués des contrats de marketing olympique passés par le Comité d'organisation des jeux olympiques avec ses partenaires domestiques qui ont le caractère de marchés publics.

24. Pour les premiers, il résulte en effet des stipulations de l'article 24.7 du contrat de ville hôte que le Comité d'organisation des jeux olympiques s'engage à satisfaire ses besoins pour les jeux olympiques en produits et services appartenant aux catégories de prestations réservées aux partenaires désignés par le Comité international olympique en faisant appel à ces partenaires. Comme le Conseil d'Etat l'a constaté dans son avis du 9 novembre 2017 déjà mentionné, le Comité international

olympique a ainsi accordé des droits exclusifs aux partenaires qu'il a choisis dans le cadre d'un programme international de marketing que le comité d'organisation est chargé de mettre en œuvre et pour le financement duquel lui est réservée par le Comité international olympique une partie des apports en numéraire versés par les partenaires de marketing de ce dernier.

Or, aux termes de l'article L. 2122-1 du code de la commande publique : « *L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalable dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur* ». Selon l'article R. 2122-3 de ce code, qui reprend en substance les dispositions du b de l'article 32 de la directive 2014/24/UE susvisée : « *L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalable lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes : / (...) 3° L'existence de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle. / Le recours à un opérateur déterminé dans les cas mentionnés aux 2° et 3° n'est justifié que lorsqu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché* ».

En conséquence, les marchés publics que le Comité d'organisation des jeux olympiques conclut avec les partenaires de marketing désignés par le Comité international olympique peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence préalable, dès lors que n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché.

25. Il en va différemment pour ceux des contrats de marketing olympique passés par le Comité d'organisation des jeux olympiques avec ses partenaires domestiques qui ont le caractère de marchés publics. Ainsi qu'il est dit aux points 20 à 22, ils entrent dans le champ d'application du 2° de l'article L. 2512-2 du code de la commande publique. En conséquence, ces conventions relèvent de la catégorie des « autres marchés publics » soumis aux seules règles définies au titre II du Livre V de la deuxième partie de ce code, lequel ne prévoit aucune procédure formelle de passation. Il résulte cependant de la jurisprudence que de tels contrats doivent néanmoins être conclus dans le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats et de la règle de transparence des procédures qui en découle (CE, 5 février 2018, *Centre national d'études spatiales (CNES)*, n° 414846, point 11).

Référence 6 : TC, 9 décembre 2019, Société Biomedica, n°4169

Vu, enregistrée à son secrétariat le 4 juillet 2019, l'expédition du jugement du 27 juin 2019 par lequel le tribunal administratif de Lyon, saisi d'une demande de la société Biomedica tendant à l'annulation du marché public conclu par le groupement de coopération sanitaire Uniha avec la société TC Médical et à l'indemnisation de son préjudice, a renvoyé au Tribunal, par application de l'article 35 du décret n° 2015-233 du 27 février 2015, le soin de décider sur la question de compétence ;

Vu les pièces desquelles il résulte que la saisine du Tribunal a été notifiée à la société Biomedica, au groupement de coopération sanitaire Uniha et au ministre de l'action et des comptes publics, qui n'ont pas produit de mémoire ;

Vu les autres pièces du dossier ;
Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;
Vu la loi du 24 mai 1872 ;
Vu le décret n° 2015-233 du 27 février 2015 ;
Vu le code de la propriété intellectuelle ;

Considérant que le groupement de coopération sanitaire Uniha a engagé une procédure de passation d'un marché à bons de commande portant sur la fourniture, la livraison et l'installation de dispositifs de report de signalisation d'émission de rayons X pour arceaux mobiles de radioscopie ; que, le 13 janvier 2017, la société Biomedica a été informée du rejet de son offre ; que, par ordonnance du 17 février 2017, le juge du référé précontractuel a rejeté sa demande tendant à l'annulation partielle de la procédure d'attribution ; que le marché a été conclu le 25 avril 2017 avec la société TC Médical ; que, le 29 juin 2017, la société Biomedica a saisi la juridiction administrative d'une requête aux fins d'annulation de ce contrat, invoquant divers manquements commis par le pouvoir adjudicateur à l'occasion de sa passation et soutenant que l'offre retenue était irrégulière, le produit proposé par la société attributaire contrefaisant le brevet dont elle est titulaire ; qu'estimant que le litige présentait à juger des questions de compétence soulevant une difficulté sérieuse, le tribunal administratif de Lyon a, par jugement du 27 juin 2019, renvoyé au Tribunal le soin de décider sur ces questions, par application de l'article 35 du décret du 27 février 2015 ;

Considérant que l'article L. 615-17, alinéa 1^{er}, du code de la propriété intellectuelle dispose que : « Les actions civiles et les demandes relatives aux brevets d'invention, y compris dans les cas prévus à l'article L. 611-7 ou lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux de grande instance, déterminés par voie réglementaire, à l'exception des recours formés contre les actes administratifs du ministre chargé de la propriété industrielle qui relèvent de la juridiction administrative » ; que ces dispositions, qui réservent aux tribunaux de grande instance spécialement désignés la connaissance des litiges qu'elles mentionnent, dérogent aux principes gouvernant la responsabilité des personnes publiques, ainsi qu'à la règle de compétence énoncée par l'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 ;

Considérant, dès lors, que, lorsqu'elle est saisie par un tiers au contrat de conclusions contestant la validité d'un marché public, la juridiction administrative n'a pas compétence pour se prononcer sur le moyen tiré de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire du marché, en tant qu'elle porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle de ce tiers, et il lui incombe de ne statuer qu'après la décision du tribunal de grande instance compétent, saisi à titre préjudiciel, sur l'existence de la contrefaçon ; qu'elle a, en revanche, seule compétence pour se prononcer, ensuite, sur les autres moyens d'annulation et, si elle constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, pour en apprécier l'importance et les conséquences ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, s'agissant d'un litige qui tend à l'annulation d'un contrat administratif et à l'indemnisation du préjudice résultant de sa passation, la juridiction administrative a seule compétence pour en connaître ; que, toutefois, en cas de contestation sérieuse et sous réserve que cette appréciation soit nécessaire à la solution du litige, il lui appartient de saisir, à titre préjudiciel, le tribunal de grande instance compétent afin qu'il soit statué sur l'existence de la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle invoqués par la société Biomedica ; [juridiction administrative compétente]