

Fiche n° 2
TYOLOGIE DES CONTRATS :
LA CONCESSION

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS :

- Référence 1 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 25 mai 2018, Commune de Saint-Thibault-des-vignes ;
- Référence 2 :** CE, 25 mai 2018, Commune de Saint-Thibault-des-vignes, n°416825 ;
- Référence 3 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 7^e et 2^e ch. réun., 3 mai 2022, Commune de Saint-Cyr-sur-Mer, nos 459678, 460089, 460090, 460154, 460155 ;
- Référence 4 :** CE, 7^e et 2^e ch. réun., 3 mai 2022, Commune de Saint-Cyr-sur-Mer, nos 459678, 460089, 460090, 460154, 460155 et 460726 ;
- Référence 5 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 7^e et 2^e ch. réun., 16 mai 2022, Commune de Nîmes, n° 459904 ;
- Référence 6 :** CE, 7^e et 2^e ch. réun., 16 mai 2022, Commune de Nîmes, n° 459904 ;

DÉCISIONS DU CORPUS :

- CJCE, 12 juillet 2001, Ordine degli architetti delle province di Milano, aff. C- 399/98, rec. I-5409, concl. Léger.
- CC, Décisions n° 2002-460 DC du 22 août 2002 LOPSI, et n° 2002-461 du 29 août 2002, LOJ, *AJDA* 2002, p. 1059, note J.-Y. Chérot.
- CC, 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, *AJDA* 2003, note J.-E. Schoettl, p. 1391
- CE, Intérieur et travaux publics, Avis, 31 janvier 1995, *GACE*, Dalloz, 2e éd. 2002, p. 343, comm. E. Fatôme et P. Terneyre *AJDA* 1997, p. 126, note E. Fatôme et P. Terneyre.
- CE, Sect., 23 juin 1995, *Ministre de la culture et de la francophonie c. Association Défense Tuileries*, *CJEG* 1995, p. 376, concl. J. Arrighi de Casanova.
- CE, Sect., 26 mars 1999, Sté Hertz France, *AJDA* 1999, p. 427, concl. J.-H. Stahl, *RFDA* 1999, note D. Pouyaud.
- CE, 30 juin 1999, SMITOM du Centre ouest Seine-et-Marnais,
- CE, 21 juin 2000, SARL Chez Joseph,
- CE, 11 décembre 2000, Agofroy, *Rec.* p. 607, *RFDA* 2002, p. 1277, concl. S. Austry, *AJDA* 2001, p. 193, note Raunet et Rousset
- CE, Ass., 4 novembre 2005, Société Jean-Claude Decaux, *RFDA* 2005, pp. 1083-1093, concl. D. Casas
- CE, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence
- CE, 15 février 2008, Commune de La Londe-les-Maures, *Rec. Tables, RJEP* 8/2008, p. 10, concl. B. Dacosta, *AJDA* 2008, p. 575, chron. J. Boucher, B. Bourgeois-Machureau.
- CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée, *AJDA* 2008, p. 2454, note L. Richer.
- CE, Sect., 21 mars 2011, Commune de Béziers, *RFDA* 2011, p. 507, concl. E. Cortot-Boucher, note D. Pouyaud, *AJDA* 2011, p. 670, chron. L. Domingo, A. Lallet.

EXERCICES SUGGÉRÉS :

Exercice théorique : dissertation

- La notion de risque dans les contrats administratifs

Épreuve pratique : cas pratique

- Association PACE

Par une délibération du 18 mai 2008, le conseil municipal de Paris a décidé de créer, à la galerie du Château d'eau, un musée de la porcelaine ayant pour objet l'organisation d'expositions et la constitution et l'exploitation d'une collection de porcelaines. L'association pour la Porcelaine au Château d'eau (PACE) a été créée en novembre 2008 pour apporter son appui à la galerie du Château.

Après avoir assuré directement l'exploitation de ce musée, la Ville de Paris a confié la gestion de la galerie à l'association PACE par une délibération en date du 1^{er} décembre 2008 dont l'objet est de charger l'association d'une mission de promotion culturelle des expositions, de réalisation et l'organisation des expositions pour le compte de la Ville. Simultanément à cette délibération, deux conventions successives ont été signées entre la Ville et l'association : la première le 1^{er} janvier 2009 et la deuxième le 1^{er} janvier 2015.

Par un jugement du tribunal de grande instance de Paris du 29 novembre 2019, l'association PACE a été placée en procédure de sauvegarde judiciaire, convertie en procédure de redressement judiciaire par jugement de ce même tribunal du 14 février 2020. Par une ordonnance du 5 octobre 2020, le juge commissaire du tribunal judiciaire de Paris a sursis à statuer sur la requête en revendication de propriété de la collection de porcelaines exposées dans la galerie présentée par la Ville de Paris sur le fondement de l'article L. 624-9 du code de commerce et lui a enjoint de saisir la juridiction compétente aux fins de qualification juridique, d'une part, des conventions conclues entre elle et l'association PACE et d'autre part, des biens revendiqués.

1) Vous expliquerez quelle est la procédure évoquée par le juge commissaire et ses conséquences sur la juridiction saisie initialement.

Les stipulations des conventions signées entre la Ville de Paris et l'association PACE entre 2009 et 2019 ont eu pour objet de confier à l'association l'exploitation d'un musée de la porcelaine. Ces stipulations définissaient les missions et objectifs en cohérence avec ceux de la politique culturelle municipale, veillé à ce que l'action et la communication de la galerie s'opèrent en coordination étroite avec les services de la commune. La Commune a conditionné ses soutiens matériels et financiers à la production régulière de comptes rendus d'activité et états financiers. La commune a mis à disposition des agents et des locaux pour aider l'association sans ses missions. Les subventions versées au titre de ces conventions ne sont toutefois jamais définies comme une subvention d'équilibre visant à compenser les charges de l'activité.

2) Vous explicitez quel est le droit applicable aux conventions conclues, leur nature et vous en déduirez la nature de la collection de porcelaine propriété de l'association.

Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 25 mai 2018, Commune de Saint-Thibault-des-Vignes ;

Les deux pourvois qui viennent d'être appelés, que vous pourrez joindre puisqu'ils tendent à l'annulation de la même ordonnance, vous donneront l'occasion d'apporter d'utiles précisions sur la définition du critère du risque qui se trouve aujourd'hui au coeur de la définition du contrat de concession et plus précisément sur son application aux contrats dits de mobilier urbain dont les caractéristiques sont relativement standardisées. Leur qualification a varié dans votre jurisprudence et continue de diviser les juridictions du fond.

La commune de Saint-Thibault-des-Vignes a publié en juin 2017 un avis d'appel public à la concurrence en vue de l'attribution de ce qu'elle a qualifié de « marché de mise à disposition de mobiliers urbains destinés à l'affichage de l'information municipale avec ou sans publicité ». L'objet du contrat consistait en l'installation, l'exploitation et l'entretien de 58 planimètres, le titulaire fournissant également les plans de la ville, 20 abribus, 18 affichages administratifs, 12 affichages libres, 19 portiques, 7 panneaux d'entrée de ville, 4 colonnes culturelles, 3 journaux électroniques, 3 bornes tactiles, 2 radars pédagogiques et une application mobile, pour une durée de 10 ans, le titulaire étant en contrepartie autorisé « à exploiter, à titre gratuit, sans paiement de la redevance d'occupation du domaine public, l'ensemble des faces d'affichages à des fins commerciales et publicitaires, des abris voyageurs et des faces d'information comportant un plan de la ville ». Le règlement de la consultation indiquait que les offres seraient appréciées au regard d'un unique critère de la valeur technique décliné en trois sous-critères (qualité technique et fonctionnelle (50 %) ; qualité de la méthodologie concernant l'entretien et la maintenance proposée (20 %) ; délais d'exécution (30 %).

Quatre sociétés se sont portées candidates. Au terme de la procédure, la commune a choisi la société Philippe Védiaud publicité. La société Girod Médias, classée troisième, a alors saisi le juge du référé précontractuel du TA de Melun de conclusions aux fins d'annulation de la procédure auxquelles il a fait droit par une ordonnance contre laquelle la société Philippe Védiaud et la commune de Saint-Thibault-des-Vignes se pourvoient en cassation. Il a retenu le moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne prévoyant aucun critère de prix alors que l'article 62 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics impose la présence d'un tel critère, qu'il soit le seul ou accompagné d'autres critères. Cette obligation de prévoir au moins le critère du prix ne s'applique en revanche pas pour l'attribution des concessions. Mais le juge du référé a écarté cette qualification au motif que « le contrat, en conférant à la société attributaire un monopole sur l'exploitation à des fins publicitaires du mobilier urbain installé par ses soins, ne comporte aucun risque réel d'exploitation. Dans ces conditions, la part de risque transféré au cocontractant n'impliquant pas une réelle exposition aux aléas du marché, celui-ci ne peut, par suite, être regardé comme supportant un risque lié à l'exploitation du service ».

Ces motifs, qui posent le cadre juridique du litige, ne sont critiqués que par la commune requérante, à juste titre nous semble-t-il. C'est pourquoi nous commencerons par étudier son pourvoi.

Elle soutient qu'ils sont entachés d'une double erreur de droit, dès lors que l'attribution d'un droit exclusif d'une part n'institue pas un monopole, d'autre part n'exclut pas l'existence d'un risque, et d'une erreur de qualification juridique des faits.

Les contrats de concession sont aujourd'hui définis par l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative à ces contrats comme étant « les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. » Cette définition est la transposition presque littérale de la définition que donne de ces contrats l'article 5 de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concessions.

Ce qui distingue le contrat de concession du marché public, qui tendent tous deux à procurer à la personne publique la satisfaction de l'un de ses besoins, est la nature de la contrepartie de la prestation dont bénéficie la personne publique. Il s'agit dans les deux cas d'une contrepartie de nature économique, ce qui confère à ces deux contrats un caractère onéreux. Mais, alors que la contrepartie due au titulaire d'un marché est un prix versé par la personne publique, le concessionnaire se voit attribuer un droit d'exploiter dont le produit assurera au moins en partie sa rémunération. Au moins en partie car, ainsi que cela ressort de la définition que nous venons de lire, l'attribution de ce droit peut être assortie d'un prix.

Pour emporter la qualification de concession, le droit d'exploiter ainsi dévolu au cocontractant de la personne publique doit comporter un risque. « Le droit d'exploitation de travaux ou de services implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique », souligne le considérant 18 de la directive. L'article 5 précité de l'ordonnance de 2016 place ainsi ce transfert de risque au coeur de la définition de la concession. Dans la thèse remarquable qu'il a consacrée à l'étude du « risque dans les contrats administratifs » (Bibliothèque de droit public, t. 274, LGDJ, 2013) et dans l'article où il en expose la substantifique moelle pour les lecteurs pressés (« Le risque, les concessions et les marchés », RFDA 2016, p. 237), deux études auxquels les développements qui suivent doivent beaucoup, le professeur Thomas Pez a montré comment le mode de rémunération, qui intègre la notion de risque, s'est aujourd'hui substitué au critère de l'origine de la rémunération dans la qualification de la concession. « La rémunération, explique-t-il, doit impliquer le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation, peu importe que la rémunération provienne de tiers (et notamment des usagers du service ou de l'ouvrage) ou de l'administration contractante », dans ce dernier cas parce qu'elle verserait une rémunération qui dépendrait des résultats de l'exploitation¹. Le transfert du risque occupe donc une place centrale dans la définition de la concession. La directive et l'ordonnance qui la transposent ont d'ailleurs pris soin d'en indiquer les éléments caractéristiques.

Le second alinéa de l'article 5 de l'ordonnance précise ainsi que « La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service. » L'article 5 de la directive est encore plus disert en indiquant que le risque transféré peut être lié à la demande, à l'offre ou aux deux.

Comme l'écrit encore T. Pez, « le risque, c'est l'incertitude prévisible, l'événement incertain mais prévisible que les parties ont accepté de courir en contractant ». Certains facteurs de risque

existent dans tous les contrats, marchés comme concessions, tels que ceux liés à la mauvaise gestion, aux manquements contractuels et à la force majeure. La directive les exclut expressément de la définition du risque concessif. Elle précise dans son considérant n° 20 que « le risque d'exploitation devrait trouver son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle », tels que les aléas pouvant affecter les charges de l'exploitation (risque lié à l'offre) ou le recours au service, fréquentation ou consommation (risque lié à la demande). La Cour de justice de l'Union européenne l'avait aussi indiqué avant même la publication de la directive, en considérant que « le risque d'exposition économique du service doit être compris comme le risque d'exposition aux aléas du marché » (CJUE, 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, aff. C-274-09, pts 26 et s.).

La qualification de concession implique donc l'existence d'un risque réel et que ce risque soit transféré. En revanche, elle ne comporte aucune condition tenant à l'importance de ce risque.

L'exigence de réalité du risque transféré ressort des dispositions précitées : le concessionnaire doit se trouver réellement exposé aux aléas du marché, de sorte que toute perte estimée ou potentielle qu'il pourra supporter ne doit pas « être purement nominale ou négligeable », ce qui serait le cas si, comme l'indique l'exposé des motifs de la directive, le pouvoir adjudicateur « évitait à l'opérateur économique tout risque de pertes, en lui garantissant un revenu minimal supérieur ou égal aux investissements effectués et aux coûts qu'il doit supporter dans le cadre de l'exécution du contrat » (consid. 20). Ces mécanismes de garantie sont aussi variés que sophistiqués et c'est un des nombreux mérites de l'étude de Thomas Pez à laquelle nous renvoyons une fois de plus que de les avoir très clairement identifiés et décrits.

Si le risque ne doit pas être éliminé par de tels mécanismes de garantie, « le fait qu'il soit limité dès l'origine ne devrait pas exclure l'attribution du statut de concession », comme le précise le considérant 19 de la directive qui fait allusion à la réglementation des tarifs ou à des arrangements contractuels prévoyant une compensation partielle.

Toute activité consistant à exploiter des travaux ou des services, c'est-à-dire à leur faire produire une ressource économique, comporte un risque, qui peut être lié aux charges de l'exploitation, à son produit, le plus souvent aux deux. La qualification de concession implique que ce risque pèse au moins en partie et pour une partie non négligeable sur le cocontractant de la personne publique.

L'application de ce critère au contrat litigieux offre une bonne illustration de ses différentes composantes.

Il s'agit d'un contrat classique portant sur l'exploitation du mobilier urbain de la commune : celle-ci bénéficie de l'installation et de l'entretien d'un certain nombre d'équipements situés sur la voie publique destinés à assurer le confort – pour les abribus – des usagers et à supporter différentes informations municipales : plan de la ville, journaux électroniques, affichage administratif, culturel, etc. En contrepartie de cette prestation, la commune renonce à percevoir la redevance d'occupation du domaine public et donne au titulaire le droit d'exploiter commercialement les surfaces libres, en les louant à des annonceurs publicitaires. Bien que tous les contrats dits de mobilier urbain ne soient pas nécessairement conçus de la sorte, c'est le cas le plus souvent, et notamment de tous ceux que vous avez eu à connaître, de sorte que la dénomination « contrat de mobilier urbain » a fini par désigner un contrat relatif à

l'exploitation du mobilier urbain présentant ces éléments caractéristiques. Ce sont précisément les contrats de ce type que vous avez dans un premier temps, bien avant l'introduction en droit français de la catégorie juridique des concessions au sens du droit de l'Union, qualifiés de marchés publics au motif que l'abandon de la redevance d'occupation du domaine public et des recettes publicitaires constituait un prix versé par le pouvoir adjudicateur (Ass, 4 novembre 2005, Sté Jean-Claude Decaux, n° 247298).

Si la renonciation à percevoir une recette certaine, telle que la redevance d'occupation du domaine public, équivaut sans aucun doute au paiement d'un prix, ce ne saurait être le cas de la renonciation à percevoir des recettes publicitaires qui sont précisément le produit de l'exploitation du service. L'abandon de ces recettes traduit la dévolution du droit d'exploiter qui caractérise aujourd'hui la concession. Vous l'avez souligné, de manière surabondante, dans votre décision Ville de Paris du 15 mai 2013 (n° 364593, au recueil), à propos d'un contrat portant également sur l'exploitation d'espaces publicitaires sur du mobilier urbain, en indiquant « que la seule circonstance que l'occupant exerce une activité économique sur le domaine ne peut caractériser l'existence d'un abandon de recettes de la part de la personne publique ». Le président Ménéménis avait relevé dès 2005, dans une analyse de la décision Jean-Claude Decaux, que ces contrats relevaient « d'une logique concessive : la collectivité territoriale demande en effet au titulaire de réaliser et d'entretenir des ouvrages de mobilier urbain qui correspondent à ses besoins, mais elle le laisse les exploiter à des fins commerciales ; elle lui donne ainsi accès – à titre exclusif – à une source de revenus ».

L'introduction dans le droit interne par l'ordonnance de 2016 de la catégorie juridique des concessions de service vous a permis de les y rattacher et d'abandonner une qualification de marché public qui procédait essentiellement d'une volonté de soumettre aux règles de publicité et de mise en concurrence ces contrats qui ne pouvaient par ailleurs, faute de porter sur un service public, être soumis aux règles applicables aux délégations de service public.

L'analyse de votre décision du 5 février 2018, Ville de Paris et Sté des mobiliers urbains pour la publicité et l'information (SOMUPI), n° 416579, aux T) affirme ainsi qu' « un contrat relatif à l'exploitation sur le domaine public d'une commune de mobiliers urbains d'information à caractère général ou local supportant de la publicité est une concession de services au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. » L'affirmation est probablement un peu péremptoire et il faut, comme nous le disions, comprendre qu'elle ne vaut que pour les contrats présentant l'équilibre économique que nous avons décrit et qui caractérise la plupart des contrats de mobiliers urbains. C'était le cas de celui passé en urgence par la ville de Paris dans cette décision comme de celui que la commune de Saint-Thibaud-des-Vignes entendait conclure. Son pouvoir vous permettra de le confirmer de manière plus explicite.

La commune requérante nous semble tout d'abord avoir raison de souligner qu'elle n'entendait conférer à la société attributaire aucun « monopole sur l'exploitation à des fins publicitaires du mobilier urbain installé par ses soins ». Cette formulation du juge du référé est au mieux impropre, au pire juridiquement erronée puisque le contrat litigieux n'a pas et ne pourrait d'ailleurs pas avoir pour effet de créer un service unique de l'annonce publicitaire. Il y a seulement l'attribution au titulaire du droit d'exploiter un certain nombre d'installations qui procurent aux usagers des services, attribution qui constitue l'objet même de la concession. Que ce droit soit exclusif sur tout le territoire municipal est la conséquence du choix de la collectivité d'attribuer l'ensemble de la prestation à un seul titulaire, choix

qu'elle effectue librement puisque, comme vous le savez, les concessions de service ne sont pas soumises au principe de l'allotissement qui s'applique aux marchés publics et que la collectivité publique détermine librement le périmètre de la concession, sous réserve de ne pas lui donner un périmètre manifestement excessif ou de réunir au sein de la même convention des services qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux (21 septembre 2016, Cté urbaine du Grand Dijon et société Kéolis, n° 399656, aux T).

Si l'on peut faire crédit à l'auteur de l'ordonnance attaquée d'avoir employé le terme monopole pour désigner le droit exclusif effectivement conféré, il sera ensuite beaucoup plus difficile de passer sur l'erreur de droit consistant à déduire de l'attribution de ce droit exclusif l'absence de risque réel d'exploitation. Ce n'est pas parce qu'un seul opérateur exerce une activité économique sur un territoire que tout l'aléa inhérent à cette activité est éliminé. Particulièrement en ce qui concerne un contrat tel que l'exploitation de mobiliers urbains, l'exclusivité ne fait qu'étendre le périmètre du contrat, augmentant les sources de recettes mais aussi les charges. Une répartition des installations entre plusieurs opérateurs aurait pu conduire à des contrats dont les équilibres économiques auraient été différents selon l'attractivité commerciale des mobiliers attribués et peut être les risques plus grands pour ceux exploitant les biens les moins productifs. Mais il ne fait aucun doute que même lorsque l'opérateur est, comme en l'espèce, le seul exploitant, il supporte un risque lié à l'offre, tenant au coût que représente l'installation et l'entretien du matériel pendant une durée relativement longue et un risque lié à la demande, puisque ses recettes dépendront de ce que les annonceurs seront prêts à payer pour la location des supports publicitaires dont la valeur dépend de nombreux facteurs extérieurs aux parties au contrat, liés au volume et à la nature de la fréquentation des différents lieux où ils sont implantés. Et surtout ces deux risques ne sont pas corrélés, de sorte que toute baisse de la recette publicitaire demeure sans incidence sur le service que le titulaire doit continuer d'assurer pendant toute la durée du contrat. Il n'existe aucun mécanisme contractuel de compensation par la personne publique de l'essentiel des charges, qui aboutirait à rendre tout à fait marginal le risque d'exploitation que supporterait le titulaire et qui vous a conduit à qualifier de marchés publics certains contrats de restauration scolaire (5 juin 2009, sté Avenance Enseignement et Santé, n° 298641, aux T sur ce point et, plus récemment, 24 mai 2017, sté Régal des Iles, n° 407213, aux T sur ce point).

Par conséquent, le contrat que la commune requérante entendait conclure était une concession de service et le juge du référé l'a également inexactement qualifié de marché public.

Cette erreur de qualification l'a conduit à faire application à la procédure litigieuse d'une disposition du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics qui ne lui était pas applicable.

La circonstance que la commune ait elle-même commis cette erreur en indiquant dans l'avis d'appel à la concurrence qu'il avait pour objet la conclusion d'un marché est sans incidence sur l'inapplicabilité de cette disposition. Il ne s'agit pas d'une règle de procédure particulière à laquelle la commune se serait volontairement soumise et qu'elle serait tenue de respecter après avoir indiqué aux candidats qu'elle leur était applicable. L'obligation de faire figurer le prix parmi les critères de sélection des offres des marchés publics est une règle de fond que la commune n'a pas entendu s'imposer – auquel cas elle aurait simplement prévu un tel critère. Il appartient par ailleurs au juge de déterminer les règles applicables à la procédure dont il est saisi. Il n'est jamais lié en ce sens par les qualifications erronées de la collectivité adjudicatrice. Votre jurisprudence comporte de

nombreux exemples de requalifications auxquelles vous avez procédé avant d'appliquer à la procédure en cause les règles qui lui sont légalement applicables.

Si vous nous suivez, vous annulerez l'ordonnance attaquée. Vous n'aurez besoin ni d'examiner les autres moyens du pourvoi de la commune ni de statuer sur celui de la société Philippe Védiaud Publicité, que l'annulation de l'ordonnance qu'il attaquait également rend sans objet.

Réglant l'affaire au titre de la demande de référé précontractuel, vous écarterez, outre le moyen retenu à tort par l'auteur de l'ordonnance, le moyen tiré de ce que la commune aurait méconnu les dispositions du II de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 relatives aux informations que l'acheteur doit notifier aux candidats dont les offres ont été rejetées, puisqu'elles sont inapplicables à la procédure litigieuse, pour les raisons que nous venons de dire.

Le moyen tiré de ce que le conseil municipal se serait prononcé sur le principe de la concession en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1411-4 du CGCT est doublement inopérant. D'une part, parce que ces dispositions instituent une délibération du conseil municipal sur le principe de toute délégation de service public et que l'objet du présent contrat n'est pas, comme nous l'avons dit, de déléguer un service public mais seulement de concéder un service (Ass, 4 novembre 2005, Sté Jean-Claude Decaux ; 5 février 2018, ville de Paris et SOMUPI, précitées). D'autre part parce que la méconnaissance de ces dispositions, seraient-elles applicables, ne constitue pas une méconnaissance des règles de transparence et de mise en concurrence qui peuvent seules être utilement invoquées devant le juge du référé précontractuel.

La société évincée fait en dernier lieu valoir que la durée prévue par le contrat, de 10 ans, serait trop longue au regard des dispositions du II de l'article 6 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concessions qui prévoit que « Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat. » La question de la durée d'un contrat peut être soumise au juge du référé précontractuel si elle est de nature à restreindre l'accès à la commande publique. Mais en l'espèce la société évincée se borne sur ce point à rappeler la durée du contrat sans établir qu'elle excéderait le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements, s'en prévalant plutôt au soutien de son argumentation de l'absence de risque d'exploitation. Si, dans un mémoire en réplique présenté devant vous, elle ajoute que le caractère excessif de cette durée résulterait de ce que le contrat prévoit un remplacement des mobiliers urbains électroniques au bout de 5 ans qui seraient donc nécessairement amortis à cette échéance, ce nouvel argument n'est pas plus convainquant : non seulement l'obligation de remplacer des ouvrages n'implique pas qu'ils seront amortis, mais surtout elle ne concerne qu'une partie des installations objet du contrat.

EPCMNC :

- Annulation de l'ordonnance attaquée ;
- Rejet de la demande présentée par la sté Girod Médias au juge des référés du TA de Melun ainsi qu'au rejet de ses conclusions au titre des frais exposés devant vous, puisqu'elle est partie perdante ; Vous pourrez en revanche mettre à sa charge le versement à la commune de Saint-Thibault-des-Vignes d'une

somme de 4 500 euros au titre des frais qu'elle a exposés devant vous et devant le JRTA.

- A ce que vous prononciez un non lieu à statuer sur le pourvoi de la sté Philippe Védiaud publicité et au rejet de ses conclusions au titre des frais de l'instance puisque n'ayant pas soulevé le moyen retenu pour annuler l'ordonnance, il n'a en rien contribué à obtenir ce qu'il demandait.

Référence 2 : CE, 25 mai 2018, Commune de Saint-Thibault-Des-Vignes, n° 416825

Vu les procédures suivantes :

La société Girod Médias a saisi, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, le juge des référés du tribunal administratif de Melun d'une demande tendant, en premier lieu, à enjoindre à la commune de Saint-Thibault-des-Vignes de lui communiquer les informations détaillées sollicitées sur le fondement du II de l'article 99 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 et, en second lieu, à annuler la décision de rejet de sa candidature prise par cette commune le 24 octobre 2017 et la décision d'attribution du marché, ensemble la procédure ayant conduit à l'attribution d'un contrat de mobiliers urbains destinés à l'information municipale et à la publicité, compte tenu notamment de l'absence de critère du prix ou du coût pour l'évaluation des offres. Par une ordonnance n° 1708635 du 11 décembre 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Melun a annulé la procédure de passation litigieuse.

Sous le n° 416825, par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 26 décembre 2017 et 11 janvier 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Philippe Védiaud Publicité demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;
2°) de mettre à la charge de la société Girod Médias la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Sous le n° 416947, par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un nouveau mémoire, enregistrés les 29 décembre 2017, 15 janvier et 20 février 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la commune de Saint-Thibault-des-Vignes demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;
2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Girod Médias ;
3°) de mettre à la charge de la société Girod Médias la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;
- le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces des dossiers soumis au juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Melun que la commune de Saint-Thibault-des-Vignes a lancé une procédure de passation d'un contrat de mobilier urbain, à l'issue de laquelle le contrat a été attribué à la société Philippe Védiaud Publicité ; qu'à la suite du rejet de son offre, la société Girod Médias a saisi le juge du référé précontractuel d'une demande tendant à l'annulation de cette procédure ; que, par une ordonnance du 11 décembre 2017, contre laquelle la société Philippe Védiaud Publicité et la commune de Saint-Thibault-des-Vignes se pourvoient en cassation, le juge des référés a annulé la procédure ;

qu'il y a lieu de joindre les deux pourvois pour statuer par une seule décision ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « *Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. / La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service* » ;

3. Considérant que le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Melun a relevé, d'une part, que le contrat litigieux avait pour objet l'installation, l'exploitation, la maintenance et l'entretien de mobiliers urbains destinés notamment à l'information municipale, d'autre part, que le titulaire du contrat devait assurer ces prestations à titre gratuit et était rémunéré par les recettes tirées de la vente d'espaces à des annonceurs publicitaires ; que, pour juger que ce contrat était un marché public et non une concession de service, il s'est borné à constater qu'il confiait à titre exclusif l'exploitation des mobiliers à des fins publicitaires à son attributaire, pour en déduire qu'aucun risque n'était transféré à ce dernier ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la société attributaire du contrat assumait un risque réel d'exploitation, il a commis une erreur de droit ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, la commune de Saint-Thibault-des-Vignes est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ; qu'il n'y a par suite plus lieu de statuer sur le pourvoi de la société Philippe Védiaud Publicité ;

4. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société Girod Médias ;

5. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le contrat litigieux, dont l'objet et l'équilibre économique ont été rappelés au point 3 ci-dessus, ne comporte aucune stipulation prévoyant le versement d'un prix à son titulaire ; que celui-ci est exposé aux aléas de toute nature qui peuvent affecter le volume et la valeur de la demande d'espaces de mobilier urbain par les annonceurs publicitaires sur le territoire de la commune, sans qu'aucune stipulation du contrat ne prévoie la prise en charge, totale ou partielle, par la commune des pertes qui pourraient en résulter ; qu'il suit de là que ce contrat, dont l'attributaire se voit transférer un risque lié à l'exploitation des ouvrages à installer, constitue un contrat de concession et non un marché public ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui vient d'être dit que les moyens tirés de ce que la commune de Saint-Thibault-des-Vignes aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en méconnaissant les dispositions du II de l'article 99 et du II de l'article 62 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, ne peuvent être utilement soulevés par la société Girod Médias ;

7. Considérant, par ailleurs, que les moyens tirés de la méconnaissance des dispositions du code général des collectivités territoriales relatives à la passation des délégations de service public ne peuvent qu'être écartés, dès lors que le contrat en cause ne confie à son attributaire la gestion d'aucun service public ;

8. Considérant, enfin, que le moyen tiré de ce que le contrat litigieux, dont la durée est de dix ans, aurait été passé en méconnaissance des dispositions de l'article 6 du décret du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession, n'est pas assorti des précisions permettant d'apprécier l'incidence qu'une telle durée était le cas échéant susceptible d'avoir sur la possibilité, pour la société Girod Médias, de présenter utilement son offre ;

9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Girod Médias n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du contrat litigieux

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE (7/2) 3 mai 2022, Commune de Saint-Cyr-sur-Mer, nos 459678, 460089, 460090, 460154, 460155

« De nombreuses recherches suggèrent que le système d'évaluation par notation est loin d'être fiable et objectif. Jean-Jacques Bonniol, professeur des universités en sciences de l'éducation, a par exemple calculé qu'il faudrait 78 correcteurs en mathématiques et 762 en philosophie pour neutraliser les erreurs de calcul et améliorer l'objectivité de la notation »
Évaluer sans noter est ainsi un débat qui traverse le monde de l'éducation, mais c'est – plus modestement – dans le cadre de la commande publique, et particulièrement des concessions, que nous vous proposerons de le trancher aujourd'hui.

UNE PROCÉDURE D'ATTRIBUTION DE SOUS-CONCESSIONS DE PLAGES

1. Les faits vous conduisent une nouvelle fois à la plage, celle des Lecques cette fois. La commune de Saint-Cyr-sur-Mer a lancé une procédure de délégation de service public pour l'attribution des 8 sous-traités d'exploitation de cette plage artificielle. L'attribution des lots nos 2,3 et 5 a conduit les concurrents évincés à saisir le juge des référés pré-contractuels du tribunal administratif de Toulon, qui a suspendu l'attribution de ces lots. Sous les trois premiers numéros appelés, la commune se pourvoit en cassation contre les trois ordonnances. Les sociétés évincées (Sporting Plage et Le 10 Plage) vous saisissent également s'agissant des lots nos 2 et 3. Enfin, le dernier numéro appelé correspond au pourvoi de la commune contre la seconde ordonnance du juge des référés rendue à propos du lot n° 5 à la suite d'une tierce opposition de la société attributaire de ce lot, la société La Siesta, qui a conduit à ce que le champ de l'annulation de la procédure soit réduit.

2. Deux précisions préalables s'imposent s'agissant des pourvois concernant le lot n° 5. S'agissant de l'exception de non-lieu soulevée en défense sur le pourvoi n° 459678, vous pourrez retenir un non-lieu partiel s'agissant des éléments du dispositif initial, qui ont été déclarés nuls et nonavenus par la seconde ordonnance, rendue à la suite de la tierce opposition. Et s'agissant du pourvoi n° 460724, la commune n'a pas intérêt à agir contre les articles 2 (rejet partiel de la tierce opposition) et 4 (réduction du champ de l'annulation initialement prononcée) de la seconde ordonnance.

LA MÉTHODE D'ÉVALUATION DES OFFRES

3. Nous pouvons en venir à la question principale, relative à la méthode d'évaluation des offres. La commune a évalué les offres

en leur attribuant, en complément d'une appréciation littérale, des flèches de quatre types, aux couleurs et aux orientations différentes, la flèche verte pointée vers le haut correspondant à la meilleure note, la flèche rouge pointée vers le bas correspondant à la moins bonne, avec deux flèches intermédiaires. Le juge des référés a estimé qu'« une telle méthode, qui limite la valorisation des offres à cette utilisation de signes sans autre affinement ou conversion en une note chiffrée laisse une trop grande part à l'arbitraire et ne permet pas d'assurer l'égalité de traitement entre les candidats ». Cette méthode d'évaluation pouvait-elle être retenue et le juge des référés a-t-il usé des critères pertinents pour se déterminer comme il l'a fait ?

4. Comme vous le savez, la personne publique dispose d'une triple liberté pour définir les critères d'appréciation des offres, la méthode de notation de ces critères et leur pondération. S'agissant précisément de la méthode de notation des offres, les seules limites posées à cette liberté sont liées, d'une part, au respect des principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures, d'autre part, à la nécessité que la méthode ne soit pas, par elle-même, de nature à priver de portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération, en conduisant alors à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre pour un critère donné ou, à ce que, pour l'ensemble des critères, l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas retenue. Cette décision de référence s'inscrivait dans le cadre déjà défini par la Cour de justice de l'Union européenne.

Dans son arrêt EVN AG du 4 décembre 2003, elle a admis le principe d'une « évaluation synthétique des critères retenus », puis précisé, dans deux affaires jugées ultérieurement, que la méthode retenue ne devait pas modifier les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges, altérer les critères d'attribution et leur pondération relative, ou induire un effet discriminatoire à l'égard de l'une des offres. Vous avez ainsi censuré diverses méthodes de notation des prix qui engendraient de tels effets, par exemple une méthode conduisant à ne pas attribuer la meilleure note, sur le critère prix, à l'offre la moins chère, ou encore attribuant la note de 20/20 à l'offre la moins chère et de 0/20 à l'offre la plus chère quel que soit l'écart de prix entre les deux.

En revanche, vous avez déjà admis que l'acheteur public puisse prévoir une méthode de notation des prix non strictement proportionnelle aux écarts de prix, consistant par exemple à attribuer automatiquement une note maximale au candidat ayant présenté la meilleure offre. Ces jurisprudences appellent deux commentaires : d'une part, elles portent sur la méthode de notation des offres, logiquement conçue comme renvoyant au mode de calcul permettant de transformer une appréciation qualitative en note chiffrée, d'autre part et c'est pour partie lié, ces précédents ne concernent que des marchés publics.

5. Deux questions nous semblent donc devoir être traitées successivement :

— en matière de concession, faut-il faire application de votre jurisprudence Commune de Belleville, rendue en matière de marchés publics ?

— ce que vous retiendrez ici en ce qui concerne une évaluation non chiffrée dans le cas des concessions vaut-il également pour les marchés publics ?

LA TRANSCRIPTION DE LA JURISPRUDENCE COMMUNE DE BELLEVILLE AUX CONCESSIONS

S'agissant, en premier lieu, des concessions, conformément à l'article L. 3121-1 du code de la commande publique, l'autorité concédante organise librement une procédure de publicité et de

mise en concurrence qui conduit au choix du concessionnaire, dans le respect des règles de procédure spécifiques aux concessions – et bien sûr, des principes fondamentaux de la commande publique – et elle peut recourir à la négociation. Ces règles sont définies à l'article L. 3124-5, puis aux articles R. 3124-4 à R. 3124-6 de ce code.

L'article L. 3124-5 pose le principe du choix de l'offre présentant le meilleur avantage économique global : « Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. [...] » Il précise ensuite que ces critères d'attribution « n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective » et ils doivent être rendus publics. Plus précisément, ainsi que l'exige l'article R. 3124-5, « L'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance. Leur hiérarchisation est indiquée dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation. » Elle « peut modifier, à titre exceptionnel, l'ordre des critères pour tenir compte du caractère innovant d'une solution présentée dans une offre », mais cette modification ne doit pas être discriminatoire et un nouvel avis doit alors être publié.

Enfin, le code prévoit que les offres qui n'ont pas été éliminées sont classées par ordre décroissant sur la base des critères, et que l'offre la mieux classée est retenue. Ainsi que le souligne le commentaire au code Dalloz, la procédure « s'inspire de ce qui existe pour les marchés publics, avec plus de souplesse ».

Votre jurisprudence a précisé la portée de ces dispositions (de leurs ancêtres plus exactement), en matière de délégation de service public essentiellement, mais elle ne s'est pas directement prononcée sur les modalités d'évaluation et de hiérarchisation des offres. Toutefois, les principes émis par votre décision Commune de Belleville nous semblent – sous quelques réserves – tout à fait transposables dans leur esprit.

Vous pourrez ainsi les reprendre en jugeant que l'autorité concédante définit librement la méthode d'évaluation des offres au regard de chacun des critères d'attribution qu'elle a définis, par ordre décroissant d'importance, et qui sont rendus publics, accompagnés de leur hiérarchisation.

Elle peut ainsi déterminer tant les éléments d'appréciation pris en compte pour son évaluation des offres que les modalités de leur combinaison. Vous pourrez aussi reprendre le point selon lequel une méthode d'évaluation est toutefois entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, les éléments d'appréciation pris en compte pour évaluer les offres au titre de chaque critère de sélection sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou si les modalités d'évaluation des critères de sélection par combinaison de ces éléments sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation ou leur pondération le cas échéant, et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure offre ne soit pas la mieux classée, ou, au regard de l'ensemble des critères, à ce que l'offre présentant le meilleur avantage économique global (critère applicable aux concessions) ne soit pas choisie.

Vous pourrez aussi préciser qu'il en va ainsi alors même que l'autorité concédante, qui n'y est pas tenue, aurait rendu publique,

dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, une telle méthode d'évaluation. Sous ces réserves ainsi reprises et adaptées, la souplesse plus grande laissée à l'autorité concédante par rapport à l'acheteur public nous conduit à penser qu'au moins en ce qui concerne les concessions, cette évaluation ne revêt pas nécessairement l'habit d'un chiffrage.

UNE NOTATION NON CHIFFRÉE EST-ELLE RÉGULIÈRE ?

S'agissant, en second lieu, des marchés publics, pourriez-vous aussi autoriser une notation non chiffrée ? La seule formulation de la question montre que la réponse est un peu moins évidente, car le terme même de note renvoie, dans l'acception courante, à un chiffre, lequel est rendu nécessaire par le recours à la pondération.

Mais si l'on se détermine, comme il se doit, en fonction des seules limites posées à la liberté du pouvoir adjudicateur par les textes et votre jurisprudence précitée, il ne nous semble pas que, par elle-même, une appréciation non chiffrée enfreindrait nécessairement ces limites. Une méthode de comparaison des offres reposant sur des critères qualitatifs ne porte pas en elle-même atteinte à l'égalité de traitement et à la transparence des procédures, dès lors que la même méthode est retenue pour toutes les offres. Plus délicate est l'éventuelle privation de portée des critères de sélection ou la neutralisation de leur pondération, susceptible de conduire à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre pour un critère donné ou, à ce que, pour l'ensemble des critères, l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas retenue.

Mais là aussi, nous ne pensons pas être face à une impossibilité absolue. On peut imaginer un critère affecté d'un coefficient trois et un autre d'un coefficient 1 : si le premier est évalué avec une flèche verte, il conviendrait de lui affecter trois flèches vertes du fait de l'application du coefficient par exemple. Cet exercice est évidemment plus délicat et, à vrai dire, si le pouvoir adjudicateur veut « faire simple », il convertira probablement de lui-même des appréciations qualitatives en notes chiffrées. C'est d'ailleurs ce à quoi il a procédé dans l'affaire Société Veolia Eau. Bien que moins évidente en matière de marchés publics, cette possibilité ne nous paraît donc pas devoir être, par principe, interdite.

Et ce d'autant moins que dans certains cas, la pondération soit n'a pas lieu d'être, soit n'est pas requise. Ainsi, elle n'a pas lieu d'être lorsqu'un critère unique – qui est alors nécessairement le prix – est défini. Et le code reconnaît, par ailleurs, que lorsque la pondération « n'est pas possible pour des raisons objectives », les critères d'attribution sont alors « indiqués par ordre décroissant d'importance ». Une procédure de marché reposant sur une hiérarchisation sans pondération pourrait ainsi tout à fait relever de la même approche que celle que nous vous proposons de retenir pour les concessions.

6. En l'espèce, le juge des référés a écarté cette possibilité, dans le cadre d'une concession, non pas en se fondant sur les limites posées par votre jurisprudence Commune de Belleville, mais en critiquant la « trop grande part d'arbitraire » induite. Or, non seulement on ne voit pas bien ce que la notion d'arbitraire apporte ici par rapport aux autres exigences déjà posées, et si elle concerne en réalité la marge d'appréciation de l'autorité concédante, elle n'a précisément pas à être bornée dès lors qu'il n'est pas établi que la méthode emporterait l'une des conséquences prohibées par votre jurisprudence. Il a ainsi commis une erreur de droit.

LA PRISE EN COMPTE DES PRÉVISIONS DE CHIFFRE D'AFFAIRES POUR APPRÉCIER LA QUALITÉ DE L'OFFRE SUR LE PLAN FINANCIER

Par ailleurs, le second motif qu'il a retenu pour annuler la procédure – dans certaines des ordonnances attaquées – est tiré de ce que la commune aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en tenant compte des prévisions de chiffre d'affaires des soumissionnaires dans son appréciation des offres sur le critère intitulé « Qualité et cohérence de l'offre sur le plan financier ». Le juge des référés a estimé qu'un tel élément d'appréciation n'était pas de nature à permettre la sélection de la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante. Mais il devait seulement rechercher si cet élément d'appréciation – car tel était bien le cas – était dépourvu de tout lien avec les critères dont il permet l'évaluation. Et, à l'évidence, en l'espèce, cet élément n'était pas dépourvu de tout lien avec le critère évalué. Il a donc commis une erreur de droit sur ce second motif.

Les ordonnances attaquées doivent donc être annulées, sous réserve, sur le champ de l'annulation, de la particularité mentionnée en préalable s'agissant de deux pourvois.

7. Le règlement des affaires en référé n'appelle que quelques brefs commentaires. S'agissant des critères et des modalités d'appréciation des offres, outre ce que nous avons déjà indiqué au stade de la cassation, précisons maintenant que ces quatre critères étaient les suivants :

- le projet d'établissement ;
- la qualité et cohérence de l'offre au plan technique : moyens humains et matériels affectés à l'exécution de la délégation
- les propositions du candidat en rapport avec les attentes d'excellence de la commune : démarche de responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise — la qualité et cohérence de l'offre au plan financier.

L'évaluation par les flèches était précédée d'une appréciation littérale, qu'elle ne faisait que synthétiser de façon visuelle. Et, même si nous pensons que dans le cadre d'une concession, avec hiérarchisation et sans pondération, une note n'était pas nécessaire, ni même un équivalent visuel sous forme de flèches convertissables en notes, on pourrait, en tout état de cause, sans difficulté estimer que ces quatre types de flèches pouvaient être converties en quatre notes de 1 à 4 sur 4. La méthode n'a pas porté atteinte à l'égalité de traitement, elle était transparente, et aucun élément n'établit qu'elle aurait conduit à ne pas attribuer le contrat à l'offre présentant le meilleur avantage économique global.

S'agissant de la prise en compte du montant prévisionnel des redevances évalué pour partie en fonction du chiffre d'affaires prévisionnel, comme nous l'avons déjà indiqué au stade de la cassation, il n'était qu'un élément d'appréciation, non dépourvu de tout lien avec le critère de la qualité et de la cohérence des offres sur le plan financier, et il contribuait à apprécier la cohérence et la crédibilité de l'offre.

Le montant des pénalités que les sociétés étaient prêtes à accepter était aussi un élément d'appréciation, non dépourvu de tout lien avec le critère financier. S'agissant des autres moyens, aucun ne vous retiendra, sur aucun des trois lots :

— la société Les Copines a été informée des éléments relatifs aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue, via les courriers qui lui ont été communiqués et les écritures produites devant le juge des référés du tribunal administratif, dans un délai utile ;

— plusieurs éléments sont pointés comme constituant des sous-critères qui n'auraient pas été portés à la connaissance des candidats (caractère innovant des offres, engagements des candidats en matière de moyens matériels, période d'ouverture du

service, partenariats locaux et offre familiale) mais il ne s'agit à chaque fois que d'éléments d'appréciation ;

— dans le cadre du contrôle qui est celui du juge du référé pré-contractuel, qui ne se prononce pas sur l'appréciation portée sur les offres mais vérifie seulement l'absence de dénaturation du contenu d'une offre, d'une part, le moyen relatif à l'appréciation portée sur la valeur financière de l'offre de la société Le 10 Plage est inopérant, d'autre part, aucune dénaturation n'est à relever s'agissant de l'offre de la société Café Compagnie S ;

— est également inopérant le moyen tiré de ce qu'une offre non retenue aurait été irrégulière ;

— s'agissant enfin des moyens soulevés quant aux évolutions des offres sur certains points (couleurs de la façade et des housses des transats), elles étaient possibles dans le cadre de la négociation.

Par ces motifs, nous concluons :

Sur les pourvois concernant le lot n° 2 (nos 460090 et 460514) :

— à l'annulation de l'ordonnance du 18 décembre 2021 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon ;

— au rejet de la demande présentée par la société Café Compagnie S devant le juge des référés du tribunal administratif de Toulon ;

— à ce que la société Café Compagnie S verse la somme de 4 500 €, d'une part, à la commune de Saint-Cyr-sur-Mer et, d'autre part, à la société Le Sporting Plage, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées par la société Café Compagnie S au même titre.

Sur les pourvois concernant le lot n° 3 (nos 460089, 460155) :

— à l'annulation de l'ordonnance du 18 décembre 2021 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon

— au rejet de la demande présentée par la société Macloca devant le juge des référés du tribunal administratif de Toulon

— à ce que la société Macloca versera la somme de 4 500 €, d'une part, à la commune de Saint-Cyr-sur-Mer et, d'autre part, à la société Le 10 Plage, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées par la société Macloca au même titre Sur les pourvois concernant le lot n° 5 (nos 459678, 460724) :

— à ce qu'il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions du pourvoi n° 459678, en tant qu'elles sont dirigées contre l'ordonnance n° 2103063 du 6 décembre 2021 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon en tant qu'elle a été déclarée nulle et non avenue par son ordonnance n° 2103377 du 7 janvier 2022 ;

— à l'annulation de l'ordonnance n° 2103063 du 6 décembre 2021 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon en tant qu'elle n'a pas été déclarée nulle et non avenue par son ordonnance n° 2103377 du 7 janvier 2022 ;

— à l'annulation de l'article 3 de l'ordonnance n° 2103377 du 7 janvier 2022 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon, ainsi que son article 5 en tant qu'il rejette les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative par la commune de Saint-Cyr-sur-Mer ;

— au rejet de la demande présentée par la société Les Copines devant le juge des référés du tribunal administratif de Toulon ;

— à ce que la société Les Copines verse la somme de 4 500 € à la commune de Saint-Cyr-sur-Mer au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées par la société Les Copines au même titre.

Référence 4 : CE (7/2) 3 mai 2022, Commune de Saint-Cyr-sur-Mer, nos 459678, 460089, 460090, 460154, 460155 et 460726.

Vu les procédures suivantes :

Procédures contentieuses antérieures

La société Les Copines a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Toulon, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de mise en concurrence de la sous-concession de la plage des Lecques (lot n° 5) de Saint-Cyr-sur-Mer.

Par une ordonnance n° 2103063 du 6 décembre 2021, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a annulé cette procédure de mise en concurrence.

Par une ordonnance n° 2103377 du 7 janvier 2022, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon, saisi par la société La Siesta d'une demande tendant à ce qu'il déclare nulle et non avenue cette ordonnance sur le fondement de l'article R. 832-1 du code de justice administrative, a déclaré nulle et non avenue cette ordonnance en tant seulement qu'elle a annulé l'intégralité de la procédure de mise en concurrence pour l'attribution de la sous-concession de la plage des Lecques (lot n° 5) de Saint-Cyr-sur-Mer, annulé cette procédure au stade de l'examen des offres et rejeté le surplus des demandes de la société La Siesta.

Procédures devant le Conseil d'État

Sous le n° 459678, par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés le 21 décembre 2021 et le 4 janvier 2022 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la commune de Saint-Cyr-sur-Mer demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 2103063 du 6 décembre 2021 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Les Copines ;

3°) de mettre à la charge de la société Les Copines la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Sous le n° 460724, par un pourvoi, enregistré le 24 janvier 2022 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la commune de Saint-Cyr-sur-Mer demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 2103377 du 7 janvier 2022 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon en tant qu'elle lui fait grief ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Les Copines ;

3°) de mettre à la charge de la société Les Copines la somme de 3000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

2. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Toulon que, par un avis de concession

publié le 28 mars 2021, la commune de Saint-Cyr-sur-Mer a engagé une procédure de mise en concurrence en vue de l'attribution de sous-concessions de la plage artificielle des Lecques. Par un courrier du 18 novembre 2021, la société Les Copines, candidate à l'attribution du lot n° 5, a été informée du rejet de son offre et de ce que la commune envisageait d'attribuer le contrat à la société La Siesta. Par la première ordonnance attaquée du 18 décembre 2021, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a annulé cette procédure de mise en concurrence à la demande de la société Les Copines. Saisi d'une tierce opposition formée par la société La Siesta, il a déclaré nulle et non avenue son ordonnance du 18 décembre 2021 en tant seulement qu'elle a annulé l'intégralité de la procédure litigieuse, annulé cette procédure au stade de l'examen des offres et rejeté le surplus des demandes de la société La Siesta par la seconde ordonnance attaquée du 7 janvier 2022. Le pourvoi formé par la commune de Saint-Cyr-sur-Mer contre cette seconde ordonnance doit être regardé, eu égard à son intérêt à agir, comme dirigé contre l'article 3 de cette ordonnance ainsi que son article 5 en tant qu'il rejette ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, qui seuls lui font grief.

Sur l'exception de non-lieu soulevée par la société Les Copines :

3. L'ordonnance du 7 janvier 2022 a déclaré nulle et non avenue l'ordonnance du 18 décembre 2022 en tant seulement qu'elle a annulé l'intégralité de la procédure litigieuse. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions du pourvoi n° 459678 tendant à l'annulation de cette première ordonnance dans cette mesure. En revanche, le pourvoi de la commune de Saint-Cyr-sur-Mer conserve son objet en tant qu'il conclut à l'annulation du surplus du dispositif de l'ordonnance attaquée.

Sur les pourvois :

4. Aux termes de l'article L. 3124-5 du code de la commande publique : " Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers. / Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective. Ils sont rendus publics dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. / Les modalités d'application du présent article sont prévues par voie réglementaire. ". Selon l'article R. 3124-5 de ce code : " L'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance. Leur hiérarchisation est indiquée dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation. (...) ". Aux termes de l'article R. 3124-6 du même code : " Les offres qui n'ont pas été éliminées en application de l'article L. 3124-2 sont classées par ordre décroissant sur la base des critères prévus aux articles R. 3124-4 et R. 3124-5. / L'offre la mieux classée est retenue. "

5. L'autorité concédante définit librement la méthode d'évaluation des offres au regard de chacun des critères d'attribution qu'elle a définis et rendus publics. Elle peut ainsi déterminer tant les éléments d'appréciation pris en compte pour son évaluation des offres que les modalités de leur combinaison. Une méthode d'évaluation est toutefois entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, les éléments d'appréciation pris en compte pour évaluer les offres au

titre de chaque critère d'attribution sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou si les modalités d'évaluation des critères d'attribution par combinaison de ces éléments sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure offre ne soit pas la mieux classée, ou, au regard de l'ensemble des critères, à ce que l'offre présentant le meilleur avantage économique global ne soit pas choisie. Il en va ainsi alors même que l'autorité concédante, qui n'y est pas tenue, aurait rendu publique, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, une telle méthode d'évaluation.

6. Le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a considéré que la méthode d'évaluation de l'offre litigieuse, dans le cadre de laquelle l'appréciation de l'autorité concédante sur les différents critères d'attribution était matérialisée par des flèches de couleur, était irrégulière faute pour ces signes d'être convertis en note chiffrée, ce qui laissait " une trop grande part à l'arbitraire ". En jugeant ainsi, alors qu'il résulte des principes énoncés au point précédent qu'il lui incombait seulement de rechercher si la méthode d'évaluation retenue n'était pas, par elle-même, de nature à priver de leur portée les critères ou à neutraliser la hiérarchisation qu'avait retenue l'autorité concédante, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a commis une erreur de droit.

7. Il résulte de ce qui précède, d'une part, que l'ordonnance du 6 décembre 2021 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon doit être annulée en tant qu'elle n'a pas été déclarée nulle et non avenue par l'article 2 de l'ordonnance du 7 janvier 2022 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon et, d'autre part, que l'article 3 de cette dernière ordonnance doit être annulé, ainsi que son article 5 en tant qu'il rejette les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative par la commune de Saint-Cyr-sur-Mer.

8. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire dans cette mesure au titre de la procédure de référé engagée, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

Sur la demande présentée par la société Les Copines devant le juge des référés du tribunal administratif de Toulon :

9. En premier lieu, aux termes de l'article R. 3125-3 du code de la commande publique : " L'autorité concédante communique aux soumissionnaires ayant présenté une offre qui n'a pas été éliminée en application de l'article L. 3124-2 les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue, dans les quinze jours de la réception d'une demande à cette fin. "

10. Il résulte de l'instruction que, par le courrier du 18 novembre 2021 informant la société Les Copines du rejet de son offre, l'autorité concédante a porté à la connaissance de cette société les informations relatives aux caractéristiques et avantages de l'offre de la société La Siesta. Par courrier du 24 novembre 2021, la société Les Copines a demandé des précisions relatives au projet architectural et aux prestations proposés par la société La Siesta, notamment en matière d'offre familiale, de partenariats locaux et d'accès au lot concerné. S'il ne résulte pas de l'instruction que la commune de Saint-Cyr-sur-Mer aurait répondu à ces demandes de précision par un courrier séparé, cette dernière doit être regardée, eu égard aux informations transmises par son courrier du 18 novembre 2021 et aux précisions apportées dans ses écritures devant le juge des référés du tribunal administratif de Toulon quant aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue, comme s'étant conformée aux obligations prévues par les dispositions de l'article R. 3125-3 du code de la commande publique dans un

délai qui était de nature à permettre à ce candidat de contester utilement son éviction.

11. En deuxième lieu, l'autorité concédante a, pour évaluer les offres qui lui étaient soumises, associé à chacun des critères hiérarchisés qu'elle avait fixés et rendus publics une appréciation qualitative des offres. Cette appréciation était composée d'une évaluation littérale décrivant les qualités des offres pour chaque critère, suivie d'une flèche qui la résumait. Dans le cadre de cette méthode, une flèche verte orientée vers le haut représentait la meilleure appréciation, une flèche rouge vers le bas la moins bonne, tandis que des flèches orange orientées en haut à droite ou en bas à droite constituaient deux évaluations intermédiaires. Elle a enfin classé les offres au regard de l'appréciation qu'elle avait portée sur chacun des critères. Il résulte des principes énoncés au point 5 que cette méthode d'évaluation des offres, qui permet de comparer et de classer tant les évaluations portées sur une même offre au titre de chaque critère que les différentes offres entre elles, n'est pas de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation et n'est, par suite, pas entachée d'irrégularité.

12. En troisième lieu, il ne résulte pas de l'instruction que la commune de Saint-Cyr-sur-Mer aurait pris en compte des sous-critères relatifs aux partenariats locaux et à l'offre familiale sans les porter préalablement à la connaissance des candidats.

13. En quatrième lieu, le montant prévisionnel des redevances proposées par les candidats, alors même qu'il serait évalué pour partie par référence au chiffre d'affaire prévisionnel s'agissant des redevances variables, n'est pas dépourvu de tout lien avec le critère de la qualité et la cohérence des offres sur le plan financier, dont il est un élément d'appréciation, et vise à apprécier non la valeur financière de l'offre mais la cohérence et la crédibilité de celle-ci au plan financier. Par suite, la société Les Copines n'est pas fondée à soutenir que cet élément d'appréciation des offres, dont il ne résulte pas de l'instruction qu'il devrait être regardé comme un sous-critère, entacherait d'irrégularité la méthode d'évaluation retenue par l'autorité concédante.

14. Il résulte de ce qui précède que la demande présentée par la société Les Copines devant le juge des référés du tribunal administratif de Toulon doit être rejetée.

Référence 5 : Conclusions du rapporteur public sur CE (7/2 CR) 16 mai 2022, Commune de Nîmes, n° 459904

C'est au milieu des plus célèbres monuments historiques nîmois que la présente affaire va vous conduire à préciser la théorie des biens de retour, en vous conduisant notamment à dire ce qui, au sein de ce régime juridique, relève de l'ordre public.

UNE DSP PORTANT SUR L'EXPLOITATION CULTURELLE DE MONUMENTS

1. Les faits sont les suivants : la société Culturespaces, titulaire depuis 2012 d'une délégation de service public portant sur l'exploitation culturelle et touristique des trois plus fameux monuments romains de la commune (les Arènes, la Maison carrée et la tour Magne), n'en a pas obtenu le renouvellement.

Un différend est alors survenu quant à la restitution d'un certain nombre de « biens » liés à cette exploitation, en particulier :

— les noms des domaines Internet et les droits d'administration des pages des réseaux sociaux portant le nom de Nîmes (pages Facebook, Instagram ou Twitter) ;

— les décors utilisés pour les spectacles dits des « Grands jeux romains » ;

— un film réalisé en 2018 sur la Maison carrée. La société Culturespaces a considéré que ces biens ne pouvaient être regardés comme des biens de retour et a en particulier indiqué que les pages des réseaux sociaux seraient supprimées le 31 octobre 2021 à minuit, ce qu'une injonction du juge judiciaire lui a interdit de faire.

La commune a alors saisi le juge des référés « mesures utiles » du tribunal administratif de Nîmes de conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la société Culturespaces de lui restituer ces biens, mais par une ordonnance du 13 décembre 2021 qui fait l'objet du présent pourvoi, cette demande a été rejetée aux deux motifs suivants.

D'une part, le JRTA a estimé « qu'il résulte à l'évidence des stipulations combinées des articles 6.2 et 18 du contrat de délégation que le film relatif à la Maison carrée réalisé par le délégataire a le caractère d'un bien de reprise de la concession ». D'autre part, il a estimé qu'« eu égard à la nature et aux conditions de création des autres biens matériels et immatériels en cause, qui doivent être envisagées compte tenu des stipulations [...] de l'article 20 de ce contrat, la question de savoir si ces biens peuvent être qualifiés, nonobstant le fait qu'ils ne sont pas mentionnés comme tels dans l'inventaire précité, de biens de retour de la concession [...] soulève une contestation qu'il n'appartient pas au juge des référés de trancher ».

LA COMPÉTENCE DU JUGE DES RÉFÉRÉS « MESURES UTILES » POUR ORDONNER LA RESTITUTION DE BIENS DE RETOUR

2. Précisons dès ici que vous avez déjà estimé que le juge des référés mesures utiles est compétent pour statuer sur la restitution de biens à la personne publique au terme d'une concession. Dans ce cadre, vous veillez, outre au respect des conditions d'urgence et d'utilité de la mesure sollicitée, à ce qu'elle ne se heurte à aucune contestation sérieuse.

Bien qu'aucune décision fichée n'en fasse état s'agissant du référé mesures utiles, il nous semble que, comme vous le faites en matière de référé-provision pour la notion d'obligation sérieusement contestable, il vous revient d'exercer un contrôle d'erreur de qualification juridique sur l'existence d'une contestation sérieuse puisqu'il s'agit à travers cette question de s'assurer que le juge n'a pas méconnu son office, ceci sans préjudice du niveau de contrôle de cassation que vous exercez par ailleurs sur chacune des questions en litige dans le contentieux.

En l'occurrence, pour ce qui est de la notion de bien de retour, vous exercez également un contrôle d'erreur de qualification juridique.

LA QUALIFICATION DE BIEN DE RETOUR NE DÉPEND PAS DES STIPULATIONS CONTRACTUELLES

3. Dans ce cadre, le premier des deux motifs est, notamment, critiqué par le biais d'un moyen d'erreur de droit tiré de ce que le juge des référés ne pouvait se fonder sur les seules stipulations du contrat pour écarter la qualification de bien de retour du film relatif à la Maison carrée.

Ce moyen nous paraît fondé au regard de la définition que votre jurisprudence a donnée des biens de retour. Vous savez en effet que, de manière générale, les « biens de retour » se définissent comme les biens nécessaires au fonctionnement du service public, qui reviennent obligatoirement (et en principe gratuitement sous réserve de l'indemnisation due lorsque les biens n'ont pu être totalement amortis) au concédant en fin de concession, celui-ci en étant regardé comme le propriétaire ab initio.

Il résulte en particulier de votre décision Commune de Douai que les parties ne peuvent soustraire à l'application du régime des biens de retour un bien nécessaire au bon fonctionnement du service public, même si elles peuvent prévoir l'octroi de droits réels sur ces biens.

Il s'en déduit que si les stipulations contractuelles peuvent être pertinentes pour l'appréciation que le juge est amené à porter sur la qualification de tel ou tel bien, elles ne sauraient être déterminantes puisque c'est le caractère nécessaire du bien pour l'exploitation du service public qui, d'abord et avant tout, caractérise son statut en tant que bien de retour. En réalité, l'interprétation du contrat ou des intentions des parties n'intervient à cet égard que pour délimiter l'étendue exacte du service concédé, dont le périmètre permettra d'apprécier si le bien est nécessaire à son exploitation.

Il est cependant une exception à ce principe mais elle découle de la conception extensive que la jurisprudence a retenue pour ce qui est de l'application du régime des biens de retour. Vous reconnaissez en effet aux parties, dans le cadre de la liberté contractuelle, la possibilité d'étendre une clause de retour à tous types de biens, y compris ceux qui ne sont pas à proprement parler « nécessaires » à l'exploitation du service. En d'autres termes, des biens non indispensables au service public peuvent être contractuellement traités comme des biens de retour, mais cette faculté est asymétrique. Ce n'est ainsi que dans cette hypothèse particulière que des stipulations contractuelles sont, par elles-mêmes, susceptibles d'établir, ou plutôt d'attribuer, la qualité de « bien de retour » à un bien donné.

Or, telle n'est clairement pas l'hypothèse dans laquelle le juge des référés se plaçait en l'espèce puisqu'au contraire, il s'est fondé sur les stipulations du contrat de concession pour écarter la qualité de bien de retour. Il y a donc bien là une erreur de droit que vous pourrez censurer.

L'OFFICE DU JUGE DES RÉFÉRÉS

4. Reste le second motif de l'ordonnance qui n'était pas critiqué sur le même terrain par le pourvoi. Cela se comprend, il est vrai, car la rédaction retenue par le juge des référés s'agissant des autres biens de la concession diffère de celle qu'il a adoptée s'agissant du film. Pour ceux-ci, il s'est borné à indiquer qu'eu égard à leur nature et leur condition de création, qui doivent être envisagés compte tenu des stipulations du contrat relatives à l'usage des marques et supports de communication, la question de savoir s'ils peuvent être qualifiés de biens de retour soulève une contestation sérieuse.

Nous ne serions dès lors pas enclin à retenir le triple moyen d'erreur de droit, d'inexacte qualification des faits et de dénaturation des pièces du dossier à avoir estimé que la qualification des biens en cause soulevait une contestation qu'il n'appartenait pas au juge des référés de trancher. En effet, sous ces différents angles, il vous faut seulement vous demander si, compte tenu de l'interprétation souverainement donnée par le JRTA des stipulations du contrat, il pouvait en déduire que la

qualification de biens de retour se heurtait à une difficulté sérieuse.

Or, l'article 20 du contrat, qui mentionne les « supports de communication », n'est pas d'une clarté telle que vous puissiez estimer qu'en jugeant qu'il s'appliquait aux contenus et pages des réseaux sociaux, le JRTA en aurait dénaturé les termes. Dans cette logique, le JRTA n'a alors pas commis d'erreur de qualification juridique en estimant que l'invocation de cette clause, qui s'oppose à toute appropriation des biens qu'elle vise, était de nature à représenter une contestation sérieuse de la qualification de biens de retour. Le même mode de raisonnement vaut mutatis mutandis pour ce qui concerne les décors des « Grands jeux romains », appellation qui constitue une marque déposée au titre de laquelle les stipulations du contrat peuvent aisément être lues comme faisant obstacle à un retour dans le giron de la collectivité publique.

Comme nos explications vous le laissent pressentir, il reste que cette situation est insatisfaisante et révèle même une contradiction logique : en effet, dans l'analyse à laquelle nous venons de nous livrer, nous partons toujours des stipulations du contrat, fût-ce en l'occurrence sous l'angle de la dénaturation, pour estimer in fine qu'il n'y a pas eu d'erreur quant à l'existence d'une contestation sérieuse s'agissant de la qualification d'un bien de retour.

Or, comme nous vous l'avons rappelé, cette qualification ne peut normalement pas dépendre des stipulations du contrat établi entre le concédant et son cocontractant... En d'autres termes, cela revient à faire application de règles de droit qui ne sont pas applicables au litige et donc à méconnaître le champ d'application de cette règle ! Or, la méconnaissance du champ d'application de la loi (au sens large de ce terme puisqu'il peut s'agir du champ d'application d'un principe jurisprudentiel) constitue, vous le savez, un moyen d'ordre public qu'il vous appartient de relever d'office, y compris en cassation, faute de quoi vous appliqueriez vous-mêmes une norme inapplicable.

C'est la raison pour laquelle il nous semble que votre 7^e chambre a eu raison de soulever un tel moyen, qu'elle a communiqué aux parties.

LE CARACTÈRE D'ORDRE PUBLIC DU RÉGIME DES BIENS DE RETOUR

Il est vrai que vous n'avez jusqu'à présent jamais consacré expressément le caractère d'ordre public du régime des biens de retour, même si, dans ses conclusions sous votre décision de Section du 29 juin 2018, Ministre de l'Intérieur c/ Communauté de communes de la vallée de l'Ubaye, vous y invitait en estimant que : « Le retour des biens nécessaires au fonctionnement du service public à l'issue du contrat constitue l'un des éléments du régime d'ordre public consacré par votre décision Commune de Douai. Les parties, à supposer qu'elles souhaitent stipuler sur ce point, ne pourraient donc déroger à la règle, quelle que soit la date d'acquisition des biens. »

Si vous nous suivez, la présente affaire sera l'occasion de donner une traduction contentieuse concrète à cette idée, dont les soubassements théoriques nous paraissent solides puisqu'elle se rattache autant à la préservation de la continuité du service public qu'à la protection des deniers publics, notamment à la prohibition de toute libéralité de la part de la personne publique – principe qui est expressément rappelé dans votre décision Communauté de communes de la vallée de l'Ubaye.

Pour ce faire, la principale difficulté réside dans la portée exacte qu'il convient de donner au moyen d'ordre public, car la

qualification de bien de retour implique toujours également une appréciation factuelle qui s'accommode mal d'un cadre trop rigide. À cet égard, il nous semble que l'erreur fondamentale commise par le juge ne serait pas tant de s'appuyer sur des stipulations contractuelles pour écarter la qualification de bien de retour que de ne pas rechercher si le bien en cause présente un caractère nécessaire à l'exploitation du service public.

C'est cette erreur de droit que le moyen d'ordre public doit chercher à prévenir et nous vous invitons par conséquent à accueillir un tel moyen pour censurer les motifs par lesquels le juge des référés a, en l'espèce, estimé qu'existait une contestation sérieuse quant à la qualification des décors des « Grands Jeux romains » et des contenus liés aux pages des réseaux sociaux, sans avoir recherché si les biens en question étaient nécessaires au fonctionnement du service public.

5. Si vous nous suivez, vous annulerez l'ordonnance attaquée et réglerez l'affaire au titre de la procédure de référé.

LA COMPÉTENCE DU JUGE ADMINISTRATIF

5.1. À ce titre, vous pourrez d'abord rejeter les deux fins de non-recevoir qui sont soulevées quant à la compétence de la juridiction administrative et à la recevabilité de la demande. La société Culturespaces estime en effet que l'article L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle, selon lequel : « Les actions civiles et les demandes relatives à la propriété littéraire et artistique, y compris lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux judiciaires, déterminés par voie réglementaire », fait obstacle à la compétence de la juridiction administrative.

Il est vrai que le tribunal des conflits juge que « la recherche de la responsabilité contractuelle des personnes morales de droit public en matière de propriété littéraire et artistique [s'agissant d'un contrat administratif] relève [...] de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ».

Toutefois, les dispositions de l'article L. 331-1 du CPI ne nous paraissent viser que les actions concernant une atteinte substantielle à un droit de propriété intellectuelle, mais non celles touchant au sort de biens qui, certes, peuvent être les supports d'œuvres ou de contenus protégés mais ne sont eux-mêmes protégés par aucun droit de propriété intellectuelle.

Or, les demandes de la commune de Nîmes ne tendent qu'à la restitution de différents supports, matériels ou non, ainsi que des droits d'administration de pages hébergées sur les réseaux sociaux, indépendamment des éventuels droits de propriété intellectuelle portant sur ces supports ou sur les contenus hébergés par ces pages. Il ne s'agit donc pas de « demandes relatives à la propriété littéraire et artistique » au sens de l'article L. 331-1 et vous pourrez de fait écarter l'exception d'incompétence soulevée sur le fondement des dispositions du code de la propriété intellectuelle.

S'agissant, ensuite, de la recevabilité de la demande de la commune de Nîmes, nous vous avons indiqué qu'en application de votre jurisprudence Sociétés Equalia et Polyxo, la restitution par le délégataire de biens de retour est au nombre des mesures utiles et urgentes qui peuvent être prises par le juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative. Vous rejetterez donc la seconde fin de non-recevoir tirée de ce que la demande de la commune de Nîmes ne relèverait pas de l'office du juge des référés « mesures utiles ».

LA QUALIFICATION DE BIENS IMMATÉRIELS OU INCORPORELS

5.2. Nous pouvons donc en venir aux différentes demandes formées par la collectivité, dont vous observerez qu'elles portent chacune sur des biens au moins partiellement immatériels ou incorporels mais cela ne pose à notre sens aucune difficulté principielle, dans la mesure où aucune règle ne fait obstacle à ce que des biens de retour revêtent une telle forme, ce que vous avez d'ailleurs déjà admis implicitement s'agissant de quotas de gaz à effet de serre.

5.2.1. S'agissant, en premier lieu, de la restitution du film relatif à la Maison carrée, nous pensons que la qualification exacte de ce bien est à vrai dire inopérante au regard de l'existence d'une obligation de restitution.

En effet, à supposer même qu'il s'agisse d'un bien de reprise, il est certain que l'article 6.2 du contrat de délégation de service public (qui est effectivement relatif aux biens de reprise) prévoit que : « [...] à la fin de la présente convention, le Délégrant aura l'usage du film visé à l'article 18 », cet article 18 faisant lui-même référence au « nouveau film de la Maison carrée ». Il résulte de ces stipulations que les parties ont de toute façon entendu prévoir que le film devait faire retour à la personne publique.

D'autre part, la commune de Nîmes soutient sans être sérieusement contredite que la restitution de ce support permettra au nouveau délégataire de préparer la prochaine réouverture au public de la Maison carrée. La mesure doit donc être regardée comme urgente et utile et vous pourriez donc enjoindre à la société Culturespaces de lui restituer le support de ce film.

5.2.2. En deuxième lieu, s'agissant des pages des réseaux sociaux relatives aux monuments, la commune demande que la société lui communique soit les identifiants d'un compte administrateur des pages, soit lui donne les droits d'administration sur ces pages.

On se trouve donc ici à la limite du concept de « bien de retour » mais au regard de l'objectif poursuivi par ce régime, qui est de maintenir « l'affectation des biens aux services public » au terme du contrat, il nous semble nécessaire d'adopter, pour son application, une conception large de la notion de « bien ». D'abord parce qu'en droit, un bien ne se limite pas à la chose mais inclut aussi les droits qui s'attachent à cette chose. D'autre part, parce qu'il nous paraît évident qu'à notre époque, la gestion et l'utilisation de pages visibles sur les réseaux sociaux est indispensable à un service public de valorisation d'un site culturel, le contrat mettant d'ailleurs à la charge du délégataire la communication et la promotion sur les réseaux sociaux.

Dans cette logique, les droits d'administration des pages Internet faisant l'objet du contrat étant nécessaires au fonctionnement du service public institué par la commune de Nîmes, ainsi qu'il résulte du contrat de DSP, ils doivent lui faire retour gratuitement au terme du contrat. À cet égard, nous ne sommes nullement troublé par les arguments de la société Culturespaces qui soutient de manière très générale que les dispositions du RGPD y feraient obstacle.

Certes, l'animateur d'une page sur un média social est un responsable de traitement au sens du droit de la protection des données personnelles : cela vaut donc également pour la société délégataire, en tant qu'administratrice des pages des réseaux sociaux.

Toutefois, les dispositions du RGPD ne s'opposent pas, par elles-mêmes, au transfert du délégataire au délégant des droits

d'administration de ces pages dès lors que ce transfert répond lui-même à une « obligation légale » au sens de l'article 6 §1c du RGPD, en l'occurrence celle de restituer à la personne publique les biens de retour. Les règles en matière de protection des données personnelles impliqueront seulement, le cas échéant (c'est-à-dire si ce transfert implique la communication de données à caractère personnel), que les obligations qui s'attachent à une telle communication, notamment en matière d'information des personnes concernées, soient respectées.

Mais cela ne fait pas obstacle en soi au retour des biens. Par ailleurs, ici encore, la restitution des droits d'accès aux pages nous paraît revêtir un caractère d'utilité et d'urgence dès lors que l'exploitation des pages a été interrompue depuis novembre dernier alors qu'elles constituent un élément important de la valorisation des monuments, qui sera particulièrement utile pour le nouveau délégataire, qui ne saurait reconstituer à lui seul les communautés d'abonnés qu'elles réunissent. Vous ferez donc droit à la demande d'injonction sur ce terrain.

5.2.3. Enfin, la commune de Nîmes demande la restitution des décors des « Grands jeux romains », qui sont un spectacle de reconstitution historique ayant lieu chaque année pendant trois jours dans les arènes et dont l'organisation fait partie des obligations de service public prévues par la convention.

La difficulté en l'espèce vient de ce que la société Culturespaces considère que, la marque « Grands jeux romains » relevant de sa propriété intellectuelle et étant protégée par l'article 20 du contrat de délégation antérieur, l'urgence ne serait pas caractérisée dès lors que le nouveau délégataire ne pourra organiser l'événement.

Il reste que les décors ne sont nullement indissociables de la marque et que rien n'empêche donc de monter une nouvelle manifestation en les utilisant après avoir retiré toute référence éventuelle à la marque « Grands jeux romains ». Au demeurant, à supposer même que ces décors ne seraient pas réutilisables, cela ne leur retirerait pas leur qualité de bien de retour, conformément à votre jurisprudence CE 26 février 2016, Syndicat mixte de chauffage urbain de la Défense, qui veut que lorsqu'un bien initialement indispensable au fonctionnement du service perd cette qualité en cours de contrat, cette circonstance est sans incidence sur sa qualification de bien de retour. Pour reprendre la formule imagée de la doctrine : « Bien de retour un jour, bien de retour toujours ».

Nous vous invitons donc à enjoindre également la restitution de ces décors, l'utilité et l'urgence de la mesure étant établies.

5.2.4. Par ailleurs, les écritures de la commune de Nîmes exigent sans autre forme de procès la restitution de tous les autres biens immatériels liés à la délégation. Cette demande n'étant toutefois assortie d'aucune précision quant aux biens concernés, vous ne pourrez que la rejeter.

6. Et par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'ordonnance du 13 décembre 2021 du juge des référés du tribunal administratif de Nîmes est annulée ;
- à ce qu'il soit enjoint à la société Culturespaces, sous astreinte de 200 € par jour de retard, de restituer à la commune de Nîmes le support du film relatif à la Maison carrée mentionné à l'article 18 du contrat de délégation de service public signé le 7 janvier 2013, les droits d'administration des pages des réseaux sociaux relatives aux monuments faisant l'objet du contrat, ainsi que les décors des « Grands Jeux romains », dans un délai de quinze jours à compter de la notification de la décision à intervenir ;

— à ce que la société Culturespaces verse la somme de 4 500 € à la commune de Nîmes au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet de ses conclusions présentées sur le même fondement ;
— au rejet du surplus de la demande de la commune de Nîmes.

Référence 6 : CE, (7/2 CR) 16 mai 2022, Commune de Nîmes, n° 459904

Vu la procédure suivante :

La commune de Nîmes a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nîmes, statuant sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, d'ordonner à la société Culturespaces de procéder sans délai à la restitution des biens de retour de la concession portant sur l'exploitation touristique et culturelle des arènes de Nîmes, de la Maison carrée et de la tour Magne que constituent les biens matériels et immatériels liés à ce contrat, notamment les communautés et contenus numériques liés aux pages des réseaux sociaux et le film relatif à la Maison carrée et les décors des Grands Jeux romains ou, à tout le moins, de restituer sans délai les communautés et contenus numériques liés aux pages des réseaux sociaux et les décors des Grands Jeux romains, sous astreinte de 500 euros par jour de retard.

Par une ordonnance n° 2103537 du 13 décembre 2021, le juge des référés du tribunal administratif de Nîmes a rejeté cette demande. Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés le 28 décembre 2021 et les 12 janvier et 25 février 2022 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la commune de Nîmes demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) statuant en référé, de faire droit à sa demande ;
- 3°) de mettre à la charge de la société Culturespaces la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu :

- le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 ;
- le code de la propriété intellectuelle ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 521-3 du code de justice administrative : " En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative ".

2. S'il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion d'un service public en adressant des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du contrat, il en va autrement quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son cocontractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle. En pareille hypothèse, le juge du contrat est en droit de prononcer, à l'encontre du cocontractant, une condamnation, éventuellement sous astreinte, à une obligation de faire. En cas d'urgence, le juge des référés peut, de même, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, ordonner au cocontractant, éventuellement sous astreinte, de prendre à titre provisoire toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement, à condition que cette mesure soit utile, justifiée par l'urgence, ne fasse obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative et ne se heurte à aucune contestation sérieuse.

3. La restitution par le concessionnaire des biens de retour d'une

concession, dès lors qu'elle est utile, justifiée par l'urgence et ne se heurte à aucune contestation sérieuse, est au nombre des mesures qui peuvent ainsi être ordonnées par le juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, afin d'assurer la continuité du service public et son bon fonctionnement.

Sur le pourvoi :

4. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la commune de Nîmes a attribué en 2012 à la société Culturespaces une délégation de service public portant sur l'exploitation culturelle et touristique des monuments romains de la ville, impliquant la gestion des services d'accueil, l'animation culturelle, la communication et la valorisation des arènes de Nîmes, de la Maison carrée et de la tour Magne. Le contrat a été signé le 7 janvier 2013. L'offre de la société Culturespaces n'a pas été retenue à l'issue de la procédure lancée en 2020 par la commune en vue de l'attribution d'une nouvelle concession ayant un objet analogue et prenant effet le 1er novembre 2021. Par une ordonnance du 28 octobre 2021 rendue sur la demande de la commune de Nîmes, le président du tribunal judiciaire de Marseille a ordonné à la société Culturespaces de suspendre toute action de destruction et de s'assurer de la conservation des biens matériels et immatériels susceptibles d'être qualifiés de biens de retour de la concession. Par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Nîmes, statuant sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, a rejeté la demande de la commune de Nîmes tendant à la restitution de ces biens matériels et immatériels.

5. Dans le cadre d'une concession de service public ou d'une concession de travaux mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique. A l'expiration de la convention, les biens qui sont entrés dans la propriété de la personne publique et ont été amortis au cours de l'exécution du contrat font nécessairement retour à celle-ci gratuitement, sous réserve des clauses contractuelles permettant à la personne publique, dans les conditions qu'elles déterminent, de faire reprendre par son cocontractant les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public. Le contrat ne peut, sous les mêmes réserves, faire obstacle au retour gratuit de ces biens à la personne publique en fin de concession.

6. En retenant que les stipulations de la convention de délégation de service public étaient susceptibles de faire obstacle au retour gratuit à la personne publique de biens nécessaires au service créés au cours de la délégation et en s'abstenant de rechercher si les biens en cause étaient nécessaires au fonctionnement du service public, alors qu'il résulte des principes mentionnés au point précédent que, si les parties au contrat de délégation peuvent décider la dévolution gratuite à la personne publique d'un bien qui ne serait pas nécessaire au fonctionnement du service public, elles ne sauraient en revanche exclure qu'un bien nécessaire au fonctionnement du service public lui fasse retour gratuitement, le juge des référés du tribunal administratif de Nîmes a commis une erreur de droit. Il s'ensuit que son ordonnance doit être annulée, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les moyens du pourvoi.

7. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, sur le fondement de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

Sur la procédure de référé engagée :

S'agissant de la compétence de la juridiction administrative et de la recevabilité de la demande :

8. Si l'article L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle prévoit que les " actions civiles et les demandes relatives à la propriété littéraire et artistique, y compris lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux judiciaires, déterminés par voie réglementaire ", les demandes de la commune de Nîmes ne tendent toutefois qu'à la restitution de différents supports, matériels ou non, ainsi que des droits d'administration de pages hébergées sur les réseaux sociaux, sans préjudice des éventuels droits de propriété intellectuelle relatifs à ces supports ou aux contenus hébergés par ces pages. Ainsi, contrairement à ce que soutient la société Culturespaces, aucune des demandes de la commune de Nîmes ne peut être regardée comme étant relative à la propriété littéraire et artistique, au sens des dispositions précitées du code de la propriété intellectuelle. L'exception d'incompétence qu'elle soulève doit, par suite, être écartée.

9. Eu égard à ce qui est dit aux points 2 et 3, la société Culturespaces n'est pas fondée à soutenir que la demande de la commune de Nîmes, tendant à ce que soit ordonnée la restitution de biens de retour, ne relèverait pas de l'office du juge des référés, saisi sur le fondement de ces dispositions, et devrait être rejetée comme irrecevable pour ce motif.

S'agissant des demandes tendant à la restitution des biens de retour :

10. En premier lieu, d'une part, il résulte de l'article 6.2 du contrat de délégation de service public que, à la fin de la convention, la commune de Nîmes aura l'usage du film visé à l'article 18 de la convention, à savoir un " nouveau film de la Maison Carrée ". Il résulte de ces stipulations mêmes, sans que cette interprétation se heurte à une contestation sérieuse, que les parties ont, en tout état de cause, entendu prévoir que le film relatif à la Maison carrée dont l'article 18 du contrat mettait la production à la charge du concessionnaire devait faire retour à la personne publique.

11. D'autre part, la commune de Nîmes fait valoir que la restitution de ce film permettra au nouveau délégataire de préparer la réouverture prochaine au public de la Maison carrée. Cette restitution présente ainsi un caractère d'urgence et d'utilité. Il y a lieu, par suite, d'enjoindre à la société Culturespaces de restituer le support de ce film à la commune de Nîmes.

12. En deuxième lieu, selon l'article 1.1 du contrat de délégation de service public, " la convention a pour objet l'octroi d'une délégation de service public, qui comporte, d'une part, la gestion globale des services d'accueil, l'animation culturelle, la communication et la valorisation des services d'accueil, l'animation culturelle, la communication et la valorisation des Arènes, de la Maison Carrée et de la Tour Magne (...) ". Aux termes de son article 1.2, relatif aux missions confiées au délégataire, il incombe à ce dernier, notamment, d'assurer la promotion des monuments, la communication et la " commercialisation touristique régionale, nationale et internationale autour des monuments objet de la présente délégation ". L'article 19.2 du contrat met à la charge du délégataire la communication et la promotion " via les réseaux sociaux ".

13. Les droits d'administration des pages des réseaux sociaux relatives aux monuments faisant l'objet du contrat étant nécessaires au fonctionnement du service public tel qu'institué par la commune de Nîmes, ils doivent lui faire retour gratuitement au terme du contrat. Si la société Culturespaces soutient que les dispositions du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel y feraient obstacle, ces dispositions ne s'opposent pas,

par elles-mêmes, au transfert ou à la mise à disposition des droits d'administration de pages des réseaux sociaux, et impliquent seulement, à supposer que ce transfert ou cette mise à disposition emportent la communication de données à caractère personnel, que les obligations qui s'attachent à une telle communication soient respectées.

14. Il résulte de l'instruction que l'exploitation des pages en cause a été interrompue, alors qu'elles constituent, par leur ancienneté et les communautés d'abonnés qu'elles réunissent, un élément important de la valorisation des monuments, que le nouveau délégataire ne saurait reconstituer rapidement. La restitution des droits d'accès aux pages en question revêtant donc un caractère d'utilité et d'urgence, il y a lieu d'enjoindre à la société Culturespaces d'y procéder.

15. En troisième lieu, l'article 1.2 du contrat de délégation de service public met à la charge du délégataire " la création de contenus culturels, d'animations, d'événements et de spectacles (...) notamment l'organisation annuelle des "Grands Jeux Romains" ". Les décors créés pour permettre l'organisation de cette manifestation, dont le délégataire soutient d'ailleurs qu'ils sont spécifiquement liés à cet événement et à sa marque, ont été nécessaires au service public à un moment donné de l'exécution de la convention et doivent en conséquence, alors même qu'ils ne le seraient plus aujourd'hui comme le soutient la société Culturespaces, faire retour gratuitement à la commune de Nîmes.

16. Ni la circonstance que l'appellation " Grands Jeux romains " serait protégée par une marque déposée par la société Culturespaces, inopérante en tout état de cause dès lors que la demande de la commune de Nîmes porte seulement sur les décors utilisés pour l'organisation de la manifestation correspondante, ni les stipulations de l'article 20 du contrat, lesquelles ne sauraient exclure l'application du régime des biens de retour ainsi qu'il a été dit au point 5, ne peuvent faire obstacle au retour gratuit de ces biens à la collectivité publique.

17. Aucune des circonstances qu'invoque la société Culturespaces, mentionnées aux points 15 et 16 ne s'oppose, en l'espèce, à la caractérisation de l'urgence ou de l'utilité des mesures sollicitées, la commune de Nîmes faisant valoir à cet égard que la restitution des décors pourra permettre au nouveau délégataire d'organiser les nouvelles animations qui lui incombent à brève échéance. Il s'ensuit qu'il doit être enjoint à la société Culturespaces de restituer les décors des " Grands Jeux romains " à la commune de Nîmes.

18. En dernier lieu, si la commune de Nîmes demande que soit enjoint à la société Culturespaces de restituer d'autres biens immatériels liés à la délégation, sa demande sur ce point n'est assortie d'aucune précision quant aux biens concernés permettant d'apprécier si elle répond aux conditions d'urgence et d'utilité posées par l'article L. 521-3 du code de justice administrative. Elle ne peut, par suite, qu'être rejetée.

19. Il résulte de tout ce qui précède qu'il doit être enjoint à la société Culturespaces de restituer à la commune de Nîmes le support du film relatif à la Maison carrée mentionné à l'article 18 du contrat de délégation de service public signé le 7 janvier 2013, les droits d'administration des pages des réseaux sociaux relatives aux monuments faisant l'objet du contrat, ainsi que les décors des " Grands Jeux romains ". Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de prononcer contre la société Culturespaces, à défaut pour elle de justifier l'exécution de la présente injonction dans un délai de quinze jours à compter de sa notification, une astreinte de 200 euros par jour jusqu'à la date à laquelle cette décision aura reçu exécution.