« Distorsion de concurrence, risque pénal et requalification contractuelle ; à propos de l'arrêt du Conseil d'État rendu le 13 janvier 2010, Association Paris Jean Bouin », *Contrats Concurrence et Consommation*, mars 2010, comm. n° 74.

Catherine Prebissy-Schnall

Le Conseil d'État suspend le jugement du tribunal administratif de Paris du 31 mars 2009 qui avait requalifié en délégation de service public le contrat d'occupation domaniale du stade Jean Bouin. La Haute juridiction a ainsi paralysé les effets d'un jugement qui avait servi de fondement à des poursuites pénales sur le terrain de l'incrimination de favoritisme.

CE, 13 janv. 2010, req. n° 329576-329625, Assoc . Paris Jean Bouin – Ville de Paris : JurisData n° 2010-000164

Cet arrêt se situe au centre d'une bataille politique, économique, juridique et sportive d'une grande complexité où la question de la qualification administrative du contrat de gestion des équipements sportifs du stade Jean Bouin occupe une place stratégique.

S'il est bien évidemment nécessaire de comprendre les enjeux de l'affaire pour pouvoir expliquer la position du Conseil d'État, la prise en compte d'autres champs du droit comme la science politique sera toutefois écartée afin d'éviter tout glissement de l'utilisation de cette discipline vers des jugements de valeur ou une appréciation politique de l'affaire étudiée. La problématique est double et consiste à savoir :

– si les contrats passés entre le club sportif et la ville de Paris s'inscrivent dans un climat propice à la concurrence et peuvent alors faire l'objet d'une publicité et/ou d'une mise en concurrence préalables ;

– s'il existe un lien entre cet arrêt du Conseil d'État (qui ne se prononce pourtant pas sur la qualification juridique du contrat) et le risque pénal de favoritisme. Cet arrêt pourrait-il éviter les poursuites pénales sur ce fondement ? Qu'en est-il de l'autonomie du juge pénal et de sa liberté d'appréciation ?

I. – Contexte et enjeux de l'affaire du Stade Jean Bouin. – Les contrats passés entre les clubs sportifs et les communes s'inscrivent-ils dans un climat propice à la concurrence ?

Le Stade Jean-Bouin, situé dans l'ouest parisien, comprend des courts de tennis, un gymnase, une piste d'athlétisme, un restaurant, des parkings, 1 000 m2 de bureaux, ainsi que le terrain de rugby sur lequel joue le stade Français, club omnisports parisien. Dans un rapport rendu public le 10 décembre 2009, la Cour des comptes épingle la ville de Paris pour son contrôle défaillant opéré sur les clubs sportifs professionnels qu'elle subventionne : elle souligne d'une part, la subvention « significative » de la Ville de Paris au Stade Français (823 225 euros par an) et, *a contrario*, la redevance « dérisoire » (32 000 euros par an) versée par le Stade français à l'association Paris Jean Bouin. Cette association sous-loue le stade Jean-Bouin au club du Stade français au terme d'une convention d'occupation domaniale signée avec la Ville de Paris. Ce partenariat entre la ville de Paris et l'association Jean Bouin remonte à 1925 et a fait l'objet, à deux reprises, d'un renouvellement de gré à gré. La municipalité parisienne a historiquement fait le choix de concéder des terrains aux clubs sportifs parisiens afin qu'ils

puissent y développer leurs activités associatives et sportives. Ainsi, de la même manière que pour l'association Jean Bouin, plus d'une vingtaine de clubs sportifs disposent de conventions d'occupation domaniale renouvelées régulièrement de gré à gré par la Ville de Paris. L'opération de qualification de ces contrats n'est toutefois pas si évidente car la frontière entre concession domaniale et délégation de service public est désormais brouillée si on tient compte d'une part, de la classification laborieuse des contrats et, d'autre part du contexte de valorisation du domaine public occupé. Si le droit d'occupation domaniale est assorti de l'obligation de gérer l'équipement dans l'objectif de répondre à des besoins de service public, la convention ne peut légalement être passée que dans le respect des règles de passation des délégations de service public. Toutefois on peut s'interroger sur le caractère opportun d'une telle délégation de service public : « peut-on, politiquement, mettre en concurrence un club sportif avec un opérateur privé spécialisé dans la gestion des équipements publics pour l'exploitation d'un stade par exemple ? » *(P. Bayeux et B. Clavagnier, Les modes de gestion des équipements sportifs utilisés par les clubs professionnels : AJDA 2005, p. 1438).* Malgré la richesse de la palette des contrats, celle-ci offre rarement une solution parfaitement adaptée à la gestion du sport professionnel.

Face à ce constat, fallait-il pour autant continuer à défier les règles de la concurrence en ayant recours à des conventions domaniales ? Le Conseil de la concurrence a précisé que la délivrance de titres d'occupation du domaine public implique, à elle seule, une obligation de publicité préalable et une remise en jeu, à intervalles fréquents, des autorisations délivrées *(Cons. conc., avis n° 04-A-19, 21 oct. 2004).* Quant à la Cour de justice, elle soumet tous les contrats passés par les personnes publiques, y compris ceux ne faisant pas l'objet d'une procédure spécifique, aux principes généraux du droit communautaire : transparence, non-discrimination, égalité de traitement et libre accès à la commande publique *(CJCE, 7 déc. 2000, Telaustria. – TA, 30 mai 2007, req. n° 0516131, Préfet de Paris. – TA Nîmes, 24 janv. 2008, req. n° 0620809, Sté des trains touristiques G. Eisenreich.)*

Aussi, la ville de Paris devait soumettre la conclusion de ses conventions domaniales, sinon à une mise en concurrence, du moins à une publicité minimale garantissant le respect de ces principes généraux du droit communautaire. Le degré de publicité devant être apprécié en fonction du montant prévisionnel tant de la redevance mise à la charge de l'exploitant que des recettes générées par l'exploitation des installations sur la durée totale de la convention. Si la publicité préalable s'impose, en est-il de même pour la mise en concurrence préalable ?

En manifestant son intérêt pour la gestion du stade Jean Bouin, la société Paris Tennis a semé le trouble quant à la légalité de la procédure de passation du contrat d'occupation domaniale du stade renouvelé de gré à gré. La société, en apprenant que la convention arrivait à échéance le 31 décembre 2004, a déposé sa candidature pour l'exploitation des équipements sportifs, notamment des cours de tennis couverts. Cette candidature n'a pas été retenue par la ville de Paris qui a conclu une convention le 11 août 2004, sans aucune formalité préalable de publicité et/ou de mise en concurrence, avec l'Association Jean Bouin, désormais partenaire du groupe Lagardère. Deux procédures ont été engagées par le candidat évincé : une devant le tribunal administratif qui a entraîné la suivante au pénal. Une enquête judiciaire est ainsi en cours puisque le gérant de la société Paris Tennis a porté plainte avec constitution de partie civile pour favoritisme dans l'attribution du contrat.

Par un jugement du 31 mars 2009, le tribunal administratif de Paris a annulé la décision du maire de Paris de signer la convention du 11 août 2004 pour non-respect des dispositions de la loi *Sapin* du 29 janvier 1993. Ce jugement fait ainsi droit à la demande de la société

requérante, Paris Tennis, qui estimait que la convention était une délégation de service public et non une simple convention domaniale. Une convention de délégation de service public s'impose, en effet, si le club sportif gestionnaire des installations sportives, bénéficie d'installations faisant partie du domaine public communal, se voit imposer par la ville des conditions d'exploitation qui permettent de caractériser l'existence d'un service public, et perçoit une part substantielle des recettes d'exploitation du service. Mais, pour requalifier la convention litigieuse, le juge s'est surtout appuyé sur la réalité des intentions des parties et leur pratique, c'est-à-dire sur la volonté de la personne publique de déléguer réellement la gestion d'une activité d'intérêt général qu'elle a entendu ériger en service public (application des critères dégagés dans l'arrêt du *CE, sect., 22 févr. 2007, APREI : Rec. CE 2007, p. 92).* Saisie par la ville de Paris et l'association, la cour administrative d'appel doit se prononcer sur cette qualification contractuelle dans les prochains mois.

Par ce même jugement du 31 mars 2009, le tribunal administratif avait également enjoint le concédant à résilier la convention ainsi requalifiée. Or, la Ville de Paris avait déjà voté en novembre 2008 la résiliation de la concession d'occupation du stade Jean-Bouin afin de permettre à la municipalité de conduire la modernisation du stade. Mais ce projet de rénovation, estimé à 146 millions d'euros, a fait l'objet d'une annulation par le tribunal administratif de Paris, le 18 décembre 2009, au motif que les élus n'avaient pas eu d'explications suffisamment précises pour apprécier les incidences financières de l'opération de démolition puis de reconstruction. Si le calendrier est remis en question par ces différents contentieux, il reste que toute cette affaire est loin d'être close : comme on l'a déjà indiqué plus haut, la cour administrative d'appel reste saisie de l'appel contre le jugement du tribunal administratif concernant le fond du litige, c'est-à-dire concernant la qualification du contrat.

Concernant la demande de sursis à l'exécution, la ville de Paris et l'association Pais Jean Bouin ont demandé à la Cour de suspendre le jugement du tribunal administratif du 31 mars 2009 par lequel celui-ci avait annulé la décision du maire de signer avec l'Association Paris Jean Bouin la convention. La cour administrative d'appel de Paris estimant que les conditions du sursis n'étaient pas réunies, a refusé, par un arrêt rendu le 24 juin 2009 de suspendre le jugement du tribunal administratif. Les requérants se sont alors pourvus en cassation devant le Conseil d'État qui a accueilli leur pourvoi en prononçant la suspension du jugement. L'arrêt ainsi rendu par le Conseil d'État le 13 janvier 2010 a paralysé l'instruction judiciaire en jetant le doute sur la qualification du contrat. En effet, la Haute juridiction considère que l'argumentation présentée par les requérants selon laquelle le contrat est une simple convention d'occupation domaniale est suffisamment sérieuse pour permettre de faire droit à leur demande de sursis à exécution. Or, si la convention ne peut pas être qualifiée de délégation de service public, alors le délit de favoritisme ne peut pas être constitué.

L'éventuelle requalification administrative du contrat litigieux doit-elle entraîner la disparition du risque pénal ? La délibération du Conseil de Paris qui a approuvé la conclusion de la convention d'occupation domaniale a été, elle-même, validée par le contrôle de légalité préfectorale et par le rapport de la Chambre régionale des comptes portant sur ce sujet. Toutefois, cette absence de remontrances ne constitue pas une garantie, un sceau de légalité empêchant toute intervention du juge pénal. Celui-ci, à la condition d'être saisi, peut surgir à tout moment car son contrôle ne s'effectue pas selon un ordre programmé, chronologique. Faut-il dès lors craindre que le juge pénal soit instrumentalisé aux fins de régler des conflits en matière contractuelle ?

L'article 432-14 du Code pénal punissant le délit de favoritisme vise « *un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de services publics* ». L'appréciation des éléments constitutifs du délit implique d'une part de qualifier le contrat et d'autre part de déterminer s'il y a eu violation d'une règle garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats, ce qui revient à apprécier la légalité du contrat. Le juge répressif dispose d'une plénitude de juridiction car il n'est pas tenu par les qualifications contractuelles administratives : il va s'attacher au contenu du contrat et non à l'intitulé qu'il a plu aux parties de lui donner. Et il peut ainsi requalifier la convention. Cette indépendance du juge exclut tout recours au mécanisme du renvoi préjudiciel. Existe-t-il pour autant un risque que les juridictions répressives s'écartent des règles tracées par la jurisprudence administrative et provoquent ainsi des contrariétés de jurisprudence ? En l'absence de mécanismes procéduraux adaptés, les risques de contrariété de décision ne sont pas seulement théoriques, puisque, comme en témoigne notre affaire, il est fréquent que, pour une même convention litigieuse, des poursuites pénales soient engagées en même temps qu'est saisie la juridiction administrative. Pour autant il faut éviter toute apparition d'une légalité pénale qui serait distincte de la légalité administrative : la conclusion d'une délégation de service public ne peut pas être régulière d'après la jurisprudence administrative, et irrégulière d'après la jurisprudence pénale.

À travers la recherche des éléments constitutifs du délit de favoritisme, le juge pénal s'aventure dans un domaine où, on l'a vu, la jurisprudence administrative n'est pas tout à fait fixée et où des zones d'ombre subsistent quant aux modalités de distinction entre les différentes catégories de contrats. Le juge pénal a alors tout intérêt à chausser les lunettes du Conseil d'État pour voir la légalité sous le même angle que lui. À cet égard, il se considère davantage comme un reproducteur du droit administratif que comme un innovateur. Aussi, bien que chaque juge dispose de ses principes de qualification et de ses types de sanction, la qualification administrative du contrat relatif à la gestion du stade Jean Bouin en convention domaniale conduira certainement à l'abandon des poursuites pénales pour favoritisme. On peut alors tout de même s'interroger sur le phénomène de pénalisation dans le contexte actuel : quel est aujourd'hui son impact ? Permet-elle de dissuader les décideurs publics de se lier à des hommes ou entreprises qui attendent en retour d'être favorisées dans leurs activités ? Comment lutter efficacement contre la tendance très marquée qu'ont les décideurs publics à travailler toujours avec les mêmes entreprises ? La pénalisation offre-t-elle une garantie d'un fonctionnement loyal de la concurrence ? L'arrêt du Conseil d'État, en paralysant les effets d'un jugement qui avait servi de fondement à des poursuites pénales, dévoile le rôle complémentaire joué par le juge pénal à côté du rôle essentiel joué par le juge administratif. Autrement dit, l'action répressive n'intervient pas à titre principal et n'est pas conçue pour devenir une voie privilégiée pour les requérants. Dès l'instant où de mêmes agissements peuvent être poursuivis au titre de plusieurs voies de droit, et quand bien même il existe une autonomie des répressions, le parquet est incité à tenir compte du traitement des litiges effectué par les autres organes de contrôles avant de décider ou non de poursuivre.

Mots clés : Concurrence, Conventions domaniales, Délégation de service public, Distorsion