

Irrégularité de l'achat public d'accès aux matchs de l'OL pour absence de mise en concurrence

Lire les conclusions de :

Camille Vinet

Conclusions du rapporteur public

Lire les commentaires de :

Anne-Cécile Vivien

Note

DÉCISION DE JUSTICE

CAA Lyon, 4ème chambre – N° 11LY00578 – Association des contribuables actifs du lyonnais – 15 décembre 2011 – C+ [↗](#)

Arrêt annulé en cassation : voir CE - 28 janvier 2013 - N° 356670 - B

INDEX

Mots-clés

Marchés publics, Achat places de l'OL, Mise en concurrence

Rubriques

Marchés et contrats, Institutions et collectivités publiques

Résumé Conclusions du rapporteur public Note d'avocat

Résumé

DECISION CE

¹ Contrats des collectivités territoriales - Promotion du sport - Soutien des collectivités territoriales aux sociétés sportives - Possibilité de conclure des contrats de prestation de services (art. L. 113-3 du code du sport) - Contrats d'achat de places pour assister à des rencontres sportives - 1) Contrats de prestation de services au sens de l'article L. 113-3 du code du sport - Inclusion - 2) Marché répondant à un besoin de la collectivité territoriale - Existence 1) Il ressort des travaux préparatoires de la loi n° 2000-627 du 6 juillet 2000 dont est issu l'article L. 113-3 du code du sport que les contrats permettant l'acquisition de places pour assister à des rencontres sportives sont au nombre des contrats de prestations de services que les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, dans les limites fixées par cet article, passer avec les sociétés sportives. 2) Un tel marché, passé afin de promouvoir l'activité sportive auprès du jeune public et d'encourager l'encadrement bénévole de cette activité, répond à une mission d'intérêt général dont la collectivité territoriale a la charge.

ARRET CAA Lyon : annulé

² Si le département du Rhône fait valoir que le football est le sport qui suscite le plus d'engouement et que l'Olympique Lyonnais bénéficie d'une place particulière au niveau national et européen, ces circonstances ne sauraient justifier que, pour répondre au besoin, défini par lui, consistant à « faciliter l'accès au spectacle sportif et de faire la promotion de l'activité physique pour encourager la pratique sportive et son encadrement bénévole », il se dispense de la mise en concurrence préalable entre les différents prestataires du secteur, qui est imposée par l'article 1^{er} du code des marchés publics.

Conclusions du rapporteur public

Camille Vinet

Rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.5933](https://doi.org/10.35562/alyoda.5933)

¹ Depuis un certain nombre d'années, le département du Rhône, dans le but de faciliter l'accès au spectacle sportif et de faire la promotion de l'activité physique, a passé des contrats avec l'Olympique Lyonnais (OL) pour l'achat d'abonnements, places et « pass » permettant d'assister à des matches du club sportif.

² Ainsi, par des délibérations du 16 mai 2008, 12 juin 2009 et 11 juin 2010, la commission permanente du conseil général du Rhône a lancé, au titre de chaque saison sportive correspondante, une consultation avec publicité, dans le cadre de l'article 30 du CMP, afin de passer un marché à bons de commande, avec un minimum de 600 000 € et un maximum de 900 000 € et a autorisé le président du conseil général ou son délégataire à signer le marché qui serait passé à l'issue de la procédure.

³ Par trois requêtes distinctes, l'association des contribuables actifs du lyonnais (CANOL) a contesté ces délibérations devant le TA de Lyon.

⁴ Par un jugement unique dont l'association CANOL relève appel, le TA a rejeté les demandes dirigées contre les 3 délibérations relatives aux marchés passés avec l'OL.

⁵ Tout d'abord, vous vous interrogerez sur la recevabilité des demandes présentées par l'association CANOL.

⁶ Celles-ci ne posaient pas de difficultés formelles, elles comportaient bien les mentions que doit contenir une requête pour être recevable, notamment les nom et domicile de son auteur, et la signature du mémoire en réplique par le président de l'association, M. Vergnaud a régularisé la requête (V. [CE 16 janvier 1998, Association aux vieilles pierres d'Aiglemont, n° 153558, B](#) et [CE 6 avril 2007, Min. de l'Agriculture et de la pêche c/ M. et Mme Blondeau, n° 265702, B](#)).

⁷ Quant à l'intérêt pour agir de l'association, il ne nous paraît guère douteux s'agissant de délibérations du département prévoyant une dépense : l'objet de l'association CANOL est défini aux articles 2 et 2 bis de ses statuts comme tendant à l'information, la défense et la promotion des intérêts des contribuables habitant dans le département du Rhône. A cette fin, elle peut engager toutes missions relevant de son objet, notamment, des actions amiables ou contentieuses devant les tribunaux compétents contre toutes les collectivités territoriales et les établissements publics dont la gestion et les décisions peuvent avoir une incidence sur la fiscalité locale des habitants du département du Rhône.

8 L'objet social que s'est donné l'association CANOL nous paraît donc en adéquation, tant sur le plan géographique que matériel, avec l'objet des délibérations contestées.

9 Vous avez d'ailleurs déjà admis cet intérêt pour agir à l'occasion d'un litige précédent opposant l'association CANOL au département du Rhône sur une délibération dont l'objet était identique. V. CAA Lyon 7 avril 2011, Département du Rhône c/ Association CANOL, n° 09LY02983, C.

10 Venons-en aux questions de fond posées par ces affaires.

11 Précisons avant toute chose qu'il nous semble que les contrats passés sont bien des marchés, et non des subventions ainsi que l'association CANOL le soutient, dès lors que les sommes versées correspondent à des prestations en relation avec les avantages immédiats que la collectivité en retire. V. CE 26 mars 2008, Région de la Réunion, n° 284412, A, aux conclusions de F. Seners.

12 Autrement dit, la qualification de subvention ne dépend pas de l'efficacité de l'action entreprise, il ne s'agit pas de se demander si l'achat de places pour des matchs de l'OL assure efficacement la promotion du sport ou la promotion de l'image du département, mais si le prix payé correspond ou non à la rémunération normale d'une prestation, telle qu'aurait pu la verser un « investisseur privé en économie de marché ». V. CE 27 février 2006, Cie Ryanair Limited et CCI de Strasbourg et du Bas-Rhin, n° 264406, 264545, A.

13 Il ne ressort pas des pièces du dossier que le prix des prestations achetées à l'occasion de ces trois marchés aurait été hors de proportion avec leur valeur économique.

14 Il s'agit donc bien de marchés, plus précisément de marchés de services, qui ont tous été passés selon la procédure adaptée prévue à l'article 28 du code des marchés publics.

15 En vertu des articles 26 à 30 du code des marchés publics, cela est possible pour les marchés d'un montant inférieur à un certain seuil qui, était dépassé en l'espèce, ou bien, quel que soit leur montant, pour les marchés ayant pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnées à l'article 29. Les prestations litigieuses n'étant pas visées par ces dispositions, il était donc possible pour le département de recourir à la procédure adaptée.

16 Vous savez que le fait de recourir à cette procédure ne fait pas échapper l'entité adjudicatrice aux principes généraux de la commande publique, au nombre desquels figurent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

17 Or, en l'espèce, le respect du principe de liberté d'accès à la commande publique nous paraît soulever une difficulté de taille puisque l'attributaire du marché était connu d'avance.

18 Alors qu'une mise en concurrence suppose, par définition, que plusieurs candidats soient en mesure de soumissionner, la délibération telle qu'elle est rédigée, exclut qu'un autre candidat que l'OL puisse être retenu puisque seul l'OL peut commercialiser des places pour les spectacles sportifs de l'OL.

19 La notoriété du club sportif est mise en avant pour justifier le choix prédéterminé de l'OL.

20 Si cet élément aurait pu être pris en compte dans l'appréciation de la valeur des offres, il ne nous paraît pas pour autant avoir permis au département de se dispenser d'effectuer véritablement la mise en concurrence qu'il avait annoncée.

21 En effet, le code des marchés publics prévoit précisément les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs sont dispensés de procéder à une mise en concurrence.

22 Cela est possible, notamment, dans le cas où le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité - c'est le 8° du II de l'article 35 du code des marchés publics -, ou bien dans le cas où ces formalités sont impossibles ou sont manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré (dernier alinéa de l'article 28 du CMP relatif à la procédure adaptée) .

23 Mais, d'une part, la passation des marchés litigieux ne l'a pas été en vertu de l'une de ces dispositions. D'autre part, compte tenu de la nature du besoin à satisfaire, tel que définie par les délibérations litigieuses, il nous semble que le département n'aurait pas été fondé à recourir auxdites dispositions.

24 En effet, nous rappelons que l'objectif des marchés en cause était de faciliter l'accès au spectacle sportif et de faire la promotion de l'activité physique pour encourager la pratique sportive et son encadrement bénévole.

25 A la lecture de cette définition du besoin exprimé, il paraît assez évident que l'achat d'accès aux matchs de l'OL n'est pas le seul moyen de nature à satisfaire un tel besoin, quelle que soit, par ailleurs, la qualité du spectacle offert par l'OL.

26 Non seulement, d'autres spectacles sportifs étaient susceptibles de concourir au but de promotion de la pratique sportive, par la découverte de sports moins connus et qui gagneraient peut-être à

l'être, mais, en outre, des actions d'initiation à la pratique sportive pouvaient être également envisagées.

27 Autrement dit, la seule notoriété du club sportif OL ne nous paraît pas avoir permis au département de se dispenser d'une véritable mise en concurrence alors que l'objet de son marché était de faciliter l'accès au spectacle sportif et faire la promotion de l'activité physique.

28 Nous vous proposons donc d'accueillir le moyen tiré de la méconnaissance du principe de la liberté d'accès à la commande publique.

29 Précisons à titre subsidiaire que les autres moyens soulevés par l'association CANOL ne nous paraissent pas fondés : compte tenu des termes des délibérations litigieuses et des documents y annexés, l'information des élus nous paraît avoir été suffisante ; par ailleurs, la définition des besoins par la collectivité et des moyens à mettre en œuvre nous paraît conforme aux exigences de l'article 5 du code des marchés publics : la délibération est, en réalité, affectée d'une absence d'adéquation entre les deux, c'est-à-dire entre l'objet du marché et son objectif, mais c'est ce que vous sanctionnerez, si vous nous suivez, à travers le non-respect de l'obligation de mise en concurrence ; enfin, il peut être admis qu'il est d'intérêt départemental de promouvoir la pratique sportive, dans la mesure où il s'agit d'un intérêt général reconnu par la loi (loi du 16 juillet 1984), qui prévoit que les collectivités territoriales concourent, avec l'État, à la réalisation de cet objectif.

30 Ainsi, nous vous proposons d'annuler les délibérations litigieuses au motif qu'elles autorisent la passation de marchés sans mise en concurrence préalable alors qu'ils n'étaient pas dispensés de cette formalité.

31 Vous vous interrogerez ensuite sur les conséquences qu'il convient de tirer de cette illégalité sur les contrats passés.

32 La décision *Sté Ophrys CE 21 février 2011, n° 337349, 337394*, est venue apporter de nouvelles précisions sur l'office du juge lorsqu'il met en œuvre ses pouvoirs d'injonction :

33 Il s'en dégage trois solutions :

34 - soit le juge considère que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, compte tenu de la nature de l'illégalité commise, qui ne doit pas avoir d'incidence sur le contrat ; il peut, le cas échéant, prescrire des mesures de régularisation ;

35 - soit il considère que compte tenu de la nature de l'illégalité, il y a lieu d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, auquel cas il doit, au préalable s'assurer que cela ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général ;

36 - soit enfin, si l'illégalité est d'une telle gravité qu'il considère que seule la disparition rétroactive du contrat est possible, il enjoint aux parties de tenter de le résoudre à l'amiable ou, à défaut, de saisir le juge du contrat pour qu'il prenne les mesures appropriées.

37 En l'espèce, l'illégalité nous paraît d'une gravité difficile à neutraliser : il s'agit de la méconnaissance de l'un des principes généraux de la commande publique. Aucune mesure de régularisation ne peut être prescrite pour y remédier : le marché a été passé sans mise en concurrence.

38 La résiliation des relations contractuelles n'a pas de sens en l'espèce puisque celles-ci ont déjà pris fin.

39 Il ne vous reste, pensons-nous, que la dernière hypothèse : inviter le département du Rhône à tenter de résoudre à l'amiable ses relations contractuelles avec son cocontractant ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée.

40 Vous retiendrez, le cas échéant, cette formulation prudente car, le juge de l'injonction ne doit pas restreindre les pouvoirs qui seront ceux du juge du contrat saisis par les parties : celui-ci doit conserver la possibilité d'apprécier la nécessité de prononcer la résolution du contrat. V. CE 16 novembre 2011, Sté Sogedo, n° 342903, C.

41 **Par ces motifs, nous concluons :**

42 - à l'annulation des délibérations des 16 mai 2008, 12 juin 2009 et 11 juin 2010 et du jugement attaqué ;

43 - à ce qu'il soit enjoint au département du Rhône, à défaut d'accord amiable avec son cocontractant sur une résolution du contrat, de saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée.

Note d'avocat

Note

Anne-Cécile Vivien

Avocate au Barreau de Lyon

Autres ressources du même auteur



DOI : [10.35562/alyoda.5934](https://doi.org/10.35562/alyoda.5934)

- ¹ Une nouvelle fois, cet arrêt illustre le contentieux qui affecte les marchés publics lancés par le Département du Rhône et conclus avec l'Olympique Lyonnais afin de faciliter l'accès au spectacle sportif et faire la promotion de l'activité physique.
- ² Par trois délibérations en date du 16 mai 2008, 12 juin 2009 et 11 juin 2010, la commission permanente du Conseil général du Rhône a, d'une part lancé des consultations afin de passer des marchés à bons de commande avec un minimum de 600 000 euros et un maximum de 900 000 euros pour des abonnements, places et « pass » permettant d'assister aux matchs de l'Olympique Lyonnais pour les saisons 2008/2009, 2009/2010 et 2010/ 2011 et, d'autre part, autorisé le Président du Conseil général à signer les marchés qui seraient conclus.
- ³ Dans un jugement en date du 30 décembre 2010, le Tribunal administratif de Lyon avait rejeté les demandes d'annulations de ces trois délibérations par l'Association des contribuables actifs du Lyonnais.
- ⁴ Dans sa décision en date du 15 décembre 2011, la Cour administrative d'appel de Lyon annule ce jugement et enjoint au département s'il ne peut obtenir la résolution du marché par voie amiable de saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée.
- ⁵ Notons tous d'abord que l'intérêt pratique de cette annulation sera nécessairement limité puisque le marché est entièrement exécuté.
- ⁶ Il n'est pas non plus nécessaire de s'intéresser à la recevabilité de ce recours qui est classique en ce qui concerne l'intérêt donnant qualité pour agir à une association dans la mesure où son objet social et son champ géographique sont bien limités à la défense des intérêts des contribuables du département du Rhône.
- ⁷ En revanche l'intérêt de cet arrêt est double et concerne à la fois la qualification retenue pour les contrats passés par le département et le choix de la procédure de mise en concurrence.
- ⁸ En effet, l'association CANOL soutenait que ces contrats étaient des subventions déguisées.

9 La Cour administrative d'appel retient leur qualification de marchés publics en relevant les deux éléments de définition d'un marché : d'une part, une initiative publique et, d'autre part, l'existence d'une contrepartie par opposition à la définition d'une subvention (*TA TOULON, 16 avril 2009, ACAD, req. n° 074409 et 074689*).

10 La définition classique d'une subvention et d'un marché public est donc confirmée.

11 Ce point étant précisé, restait à déterminer si la passation d'un marché public sous forme de MAPA sur le fondement de l'article 30 du code des marchés publics avec un interlocuteur prédéterminé n'était pas contraire au respect du principe de liberté d'accès à la commande publique.

12 Il ressort en effet de l'étude des délibérations contestées que lesdites délibérations étaient rédigées d'une manière telle qu'aucun autre candidat que l'OL n'était en mesure de soumissionner puisque seul l'OL peut commercialiser des places pour les spectacles sportifs qu'il organise.

13 Le département s'est défendu en précisant que le football est le sport qui suscite le plus d'engouement et que l'OL bénéficiant d'une place particulière au niveau national et européen justifiait cette préférence.

14 La Cour a néanmoins justement estimé qu'il était impossible d'attribuer le marché à l'OL, sans effectuer une mise en concurrence préalable entre les différents prestataires du secteur.

15 L'article 30 du code des marchés publics est en effet une procédure de mise en concurrence entre plusieurs opérateurs économiques. Lorsqu'un opérateur économique en particulier est susceptible d'effectuer une prestation pour des raisons précises, il convient alors de se fonder sur un autre article que l'article 30 du code des marchés publics : soit l'article 35 II 8°, soit l'article 28 dernier alinéa du même code.

16 L'article 35-II-8 du Code des marchés publics dispose en effet que :
« II - *Peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence : (...) 8° Les marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité.* »

17 Ces dispositions prévoient que les marchés et accords-cadres, qui ne peuvent être confiés qu'à un seul opérateur, pour des raisons artistiques, techniques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité notamment, peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence.

18 Le juge administratif opère un contrôle très sévère dans la recherche du caractère unique du prestataire permettant de satisfaire un besoin particulier de la personne publique.

19 Il recherche notamment si les personnes retenues étaient les seules à pouvoir réaliser les travaux en cause et il vérifie, à cette occasion, la véracité des motifs invoqués ainsi que la nécessité de contracter avec un prestataire déterminé (CE, 8 déc. 1995, n° 168253, Préfet Haute-Corse, cité supra n° 082 ; RD imm. 1996, p. 557, note V. Haïm).

20 De même, il vérifie si les prestations objet du marché pouvaient être réalisées dans des conditions comparables par une autre entreprise (CAA Nantes, 2 août 2000, n° 97NT01732, Région Pays de la Loire).

21 Ce raisonnement est corroboré par un arrêt récent de la Cour administrative d'appel de Versailles en date du 23 septembre 2008, qui est spécifique au secteur culturel.

22 Dans cette affaire, la Cour a jugé que : « La commune a en outre estimé à bon droit que sa passation pouvait être dispensée de mise en concurrence et de publicité préalables dès lors, d'une part, que cette prestation de service était expressément exclue de la liste des prestations énumérées à l'article 29 du code des marchés publics et, d'autre part, qu'en application des dispositions précitées des articles 30 et 35 du code des marchés publics, toute mise en concurrence et tout avis de publicité étaient manifestement rendus inutiles ou impossibles par le fait que ce marché ne pouvait être confié qu'à la Sociéré TS3 en tant qu'elle détenait les droits de production du spectacle de l'artiste Raphaël » (CAA Versailles, 23 septembre 2008, Req. n° 07VE02324)

23 En l'espèce, la volonté de contracter avec l'OL en raison de sa notoriété correspond au mécanisme de l'article 35 II 8°.

24 Néanmoins, les arrêts cités ne sont pas transposables dans le domaine de la promotion sportive et un raisonnement par analogie ne peut être mené.

25 Pour que l'article 35 soit applicable, il faudrait que soit prévu par le code une « *raison sportive* ». Ce qui n'est pas le cas. Ce motif ne pouvait donc être invoqué par le département.

26 En revanche, la question peut se poser quant à l'application du dernier alinéa de l'article 28 II dernier alinéa du code des marchés publics qui précise : « *Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les situations décrites au II de l'article 35 ou lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans les secteurs considérés* ».

²⁷ Néanmoins, en l'espèce, la rédaction même des délibérations contestées empêchait d'invoquer ces dispositions. En effet, l'objet des marchés était de faciliter l'accès au spectacle sportif et de faire la promotion de l'activité physique pour encourager la pratique sportive et son encadrement bénévole.

²⁸ Dès lors, il apparaît effectivement difficile d'estimer que seule l'assistance à des matchs de l'OL permettrait d'encourager la pratique sportive.

²⁹ La solution de la Cour administrative d'appel est donc parfaitement logique et le département devra chercher une autre justification pour conclure de tels marchés à l'avenir.