

Délégation de service public - Le cinéma, entre APREI et commune d'Aix-en-Provence - Commentaire par Alain MÉNÉMÉNIS

Droit Administratif n° 12, Décembre 2007, comm. 165

Le cinéma, entre APREI et commune d'Aix-en-Provence

Commentaire par Alain MÉNÉMÉNIS

DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC

Le Conseil d'État juge que l'activité d'une SEM locale, consistant dans l'exploitation de salles de cinéma, n'a pas le caractère d'une mission de service public. La création de nouvelles salles qu'elle sera appelée à gérer ne recèle donc pas une délégation de service public, et n'implique pas de passer par la procédure correspondante.

CE, 5 oct. 2007, n° 298773, Sté UGC-CINÉ-CITÉ : Juris-Data n° 2007-072474

(...)

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la société d'économie mixte « Palace Épinal », qui exploite à Épinal un cinéma composé de six salles, a demandé le 19 janvier 2006 à la commission départementale d'équipement cinématographique des Vosges l'autorisation d'ouvrir un nouveau multiplexe de dix salles, pour remplacer le précédent, autorisation qui lui a été délivrée le 24 avril 2006 ; que la Société UGC-CINÉ-CITÉ se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 26 octobre 2006 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Nancy a rejeté sa demande tendant, sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, à ce qu'il soit ordonné à la ville d'Épinal d'organiser une procédure de passation de la délégation du service public de spectacle cinématographique respectant les obligations de publicité et de mise en concurrence préalable ;

Recherchez dans le document

Considérant qu'indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'Administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; que même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'Administration a entendu lui confier une telle mission ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que si la société d'économie mixte « Palace Épinal », qui n'est pas dotée de prérogatives de puissance publique, a, en vertu de ses statuts, une mission d'intérêt général en vue d'assurer localement l'exploitation cinématographique, son activité, eu égard notamment à l'absence de toute obligation imposée par la ville d'Épinal et de contrôle d'objectifs qui lui auraient été fixés, ne revêt pas le caractère d'une mission de service public confiée par la commune, qui n'avait ainsi à consentir aucune délégation à cet égard ; qu'il suit de là que le juge des référés n'a pas entaché d'erreur de droit son ordonnance, laquelle est suffisamment motivée, en jugeant que le projet de création de salles de la société d'économie mixte ne relevait pas de la procédure de délégation de service public ;

Considérant que le juge des référés n'a pas considéré qu'il ne pouvait être saisi dans la mesure où la personne publique s'est abstenue de mettre en œuvre une procédure de délégation conforme aux exigences légales mais a jugé, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, que le projet de la société d'économie mixte « Palace Épinal » n'était pas réalisé dans le cadre d'une délégation de service public ; que doit ainsi être écarté le moyen tiré de ce que l'ordonnance attaquée aurait méconnu les dispositions de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la Société UGC-CINÉ-CITÉ n'est pas fondée à demander l'annulation de l'ordonnance du 26 octobre 2006 du juge des référés du tribunal administratif de Nancy ; (...)

Note :

La création de salles de cinéma donne lieu à un contentieux relativement abondant. Elle est en effet soumise à un régime d'autorisation : en vertu de la loi du 27 décembre 1973 modifiée (L.

d'équipement cinématographique et, sur recours, la commission nationale d'équipement commercial siégeant en matière cinématographique se prononcent sur les demandes des exploitants, en prenant notamment en compte l'offre et la demande globales de spectacles cinématographiques dans la « zone d'attraction » (pour un exemple récent de recours contre une décision de la commission nationale, V. *CE, 14 juin 2006, n° 281343, Ville Roubaix : Juris-Data n° 2006-070375*).

La présente affaire est plus originale : c'est en effet la nature même de l'exploitation de salles de cinéma et les conditions dans lesquelles elle peut être prise en charge (en l'occurrence par une société d'économie mixte locale) qui sont en question, dans le cadre d'une procédure de référé pré-contractuel.

La société requérante, exploitant bien connu, soutenait en effet devant le juge du référé pré-contractuel que l'exploitation d'un multiplexe de six salles de cinéma, pour laquelle la SEML Le Palace avait obtenu une autorisation, constituait un service public communal qui ne pouvait être géré que dans le cadre d'un contrat de délégation de service public conclu avec la commune d'Épinal.

Deux remarques préalables s'imposent.

Il va de soi, tout d'abord, que l'existence d'un régime d'autorisation ne suffisait pas pour écarter la nécessité d'une délégation de service public, si par ailleurs il apparaissait que le bénéficiaire de l'autorisation était chargé par la ville de gérer un service public. On connaît d'ailleurs d'autres exemples d'activités soumises à autorisation qui sont exercées dans le cadre de délégations de service public, par exemple l'exploitation des casinos (*CE, 3 oct. 2003, n° 248523, Cne Ramatuelle : Juris-Data n° 2003-065932 ; Rec. CE 2003, tables p. 624*).

Par ailleurs, comme le relève l'arrêt reproduit ci-dessus, la seule circonstance qu'aucun contrat de délégation de service public n'ait été en l'espèce conclu ne pouvait conduire le juge du référé pré-contractuel à décliner sa compétence : il lui appartenait au contraire d'apprécier, comme il l'a fait, si un tel contrat était nécessaire.

La première question à trancher était celle de la nature de l'activité en cause. Il ne saurait en effet, en tout état de cause, y avoir de délégation de service public en l'absence de mission de service public (*CE, 12 mars 1999, n° 186085, Ville Paris, Sté l'Orée du Bois : Rec. CE 1999, p. 778*).

L'arrêt reprend sur ce point la motivation de principe adoptée par la décision *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés* (CE, sect., 22 févr. 2007, n° 264541, APREI : *Juris-Data* n° 2007-071473), par laquelle, on le sait, le Conseil d'État a précisé les critères qui permettent d'identifier, dans une mission prise en charge par une personne privée, une mission de service public.

Il ne faisait guère de doute que la mission en cause était d'intérêt général. Au demeurant, elle n'aurait pu être légalement confiée à une SEML dans l'hypothèse contraire.

Non moins certain était le fait que la SEML ne disposait pas de prérogatives de puissance publique, lesquelles eussent à elles seules conduit à qualifier l'activité d'intérêt général d'activité de service public.

Poursuivant avec la grille d'analyse mise en place par l'arrêt APREI, le Conseil d'État a donc examiné si, malgré l'absence de prérogatives de puissance publique, un faisceau d'indices, relatifs aux conditions de création, d'organisation ou de fonctionnement de l'organisme ou encore aux mesures prises par la ville pour soumettre celui-ci à des obligations appropriées, devait conduire à la qualification de service public. Il a répondu négativement, en insistant sur le fait que n'est imposée à la SEML aucune de ces obligations et sujétions qui, autant que les prérogatives, sont caractéristiques du service public.

L'arrêt écarte ainsi deux analyses.

La première, fondée sur une des hypothèses envisagées par l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* (CE, sect., 6 avr. 2007, n° 284736 : *Juris-Data* n° 2007-071735), est celle d'une activité qu'une personne privée exerce à son initiative et sous sa responsabilité et dont elle détermine le contenu (sans bénéficier, donc, de la dévolution d'une mission de service public de la part d'une personne publique), mais qui se voit cependant reconnaître un caractère de service public, dès lors qu'une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde des financements. Une telle hypothèse – directement inspirée par le cas de la Cinémathèque sur lequel les formations consultatives du Conseil d'État avaient eu à se prononcer dans un avis du 18 mai 2004 (*Avis 18 mai 2004* : EDCE 2005, p. 185) – correspondait évidemment mal à une activité exercée par une SEML dont l'actionnaire majoritaire est une personne publique (la ville). En outre, l'arrêt n'avait en tout état de cause nul besoin de s'y référer dès lors qu'elle constitue en

d'autres, dans lequel, sans se « l'approprier », une personne publique manifeste clairement son intention qu'une activité exercée par une personne privée soit une activité de service public ou « reconnaît » qu'elle en est une.

La seconde analyse, opposée, qui correspond à l'hypothèse la plus courante pour une activité de service public, est celle dans laquelle une personne publique, la ville en l'espèce, est responsable de la mission et où la personne privée ne l'exerce donc que parce qu'elle lui est dévolue. S'agissant de spectacle cinématographique, la « responsabilité » de la commune ne peut résulter de ce que celle-ci est tenue de l'assumer. Elle ne peut découler que du choix de la commune de créer un service public municipal, dans un domaine par ailleurs ouvert à l'initiative privée. On en trouve un exemple célèbre, proche du cinéma puisqu'il concerne un théâtre de verdure, dans l'arrêt *Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie* (CE, sect., 12 juin 1959 : Rec. CE 1959, p. 363). On se reportera aussi, pour un service municipal de cinéma, dont la gestion est confiée à un concessionnaire, à l'arrêt *Trouvé* (CE, 4 juill. 1969 : Rec. CE 1969, p. 360). On notera que ce dernier arrêt, pour parler de service public, insiste sur la volonté de la commune de fournir à la population un « complément de culture », grâce à des représentations régulières en sus de celles déjà données notamment par les écoles et les sociétés locales. Dans l'affaire ici commentée, le Conseil d'État n'identifie au contraire aucun indice de « politique culturelle » de la part de la ville : l'exploitation des salles de cinéma par la SEML est plus qu'un simple commerce – elle est une activité d'intérêt général – mais la commune n'a en rien manifesté son intention d'en faire un service public.

Il va de soi que le Conseil d'État ne se livre pas ainsi à une qualification de principe – pas plus qu'il ne l'a fait, en sens inverse, dans l'arrêt *Trouvé* : il serait aussi faux d'affirmer que l'exploitation de salles de cinéma constitue toujours une mission de service public que de soutenir qu'elle ne peut jamais l'être. Tout dépend du choix de la commune.

Aux termes de la solution retenue dans la présente affaire, la SEML est donc un exploitant comme un autre (même s'il s'agit d'une « entreprise publique locale »), qui ne peut notamment prétendre à aucune contrepartie de la part de la commune au titre de la prise en charge d'obligations de service public qui lui seraient imposées et qui, plus généralement, ne peut bénéficier que d'aides autorisées par la loi et ne méconnaissant pas le régime communautaire des aides d'État (CGCT, art. L. 1511-1 et s. sur les aides aux entreprises ; CGCT, art. L. 2251-1 et s. pour les aides communales, ou encore CGCT, art. L. 1522-4 et L. 1522-5 sur l'intervention des collectivités territoriales en qualité d'actionnaires des SEML).

Aucun principe ni aucune règle de droit interne n'interdisent sans doute à une SEML de prendre ainsi en charge une activité d'intérêt général qui est aussi une activité économique. À une double condition cependant. Un intérêt public (local) suffisant doit justifier une telle prise en charge. À cet égard, la jurisprudence a pu donner le sentiment que seule l'insuffisance ou la carence de l'initiative privée pouvait, compte tenu du principe de liberté du commerce et de l'industrie, fournir une telle justification (*CE, 23 déc. 1994, n° 97449, Cne Clairvaux-d'Aveyron et a. : Rec. CE 1994, p. 582*). Cependant, on le sait, pour les personnes publiques elles-mêmes, la jurisprudence admet en réalité une conception plus large de l'intérêt public justifiant la prise en charge d'une activité économique (*CE, ass., 31 mai 2006, n° 275531, Ordre des avocats au barreau de Paris : Juris-Data n° 2006-070219 ; Rec. CE 2006, p. 272*). Une seconde condition doit toutefois être remplie : l'exercice de l'activité économique d'intérêt général doit respecter les conditions normales de concurrence.

Il n'y a pas davantage d'obstacle de principe, en droit communautaire, à ce qu'une entreprise publique locale exerce une activité économique. Il reste qu'en l'espèce l'autorisation dont la SEML bénéficie – dont pourrait bénéficier tout autre exploitant – lui confère un droit exclusif ou au moins un droit spécial dans la zone d'attraction en cause et que c'est bien sur « habilitation » de la ville qu'elle exerce son activité. Or on sait que, même si le droit communautaire dérivé n'impose à ce jour aucune obligation procédurale sur ce point, l'idée que l'attribution de tels droits et l'habilitation unilatérale à exercer une activité économique devraient respecter des procédures transparentes propres à garantir l'absence de toute discrimination fait son chemin.

Il n'est pas sans intérêt, par ailleurs, de s'interroger un instant sur les conséquences qu'aurait eu une qualification inverse.

Si l'activité de la SEML avait été regardée comme un service public municipal, une question supplémentaire se serait posée, celle des conditions de dévolution de la mission à la SEML. C'est ici la grille d'analyse détaillée par l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* qui aurait dû être utilisée. À cet égard, il est probable que le juge eût conclu à la nécessité de passer un contrat de délégation de service public (ou, si l'économie du contrat l'exigeait, un marché public de service). En effet on peut penser qu'il n'aurait retenu aucune des trois dérogations à une telle obligation mentionnées par l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* : l'existence d'un texte prévoyant une autre procédure, ou encore la constatation que, eu égard à l'objet de son activité et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, l'opérateur en cause ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel (qui suppose, il est vrai, une analyse concrète au cas par cas, mais dont le

commune et la SEML (que la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes exclut en tout état de cause).

De tout ceci, on retiendra deux conclusions essentielles.

La première que, s'agissant de la qualification d'une activité et des conditions d'exercice, par une personne privée, d'une mission de service public, la jurisprudence a désormais dégagé des critères d'analyse « robustes », dès lors qu'on veut bien ne pas oublier qu'ils n'ont de sens qu'utilisés pour une analyse concrète, au cas par cas.

La seconde que, en ce qui concerne les interventions non contractuelles des personnes publiques dans la vie économique (par exemple dans le cadre d'un régime d'autorisation), le dernier mot n'a certainement pas encore été dit.

Mots clés : Contrats. - Délégation de service public. - Notion. - Existence d'une mission de service public

Mots clés : Contrats. - Délégation de service public. - Cinéma. - Société d'économie mixte

.. **Encyclopédies** : Administratif, Fasc. 149, 161, 267 et 660

© LexisNexis SA