



La nature des contrats passés par une personne privée transparente

Jean-David Dreyfus, Professeur à l'université de Reims Champagne-Ardenne

L'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt s'est vu confier par la commune la mission correspondant à son objet. Pour l'exercice de cette mission, l'association a passé contrat en août 1989 avec une société de sécurité, la société Mayday. L'association a toutefois laissé des factures impayées. Le tribunal administratif de Paris condamna la commune à verser à l'entreprise une somme d'environ 240 000 F. Ce jugement a été confirmé par un arrêt du 20 avril 2005 (AJDA 2005. 1729, concl. P. Trouilly ) de la cour administrative d'appel de Paris. La commune forma un pourvoi en cassation contre cette décision (1).

Une première série de moyens visait le raisonnement de la cour ayant conduit à déclarer nul le contrat entre l'association et la société aux motifs que la première n'était en réalité qu'un service de la commune, le contrat étant dès lors réputé passé pour le compte de cette dernière. Mais se posait aussi, le contrat ayant été déclaré nul, la question de l'application de la TVA aux indemnités dues à l'entreprise.

L'association, service de la commune

Le fondement de la solution est remarquable. Ce n'est pas en vertu d'un mandat mais de la théorie de la transparence que le juge conclut que le contrat passé par l'association avec la société Mayday sécurité pour assurer la sécurité de la patinoire de la ville de Boulogne-Billancourt a un caractère administratif.

Il s'agit, semble-t-il, d'une des premières applications de la théorie de la transparence en matière contractuelle. La jurisprudence *Laurent* du Tribunal des conflits (T. confl. 22 avr. 1985, Lebon 681) concerne en effet plutôt le mandat. Elle emploie l'expression « pour le compte », ce qui explique qu'elle puisse, comme le relève le commissaire du gouvernement Boulouis, être classée dans la catégorie des décisions qui, ne déniaient pas d'existence ou de réalité à l'une des deux personnes privées parties au contrat, font application de la théorie du mandat et donc de la jurisprudence *Société d'équipement de la région montpelliéraine* (CE Sect. 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, Lebon 326).

Cette expression « plastique », qui renvoie à de multiples réalités, n'est pas reprise ici. Le Conseil affirme expressément que, lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme transparente. Les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs.

La Haute juridiction valide l'analyse selon laquelle les circonstances de la création de l'association, les modalités de son organisation et de son fonctionnement, l'origine de ses ressources ainsi que le contrôle exercé sur elle par la commune conduisent à la regarder comme un service de la ville. Ce qui prime, c'est la réalité des qualifications.

Si la personnalité morale de droit privé est transparente, il n'en va pas de même de la personnalité publique. Une fois atteint le niveau de la personnalité publique, la transparence devient opacité. La transparence, en matière contractuelle, n'a pour fonction que de permettre

de remonter à l'origine ; une fois celle-ci atteinte, elle cesse ses effets : on applique alors les règles applicables aux seules personnes publiques, ici les critères d'identification du contrat administratif (sur les diverses conséquences de la transparence, v. F. Lichère, *Les contrats administratifs entre personnes privées*, thèse univ. Montpellier).

Est-on en présence, selon l'expression de Jean Carbonnier (*Flexible droit*, 10<sup>e</sup> éd., p. 319), d'une transparence « naturelle », qui ne demande d'effort à personne, qui coule de source ? Ou, plutôt, d'une transparence forcée, d'ordre public, « fille de l'interventionnisme, du dirigisme » ? Prudemment, on pourrait rattacher notre cas à la première hypothèse.

On finira en évoquant l'arrêt de Section du 6 avril 2007 *Commune d'Aix-en-Provence* (req. n° 284736) qui n'est pas sans lien avec notre affaire. Le Conseil d'Etat y juge en effet que les collectivités publiques doivent être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire, cet organisme devant en effet être regardé, alors, comme n'étant pas un opérateur auquel les collectivités publiques ne pourraient faire appel qu'en concluant un contrat de délégation de service public ou un marché public de service.

Le rejet de la qualification d'opérateur est opéré au profit de celle de prolongement administratif, l'organisme créé par les collectivités locales n'ayant aucune autonomie par rapport à elles. Appliquer les règles de mise en concurrence serait artificiel. C'est, en quelque sorte, la transparence en sens inversé : au lieu de remonter à la collectivité, et de traiter l'association comme un de ses services *a posteriori*, on anticipe et rattache le montage au pouvoir d'organisation du service de la personne publique.

Reste à savoir si les prescriptions communautaires (en matière de commande publique) permettent une telle analyse, l'exception prévue pour les contrats « *in house* » ne concernant que les marchés publics. Mais on peut douter de l'applicabilité du droit communautaire en l'espèce : le tiers auquel les collectivités s'adressent ne saurait en effet être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel (sur cette question, A. Ménéménis et E. Fatôme, *Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse*, AJDA 2006. 67<sup>1</sup>).

L'assujettissement de l'indemnisation à la taxe sur la valeur ajoutée

Le contrat entre l'association et la société étant nul, celle-ci avait droit à une indemnité pour dépenses utiles (en application de la théorie de l'enrichissement sans cause) auquel s'ajoutait, en raison de la faute de la commune, le bénéfice que la société pouvait escompter (CE 19 avr. 1974, *Entreprise Louis Segrette*, Lebon T. 1052 ; CE 23 mai 1979, *Commune de Fontenay-le-Fleury*, Lebon 226).

La cour de Paris avait écarté le moyen tiré de ce que le tribunal ne pouvait condamner la commune à une indemnité comprenant nécessairement la TVA. En appel, la commune, invoquant une décision du 29 janvier 1982 *SA des Docks lorrains* (Lebon 44), soutenait que la société prestataire ayant une nature commerciale, elle était réputée pouvoir déduire la TVA et donc ne pouvait prétendre à une indemnité comprenant celle-ci, à moins de renverser la présomption. Les juges avaient écarté ce moyen.

Ayant annulé l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur le montant du préjudice de la société Mayday, le Conseil d'Etat règle l'affaire au fond.

On sait que l'assujettissement à la TVA suppose l'existence d'un lien direct entre le « service rendu » et la contrepartie reçue. Un arrêt du Conseil d'Etat du 28 mai 2004 *Société Marelli Magneti France* (Lebon 679<sup>1</sup> ; BDCF 8-9/04, n° 104, concl. Bachelier ; RJF 2004. 635, chron. L. Olléon) affirme que le versement d'une partie à un contrat à l'autre n'est pas soumis à TVA lorsque ce versement ne résulte pas des modalités dont les parties étaient convenues pour

assurer l'équilibre économique du contrat.

Or, comme le relevait le commissaire du gouvernement, dans la théorie de l'enrichissement sans cause, « la condition d'enrichissement appréciée sous l'angle de l'utilité des dépenses et qui trace les frontières de l'indemnisation marque que celle-ci est nécessairement la contrepartie directe d'un service ». La TVA doit donc ici s'appliquer. Telle est la position retenue dans l'arrêt.

L'entreprise avait aussi droit à une indemnité couvrant le bénéfice dont elle avait été privée, lequel ne fait partie de l'indemnisation qu'en cas de faute de la collectivité. Le critère d'application de la TVA - existence d'un lien direct entre le « service rendu » et la contrepartie reçue - semblait faire défaut. Au sein de l'indemnisation, on aurait donc dû, *a priori*, distinguer entre le remboursement des dépenses utiles (auquel se serait appliquée la TVA) et la somme correspondant au bénéfice (calculée hors TVA). Solution contestable, le bénéfice de l'entreprise faisant partie de ce dont les cocontractants étaient convenus pour assurer l'équilibre économique du contrat.

Le Conseil d'Etat opte finalement pour un traitement global au regard de l'application de la TVA : la taxe doit être établie sur l'ensemble des sommes facturées à un client pour prix d'une livraison ou d'une prestation effectuée par une entreprise assujettie ; la circonstance que, lorsque la livraison ou la prestation de service a été faite à une collectivité publique en application d'un contrat déclaré ensuite entaché de nullité, ce prix ne peut excéder le montant des dépenses supportées par l'entreprise et qui ont été utiles à la personne publique est sans incidence sur l'applicabilité de la TVA aux sommes ainsi facturées. Il en va également ainsi dans le cas où, par suite d'un litige entre le fournisseur et la personne publique, les sommes dues par cette dernière en rémunération du service ou du bien obtenu prennent la forme d'une indemnité fixée par un tribunal.

Il rejette donc la demande de la commune tendant à ce que la condamnation mise à sa charge soit calculée hors taxe.

**Mots clés :**

CONTRAT ADMINISTRATIF \* Notion de contrat administratif \* Association transparente

(1) Nous remercions le commissaire du gouvernement Boulouis pour la communication de ses conclusions.